
El dret a una bona administració i els principis jurídics de bon govern

PID_00257983

Juli Ponce Solé

Temps mínim de dedicació recomanat: 5 hores



Juli Ponce Solé

Catedràtic de Dret Administratiu de
la Universitat de Barcelona.

Índex

Introducció	5
Objectius	6
1. Bona governança, bon govern, bona administració	7
1.1. El dret administratiu davant de la mala administració i la corrupció	12
1.2. Per un nou paradigma basat en el bon govern i la bona administració	14
1.3. Deure de bon govern i dret a una bona administració en la legislació i en la jurisprudència	17
1.4. La concreció gradual del dret a una bona administració	23
2. Maneres de fer realitat el bon govern i la bona administració	25
2.1. Avaluació de la qualitat normativa i establiment d'una empremta normativa	26
2.2. Selecció i estatut jurídic d'empleats públics de lliure designació, eventuais, directius i funcionaris locals habilitats estatals	28
2.3. Definició del dret a una bona administració i del seu estàndard de deguda diligència i extensió a privats que exerceixen funcions públiques	28
2.4. Codis ètics i de conducta, formació i infraestructura ètica. Els <i>compliance officers</i>	29
2.5. Dret a una bona administració i criteris no jurídics en la motivació	30
2.6. La regulació de l'indult i el seu control judicial	31
2.7. La millora de la imparcialitat i de l'objectivitat i la reforma de la regulació de l'abstenció i la recusació, de les incompatibilitats i dels conflictes d'interessos	32
2.8. La regulació dels <i>lobbies</i>	32
2.9. Les cartes de servei, els estàndards de bona administració, la inactivitat i la responsabilitat patrimonial	32
2.10. L'avaluació de les polítiques públiques i la seva institucionalització	33
2.11. L'organització administrativa al servei de la bona administració	33
2.12. El reforç dels controls de l'Administració	34
2.12.1. Millores en organismes constitucionals i estatutaris de control	34

2.12.2.	Milliores en relació amb les funcions i amb la protecció de la tasca dels controladors en l'àmbit local	34
2.12.3.	Millora del control dels actes tràmit i de les mesures cautelars en el control judicial de l'Administració	34
2.12.4.	Acció pública en matèria de mal govern i mala administració	35
2.12.5.	Regulació de la figura del denunciant	35
2.12.6.	<i>Big data</i> i intel·ligència artificial per prevenir els riscos de corrupció	37
3.	Especialment: dret a una bona administració i codis ètics o de conducta	38
3.1.	La situació internacional	39
3.2.	La situació a Espanya	40
3.3.	La situació a Catalunya abans de la Llei 19/2014	41
3.4.	Ètica i conducta dels alts càrrecs en la Llei 19/2014 de transparència, accés a la informació i bon govern	43
3.4.1.	Àmbit d'aplicació dels principis d'ètica i conducta regulats per la llei	43
3.4.2.	Principis ètics i regles de conducta	44
3.4.3.	Dues obligacions jurídiques concretes referides a l'ètica	45
4.	Els codis en el context de la infraestructura ètica i de marc d'integritat local	48
4.1.	Possibilitats i límits dels codis	48
4.2.	Característiques que han de reunir els codis locals per complir la seva funció de guia de la bona administració ètica i de límit per a la mala administració i la corrupció	49
4.2.1.	Distinció entre electes, alts càrrecs locals i empleats públics locals	49
4.2.2.	El procés d'aprovació del codi	50
4.2.3.	Educació, proves d'accés a la funció pública i formació en bona administració i integritat	50
4.2.4.	Promoció i carrera professional i codi	51
4.2.5.	Col·laboració en el compliment del codi: denúncies	51
4.2.6.	Estructura organitzativa d'aplicació dels codis	51
4.2.7.	Empleats públics responsables de bona administració i integritat	52
4.2.8.	Forma, estructura i contingut del Codi de bona administració i integritat	53
4.2.9.	Efectes del codi una vegada aprovat	55
5.	El futur del bon govern i de la bona administració	56
Bibliografia		59

Introducció

El reconeixement de la bona administració com a principi jurídic i dret subjectiu busca superar una visió de l'activitat administrativa discrecional que, no essent arbitrària, queda a l'atzar del que cregui convenient i adequat el decisor administratiu.

Així mateix, la consagració constitucional i legal de principis de bon govern estén, dins el poder executiu, una nova visió de l'exercici del poder públic, el qual ja no pot ser exercit de qualsevol manera per prendre qualsevol decisió.

Tot això en el marc de la recerca d'una bona governança que permeti prevenir la mala administració negligent i la corrupció i permeti millorar la qualitat de la gestió pública al servei dels ciutadans, fet que suposa una autèntica revolució conceptual i un canvi de paradigma.

Al llarg d'aquestes pàgines es presenten els mecanismes que preveu l'ordenament jurídic per fer realitat el dret de totes les persones a la bona administració i els principis de bon govern.

En primer lloc, s'analitzen tant el concepte de bona administració com el de bon govern connectant, però distingint-los de la idea de bona governança.

En segon lloc, s'exposen els mecanismes de vigilància i control del compliment de les obligacions que es deriven del dret subjectiu a una bona administració i dels principis de bon govern. En particular, es mostra el paper dels codis ètics o de conducta.

Objectius

Els objectius d'aquest mòdul són els següents:

- 1.** Delimitar els conceptes de (bona) governança, bon govern i dret a una bona administració.
- 2.** Explorar els mecanismes per a l'assoliment d'una bona administració i un bon govern
- 3.** Conèixer els mecanismes de vigilància del compliment de les obligacions de bona administració i bon govern.
- 4.** Analitzar en concret un d'aquests mecanismes: els codis ètics o de conducta.

1. Bona governança, bon govern, bona administració

L'existència d'un bon govern i d'una bona administració es configura com una preocupació humana que enfonsa les seves arrels en la nit dels temps.

El seu origen sorgeix possiblement des que apareixen comunitats en les quals algú (un cap de la tribu, un reietó) ha exercit un poder, és a dir, des que existeix una autoritat pública (Bonina i Diana, 2012). Aquesta preocupació mil·lenària, pel seu arrelament en la vida humana, ha transcendit el dret i la ciència política i ha estat objecte d'atenció des de la filosofia i l'art.

Respecte a la primera, la idea que els governants havien d'estar subjectes a un «deure de bon govern» ja es troba en diversos autors clàssics (Soló, amb el seu poema *Eunomia*, Plató, Sòcrates, Aristòtil o Ciceró, per exemple), els quals, amb diversos matisos, van expressar la seva convicció que els governants havien de buscar la felicitat de tots els seus governats, no d'uns pocs, ordenant a tal fi allò convenient (De Asís Roig, 1991, pàg. 269 i seg.).

Quant a l'art, els frescos d'Ambrogio Lorenzetti del segle XIV sobre *il buon governo* al Palazzo Pubblico de Siena, a Itàlia, ens demostren aquesta preocupació.



També, a l'altre costat de l'Atlàntic, més recentment, el mural de Diego Rivera, de 1924, sobre «el Buen Gobierno» a la Universitat de Chapingo, a Mèxic D. F., corroborant que es tracta d'una inquietud intemporal.



En l'àmbit dels pensadors sobre allò públic en el marc de la Il·lustració, Pufendorf assenyalava al segle XVIII l'existència de deures del sobirà, que consistien a complir les màximes de la ciència del Govern (Pufendorf, 1734, pàg. 415-418). Per la seva banda, *El Federalista*, una de les obres més rellevants en l'àmbit de l'anàlisi del poder públic, subratllava que «la veritable prova d'un bon govern és la seva aptitud i tendència a produir una bona administració» (Hamilton, 1788, núm. 76).

No obstant això, tots aquests plantejaments encara es movien en nivells de gran abstracció, si s'escau, amb suport en el dret natural, però sense base en normes jurídiques.

És ja al segle XIX quan diversos autors van posar en relleu que l'Administració no només havia d'actuar sense vulnerar l'ordenament jurídic, sinó que a més havia d'actuar bé, d'acord amb «regles de bona administració», a les quals ja es referia Posada Herrera (1978, pàg. 52):

«Tot el que tendeixi a destruir el principi de la societat i a aturar la marxa del seu progrés, serà contrari a les regles de bona administració».

En la doctrina francesa, en paraules de Hauriou: «L'Administration ne doit pas se borner à être correcte et respectueuse de la légalité; elle doit s'efforcer d'être habile» (Hauriou, 1893, pàg. 83), idea que el jurista francès desenvoluparà al llarg de diversos treballs, insistint en la idea de *bonne administration*, si bé des de la perspectiva de la «moralitat administrativa», per tant, al marge de l'existència d'autèntics deures o obligacions jurídiques (Hauriou, 1929, pàg. 7 i seg.).

Però és només a final del segle XX, i en el que portem del segle XXI, que les idees de bon govern i bona administració passen de la *metafísica* a la concreta tècnica jurídica —per utilitzar la gràfica expressió de García de Enterría (1962, pàg. 161) respecte a quina ha de ser la funció del dret públic modern—,

«Així, tot el suculent tema de l'Estat de Dret es converteixi per als administrativistes en un conjunt de tècniques concretes i particulars. Aquesta conversió de la metafísica en tècnica és, justament, el nostre paper en el gran concert de les ciències socials»,

gràcies a la tasca de la doctrina, la jurisprudència i diverses normes jurídiques, com a continuació comprovarem.

En aquesta línia, Cassese (2009, pàg. 1037) es refereix ja al segle XXI com el segle de la bona administració, la qual cosa no havia estat una preocupació prevalent en el passat.

Durant segles, l'ideal de la doctrina iuspublicista s'identifica amb l'existència de potestats reglades i l'eliminació de la discrecionalitat, considerada, com a mínim, un «cavall de Troia» en l'Estat de dret (en expressió de Huber, citat per García de Enterría, 1962, pàg. 167).

El dret públic sorgit de les revolucions liberals del segle XIX, especialment de la francesa, es va recolzar en el *principi de legalitat* i en la llei com a manifestació de la voluntat popular, principi que, com ha assenyalat el mateix García de Enterría, es va inspirar en la física newtoniana i en la creença en l'existència de lleis certes i immutables de l'univers (García de Enterría, 2011, pàg. 22 i 23). Aquesta translació durant la Il·lustració de la física al món jurídic es veu amb claredat en Montesquieu (Montesquieu, 1747, pàg. 11 i seg.), que assenyala que:

«Les lleis, en la seva significació més alta són les relacions necessàries que es deriven de la naturalesa de les coses. (...); les té el món material (...). L'home, com a ésser físic, està governat, a l'igual dels altres cossos, per lleis immutables (...). La llei, en general és la raó humana en tant governa tots els pobles de la terra (...)».

És a partir d'aquesta translació de la física al dret que l'ideal de la doctrina iuspublicista s'identifica amb l'existència de potestats reglades i l'eliminació de la discrecionalitat al·ludida abans.

El comportament administratiu, en la tradició liberal, havia de ser cert i previsible, i consistia en la mera aplicació automàtica preexistent de normes. Però davant la impossibilitat d'eliminar la discrecionalitat, la doctrina va reconèixer aquesta com a mal inevitable i va procedir de manera brillant a anar limitant-la mitjançant la identificació i el possible control judicial dels elements reglats i de la vulneració dels principis generals del dret.

A Espanya, per exemple, aquesta tasca va ser impulsada magistralment pel professor García de Enterría, sobretot a partir d'una important conferència dictada a la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona el març de 1962, objecte després de publicació el mateix any en la *Revista de Administración Pública* i posteriorment com a llibre (García de Enterría, 1962 i 1974), amb l'expressiu títol de *La lucha contra las inmunidades del poder* i la ressenya del qual al diari *La Vanguardia* podem veure aquí:

do
S »
OSO
ONAL

CONFERENCIAS SOBRE «PODER Y DERECHO»

El profesor García de Enterría disertó acerca de «LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER»

Ciclo organizado por la «Promoción Ballbé»

Dentro del Ciclo «Poder y Derechos» que, organizado por la Promoción Ballbé 1957-1962, se está desarrollando en la Facultad de Derecho, disertó el catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Madrid, doctor Eduardo García de Enterría. Tras unas palabras del decano de la Facultad, doctor Font y Rius, el catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, doctor Entrena Cuesta presentó al conferenciante, poniendo de relieve su preparación científica y su dedicación a la enseñanza universitaria.

Relación entre la Administración y la Política

El profesor García de Enterría recordó, en breves frases, los lazos de amistad y colaboración que le unieron al desaparecido profesor doctor Ma-

xistencia de actos de naturaleza política, distintos de los de naturaleza administrativa. Son, unos y otros, actos de un mismo sujeto —la Administración—, y, como tales, sometidos al mismo Derecho unívocamente.

De la enumeración de nuestra Ley, sólo dos categorías de los actos políticos sustraídos a la fiscalización contenciosa, lo han sido justificadamente: los actos referentes a las relaciones internacionales, y los que regulan las relaciones del Gobierno con los demás órganos políticos del país: Cortes, Jefatura del Estado, etc. En estos casos, tampoco nos hallamos ante una auténtica inmunidad administrativa, porque dichos actos no son emanados de la Administración, sino sujetos al ordenamiento jurídico internacional, en el primer caso, y al orden constitucional, en el segundo, con el cual serán actos fiscalizables en las respectivas Jurisdicciones internacional y constitucional, allí donde las hubiere.

Aquest estudi va ser una obra de gran èxit i influència que la doctrina de parla hispana ha exalçat i reconegut com una de les obres més influents en la història del dret públic (Muñoz Machado, 2009, la considera «un assaig molt influent», mentre De Carreras, 2013, es refereix a la seva «cèlebre conferència a la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona», a la qual va assistir i de la qual «va comprendre molt poc» però que estava «soscavant les bases de la dictadura i fixant els principis d'un Estat de dret»).

Així, per dir-ho en la terminologia de Kuhn en relació amb les ciències (Kuhn, 1981), la «lluita contra les immunitats del poder» marca al segle XX els *paradigmes* del dret administratiu espanyol, amb gran influència a Hispanoamèrica i en la línia dels desenvolupaments en altres països europeus.

Ara bé, malgrat la seva innegable qualitat i influència, aquests desenvolupaments van fer que el dret administratiu aconseguís les seves cotes més altes, però, alhora, van establir-hi limitacions, hi van col·locar una «camisa de força» epistemològica i metodològica, i que per això, al nostre parer, està patint una crisi d'identitat en les últimes dècades, de la qual confiem que sortirà reforçat amb nous paradigmes, com els que aquí es pretenen exposar.

Efectivament, si bé aquests desenvolupaments doctrinals van establir brillantment la *ciència normal* en què es va basar la doctrina, l'ensenyament universitari i la formació dels operadors jurídics, especialment dels jutges encarregats de controlar l'administració, simultàniament van fixar la *indiferència* del dret en relació amb el nucli de les potestats discrecionals.

Així, s'indica que la discrecionalitat és una «llibertat d'elecció entre alternatives igualment justes, o de decisió entre indiferents jurídics en virtut de criteris extrajurídics» (García de Enterría, 1962, pàg. 174, 179); és «essencialment una llibertat d'elecció entre alternatives igualment justes, o, si es prefereix, entre indiferents jurídics, perquè la decisió es fonamenta en criteris extrajurídics (d'oportunitat, econòmics, etc.), no inclosos en la Llei i remesos al judici subjectiu de l'Administració», cabent, per tant, en l'exercici d'una potestat discrecional «una pluralitat de solucions justes, o, en altres termes, optar entre alternatives que són igualment justes des de la perspectiva del Dret», García de Enterría i Tomàs-Ramón Fernández (1993, pàg. 456), per exemple.

En la jurisprudència, per totes, STS d'1 de juny de 1987, que assenyala que la discrecionalitat és la: «potestat que té l'Administració per triar entre diverses alternatives legalment indiferents, ja que la decisió discrecional es basa en criteris extrajurídics, d'oportunitat o conveniència, que la llei no predetermina sinó que deixa a a seva lliure consideració i decisió, podent en conseqüència optar segons el seu criteri subjectiu».

Per això, en la doctrina tradicional, fortament arrelada, comprovat judicialment el respecte dels elements reglats i la no vulneració —visió en negatiu, per tant— dels principis generals del dret, llavors el nucli de la decisió discrecional, en estar fundada en criteris no jurídics (econòmics, artístics, etc.), era una cosa de la qual el dret administratiu no havia d'ocupar-se, en no ser controlable judicialment, ja que una intervenció judicial en aquest nucli suposaria la vulneració del principi de separació de poders i el denominat *Govern dels jutges*.

Es produeix aquí una identificació entre el paper del dret administratiu i el control judicial de l'Administració amb la qual no podem coincidir. Si els jutges no poden substituir el nucli d'oportunitat de la discrecionalitat, es ve a dir, llavors, que el dret administratiu ja no té interès en el mateix, que li és indiferent. Però el dret administratiu és una mica més ampli i diferent que el mer control judicial de les decisions administratives, sense per això desconèixer la importància que aquest control té en un Estat de dret (Ponce, 2014).

No obstant això, en les últimes dècades, diferents «anomalies» en la ciència del dret administratiu, vinculades a nombrosos casos de mala administració i corrupció, que el converteixen cada vegada més en impotent per incidir en el comportament públic, orientat ara més per la ciència econòmica o la ciència política (Retjman, 2013) —i cada vegada més arraconat en favor de la reacció penal en el cas espanyol, per exemple— han de fer-nos reflexionar sobre la crisi de la indiferència de la discrecionalitat per al dret i la necessitat de completar els paradigmes existents, destacant l'interès que el dret ha de tenir en aquest nucli discrecional.

1.1. El dret administratiu davant de la mala administració i la corrupció

En les societats democràtiques, la ciutadania cada vegada tolera menys la mala administració negligent, que comporta despeses públiques ineficients i ineficaces, i la mala administració dolosa, que suposa utilitzar les potestats (en la contractació, en l'urbanisme, etc.) per al benefici privat, bé sigui de l'autoritat pública mateixa que l'exerceix, bé sigui d'un tercer. Tot això en detriment de drets socials i econòmics bàsics per a la ciutadania.

Aquesta mala administració és de mica en mica més coneguda gràcies als avenços en matèria de transparència (així com, per exemple, en altres països cal tenir en compte tota la legislació en matèria de transparència; a Espanya: Llei estatal 19/2013 i lleis autonòmiques de desenvolupament, Ponce 2013a) i als esforços en el mesurament de la corrupció, desenvolupats des de l'acadèmia (a Espanya, vegeu Villoria i Jiménez, 2012), organitzacions internacionals, com la Unió Europea (així, Unió Europea, 2014) o Transparència Internacional.

Quin és el paper del dret administratiu en relació amb aquesta mala administració i aquesta corrupció? Si acudim a la *ciència normal*, basada en els paradigmes esmentats, el dret administratiu té poc a dir sobre això. Respecte a la mala administració negligent —és a dir, per exemple, un mal ús (per antieconòmic, per ineficient, per ineficax) de recursos públics referits a infraestructures—, una ingerència jurídica suposaria entrar de ple en el nucli de la discrecionalitat, que ja ens consta que hauria de ser indiferent per al dret.

En el cas de la mala administració dolosa, és a dir, la corrupció, aquí el dret administratiu ha tingut alguna cosa més a dir, ja que estem davant la persecució d'una finalitat diferent a la marcada per l'ordenament jurídic per a l'exercici de la potestat —una desviació de poder, en la terminologia legal administrativa clàssica espanyola— que constitueix, a part de les possibles responsabilitats penals, una clara il·legalitat. Si és el cas, si hi ha impugnació per part d'un interessat —o si existís acció pública per qualsevol ciutadà—, el control judicial podria detectar-la i declarar la invalidesa de la decisió —l'adjudicació del contracte, la regulació urbanística, etc.

Ara bé, la prova de la desviació de poder no és sempre fàcil, com és sabut, i, d'altra banda, la intervenció judicial es produirà una vegada sigui adoptada la decisió, amb una anul·lació que —deixant ara de banda la possibilitat de les mesures cautelars— és probable que s'adopti molt temps després —anys, en el cas espanyol— de la presa de la decisió.

Referència bibliogràfica

Amb relació als costos de la corrupció i el benestar vegeu, per exemple, Lapuente (2011, pàg. 5).

Exemple del cas espanyol

En el cas espanyol, es pot consultar la sèrie de reportatges «La España del despilfarro» del diari espanyol *El Mundo*, per exemple, sobre això: <https://www.google.com/maps/d/viewer?mid=zvuMSnhdTAOM.kgWOP2cmzePg>. Cal tenir en compte l'interessant estudi de 2018 que xifra en 81.000 milions d'euros el malbaratament (sobrecost, falta d'ús...) en infraestructures a Espanya entre 1996 i 2016 (Romero i altres, 2018).

Aquesta inoperància del dret administratiu ha portat Espanya a la preponderància del control judicial penal, el qual s'hi ha referit en termes notablement crus.

Per exemple, en la sentència de la Sala Penal del Tribunal Suprem de 27 de novembre de 2009 (núm. 1127/2009, recurs de cassació núm. 1539/2009), en relació amb la corrupció urbanística objecte d'atenció mediàtica en la població d'Andratx (Mallorca), s'assenyala que:

«(...) la desastrosa situació a la qual, tot i la normativa legal i administrativa, s'ha arribat a Espanya respecte a l'ordenació del territori, inclosa la destrucció paisatgística, justifica que, davant la inoperància de la disciplina administrativa, s'acudeix al dret penal, com a *última ràtio* (...).».

No obstant això, no es pot demanar al control judicial penal, essent fonamental la seva existència i bon funcionament, que desplegui una estratègia preventiva de la mala administració (si bé, en part, les penes tenen aquesta finalitat preventiva).

Aquesta tasca predominantment preventiva correspon al dret administratiu.

Però aquest no podrà dur a terme aquesta funció si no s'allibera d'enfocaments reduccionistes que limiten el seu paper.

Com s'ha assenyalat (Schmidt-Assmann, 2003, pàg. 347 i seg.): «Discrecionalitat no vol dir "llibertat d'elecció". L'Administració no tria lliurement una opció determinada, ja que com a poder en tot moment dirigit pel Dret, s'ha d'orientar segons els paràmetres establerts a la llei i en el seu mandat d'actuació, ponderant autònomament en el marc de l'habilitació actuada (...). Per tant, la discrecionalitat tanca un mandat d'actuació a l'Administració redreçat a la consecució de racionalitat i estructurat per mitjà d'una sèrie de variats paràmetres. Perquè aquest mandat sigui exercit "correctament" no es requereix només que l'Administració no incorri en vicis jurídics, ja que la "correcció" de l'activitat administrativa exigeix, a més, que es cuidin els recursos disponibles i es propiciï la seva acceptació per part dels seus destinataris»

Paràmetres jurídics d'orientació en positiu de la discrecionalitat que són «"orientacions normatives de l'acció administrativa" que van més enllà de la mera legalitat i aspiren a la justícia» (com les ofertes per la proporcionalitat, la bona administració, la igualtat, la seguretat jurídica o la protecció de la confiança legítima).

La transparència que permet la participació i l'avaluació pels ciutadans de l'activitat pública suposa una arma important per al bon ús del poder públic.

Exemple de transparència

En aquest sentit, per exemple, l'art. 71.4 de la Llei de l'estatut d'autonomia de Catalunya.

Si com Klitgaard (1988) ha assenyalat, la corrupció depèn del monopoli en l'ús del poder, al qual s'afegeix l'existència de discrecionalitat sense rendició de comptes, llavors un dret administratiu basat en nous paradigmes ha d'abandonar la seva «indiferència» per l'ús de la discrecionalitat i,

interessant-s'hi, promocionar la participació i la transparència en favor de l'orientació de la necessària discrecionalitat (on sigui necessària), cap a un bon govern i una bona administració.

És a dir, si

C (corrupció) = M (monopoli) + D (discrecionalitat) - A (accountability)

llavors l'assoliment de reduir la corrupció i avançar cap al bon govern i la bona administració hauria de basar-se en aquesta altra equació alternativa que proposem:

D (reduint-la on sigui possible però acceptant el seu paper)

+ B (deures i obligacions jurídiques de bon govern i bona administració)

+ T (transparència)

+ P (participació)

En conseqüència, la transparència i la participació són importants per a la prevenció de la corrupció i l'assoliment d'un bon govern i una bona administració, que és l'objectiu últim de tot poder.

Com assenyalava l'art. 15 del Tractat de funcionament de la Unió Europea:

«A fi de fomentar una bona governança i de garantir la participació de la societat civil, les institucions, òrgans i organismes de la Unió actuaran amb el màxim respecte possible al principi d'obertura».

En definitiva, considerem que la *vocació del dret administratiu* del segle XXI, usant el títol d'un conegut treball d'Alejandro Nieto (Nieto, 1975), ha de ser prevenir i controlar les il·legalitats administratives i contribuir a orientar l'activitat pública cap a la presa de les millors decisions possibles en el seu servei a l'interès general.

Hem de passar, doncs, «de la simple lluita contra les immunitats del poder a una autèntica batalla pel bon govern i la bona administració» en garantia dels drets dels ciutadans i per evitar el fracàs dels països (Acemoglu i Robinson, 2012; Mungiu-Pipidi, 2015).

1.2. Per un nou paradigma basat en el bon govern i la bona administració

Com hem argumentat, els paradigmes dominants en el dret administratiu clàssic han declarat la indiferència del nucli discrecional per a aquest i s'han concentrat tradicionalment en la decisió final adoptada (l'acte administratiu, so-

Sentència del Tribunal Suprem del 2012

Vegeu la sentència del Tribunal Suprem espanyol, de 30 d'abril de 2012, relacionant l'accés a arxius i registres amb la bona administració.

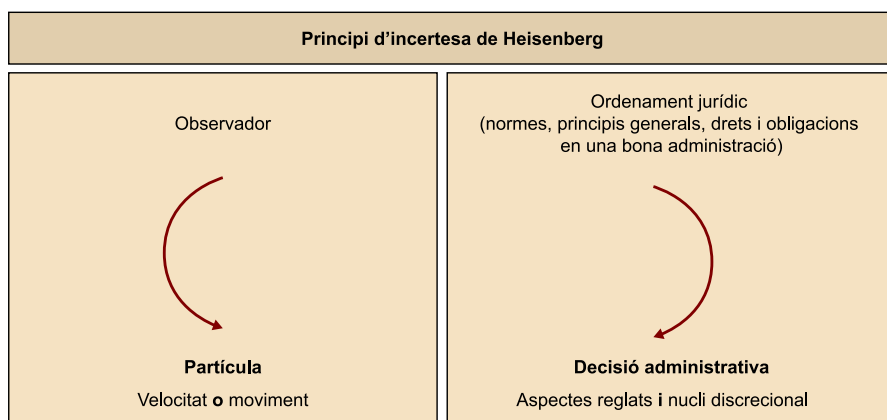
bretot), més que sobre la manera d'exercici de la potestat discrecional administrativa (és a dir, el procediment administratiu: existeix consens al respecte, per tots, García de Enterría, 1978, pàg. 256 i 257).

Històricament es va partir de l'ideal de la potestat administrativa reglada i de la sentència com a model de referència per a l'acte administratiu —Merkl, 1980, que va ser traduït al castellà per primera vegada el 1935 (pàg. 190), qui va influir notablement a Espanya i a la resta d'Europa, com destaca Isaac, 1968 (pàg. 101).

En aquesta línia, es va intentar construir un dret administratiu basat en la *certesa*, de manera que podem acudir aquí de nou a la imatge de la física newtoniana que va inspirar la Il·lustració i, en definitiva, al dret administratiu sorgit amb ella. La decisió administrativa, com la sentència, hauria de ser el resultat de l'aplicació automàtica de la norma; i l'Administració, la boca que pronuncia les paraules de la llei (en la coneguda expressió, referida al jutge, de Montesquieu).

No obstant això, mentre els paradigmes de la física han evolucionat amb les aportacions de la mecànica quàntica, els jurídics s'han quedat ancorats encara en un món mecànic fet de certes i mecanismes previsibles. Com és sabut, enfront de la suposada certesa científica, la física quàntica ha introduït la noció d'*incertesa*, de la mà del conegut principi d'incertesa de Heisenberg. D'acord amb aquest, és impossible per a un observador conèixer alhora la posició i la velocitat d'una partícula subatòmica, ja que en observar s'influeix en allò que s'ha observat (Lindley, 2010).

La física quàntica, la incertesa i la discrecionalitat



Seguint amb possibles metàfores, el dret administratiu hauria de acostumar-se a la incertesa (discrecionalitat), que no és una cosa dolenta i inevitable, sinó una oportunitat per a la bona gestió pública.

En aquest sentit, i fent un paral·lelisme amb el principi d'incertesa esmentat¹, l'«observador» de la conducta administrativa —és a dir, l'ordenament jurídic en el seu conjunt, incloent normes i principis generals— pot i ha d'influir en allò «observat», és a dir, la futura decisió administrativa que pugui produir-se, no només limitant-la mitjançant els elements reglats i els principis generals del dret, sinó influïnt també sobre el nucli discrecional per orientar l'*output*. Que aquest sigui immune al control judicial per tenir un fonament extrajurídic no vol dir, ni molt menys, que sigui indiferent per al dret administratiu: aquest

⁽¹⁾Vegeu al respecte el treball del constitucionalista nord-americà Tribe (Tribe, 1989), en un article en el qual va col·laborar l'ara president Obama, llavors estudiant de Dret, i que ha estat objecte d'una polèmica posterior, al nostre parer exagerada, per part de Tipler, 2008.

ha de ser *sensible*, no indiferent, a la guia en positiu de la presa de la decisió, perquè aquesta no només no sigui una mala decisió (corrupta, si escau), sinó la millor decisió possible (Schmidt-Assmann, 2003, pàg. 347 i seg.).

L'art. 71.2 de la Llei de la jurisdicció contenciosa espanyola de 1998 disposa que

«els òrgans jurisdiccionals no poden determinar la forma en què han de quedar redactats els preceptes d'una disposició general en substitució dels que anul·laren ni poden determinar el contingut discrecional dels actes anul·lats».

No és aquest, però, el punt de vista de diversos autors espanyols prestigiosos, els quals afirmen la possibilitat judicial de substituir la valoració administrativa d'allò més adequat a l'interès general, i eliminar així la discrecionalitat en la seva essència mateixa. És el cas, per exemple, de Fernández Farreres (1983, pàg. 615 i seg.) i Chinchilla (1989, pàg. 151 i seg.), els quals, partint del deure de l'Administració d'adoptar en el desenvolupament de la seva discrecionalitat la solució més adequada a l'interès general —aspecte en què vam coincidir amb ells, com va poder apreciar-se en referir-nos a l'exercici de la discrecionalitat—, arriben a la conclusió que no podem compartir, que és funció pròpia de la jurisdicció contenciosa penetrar l'entranya mateixa de la decisió, corregint el criteri utilitzat per l'Administració per ponderar els interessos implicats i triar entre les possibles alternatives.

En conseqüència, advoquem decididament per un nou paradigma en el dret administratiu del segle XXI: el paradigma del bon govern i la bona administració.

La bona gestió pública és, i ha de ser també, un tema de reflexió per a la doctrina administrativista, el legislador i el control judicial, com veurem. No hi ha indiferència respecte a la bona gestió pública i el dret administratiu en col·laboració amb altres ciències, ha de modificar la seva epistemologia i la seva metodologia, sense perdre rigorositat tecnicojurídica, per contribuir a aquesta, prevenint la corrupció i promovent les millors polítiques públiques possibles.

Aquesta necessitat ha estat identificada ja per part de la doctrina, com hem vist, i pel legislador i la jurisprudència que, lentament, en diferents països, avancen en la construcció i desenvolupament d'aquest paradigma (així, vegeu OCDE, 2010, assenyalant que, després del *new public management*, ara és el moment de la qualitat en la gestió pública).

Per la seva banda, en diverses sentències del Tribunal Suprem espanyol hi és present aquest enfocament, com la de 7 d'octubre de 1999, en què es pregunta respecte a l'exercici de la discrecionalitat si: «en un Estat de dret es pot admetre l'existència *a priori* d'alguna cosa “indiferent jurídicament”» o la de 26 de febrer de 1990, que indica que el dret administratiu

«ja no aspira només a la defensa del ciutadà davant les ingerències indegudes dels poders públics, sinó a aconseguir una Administració prestadora eficaç de serveis públics».

Doncs bé, la falsa indiferència del dret davant l'exercici de la discrecionalitat i l'aspiració al bon govern i a la bona administració han tingut la seva articulació tècnica, en les últimes dècades, en el sorgiment de principis jurídics de bon govern i d'un dret de bona administració que estableixen obligacions jurídiques al poder executiu, com comprovarem tot seguit. En essència, el dret a una bona administració, com veurem, suposa la necessitat de l'anàlisi i la presa en consideració diligent i amb la deguda cura dels fets i interessos rellevants en cada presa de decisió.

1.3. Deure de bon govern i dret a una bona administració en la legislació i en la jurisprudència

La idea de *bon govern* es refereix a la manera en què una part del poder executiu, el govern, desenvolupa les seves funcions; mentre que la *bona administració* fa referència a la manera en què el poder executiu desenvolupa les seves tasques administratives, essent els conceptes de mala administració (negligent) i corrupció (mala administració dolosa) els seus oposats.

En aquest sentit, doncs, el bon govern i la bona administració són nocions diferents de la bona governança, més restringides i concretes, ja que no inclouen actors privats i es distingeixen per la funció específica a la qual es refereixen, encara que en ocasions, bona governança i bon govern, sobretot, s'utilitzin de manera indistinta depenent del context i de l'idioma².

⁽²⁾En aquest sentit, identifiquem *good governance* i *good government*, per exemple, Addink, 2014 (pàg. 23 i seg.).

En la Constitució espanyola, per exemple, hi ha tant principis de bon govern com principis de bona administració:

1) Pel que fa als primers, cal tenir en compte el principi d'interdicció de l'arbitrarietat, que exigeix racionalitat i justificació en les decisions (art. 9.3, CE); el principi de no discriminació (art. 14, CE) i de persecució de la igualtat material (art. 9.2, CE); el principi de proporcionalitat i, per tant, d'actuació no desproporcionada (derivat per la jurisprudència de l'art. 1, CE, incloent els coneguts subprincipis d'adequació, necessitat i proporcionalitat *strictu sensu*); o el principi d'assignació equitativa, eficiència i economia en la programació despesa pública (art. 31.2, CE).

D'altra banda, diverses lleis de bon govern, començant per l'estatal 19/2013 i seguint per les autonòmiques i altres regulacions (per exemple, Llei estatal 3/2015, de 30 de març, reguladora de l'exercici de l'alt càrrec de l'Administració general de l'Estat i equivalents autonòmiques), estableixen ara deures jurídics concrets de bon govern.

En definitiva, de totes aquestes lleis espanyoles cal concloure que els governs (estatal, autonòmics i locals) a Espanya en desenvolupar la seva funció de govern tenen, doncs, obligacions jurídiques de no vulnerar principis constitucionals, de complir els deures en positiu que se'n deriven —racionalitat, justificació, igualtat (material), persecució de l'interès general, generació d'alternatives, selecció de la menys restrictiva per als drets dels ciutadans, balanç costos beneficis, eficiència, economia, equitat—, de no vulnerar els principis legals, de persecució de l'interès general amb objectivitat —permet controlar la desviació de poder, així com amb el subprincipi d'adequació del principi de proporcionalitat, etc.—, de complir els deures en positiu que es deriven (ex.: actuació diligent, prevista en la jurisprudència i en la Llei estatal 19/2013 i legislació autonòmica), de respectar els elements reglats i els drets fonamental (com explicita l'art. 2 de la Llei espanyola de la jurisdicció contenciosa de 1998).

Hi ha la possibilitat de dissenys institucionals i procedimentals per garantir el bon govern, com després analitzarem, ja que aquest, com hem vist, no és indiferent al Dret. Els membres del govern han de servir a l'interès general (Llei espanyola 19/2013, per exemple) amb objectivitat (com assenyala ara la Llei espanyola 3/2015, de 30 de març, reguladora de l'exercici de l'alt càrrec de l'Administració general de l'Estat, en el preàmbul i en els seus articles 3 o 11, referit als conflictes d'interessos i a l'abstenció).

2) Respecte als principis de bona administració, aquests no són desconeguts en l'àmbit de l'anomenat *dret administratiu global*, en vinculació amb el procediment degut, com tampoc ho són en l'àmbit nord-americà, en el qual, si bé no és comú en aquesta tradició jurídica referir-se a aquest dret, la veritat és que la doctrina jurisprudencial de *hard look*, també coneguda com l'estàndard del «procediment raonat» (*reasoned decision making*) és utilitzada àmpliament per la jurisprudència i mostra que en el modern dret públic dels Estats Units «l'èmfasi en la revisió de l'arbitrarietat s'ha mogut cap a l'escrutini de la qualitat del raonament administratiu» (Levin i Gellhorn, 2007, pàg. 103: que és exactament el que ha passat en l'àmbit espanyol i en altres països, Ponce, 2008, 2010).

Així mateix, un *dret subjectiu* a una bona administració pot trobar-se en l'article 41 de la Carta de drets fonamentals de la Unió Europea:

El cas de les gambetes

Cal tenir en compte l'Organització Mundial del Comerç i la seva *Appellate body*, que va resoldre el cas dels *Schrimp products* (gambetes), el 1998, en què l'òrgan d'apel·lacions va assenyalar que els EUA no havien proporcionat a cap dels estats, les exportacions de gambetes dels quals van prohibir mitjançant regulacions administratives internes, les garanties bàsiques d'un procediment administratiu, com l'oportunitat de ser escoltat o al·legar contra els càrrecs imputats. Pot consultar-se en castellà aquesta decisió a: http://www.wto.int/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds58_s.htm

«Dret a una bona administració

1. Tota persona té dret que les institucions, òrgans i organismes de la Unió tractin els seus assumptes imparcialment i equitativament i dins d'un termini raonable.
2. Aquest dret inclou en particular:
 - a. el dret de tota persona a ser escoltada abans que es prengui en contra seva una mesura individual que l'afecti desfavorablement
 - b. el dret de tota persona a accedir a l'expedient que l'afecti, dins del respecte dels interessos legítims de la confidencialitat i del secret professional i comercial;
 - c. l'obligació que incumbeix a l'Administració de motivar les seves decisions.
3. Tota persona té dret a la reparació per la Unió dels danys causats per les seves institucions o els seus agents en l'exercici de les seves funcions, de conformitat amb els principis generals comuns als drets dels estats membres.
4. Tota persona podrà dirigir-se a les institucions de la Unió en una de les llengües de la Constitució i haurà de rebre una resposta en aquesta mateixa llengua».

També en diversa legislació espanyola (com en recents estatuts d'autonomia espanyols, per exemple, el català de 2006, art. 30, i en la legislació estatal, Llei 19/2013, i autonòmica de transparència i bon govern i, també, la Llei catalana 19/2014 o la Llei gallega 1/2015, d'1 d'abril, de garantia de la qualitat dels serveis públics i de la bona administració, per citar-ne només dues de les més recents).

Igualment, en altres constitucions (art. 97 de la italiana, referint-se al *buon andamento*) i lleis de diversos països europeus:

Des del punt de vista constitucional, poden portar-se a col·lació dos exemples de l'abundant jurisprudència del Tribunal Constitucional italià sobre aquest precepte:

- *Sentenza N. 172, 2005* «(...) atteso che le esigenze di trasparenza e di credibilità della pubblica amministrazione sono direttamente correlate al principio costituzionale di buon andamento degli uffici»
- *Sentenza N. 262, 1997* «(...) che sono attuazione, sia pure non esaustiva, del principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 della Costituzione) negli obiettivi di trasparenza, pubblicità, partecipazione e tempestività dell'azione amministrativa, quali valori essenziali in un ordinamento democratico».

Pel que fa a la legislació, cal tenir en compte l'informe oficial de l'Agència Sueca per a la Gestió Pública (Statskontoret), *Principles of Good Administration in the Member States of the European Union*, 2005. Aquest estableix una comparació interessant dels principis de bona administració existents en els ordenaments jurídics dels diferents països de la Unió Europea, i conclou que: «la idea general darrere de la legislació sobre bona administració és que si l'Administració pública segueix procediments adequats, la probabilitat de prendre bones decisions s'incrementa notablement. El disseny de procediments que assegurin que l'autoritat administrativa considera tots els fets rellevants, pondera tots els interessos rellevants i assegura que totes les parts puguin fer-li rendir comptes durant el procés mitjançant procediments transparents i mitjançant l'exigència que declari explícitament el fonament de la seva decisió assegurarà un nivell mínim de reflexió racional» (pàg. 78).

Aquest dret a una bona administració és defensat en la jurisprudència del TEDH (que es refereix a la «bona governança»).

Així, de les decisions *Cazja contra Polònia*, de 2 d'octubre de 2012, *Rysovskyy contra Ucraïna*, de 20 d'octubre de 2011, o *Öneryildiz contra Turquia*, de 30 de novembre de 2004, es dedueix que, tot i que l'exercici de la discrecionalitat administrativa inclogui una multitud de factors locals inherents a l'elecció, implementació de polítiques públiques

(com per exemple, les urbanístiques) i en les mesures que resultin, això no significa que les autoritats puguin legítimament recolzar-se només en el seu marge d'apreciació, el qual de cap manera els dispensa del seu deure d'actuar d'acord amb el principi de bona governança, que imposa una activitat pública amb unes característiques determinades recollides en les sentències que impliquen, entre altres qüestions, una deguda diligència.

També a la jurisprudència del TJUE (que ja compta amb més de tres-centes sentències que esmenten la bona administració en el moment d'escriure aquestes línies, Mancilla, 2014).

Així mateix, en la jurisprudència del Tribunal Suprem espanyol.

STS de 30 de gener de 2012

«En aquest sentit, cal recordar la doctrina d'aquesta Sala del Contenciós-Administratiu del Tribunal Suprem formulada sobre el significat i abast de l'exigència de motivació dels actes administratius, que s'exposa en la sentència de 23 de maig de 2005, en la qual vam dir: (...) el deure de motivació de les administracions públiques s'encasta en el dret dels ciutadans a una bona administració, que és consubstancial a les tradicions constitucionals comunes dels estats membres de la Unió Europea, que ha aconseguit la seva ratificació normativa com a dret fonamental en l'article 41 de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea, proclamada pel Consell de Niça, de 8/10 de desembre de 2000, en enunciar que aquest dret inclou en particular l'obligació que incumbeix a l'Administració de motivar les seves decisions».

I dels Tribunals Superiors de Justícia de les comunitats autònomes (Ponce, 2010).

La rellevància del dret a una bona administració no ha passat inadvertida tampoc per la doctrina, legislació i jurisprudència iberoamericana. Així, la doctrina ha destacat la seva importància (per exemple, Moscariello, 2012, 2013, a qui com a coneixedor de la realitat argentina m'he remetre), i el CLAD ha impulsat com a *soft law* el Codi iberoamericà de bon govern de 2006 i la Carta iberoamericana de drets i deures dels ciutadans davant l'Administració pública de 2013, la qual conté nombroses referències a la bona administració. En l'àmbit legislatiu, la República Dominicana, per exemple, ha inclòs la referència al dret a la bona administració en la llei 107-3. Finalment, la jurisprudència iberoamericana ha fet també referències al concepte, ja sigui de forma implícita, com en el cas costa-riqueny.

La Constitució de Costa Rica, tot i que no utilitza les paraules *bona administració*, inclou en els seus articles 139.4 i 140.8 referències a la «la bona marxa del govern» i «el bon funcionament dels serveis i dependències administratives». És destacable la tasca de la sala constitucional de la cort suprema de justícia de Costa Rica, que ha fet servir diversos principis constitucionals lligats a «la bona marxa del govern» i «el bon funcionament dels serveis i dependències administratives», abans al·ludits, per atorgar empara en casos en què la salut d'un ciutadà estava en joc per deficient atenció mèdica (per exemple, sentències de 13 de juliol de 2004, Res: 2004-07352 o de 5 d'agost de 2005, Res: 2005-010292).

Finalment, també s'ha de posar en relleu el reconeixement explícit de la bona administració per part dels màxims tribunals de diversos països llatinoamericans, com la Cort Constitucional dominicana i peruana o el Consell d'Estat colombià.

Enllaç recomanat

El Codi iberoamericà de bon govern de 2006 i la Carta iberoamericana de drets i deures dels ciutadans davant l'Administració pública de 2013 són accessibles a: <http://old.clad.org/documentos/declaraciones>

Referència bibliogràfica

Un recull detallat de tota aquesta jurisprudència es pot trobar en l'article de J. Ponce Solé «Els jutges, el dret a una bona administració i les lleis de transparència i bon govern», publicat al butlletí de notícies de l'INAP el 19 de gener de 2017 i que es pot consultar aquí: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507021>

En el cas de la República Dominicana, la sentència TC/0032/14 afirma que «(...) el que s'ha configurat com un dret fonamental nou entre nosaltres, denominat "dret al bon govern o a la bona administració". Com a tal, el reconeixement normatiu del dret fonamental a la bona administració ha partit de la Recomanació n° R (80) 2, adoptada pel Comitè de Ministres del Consell d'Europa l'11 de març de 1980 relativa a l'exercici de poders discrecionals per les autoritats administratives, així com de la jurisprudència tant comunitària com del Tribunal Europeu de Drets Humans. La jurisprudència en l'àmbit europeu ha anat de mica en mica configurant el contingut d'aquest dret fonamental a la bona administració "atenent a interpretacions més favorables per al ciutadà europeu a partir de la idea d'una excel·lent gestió i administració pública en benefici del conjunt de la població de la Unió Europea. Aquest dret es troba implícitament en el text de la nostra Constitució, específicament en els articles 138, 139, i 146, els quals s'han concretat legalment en la referida llei orgànica, plasmant de manera més concreta en el nostre ordenament aquest principi constitucional.

11.9. Els mandats precedentment resumits configuren l'anomenat "dret a la bona administració", designació que fa taxativament la Llei núm. 107-13, la vigència de la qual ha estat postergada fins al 2015, però que s'ha de considerar, amb relació a l'assumpte de què es tracta, com un dret actualment provinent de les obligacions posades a càrrec de l'Administració Pública per la Constitució de la República i altres normes».

Pel que fa al Perú, en la sentència dictada en l'expedient Núm 2235-2004-AA, Cas Grimaldo Chong, el Tribunal Constitucional peruà ha manifestat que

«el principi constitucional de bona administració es troba implícitament constitucionalitzat en el capítol IV del títol II de la Constitució. En el que aquí interessa posar en relleu, aquest principi vol posar en evidència no només que els òrgans, funcionaris i treballadors públics serveixen i protegeixen l'interès general, ja que estan al servei de la Nació (article 39° de la Constitució), sinó, a més, que aquest servei a la Nació s'ha de realitzar de manera transparent».

S'ha de tenir en compte també la sentència de 3 de maig de 2012, EXP. N.º 00017-2011-PI/TC:

«La persecució penal dels delictes contra l'Administració Pública ha estat justificada des del Dret penal en el "correcte funcionament de l'administració pública". Al seu torn, aquest Tribunal entén que això pot ser entès també des d'una perspectiva constitucional. Així, la intervenció en drets fonamentals (p. ex., llibertat personal) que implica aquesta classe de delictes persegueix la repressió oportuna d'actes que atempten contra principis constitucionals derivats essencialment del capítol IV del títol I del Codi Penal "De la funció pública"».

«15. Sobre això, aquest Tribunal ha entès que darrere de les disposicions d'aquest capítol de la nostra Constitució i en especial de l'article 39 de la Constitució que estableix que "(...) els funcionaris i treballadors públics estan al servei de la Nació (...)", és subjacent el principi de "bona administració"(Cfr. Exp. Núm. 2235-2004-AA / TC; 2234-2004-AA / TC)».

«Aquest Tribunal, d'acord amb el que s'ha advertit més amunt sobre els béns constitucionals que informen la persecució penal dels actes de col·lusió il·legal, reitera que de manera genèrica els delictes contra l'administració pública troben el seu fonament constitucional en l'article 39 de la Constitució que reconeix que els òrgans, funcionaris i treballadors públics serveixen i protegeixen l'interès general ja que estan al servei de la Nació, de la qual cosa la jurisprudència d'aquest Tribunal ha derivat el principi de "bona administració", al seu torn del deure de combatre tot acte de corrupció que es deriva del principi d'Estat Democràtic i, de manera més específica, els principis constitucionals que regeixen la contractació pública (imparcialitat i tracte igualitari als postors). En aquest sentit, essent la col·lusió un delictes contra l'administració pública el subjecte actiu de la qual és un funcionari públic a càrrec de processos de contractació de l'Estat, allò que justifica la intervenció penal és reprimir actes que atemptin contra els principis constitucionals que informen la contractació pública».

Finalment, pel que fa al Consell d'Estat colombià, la Sala del Contenciós-Administratiu, secció tercera, conseller ponent Alier Eduardo Hernández Enríquez, 10 de novembre de 2005, ha afirmat que:

«Pel mateix, s'ha de reconèixer que els procediments administratius han resultat no només enriquits per l'article 29 constitucional, sinó també pel 209, el qual va establir, en l'incís primer, que "la funció administrativa està al servei dels interessos generals i es desenvolupa amb fonament en els principis d'igualtat, moralitat, eficàcia, economia, celeritat, imparcialitat i publicitat, mitjançant la descentralització, la delegació i la desconcentració de funcions"».

Aquesta llista de principis coincideix, en bona part, amb el que, d'abans, deia l'article 3 del CCA, encara que això va ser addicionat amb dos principis més: el d'igualtat i el de moralitat, els quals han afegit significats importants a la manera en què s'avancen les actuacions administratives.

Aquesta dada, unida a l'expressa consagració constitucional del procés degut en assumptes administratius, dona compte de la progressió contínua d'aquest dret en aquest camp, el qual sempre va requerir i demandar espais més propicis per desenvolupar la protecció dels particulars, perquè resultava injustificable que, en matèria judicial, es garantís el dret de defensa i tot el que implica el procés degut; mentre que, en matèria administrativa, aquesta valuosa garantia no constituís un dret de l'interessat o, almenys, no amb la claredat desitjada.

No obstant això, està clar que el procés degut a què està subjecte l'Administració pública ha de coexistir amb la necessitat i l'obligació que té aquesta d'assegurar l'eficiència, l'economia, la celeritat i l'eficàcia en el compliment de les tasques al seu càrrec per a la satisfacció de l'interès general, la qual cosa obliga a fer una ponderació adequada entre tots ells per tal d'aconseguir un perfecte i equilibrat procediment degut.

El tema és complex i ha marcat, en la història de l'evolució del dret al procés degut, una sèrie d'èpoques que van des de l'absència total de protecció, la protecció més o menys accentuada per a casos determinats i la protecció plena en tots els esdeveniments.

En paraules de Juli Ponce Solé, qui aborda històricament el tractament rebut pel procés degut en matèria administrativa, en un plantejament que resulta aplicable a Colòmbia,

«(...) és possible distingir tres etapes, per mitjà de les quals el procediment passa de ser un pur element intern de l'actuació administrativa (a) a constituir un element de l'acte administratiu definitiu amb finalitats pràcticament exclusives de defensa dels interessats, la qual cosa curiosament ha conduït a una relativització acusada de paper del procediment administratiu, en teoria fàcilment substituïble en seu contenciosa administrativa (b).

"Finalment com a desenvolupament més recent, sorgeix la inquietud pel procediment com a instrument per a l'assoliment de decisions administratives encertades, aspecte que, si bé ja pot trobar-se plasmat en diverses formulacions, especialment per part d'autors forans, encara no ha estat interioritzat plenament..."

Això explica per què, tot i que el nostre CCA va regular de manera general els procediments administratius, l'administració —en algunes èpoques i en determinats casos— va imposar sancions de pla, és a dir, sense fórmula de judici, i, en tot cas, es va limitar a l'observança d'aquells drets pensats expressament en el CCA, oblidant-ne altres que, si bé no explícita aquest codi, integren, sens dubte, la garantia al·ludida».

1.4. La concreció gradual del dret a una bona administració

Com hem vist, l'interès pel bon govern i la bona administració ha passat de la jurisprudència, en la qual neix originàriament, a les normes, com constatem en l'exemple de l'article 41 de la Carta de drets fonamentals de la Unió Europea o d'algun país iberoamericà i en les quals és possible que aquesta tendència es consolidi en anys venidors.

Considerem que, després d'una primera fase ja superada en què les apel·lacions a la bona administració han estat molt genèriques (per tots, cal tenir en compte els treballs meritoris de Rodríguez Arana, per exemple, 2015, pàg. 582 i seg.), Estem, des de fa temps, en una nova fase molt més pragmàtica i concreta, en la qual la doctrina, el legislador i la jurisprudència estan interactuant i contribuint a articular tècniques concretes per fer realitat la bona administració i controlar la mala administració. Per tant, és imprescindible ja conèixer i citar aquesta jurisprudència i les tècniques legals concretes utilitzades i no quedar-se amb meres aproximacions retòriques.

En aquest sentit, el dret a una bona administració no és quelcom lligat a una moral o ètica etèria que estigui més enllà del dret: forma part d'aquest, que vol una gestió de qualitat i obre la possibilitat de reacció jurídica contra la mala administració (culposa o dolosa, és a dir, la corrupció).

D'altra banda, el dret a una bona administració no és només un «paraigua» que es limita a englobar un conjunt de principis i drets relatius al procediment administratiu degut o just.

La idea d'una bona administració incorpora, per si mateixa, la necessitat que en exercir-se poder públic (pel Govern o l'Administració) aquest exercici es vehiculi mitjançant un procediment de presa de decisió que permeti garantir «l'anàlisi i la presa en consideració diligent i amb la deguda cura» dels fets, drets i interessos rellevants i la no-consideració dels irrelevantes.

Així ho reconeix la jurisprudència al·ludida que, per exemple en l'àmbit de la Unió Europea, es refereix a un deure específic de *due diligence* o *due care*³.

D'aquesta concreta obligació jurídica, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea n'ha extret conseqüències específiques en l'àmbit dels contactes informals durant la presa d'una decisió per part de les autoritats, fins i tot a falta d'una regulació al respecte, exigint a la Comissió Europea que faci constar aquests contactes en l'expedient com a derivació del dret a una bona administració.

Així, el Tribunal de Justícia de la UE ha dit en la seva sentència de 12 de juny de 2014 (en un cas de defensa de la competència en el qual estaven involucrats els gegants Intel i Dell) que del dret a una bona administració es deriva directament una obligació jurídica exigible a les autoritats de fer públics els contactes amb privats i els documents proporcionats per aquests, incloent-los en l'expedient i comunicant-los a totes les parts afectades.

En aquest sentit, l'aproximació del dret comparat pot tenir especial interès per constatar les respectives evolucions i llacunes i anar-nos enriquint mútuament en un procés dinàmic de coneixement per millorar els nostres propis ordenaments jurídics, especialment en el marc del ja esmentat *dret administratiu global*⁴.

En el cas espanyol, per exemple, ja són nombroses les lleis estatals i autonòmiques que es refereixen en els últims anys al bon govern i la bona administració en connexió amb la transparència i la qualitat de l'activitat administrativa, com ja hem comentat. Tot i que cada norma, a Espanya i en altres països, pot variar notablement, del conjunt se'n poden identificar ja algunes tècniques jurídiques comunes de garantia del bon govern i la bona administració —que a continuació descriurem molt bàsicament per centrar-nos en una—: els codis ètics o de conducta.

Abans d'entrar en en la descripció d'aquestes tècniques, ens sembla necessari assenyalar ara que, si bé l'aplicació de la normativa ja existent i la dotació dels recursos necessaris per a la prevenció i repressió penal de la mala administració i la corrupció són imprescindibles, la veritat és que, al nostre parer, això no és suficient per aconseguir el bon govern i la bona administració, perquè diverses llacunes jurídiques o males regulacions ho impedeixen. Per tant, satisfer les llacunes encara existents i millorar la regulació incentivadora del bon govern i la bona administració, amb adequació a les necessitats de cada país, ens sembla també fonamental.

⁽³⁾Vegeu la sentència del Tribunal General de la Unió Europea de 29 d'abril de 2015, T-217/11, sala quarta, Clara Staelen C. Ombudsman de la Unió Europea, ponent KREUSCHITZ, amb una interessant descripció de l'obligació jurídica de diligència deguda que implica aquest dret.

⁽⁴⁾Sobre el paper del dret comparat com a element útil per augmentar el coneixement sobre els nostres propis sistemes jurídics, vegeu, per exemple, Foster, 2006.

2. Maneres de fer realitat el bon govern i la bona administració

Hi ha nombrosos mecanismes per fer realitat efectiva les obligacions de bona administració, tant pel que fa a la prevenció com al control del compliment d'aquestes i de garantia de la bona administració.

Començant pel control, al qual no ens referirem específicament aquí, cal sintetitzar els diferents mecanismes en aquest esquema:

A) No jurídics

- 1) Socials (moviments de la ciutadania)
- 2) Mitjans de comunicació
- 3) Polítics, per parlaments i plens dels ajuntaments

B) Jurídics

1) No judicials

a) Externs (tribunals de comptes, *ombudsmen*, consells de transparència i bon govern)

b) Interns

- Previs o *ex ante*:
 - Economicofinancers
 - Legalitat
- Posteriors o *ex post*

2) Judicials

a) Penals

b) Contenciós administratiu

Pel que fa als mecanismes per prevenir i fomentar la bona administració i el bon govern, recorrem també a un esquema que desenvolupem breument a continuació:

- Avaluació de la qualitat normativa i establiment d'una «empremta normativa».
- Selecció i estatut jurídic d'empleats públics de lliure designació, eventuais, directius i funcionaris locals habilitats estatals.
- Definició del dret a una bona administració i del seu estàndard de deguda diligència i extensió a privats que exerceixen funcions públiques.
- Codis ètics i de conducta, formació i infraestructura ètica. Els *compliance officers*.
- Dret a una bona administració i criteris no jurídics en la motivació.
- La regulació de l'indult i el seu control judicial.
- La millora de la regulació dels conflictes d'interessos.
- La regulació dels *lobbies*.
- Les cartes de servei, els estàndards de bona administració, la inactivitat i la responsabilitat patrimonial.
- L'avaluació de les polítiques públiques i la seva institucionalització.
- L'organització administrativa al servei de la bona administració.
- Regulació de la transparència: dret d'accés i difusió d'informació.
- El reforç dels controls de l'Administració:
 - Millores en organismes constitucionals i estatutaris de control.
 - Millores en relació amb les funcions i amb la protecció de la tasca dels controladors en l'àmbit local.
 - Millora del control dels actes tràmit i de les mesures cautelars en el control judicial de l'Administració.
 - La responsabilitat patrimonial per mal govern i mala administració.
 - Acció pública en matèria de mal govern i mala administració.
 - Regulació de la figura del *Whistleblowing*.
 - L'ús de *big data* i intel·ligència artificial per identificar i actuar sobre els riscos de corrupció.

Sense ànim d'exhaustivitat, passem a fer una breu referència a alguns d'aquests mecanismes per aprofundir en l'apartat següent en els codis ètics i de conducta.

2.1. Avaluació de la qualitat normativa i establiment d'una empremta normativa

En el cas específic de l'exercici de poders normatius, el bon govern i la bona administració s'han de garantir mitjançant el desenvolupament d'estratègies de qualitat regulatòria, com les recomanades en l'àmbit internacional per l'OCDE i desenvolupades pels EUA (des de fa dècades, per mitjà de l'OIRA) o la Unió Europea i diversos estats membres d'aquesta (com assenyaladament el Regne Unit).

Si bé existeixen en el nostre àmbit alguns moviments en aquesta direcció, la veritat és que estem molt lluny dels avanços d'altres països.

Diverses veus insisteixen en la reivindicació que qualsevol intervenció per part d'agents socials quedi reflectida formalment en un document, és a dir, que deixi una «empremta» que permeti seguir aquesta participació (qui va participar, com hi va participar, amb quin agent públic va contactar, etc.).

L'anomenada *empremta legislativa* —nosaltres preferim l'adjectiu *normativa*, ja que té sentit tant en seu d'elaboració de lleis com de reglaments— seria un document que detallaria el moment, la persona i l'objecte d'un contacte del poder normatiu amb una persona física o jurídica, amb l'objecte d'assegurar que la influència dels grups d'interès en el desenvolupament de polítiques públiques mitjançant normes no és desproporcionat, la qual cosa portaria a una influència indeguda i a una captura del regulador. Actua com un element de prevenció de la corrupció i de rendició de comptes tant del poder executiu, el que aquí ens interessa, com del legislatiu (Obholzer, 2013, OCDE, 2013, Transparència Internacional, 2013, Transparència Internacional Espanya, 2014).

En l'àmbit de l'elaboració de normes pel poder executiu, cal preguntar-se si Espanya compta ja amb un mecanisme similar a la petjada normativa. En l'actualitat, en l'àmbit estatal, la memòria d'anàlisi d'impacte normatiu ha de recollir la petjada de les consultes al públic formalitzades i realitzades. Però al marge d'aquestes vies formals, en la pràctica informal, els contactes són freqüents. A ells no hi al·ludeix la regulació existent. No obstant això, el Reial decret 931/2017, de 27 d'octubre, pel qual es regula la Memòria de l'anàlisi d'impacte normatiu, assenyalava també que en la Memòria pot constar:

«qualsevol altre aspecte que pugui ser rellevant a criteri de l'òrgan proponent, prestant especial atenció als impactes de caràcter social i mediambiental, a l'impacte en matèria d'igualtat d'oportunitats, no discriminació i accessibilitat universal de les persones amb discapacitat».

Si bé originàriament, no pensat en el propòsit del qual ens ocupem ara, no tenim cap dubte que la Memòria podria —hauria de— incloure també contactes personals, telefònics, per correu electrònic, etc., entre el poder normatiu i tercers.

Ara bé, tenint en compte la manca de cultura en aquest punt i la fosca redacció normativa, creiem que convindria aclarir, sens dubte, l'obligació de deixar en l'expedient administratiu, inclòs en la Memòria d'avaluació d'impacte normatiu, un document específic sobre contactes realitzats, al marge dels tràmits formalitzats participatius (audiència i informació pública, si existís), indicant quins van ser, quan, amb qui i amb quin objecte.

El mateix es podria suggerir en l'àmbit de les comunitats autònomes, en què l'empremta normativa, amb les característiques vistes, és encara inexistent.

Reial decret 1083/2009

En l'àmbit estatal, el Reial decret 1083/2009, que va establir la memòria d'impacte normatiu i els art. 129 i seg., Llei 39/2015 de procediment administratiu comú, que estableixen principis de bona regulació; en l'àmbit autonòmic, per exemple, Llei catalana 26/2010, art. 64, i Llei 19/2013 de transparència, accés a la informació i bon govern.

Referència bibliogràfica

Una anàlisi de la situació europea sobre les empremtes legislatives a Transparència Internacional, 2015 (pàg. 28 i seg.), una reflexió més a fons sobre el que aquí s'exposa a Ponce Solé, 2015.

En tot cas, aquesta empremta normativa hauria de ser objecte de publicitat per part de qui elabora la norma, atès que ara tant la llei estatal de transparència de 2013 (art. 7, *d*) com les lleis autonòmiques exigeixen la publicació de les memòries d'elaboració de les normes (així, Llei catalana 26/2010, art. 10.1, *d*).

Transparència Internacional, en l'informe sobre el *lobby* a Espanya de 2014, assenyala la necessitat d'introduir una empremta legislativa en l'àmbit parlamentari per facilitar «el coneixement dels estudis i informes que motiven les propostes de llei, els calendaris detallats del procés legislatiu, les reunions que diputats i senadors mantenen amb tercers parts», recomanació núm. 10. Nosaltres creiem que en l'àmbit dels projectes de llei i reglamentaris, si bé la regulació estatal i autonòmica existent contempla la participació en tràmits formalitzats, no diu res dels contactes informals amb diferents parts, de manera que convindria especificar aquest aspecte en la normativa en el futur.

2.2. Selecció i estatut jurídic d'empleats públics de lliure designació, eventuais, directius i funcionaris locals habilitats estatals

Diversos especialistes coincideixen en el greu deteriorament d'una Administració colonitzada pel clientelisme partitocràtic, que comporta una concepció patrimonial d'una estructura que té en el servei als interessos generals la seva raó de ser. La jurisprudència del Tribunal Suprem espanyol ha establert en els últims anys una doctrina interessant sobre els límits en què s'ha d'emmarcar la confiança en la lliure designació de funcionaris i de personal eventual a què es refereixen els articles 79 i 80 de l'Estatut bàsic de l'empleat públic de 2007 (Ponce, 2013, pàg. 128 i seg., personal eventual el nombre del qual seria important conèixer i limitar en tots els nivells, d'acord amb l'art. 12.2 de l'EBEP, no només en el local, com ara sí fa l'art. 104bis de la LBRL, després de la seva modificació l'any 2013).

Seria interessant que el legislador s'hagués plantejat millorar l'EBEP precisant els articles 79 i 80 esmentats i la seva disposició addicional segona pel que fa a l'àmbit local i la lliure designació dels funcionaris locals amb habilitació nacional, secretaris i interventors als quals després ens referirem, tenint en compte aquesta doctrina jurisprudencial que «complementa» l'ordenament jurídic (art. 1 del Codi Civil). Cap d'aquests temes són tractats en la part de bon govern de la Llei 19/2013.

Pel que fa a alts càrrecs estatals, s'ha de tenir en compte ara l'art. 2 de la Llei 3/2015, de 30 de març, reguladora de l'exercici de l'alt càrrec de l'Administració general de l'Estat, que estableix requisits per al seu nomenament basats en el concepte d'idoneïtat, el qual, al seu torn, es fonamenta en els d'honorabilitat, formació i experiència, que s'intenten definir per la llei.

2.3. Definició del dret a una bona administració i del seu estàndard de deguda diligència i extensió a privats que exerceixen funcions públiques

El dret a una bona administració no és una cosa que vagi més enllà del dret o la legalitat: forma part d'aquesta, que vol una gestió de qualitat i obre la possibilitat de reacció jurídica contra la mala administració (culposa o dolosa, és a dir, la corrupció). Caldria que el legislador estatal i autonòmic intentés una definició del dret a una bona administració que incorporés la idea de diligència deguda que es desprèn de la jurisprudència citada.

S'ha de tenir en compte que el dret privat també recorre a estàndards oberts (és a dir, conceptes jurídics indeterminats) referits al comportament, la qual cosa no n'impedeix la utilitat jurídica (cas de la coneguda diligència d'un bon pare de família del Codi Civil, art. 1.094, 1.104.2, 1.903, o de «l'estàndard de diligència d'un ordenat empresari» que «s'entén complert quan l'administrador hagi actuat de bona fe, sense interès personal en l'assumpte objecte de decisió, amb informació suficient i d'acord amb un procediment de decisió adequat», art. 225 i 226 de la Llei de societats de capital, modificada per la Llei 31/2014, de 3 de desembre).

En garantia de la deguda diligència administrativa, el degut (*due, fair*) procediment es configura com un mecanisme de garantia de primer ordre del bon govern i de la bona administració. No obstant això, la Llei 19/2013 no aborda aquesta qüestió mantenint la regulació existent, la qual és possible, sens dubte, millorar (així, reforçant la separació entre instrucció i resolució més enllà dels procediments sancionadors, exigint la confecció d'un expedient que sigui un autèntic fonament de la decisió, considerant com canalitzar la negociació reglamentària de la mateixa manera que s'ha fet en altres ordenaments del nostre entorn, Ponce, 2015).

Així mateix, és rellevant estendre part de les obligacions de bona administració als privats que desenvolupen funcions públiques, presten serveis públics o serveis d'interès general (Ponce, 2014 c).

2.4. Codis ètics i de conducta, formació i infraestructura ètica.

Els compliance officers

Creats amb denominacions diverses en els últims anys⁵, segueix essent encara discutida la seva utilitat i eficàcia, especialment entre els iusadministrativistes (per exemple, Fernández Farreres, 2007, pàg. 25 i seg.). Nosaltres no compartim tal escepticisme sempre que aquests codis tinguin el grau de concreció necessari —cosa que no passa encara en el cas espanyol— i no se'ls demani més del que poden oferir —tipificar noves infraccions i sancions si no tenen rang legal, per exemple. La Llei 19/2013, com ens consta, inclou uns principis generals i uns principis d'actuació dirigits només a alts càrrecs (traslladant, de fet, l'Acord del Consell de Ministres de 18 de febrer de 2005, ara a força de llei, i vinculant-lo a la tipificació d'infraccions i sancions realitzada, del que s'ha congratulat el Consell d'Estat en el seu dictamen 707/2012).

⁽⁵⁾En el cas espanyol, vegeu, per exemple, els art. 52 i seg. de la llei estatal de 2007 de l'Estatut bàsic de l'empleat públic, EBEP.

Aquesta regulació estatal, i l'autonòmica espanyola, ha de ser millorada en el futur per, almenys, dues raons. D'una banda, perquè la qualitat i concreció de la regulació existent és manifestament millorable, com demostra, per exemple, la solució defectuosa oferta fins al moment a la qüestió dels regals (així, art. 54.6, EBEP), que no aclareix la qüestió i que se separa de les solucions, internacionalment acceptades, basades a evitar conceptes jurídics indeterminats i a o bé prohibir totalment els regals, o bé establir un límit econòmic màxim per a la seva acceptació.

El text assenyalava que «es rebutjarà qualsevol regal, favor o servei en condicions avantatjoses que vagi més enllà dels usos habituals, socials i de cortesia, sense perjudici del que estableix el Codi Penal» (vegeu el mateix problema en el confús art. 55, lletra *m*, de la Llei catalana 19/2014, per exemple).

D'altra banda, de res servirà la regulació de principis de bona administració i bon govern en codis (siguin en normes jurídiques o constituint *soft law*) si els mateixos no es conceben com un element de la infraestructura ètica d'un país, no es procedeix a l'anàlisi de riscos de corrupció específics i no es configura una organització administrativa (amb especialistes formats, com *compliance officers*) capaç d'impulsar la seva aplicació, com succeeix en altres països (OCDE, 1998; Llei, 2010).

En l'apartat següent ens ocupem més extensament d'aquesta qüestió.

2.5. Dret a una bona administració i criteris no jurídics en la motivació

Igual de fonamental que el procediment de presa de les decisions, la justificació de les mateixes és essencial en la garantia del bon govern i la bona administració i en la prevenció de la corrupció. En aquest sentit, el dret estatal i autonòmic en aquest punt segueixen essent susceptibles d'importants millores, que, no obstant això, la Llei 19/2013 no aborda.

Així, queda per establir de manera clara i explícita la necessitat de motivar les decisions públiques de tipus normatiu (lleis o reglaments), exigència ara ja establerta en l'àmbit europeu per la directiva de Serveis, que, com és sabut, exigeix la motivació d'una necessitat d'«imperios interès general» per a l'establiment de règims autoritzatoris (i que ja ha conduït, per cert, a diverses anul·lacions judicials per falta de motivació normativa, com en el cas de la sentència del Tribunal Suprem, de 27 de febrer de 2012, i en el de la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, de 25 d'abril de 2012). Però, més enllà de la directiva, caldria, en nom d'un bon govern i una bona administració exigir la motivació (mitjançant l'exposició de motius, preferiblement, i el contingut de l'expedient) de les normes.

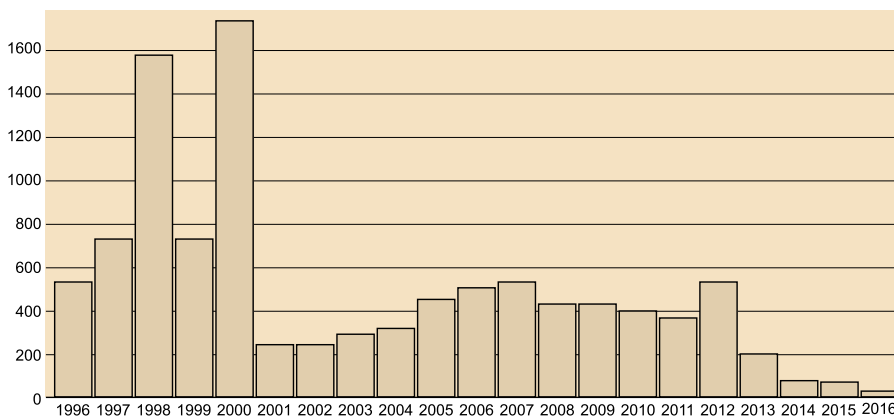
De la mateixa manera, queda pendent l'exigència legal que la motivació de les decisions públiques sigui suficient (amb la deguda explicitació dels criteris extrajurídics que funden les discrecionals, com exigeix, per exemple, l'ordenament alemany) i congruent amb el contingut de l'expedient, sigui de paper o electrònic. I a més diferent segons el tipus de decisió, i ha d'exigir una diligència i detalls més grans quan es tracti, per exemple, de decisions, normatives o no, que restringeixin drets, inclosos, és clar, drets socials en cas de retallades⁶.

⁽⁶⁾Vegeu la Sentència del Tribunal Suprem de 29 de març de 2012, en relació amb l'«especial motivació» exigible quan una decisió pública afecta el dret al medi ambient.

2.6. La regulació de l'indult i el seu control judicial

És freqüent internacionalment que hi hagi la possibilitat de concedir indults per evitar condemnes injustes, sigui normalment en mans del poder executiu, sigui en mans fins i tot del Parlament (Nieva Fenoll, 2012, pàg. 18 i seg.). En el cas espanyol, amb fonament en l'article 62, lletra *i* de la Constitució, el poder d'indultar està en mans del Govern i regulat per una llei de 1870, modificada el 1988 (Aguado Renedo, 2001).

Si bé el debat polític sobre si seria millor eliminar aquesta possibilitat o residenciar-la en un altre dels poders de l'Estat (sigui el propi judicial, sigui el legislatiu) o sobre si certs delictes (vinculats amb la corrupció, per exemple) seria millor excloure'ls de la possibilitat d'indult és legítim i necessari; la veritat és que, mentre aquest no porti a conclusions concretes, cal interpretar la benemèrita llei de 18 de juny de 1870 als termes constitucionals i, en el que ara ens importa, d'acord amb els principis de bon govern ja assenyalats. Per això, amb independència de si la decisió d'indult es considera o no un acte polític o de govern, aquest haurà de respectar els elements reglats que preveu la llei i els principis constitucionals de bon govern, com ara el d'interdicció de l'arbitrarietat o de proporcionalitat. En aquest sentit, ens sembla molt interessant la STS espanyol de 20 de novembre de 2013, autèntic *leading case* en la matèria, que recorda que l'indult «no és indiferent a la llei» i anul·la el concedit a un conductor kamikaze que va entrar en contra direcció en una autopista causant danys per absència de motivació i de fonamentació de l'indult en l'expedient seguit, en el qual constaven informes contraris a aquest (Tomás-Ramón Fernández, 2014, pàg. 209 i seg.).



Una anàlisi empírica del nombre d'indults concedits a Espanya es pot trobar a: <http://www.elindultometro.es/index.html>

2.7. La millora de la imparcialitat i de l'objectivitat i la reforma de la regulació de l'abstenció i la recusació, de les incompatibilitats i dels conflictes d'interessos

Afrontar la mala administració i la corrupció i aconseguir un bon govern i una bona administració exigeix injectar com més meritocràcia i igualtat sigui possible en la vida pública (Rothstein i Teorell, 2008). Per a això, la garantia del compliment dels deures d'objectivitat i imparcialitat (art. 103, CE) com a components del bon govern i la bona administració són essencials.

Vegeu també

Per a més informació sobre aquest tema consulteu el mòdul «La integritat pública» d'aquesta assignatura.

2.8. La regulació dels lobbies

Sense voluntat d'entrar en un tema d'enorme magnitud (i per al qual ens remetem a Houillon, 2012 i Ponce 2015), la veritat és que l'activitat dels grups de pressió davant el poder executiu —de notable rellevància, com estudis empírics demostren en altres països— no ha estat objecte de regulació fins a dates molt recents a Espanya i només en l'àmbit autonòmic de moment, essent pionera la regulació catalana, la qual, en la seva Llei 19/2014 ha establert per primera vegada la necessitat que aquests grups de pressió constin en un registre, acceptin un codi ètic de conducta i puguin ser sancionats en cas de vulnerar els seus deures jurídics (Títol IV de la llei esmentada).

Les raons que poden explicar aquesta llacuna històrica poden ser diverses, però sens dubte, la consideració de l'interès general com a quelcom transcendent (és a dir, diferent i no immanent) als interessos privats existents a la societat i el mite de l'aplicació automàtica de la llei per part del poder executiu han ajudat a aquesta falta d'interès, que ha donat lloc a una separació entre allò formal i allò informal i real (Transparency Internacional Espanya, 2014). És urgent integrar ambdues perspectives per prevenir els conflictes d'interessos, avantsala de la corrupció, i fomentar el bon govern i la bona administració (Ponce, 2015).

2.9. Les cartes de servei, els estàndards de bona administració, la inactivitat i la responsabilitat patrimonial

El bon govern i la bona administració per deixar de ser termes vaporosos i inconsistentes necessiten, com estem veient, tecnificació i concreció. En aquesta línia, l'establiment d'estàndards clars —elaborats amb transparència i participació ciutadana— de bon govern i bona administració és clau. No obstant això, les cartes de servei, cridades a exercir aquest paper, fins al moment no han passat de ser, en moltes ocasions, cosmètics brindis al sol, que no detallen el nivell de bona administració a què es compromet el sector públic en l'exercici de poders o la prestació de serveis. Caldria, doncs, declarar la seva inequívoca força vinculant i establir l'obligatorietat de la seva confecció, cosa que la legislació estatal encara no realitza, però sí que comencen a fer regulacions

autonòmiques, com el cas de la Llei catalana 19/2014, l'art. 59 de la qual les configura com a obligatòries i de naturalesa jurídica reglamentària, exigibles si escau judicialment.

D'altra banda, l'establiment d'estàndards clars de bona administració permetria conèixer quan es produeix una mala administració (o funcionament anormal de l'Administració) i, per tant, substituir la discrecionalitat judicial en l'apreciació d'aquesta com a element per condemnar l'Administració, la qual cosa passa en certs sectors d'activitat administrativa, com el sanitari, i amb relació a l'activitat administrativa formalitzada il·legal, com és sabut.

2.10. L'avaluació de les polítiques públiques i la seva institucionalització

Un compromís efectiu amb el bon govern i la bona administració no només suposa fixar un estàndard clar i transparent en el qual els ciutadans puguin confiar, sinó també conèixer, saber si aquest estàndard s'està respectant i complint i en quines condicions. L'avaluació, sigui *ex ante*, sigui *ex post*, de les polítiques públiques suposa una assignatura encara pendent per al nostre sector públic, tot i l'avanç que va suposar la creació en l'àmbit estatal de l'Agència d'Avaluació i Qualitat fa uns anys. Recentment s'ha produït la dissolució d'aquesta Agència pel Reial decret 769/2017, de 28 de juliol, passant les seves funcions a ser assumides per la Secretaria d'Estat de Funció Pública, mitjançant l'Institut per a l'Avaluació de Polítiques Públiques i de la Direcció General de Governança Pública.

Una regulació sobre bon govern i bona administració hauria de connectar amb la qüestió de l'avaluació, i establir aquesta com a obligatòria en certs supòsits —com fa, per exemple, la legislació balear, Llei 4/2011 de bon govern i bona administració, que l'exigeix sempre que es tracti de supòsits que impliquin una despesa pública superior als cinc milions d'euros.

2.11. L'organització administrativa al servei de la bona administració

De la mateixa manera que s'ha institucionalitzat la transparència per mitjà del Consell previst a la Llei estatal 19/2013 i en altres òrgans semblants autonòmics, seria igual de necessari institucionalitzar, amb garanties d'imparcialitat i independència, la garantia del bon govern i la bona administració, tant en el control dels conflictes d'interessos —en què clarament l'Oficina de conflictes d'interessos segueix sense complir amb aquestes garanties, fins i tot amb la nova Llei 3/2015, que segueix mantenint-la adscrita a un Ministeri de l'Administració general de l'Estat, lliurant el seu nomenament al govern i no configurant cap garantia d'inamovibilitat per aïllar-la de pressions polítiques— com en la lluita contra la corrupció —àmbit en el qual l'experiència

Vegeu també

Per a més informació sobre aquest tema consulteu el mòdul «La integritat pública» d'aquesta assignatura.

de l'Oficina Antifrau de Catalunya en aquesta línia, Llei 14/2008, de 5 de novembre, sembla (aquesta sí) de més interès, com a autèntica administració independent.

2.12. El reforç dels controls de l'Administració

2.12.1. Millores en organismes constitucionals i estatutaris de control

Existeix ja nombrosa literatura sobre la necessitat de millorar tant la pràctica com la regulació que hi incideix de certs òrgans no judicials de control del sector públic, com, notablement, el Tribunal de Comptes (Fernández Ajenjo, 2011) o la tasca d'interventors i inspeccions de servei, en el sentit de realitzar tasques proactives d'identificació de riscos de corrupció; encara que la falta de tradició i formació probablement suggereix que la creació d'un cos específic de *compliance officers* o oficials d'ètica amb funcions específiques i concretes, com vam dir, pogués ser més efectiva.

2.12.2. Millores en relació amb les funcions i amb la protecció de la tasca dels controladors en l'àmbit local

De la mateixa manera, la lluita contra la corrupció i el bon govern i administració en l'àmbit local hauria de tenir un important punt de suport en la figura dels funcionaris locals d'habilitació estatal. No obstant això, diverses regulacions inadequades en dificulten la tasca. Així, a més de la possibilitat de lliure designació, que encara es manté en l'actualitat (si bé sotmesa a més control per part de l'Administració de l'Estat, que ha d'emetre autorització expressa per al nomenament i informe preceptiu per al cessament), tant el poder discrecional del govern municipal per decidir els complements salarials d'aquests funcionaris (Reial decret 861/1986) com la capacitat local per sancionar-los (art. 92 bis, LBRL) haurien de ser eliminades si volem que el control i prevenció de la mala administració sigui real i eficaç.

2.12.3. Millora del control dels actes tràmit i de les mesures cautelars en el control judicial de l'Administració

La lentitud en la reacció de la jurisdicció contenciosa administrativa contra els supòsits de mala administració fa que no infreqüentment les situacions de fet siguin difícils de canviar (pensem en l'àmbit urbanístic, per exemple). Per això, sembla que es podria reflexionar —en el sentit de potenciar més el paper del procediment de presa de decisió i la possibilitat d'impugnar actes tràmit que incideixin directament o indirectament en el fons de l'assumpte—, com preveu la legislació de procediment comú, entenent de manera diferent el paper dels anomenats «vicis formals» (Ponce, 2001). Així mateix, podria ser útil millorar la regulació dels articles 129 i següents de la Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa espanyola, per establir una presumpció favorable

⁽⁷⁾Sobre aquestes possibilitats, vegeu Capdeferro, 2015.

a la suspensió de les decisions administratives si s'al·lega, i hi ha un *fumus boni iuris* que doni suport a l'al·legació, un possible supòsit de corrupció, així com, fins i tot, la possibilitat que el jutge contenciós, d'ofici, adopti les mesures cautelars necessàries per assegurar que el procés no perd la seva finalitat de protegir els drets dels ciutadans, inclòs el de bona administració⁷.

2.12.4. Acció pública en matèria de mal govern i mala administració

En fi, essent el bon govern i la bona administració un valor de la col·lectivitat, que a ella perjudica, en definitiva, si existeix, es podria reflexionar sobre l'oportunitat d'atorgar una acció pública per a la defensa d'aquest, si no de manera transversal, almenys en certs sectors en què aquesta acció pública no existeixi i pugui ser útil per prevenir així la corrupció (pensem en el cas de contractes o subvencions, Ponce, 2013, pàg. 136 i seg.).

2.12.5. Regulació de la figura del denunciant

Els estudis empírics internacionals sobre denúncies internes relatives a la vulneració de la bona administració i la integritat mostren els possibles problemes de les denúncies per part dels empleats públics mateixos (com ara conductes oportunistes o la manca d'efectes sistèmics de canvi d'aquestes conductes, de vegades), però també revelen que incrementen les possibilitats de control i poden ser mecanismes de detecció de mala administració i corrupció (Perry, 1993).

És veritat que en la tradició social i administrativa espanyola el denunciant no és, en principi, gaire ben vist. Expressions com «Roma no paga traïdors» (*Roma traditoribus non praemiat*) o paraules despectives, com acuseta, per exemple, són una mostra d'això. Però també és cert que, sense oblidar possibles externalitats negatives de les denúncies, cal protegir els efectes positius (Doménech, 2013), incentivant les de bona fe i desincentivant les falses, que, per cert, són constitutives de delictes (articles 456 i 457 del Codi Penal).

Cal notar, d'entrada, que la Llei d'enjudiciament criminal estableix com a obligació jurídica de tota persona la de denunciar la comissió de delictes (articles 259 i 264).

La Convenció de Nacions Unides contra la Corrupció (2003) estableix la possibilitat que els Estats membres disposin mesures per facilitar la denúncia de fets delictius per part de funcionaris públics que en l'exercici de les seves funcions tinguin coneixement (article 8.4).

Caldria oposar a aquestes exigències i facilitats la possible deslleialtat que un empleat públic cometria en cas de denunciar una mala administració i una falta d'integritat en el si de l'organització pública a la qual serveix. Es plantejaria llavors un suposat conflicte de deures per a l'empleat públic i l'alt càrrec: d'una banda, treballar lleialment per a la persona jurídica pública, no revelant informacions a què accedeix a causa del seu càrrec (art. 53.12 de l'EBEP o art. 26.2 b.2 de la Llei 19/2013, en relació a alts càrrecs, així com art. 417 del Codi Penal) i, d'altra, denunciar delictes i il·legalitats, en general, que es produeixin i de les quals l'empleat o alt càrrec tingui coneixement, deure que es configura com a específic dels empleats públics, derivat de l'ordenament jurídic, com, per exemple, art. 53.8, 54.3,5 54.5, 54.10, EBEP⁸.

⁽⁸⁾En contra, García Moreno (2014, pàg. 51), que considera aquestes disposicions «genèriques i imprecises» i incapaces de fundar aquest deure, i també, per cert, dels alts càrrecs (així, art. 26.2, b, 3 de la Llei 19/2013).

Creiem, però, que aquest conflicte és aparent, no real: el deure de lleialtat de l'empleat públic cap a l'Administració en la qual treballa no cobreix, no pot cobrir, actuacions delictives i il·legals comeses en el si de l'Administració, atès que, si no, es donaria l'absurd que l'ordenament jurídic protegís un dret a la il·legalitat silenciosa, conduent cap a la impunitat de qui ha vulnerat l'ordenament (Raguera, 2006). El servidor públic denunciant de bona fe de supòsits de mala administració o de manca d'integritat no actua deslleialment amb la seva organització, sinó que, per contra, serveix amb objectivitat els interessos generals de posar fi a comportaments il·legals i corruptes i, per això, mereix tot el suport possible i el disseny d'incentius per fomentar aquest tipus d'actitud.

En el cas de l'Administració pública, a més, cal recordar que el seu sentit últim, i el dels seus empleats, és servir l'interès general. Si un empleat té constància de bona fe de fets que l'indueixen raonablement a pensar que s'ha comès una mala administració, una violació de la integritat amb comissió d'una il·legalitat, fins i tot potser d'un delictes, té el deure de denunciar-ho i la seva denúncia s'ha d'entendre com una mostra d'integritat i d'ètica.

Cal tenir en compte la sentència del Tribunal Constitucional 57/1999, de 12 d'abril, en relació amb un inspector de la Direcció General d'Aviació Civil que va efectuar declaracions a un diari després d'un sinistre aeri sobre una suposada passivitat davant el mal estat dels avions i que va ser acomiadat per aquest fet. S'ha de destacar també la jurisprudència del TEDH, que fa dependre la protecció de l'empleat públic que denuncia de diversos requisits: que la seva actuació s'ajusti als límits tradicionals en l'exercici de la llibertat d'expressió (veracitat i interès general de la informació), que la denúncia sigui interna, tret que això sigui clarament impossible, en aquest cas és acceptable la informació a l'opinió pública, i que la motivació del denunciant no es basi en la mala fe (obtenció d'un avantatge personal o econòmic o generació d'un perjudici a un altre empleat o a l'Administració). Vegeu STEDH de 12 de febrer de 2008, cas Guja c. Moldàvia (paràgrafs 70-78).

Entenent així la denúncia com un servei als interessos generals de l'empleat públic, és raonable desenvolupar un sistema de protecció del denunciant de bona fe, com aconsella la Convenció de Nacions Unides de Lluita contra la Corrupció del 2003 (art. 33), en la qual es plantegen diverses qüestions que haurien de ser afrontades en el futur per una regulació específica (com la que

hi ha als Estats Units, amb la *Whistleblower Protection Act* del 1989 i l'existència de l'Office of Special Counsel, que estableix vies específiques de denúncia i protecció del denunciador o *whistleblower*, literalment, 'qui toca el xiulet').

En el cas espanyol, a falta encara d'una regulació global, es compta amb regulacions del denunciador en la Llei de procediment administratiu comú 39/2015 (art. 62) i amb elements dispersos, ja apuntats, del nostre ordenament jurídic, així com amb experiències de promoció de denúncies en què, tot i que no són anònimes, es protegeix enfront de tercers l'anonimat del denunciador (cas de la Bústia Ètica de l'Ajuntament de Barcelona).

Vegeu també

Per a més informació sobre aquest tema consulteu el mòdul «La integritat pública» d'aquesta assignatura.

A Espanya, l'Agència de Protecció de Dades, fent referència al document WP 117 de 2006 del grup de treball creat per la directiva 95/46/CE, s'ha referit a aquest aspecte en el seu informe jurídic 128-2007, encara que en referència al cas concret a una persona juridico-privada. Com a regla general, es nega la possibilitat de denúncies anònimes, però afirma la necessitat de garantir la confidencialitat de les denúncies —en línia amb la jurisprudència del TJUE (STJCE, de 24 de novembre de 2011, C-468/10 i 469/10), que haurien de ser considerades dades personals als efectes de l'art. 3 a de la LOPD («Qualsevol informació concernent a persones físiques identificades o identificables»). En conseqüència, la persona denunciada no pot accedir a les dades identificatives del denunciador mitjançant un suposat exercici del seu dret d'accés, atès que no accediria a «dades de caràcter personal», com exigeix l'art. 15.1, LOPD, i el que pretendria seria una cessió o comunicació al denunciador, una persona diferent del denunciador afectat que no trobaria refugi en l'art. 11, LOPJ.

D'altra banda, l'Agència també assenyala que «seria imprescindible que s'estableixi un termini màxim per a la conservació de les dades relacionades com les denúncies» per tal d'evitar mantenir-les per un període superior al necessari, la qual cosa podria perjudicar el denunciador i la confidencialitat del denunciador. Aquest període hauria de «limitar-se a la tramitació de les mesures d'auditoria interna que resultessin necessàries i, com a màxim, a la tramitació dels procediments judicials que derivessin de la investigació realitzada». Tot i així, caldria informar el millor possible al denunciador de la denúncia, tret que si es fes es posés en perill la possibilitat d'investigar i obtenir proves. En tot cas, es recomana que aquest període no superi mai els tres mesos de l'art. 5.4, atès que s'estaria davant de tractament de dades no obtingudes de l'afectat. Dades que haurien de ser protegides mitjançant mesures de seguretat de nivell alt, tenint en compte les possibles implicacions de dades, com ara la filiació sindical.

Finalment, cal lligar l'avaluació (positiva) vinculada a la carrera professional amb l'actitud d'aquells que de bona fe van presentar denúncies que van donar lloc a la constatació efectiva, en via administrativa o judicial, d'il·legalitats.

2.12.6. **Big data i intel·ligència artificial per prevenir els riscos de corrupció**

Finalment, unes breus paraules per referir-nos a les possibilitats que obre l'ús de dades massives i de la intel·ligència artificial per part de les administracions per poder prevenir internament els riscos de corrupció i reaccionar ràpidament davant possibles supòsits de corrupció en un moment primerenc.

En l'àmbit europeu, el programa *Arachne* avança en aquesta direcció, de la mateixa manera que s'està començant a fer en l'àmbit autonòmic a Espanya.

3. Especialment: dret a una bona administració i codis ètics o de conducta

Els codis ètics i de conducta han adquirit des de fa anys rellevància en l'àmbit de la gestió pública, també local. Les raons que poden explicar aquesta importància tenen a veure, al nostre parer, amb la complexitat de la gestió pública al segle XXI i en la seva utilitat com a eina per ajudar els servidors públics a desplegar una gestió *íntegra* i de qualitat.

Vegeu també

Per a més informació sobre aquest tema consulteu el mòdul «La integritat pública» d'aquesta assignatura.

Els canvis produïts en les últimes dècades en la gestió pública i el dret que la limita i guia (Ponce, Moltó, Capdeferro, 2012, pàg. 195 i seg.) estan augmentant els espais discrecionals en les decisions i portant de manera creixent als decisors públics a contactar i interactuar amb persones del tercer sector i del sector privat, en el marc del paradigma de la governança i de la col·laboració publicoprivada, per la qual cosa la possibilitat de conflictes d'interessos, element de risc de corrupció, també s'incrementa (OCDE, 1998, pàg. 23 i seg.).

Entre aquests canvis a què fem al·lusió es troben, per exemple, les exigències creixents de qualitat en la prestació dels serveis públics i les polítiques públiques, increment de la col·laboració publicoprivada, les tendències privatitzadores i liberalitzadores, el moviment cap a la desregulació i l'autoregulació en alguns àmbits —acompanyat en altres, no obstant això, d'una regulació abundosa— o l'existència de menys recursos públics a disposició dels decisors públics per desenvolupar les funcions públiques.

L'exercici dels creixents espais discrecionals de manera adequada en el desenvolupament de polítiques públiques —és a dir, respectant les obligacions de bona administració i seguint els valors i principis jurídics que formen el mínim ètic irrenunciable plasmat en l'ordenament jurídic vigent— esdevé complicat pels decisors públics, també locals.

Com es pot ajudar aquests decisors públics a fer front a un entorn canviant i complex? La literatura internacional respon que mitjançant una sèrie de mesures que orientin la seva presa de decisions de manera ètica i d'acord amb les obligacions jurídiques de bona administració.

S'ha assenyalat el fet que entre les causes de la crisi actual es troba la manca d'ètica (privada i pública) i que l'ètica podria haver influït en la manera en què s'ha desenvolupat la crisi i podria ajudar a prevenir-ne de futures. Estaríem davant d'una crisi amb components de carència d'integritat i recuperar-la, incentivant l'ètica, podria haver-la fet diferent i ajudar a prevenir-ne altres de futures, «però no l'ètica en abstracte, sinó l'ètica incorporada als objectius, estructures i cultures de les organitzacions»⁹.

⁽⁹⁾Argandoña, 2010, pàg. 9, referint-se al sector privat financer, però amb la mateixa aplicació, al nostre parer, al públic.

La segona qüestió que s'ha de considerar és si és «rendible» per al sector públic invertir esforços en l'ètica. La resposta és igualment positiva: ho és en termes purament econòmics i ho és també en termes «intangibles», però no menys importants (Diego, 2009, pàg. 14), atès que la tan desitjada confiança ciutadana en les institucions «no s'aconsegueix només multiplicant els controls,

sinó reforçant els hàbits i les conviccions. Aquesta tasca és la que competeix a una ètica de l'administració pública» (Cortina, 1998, pàg. 160). Ètica que ha d'incloure, en contextos de crisi, també la gestió de les retallades socials, evitant dissimular l'impacte d'aquestes, la qual cosa fa perdre la legitimitat pels canvis necessaris (Pollit, 2010, pàg. 24).

En aquesta direcció, els codis de conducta normalment estableixen estàndards de conducta específics que són d'esperar en un ventall de diverses circumstàncies de la realitat, representant el que una organització pública prefereix o requereix en relació amb la interpretació d'aquests principis i valors —Whitton, 2001: amb el temps, els exemples internacionals ensenyen com en els codis d'ètica s'han acabat barrejant les dues perspectives referides; en l'opinió de l'autor citat, la seva experiència pràctica el porta a afirmar que els codis d'ètica «purs» tenen poca operativitat.

3.1. La situació internacional

Tenim ja nombrosos exemples de codis ètics i de conducta en l'àmbit internacional, també en l'esfera local (sobre el cas anglès, per exemple, Curtó, 2011, pàg. 53 i seg.). Ara bé, tot i que els codis existents poden ser útils per observar com s'afronten problemes similars i conèixer, si n'hi ha, les avaluacions sobre la seva efectivitat, cal evitar «trasplantaments» automàtics de codis pensats per a cultures politicoadministratives diferents de les nostres. Si s'adapten correctament a les nostres terres —en un procés conegut com *cross-fertilization*—, poden donar fruits autòctons d'interès —per continuar amb la metàfora agrícola (Foster, 2008).

Així, entre d'altres, cal considerar el Codi del Consell d'Europa, contingut en la recomanació CM/REC (2007) 7 del Comitè de Ministres als Estats membres sobre bona administració, així com el Codi de bona conducta de la UE aprovat pel Parlament de la UE el 2001 com a desenvolupament de l'art. 41 de la CDFUE esmentat. El mateix Consell d'Europa és autor d'un model de codi de conducta per a empleats públics, inclòs com a annex en la seva recomanació R (2000) 10, adoptat pel Comitè de Ministres el maig de l'any 2000.

Quant al nostre entorn, cal tenir en compte diversos codis de diferents països, com ara l'Standards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch dels EUA, Civil Service Code d'Anglaterra o el Decret del president de la República 16 abril 2013, núm. 62, que inclou el Codi de comportament dels empleats públics d'Itàlia. D'altra banda, l'OCDE ha estudiat diversos codis ètics dels seus membres. Quant a l'àmbit local, en relació als electes, el Congrés d'Autoritats Locals i Regionals del Consell d'Europa ha aprovat el Codi europeu de conducta per a la integritat política dels representants locals i regionals electes.

Annex de la recomanació R (2000) 10

El text en anglès a:

[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/rec\(2000\)10_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/rec(2000)10_EN.pdf)

En francès a:

<https://wcd.coe.int/com.instranet.instraservlet?command=com.instranet.cmdblobget&InstranetImage=531997&SecMode=1&DocId=343448&Usage=2>

Recomanació CM/REC (2007)

L'apèndix conté un codi de bona administració amb 23 articles, dividits en tres parts: principis de bona administració, aspectes procedimentals i recursos. Vegeu el text a: http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/steering_committees/cdcj/documents/2007/cm%20Recommendation%20SPANISH%20donde%20goad%20administration.pdf

3.2. La situació a Espanya

Pel que fa a la situació a Espanya, cal tenir present, com no podria ser d'altra manera tenint en compte la seva condició bàsica, tant els art. 52 i seg. de l'EBEP, juntament amb la tipificació d'infraccions molt greus efectuada per l'article 95, com els art. 25 i seg. de la Llei 19/2013, de 9 de desembre de transparència, accés a la informació pública i bon govern. D'altra banda, la disposició addicional 9a de la Llei 8/2007, de 28 de maig, de sòl, va modificar l'art. 75 de la LBRL, afectant de diversa manera representants electes, membres de la junta de govern local no electes¹⁰, directius¹¹ i funcionaris amb habilitació de caràcter estatal nomenats per lliure designació¹². Sense voluntat ara d'efectuar una anàlisi exhaustiva d'aquesta regulació, és veritat que planteja diverses qüestions problemàtiques com, per exemple, qui custodiaria els registres establerts o la insuficiència del règim d'incompatibilitats i conflictes d'interessos establert per la regulació estatal ja exposada. Alguns d'aquests problemes poden i han de ser solucionats amb els reglaments orgànics de les entitats locals, en què s'haurà d'establir com s'articulen els controls previstos.

Disposició addicional 9a de la Llei 8/2007

Establint la necessitat de formular declaracions sobre causes de possible incompatibilitat, les seves activitats econòmiques, els seus béns patrimonials, les seves participacions en societats i liquidacions d'impostos, les quals s'inscriuen en el Registre d'interessos, d'activitats i de béns patrimonials de cada entitat, que són públics (art. 75.7). Així mateix, se'ls aplica la Llei 5/2006 estatal sobre conflictes d'interessos (art. 75.8).

Igualment, s'ha de tenir en compte la legislació autonòmica relativa a la bona administració i diversos codis autonòmics existents, com per exemple el Codi ètic i de conducta del Govern basc de 2013, en dissenyar una incipient infraestructura ètica, i també diversos codis locals. La Federació Espanyola de Municipis i Províncies, una associació d'ens locals, va impulsar el Codi de bon govern local l'any 2010; i EUDEL, una associació de municipis bascos, ha fet el mateix.

Exemples de codis autonòmics i locals

Per exemple, l'ordre foral 46/2010, de 25 de gener, del conseller de Presidència, Justícia i Interior, per la qual s'aprova el Codi orientatiu de bones pràctiques administratives de l'Administració de la Comunitat Foral de Navarra i dels seus organismes autònoms en les seves relacions amb els ciutadans, disponible a:

<http://www.lexnavarra.navarra.es/detalle.asp?r=29943>, així com l'ordre ADM/62/2010, de 19 de febrer, per la qual s'aprova el Codi ètic dels empleats públics de l'Administració de la comunitat de Castella i Lleó.

Resolució 13/2013, de 28 de maig, del director de la Secretaria del Govern i de Relacions amb el Parlament, del Govern basc, per la qual es disposa la publicació de l'Acord de Govern que crea aquest codi:

<http://www.lehendakaritza.ejgv.euskadi.net/r48-bopv2/es/bopv2/datos/2013/06/1302551a.shtml>

⁽¹⁰⁾Vegeu la disposició addicional 9a de la Llei 8/2007, de 28 de maig, excepte l'aplicació de la regulació de conflictes d'interessos.

⁽¹¹⁾Se'ls aplica la Llei 53/1984, d'incompatibilitats, així com l'article 8, Llei 5/2006, com als representants electes. Així mateix, el règim de declaracions i registres aplicables a representants electes també els és aplicable.

⁽¹²⁾En aquest cas els serà aplicable el règim de declaracions i registres previst per a responsables electes i directius.

Article 30 del Reial decret 2568/1986

L'article 30 del Reial decret 2568/1986 assenyala que seria el secretari, mentre que l'article 163.3 del text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, per exemple, indica que seria el president de la corporació o en qui aquest delegui. Sembla que s'imposa la consideració del ROF com a bàsica, ja que no seria lògic que qui ha de ser controlat controlï el registre de control, però llavors el mateix secretari si ha estat designat per lliure designació seria un controlat controlador...

Com a exemple de codis locals esmentem el Codi de bones pràctiques de l'Ajuntament de Madrid o el Manual de bones pràctiques polítiques per als membres del Govern de la ciutat de Donostia-Sant Sebastià, que es pot consultar a: http://jabuedo.typepad.com/aula_electoral/files/manual_etico_buenas_practicas_politicas_municipio_donostia.pdf

3.3. La situació a Catalunya abans de la Llei 19/2014

A Catalunya s'han realitzat diversos tipus d'actuacions en el marc de la infraestructura ètica des de fa anys, especialment des dels inicis d'aquest segle.

El Pla de Govern 2004-2007 incloïa reforçar la qualitat democràtica del nostre sistema polític i administratiu i fer més transparent la gestió dels seus organismes i institucions. Així, es crea per Acord de Govern un grup de treball que emet l'Informe sobre bon govern i transparència administrativa, que recull, entre altres recomanacions, l'aprovació d'un codi de conducta dels alts càrrecs i dels empleats públics. Al seu torn, el *Llibre blanc de la funció pública* (2005) dedicava un capítol a l'ètica i els valors públics i indicava en la seva síntesi de recomanacions la creació d'un comitè de valors públics de Catalunya i l'elaboració d'un codi ètic que contingués els principis comuns i valors fonamentals de conducta que haurien de compartir tots els serveis públics (pàg. 89 i seg.).

Per Ordre GRI/29/2013, de 18 de febrer, es va constituir una Comissió d'experts per a la reforma de l'Administració pública i el seu sector públic que va lliurar un informe en el qual s'insisteix en la importància dels codis ètics i de conducta (pàg. 9), assenyalant, per exemple que

«és important emfatitzar la importància de soldar valors compartits, codis ètics i la seva regulació, a fi i efecte de disminuir la corrupció real i/o percebuda per la ciutadania, que afecten directament el cor de l'eficiència i l'equitat».

Al maig de 2013, el president de la Generalitat va presentar el document «Propostes i reflexions en matèria de transparència i regeneració democràtica», en el qual es recullen 51 mesures contra la corrupció. Entre les mesures s'incorpora, en l'eix «Transparència i accés a la informació i bon govern», el punt 6, que estableix el següent:

«Elaboració d'un codi ètic de conducta per a tots els càrrecs públics electes i designats, així com un codi de conducta i un codi de bones pràctiques administratives per al personal al servei de l'administració pública i regular un codi d'infraccions per als casos d'incompliment dels principis d'actuació dels alts càrrecs. Entre altres definirà les atencions i obsequis que pot rebre un treballador públic per ser considerat atenció protocol·lària i no un regal».

Mentre s'estava elaborant aquest document, el novembre del mateix any es va aprovar el Codi de bones pràctiques per als alts càrrecs de la Generalitat de Catalunya, per Acord de Govern, el 19 de novembre de 2013, que malauradament no s'ha inscrit, de moment, en cap infraestructura ètica específica. El document esmentat del president de la Generalitat es va generar en el marc d'una cimera per a la regeneració democràtica, amb diverses sessions, amb participació de la presidenta del Parlament de Catalunya, el president del Tribunal

Decret legislatiu 1/1997

No es pot oblidar que el Decret legislatiu 1/1997, de 31 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós únic dels preceptes de determinats textos legals vigents a Catalunya en matèria de funció pública, ja preveu una sèrie de deures de conducta pels empleats públics al servei de la Generalitat de Catalunya en el seu art. 108.

Superior de Justícia de Catalunya, el fiscal superior de Catalunya, el síndic de Greuges, el síndic major de Comptes i el director de l'Oficina Antifrau. Aquest últim va lliurar al president un document amb més de cinquanta propostes per combatre la corrupció. Entre aquestes es trobaven les següents referides a codis:

«Propostes en matèria de conflicte d'interessos i incompatibilitats

24. Cal aprovar un "Codi d'integritat del servidor públic" que positivitzi el conjunt de deures que tot subjecte que tingui encomanades funcions o serveis públics hagi de complir per tal d'evitar qualsevol conflicte d'interès i molt particularment els referits als deures d'abstenció i de declaracions de béns i activitats.

25. Cal que aquest Codi prevegi un règim unificat de prohibicions (incompatibilitats), així com d'activitats compatibles, subjectes aquestes a autorització prèvia, aplicable a tot servidor de qualsevol ens públic.

26. Cal que la nova codificació integri de manera completa la tipificació d'infraccions i sancions en la matèria i que reguli, així mateix, el procediment sancionador, inclosa la possibilitat de fer públiques les sancions imposades.

27. Cal que una autoritat pública de tutela, independent i especialitzada, centralitzi les funcions de control i vigilància de compliment del codi i, alhora, assumeixi funcions d'autorització, de registre, de recusació, sancionadores, indicatives i d'estudi. En aquest àmbit cal tenir present el paper de l'Oficina Antifrau de Catalunya».

A més del Codi per als alts càrrecs, han existit diverses actuacions sectorials prèvies que han conduït, bé a l'aprovació d'un codi de conducta per als empleats públics, bé (en ocasions, alhora) a l'aprovació d'alguna infraestructura organitzativa ètica. Entre els primers, trobem el Codi ètic dels professionals de l'execució penal a Catalunya, aprovat per circular 2/2011 del director general de Serveis Penitenciaris; el Codi ètic de la Policia de Catalunya, aprovat per resolució del conseller d'Interior l'any 2010 (per una Resolució posterior, també de la Conselleria d'Interior, de 2011, es va deixar sense efecte); o el Codi ètic del Departament d'Interior i Relacions Institucionals per al personal d'administració i serveis, del 2010.

Pel que fa a la infraestructura organitzativa ètica, cal considerar el Comitè de Bioètica de Catalunya, adscrit al Departament de Salut, en l'àmbit de salut i les ciències biomèdiques, regulat pel Decret 226/2008, de 18 de novembre, de modificació del Decret 166/2005, de 26 de juliol, pel qual es regula el Comitè Consultiu de Bioètica de Catalunya; del Comitè d'Ètica dels Serveis Socials de Catalunya, regulat per l'Ordre ASC/349/2010, de 16 de juny i adscrit al departament competent en matèria de Serveis Socials; o del Comitè d'Ètica de la Policia de Catalunya, creat per Decret 230/2007¹³ i regulat ara pel Decret 222/2013, de 3 de desembre, adscrit al departament competent en matèria de Seguretat Pública.

Cal tenir en compte també el Codi de bones pràctiques administratives del Síndic de Greuges de Catalunya de 2009, en el qual es recopilen bones pràctiques suggerides pel Síndic a les administracions.

Codi de bones pràctiques per a alts càrrecs

El text es pot trobar a: http://transparencia.gencat.cat/codi_bones_practiques.html

Codi ètic dels professionals de l'execució penal a Catalunya

Es pot consultar a: <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2013-07-inf-esp-anexoii.pdf>. Va ser precedit d'un document de bases, elaborat per un grup d'experts juristes i professionals de l'execució penal, dirigit pel senyor Álvaro Gil-Robles.

⁽¹³⁾El projecte d'aquest va ser objecte del dictamen de la Comissió Jurídica Assessora 194/07.

Per Acord de Govern, de 21 de juny de 2016, es va aprovar el Codi de conducta dels alts càrrecs i personal directiu de l'Administració de la Generalitat i de les entitats del seu sector públic, que va substituir el ja esmentat Codi de novembre de 2013. Aquest nou codi va ser acompanyat d'altres mesures, com ara la generació, per primera vegada d'infraestructura ètica dins de l'Administració de la Generalitat, amb el Comitè Assessor d'Ètica Pública, al qual després farem referència.

Al setembre de 2017, es van acabar els treballs de l'anomenat Codi ètic del Servei Públic de Catalunya.

Pel que fa a l'àmbit local, entre d'altres, cal destacar per la seva modernitat i pel seu procés cuidat d'elaboració, el Codi d'ètica i el Comitè d'ètica de l'Ajuntament de Sant Boi de Llobregat aprovat el 2013. També es pot esmentar el Codi de transparència i bon govern de l'Ajuntament de Calella, aprovat a l'octubre de 2014.

Recentment, l'Ajuntament de Barcelona ha aprovat el seu propi codi. Després de la conformació del nou equip de govern, arran de les eleccions municipals de 2015, mitjançant l'Oficina per a la Transparència i Bones pràctiques, es van impulsar algunes mesures dirigides a enfortir la transparència pública i la integritat i fins i tot es va posar en marxa una denominada Bústia Ètica i de Bon Govern.

Aquest camí ha tingut el seu punt d'inflexió amb l'aprovació, després de molts mesos de tramitació interna, del Codi ètic i de conducta de l'Ajuntament de Barcelona.

3.4. Ètica i conducta dels alts càrrecs en la Llei 19/2014 de transparència, accés a la informació i bon govern

La Llei 19/2014 estableix un àmbit d'aplicació específic, uns principis i regles de conducta, i dues obligacions jurídiques concretes.

3.4.1. Àmbit d'aplicació dels principis d'ètica i conducta regulats per la llei

D'acord amb l'art. 54, les disposicions referides a ètica i conducta de la Llei són només aplicables als alts càrrecs de l'Administració de la Generalitat (d'acord amb el que estableix l'art. 2 de la Llei 13/2005, de 27 de desembre, del règim d'incompatibilitats dels alts càrrecs al servei de la Generalitat), de l'Administració local i dels altres organismes i institucions públiques a què fa referència l'art. 3.1, d'acord amb el que assenyala l'art. 4.2.

Aquesta regulació porta, almenys, a tres reflexions:

Exemples de codi ètic i bones pràctiques en el sector públic català

En el sector públic català també es poden esmentar el Codi ètic i de bones pràctiques del personal al servei de la Universitat Politècnica de Catalunya i del seu alumnat, el Codi ètic de l'Agència per a la Qualitat del Sistema Universitari de Catalunya (http://www.aqu.cat/doc/doc_51102632_1.pdf) o el Codi ètic de l'Institut Català de la Salut (<http://www.gencat.cat/ics/info-corp/flpb/codietic/#/6/zoo-med>).

Primera, que les previsions de la Llei 19/2014 en aquest àmbit no s'apliquen als empleats públics, que queden orfes de regulació en aquest punt, més enllà de l'estatal existent i ja esmentada (EBEP).

Segona, que cal destacar que, d'acord amb l'art. 54., semblaria que els principis i regles ètiques de conducta no serien d'aplicació als privats que exerceixin funcions públiques, potestats administratives, rebin fons públics o portin a terme serveis d'interès general o universal. No obstant això, creiem que el més lògic seria que, havent-hi exercici de tasques administratives, els subjectes privats també haguessin de seguir regles d'ètica i conducta pública, amb totes les modulacions que s'estimessin oportunes (en aquest sentit, Ponce, 2012, propugnant l'aplicació de les obligacions de bona administració també en aquests casos als privats). No ha estat aquesta la decisió del legislador català, si bé hi ha una excepció a la llei en la figura dels contractistes i dels receptors de subvencions o ajudes, com veurem més endavant.

Tercera, que la determinació de qui sigui alt càrrec presenta problemes en l'esfera de l'àmbit local, en el qual l'art. 4.2 fa una remissió a la normativa local que presenta algunes dificultats.

3.4.2. Principis ètics i regles de conducta

Tenint en compte l'àmbit d'aplicació esmentat, l'art. 55 estableix una llarga llista de «principis ètics» i «regles de conducta» que els alts càrrecs han de seguir i respectar. Tot i la longitud, la llista no presenta moltes novetats significatives amb relació al panorama normatiu preexistent ja explicat i ha desaprofitat una bona ocasió per regular millor els efectes de la vulneració del deure d'abstenció (art. 55, *n*, en relació amb l'art. 28 de la Llei 30/1992) sobre la decisió que es prengui (Ponce, 2012 a, en el sentit de generar una presumpció d'il·legalitat i revertir la càrrega de la prova a l'Administració i permetre la seva impugnació sense haver d'esperar a final del procediment), així com d'adaptar-los en el que calgui a l'àmbit local amb relació a càrrecs electes. Destaquem dos aspectes:

1) En l'apartat *c* de l'art. 55 es recull com a principi d'actuació la

«transparència de les activitats oficials, dels actes i decisions relacionats amb la gestió dels assumptes públics que tenen encomanats i de la seva agenda oficial, a l'efecte de publicitat del Registre de grups d'interès establert pel títol IV».

Aquest precepte cal connectar-lo amb l'art. 49.2 i la publicitat pel registre de reunions i audiències amb alts càrrecs.

2) En l'apartat *m* de l'art. 55 s'estableix «l'exclusió de qualsevol obsequi de valor, favor o servei que se'ls pugui oferir per raó del càrrec o que pugui comprometre l'execució de les seves funcions». L'aparent contundència, allunyada de la criticable remissió estatal als «usos habituals, socials o de cortesia», tant

en la Llei 19/2013 com en l'EBEP queda, però, enfosquida per la remissió al càrrec o al compromís de funcions, cosa que, al tractar-se de conceptes jurídics indeterminats, haurà de concretar cas per cas.

3.4.3. Dues obligacions jurídiques concretes referides a l'ètica

Finalment, l'art. 55 en els seus apartats 2 i 3 estableix dues obligacions jurídiques específiques respecte als principis i regles de conducta establerts. En primer lloc, les administracions i els organismes compresos en l'àmbit d'aplicació de la Llei 19/2014 han d'incloure, en els plecs de clàusules contractuals i en les bases de convocatòria de subvencions o ajudes, els principis ètics i les regles de conducta als quals s'han d'adequar l'activitat dels contractistes i les persones beneficiàries, a més de determinar els efectes d'un eventual incompliment d'aquests principis. No obstant això, aquesta regulació deixa sense cobertura la situació ètica d'altres ens privats que desenvolupen funcions públiques sense que hi hagi un contracte o una subvenció (ex.: prestadors de serveis d'interès general), que queden al marge d'aquestes previsions de la llei, la qual cosa és qüestionable (Ponce, 2014d).

En segon lloc, el Govern, els ens locals (en el cas dels ajuntaments, entenem que el Ple, d'acord amb l'art. 52.2, d, Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya) i els altres organismes i institucions públiques inclosos en l'article 3.1 han d'elaborar un codi de conducta dels seus alts càrrecs que concreti i desenvolupi els principis d'actuació, als quals fa referència l'apartat 1; n'estableixi altres d'addicionals, si escau; i determini les conseqüències d'incomplir-los, sense perjudici del règim sancionador establert per aquesta llei.

A més, els grups d'interès (definitos en l'art. 47 de la llei) han de complir un codi de conducta que tindrà el contingut mínim fixat en l'art. 51.

La regulació es completa amb la previsió de diverses infraccions referides a la vulneració de l'obligació d'aprovar els codis (art. 78.3 f, en vulnerar el dret estatutari a una bona administració de l'art. 30, EAC, infracció greu) i a la violació d'aquests quan estiguin aprovats (77.3 i, molt greu, i 78 3 g, greu), castigades amb les sancions previstes en l'art. 81 en el cas dels alts càrrecs (suspensió en l'exercici del càrrec, multa, etc.) i 84 en el cas dels contractistes i receptors de subvencions i ajudes i grups de pressió (multes, impossibilitat de contractar amb l'Administració o de rebre ajudes, afectació de la inscripció en el Registre de grups d'interès, etc.).

Òbviament, en aquells casos en què ja hi hagi codis aprovats (pensem en el Codi de la Generalitat ja esmentat de 2013) caldrà comprovar-ne l'adequació a la llei.

En cas de no existir encara, quan caldrà tenir elaborat el Codi de conducta?

Una primera alternativa seria tenir present que, atès que la llei no diu res concret, caldria entendre que, de conformitat amb la disposició final quarta, les obligacions jurídiques d'aprovar els codis entren en vigor sis mesos després de la publicació de la llei i, per tant, passat aquest període, si no hi hagués tots els codis de conducta aprovats, totes les exigències a contractistes i receptors de subvencions i ajudes introduïdes llavors, s'estaria cometent una infracció de les previstes en els art. 77 i seg. de la llei (denunciable pels ciutadans, per cert, art. 85 de la mateixa llei).

Una segona alternativa seria considerar que, atès que la llei no imposa termini d'aprovació, aquest no existeix i, per tant, es podran aprovar quan es vulgui, quedant en l'arbitrarietat dels responsables el seu desenvolupament.

No obstant això, considerem que cap d'aquestes interpretacions és raonable ni ajuda el desenvolupament del bon govern i la bona administració ni la protecció dels drets dels ciutadans. Per tant, de conformitat amb l'art. 3.1 del Codi Civil i d'acord amb una interpretació sistemàtica i teleològica, considerem que hi ha una tercera opció moderada, realista, però alhora efectiva.

En aquesta opció que subscriu, les obligacions derivades del dret a una bona administració impliquen l'elaboració dels codis i la introducció de les exigències pels privats amb la deguda diligència i cura, i, d'acord amb l'art. 41 de la CDFUE, que ja coneixem, i que ha d'inspirar la interpretació del dret a una bona administració de l'art. 22 de la Llei catalana 26/2010, «en un termini raonable». Per la qual cosa si es vulnerés aquest estàndard, a concretar en seu judicial, si escau, s'hauria incoar procediment sancionador (en aquest cas, com a conseqüència de prèvia denúncia) i es podria sol·licitar l'aprovació mitjançant el possible exercici d'accions davant la jurisdicció del contenciós administratiu.

Queda, doncs, com no pot ser d'altra manera, en mans dels codis ètics i de conducta la precisió del règim esmentat —amb aspectes tant rellevants com el tractament de la protecció dels denunciants interns del sector públic de casos de mala administració i corrupció, atès que la referència al denunciador de l'art. 85.3 no soluciona ni molt menys el conjunt de problemes que presenta aquesta figura, com direm més tard— i, sobretot, el desenvolupament de l'anomenada infraestructura ètica, ni esmentada en la llei, sense la qual els codis són condemnats a quedar-se en lletra estèril (així, OCDE, 1998).

No hi ha tipificació de cap infracció associada a la no-aprovació de codis de conducta i cartes de serveis (la qual no és sotmesa a cap termini determinat, com ja sabem). Però la vulneració de les obligacions de causa cura i diligència en la tramitació i aprovació de codis i cartes suposa, com a mínim, una infracció greu de l'art. 78.3, lletra *f*, en constituir una omisió que vulnera el dret estatutari a una bona administració, reconegut en l'art. 30 de l'EAC —i queda el dubte de si fins i tot no podria ser una infracció molt greu de l'art. 77.3, lletra *b*, vulnerar el contingut essencial (atès que el dret a una bona administració sense l'articulació d'aquests mecanismes sembla no reconeixible, d'acord amb la coneguda STC de 11/1981, d'11 d'abril) d'un dret subjectiu públic contingut en l'art. 30 de l'EAC.

Pel que fa a la no-aprovació de codis de conducta i cartes de servei (o el no-compliment de les aprovades), l'art. 71.2 recorda la possibilitat de reaccionar contra «omissions que comporten l'incompliment de les obligacions establertes per aquesta llei», essent l'omisió imputable l'òrgan responsable de l'obligació (en el primer cas, el Govern de la Generalitat o els plens dels ajuntaments, per exemple, en el segon cas, el Govern de la Generalitat i el regidor competent o els plens dels ajuntaments, en cas de no aprovació, i l'òrgan competent de la gestió del servei o el privat prestador del servei públic o servei d'interès general, per exemple).

És interessant, en tot cas, la previsió de l'art. 87 de la llei, que atorga la possibilitat als síndics de Greuges, la Sindicatura de Comptes i el director de l'Oficina Antifrau de instar els òrgans competents la incoació d'un procediment sancionador —també per la no aprovació de codis de conducta i cartes, entenem, de conformitat amb el que s'ha exposat—, la qual cosa haurà de rebre una resolució expressa i motivada en cas de negativa.

Podem concloure aquest apartat fent referència a la primera i segona avaluació *ex puesto* de la llei, feta pel Síndic de Greuges, el 2016 i 2017, d'acord amb el mandat contingut en la mateixa norma (art. 92.1).

Pel que fa als codis, el primer informe del síndic assenyala que en el moment de tancar l'anàlisi de dades (primer trimestre 2016):

«L'explotació de les dades aportades per les administracions posen de manifest que l'aprovació de codis ètics adaptats a la Llei 19/2014 era molt baixa en el moment en què es van respondre els qüestionaris, tot i que diverses entitats van manifestar que l'estaven elaborant quan es va sol·licitar aquesta informació. Possiblement, la manca d'experiència prèvia a l'elaboració d'aquests codis ha endarrerit, en molts casos, l'aprovació. Tampoc s'ha pogut constatar que s'hagin incorporat de manera generalitzada principis ètics i regles de conducta en els plecs de clàusules contractuals i en les bases de convocatòries de subvencions, tal com determina l'article 55.2 de la Llei, tot i que s'assenyalen experiències significatives en algunes administracions, especialment en el cas de l'Administració de la Generalitat de Catalunya».

Pel que fa a recomanacions, el síndic assenyala que:

«Cal adoptar models tipus de codi de conducta. El baix índex de compliment de l'obligació d'aprovar codis de conducta d'alts càrrecs ens porta a suggerir la conveniència de demanar que la Generalitat i les institucions de suport a l'Administració local impulsin l'elaboració de codis tipus que puguin facilitar el compliment d'aquesta obligació, i també la relativa a l'establiment de principis ètics i regles de conducta per als contractistes i les persones que reben subvencions.

Els codis de conducta haurien de desplegar específicament l'obligació dels alts càrrecs de donar publicitat a la seva agenda oficial i d'activitats. L'article 55, lletra c, de la Llei ho determina així i, molt singularment, especifica que cal donar publicitat a les reunions amb grups d'interès i el seu contingut, des de la perspectiva del control de la participació d'aquests organismes en els processos de presa de decisió i d'elaboració de normes, i complementàriament al contingut informatiu del Registre de grups d'interès que regula el títol IV de la Llei».

Aquestes recomanacions en matèries de grups d'interès es van veure complertes posteriorment per dues mesures rellevants: el Codi de 2016 i el Decret llei 1/2017.

4. Els codis en el context de la infraestructura ètica i de marc d'integritat local

4.1. Possibilitats i límits dels codis

Cal aclarir, immediatament, que els codis són només una peça (rellevant) de la infraestructura i del marc d'integritat local. Ni més ni menys. Això vol dir que no es pot esperar tot dels codis, però tampoc se n'ha de menysprear el paper.

Efectivament, es pot percebre un cert neguit sobre el paper dels codis, fins i tot en ambients acadèmics. Es pot arribar a llegir que els codis compliquen més les coses, que són pur maquillatge inútil, que són massa generals, o massa específics o inaplicables, que no es coneixen o que no es fan servir, que són, fins i tot, insultants per als empleats o que no n'hi ha prou amb un codi per donar resposta a complexos dilemes ètics amb els quals es troben els empleats públics.

De totes aquestes crítiques i altres que ens puguem imaginar, algunes raonables, cal distingir entre les que es basen en confusions sobre els propòsits dels codis (a) i les que es basen en una posada en pràctica deficient (b):

a) Els codis tenen una funció orientadora dels decisors públics dins de la infraestructura ètica del marc d'integritat nacional o local i, alhora, estableixen límits en el comportament administratiu i estàndards de conducta que en permeten el control i fer efectiva la bona administració. No poden ni han de modificar normes jurídiques ni han d'inventar-se arbitràriament valors i principis ja existents en l'ordenament jurídic.

b) D'altra banda, si són inadequats per a les seves funcions, si no es coneixen o fan servir o si provoquen un menyspreu dels empleats públics, això tindrà a veure amb el seu contingut concret i amb el procés de creació i posada en aplicació dels mateixos, no amb la utilitat o no de l'instrument en si.

Per garantir que un codi concret complirà les —limitades, però importants— funcions dins de la infraestructura ètica d'un sistema nacional d'integritat, el seu procés d'elaboració, el seu contingut, la seva aplicació i el seu coneixement hauran de reunir una sèrie de característiques, com veurem.

Paper i context dels codis de conducta local

Una reflexió molt interessant sobre el paper i context dels codis de conducta local, en relació amb el que s'afirma aquí, es pot trobar a la consulta no vinculant resolta per l'Oficina Antifrau de Catalunya 1/2015.

En definitiva, com assenyala Matarella, l'experiència dels països on ja hi ha codis de conducta ens mostra que són instruments útils per aquells que volen actuar correctament en situacions dubtoses, en zones grises, però, naturalment, no poden impedir que qui vulgui violar la llei ho faci (Matarella, 2007, pàg. 142).

Per finalitzar, cal emfatitzar un altre aspecte que, de vegades, pot ser oblidat: el codi s'insereix en un ordenament jurídic en el qual regeix el principi de legalitat (art. 9.3, CE) i en el qual hi ha matèries reservades a la llei, com per exemple, la tipificació d'infraccions i sancions (art. 25, CE), també en l'àmbit disciplinari. Aquestes infraccions i sancions, que poden tenir connexions amb la vulneració d'un codi de conducta, venen ja detallades en el nostre Dret, en normes amb rang de llei, com no podria ser d'altra manera (art. 95, EBEP).

Per tant, una cosa és el que es cregui oportú millorar en l'ordenament jurídic vigent —i sens dubte hi ha possibilitats de millora, en l'àmbit d'incompatibilitats, dels conflictes d'interessos, de l'abstenció i la recusació, etc., Ponce, 2013— i una altra cosa, molt diferent, és el que se li vulgui demanar —pot ser erròniament— a un codi ètic o de conducta que no s'aprovi per llei i que hagi de respectar el marc competencial existent. Cal tenir en compte, doncs, el que poden fer els codis locals —i el que no—, en el marc de l'Estat de dret descentralitzat i d'acord amb el principi de legalitat. Convé no oblidar aquesta distinció.

4.2. Característiques que han de reunir els codis locals per complir la seva funció de guia de la bona administració ètica i de límit per a la mala administració i la corrupció

4.2.1. Distinció entre electes, alts càrrecs locals i empleats públics locals

Ho tractem com a qüestió prèvia, atès que, al nostre parer, els riscos de manca d'integritat no són equiparables, com els estudis empírics esmentats demostren, i les funcions per desenvolupar tampoc. Tot i que en el nostre sistema els càrrecs electes locals exerceixin quotidianament potestats administratives, el que ens hauria de fer reflexionar sobre si valdria la pena de *lege ferenda* explorar la possibilitat de restringir aquest exercici només per a empleats públics, extraient-lo legalment de la mà de càrrecs electes¹⁴. *De lege lata*, en tot cas, caldrà aplicar-los el codi d'ètica i de conducta pensat per a empleats públics en tot allò que incideixi en el desenvolupament de funcions administratives, atès que també són sotmesos a les obligacions de bona administració.

⁽¹⁴⁾A Itàlia des d'una *legge delega* de 1992 hi ha una distinció entre l'exercici del *indirizzo* polític i de les funcions administratives, aquestes vetades a personal electe o de confiança política (sota pena de nul·litat de la decisió). Vegeu Merloni, 2012, pàg. 115 i seg.

Ara bé, fora d'aquesta intersecció, creiem que la legitimitat i responsabilitat dels càrrecs electes i alts càrrecs locals són diferents als dels empleats públics, de manera que convindria dissenyar codis d'ètica i conducta també diferents (o, almenys, identificar clarament, si es fa de manera comuna, les parts d'aplicació

respectives). En tot cas, hi hagi o no un codi local específic, els alts càrrecs locals, un concepte aliè a la tradicional denominació dels textos legals en l'àmbit local, es troben ja sotmesos a la Llei estatal 19/2013, pel que fa als seus principis de conducta i les possibles infraccions que puguin cometre i sancions que els puguin ser imposades (Ponce, 2013).

4.2.2. El procés d'aprovació del codi

Hi ha consens entre els especialistes derivat de les experiències internacionals en què un codi ha de ser objecte d'un procés d'elaboració abans de la seva aprovació que reuneixi *expertise* tècnica amb la consideració de tots els agents implicats i les seves necessitats, ja que

«que es doni una autèntica participació dels empleats durant la formulació del codi intern d'un organisme pot esdevenir la clau de tot un programa d'ètica del sector públic. El resultat serà que els codis representaran més encertadament les preocupacions ètiques de la gent que els farà servir».

OCDE (1998, pàg. 50)

4.2.3. Educació, proves d'accés a la funció pública i formació en bona administració i integritat

També hi ha consens en què la formació en matèria d'ètica i bona administració és crucial per a l'èxit d'un codi.

Com assenyala l'Oficina Antifrau de Catalunya, entre les propostes que es van fer arribar a la Cimera per la regeneració democràtica celebrada el 2013:

«Propostes per enfortir la integritat

6. Cal promoure i implantar la formació en integritat i ètica pública dels servidors públics de Catalunya per tal de sensibilitzar-los sobre la importància de gestionar els riscos de corrupció inherents a l'exercici de determinades funcions públiques.

7. Cal introduir continguts d'ètica i integritat en el *currículum* de secundària, utilitzant els centres educatius com a difusors de la cultura de la integritat.

La finalitat d'aquesta mesura és contribuir a l'educació dels joves en tot allò que fa referència a la integritat personal i a la coherència en les conductes individuals amb l'objectiu últim d'establir una cultura de l'honestetat i de la transparència.

8. Cal introduir continguts d'ètica, integritat i lluita contra la corrupció en diferents disciplines i formats de la formació universitària (graus, postgraus i formació continuada). La introducció d'aquests continguts es faria de manera transversal i multidisciplinària».

Aquesta formació ha de començar ja, a ser possible, en els nivells preuniversitaris i universitaris, especialment aquí, en aquelles carreres que nodreixen els quadres de les administracions (Gestió i Administració Pública, Dret, Economia, Ciència Política, etc.), a ser possible en cooperació amb les escoles de formació de servidors públics.

Àmbit local

En l'esfera local, els codis existents han estat fruit d'una elaboració pròpia o han estat el resultat de l'adhesió de l'ajuntament a codis ja existents, com el de la FEMP (Prieto, 2012).

Cal no oblidar aquí el paper que podrien tenir les diputacions provincials en l'elaboració de codis model a disposició dels ajuntaments, com s'ha fet en l'àmbit britànic.

«Ensenyar ètica als Joves. Exemples d'11 països»

S'ha de tenir en compte el document de Transparència Internacional titulat «Ensenyar ètica als Joves. Exemples d'11 països».

La bona administració i l'ètica haurien també de formar part dels programes existents en els sistemes de selecció d'empleats públics i haurien de ser valorats de la mateixa manera que es fa amb altres coneixements i competències.

Un cop l'empleat públic inicia les seves funcions, caldria una formació específica en aquest moment, quan s'integra en l'organització. Finalment, aquesta formació interna sobre bona administració i integritat hauria de continuar al llarg de tota la seva carrera professional, si bé amb uns perfils diferents a la desenvolupada abans d'ingressar a la funció pública o en el moment de començar les seves funcions: més basada en dilemes ètics i en estudis de casos, més aplicada.

4.2.4. Promoció i carrera professional i codi

Així i tot, tant la promoció i la carrera professional, tant la vertical com l'horitzontal, haurien de tenir en compte la formació i coneixements i competències dels empleats públics en aquestes àrees. L'avaluació de la manera de desenvolupar les funcions administratives en avaluar la conducta professional també hauria de tenir en compte el comportament i la formació desenvolupada en bona administració i integritat.

4.2.5. Col·laboració en el compliment del codi: denúncies

Hem de remetre'ns en aquest punt al que s'ha exposat més amunt. Evidentment, la vulneració dels codis pot tenir una reacció adequada a partir de les denúncies que puguin efectuar-se.

4.2.6. Estructura organitzativa d'aplicació dels codis

Una infraestructura ètica i la part de la mateixa, que són els codis, necessiten unitats de coordinació del sistema que siguin capaços de resoldre consultes, establir directrius i fixar criteris per al bon funcionament global del sistema. En el cas dels codis, s'ha dit, i no podem estar més d'acord, que

«un comitè d'ètica amb la màxima independència possible del govern corresponent, com a capacitat investigadora i d'elaboració de consultes i recomanacions és fonamental per a l'èxit del codi».

Villoria (2002, pàg. 184)

Office of Government Ethics

En aquest àmbit, els exemples internacionals de bones pràctiques existeixen i poden servir d'inspiració, com és el cas destacat dels EUA amb l'Office of Government Ethics, una agència creada el 1989 que depèn directament del president, el director de la qual és nomenat per cinc anys per garantir més independència d'interferències polítiques partidistes (Llei, 2010).

També cal tenir en compte les experiències espanyoles i les catalanes en àmbits sectorials específics —ja exposades mitjançant els comitès esmentats. En l'àmbit local, cal destacar de nou el Comitè d'ètica de l'Ajuntament de Sant Boi de Llobregat, el reglament del qual ha estat aprovat pel Ple en 2013.

En l'àmbit de la Generalitat de Catalunya, destaca la creació del Comitè Assessor d'Ètica Pública, creat per Acord del Govern de 21 de juny de 2016, que ha de garantir el compliment del Codi de conducta d'alts càrrecs i directius i contribuir a millorar i enfortir la relació de confiança de la ciutadania cap a la gestió dels assumptes públics. Constituït el 18 de juliol de 2016, les seves funcions són les de:

- Respondre les consultes, observacions i suggeriments dels alts càrrecs i del personal directiu relatiu a la conducta ètica en l'exercici de les seves tasques.
- Rebre les queixes sobre la conducta ètica en l'exercici de les seves tasques dels alts càrrecs i del personal directiu i efectuar recomanacions de conducta o donar el tràmit que correspongui.
- A petició dels òrgans competents per incoar o arxivar un procediment sancionador per incompliment del codi de conducta, orientar i donar directrius amb la major precisió possible sobre els fets susceptibles de motivar la incoació d'un procediment sancionador i de les circumstàncies rellevants en el cas.
- Emetre un informe anual sobre l'activitat del Comitè Assessor d'Ètica Pública, les conclusions del qual seran públiques.

El Comitè Assessor d'Ètica Pública està integrat per les persones titulars de la Secretaria de Transparència i Govern Obert i de la Secretaria d'Administració i Funció Pública i per tres persones funcionàries, llicenciades en Dret, amb rang orgànic mínim de cap de servei o assimilat orgànicament, designades per les persones titulars dels departaments d'Afers i Relacions Institucionals i Exteriors i Transparència, de Governació, Administracions Públiques i Habitatge i de Justícia, a proposta de la Secretaria de Transparència i Govern Obert, de la Secretaria d'Administració Pública i Funció Pública i de la Direcció general de Dret i Entitats Jurídiques, respectivament.

Pel que fa al possible disseny organitzatiu d'una estructura que vetlli pel codi, entenem que els ens locals, en el marc de les seves competències, tenen una àmplia llibertat configurativa i poden optar per diferents models amb diferents funcions.

4.2.7. Empleats públics responsables de bona administració i integritat

De la mateixa manera que la legislació de procediment exigeix un «responsable del procediment administratiu» (art. 20, Llei 39/2015); la legislació de protecció de dades, un responsable del fitxer públic (LOPD 15/1999); o la normativa de prevenció de riscos laborals exigeix un «servei de prevenció de riscos laborals per a cada departament» (per exemple, Decret 312/1998, d'1 de desembre, pel qual es creen els serveis de prevenció de riscos laborals per al personal al servei de l'Administració de la Generalitat); a les unitats administratives hauria d'existir personal específicament format en matèria de bona administració i integritat i lluita contra la mala administració i la corrupció capaç de respondre en un primer moment les consultes, dubtes o inquietuds que puguin transmetre els empleats públics.

En la cultura romana va existir la figura del *Retor*, ja desapareguda, que tenia entre les seves funcions ensenyar Retòrica (com ho va fer Marco Fabio Quintiliano, 35-95 dC),

però acompanyada d'un conjunt de qualitats referides a la conducta moral i al caràcter (Diego Baptista, 2009, pàg. 10).

Dues experiències internacionals poden ser tingudes en compte en aquest àmbit. D'una banda la ja consolidada experiència nord-americana, que compta amb dècades de desenvolupament i que es pren aquí com a referència (Llei, 2010, pàg. 5). D'altra banda, la molt més recent experiència italiana, en la qual la Llei 190/2012, de 6 de novembre, «in materia di prevenzione e repressione della corruzione nella pubblica amministrazione», ha establert la figura del *responsabile della prevenzione della corruzione* (article 1, apartats 7, 12 i 14), fent-lo responsable, a més, en cas de violacions, de la normativa.

4.2.8. Forma, estructura i contingut del Codi de bona administració i integritat

La forma, estructura i contingut del Codi ha de ser conforme amb les directrius de tècnica legislativa existents a cada país¹⁵. Tot i així, caldrà, abans d'aprovar-lo, efectuar una avaluació del seu impacte, de conformitat amb els principis i tècniques de bona regulació que conté la Llei d'economia sostenible i internacionalment acceptats i aplicats, però, malauradament, pràcticament verges en el nostre àmbit local.

D'altra banda, entorn dels codis sempre sorgeixen diferents pols de tensió: així, *concreció i detall* enfront de *principis abstractes i control i regulació punitiva* enfront de *conscienciació i formació* (Aldeguer, 2013, pàg. 24). Mantenint sempre que es pugui tenir un raonable equilibri, en el cas dels codis ètics locals «apostem per buscar la concreció i fomentar la conscienciació i l'orientació en positiu dels decisors públics». I això per dos motius: en primer lloc, perquè per aprovar codis que repeteixen generalitats i vaguetats ja contingudes en altres textos legals, no val la pena fer res, tret que, com assenyalen alguns crítics, simplement es busqui un efecte maquillatge, que no és el que considerem demanda d'interès general.

Per exemple, no val la pena recollir en un codi una referència als regals, si és per repetir la (defectuosa) regulació que fa la Llei de transparència estatal de 2013 copiant, per cert, l'anterior Acord del Consell de Ministres de 2005 amb seva crida als «usos habituals, socials o de cortesia». Per exemple, no val la pena tornar a dir que els decisors han de ser imparcials i objectius i s'hauran d'abstenir —cosa que ja sabem per la Constitució i la legislació— si no s'avança i es detecta que el Codi pot ajudar a determinar amb precisió quan un membre de la corporació local hagi evitar estar present en la presa i execució de decisions i quan la seva actuació sigui determinant de la il·legalitat del que es faci, d'acord amb l'art. 76 de la LBRL i la jurisprudència recaiguda (Gieure, 2009).

I en segon lloc, perquè el Codi, integrat en la infraestructura ètica, ha de donar una guia útil i precisa i un «acompanyament en positiu al decisor, que no ha de fer més que no fer malament les coses» per aconseguir una bona administració (Carlee, 2004; OCDE 1996), cosa que ara no existeix, mitjançant assessorament i suport. En canvi, instàncies de control ja en tenim, només cal fer-les funcionar adequadament.

⁽¹⁵⁾Per exemple, en el cas català, aquestes es troben en el Manual d'elaboració de les normes de la Generalitat de Catalunya de 1992.

Referència bibliogràfica

Sobre la tècnica legislativa i la qualitat normativa, es pot consultar:

<http://portaljuridic.gencat.cat/ca>

Referència bibliogràfica

Nacions Unides ha desaconsellat aquest tipus de clàusules vagues: «Codes should include clear and unambiguous provisions on acceptance or rejection of gifts», UNODC, 2009 (pàg. 21).

Vegeu Vázquez-Protomeñae, 2011 (pàg. 151 i seg.); Mlodinow, 2013 (pàg. 254) i Cerriello, 2014 (pàg. 230 i seg.).

Quant a la seva aprovació, és possible pensar en dues alternatives. O bé aprovar-ho com a *soft law*, amb vinculació jurídica limitada —per exemple, mitjançant un acord del Ple en l'àmbit local— o bé fer-ho com a regla jurídica totalment vinculant —per exemple, mitjançant ordenança.

Ambdues possibilitats tenen pros i contres. Mentre el *soft law* permet la facilitat en la primera aprovació i el canvi ràpid en el futur, té una vinculació diferent, cosa que pot ser important amb la relació als codis sectorials. Aprovar-lo com a ordenança allargaria el procediment d'elaboració, sens dubte, però també permetria enriquir el contingut amb aportacions i el faria més resistent a canvis futurs poc meditats o a codis sectorials posteriors.

D'altra banda, un codi que completi estàndards de bona administració i d'integritat i que desenvolupi estructures organitzatives noves, d'acord amb previsions de la legislació de procediment administratiu (en què hi ha reserva de llei, art. 105), de funció pública i d'organització (de la mateixa manera, art. 103, CE) estaria actuant, doncs, com un complement de diverses legislacions. Cal tenir en compte que ja existeix una regulació en l'EBEP i en la Llei de transparència, com és sabut, i la forma raonable d'articular-lo seria com a reglament que desenvoluparia aquestes previsions legals (la qual cosa és acceptada per la jurisprudència constitucional en matèria de funció pública, STC 99/1987).

Codi d'ètica de la Policia de Catalunya

Ara bé, cal tenir en compte que en relació amb el Codi d'ètica de la Policia de Catalunya —finalment aprovat per resolució del conseller d'Interior l'any 2010 (encara que per una Resolució posterior, també de la Conselleria d'Interior, de 2011, es va deixar sense efecte)— va existir un projecte de decret objecte de dictamen de la Comissió Jurídica Assessora 275/10, en el qual es va indicar que només era exercici de potestat reglamentària allò que un codi ètic o de conducta tenia d'innovació de l'ordenament jurídic, com ara novetats organitzatives concretes, quedant el que podria ser considerat un «protocol explicatiu amb finalitats informatives, pedagògiques i sobretot organitzatives» d'aspectes ja preexistents per la forma «d'acord del govern o, si escau, resolució del conseller».

Pel que fa a la relació entre el codi general i codis sectorials possibles (policia, urbanisme, etc.), el debat sobre si cal o no un codi general s'ha tancat internacionalment en el sentit majoritari d'entendre que sí que cal, perquè aquest codi permet generalitat i cohesió de totes les funcions administratives i tots els serveis públics, enfront de la concreció i fragmentació típica de codis sectorials. Ambdós tipus de codi són perfectament complementaris i així s'ha entès en multitud de països, com per exemple el Regne Unit.

Dit això, la qüestió és la resistència del codi general davant els sectorials. En altres termes, qualsevol codi sectorial pot desconèixer o directament contradir el codi general? La resposta de sentit comú seria que no. Ara bé, els codis sectorials posteriors que s'aprovin amb acord del Ple (no diguem ja amb forma d'ordenança) serien posteriors en el temps i més especialitzats, de manera que s'imposarien al codi general.

Aquest efecte es pot evitar aprovant el codi general per regla jurídica i advertint que és comú a totes les unitats administratives de l'Administració pública, sense perjudici que pugui ser completat i desenvolupat per codis sectorials posteriors que no el podran desconèixer o vulnerar vàlidament.

Tot això ens inclina a recomanar l'aprovació del codi general amb forma reglamentària, almenys pel que fa a l'estructura organitzativa que se'n deriva (Comissió d'Integritat i Bona Administració i responsables d'integritat i bona administració).

4.2.9. Efectes del codi una vegada aprovat

Finalment, una vegada aprovat el codi, caldrà donar-li difusió entre els empleats públics i iniciar la formació abans esmentada.

Per al cas dels contractats, es pot indicar que el codi forma part de les clàusules del contracte (com fa el Codi britànic). En el cas dels funcionaris, cal entendre que el codi, sigui quina sigui la seva forma jurídica d'aprovació, s'incorpora a l'ordenament jurídic i, per tant, forma part de la relació estatutària. En el cas dels alts càrrecs, convindria en raó de l'exemplaritat que els correspon, procedir a la signatura formal d'una declaració assumint explícitament el codi, com fa, per exemple, el Codi basc esmentant que una dona té un període de quinze dies des de la publicació per adherir-se o per ser cessada del càrrec.

Finalment, és imprescindible procedir a la millora contínua dels codis en funció de l'experiència derivada de la seva aplicació (és a dir, en terminologia de la qualitat regulatòria, la seva avaluació *ex post*). En aquest punt, la tasca dels responsables de bona administració i integritat i de l'estructura organitzativa encarregada de vetllar per la seva aplicació pot ser crucial i de gran utilitat.

5. El futur del bon govern i de la bona administració

En el futur, les línies de treball per a la prevenció de la corrupció i la potenciació del bon govern i la bona administració haurien de passar, al nostre parer, per desenvolupar millors dissenys institucionals i procedimentals, com els apuntats breument abans, i per seguir el treball investigador en aquesta matèria, basat en les aportacions noves que una visió transnacional i interdisciplinària pot generar.

En aquest sentit, les millores jurídiques —en la normativa, en el control judicial— s’han de basar en les aportacions que des de l’economia, la ciència política, la psicologia i altres ciències puguin generar-se, així com en les experiències ja assajades en altres països del nostre entorn.

Així, sembla imparable el perfeccionament en el mesurament, no només de la corrupció, sinó del bon govern i la bona administració, amb la generació d’indicadors específics. D’altra banda, la neurociència i la psicologia, així com l’economia conductual, estan oferint anàlisis interessants sobre els biaixos i heurístics i les reaccions cerebrals en certes situacions (Kahneman, 2012), cosa que ja ha donat lloc a una tècnica d’intervenció pública coneguda com a *nudging*, basada en la persuasió fundada en aquests coneixements (Ponce, 2014b), i estan en marxa indagacions sobre com tal persuasió sobre el cervell humà pot exercir manipulant l’ambient físic que ens envolta (el que s’anomena *Ambient Accountability*, vegeu Zinnbauer, 2012).

Sens dubte, un dret modern i obert a nous paradigmes podrà enriquir-se, sense perdre la seva personalitat i la seva funció, de totes aquestes aportacions per al disseny d’incentius i desincentius que previnguin la mala administració i la corrupció i promoguin el bon govern i la bona administració.

Perquè, si bé està fermament establert el paradigma que la discrecionalitat no pot ser arbitrariedad (en el cas espanyol, Fernández, 1991, pàg. 105: «discrecionalitat no és arbitrariedad», per totes, STS 29 de maig de 2006, recurs 137/2005: «discrecionalitat i arbitrariedad són conceptes antagònics»), queda per fer un pas més.

Aquest consisteix a assentar la idea i extreure’n les conseqüències pràctiques oportunes, que la discrecionalitat ha de donar lloc a una bona administració de qualitat. Com ja s’ha fet, per cert, en alguns països des de fa anys i comença a efectuar la més moderna jurisprudència espanyola¹⁶.

Els casos de França i Estats Units

Qualitat regulatòria

En relació amb la qualitat regulatòria, encara que amb un caire evident cap a la mínima intervenció pública possible, vegeu els del banc mundial a: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home>

⁽¹⁶⁾ Amb relació a l’evolució gradual de la jurisprudència del Tribunal Suprem espanyol, que, tot i que tímida i encara allunyada dels exemples proporcionats, s’està ja dirigint cap a un estàndard de control més exigent, vegeu Rodríguez de Santiago, 2015.

A França i Estats Units fa dècades que el Tribunal Suprem ha establert un estàndard de control que considera arbitrari no únicament allò irracional o no motivat, sinó també el que pateix de falta de diligent adquisició de fets i interessos rellevants o de la seva presa en consideració acurada (Auby i Perraud, 2013, pàg. 22 a 29).

Creiem que en el futur el concepte tècnic i concret de bona administració tindrà un impacte gradual sobre diferents parcel·les del dret administratiu del segle XXI com, per exemple, en el camp del desenvolupament de l'activitat material o tècnica, respecte al paper del Dret en relació a la informalitat, en la rellevància de la motivació i del procediment degut, en la importància dels actes tràmit i de la seva impugnació independent, la (no) presumpció d'encert de les decisions administratives, l'adopció de mesures cautelars judicials, la revalorització dels vicis «formals» relatius al defectuós procediment seguit, la necessària ponderació diligent del *soft law* que pugui existir en prendre decisions administratives, així com de les denúncies presentades pels ciutadans perquè les administracions exerceixin la seva potestat sancionadora o els estàndards jurídics que s'hagin de fixar per apreciar la responsabilitat patrimonial administrativa (Ponce, 2001 i, més en general, Hernández, 2012).

Bibliografia

- Addink, G. H.** (2014). «Three legal dimensions of good governance. Some recent developments». A: A. Castro (ed.). *Buen gobierno y derechos humanos* (pàg. 23 i seg.). Lima: PUCP.
- Aguado Renedo, C.** (2001). *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*. Madrid: Civitas.
- Aldeguer, B.** (2013). «Ética pública y gobierno local en un contexto de crisis económica». *Barataria; Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales* (núm. 15, pàg. 15 i seg.).
- Argandoña, A.** (2010, juliol). «La dimensión ética de la crisis financiera». Document d'Investigació DI-872. IESE.
- Auby, J-B; Perroud, T.** (editors) (2013). *Regulatory Impact Assesment*. INAP, GLP.
- Bonina, N.; Diana, N.** (2012). *La deconstrucción del derecho administrativo*. Mèxic: Editorial Nova.
- Capdeferro Villagrasa, O.** (2015). *Derecho Administrativo y prevención de la corrupción urbanística*. Tesi doctoral. Universitat de Barcelona.
- Carlee, R.** (2004). «Ethics in local government: it's more tan not doing bad things». *Public Management* (vol. 86, pàg. 6).
- Cassese, S.** (2009, tardor). «Il diritto a la buona amministrazione». *European Review of Public Law* (núm. 3, vol. 21, pàg. 1037 i seg.).
- Cerrillo, A.; Ponce, J.** (coordinadors) (2015). *Transparència, accés a la informació pública i bon govern a Catalunya: Comentaris sobre la Llei 19/2014, de 9 de desembre*. UOC-EAPC.
- Cerrillo, A.** (2005). «La gobernanza hoy: introducción». A: A. Cerillo (coord.). *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia [en línia]*. Madrid: INAP. <<http://eva.universidad.edu.uy/pluginfile.php/283571/course/section/30002/lectura1G.pdf>>
- Cerrillo, A.** (2014). *El principio de integridad en la contratación pública*. Aranzadi.
- Chinchilla, C.** (1989). *La desviación de poder*. Madrid: Civitas.
- Cortina, A.** (1998). *Hasta un pueblo de demonios. Ética pública y sociedad*. Madrid: Taurus.
- Curtó, F.** (2011). *Govern Local i governança ètica*. Diputació de Barcelona.
- De Asís Roig, R.** (1991). *Deberes y Obligaciones en la Constitución*. Madrid: CEC.
- De Carreras, F.** (2013). «Enterría y la Constitución». Article publicat al diari *La Vanguardia* el dia 25 de setembre de 2013 i després recollit a Consell Editorial Civitas. *Eduardo García de Enterría. Semblanzas de su vida y de su obra*. Thomson Reuters, 2014.
- Diego Bautista, O.** (2009). *Institucionalización de la ética en el ámbito de Gobierno*. UAEM.
- Domènech Pascual, G.** (2013). «Roma delatoribus Praemiat. La denuncia en el Derecho Público». A: J. J. Díaz Sánchez (coord.). *La función inspectora*. Madrid: INAP.
- Fernández Ajenjo, J. A.** (2011). *El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción. Especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado*. Civitas.
- Fernández Farreres, G.** (1983). *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Madrid: IEF.
- Fernández, T. R.** (1991). *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Civitas.
- Fernández, T. R.** (2014, maig-agost). «Sobre el control jurisdiccional de los decretos de indulto». *Revista de Administración Pública* (núm. 194, pàg. 209 i seg.).
- Foster, N.** (2006). «The Journal of Comparative Law: A New Scholarly Resource». *JCL* (vol. 1, núm. 1). <<http://thejcl.com/pdfs/foster.pdf>>
- García de Enterría, E.; Fernández, T. R.** (1993). *Curso de Derecho Administrativo* (vol. I). Madrid: Civitas.

García De Enterría, E. (2011). *Revolución Francesa y Administración contemporánea* (4a. ed.). Madrid: Aranzadi - Thomson Reuters.

García De Enterría, E. (1962). «La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)». *Revista de Administración Pública* (núm. 38, pàg. 159 i seg.) [en línia]. [Data de consulta: 25 de maig de 2015]. <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=38&IDA=22227>>

García De Enterría, E. (1974). *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Madrid: Civitas.

García De Enterría, E. (1978). «Algunas reflexiones sobre el derecho administrativo norteamericano (a propósito de una nueva exposición sistemática del mismo)». *Revista de Administración Pública*.

García Moreno, B. (2014). «Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en las Administraciones Públicas». A: A. Nieto Martín; M. Maroto Calatayud (directors). *Public Compliance. Prevención de la corrupción en las administraciones públicas y partidos políticos* (pàg. 43 i seg.). Edicions de la Universitat de Castella - la Manxa.

Gieure le Caessant, J. A. (2009). «La recusación en el ámbito de la administración local-urbanística». *Revista Electrónica CEMCI* (núm. 3).

Hauriou, M. (1929). Pròleg a la feina de R. F. de Velasco. *El acto administrativo (exposición doctrinal y estudio del Derecho Español)*. *Revista de Derecho Privado* (1a. ed.). Madrid.

Hauriou, M. (1893). *Précis de Droit Administratif* (2a. ed.).

Hernández, J. I. (2012). «El concepto de administración pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho de la América española». *AFDUC* (núm. 16, pàg. 197 i seg.).

INAP (2005, abril). *Estatuto Básico del Empleado Público, Informe de la Comisión*. INAP.

Isaac, G. (1968). *La procédure administrative non contentieuse*. París: Librairie generales de droit et jurisprudence.

Jiménez Asensio, R. (2012). «El Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno: su posible impacto sobre los Gobiernos locales». A: *La Transparencia en los Gobiernos locales: una apuesta de futuro*. Fundación Democracia y Gobierno Local, Publicació digital 2/2012.

Jiménez, F. (2011). «¿Se puede prevenir la corrupción?». *Claves de Razón Práctica* (núm. 213).

Kahneman, D. (2012). *Pensar rápido, pensar despacio*. Debate.

Klitgaard, R. (1988). *Controlling Corruption*. University of California Press.

Kuhn, T. (1981). *La estructura de de las revoluciones científicas*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.

Lapuente Giné, V. (2011). «Por qué la corrupción no se castiga». *Política Comparada* (núm. 2011/02, pàg. 5). Laboratorio de Alternativas.

Levin, R. M.; Gellhorn, E. (2007). *Administrative law and process in a nutshell* (5a. ed.).

Ley, J. S. (2010). «Ethics Management in Government: Experience in American Government». *Performance Matters* (vol. 2, issue 1, october 21).

Lindley, D. (2010). *Incertidumbre*. Ariel.

Madison, J.; Hamilton, A.; Jay, J. (1788). *El Federalista. Recull de textos escrits a favor de la nova Constitució, segona l'ha acordada la Convenció Federal de 17 de setembre de 1787* [en línia]. IEA, 2009L. <http://www.gencat.cat/drep/iea/pdfs/CF_Federalista.pdf>

Mancilla, F. (2014). *La recepció a Catalunya del Dret a una bona administració*. IEA.

Matarella, B. G. (2007). *Le regole d'onestà. Etica, politica, amministrazione*. Bolonya: Il Mulino.

- Merkl, A.** (1935). *Tratado General de Derecho Administrativo*. Mèxic: Editora Nacional, 1980.
- Merloni, F** (2012). *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Giappichelli editore.
- Mlodinow, L.** (2013). *Subliminal: cómo el inconsciente gobierna tu comportamiento*. Barcelona: Crítica.
- Montesquieu** (1747). *El espíritu de las leyes*, citat pel text de 1906 [en línia]. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez. <<http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/espírituDeLasLeyesT1.pdf>>
- Moscariello, A. R.** (2012). «Buena Administración y buen gobierno en el derecho argentino. El rol del abogado del Estado». *Ars Iuris* (núm. 48) [en línia]. Revista de l'Institut Panamericano de Jurisprudencia. Universidad Panamericana de Mèxic. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/arsiu/cont/48/eju/eju3.pdf>>
- Mungiu-Pippidi, A.** (2015, 19 de febrer). «Good governance powers innovation». *Nature* (vol. 518).
- Muñoz Machado, S.** (2009). «Libros esenciales para entender el derecho administrativo y el Derecho público general». *InDret* (núm. 1).
- Nieto Martín, A.** (2014). «De la ética pública al *public compliance*: sobre la prevención de la corrupción en las Administraciones públicas». A: A. Nieto Martín; M. Maroto Calatayud (directors). *Public Compliance. Prevención de la corrupción en las administraciones públicas y partidos políticos* (pàg. 17 i seg.). Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha.
- Nieto, A.** (1975). «La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo». *Revista de Administración Pública* (núm. 76, pàg. 9 i seg.).
- Obholzer, L.** (2011). «A call to members of the European Parliament. Take transparency seriously and enact the “legislative footprint”». *CEPS Policy Brief* (núm. 256).
- OCDE** (2013). *Transparency and Integrity in Lobbying*.
- OCDE** (1996). «Ethics in the Public Service: Current Issues and Practice». *Public Management Occasional Papers* (núm. 14).
- OCDE** (1998). *L'Ètica en el servei públic. Pràctica i temes actuals* (pàg. 23 i seg.). Diputació de Barcelona: EAPC.
- Perry, J. L.** (1993). «Whistleblowing, Organizational Performance and Organizational Control». A: G. Ferderickson (ed.). *Ethics and Public Administration*. Nova York: Sharpe.
- Pollit, C.** (2010). *Public Management Reform during Financial Austerity*. Stakontoret.
- Ponce Solé, J.** (2005). «Good Administration and Administrative Procedures». *Indiana Journal of Global Legal Studies* (núm. 2, vol. 12, pàg. 551-589).
- Ponce Solé, J.** (2012). «El Derecho a una buena administración: derecho administrativo y lucha en pos de una buena gestión pública». A: J. Tornos Mas (coord.). *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas en Cataluña* (pàg. 225 i seg.). Iustel.
- Ponce Solé, J.** (2013). «La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local: (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)». *Anuario del Gobierno Local 2012* (pàg. 93-140) [en línia]. <<http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/1432>>
- Ponce Solé, J.** (2013). «La (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social». INAP.
- Ponce Solé, J.** (2001). *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*. Valladolid: Lex Nova.
- Ponce Solé, J.** (2008). «Procedimiento administrativo, globalización y buena administración». *Jurisprudencia Argentina*, Suplement 2018-IV, Abeledo Perrot, (pàg. 2-51), des. Buenos Aires.

Ponce Solé, J. (2009). «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial». *Revista de administración pública* (núm. 180, pàg. 201-243).

Ponce Solé, J. (2013a). «Transparència, innovació, bon govern i bona administració». Blog de la *Revista Catalana de Dret Públic* [en línia]. <<http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2013/11/25/transparencia-innovacion-buen-gobierno-y-buena-administracion/>>

Ponce Solé, J. (2013). «El principio de la buena Administración». *El Derecho Serie Especial Administrativo* [en línia]. <<http://www.todaviasomospocos.com/aportes/el-principio-de-la-buena-administracion/>>

Ponce Solé, J. (2014). «Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero». *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* (núm. 11).

Ponce Solé, J. (2014b). «Nudging, simplificación procedimental y buen gobierno regulatorio: el Derecho Administrativo del siglo XXI y sus relaciones con las ciencias sociales». Comunicació presentada al IX Congrés de l'Associació Espanyola de Professors de Dret Administratiu, celebrat els dies 7 i 8 de febrer de 2014 i publicada ara en les Actes de l'esmentat congrés [en línia]. <http://regplus.blogspot.com/2011_05_01_archive.html>

Ponce Solé, J. (2014c). «La defensa de los derechos de los ciudadanos y de la buena administración en el ejercicio privado de funciones públicas: el papel del ombudsman en el marco de una sociedad decente». *La prestación privada de servicios de interés general y buenas prácticas corporativas* (pàg. 39 i seg.). Síndic de Greuges.

Ponce Solé, J. (2015). *Negociación de normas y Lobbies*. Aranzadi: Thomson Reuters.

Ponce Solé, J. (2016). «La lucha por el buen gobierno y la buena administración como vocación del derecho administrativo del Siglo XXI. La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración». *Revista Española de Derecho Administrativo* (núm. 173).

Ponce Solé, J. (coord.) (2010). *Derecho Administrativo Global*. Marcial Pons.

Ponce, J.; Moltó, J. M.; Capdeferro, O. (2012). «Dret, Juristes i Gestió Pública a Catalunya. Lectures de dret públic català amb motiu del centenari de l'Escola d'Administració Pública de Catalunya». Barcelona: EAPC.

Posada Herrera, J. (1978). *Lecciones de Administración* (vol. I). INAP.

Prieto, C. (2012). «Medidas de transparencia y ética pública: los códigos éticos, de conducta o de buen gobierno». *Anuari del Govern Local 2011* (pàg. 315 i seg.). Fundació Democràcia i Govern Local / IDP.

Pufendorf, S. (1734). *Le Droit de la Nature et des Gens* [en línia]. Amsterdam. <<https://archive.org/details/ledroitdelanatur01pufe>>

Ragués i Vallès, R. (2006, juliol). «¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal». *InDret* (núm. 364).

Retjman Farah, M. «Un derecho administrativo en retirada». A: E. M. Alonso Regueria (dir.). *Estudios de Derecho Público* (pàg. 251 i seg.). Associació de Docents de la Facultat de Dret i Ciències Socials de la UBA. <<http://www.derecho.uba.ar/docentes/libro-estudios-de-derecho-publico.php>>

Rodríguez Arana, J. (2015). *Derechos fundamentales sociales*. Global Law Press: INAP.

Rodríguez de Santiago, J. M. (2015). «Normas de conducta y normas de control. Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial». *InDret* [en línia]. <http://www.indret.com/pdf/1106_es.pdf>

Romero, J.; Brandis, D.; Delgado Viñas, C.; García Rodríguez, J. L.; Gómez Moreno, M. L.; Olcina, J.; Rullán, O.; Vera-Rebollo, J. F.; Vicente Rufí, J. (2018). «Aproximación a la geografía del despilfarro en España: balance de las últimas dos décadas». *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles* (núm. 77, pàg. 1-51) [en línia]. <doi: <http://dx.doi.org/10.21138/bage.2533>>

Rothstein, B.; Teorell, J. (2008, abril). «What Is Quality of Government? A Theory of Impartial Government Institutions», *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions* (núm. 2, vol. 21, pàg. 165-190).

Schmit-Assmann, E. (2003). *Teoría general del derecho administrativo como sistema*. Marcial Pons.

Tipler, F. J. (2008). «The Obama-Tribe'Curvature of Constitutional Space'Paper is Crackpot Physics». Disponible a: SSRN 1271310.

Transparència Internacional (2013). «Legislative Footprint».

Transparència Internacional (2014). «Una evaluación del Lobby en España: Análisis y Propuestas».

Transparència Internacional (2015). «Lobbying in Europe».

Transparència Internacional Espanya (2012). «Sistema de integridad nacional de España: Resumen Ejecutivo. El marco de integridad institucional en España. Situación actual y recomendaciones».

Tribe, Laurence H. (1989). «The curvature of constitutional space: What lawyers can learn from modern physics». *Harvard Law Review* (pàg. 1-39).

Unió Europea (2014). «Informe anticorrupción, 2014» [en línia]. <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/index_en.htm>

UNODC (2009). *Technical Guide to the provisions of the United Nations Convention against Corruption*. UN. [En línia]. <http://www.unodc.org/documents/corruption/Technical_Guide_UNCAC.pdf>

Vázquez-Protomeñae Seijas, F. (2011). «Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones sobre el llamado "cohecho de facilitación" (art. 422, CP)». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3a època (núm. 6, pàg. 151 i seg.).

Villoria, D. (2015). *Bon govern, transparència i integritat institucional al govern local*. Diputació de Barcelona.

Villoria, M. (2002). *Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa*. Tecnos.

Villoria, M.; Jiménez, F. (2012). «La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos». *Reis* (abril-juny, núm. 138, pàg. 109 i seg.) [en línia]. <<http://www.reis.cis.es/REIS/html/index.html>>

Whitton, H. (2001, febrer). «Implementing Effective Ethics Standards in Government and the Civil Service». *Transparència Internacional*.

