

CAROLINA GONZÁLEZ CIFUENTES

PATRIMONIO DE LOS GOBERNANTES
Y PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD

Técnicas de control anticorrupción de la
Ley 5/2006, de 10 de abril

GRUPO DE ESTUDIO CONTRA LA CORRUPCIÓN
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, 2012

COLECCIÓN MAYOR DE “ESTUDIOS SOBRE CORRUPCIÓN”

Editores: Nicolás Rodríguez García

Eduardo A. Fabián Caparrós

RATIO LEGIS LIBRERÍA JURÍDICA
C/ Navasfrías, 2; Teléf. 923 12 34 08
37007 Salamanca; www.ratiolegis.net

© Carolina González Cifuentes
© Grupo de Estudios Contra la Corrupción. Universidad de Salamanca
© Ratio Legis

I.S:B.N. 978-84-940144-8-2
Depósito Legal: S. 763-2012

Imprime: IDEM DIGITAL
c/ Arapiles, 51; Teléf. 923 12 09 27
37007 Salamanca

A Vidal y Lola Lorenzo

ÍNDICE

PRÓLOGO	9
INTRODUCCIÓN	11
Capítulo I.- EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE GOBERNANTES, ALTOS CARGOS Y SU VÍNCULO FAMILIAR.....	17
1. EL SINGULAR ESTATUS JURÍDICO DE LOS GOBERNANTES Y ALTOS CARGOS	17
1.1. La obligación jurídica y política de «hacerse visibles y someterse al escrutinio»	21
2. LA IMPOSIBLE RENUNCIA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD POR PARTE DE GOBERNANTES Y ALTOS CARGOS	29
3. LAS INEFICACES TEORÍAS UTILIZADAS PARA JUSTIFICAR LAS INJERENCIAS EN LA INTIMIDAD DE LOS GOBERNANTES Y ALTOS CARGOS	33
3.1. La doctrina de los propios actos y el propio acto de la asunción voluntaria de un riesgo	37
3.2. Concepto de relaciones de sujeción especial: la «prepotencia» de la Administración	49
4. EL GOBERNANTE Y ALTO CARGO COMO PERSONA PÚBLICA OBJETO DE UN LEGÍTIMO INTERÉS PÚBLICO-POLÍTICO	64
5. CUESTIÓN PRIVADA DE TRASCENDENCIA PÚBLICA: LA INTIMIDAD ECONÓMICA DE GOBERNANTES Y ALTOS CARGOS	75
6. EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LA FAMILIA DEL GOBERNANTE Y ALTO CARGO	82
Capítulo II.- LA REVELACIÓN DEL PATRIMONIO: TÉCNICAS DE CONTROL ANTICORRUPCIÓN DE LA LEY 5/2006, DE 10 DE ABRIL, DE CONFLICTOS DE INTERESES DE MIEMBROS DEL GOBIERNO Y ALTOS CARGOS DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO.....	89
1. LA LEY 5/2006 COMO AUTÉNTICA LEY ANTICORRUPCIÓN	89
1.1. Crítica al título de la Ley	94
2. CONFLICTOS DE INTERESES: EL PARECER CORRUPTO COMO ACTO DE CORRUPCIÓN	96

3. LAS TÉCNICAS DE CONTROL DE LA LEY 5/2006 SOBRE CUESTIONES PRIVADAS DE GOBERNANTES Y ALTOS CARGOS.....	104
3.1. El sistema de incompatibilidades	105
3.2. El sistema de control y gestión de activos y valores financieros.....	109
3.3. El sistema de declaratividad de actividades y bienes.....	110
4. LA EXPANSIÓN DEL CONTROL SOBRE LA VIDA PRIVADA DE GOBERNANTES Y ALTOS CARGOS EN TIEMPO Y ESPACIO.....	119
4.1. Los espacios privados objeto de control.....	120
4.2. Los tiempos del control.....	121
4.2.1. El control <i>antes</i> de asumir el cargo público	123
4.2.2. El control <i>durante el desempeño</i> del cargo público	127
4.2.3. El control <i>después</i> del cese en el cargo público.....	132

Capítulo III.-

CONSTITUCIONALIDAD DE LOS POSIBLES ALCANCES DEL SISTEMA DE DECLARATIVIDAD PATRIMONIAL	137
1. EL FIN CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMO PERSEGUIDO POR EL SISTEMA DE DECLARATIVIDAD PATRIMONIAL DE LA LEY 5/2006.....	137
2. LA NEUTRALIZACIÓN DEL CONTROL Y EL INDEBIDO TRATAMIENTO DE LA INTIMIDAD EN LA LEY 5/2006	142
3. LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA EVENTUAL EXIGENCIA DE DECLARACIÓN PATRIMONIAL DIRIGIDA A LA FAMILIA DEL GOBERNANTE Y ALTO CARGO	147
4. LA CONSTITUCIONALIDAD DE UN EVENTUAL CARÁCTER PÚBLICO DE LAS DECLARACIONES PATRIMONIALES DE LA TOTALIDAD DE LOS ALTOS CARGOS DE LA LEY 5/2006.....	168
BIBLIOGRAFÍA	195

PRÓLOGO

Durante muchos años he tenido que explicar a los alumnos de primer curso de la licenciatura (hoy Grado) en Derecho los elementos más básicos de la Teoría del Estado como paso previo al aprendizaje del Derecho Constitucional. Una vez arribaba al Estado democrático me encontraba con la dificultad de explicar un concepto tan complejo como el de Democracia. Llegar a la idea de selección popular de los gobernantes es relativamente sencillo. Pero definir el conjunto de elementos complementarios esenciales para la explicación mínima y básica de la Democracia representativa a estudiantes de 18 años se convertía en una tarea prácticamente inútil por imposible. Por eso desde hace un tiempo uso una anécdota procedente del mundo del deporte que puede encender alguna luz, aunque sea intuitiva, en sus cabezas respecto a lo que significa la democracia.

Esta anécdota (literalmente cierta) tiene por protagonista al conocido jugador de fútbol, ya retirado, Jorge Valdano y a una periodista particularmente rápida y ágil a la hora de realizar sus preguntas. En el curso de la entrevista se produce, aproximadamente, el siguiente diálogo:

- “Sr. Valdano, Ud ha sido un gran defensor del *fairplay* en el fútbol. De la idea de que lo sucedido en el campo se queda ahí y de que los jugadores han de colaborar y no obstaculizar o tratar de engañar a los árbitros. Pero, imagínese. Maracaná, final del Mundial de fútbol, Argentina contra Brasil, 0-0 y último minuto. Ud. puede meter un gol con la mano. ¿Lo haría?”.
- “Por supuesto que no”, contesta Jorge Valdano sin dudar.
- “Y si el árbitro no le viera”, insiste la periodista.
- “Tampoco lo haría”, declara con dignidad el exfutbolista

Tras unos segundos de reflexión, la periodista finalmente pregunta:

- “¿Y si no le viera nadie?”
- “Entonces sí lo haría”. Contesta finalmente derrotado el defensor del *fairplay*.

Esta anécdota me ha permitido explicar con facilidad la importancia de una idea dentro del concepto de democracia. Democracia no es sólo selección popular de los gobernantes. Es sobre todo control o, mejor aún, es *accountability*, es un proceso permanente de rendición de cuentas del gobernante ante los ciudadanos. Para que funcione es necesario que el gobernante sea, como el honrado jugador de fútbol descrito por Valdano, permanentemente consciente de que le están vigilando muy cerca.

En efecto, como señalara Bernard Manin en una monografía devenida rápidamente en clásico, el elemento aristocrático representado por la vigencia del mandato representativo es compensado en las democracias modernas con los elementos democráticos representados por la periodicidad electoral, la vigencia de una fuerte libertad de prensa y la adopción del juicio mediante la discusión.

De este modo puede afirmarse que el sistema democrático-representativo sólo tiene sentido si tenemos en cuenta que la doble operación que realiza el elector cada cuatro años (la selección de buenos tipos y el juicio retrospectivo de lo realizado en el periodo inmediatamente anterior) sólo es posible en un régimen de transparencia pública (asentado en el juicio mediante la discusión y la libertad de prensa) que permita una verdadera votación libre.

Es en este contexto en el que se sitúa el trabajo que tengo el inmerecido honor de presentar en estas breves líneas. Trabajo realizado con una profunda convicción democrática detrás de cada afirmación. Trabajo en el que he aprendido mucho más de lo que en mi pretenciosidad yo haya tratado de enseñar. Trabajo que es el resultado del esfuerzo generoso y sin límites de su autora.

En las páginas que siguen el lector podrá entender cuáles son los motivos justificadores del sacrificio de la vida privada de los gobernantes y cuáles las fallas y, por qué no decirlo, los aciertos del legislador español al abordar una cuestión tan básica y en la que, desgraciadamente, aún tenemos un largo camino por recorrer.

En fin, este libro es uno de los resultados de la Tesis doctoral defendida por Carolina en la Universidad de Salamanca ante un Tribunal compuesto por José Luis Cascajo Castro y Ricardo Rivero Ortega por la Universidad de Salamanca y los profesores Alejandro Saiz Arnaiz; Artemi Rallo Lombarde Eltzar Gómez Fernández. Comisión a la que, como director agradezco profundamente su participación y comentarios, y que a la postre, con su valoración, generó la concesión del premio extraordinario de doctorado. Aquella tesis era a su vez uno de los resultados de ese sueño, probablemente loco pero desde luego compartido, llamado doctorado en Corrupción, que pusieron hace muchos años en marcha los profesores Fabián Caparrós y Rodríguez García y que nunca ha desfallecido a pesar del paso del tiempo y de las dificultades afrontadas.

Pero el verdadero mérito de lo que aquí se presenta es, sin ninguna duda, de su autora cuyo esfuerzo, dedicación y espíritu positivo fue capaz de superar todos los obstáculos y pruebas que la vida le puso en el camino.

Rafael Bustos Gisbert

INTRODUCCIÓN

Indagar sobre el derecho a la intimidad supone establecer una frontera entre aquello que debe permanecer reservado a la persona *-lo privado-* y aquello otro que quedará sometido al conocimiento y crítica de los demás *-lo público-*. En todo caso hacerlo, esto es, reubicar los límites entre ambos espacios, responde a una actual e inexcusable necesidad. Como explica Dader¹, hubo una época, la del pensamiento ilustrado, en que estos ámbitos se mantenían estructuralmente diferenciados. La democracia ideal se cristalizaba en una opinión pública permanentemente atenta a los asuntos de incidencia sociopolítica de repercusión social y colectiva. No había empezado a detectarse aquel síntoma que Habermas identifica como un avance paulatino a lo largo de los siglos XIX y XX de una recíproca contaminación; de un confuso solapamiento de las esferas de lo público y lo privado². Había antes de esto *ciudadanos* que escrutaban y deliberaban; *ciudadanos* que buscaban información necesaria para comprender y sancionar con su rechazo la marcha de los asuntos que afectaban a la colectividad. Hoy hay *consumidores*. *Lo público*, lo que aquí y ahora ocupa la escena pública, es otra cosa. Se hacen públicas las biografías privadas mientras que permanecen en secreto los archivos y documentos administrativos que revelan como aquellos en quienes hemos confiado ejercen el poder en nuestro nombre. *Lo público* es en la práctica de hoy lo que entretiene; el conjunto de intereses subjetivos que en un momento dado interesan emocionalmente a una mayoría, temas por seguro triviales. La realidad exhibe una privatización de la vida pública, lo que repercute de forma directa y negativa en la responsabilidad política de los gobernantes y en la eficacia de los procesos de rendición de cuentas. La información que circula no es en absoluto la que se necesita para un juicio político maduro, ni la que facilita el control ciudadano. Es preciso, entonces, devolver *lo público* a la auténtica experiencia democrática. Si los espacios permanecen contaminados las consecuencias continuarán siendo perversas. La prevención e investigación de prácticas corruptas proseguirán limitándose por pretendidas razones de protección al derecho a la intimidad, mientras que las peripecias más insignificantes y privadas de los gestores públicos serán material de publicidad. Por un lado, desde la administración del Estado, la protección de la intimidad termina por funcionar como un gran velo

¹ Dader García, José Luís, *La democracia débil ante el populismo de la privacidad: terror panóptico y secreto administrativo frente al periodismo de rastreo informático*, Quaderns de comunicació i cultura, Ed. Universitat Autònoma de Barcelona, N° 26, 2001, Págs. 145-168.

² Habermas, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, 4ª edición, Ediciones G. Gili S.A., Barcelona 1994, Págs. 189-203.

que impide acceder a lo público, a lo vinculado –en su caso– a la gestión del poder. Por otro, desde los medios de comunicación social, lo público se confunde con lo íntimo de las personas públicas³. Y lo aún más desestimable es que este estado de cosas suele justificarse con argumentos que hacen uso de una retórica conformada de tropos de circo romano o bien con frases manidas que pretenden frenar cualquier intento de revisión de la situación dada. El Estado y los medios de comunicación social equivocan las esferas. En este panorama, sólo la reaparición de un ciudadano institucionalmente reconocido como tal abre espacio para que entren a escena legítimas injerencias en la vida privada de las personas dedicadas a la administración de lo público.

Con este trabajo se pretende llamar la atención sobre la necesidad de una reubicación de los espacios público/privado, mas no se va a realizar un estudio político-social. Nuestra indagación es en mucho más modesta: se limitará a presentar qué dificultades encontramos hoy en esa tarea a la luz de una concreta medida legislativa y todo ello desde una perspectiva jurídico-constitucional. A lo que se aspira es, ni más ni menos, que a perfilar *qué es legítimamente «lo público» o «publicable» cuando se trata de la actividad económica privada de un gobernante o alto cargo*. Encontramos una ley, la Ley 5/2006, de *Regulación de Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos cargos de la Administración General del Estado* [en adelante Ley 5/2006] prácticamente reciente⁴ y de poco uso, que toma impulso y da un primer paso en todo este proceso. Por tanto, indagar aquí sobre la protección de la intimidad se traduce en estudiar la fricción que se da –por un lado– entre los principios de publicidad y transparencia de toda acción administrativa, que demanda la cláusula del «Estado Democrático de Derecho» y,

³ La nueva lógica mediática no es precisamente hospitalaria para el desarrollo de una auténtica esfera de deliberación pública. En nuestra sociedad la política ha dejado de ocupar el centro indiscutible de la atención informativa porque su mismo lugar dentro del sistema social se está desplazando. Algo que se corresponde con el propio proceso de diferenciación social, el dominio de la economía y la cultura del entretenimiento, pero también con la percepción de que aquello que allí acontece no tiene relación inmediata con la vida cotidiana –salvo, como es obvio, cuando algo de interés propio específico se ve amenazado–. La persecución informativa diaria de la vida política institucional suele seguir además las mismas rutinas, con los mismos personajes y los conocidos rituales. Sólo cuando asoma el perro de Baudelaire con alguna noticia de alcoba o el último escándalo de corrupción vuelve a captarse la atención o cuando nos quedamos bloqueados en Barajas u ocurre algo verdaderamente excepcional. (Vallespín, Fernando, *La crisis del espacio público*, Revista Española de Ciencia Política, Núm. 3, Octubre 2000, Págs. 93-94).

⁴ El reglamento que la hizo operativa se aprobó el 27 de marzo de 2009 y se publicó en el BOE el 14 de abril de ese mismo año. De tal suerte, aunque la ley entró en vigor el 1 de mayo de 2006, las primeras declaraciones de bienes de los miembros del Gobierno se publicaron en el BOE el 15 de octubre de 2009.

consecuentemente, la lucha contra la corrupción; y –por otro lado– el deber de mantener en secreto la vida privada de los servidores públicos, exigencia ineludible para todo gobierno que asume el compromiso de respetar los derechos del hombre.

Los gobernantes y demás altos cargos ocupan una especial posición institucional. De ellos importa *algo más* que aquello que sucede en sus despachos. Interesan su imagen, su ejemplo, su comportamiento ético, sus cualidades personales, y muy especialmente sus negocios e intereses; aspectos que nos remiten a una esfera *material* u *originariamente* privada. Identificar esa parcela de sus vidas, y eventualmente, de su intimidad que sí merece ser conocida por la colectividad supone concretar un esfuerzo argumentativo que precise qué información sobre ellos puede legítimamente reclamarse. Y aunque parezca que tratamos términos perfectamente diferenciables e incluso inconexos (*público vs. privado*) hay un enlace entre vida pública y vida privada que también debemos determinar. Pero si hay algún tipo de dificultad en reubicar los espacios de lo público y lo privado en el supuesto de los gobernantes y altos cargos, aún más lo es en el caso de aquellos que a estos se vinculan. La ley que nos ocupa no sólo accede a la vida privada de los jefes políticos de la Administración, sino que va en camino de ingresar en la privacidad de su vínculo familiar más íntimo. Así, nuestra segunda gran cuestión a resolver será si *resulta posible hablar legítimamente de un interés público en la vida privada del vínculo íntimo de los altos cargos*.

Identificado el objeto material de estudio resta concretar quiénes son los sujetos de los que vamos a hablar. Se hace referencia aquí, en términos generales y casi indistintos, a «gobernantes» y «altos cargos». Al hacerlo se sigue, en primer término, la línea marcada por el art. 98.1 CE que nos indica (al menos así lo parece) que los miembros del Gobierno [Presidente, Vicepresidente y Ministros] son altos cargos y que, aparte de ellos, hay otros altos cargos en la Administración del Estado establecidos por ley⁵. Por otro lado, a la hora de concretar quienes son *nuestros* «altos cargos» se recurre a un «concepto ficticio» en la medida en que la mención a ellos no estará conteniendo una noción precisa de cuáles son los caracteres genéricos y diferenciales de su categoría jurídica. Sacudiéndose de toda pauta objetiva, hacemos nuestra la noción con la particular extensión con que fue trazada por la Ley 5/2006. Es así que nuestro ámbito subjetivo de estudio se contrae a aquellos «gobernantes y altos cargos» enunciados por la llamada «ley de conflictos de intereses», exclusivamente. Utilizamos en este trabajo la noción de «alto cargo» que la propia norma se ha diseñado, librándonos de la obligación de despejar cualquier

⁵ El art. 98.1 CE delimita que «*el Gobierno se compone de Presidente, de los vicepresidentes, en su caso, de los Ministros, y de los demás miembros que establezca la Ley*».

desorientación que el término provoque⁶. Concretamente, junto a la Ley 5/2006, asumimos como «altos cargos» a⁷:

- a) Los miembros del Gobierno.
- b) Los secretarios de estado.
- c) Los subsecretarios y asimilados; los secretarios generales; los delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, en Ceuta y Melilla; los delegados del Gobierno en entidades de derecho público; y los jefes de misión diplomática permanente; así como los jefes de representación permanente ante organizaciones internacionales.
- d) Los directores generales de la Administración General del Estado y asimilados.
- e) El director general del Ente Público Radiotelevisión Española; los presidentes, los directores generales, los directores ejecutivos y asimilados en entidades de derecho público del sector público estatal vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, cuyo nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno y, en todo caso, los presidentes y directores con rango de director general de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.
- f) El presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y los vocales del mismo.
- g) El presidente y los directores generales del Instituto de Crédito Oficial.
- h) Los presidentes y consejeros delegados de las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación estatal, o que sin llegar a ser mayoritaria, la posición de la Administración General del Estado sea dominante en el consejo de administración, cuando sean designados previo acuerdo del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno.
- i) Los miembros de los Gabinetes de la Presidencia del Gobierno y de las Vicepresidencias nombrados por el Consejo de Ministros y los directores de los Gabinetes de los Ministros.
- j) Los presidentes, los directores y gerentes de las fundaciones públicas estatales siempre que perciban retribuciones por el desempeño de estos cargos, así como los titulares de aquellos otros órganos a los que sus Estatutos les atribuyan tal condición.

⁶ Precisamente, las ficciones legales cumplen la función técnica de conseguir la aplicación de una norma en vigor a un supuesto nuevo mediante la técnica de atribuir a éste propiedades que demanda el supuesto de hecho contemplado en la norma existente. De este modo, se vincula una disposición a una realidad quizás distinta de la en ella prevista o nombrada y se consigue que la norma discipline la nueva realidad. Fingir que A es B, es sólo un modo particular de expresar la idea de que, jurídicamente, A debe ser tratado como destinatario de las mismas reglas aplicables a B (Hernández Marín, Rafael, *Ficciones Jurídicas*, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 3, 1986, Págs. 141-148).

⁷ Conforme la redacción del art. 3 de la Ley 5/2006.

k) El presidente y los vocales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de la Comisión Nacional de Energía, el presidente, los consejeros y el Secretario General del Consejo de Seguridad Nuclear, así como el presidente y los miembros de los órganos rectores de cualquier otro organismo regulador y de supervisión.

l) Los directores, directores ejecutivos, secretarios generales o equivalentes de los organismos reguladores y de supervisión.

m) Asimismo, los titulares de cualquier otro puesto de trabajo de la Administración General del Estado, cualquiera que sea su denominación, cuyo nombramiento se efectúe por el Consejo de Ministros.

Este catálogo de «altos cargos» incluye a agentes que participan de ciertas notas comunes a las que la doctrina ha hecho referencia⁸. Interesa destacar al menos tres de ellas. En primer lugar, son cargos que ejercen una tarea exclusivamente política y/o política-administrativa. Los ubicamos en ese hibridaje de funciones político-administrativas. En segundo término, en tanto designados fuera de las condiciones de mérito y capacidad, el origen de su nombramiento está en una relación personal o en una relación de partido (i.e. en una «relación fiduciaria»)⁹, lo que determina que ocupen puestos

⁸ Véase en especial el trabajo de Jiménez Asensio, Rafael, *Altos Cargos y Directivos Públicos –un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España–*, Instituto Vasco de Administraciones Públicas, 1998, Guipúzcoa, Pág. 73 y ss.; Olías de Lima Gete, Blanca, *Las Incompatibilidades de los Altos Cargos*, Revista Española de Derecho Administrativo Núm. 40-41, enero-marzo 1984, Pág. 125 y ss.; Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Gobierno y Administración: Una reflexión Preliminar*, Documentación Administrativa Nº 215 (julio-septiembre 1988), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1988, Pág. 67; Román Masedo, Laura, *Política y Administración: Algunas notas sobre el origen y debate teórico*, Revista de Estudios Políticos, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, octubre-diciembre Nº 98, año 1998, Págs. 115-135; Novo Arbona, Ainhoa, *Altos Cargos y Directivos Públicos en las Diputaciones Forales Vascaas*, Revista Vasca de Administraciones Públicas Nº 58, 1, año 2000, Pág. 307; y Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de Conflicto de Intereses e Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración*, Ed. Bosch, Madrid, 2007, Pág. 76).

⁹ Como se afirma, donde hay puestos de confianza política hay responsabilidad política. No obstante, en el caso de los «altos cargos» la confianza política toma un matiz distinto, más emparentado a una lealtad personal al superior, la *fidelitas* personal al que manda de la que nos habla Luís Morell Ocaña en *El sistema de la confianza política en la administración pública* (Civitas, Madrid, 1994, Pág. 28). Ciertamente es que el alto cargo debe cumplir con su función (relación orgánica) gestionando los intereses generales de la administración conforme lo impone la legalidad, pero cualquier extralimitación o desvío de las instrucciones recibidas (relación de servicio), cualquier actividad que pueda poner en riesgo el programa que asume y defiende el Gobierno, puede dar lugar al cese, como expresión de la retirada de confianza que el Gobierno depositó en el ahora cesado. También marcando esta relación de «lealtad activa» entre el alto cargo y la administración, se presenta Jiménez Asensio (*Altos Cargos y*

especialmente vulnerables a los conflictos de intereses¹⁰. Finalmente –es este el aspecto que más nos interesa–, como resultado de la especial posición funcional que ocupan en la alta administración estatal, de quererlo bien pronto podrían beneficiarse ellos mismos o terceros con una manipulación interesada de los resortes del propio orden establecido. Cabe concluir entonces que los gobernantes y demás «altos cargos» detentan posiciones funcionales *especialmente vulnerables a la corrupción*. Desde el reconocimiento de esta *vulnerabilidad* emprenderemos nuestro análisis.

Directivos Públicos –un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España–, Ob. Cit., Pág. 170) que califica la relación de «fuerte dependencia» en tanto, normalmente, la identidad política entre el designado y el designante, que se manifiesta a través de una misma vinculación al partido.

¹⁰ De aquí que la legislación que con *exclusividad* se encarga de ellos sea aquella que regula las incompatibilidades y los conflictos de intereses.

EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS GOBERNANTES, ALTOS CARGOS Y SU VÍNCULO FAMILIAR

1. EL SINGULAR ESTATUS JURÍDICO DE LOS GOBERNANTES Y ALTOS CARGOS

El carácter privado o público de la persona comprometida en una información u opinión que se divulga constituye una circunstancia de crucial importancia a la hora de resolver si ha habido una intrusión ilegítima en alguno de sus derechos subjetivos de la personalidad del art. 18.1 CE. Ya hacia el año 1890, la admisión del *right of privacy* supuso la discriminación entre personas de vida pública y vida privada¹¹ y desde entonces –en vistas a un concepto hipertextendido del derecho– se reconoció que el alcance de la protección de la intimidad, honor y propia imagen varía según se trate de una persona ajena a toda actividad pública, de un hombre político electo o candidato, o de una persona que reclama confianza o el favor del público en la escena, la pantalla, en el deporte y dondequiera que la notoriedad sea una necesidad profesional. Tan es así que podría decirse que la distinción según la categoría de persona pública y persona privada es concomitante al derecho a la intimidad: estas categorías aparecen y actúan conjuntamente con este derecho en todo discurso

¹¹ Entre otras cosas se sostiene «*las peculiaridades del comportamiento y de la persona, que en el individuo corriente no merecerían ningún comentario, pueden adquirir importancia pública si se dan en un candidato a un cargo político. Es por tanto necesario establecer alguna otra distinción que no sea el clasificar los hechos o los documentos en públicos o privados según un parámetro que es aplicado al hecho o documento per se*» (Warren Samuel; Brandeis Louis, *El derecho a la intimidad*, Editorial Civitas S.A, Madrid, 1995, Pág. 27). La obra de Warren y Brandeis, *The Right to Privacy* fue traducida al español y publicada por la Editorial Civitas en Madrid en el año 1995. La traducción fue realizada por Pilar Baselga y su «Introducción» preparada por Benigno Pendás. En ésta se califica a la obra como un «clásico de la literatura jurídica» (Pág. 9). Retomando esta afirmación, Alberto Arce Janariz, en la reseña que hace del libro, refiere que «The Right to Privacy» bien puede ser considerado un clásico de la literatura. Consideramos que la apreciación no es exagerada: si un clásico, según la definición de Italo Calvino (Cfr. *Por qué leer clásicos*, trad. Aurora Bernárdez, Barcelona, Tusquets, 1992, Pág. 6) es «un libro que nunca termina de decir lo que tiene que decir». Y, por cierto, «es mucho todavía lo que el texto de Samuel Warren y Brandeis continúa diciendo cien años después» (Arce Janariz, Alberto, *El derecho a la intimidad de Samuel Warren y Louis Brandeis*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 16. Núm. 47. Mayo-Agosto 1996, Pág. 370).

argumentativo que verse sobre los alcances de su protección. No sorprende entonces que en la terminología que el Tribunal Constitucional Español utiliza – al menos desde el año 1988¹²– para dar una solución jurídica al ejercicio conflictual de estos derechos se haga referencia a un catálogo compuesto por tres tipos de sujetos: i) el personaje público; ii) la persona de proyección pública o persona de notoriedad pública¹³; y, finalmente, iii) la persona privada¹⁴, todos ellos titulares del derecho a la intimidad.

En términos del Tribunal Constitucional los «personajes públicos» son una *categoría que ha de reservarse únicamente para todo aquel que tenga atribuida la administración del poder público, en el sentido de que su conducta, su imagen, sus opiniones están sometidas al escrutinio de los ciudadanos que tienen*

¹² Aún cuando alguna doctrina suele ubicar el surgimiento de la categoría «persona pública» en la STC 171/1990, de 12 de noviembre, tal como lo hacen Bustos Gisbert y Covarrubias Cuevas, según apreciamos, no fue sino la anterior STC 107/1988 de 8 de junio, la que primero la ha utilizado como tal. Véase Bustos Gisbert, Rafael, *El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión*, Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Núm. 85, 1994, Pág. 278 y Covarrubias Cuevas, Ignacio, *Notas críticas de la figura de «persona pública» como criterio legitimador para la intromisión en la vida privada de las personas*, Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, año 3, número 2, Santiago, Chile, 2005, Pág. 186.

¹³ Sin bien en sus primeras sentencias el Tribunal Constitucional se mostró confuso en cuanto a la discriminación de las categorías de lo público [«persona pública»/«persona de proyección pública»], es definitivamente con la STC 99/2002, de 6 de mayo (FJ 7) que define con amplitud el ámbito subjetivo de esta última. Del texto de esa señera sentencia se desprende que la categoría «persona con proyección o notoriedad pública» está conformada por tres subtipos de sujetos que han alcanzado «cierta publicidad» por diversas razones. A saber: i) «por la actividad profesional que desarrollan»; ii) «por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada»; iii) «que adquieren un protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan relevancia pública». A diferencia de la «persona pública», para el TC la «persona con proyección pública» es como cualquier otro ciudadano excepto en que tan sólo no puede imponer el silencio a quienes únicamente divulgan, comentan o critiquen lo que ellos mismos han revelado o lo que se vincule directamente con su actividad profesional. La Sentencia paradigmática que comienza a marcar la diferencia entre ambas categorías es la STC 134/1999, de 15 de julio (FJ 7).

¹⁴ Según el Tribunal Constitucional el canon a aplicar para el caso de que la información y las opiniones volcadas en un reportaje tengan por objeto a una persona privada es que quien informa y opina, al hacerlo, deberá demostrar que, no obstante la condición privada del afectado, aquello que se dice del mismo es necesario e imprescindible para la crítica que se formula o la información que se da. Se entiende entonces que, de acuerdo a su doctrina la persona privada, sin notoriedad ni relevancia pública alguna, es objeto de una más amplia protección. Entre otras, cabe destacar la STC 112/2000, de 5 de mayo, que en sus fundamentos precisa el ámbito conceptual diferenciado que corresponde a un «personaje público» y a una «persona privada».

*un interés legítimo*¹⁵. El elemento invariable que constituye la naturaleza de la tipología es el hecho específico de que sólo los «personajes públicos» están *sometidos al control* de la colectividad, precisamente, por el hecho de ser *gestores de lo público*. Existe respecto de las personas públicas un *derecho al escrutinio*, a realizar un examen y averiguación exacta y diligente de sus actos públicos y su conducta para formar un juicio de cómo ejercen el poder en nombre de todos. Si se trata de ser exactos, no es la libre decisión de participar en lo público, sino –y antes que ello– la vigencia del derecho fundamental a la información y la vigencia del Principio del Estado Democrático (art. 1 CE) los capaces de situarse todos juntos en una posición preferente respecto de los derechos de la personalidad del art. 18.1 CE. De tal suerte, cuando el derecho a la intimidad lo esgrime un hombre público por fuerza tiene que debilitarse frente a los intereses superiores a que sirve la información sobre aspectos de su vida privada¹⁶.

Ahora bien, los gobernantes y altos cargos son con toda evidencia «personas públicas». No obstante, de todo el amplio elenco de sujetos que la categoría jurídica contiene¹⁷, merecen un tratamiento aún más diferenciado a la

¹⁵ STC 134/1999, de 15 de julio. Díez Picazo, Luís María, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Navarra, 2005, Pág. 331 y Medina Guerrero, Manuel, *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, Pág. 145.

¹⁶ Muñoz Machado, Santiago, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1998, Pág. 154.

¹⁷ Dando prueba de un amplio ámbito conceptual, el Tribunal Constitucional dio trato de personas públicas a gestores de lo público con posiciones de lo más disímiles, como: el Rey (STC 213/2006, 3 de julio); el Presidente de Gobierno (STC 190/1992, de 16 de noviembre); los Altos Cargos de un Ministerio (STC 21/2000, de 31 de enero); los ex Ministros (STC 54/2004 –Pleno–, de 15 de abril; 216/2006, de 3 de Julio); los funcionarios consulares (STC 68/2008, de 23 de junio); los Presidente de Diputación (AUTO 100/2009, de 23 de marzo); los Diputados provinciales (STC 105/1990, de 6 de Junio; STC 160/2003, 15 de septiembre); los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial (AUTO 100/2001, de 26 de abril; STC 107/1988, 8 de Junio); los Alcaldes (SSTC 104/1986, de 17 de julio; 336/1993, 15 de noviembre; STC 192/1999, de 25 de octubre; 11/2000 de 17 de enero); Tenientes Alcaldes (STC 19/1996, de 12 de febrero); Consejales municipales (aún cuando no fuera «político profesional») (SSTC 232/2002, de 9 de diciembre de (no político profesional) y 127/2004 de 19 de julio); los funcionarios de un Ayuntamiento (STC 9/2007, de 15 de enero); los policías municipales (STC 72/2007, de 16 de abril); al Presidente de un organismo deportivo que administra caudales públicos (STC 3/1997, de 13 de enero); todas las autoridades y funcionarios públicos (entre ellos los Secretarios de Ayuntamiento) (STC 148/2001, de 27 de junio, Auto 336/2008, de 27 de octubre); los miembros de una delegación diplomática en país extranjero (STC 144/1998, de 30 de junio); los Rectores de una Universidad (dado que ocupas un puesto electivo) (STC 101/2003, de 2 de junio); y a los funcionarios recaudadores municipales (AUTO 16/2006, de 18 de enero), entre otros. De esta enunciación se sigue, sin

hora de evaluar injerencias en su intimidad. La importancia social de la actividad que desarrollan, el poder público que ejercen y la ya apuntada especial situación de *vulnerabilidad* a las prácticas corruptas los colocan frente a sus derechos fundamentales en una posición bien distinta de la del resto de los ciudadanos y de gran parte de las demás personas públicas: *poseen un estatus jurídico singular*¹⁸. Esta situación se traduce en un «indicativo» que se toma como presupuesto y que origina un «imperativo»: *pesa sobre los gobernantes y demás altos cargos el mandato de soportar un plus de cargas jurídicas y éticas, recogidas en el deber de asumir una responsabilidad política*.

Básicamente, dos situaciones caracterizan el tratamiento jurídico diferenciado de los gobernantes y demás altos cargos: i) el criterio de legitimación de su autoridad es el principio democrático¹⁹; y consecuentemente, ii) pesa sobre ellos una obligación general de rendir cuentas, lo que los vuelve sujetos pasivos de responsabilidad política²⁰. La legitimidad democrática

figuradas, que efectivamente «personaje público» es aquella categoría que el Tribunal Constitucional vincula al poder público: ya se trate de quienes tienen atribuida la administración del poder o de quienes aspiran a conseguirlo (STC 15/1997, de 22 de enero).

¹⁸ Con frecuencia se habla del *estatus*, término de larga tradición en el lenguaje jurídico, como de una situación compleja. Expresándose con mayor propiedad, sin embargo, habría que decir que el *estatus* es un complejo de situaciones jurídicas diversas (potestades, derechos, obligaciones, etc.) consideradas unitariamente en función de un determinado rol social o jurídico de las personas. Se trata de una técnica de simplificación semántica que cumple un doble papel: de una parte, el acotamiento, desde una cierta perspectiva, de un colectivo de personas que ostentan un conjunto de situaciones jurídicas comunes; de otra, la designación sintética y abstracta de dicho conjunto de situaciones jurídicas (Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, Pág. 903).

¹⁹ Todos los «altos cargos» a los que se dirige la Ley 5/2006 poseen legitimidad democrática. Ellos son receptores de una confianza que no se origina en otra fuente que no sea la que los ciudadanos adjudican, originariamente, al Parlamento y que a ellos llega de manos del Presidente en una cadena de nombramientos. El hecho de que estos eslabones fiduciarios sean más o menos, en absoluto modifica una realidad: los altos cargos de la Administración han accedido al ejercicio del poder público por haber sido elegidos en el marco de una relación de confianza política y ello define su legitimidad como democrática. Como explica Morell Ocaña, cada una de estas situaciones funcionales descansa sobre la confianza otorgada: la que proporciona la colectividad a quienes elige, o a la autoridad que –respaldada por la confianza que la colectividad le ha entregado– designa para un determinado cargo público. Se genera, así, una cadena de autoridades que comparten y participan de una misma confianza: la otorgada originariamente por el electorado (Morell Ocaña, Luís, *El sistema de la confianza política en la administración pública*, Civitas, Madrid, 1994, Págs. 20-21).

²⁰ Bustos Gisbert, Rafael, *La responsabilidad política del gobierno: ¿realidad o ficción?*, Ed. Colex, Madrid, 2001, Pág. 41. Al respecto afirma «Por tanto, sea cual sea la forma concreta de articulación de poderes del sistema representativo (separación orgánica estricta,

funciona como el *indicativo* y presupuesto que genera el *imperativo* de la responsabilidad política y, por tanto, se da entre ambas una auténtica relación de dependencia: una no puede sostenerse sin la otra. La legitimidad política no la posee la autoridad democráticamente elegida de modo exclusivo y necesario y en todo momento, ello por una razón básica, porque una autoridad con título de legitimidad democrática [legitimidad de origen] pierde ese título si ejerce el poder vulnerando los límites a que dicho poder está sujeto, si no cumple con los fines propios de la autoridad política que es la persecución del interés público sin interferencia de otros intereses particulares. Si actúa en contrario pierde la legitimidad que inicialmente poseía por falta de «legitimidad de ejercicio». La concreción del momento en que se produce la pérdida de legitimidad a causa de un mal ejercicio es una de las tareas de las que deben ocuparse los diversos mecanismos de rendición de cuentas que tienden a hacer valer la responsabilidad política. Pues bien, uno de estos mecanismos es, precisamente, el sistema de declaratividad de bienes que persigue la revelación del patrimonio personal de los gobernantes y demás altos cargos.

1.1. La obligación jurídica y política de «hacerse visibles y someterse al escrutinio»

Es un lugar común en los medios de comunicación y, en general, en toda la crítica política, encontrarnos con referencias a la imagen de los políticos y gobernantes, a la sensación de impunidad y a la percepción de la corrupción. Pareciera así que en el ámbito del ejercicio del poder público y en lo que respecta a sus gestores, *lo ético* y *lo estético* [como lo relativo a la percepción y apreciación de un ideal, a lo que se visualiza o a la apariencia] a modo de obligación política, son aspectos que –cuanto menos en el deseo de los ciudadanos– debieran encontrarse unidos. Podría objetarse que este tipo de análisis excede las posibilidades académicas de un trabajo jurídico, siendo el propio de otras disciplinas como la ciencia política o la sociología. Acertada sería esta crítica si no fuera por el hecho de que la imagen, no ya de la Administración Pública como institución²¹ sino la de sus agentes individualmente considerados,

derivación parlamentaria del ejecutivo o sistemas mixtos), siempre existirá responsabilidad en el sentido apuntado (...). La representación política presupone que los representantes han de rendir cuentas de alguna forma ante el pueblo. Por tanto, la responsabilidad adoptará multitud de formas» (Pág. 41-42). Se ha dicho también que «*la responsabilidad política está efectivamente en acompañar siempre y necesariamente a la representación política, lo que equivale a afirmar que sólo son políticamente responsables los sujetos políticos directa o indirectamente representativos»* (Ferrajoli, Carlo, *Representación y responsabilidad política*, Jueces por la democracia N° 60, noviembre/2007, Madrid, Pág. 44).

²¹ En el plano institucional, el Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007 de 2 de abril, regula que tanto las faltas graves como leves serán establecidas atendiendo a las

es un tema del que se ocupa el orden jurídico español. Atender a la imagen de los gobernantes y políticos no ha sido desde antaño una materia extraña al *ordenamiento normativo*, pero lo que queremos subrayar aquí es que en la actualidad tampoco resulta extraña al *orden jurídico*²². En lo que respecta a los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado, la exigencia que a ellos se dirige de «ofrecer una imagen» apareció con el Código de Buen Gobierno de los Miembros del Gobierno y los altos cargos de la Administración General del Estado [publicado en el BOE el 7 de marzo de 2005] y, posteriormente, con la ley 5/2006 de «Conflictos de Intereses» [del 10 de abril de 2006]. El Código de Buen Gobierno, entre otras exigencias éticas, pretende de los altos cargos que actúen con *credibilidad, transparencia, ejemplaridad, austeridad y honradez*²³. Por su parte, la llamada «Ley de Conflictos de Intereses» asume como uno de sus objetivos el *reforzar la imagen que los altos cargos, en cuanto servidores públicos, deben ofrecer ante los*

siguientes circunstancias: a) El grado en que se haya vulnerado la legalidad; b) La gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos; y c) el *descrédito para la imagen pública* de la Administración (art. 95.3). En cuanto a la imagen de los altos cargos, por ejemplo, la Ley de Transparencia y Buenas Prácticas en Administración Pública Gallega (Ley 4/2006, de 30 de junio) establece como «Principio de Actuación» que sus agentes «Ejercerán los poderes que les atribuye la normativa vigente con la finalidad exclusiva para la que les fueron otorgados y evitarán toda acción que pueda poner en riesgo el interés público, el patrimonio de las administraciones o la *imagen que debe tener la sociedad respecto a sus servidores*». (art. 15.2.9).

²² Empleamos el término «orden jurídico» en el sentido utilizado por Kelsen como expresión que alude, dicho simplificado, al «conjunto articulado de las normas jurídicas vigentes en un Estado». La obligación de mantener una imagen del servidor público sin duda ya formaba parte del «sistema normativo», entendido este como «un complejo de elementos interactivos que forman una totalidad articulada, dinámica, autorregulada, abierta y plural» y que, concretamente, como «totalidad abierta» está conformado no sólo por normas jurídicas (su elemento primario) sino también por «normas no escritas (costumbres); así como pautas de creación o interpretación de las normas del sistema (precedentes jurisprudenciales, principios generales del Derecho, dogmas científicos, valores o *standards* éticos, sociales y políticos)» (Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*; Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, Pág. 299).

²³ Estipula el apartado primero, al exponer los principios básicos de actuación, que «Los miembros del Gobierno y los altos cargos de la Administración General del Estado actuarán, en el desempeño de sus funciones, de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, y ajustarán sus actuaciones a los siguientes principios éticos y de conducta que se desarrollan en este Código: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, credibilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, y promoción del entorno cultural y medioambiental y de la igualdad entre hombres y mujeres».

*ciudadanos*²⁴. Con ello pareciera que la visualización de ciertas cualidades o circunstancias personales que hacen, incluso, a la vida privada de los gobernantes y altos cargos se convierten en materia de interés público. Ya no se trata de que ciertos aspectos de la privacidad importan a los medios de comunicación y a los ciudadanos, sino también al Estado. Al menos así lo patentizan sus normas. Tampoco es un dato menor que fortalece esta idea de la existencia de las obligaciones de «hacerse visibles» y «someterse al escrutinio» el hecho de que desde hace años el Tribunal Constitucional venga afirmando dos cuestiones trascendentales: i) que la *imagen* de todos cuantos administran el poder público está sometida a escrutinio y que en su observación y juicio hay un interés legítimo (STC 134/1999, de 15 de junio, FJ. 8); y ii) que estos sujetos no sólo deben tolerar que se divulgue información sobre lo que dicen o hacen en el ejercicio de sus funciones, sino sobre lo que dicen o hacen *al margen de la misma*, claro que –recordando el principio de conexión– siempre que ello tenga una directa y evidente relación con el desempeño del cargo (STC 1992/1999, de 25 de octubre, FFJJ 7 y 8)²⁵.

El orden jurídico nos dice que la imagen importa. La expresa interpelación legal a especiales sujetos de hacer visible ante los ciudadanos una especial imagen no es una novedad. La realidad nos muestra la existencia de diversos sectores de la vida social en los que se entiende que el desarrollo de las funciones viene condicionado por un conjunto de postulados personales que pueden demandarse a los implicados en razón de la relevancia social de la actividad que realizan. A sus actores se les pide decoro, honorabilidad, prestigio o dignidad. Así por ejemplo, desde el año 1862 la Ley de Notariado conmina a los custodios de la fe pública a que mantengan un *decoro* en el ejercicio de su profesión, bajo advertencia de sanción²⁶. Más cercana en tiempo, la normativa

²⁴ Dice: «En el Título II, y cumpliendo lo acordado por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 23 de abril de 2002, se establece un nuevo régimen de prevención de situaciones de conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado en el que, a partir de la vigente Ley 12/1995, de 11 de mayo, se introducen las modificaciones necesarias para suplir las deficiencias, e incluso lagunas legales, que con el paso del tiempo se han venido detectando, y *se refuerza la imagen que los altos cargos, en cuanto servidores públicos, deben ofrecer ante los ciudadanos*».

²⁵ La regla en base a la cual el Tribunal Constitucional resuelve la colisión entre la libertad de información/derecho a la intimidad en relación con cargos y funcionarios públicos es que prevalecerá la primera siempre y cuando los datos divulgados guarden una *conexión directa* con los cargos y funciones de que se trate, o bien cuando sean públicamente relevantes por revelar cuál es su verdadera aptitud para desempeñarlos correctamente. Lo revelado deberá, por tanto, vincularse a un interés público-político, entendiendo que este especial interés radica en todo lo que hace a la legitimidad de origen y de ejercicio de la autoridad y que sea necesario conocer para participar de modo responsable en los asuntos públicos.

²⁶ Ley de 28 de mayo de 1862, Ley de notariado, art. 43.

reguladora del sector empresarial y financiero invariablemente pide, como requisito para el desempeño de la actividad, que sus actores cuenten con *honorabilidad* empresarial o profesional²⁷. En definitiva, lo que parece razonable es que al abordarse la regulación de profesiones o actividades de profundo alcance social y que implican riesgos y peligros evidentes, se adopten criterios especiales, tales como exigir que los aspirantes acrediten su honorabilidad no sólo al inicio, pues su mantenimiento es contemplado como requisito *sine qua non* para seguir desempeñando la actividad regulada²⁸. A nadie escapa que si este tipo de exigencias funcionan y son imprescindibles en el ámbito privado, aún más se justifican en el sector público, merced la importancia de la actividad desarrollada debido a la afectación a los intereses generales que conlleva. Sin embargo, a nivel de los cargos más jerárquicos de la Administración General del Estado, no fue sino hasta la entrada en vigor del Código de Conducta para Miembros del Gobierno y Altos Cargos (año 2005) que se decidió pedir a la élite lo que ya se pedía a otros colectivos del sector privado y público menos protagónicos en la consecución del interés público. Hasta entonces tan sólo la legislación sobre incompatibilidades centraba el marco de referencia de su actuación en cuestiones relativas, exclusivamente, al desempeño de su función y

²⁷ La Ley de Reforma del Sistema Financiero, 44/2002 de 22 de noviembre, establece un régimen de honorabilidad empresarial y profesional de los administradores y directores generales y asimilados de empresas de servicios de inversión. La Ley 16/2009 de 13 de noviembre, de servicios de pagos internacionales, establece que la autorización para la creación de una entidad de pago se denegará «...si, atendiendo a la necesidad de garantizar una gestión sana y prudente de la entidad, no se considera adecuada la idoneidad de los accionistas que vayan a tener una participación significativa. Entre otros factores, la idoneidad se apreciará en función de: 1) La honorabilidad comercial y profesional de los accionistas. El Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva, Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, exige la honorabilidad comercial y profesional de los socios, honorabilidad que –en forma coincidente con otras leyes– presume cuando los socios fueran Administraciones Públicas o entidades de ellas dependientes. Similares requisitos exigen La Ley de mediación de Seguros y Reaseguros Privados (Ley 26/2006, del 17 de julio). Como legislación particularmente atenta a las cualidades personales encontramos el Reglamento de Agentes Consulares Honorarios de España en el Extranjero de 2007 (Real Decreto 1390/2007, de 29 octubre) cuando al exponer las condiciones requeridas para los agentes, establece que «...La persona cuya candidatura se proponga deberá ser mayor de edad y residente en el lugar establecido como sede de la Oficina consular honoraria y localmente conocida por su honorabilidad y prestigio. De la información recabada por el Jefe de la Oficina consular de carrera o el Jefe de la Misión Diplomática que hace la propuesta deberá poner de manifiesto la capacidad y voluntad de la persona seleccionada para desempeñar con dedicación y dignidad las funciones representativas o de gestión que puedan serle encomendadas».

²⁸ Martín Retortillo Baquer, Lorenzo Martín, *Honorabilidad y buena conducta como requisito para el ejercicio de profesiones y actividades*, en RAP, Núm. 130, enero-abril, Madrid, 1993, Pág. 26.

a la imposibilidad de que sus actuaciones personales se combinen con las públicas. Esto motivó la crítica justificada de que la normativa de incompatibilidades fuera, cualitativamente hablando, menos exigente en lo que se refiere a conductas frente a la sociedad, que las normas referidas a actividades privadas con menor repercusión social, como las antes mencionadas. Hasta entonces la normativa sobre incompatibilidades de los altos cargos buscaba asegurar un *mínimum* de honorabilidad que la sociedad demandaba²⁹ de sus gobernantes, pero no atendía adecuadamente las restantes exigencias que la nueva sociedad democrática estaba reclamando en pos de controlar su credibilidad y honestidad.

Las actuales exigencias legales que reclaman una imagen de decoro o de integridad, honestidad, honorabilidad, credibilidad, ejemplaridad, transparencia, austeridad, prestigio –etc.– remiten a una *exigida visualización de los gobernantes y demás altos cargos* que conlleva un particular modo de mirar: no se trata de una mirada distraída u ociosa, sino de un *escrutinio*. En efecto, de esta palabra se vale el Tribunal Constitucional cuando fundamenta la necesidad de limitar los derechos a la intimidad, honor e imagen de las personas públicas. Su afirmación es que la imagen de los personajes públicos, los que tienen atribuida la administración del poder pública, está *sometida al escrutinio de los ciudadanos*³⁰. Conmina así a los agentes para que toleren y faciliten la mirada atenta de la colectividad, de forma tal que sus integrantes puedan examinar y averiguar con exactitud aquellos datos que les interesan sobre su actividad pública o personal y que, al mismo tiempo [es una exigencia acumulativa], sean idóneos para formarse un juicio de ellos en tanto personas públicas o administradores del poder público.

Los gobernantes y demás altos cargos tienen el deber de ofrecer una *imagen pública*, definida como un conjunto de rasgos que los caracterizan como servidores públicos. Los rasgos de esa imagen se encuentran normativizados pues, como se señaló, hay textos legales que dicen cuáles son válidos y, cuáles no lo son. Y, por cierto, se entiende como un acierto el hecho de que con el «Código de Buen Gobierno» y «Ley de Conflictos de Intereses», más allá de sus merecidas críticas, se halla iniciado un proceso que tiene como objeto interiorizar en la conciencia de ciudadanos y gobernantes que el reclamo de conocer aspectos que exceden lo estrictamente funcional es un mandato válido y legítimo; que esta

²⁹ Esta referida asimetría de exigencias para el sector privado y el sector público fue destacada por Alberto Palomar Olmeda para quien la «cláusula de cierre» estaba, sin duda, en la posibilidad de exigir un tipo de responsabilidades –las políticas– que no pueden ser objeto de jurificación y que, sin embargo, pueden llenar la presunta laguna de exigencia referida (*Derecho de la Función Pública, Régimen Jurídico de los Funcionarios públicos*, Dykinson, Madrid, 2003, Pág. 697).

³⁰ STC 134/1999, de 15 de julio (FJ 8).

élite de la Administración, particularmente poderosa y obligada a la permanente rendición de cuentas, tiene el deber de transparentar tanto cuestiones «públicas» como algunas «privadas», como su intimidad económica; y que, en suma, pesa sobre ellos la responsabilidad y el cometido de devolver una imagen tan prestigiada como lo es la función que cumplen. La razón de ser del surgimiento de este tipo de obligaciones fue justificada con precisión por Rawls, al estudiar la categoría de los *deberes posicionales*³¹ y todo ello como derivación del principio de imparcialidad. Según desarrolla, los *deberes institucionales* u *obligaciones políticas* aparecen como una derivación del principio de imparcialidad³², por el que se sostiene que a una persona debe exigírsele que cumpla con su papel y que lo haga tal como lo definen las reglas de una institución, sólo si se satisfacen dos condiciones: i) que la institución sea justa (o equitativa), esto es, que satisfaga los dos principios de la justicia; y ii) que se acepten voluntariamente los beneficios del acuerdo o que se saque provecho de las oportunidades que ofrece para promover los propios intereses³³. La idea básica es que cuando un número de personas se comprometen en una empresa cooperativa [pensamos nosotros que podría ser el caso de la gestión del poder público], mutuamente ventajosa y conforme a reglas, restringiendo por tanto su libertad en la medida en que sea necesario para que se produzcan ventajas para todos, entonces aquellos que se han sometido a las restricciones [en nuestro análisis, los ciudadanos] tienen derecho a una aceptación semejante por parte de los que se benefician de tal sumisión [los gobernantes que son quienes hacen uso de ese poder]. No está permitido obtener ganancias del trabajo cooperativo de los demás sin haber cumplido con nuestra parte proporcional. Por definición las exigencias especificadas por el principio de imparcialidad son las obligaciones. Todas las obligaciones nacen de ese modo. Existen varios rasgos característicos de las obligaciones que las distinguen de otras exigencias morales. Entre otras cosas, surgen como resultado de nuestros actos

³¹ Al analizar la corrupción política, Ernesto Garzón Valdés también recurre a la categoría de «deberes institucionales» que identifica con la de los «deberes posicionales». Sostiene que «los cargos oficiales imponen a quienes los detentan una serie de deberes. Este tipo de deberes específicos suelen ser llamados institucionales. El decisor que interesa para la consideración del fenómeno de la corrupción está sujeto a este tipo de deberes. En general, y sobre todo, para los casos en que los sistemas normativos relevantes no son políticos o jurídicos o jurídicos, la expresión «deberes institucionales» puede ser sustituida sin mayor inconveniente por la de «deberes posicionales». Es posible, en este sentido, hablar de derechos y deberes institucionales o posicionales de un gobernante, de un juez, de un futbolista, de un sacerdote o de un director de empresa». (*Acerca del concepto de corrupción*, en *La Corrupción Política*, Laporta, Francisco y Álvarez, Silvina, Editores, Alianza Editorial, Madrid, 1997, Pág. 42).

³² Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México 2000, Pág. 113-115.

³³ Rawls, John, *Ibidem*, Pág. 315.

voluntarios: estos actos pueden consistir en compromisos expresos o tácitos, tales como los contratos y las promesas; pero pueden no serlo, como en el caso de la aceptación de beneficios. Además, el contenido de las obligaciones está siempre definido por una institución o práctica cuyas reglas especifican lo que se debe hacer. Y, por último, las obligaciones se dan normalmente frente a individuos definidos, es decir, aquellos que cooperan conjuntamente para mantener el acuerdo en cuestión. Lo que nos interesa particularmente es destacar que como ejemplo ilustrativo de estas «obligaciones», Rawls presenta el acto político de participar como candidato y de (en caso de tener éxito) ocupar un puesto público en un régimen constitucional. Según afirma, este acto da origen a la obligación de cumplir los deberes del cargo, y estos deberes determinan el contenido de la obligación. Se refiere aquí a los deberes, no como deberes morales, sino como tareas y responsabilidades asignadas a ciertos puestos institucionales. Concluye que cuando uno ocupa un puesto público está obligado ante sus conciudadanos, cuya confianza ha buscado y con quienes está cooperando en la tarea de poner en marcha una sociedad democrática. La *obligación asumida* que interesa en este trabajo es la de *exhibir una imagen* que transparente determinadas *cuestiones y circunstancias tanto públicas como privadas*. Colocarse en un lugar de *visibilidad* que permita el *escrutinio* de los ciudadanos es uno de los «deberes institucionales» u «obligaciones políticas» que gobernantes y altos cargos asumen libremente³⁴. «Ofrecer una imagen prestigiada de servidor público» es una tarea y responsabilidad asignada a todos los sujetos abarcados por la Ley 5/2006 como consecuencia del puesto que libremente eligieron ocupar. De tal suerte que si fallan en ese «dar ejemplo»; si no cumplen su parte proporcional del trabajo corporativo asumido, pierden su derecho a obtener la ventaja acordada, que no es otra que proseguir administrando el poder público. En nuestro esquema de argumentos, si fallan en el ejemplo, perderán la confianza del pueblo y, por ende, su legitimidad.

La democracia avanza hacia nuevas demandas y entre estas se encuentra, sin lugar a dudas, el buscar una imagen del gobernante o político que transmita un *plus de ejemplaridad*. En palabras de Gomá, una «ejemplaridad por elección», que es la que rige en la organización y funcionamiento de los sistemas democráticos³⁵. Este plus se identifica con el respeto a una «moral mínima», es decir, como una moralidad asumida y expresada como voluntad general que es la ley. A esta «mínima moral» hace referencia la OCDE cuando afirma que «...Los

³⁴ Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Ob. Cit., Pág. 315. [vgr. el deber natural de obedecer la constitución o las leyes que regulan la propiedad, también llamados «deberes naturales»]. Ese tipo de deber es una «obligación política» en tanto surge como una consecuencia y se aplica al individuo que ha cometido libremente el acto de ingresar a la dirección política del Estado.

³⁵ Gomá, Javier, *Ejemplaridad pública*, Ejemplaridad pública, Ed. Taurus, Madrid, 2009, Pág. 266.

servidores públicos, más que ningún otro individuo, están obligados a demostrar respeto ante las instituciones públicas y las leyes»³⁶. Este parámetro es recogido luego por «Código de Buen Gobierno». Precisamente, cuando reclama de los servidores una actuación acorde al «principio de conducta de ejemplaridad» lo hace en dos direcciones: *ejemplaridad en la actuación como empleados públicos y ejemplaridad como ciudadanos, en el cumplimiento de las obligaciones que les exigen las leyes*³⁷. Tanto en el documento de la OCDE como en el «Código de Buen Gobierno», el acento está puesto en la imagen; en lo que se hace visible frente a la mirada de los otros. No es que simplemente se reclame cumplir la ley, sino demostrar que se cumple y dar ejemplo de que se la respeta. Por esto podemos decir que, en lo relativo al cumplimiento de la ley por parte de los gobernantes y altos cargos, lo relevante es la apariencia de cumplimiento y la rendición de cuentas. Dar ejemplo, devolver una imagen de respeto hacia el ordenamiento jurídico y, llegado el caso, *exhibir las pruebas que así lo acrediten*³⁸. El ejemplo y el prestigio de los gobernantes es necesario para sostener la confianza y, transitivamente, la legitimidad del cargo que ocupan. Destruir o perjudicar la reputación de un alto cargo es destruir o perjudicar su credibilidad, y por consiguiente, debilitar su capacidad para persuadir e influir sobre otras personas, y, lo que más nos interesa, su capacidad para garantizar un vínculo de confianza y hacer que sus palabras se transformen en hechos. Sería por tanto un completo error considerar que el apreciar la imagen de un gobernante, criticarla o rechazarla es una frívola distracción respecto de la auténtica sustancia de la política. Desde un punto de vista político, la imagen determina la credibilidad del gobernante, nos habla de su honradez y de su

³⁶ OCDE, *La ética en el servicio público*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1997. Hacia la misma interpretación apunta la STC (Pleno) 76/1990, de 26 de abril, Fundamento Jurídico segundo, cuando sostiene que el alcance de la infracción tributaria no es el mismo cuando esta se comete por un ciudadano o por un funcionario o profesional oficial en ejercicio de sus funciones y con inobservancia de sus específicos deberes de lealtad y colaboración con la Administración tributaria.

³⁷ Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005 por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, Principios de Conducta, Apartado 4.

³⁸ Se cita W. Seibel, *Institutional Weakness, Ethical Misjudgment: German Christian Democrats and the Kohl Scandal*, en I. Holland & J. Fleming, *Motivating Ministers to Morality*, Aldershot, 2001, Págs. 120-121. La afirmación de Bustos Gisbert es que el *test básico* al que se ha de someter a los políticos no tiene carácter moral pues consiste en el respeto cualificado o escrupuloso a la Constitución y al Derecho [un deber de apoyo expreso, activo]. Esta es –nos dice– la «regla especial de juego para el político», exigible a través de la permanente obligación de rendición cuentas de sus actos. Y, en virtud de ella, los gobernantes deberán estar siempre en condiciones de demostrar la propia inocencia (Bustos Gisbert, Rafael, *Corrupción Política: una análisis desde la teoría y la realidad constitucional*, Teoría y Realidad Constitucional, Núm. 25, 2010, Pág. 97).

transparencia, nos permite «escrutar» y evaluar su integridad. Todo ello incide en la verdadera fuente de su poder, en su legitimación democrática y puede tener consecuencias materiales sustanciales para la institución que encarnan. Por otro lado, parece un imposible pensar en la imagen de la Administración Pública sin plantearse que, precisamente, la imagen que se tenga de la institución, ya sea positiva o negativa, no es sino el resultado de la actitud y conducta de cada persona que labora en ella. Todo gobierno, para mantener una imagen de administración honorable, honrada o íntegra, necesita contar con individuos que posean esas virtudes. Es aquí donde la ética cobra importancia en tanto ha de ser aquel «mínimo exigible» para asegurar honestidad y responsabilidad en el servicio público. También Bernard Manin se une a una idea positiva de la funcionalidad de la imagen. En su opinión *generalmente se reconoce que los representantes políticos son elegidos por su imagen, tanto la imagen personal del candidato como de la organización o partido a la que pertenecen. El término «imagen» puede dar sin embargo lugar a confusiones. A menudo se emplea oponiéndola a «sustancia» para denotar percepciones vagas y superficiales desprovistas de contenido político. Votar a partir de la imagen se suele contrastar con votar sobre la base de propuestas detalladas, habitualmente como preludeo para deplorar cómo aquellas prácticas han ganado terreno a éstas. Una concepción así de la imagen política fomenta la sensación de crisis de representación. De hecho, los estudios de opinión muestran que las imágenes que se forman los votantes no están desprovistas de contenido político*³⁹. Este interés público legítimo en contar con gobernantes y altos cargos *visibles* y *sometidos al escrutinio* como demanda de la democracia actual es el que recoge el Tribunal Constitucional cuando limita la intimidad de los agentes para que quede expuesta cierta parcela de su vida privada, y es también del que se hace cargo fundamentalmente el Código de Buen Gobierno y, posteriormente, la Ley 5/2006.

2. LA IMPOSIBLE RENUNCIA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD POR PARTE DE GOBERNANTES Y ALTOS CARGOS

Si pensamos el derecho a la intimidad desde su clásico enfoque [como derecho al secreto; a ser desconocido; a que los demás no sepan qué somos o qué hacemos; y por el que se veda que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada] podría arriesgarse que el gobernante y alto cargo al asumir su rol institucional decide – al menos implícitamente– renunciar a la protección de su privacidad.

³⁹ Manin, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, Editorial Alianza, Madrid, 1999, Págs. 277-278.

No faltaría razón pues:

i) El gobernante o alto cargo no tiene derecho a no ser molestado. No puede rechazar cualquier intromisión sobre el ámbito de su intimidad. Ciertos aspectos de su privacidad serán accesibles al público en general y podrán ser objeto de información masiva y crítica, aún cuando ello le resulte molesto o lo inquiete.

ii) El gobernante o alto cargo no tiene derecho a ser desconocido. No puede decidir quiénes, cuándo y hasta dónde pueden conocer de su intimidad. Cualquier ciudadano está facultado para reclamar información sobre sus actividades económicas, sobre las que tuvo, las que tiene y las que tendrá tras cesar en la función pública.

iii) El gobernante o alto cargo no tiene derecho a autopresentarse ante los demás. Tampoco puede decidir qué aspectos de su vida personal pueden trascender a terceros. Es lícito que los gobernados sean informados sobre todos aquellos episodios y características de su personalidad que de forma inmediata y directa afecten realmente o puedan llegar a afectar el desempeño que hace de su función.

Una ley específicamente a ellos dirigida, en atención a sus especiales deberes institucionales, así lo dispone. Sin embargo, esta idea de que los gobernantes no poseen intimidad, indudablemente, está expresada con excesiva energía y reclama una graduación proporcional. Mal puede pretenderse para el político la utopía de *la casa de cristal* en la que Breton ansiaba vivir⁴⁰. Una vida de total transparencia es, aún para las personas públicas, una equivocada idea del totalitarismo y responde a su antiquísimo sueño de un mundo en el que todos viven en armonía, unidos en una sola voluntad y una sola fe comunes, sin guardarse ningún secreto unos a otros. Muy por el contrario, la experiencia que tenemos de la necesidad de intimidad y del pudor nos dice que esa clase de vida no debiera ser realizable. Gobernantes y ciudadanos bien sabemos que la mirada ajena y el juicio que lleva consigo pueden resultar opresivos. Pocas dudas hay de que la autonomía personal queda afectada cuando los demás nos juzgan y una forma de evitar ese juicio es que los otros no sepan lo que hacemos⁴¹. No le falta razón, entonces, al literato cuando opina que actuar de un modo distinto en privado y en público es la experiencia más evidente de cada uno y que, en todo caso, el respeto de esa diferencia entre lo privado y lo público es la condición *sine qua non* para que un hombre pueda vivir como un hombre

⁴⁰ «Vivir en una casa de es la virtud revolucionaria *par excellence*. Es una ebriedad, un exhibicionismo moral» (Cfr. Benjamin, Walter, *Iluminaciones I*, Ed. Taurus, Madrid, 1998, Pág. 47).

⁴¹ García San Miguel, Luis, *La intimidad como límite a la libertad de expresión*, en Estudios sobre el derecho a la intimidad, García San Miguel (ed.), Madrid, 1992, Págs. 18-19.

libre⁴². El sistema de cabina electoral es una buena prueba de ello: la gente no vota libremente cuando los demás saben lo que vota. Todos los hombres necesitan disfrutar de cierto grado de intimidad. El hecho de que se reconozca como fundamental el derecho a poseer una intimidad elegida responde, precisamente, a esta necesidad del ser humano de acotar un ámbito a salvo de injerencias de terceros, sean personas públicas o privadas⁴³. Por tanto, siendo la intimidad esencial para mantener una calidad mínima de vida, toda renuncia a ella es impensable⁴⁴. La consecuencia de ser un personaje público, y serlo voluntariamente, nunca puede consistir en una renuncia total a la vida privada⁴⁵. Hay un límite al poder de disposición del derecho, un límite a los «propios actos» y a la autodeterminación. El ordenamiento jurídico no puede permitir, ni aun cuando ello responda a una decisión espontánea de su titular, la

⁴² Kundera, Milan, *Los testamentos traicionados*, Tusquets Editores S.A., Barcelona, 1994, Pág. 272-274. «Actuar de modo distinto en privado y en público es la experiencia más evidente de cada uno, el fundamento sobre el que descansa la vida del individuo; curiosamente esa evidencia permanece como inconsciente, no confesada, incesantemente ocultada por los sueños líricos sobre la transparente casa de cristal, y es pocas veces entendida como el valor de los valores que hay que defender. Tan sólo de manera progresiva (pero con un furor cada vez mayor) la gente se fue dando cuenta de que el verdadero escándalo no eran las palabras atrevidas de Prochazka, sino la violación de su vida; se dio cuenta (como tras un impacto) de que lo privado y lo público son por esencia dos mundos distintos y que el respeto de esta diferencia es la condición sine qua non para que un hombre pueda vivir como un hombre libre; que la cortina que separa esos dos mundos es intocable y que los que arrancan las cortinas son criminales».

⁴³ Català i Bas, Alexandre, *La calidad de vida como integrante de los derechos a la integridad física y moral y a la intimidad*, Revista General de Derecho, Núm. 670-671, julio-agosto, 2000, Pág. 9177.

⁴⁴ Conviene diferenciar el concepto de «renuncia» del de «autorización». Díez-Picazo y Gullón [*Sistema de derecho civil*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1995, Pág. 343]. También cabe mencionar que la «autorización» siempre es revocable (Art. 1.3 Ley Orgánica 1/1992). «la voluntad del sujeto encaminada a la creación de una obligación con cargo a cualesquiera de los tres derechos sería contraria a los límites establecidos para la autonomía privada en el art. 1255 del CE: la ley, la moral y el orden público. En primer lugar, sería contraria a la ley por contravenir: 1) el art. 10. 1 de la CE, toda vez que la obligación de soportar una intromisión en este tipo de derechos atentaría contra los valores que quiere proteger el art. 10.1, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y, en definitiva, degradaría la posición institucional de la persona como centro de nuestro ordenamiento jurídico; y 2) el art. 1. 3 de la propia ley del 82, pues vulneraría el principio de irrenunciabilidad de los derechos que en el mismo se establece» (Rovira Sueiro, María E., *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Ob. Cit., Pág. 160).

⁴⁵ Se sostiene que «tampoco la reducción del ámbito de lo privado de la persona pública puede tener una configuración ilimitada» (Rebollo Delgado, Lucrecio, *El derecho fundamental a la intimidad*, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2005, Págs. 210-211).

renuncia o disposición de los derechos a la personalidad; no puede admitir conductas que agredan la dignidad humana o que impidan el libre desarrollo de la personalidad⁴⁶. De tal suerte, si bien es cierto que las posibilidades de autodeterminar el contenido de su derecho son mucho más escasas en los sujetos públicos⁴⁷, ello no impide que, al igual que el resto de los ciudadanos, guarden para sí la facultad de decidir cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a su propia vida cuando éstas no revistan interés público. En esos casos, la *autodeterminación informativa* sólo tendrá por objeto de decisión aspectos de la vida privada que no se vinculan con la gestión del poder público. En lo que respecta a los temas que no revisten interés público, el alto cargo, como toda «persona pública», sigue acaparando una intimidad en el sentido de cierta idea de «inmunidad» para ejecutar decisiones personales. Es este el núcleo duro de su derecho y sólo en esta esfera tendrá el derecho a determinar cómo y en qué medida puede comunicar a los otros información sobre sí mismo.

Que hay límites y no renuncia al derecho a la intimidad es una afirmación no cuestionada. Por tanto, toca ahora encontrar cuáles son los argumentos que sirven para medir la legitimidad de los límites que en su derecho a la intimidad se imponen cuando su titular es un gobernante o alto cargo. Suele ocurrir que como verdad axiológica se afirma que el ingreso a la función pública provoca desigualdad⁴⁸; que los gobernantes encuentran limitado el ejercicio de sus

⁴⁶ Grimalt Servera, Pedro, *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, Pág. 52. Así lo indica la Ley y, a más de ello, conviene recordar que tempranamente el Tribunal Constitucional se ha mostrado tajante al declarar que los derechos fundamentales son irrenunciables (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 15).

⁴⁷ «Una persona privada, en sí misma y en su actividad, tiene una intimidad protegida como derecho, con todos sus problemas conceptuales y de matiz. Pero si la actividad de la persona es o puede ser pública, en el sentido de afectar a una generalidad mayor o menor de ciudadanos, éstos tienen el derecho a conocer datos de su círculo íntimo; datos que sean verdaderos. Si son falsos, la persona tendrá la protección del derecho al honor. Pero si son ciertos, su intimidad se diluye, se difumina –es decir disminuye– en beneficio de los ciudadanos a quienes afecta su actividad pública. Y ello, porque el círculo íntimo de la persona se proyecta –por razón de su actividad política– a un núcleo de ciudadanos que, al verse afectados, no se les puede oponer la barrera de aquel círculo, porque ya no es exclusivamente íntimo, sino que les puede afectar» (O’Callaghan, Xavier, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, Págs. 90-91).

⁴⁸ Según tiene dicho el Tribunal Constitucional «en el principio general de igualdad, la constitucionalidad de la norma pasa por que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación (SSTC 59/2008, FJ 7; 45/2009 2009, 45, FJ 4). Asimismo, según la STC

derechos fundamentales, en especial la intimidad, honor y propia imagen, de una manera que no se da en el caso de que esos derechos sean ejercitados por el resto de los ciudadanos. Y, de alguna forma, estas postulaciones no carecen de razón pues el propio Tribunal Constitucional tiene dicho que «el ciudadano y el funcionario no están, *sub specie iuris*, en la misma situación»⁴⁹. Se entiende –doctrina y jurisprudencia así lo ven– que desde que una persona se incrusta en la organización del Estado y, consecuentemente, se convierte en una persona pública, ya no puede albergar la expectativa de ser igual al resto de los miembros de la colectividad⁵⁰. Pero, en todo caso, el diferente tratamiento que se le va conceder debe tener una justificación objetiva, razonable y proporcionada.

3.- LAS INEFICACES TEORÍAS UTILIZADAS PARA JUSTIFICAR LAS INJERENCIAS EN LA INTIMIDAD DE GOBERNANTES Y ALTOS CARGOS

Cuando se trata de analizar la legitimidad/ilegitimidad de los sacrificios que en el derecho a la intimidad el orden jurídico exige soporten aquellos que ocupan la élite de la Administración, la doctrina suele desarrollar su esquema de

45/2009, F.J 4, el análisis de razonabilidad de la diferenciación ha de comenzar por el de la legitimidad del fin de la norma) (Cfr. STC 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4)». También en Alonso García, Enrique, *El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española*, Revista de Administración Pública Núm. 100, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993.

⁴⁹ STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 5. Al resolver sobre la constitucionalidad del art. 89 de la Ley General Tributaria, se dijo «Ciudadanos en general y funcionarios o profesionales oficiales que, por razón de su cargo tienen determinados deberes de colaboración con la Administración tributaria no están *sub specie iuris* en la misma situación, siendo por ello razonable que el legislador recoja esta diferencia para dar un tratamiento sancionador distinto a las infracciones tributarias que unos y otros cometan. Lo que se sanciona con la suspensión de funciones no es tanto el quebranto económico derivado de la infracción tributaria, cuando ésta sea cuantificable, que a ello atiende ya la multa que también se impone a aquellos funcionarios o profesionales oficiales, sino la infracción del deber de colaboración con la Administración tributaria y, en concreto, la infracción de las obligaciones señaladas en los Núms. 4, 5 y 6 del art. 83 de la LGT. Una sanción ésta, la de suspensión, que es en cierto modo accesoria a la de multa en tales supuestos, pero que no supone duplicidad injustificada e irrazonable, ya que el alcance de la infracción no es el mismo cuando ésta se comete por un ciudadano o por un funcionario o profesional oficial en el ejercicio de sus funciones y con inobservancia de sus específicos deberes de lealtad y colaboración con la Administración tributaria. Así entendiendo el art. 86 de la LGT, no hay infracción del derecho a la igualdad proclamado por el art. 14 de la Constitución».

⁵⁰ Lo que persigue el art. 14 CE es que las *diferencias personales* se expresen como *diferencias jurídicas*, por lo que puede concluirse que la razón de ser de la igualdad constitucional es el derecho a la diferencia.

argumentación a partir de una premisa central: quien voluntariamente o por sus propios actos elige dedicarse a la gestión del poder público, a causa de esta libre y espontánea elección, debe asumir un ámbito de protección menor en sus derechos de la personalidad. Observamos así como para la opinión general es la opción misma de dedicarse al servicio del interés general la razón que justifica las injerencias. Interesa cuestionar este razonamiento, no por considerarlo incorrecto, sino a causa del inmerecido papel decisivo que se adjudica a la voluntad del titular del derecho fundamental. Daremos nuestras razones de por qué no puede ser nunca la voluntad de quien accede al alto cargo la que convierte en legítima la injerencia que se le exige soporte en su intimidad, al menos cuando la limitación en cuestión proviene del poder público. En esos supuestos, otra voluntad que no es la del propio agente se impone y vuelve irrelevante su pláacet. Se llama la atención sobre este tipo de justificación de legitimidad, aún cuando podría parecer que al hacerlo se es excesivamente meticuloso, porque de tomarla por válida estaríamos aceptando que sólo el consentimiento del titular del derecho hace legítima la intromisión. Y, en un paso argumental posterior, se podría llegar a concluir –equivocadamente– que *entre nosotros sólo el consentimiento puede permitir que la intimidad de personas que no pertenecen al Gobierno, ni ocupan alto cargo alguno, se vea limitada*⁵¹. La facultad de diseñar los contornos del propio derecho a la intimidad y honor y el reconocimiento cada vez más amplio de un espacio para ejercitar su libertad hacen al fundamento de la democracia, pero cuando se ponen en escena otras importantísimas instituciones también democráticas, tales como la responsabilidad política y la rendición de cuentas, puede que la voluntad del sujeto debe ceder su lugar protagónico.

En las páginas que siguen se va a justificar por qué el hecho de que un ciudadano haya resuelto voluntariamente *saltar a la arena política* (o pública), no puede nunca ser razón suficiente o *pieza clave* para legitimar limitaciones a su intimidad⁵². Pero téngase en cuenta también que no sólo nos impacienta el lugar privilegiado que se le da al argumento, sino la poca apropiada connotación que provoca el uso de semejante metáfora. La fórmula retórica *arrojarse a la arena política*, a fuerza de ser repetida, ha dejado instalada en la opinión pública un concepto de intimidad y honor de las personas públicas devaluados. Sugiere

⁵¹ Tal es la afirmación de Pablo García Mexía (*Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, Pág. 192).

⁵² Para Muñoz Machado la incorporación a la arena pública es un acto, por lo común voluntario, en el que debe ir implícita la aceptación, en un sistema democrático, de someterse a un escrutinio más directo y estrecho de los medios de comunicación (*Libertad de prensa y procesos por difamación*, Editorial Ariel S.A., Barcelona 1998, Pág.153). El propio Tribunal Constitucional ha dicho que el hecho de que «el personaje público acepte libremente el riesgo de lesión a la intimidad que implica la figura pública» «no puede ser entendido tan radicalmente» (STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 4).

–no se logra encontrar otra comparación tácita distinta– que un político electo al asumir su cargo se traviste en una especie de gladiador participante de una lucha frente a bestias que le ganan en tamaño y ante las que se encuentra completamente desprotegido o, al menos, sin otra defensa que sus propias fuerzas. Tal es el paisaje al que nos remite, y puede que el tropo de un coliseo romano no sea el más adecuado para hablar de instituciones democráticas⁵³. Este, como su argumento hermano, de que *quien juega con fuego se acaba quemando* [dicho británico, utilizado por sus tribunales *those who play at bowls must expect rubbers*] posiblemente defina una postura, cierre una fundamentación o con él se dé por concluida una discusión, pero nunca resolverá equitativamente un problema como el que aquí planteamos. García Ferrer defiende expresamente este principio que –a su criterio– «sugiere que una conducta libre y voluntariamente elegida, seguramente producirá una consecuencia negativa que la persona debe soportar», por lo que «no reconocer su eficacia pudiera interpretarse como una forma de proteger especialmente a quien asume voluntariamente ciertos riesgos»⁵⁴. Y aunque se comprende que su opinión no sería nunca extrema, consideramos que en rigor implica una postura inconveniente. La afirmación *quien juega con fuego se acaba quemando*, bien leída, es tan absoluta en su formulación, sin matiz ni límite, que anula todo

⁵³ Conforme lo declarado por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª, A de 17 de febrero de 2009 «No es demasiado difícil entender que existe un determinado campo de relaciones humanas en el que las calumnias y las injurias deben ser contempladas a través de un prisma muy específico. Nos referimos al campo de la política y de los políticos. De la crítica política y de las armas que los contendientes en la arena política utilizan entre ellos y contra ellos, de modo universal, cotidiano, y comúnmente admitido (...) Ya hemos dicho en otro lugar y ocasión, muy similares al que ahora nos ocupa, que no puede hablarse de delito teniendo en cuenta el marco en que se producen las declaraciones. Y con esto entramos en el segundo de los factores a tener en cuenta a la hora de calificar los hechos: aquellas –las declaraciones – tienen lugar en el seno del debate político, en el cual el listón de las buenas maneras, de la educación y del respeto, se rebaja considerablemente. Es incluso usual sustituir el término *debate* por la palabra *lucha*, y así se leen y se oyen todos los días y a todas horas en los medios de comunicación noticias en relación con la *lucha* política del partido A contra el partido B. Esto nos da idea de la violencia verbal que preside tantas veces la controversia política. Es lamentable, pero así es. Y esto, como es una realidad social, y como el Art. 3.1 del Código Civil nos enseña que las normas jurídicas se interpretarán en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, conduce a la Jurisprudencia a matizar cuidadosamente el alcance de las injurias y calumnias cuando se esbozan, vierten o emplean entre personajes públicos, y en relación con sus actividades públicas. Nos dice la doctrina del Tribunal Constitucional que en estos ámbitos no prevalece el propósito de vilipendiar, sino de criticar (sentencia de 9 de mayo de 1994). La sentencia del mismo Tribunal de 27 de junio de 2001 ampara esta crítica política incluso cuando, trascendiendo de lo público, incide en las actividades privadas de la persona pública».

⁵⁴ García Ferrer, Juan José, *El Político: Su honor y vida privada*, Edisofer S.L. Madrid 1998, Pág. 155.

intento de defensa de aquel sujeto que eligió libremente. La capacidad de autodeterminación de este individuo ya no es un bien, sino la causa de un castigo, incluso injusto. De hecho, la experiencia demuestra que esta puede ser su consecuencia práctica. Precisamente, llamaba la atención Fayos Gardó sobre la inoportunidad de la cita del tabloide inglés *The Daily Mirror* del 3 de agosto de 2001 cuando publicaba «*Si Naomi Campbell quiere ser una monja, que se le acepte en un convento. Si lo que quiere es la excitación de la vida del espectáculo, debe asumir lo que venga del mismo*», esto tras tomar conocimiento que la modelo los había demandado por hacer público el hecho de que estaba siendo sometida a un tratamiento para curar su drogodependencia y por publicar determinadas fotografías donde aparecía abandonando una reunión de Narcóticos Anónimos, lo que parece dejar la cuestión en el terreno del «todo vale» y someter la vida de personas públicas o de proyección pública abiertas a cualquier tipo de escrutinio⁵⁵. La idea, incluso su sola sugerencia, de que el hombre público no tenga vida privada resulta del todo inaceptable⁵⁶. Toda esta retórica de frases hechas, que se cuele casi invariablemente en los discursos sobre la intimidad de las personas públicas y en especial de los políticos, no es eficaz. Habrá que ir progresivamente desbrozando el camino de los lugares comunes, cuestionar y revisar los argumentos utilizados. Con este objetivo, se analizarán las teorías jurídicas empleadas para explicar la especial modulación de los derechos de la personalidad y otros derechos fundamentales de los servidores públicos. Al evaluarlas vamos a prestar especial atención a la gravitación que ellas adjudican a dos voluntades distintas: la del individuo que decide trabajar por lo público, y la del Estado que propende a la protección de lo público. Es así como, centrando la atención en la decisión de quien asume la arriesgada profesión de la política, se hablará de la «doctrina de los propios actos» [o los «propios actos», tal como refiere la Ley 1/1982]. Por otro lado, tomando como relevante la voluntad del Estado en su fin de servir con objetividad a los intereses generales, nos ocuparemos de las «relaciones de sujeción especial». Definitivamente, una y otra teoría, ya sea entre líneas o de modo expreso, terminan por aparecer las más de las veces que se plantea el tema.

⁵⁵ Cfr. Fayos Gardó, Antonio, *Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española, británica y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Revista para el análisis del derecho, InDret 4/2007, Barcelona, 2007.

⁵⁶ García San Miguel, Luís, *Reflexiones sobre la intimidad como límite a la libertad de expresión*, en Estudios sobre el derecho a la intimidad, García San Miguel (ed.), Madrid, 1992, Pág. 23.

3.1. La doctrina de los propios actos y el propio acto de la asunción voluntaria de un riesgo

Para resolver limitaciones en los derechos de la personalidad se ha considerado como de extraordinaria importancia el principio de que «nadie puede ir contra sus propios actos»⁵⁷. De hecho, alguna doctrina nacional identificó el enunciado de la Ley Orgánica 1/1982 «propios actos» [en cuanto dispone que «la protección civil del honor, intimidad y propia imagen quedará limitado por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o para su familia» –art. 2.1–] con el principio de derecho utilizado en el ámbito de la voluntad negocial conocido como «doctrina de los actos propios». Bien empleado aquí el verbo *identificar*, pues lo cierto es que con esta operación dos cosas distintas aparecen y se consideran como una misma⁵⁸, cuando no resulta exacto, en tanto y en cuanto, más allá de utilizar similares términos, el enunciado de la ley y la doctrina actúan en ámbitos jurídicos diversos: los «propios actos» referidos por la Ley 1/1982 tratan de una cuestión de orden público [i.e. derechos fundamentales]; la «doctrina de los propios actos», en su formulación original, se ocupa de relaciones regidas por el derecho privado. Así, por ejemplo, para Grimalt Servera con la referencia a los «actos propios» lo que pretende la Ley Orgánica 1/1982 es proteger la confianza que el titular de los hechos ha generado en terceros⁵⁹. La idea –que es un fiel desarrollo de la postulación clásica de la doctrina– sería la siguiente: quien tolera intromisiones en su vida privada de forma habitual, suscitando en los terceros la confianza razonable de una determinada configuración personal de su esfera íntima, no puede después sorprendernos exigiendo un respeto como si tal esfera fuera distinta. Frente a una determinada situación o conducta de una persona los actos anteriores o coetáneos relacionados con esa conducta o situación pueden ser un indicio de la intención de esa persona; estos pueden dar pistas de si ha

⁵⁷ La extraordinaria relevancia de la teoría de los «actos propios» es destacada por Clemente García García (*El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2003, Pág. 141).

⁵⁸ Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición.

⁵⁹ Concretamente, explica que los «usos sociales» referidos por la Ley Orgánica 1/1982 no deben ser confundidos con la «doctrina de los actos propios» (*sic*, Pág. 57) pues en aquéllos lo que se trata es de evitar que la generalización en la sociedad (generalmente en los medios de comunicación) de una intromisión ilegítima (pero no respecto de una persona en concreto, sino como planteamiento general) se convierta en legítima a través de los «usos sociales», por lo que no hay que confundir esta situación, pues en los actos propios es la conducta del agredido concreto quien genera una confianza (Grimalt Servera, Pedro, *La Protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, Pág. 57).

querido mantener en el ámbito de su intimidad dicha conducta o no⁶⁰. Similar postura mantiene García Ferrer. Su propuesta es que la doctrina de los propios actos vaya más allá de las relaciones de derecho privado y pase claramente a justificar, como regla general, la delimitación interna de los derechos subjetivos al honor, la intimidad y la propia imagen⁶¹. Se constata hasta aquí que la «doctrina de los propios actos» –tal como se adelantó– suele ser utilizada por la doctrina nacional al estudiar los límites a la protección de los derechos de la personalidad. Procede preguntarnos entonces: *¿Es oportuno recurrir a la «doctrina de los propios actos» para justificar la legitimidad de limitaciones a los derechos fundamentales de un gobernante o alto cargo cuando aquella injerencia es impuesta por el Estado?* Para responder a este interrogante debemos tratar dos cuestiones: **i)** identificar con precisión cuál es la idea que recoge la doctrina; y **ii)** determinar cuál es su específico ámbito de aplicación dentro del universo jurídico. Veamos entonces:

i) Sobre la idea que recoge la doctrina de los propios actos

La regla de derecho⁶² *venire contra factum proprium nulla conceditur* [nadie puede venir contra sus propios actos], identificada como «doctrina de los propios actos», recoge la idea de la inadmisibilidad de que un litigante fundamente su postura invocando hechos que contraríen sus propias afirmaciones o asuma una actitud que lo coloque en oposición con su conducta anterior. De este modo, funciona como justificación de la limitación del ejercicio de un derecho. En definitiva, se trata de una idea de lo más simple: nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de determinado comportamiento futuro⁶³. Su fundamento está dado en razón de que la conducta anterior ha generado, –según el sentido objetivo que de ella se desprende– confianza en que, quien la ha emitido, permanecerá en ella. Lo contrario importaría una incompatibilidad o contradicción de conductas emanadas de un mismo sujeto que afectan injustamente la esfera de

⁶⁰ Grimalt Servera, Pedro, *La Protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Ob. Cit., Págs. 59-61.

⁶¹ García Ferrer, Juan José, *El político: su honor y vida privada*, Ob. Cit., Págs. 158-159.

⁶² Para Díez-Picazo la expresión «nadie puede ir lícitamente contra sus propios actos» tiene carácter evidente de «regla de derecho» con valor normativo en tanto es aplicada por los tribunales de justicia [hacia la fecha de publicación de su obra –año 1962– había contabilizado más de doscientas sentencias del Tribunal Supremo Español que la habían aplicado] (Díez-Picazo Ponce de León, Luis, *La doctrina de los propios actos*, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1962, Págs. 15 y 128). Asimismo, el Tribunal Supremo la define como «principio general del derecho» –art. 1.4 Código Civil– (STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, Sentencia del 2 de abril de 2007, F.J. Cuarto).

⁶³ López Mesa, Marcelo J., *La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación*, Universitas, Bogotá (Colombia) N° 119: 189-222, Julio-diciembre de 2009.

intereses de quien suponía hallarse protegido, en tanto habría depositado su confianza en lo que creía un comportamiento agotado en su dirección de origen. Se explica su operatividad en una razón de política jurídica: la protección de la buena fe, o bien de la confianza suscitada por el comportamiento antecedente, que luego se pretende desconocer. Tal es, básicamente, la opinión de la doctrina y jurisprudencia nacional⁶⁴. De hecho, el Tribunal Constitucional en su STC 73/1988 de 21 de abril (FJ 5) declaró que el fundamento se encuentra en la protección que objetivamente requiere la confianza que se puede haber depositado en el comportamiento ajeno, de modo que la buena fe impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita, por ello, el ejercicio de los derechos. Los hechos y situaciones jurídicas no pueden ser y no ser al mismo tiempo ya que ello implica contradicción, que, por conducir al absurdo, no puede tener acogida en el ámbito jurisdiccional, en el que constatados los actos que de manera inequívoca reflejan una toma de posesión respecto de una situación jurídica, no pueden pretenderse con posterioridad otra distinta e incompatible con aquélla en aras del principio de la buena fe.

ii) Sobre el ámbito específico de aplicación de la doctrina de los propios actos

Los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales que se acaban de citar demuestran que por lo que hace al concepto o idea que recoge la doctrina de los propios actos, se tiene una opinión consensuada. Sin embargo, esta armonía no se encuentra a la hora de analizar su ámbito de aplicación. Se presentan aquí dos discusiones: una sobre la imprecisión con que suele usarse y, por otro lado, cuál ha de ser el ámbito de su valor normativo. Varios autores han advertido de la inespecífica y grosera imprecisión con que suele utilizarse, confundiéndola a veces con la renuncia tácita de derecho o con los «actos concluyentes», cuando – por su valor supletorio– sólo debería recurrirse a los propios actos cuando no resulta de aplicación ninguno de estos dos institutos⁶⁵. Por otro lado, y es esta la

⁶⁴ Díez-Picazo Ponce de León, Luís, *La doctrina de los propios actos*, Ob. Cit., Pág. 134; Rogel Vide, Carlos, López Mesa, Marcelo, *La doctrina de los propios actos*, Editorial Reus S.A. y Euros Editores, Argentina, 2005, Pág. 90; González Pérez, Jesús, *El principio de Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Aranzadi, Navarra, 2009, Pág. 1983. Para Puig Brutau, la base está en el hecho de que se ha observado una conducta que justifica la conclusión o creencia de que no se hará valer un derecho. Se supone, pues, cierta conducta que induce razonablemente a la creencia de que el derecho no existe o no se hará efectivo (Cfr. *Estudios de derecho comparado: La Doctrina de los propios actos*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1951, Pág. 103). En lo que respecta a la jurisprudencia, destacamos la reciente sentencia del Tribunal Superior de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, 616/2009, de 1 de septiembre, que hace un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el particular.

⁶⁵ A criterio de Díez-Picazo, no se trata de un caso de renuncia de derechos, aunque es muy frecuente la confusión de conceptos. En la misma línea argumental, García de Entrerría,

cuestión que más nos interesa, la doctrina de los propios actos sólo se refiere a situaciones en las que se amparan derechos de contenido patrimonial, y no a aquellas instituidas en resguardo de otros derechos, como son los vinculados directamente con el estatuto de los derechos de la personalidad⁶⁶. En lo que respecta al ámbito de los derechos extrapatrimoniales, la «doctrina de los propios actos» carece de valor normativo como «principio de derecho»: es una categoría jurídica que responde a los principios y lógica del derecho privado. Con su clara inspiración civilista⁶⁷ permite entrar en el juego a la autonomía de la voluntad, sin límites. El sujeto que lleva a cabo sus «propios actos» puede renunciar a su derecho, hacer incluso una renuncia total, situación a todas luces incompatible con la regulación que, de los derechos del art. 18.1 CE hace la Ley Orgánica 1/1982 al calificar los derechos de la intimidad, honor y propia imagen, como irrenunciables, inalienables, imprescriptibles. La doctrina de los propios actos es incompatible con el principio de irrenunciabilidad de derechos⁶⁸. Resultaría del todo irrazonable valerse de ella para denegar, por

Eduardo, *La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad*, Revista de Administración Pública, Nº 20, Madrid, 1956, Págs. 69-80.

⁶⁶ Díez-Picazo, Luís, *La doctrina de los propios actos*, *Ob. Cit.* Pág. 161; Puig Brutau, José, *Estudios de derecho comparado: La Doctrina de los propios actos*, *Ob. Cit.*, Pág. 103. En efecto, Díez-Picazo recopiló en su obra más de doscientas sentencias en las que el Tribunal Supremo aplicó o consideró rectamente aplicada la doctrina de los propios actos. Luego de un análisis y sistematización de estas resoluciones, individualizó los supuestos típicos de aplicabilidad de la doctrina, concluyendo que todos ellos pertenecían al derecho privado (Cfr. Díez-Picazo, Luís. *Ibidem*, Págs. 15 y 445-455).

⁶⁷ Pese a tener una clara inspiración civilista, este principio también se ha manifestado con carácter supletorio en el ámbito de las relaciones laborales. Lo que nos interesa destacar es que del análisis jurisprudencial se desprende que en el ámbito laboral este principio fue acogido con ciertas cautelas debido a la existencia de otros principios de aplicación que resultan preferentes, tales como el principio de irrenunciabilidad de derechos o el principio de condición más beneficiosa. Pero sobre todo la aplicación restrictiva se justificó por ser el Derecho del Trabajo un ordenamiento compensador e igualador de una desigualdad tanto jurídica como económica entre ambas partes contractuales, premisa ésta que desconoce el Derecho Civil, amparado en el principio de la autonomía de la voluntad (Cfr. Valle Muñoz, Francisco Andrés, *El principio general de los actos propios y su aplicación judicial en el ámbito laboral*, Relaciones Laborales Nº 10, Sección Doctrina, Quincena del 23 Mayo al 8 Jun. 2007, Año XXIII, tomo 1, Pág. 49 y ss., Editorial La Ley).

⁶⁸ Véase Cadarso Palau, Juan, *Actos propios y renuncia de derechos*, Poder Judicial, Núm. 9, 1988, Págs. 73-78.; Prados de Reyes, Francisco, *Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores*, Revista de Política Social, (Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), Núm. 127, 1980; Ramos Quintana, Margarita Isabel, *La garantía de los derechos de los trabajadores* (inderogabilidad e indisponibilidad), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2002; De La Villa Gil, Luís Enrique, *El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales*, Revista de Política Social, Núm. 85, 1970; Valle Muñoz, Francisco Andrés, *El principio*

ejemplo, la revisión de un derecho al que la Constitución le confiere carácter de irrenunciable⁶⁹. La lógica indica que a quien no puede renunciar expresamente un derecho, no le es aplicable –en principio– la doctrina de los propios actos. No se puede renunciar tácitamente lo que el ordenamiento dice que no es renunciable ni tan siquiera en forma expresa. Lo intangible es intangible y ni el propio titular de esa intangibilidad, ni el Estado, pueden acordar o decidir unilateralmente que deje de serlo.

Para una mejor defensa de nuestro criterio sobre la inaplicabilidad de la «doctrina de los propios actos» en aquellos supuestos en que entran en juego derecho de la personalidad, presentaremos el caso posicionándonos en la postura que refutamos, esto es, asumiendo que su empleo es eficaz para justificar injerencias, en particular del Estado, en los derechos fundamentales. El razonamiento [de ficción, recordamos], sobre el que vamos a trabajar sería el siguiente: *Al aceptar el cargo, el gobernante o alto cargo formula una declaración de voluntad con la que cierra un negocio jurídico. Expresamente presta un juramento –la sujeción a la constitución– pero implícitamente está también aceptando otras tantas sujeciones. Voluntariamente se somete a un régimen jurídico que conoce y está vigente. Este ordenamiento jurídico podría estar integrado, por ejemplo, por una ley que le exija al nuevo servidor público una «plena transparencia» de los distintos aspectos de su patrimonio. De tal suerte, al ingresar a la función pública, quedaría atado o vinculado*

general de los actos propios y su aplicación judicial en el ámbito laboral, Ibídem, Pág. 429 y ss.).

⁶⁹ También en Argentina donde la tipificación delictiva del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos provoca debates en cuanto a su constitucionalidad, cierta doctrina, tal el caso de De Luca y López Casariego, considera relativo el sostener que no se pueden renunciar las garantías *constitucionales puesto que ello ocurre contractualmente y todos los días* (vgr. detectores, filmaciones, obligaciones laborales). Así, los autores estiman que los funcionarios públicos tienen obligaciones, como realizar una declaración jurada patrimonial, lo que implica renunciar a la garantía constitucional de la privacidad. De tal suerte, el principio de que éstas no pueden ser renunciadas individualmente o por convención, no puede ser generalizado, y hay que analizar en cada caso de qué garantía se trata y cómo opera la situación dada. En este sentido, sostienen: «no habría ningún problema en establecer una obligación contractual (de derecho público) como ésta: –Señor, ¿usted quiere ser funcionario público?, –Pues, previo a ello debe firmar acá que se obliga a declarar la procedencia de sus bienes cada vez que le sea requerida. Y hay algo interesante en este asunto, y esa renuncia es previa a cualquier posibilidad de autoincriminación, precisamente porque aún no comenzó a ser funcionario público, que es un requisito esencial del delito. No se trata de cualquier habitante a quien no se podría hacer renunciar a determinadas defensas constitucionales, sino de un funcionario público que voluntariamente accede al cargo y debe prestigiarlo» (De Luca Javier A., López Casariego, Julio E., *Enriquecimiento Ilícito y Constitución Nacional*, La Ley 2000-A, 249 y “*Enriquecimiento Patrimonial de Funcionarios, su no justificación y problemas constitucionales*”, en *Revista de Derecho Penal, Delitos contra la Administración Pública –II- 2004-2*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Págs. 146-147).

por sus propios actos que son expresión de su consentimiento⁷⁰ a un régimen jurídico y a una jurisdicción, lo que comporta un inequívoco acatamiento a sus normas y, por ende, determina la improcedencia de una impugnación posterior. Desde entonces, si el servidor público se considerara agraviado porque el Estado le exige dar cuenta de sus movimientos patrimoniales, no sólo para conocerlos en el ámbito interno de la Administración, sino para hacerlos públicos para la ciudadanía mediante la web, estaría contrariando su declaración de voluntad tácita, por lo que no resulta atendible su reclamo. En otras palabras, quien asume este criterio, juzga que al aceptar el cargo en el gobierno, el agente reconoció o aceptó tácitamente [por sus propios actos] el derecho del Estado a avanzar sobre su intimidad y actuaría de mala fe si, volviendo sobre sus pasos, una vez que está haciendo uso del poder [o, dicho con más propiedad, gestionándolo], pretende defender su privacidad frente al control estatal y del resto de la ciudadanía. Pero lo que acabamos de enunciar está falseado por dos interminables errores: i) No basta con constatar la existencia de una ley que autorice la intromisión en la intimidad y que fuera conocida por el alto cargo al aceptar acceder a la función. Es preciso examinar si esa ley (que contiene la autorización legal para que opere la injerencia) es necesaria, idónea y proporcionada; esto es, si está justificada y es compatible con el art. 18.1 CE, lo que nos remite al «canon de proporcionalidad» como el criterio que ofrece mayor razonabilidad para la evaluación de la legitimidad/ilegitimidad de la injerencia. La explicación no debe buscarse por el lado de «propios actos»; y ii) El Estado no está obligado en igual medida que los ciudadanos al respeto a la intimidad, por ende, tampoco sería coherente que aceptara el ofrecimiento espontáneo e indiscriminado de su derecho a la intimidad por parte de un gobernante. En este caso, tanto la voluntad expresa como los «propios actos» del titular del derecho de la personalidad serían irrelevantes. Veamos: en primer término, debe tenerse en cuenta que el Estado reclame por ley conocer la intimidad de un funcionario o ciudadano, cuando ello no es necesario o, siendo necesario, no resulte una medida proporcionada, sería contrario al orden jurídico por contravenir el art. 10. 1 de la CE. Lógicamente, la obligación de soportar una intromisión en este tipo de derechos atentaría contra los valores de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad y, en definitiva, degradaría la posición institucional de la persona. Asimismo, vulneraría el principio de irrenunciabilidad que establece el art. 1. 3 de la Ley Orgánica 1/1982. Y no está mal pensar en una renuncia porque lo cierto es que

⁷⁰ Cuando el Tribunal Supremo Español define los actos propios como actos de «expresión del consentimiento» parece estar aludiendo a declaraciones tácitas de voluntad. Con frecuencia exige que los actos *revelen* una voluntad (Cfr. STS de 14 de diciembre de 1956, Ap. N° 202, «actuaciones conscientes que revelan un voluntario consentimiento»); que la voluntad o el acuerdo se «deduzca» de los actos (Cfr. STS de 5 de octubre de 1957, Ap. N° 208); que los actos sean «expresión inequívoca» del consentimiento (Cfr. STS de 6 de diciembre de 1957, Ap. N° 210) [Cfr. Díez-Picazo, *La doctrina de los propios actos*, Ob. Cit., Pág. 161].

en la práctica la renuncia a la protección otorgada por la ley conduce a la renuncia del derecho⁷¹. El gobernante no podría nunca válidamente aceptar una injerencia en su intimidad, o en cualquiera de sus derechos fundamentales, inidónea, innecesaria o no proporcionada por parte del Estado⁷². Cualquier limitación que se le imponga debe tener un tope y los sacrificios que se le piden guardar proporcionalidad⁷³. Una ley que no resista este «triple juicio de proporcionalidad» resultaría inconstitucional y, por ello, de imposible convalidación, ni por el consentimiento expreso ni por los «propios actos» del titular del derecho afectado. A nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos de su vida privada personal o familiar. Lo que prima en un Estado democrático es el pleno ejercicio de derechos y libertades, por lo que se hace necesario –y es su obligación– aligerar en la medida de lo posible el número de limitaciones y sus efectos restrictivos, en aras de la máxima efectividad de los derechos. Como bien indica Rawls, *cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros. No permite que los sacrificios impuestos a unos sean compensados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos. Por*

⁷¹ Rovira Sueiro, María E., *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al Honor, a la intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, CEDECS, Barcelona, 1999, Pág. 153. Afirma «estimamos que en el ámbito en que nos movemos, cualquiera que sea el concepto de orden público que se maneje, el resultado de su virtualidad es idéntico. Dicho de otro modo, el pacto por el que una persona haga nacer una obligación con cargo a su patrimonio moral, –constituido en este contexto por el honor, la intimidad y la propia imagen–, que como tal presuponga el correlativo derecho de otra persona a realizar una intromisión en estos bienes, contraviene el límite del orden público cualquiera que sea su definición» (Pág. 154).

⁷² El Tribunal Constitucional, sobre la base de estos tres requisitos, rechaza aquellas limitaciones que «no resulten justificadas en cuanto que la limitación es una excepción puesta al normal ejercicio del derecho» (STC 62/1982, FJ 3), así como aquellas otras que «puedan estimarse excesivas, que sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginen con el derecho a la justicia o que no aparezcan como justificados y proporcionados conforme a las finalidades para los que se establecen, que deben ser, en todo caso, adecuadas al espíritu constitucional, siendo en definitiva el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta trascendente» (entre otras, SSTC 90/1983, FJ 2.º; 196/1987, FJ 6.º; 4/1988, FJ 5.º; 66/1991, FJ 2.º).

⁷³ El artículo 8.1 de la LO 1/1982 dispone que «no se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante». Las intromisiones del artículo 8.1 de la LO 1/1982 vendrían justificadas por razones de «interés público» (Preámbulo de la ley). Es así que, como se señala en la nota anterior, el Tribunal Constitucional tiene dicho que los sacrificios impuestos por la ley sólo son posibles si existe un interés público.

*tanto, en una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se dan por establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales*⁷⁴. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo sostuvo que la doctrina de los actos propios resulta inaplicable cuando se trata de actos jurídicos nulos de pleno derecho, incapaces de ser convalidados o subsanados por actividades de los sujetos intervinientes⁷⁵. Cuando lo que se busca es evaluar la legitimidad de una limitación en los derechos de la personalidad impuesta por el propio Estado, la *pieza clave* no hay que buscarla en los «propios actos» de su titular, sino en la «proporcionalidad» de la ley que habilita esa injerencia y en la injerencia misma⁷⁶. Si la ley limitadora respeta el canon, el hecho de que «por sus propios actos» se hubiera o no aceptado su contenido al asumir un cargo público es en absoluto irrelevante: el servidor deberá cumplirla. La importancia de la voluntad (expresa o tácita) inferida a partir de los «propios actos» del agente queda desplazada frente a la necesidad de subordinar la protección de su derecho a la intimidad a intereses públicos. Por otro lado, en cuanto al «segundo error» del argumento (incorrecto) propuesto como hipótesis de trabajo, pensamos que en su desarrollo no se tiene en cuenta una cuestión fundamental, como es que el Estado no sólo tiene la «obligación negativa» de no lesionar la esfera individual protegida [vgr. dictando normas limitadoras innecesarias o desproporcionadas], sino que debe responder adecuadamente a la «obligación positiva» de contribuir a la efectividad de los derechos fundamentales adoptando las medidas necesarias para protegerlos y no adoptando aquellas

⁷⁴ Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, Pág. 17.

⁷⁵ STS (Sala de lo social), sentencia del 15 de julio de 1986, FJ primero. Señalando la escasa aplicación ante situaciones de nulidad contractual, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano explica que el ámbito de aplicación de la regla de los propios actos está muy diversificado; así, mientras en las relaciones contractuales suele tener amplia aplicación (muchas veces equiparada a la existencia de un «consentimiento tácito»), en otros tiene una aceptación muy escasa [así, por ejemplo, en las impugnaciones de contratos nulos por la parte causante de la nulidad: STS 2 junio 2000] (Cfr. Comentarios *al art. 7 del Código Civil*, Grandes Tratados, Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2009). Por su parte, el Tribunal Supremo sostuvo «bien ha juzgado la justicia española que para que sea aplicable la doctrina de los actos propios se requiere que los actos en que se apoye sean lícitos y permitidos, y no es de aplicación cuando se trate de aquellos que hayan sido expresa y terminantemente prohibidos, resulta por tanto, inaplicable cuando se trata de actos jurídicos nulos de pleno derecho, incapaces de ser convalidados o subsanados por actividades de los sujetos intervinientes» (STS Sala 6ª, 15 de julio de 1986).

⁷⁶ La afirmación es armoniosa con la postura del Tribunal Constitucional plasmada en la STC 197/1991, de 17 de octubre, y que sostiene que el «elemento decisivo» para evaluar injerencias en la intimidad es la «relevancia pública del hecho divulgado» y que «esa revelación resulte justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa, o si se quiere, del interés legítimo del público para su conocimiento» (FJ 3).

que no los resguarden o neutralicen. La falta de regulación suficiente es causa en sí misma para considerar lesionada la intimidad⁷⁷. Diferente es la posición que los ciudadanos entre sí mantienen en relación a los derechos fundamentales. En el tráfico privado los sujetos no están vinculados en la misma medida que lo están los poderes públicos⁷⁸. Sin caer nunca en la renuncia del derecho fundamental, los particulares pueden entre ellos adoptar decisiones o suscribir contratos atendiendo a criterios discriminatorios o con exigencias desproporcionadas. Un medio de comunicación puede informar sobre aspectos de la intimidad de un gobernante sin un fin constitucionalmente legítimo [*i.e.* información no necesaria que responde al mero entretenimiento] y esta actuación quedar legitimada por los «propios actos» del titular del derecho que decide, una vez conocida esta injerencia, no solicitar la protección sumaria que el ordenamiento jurídico le ofrece. Corresponde a cada persona acotar el ámbito de su intimidad personal y familiar que reserva del conocimiento ajeno, esto cómo límite interno del derecho. Pero aún así, un comportamiento como el del

⁷⁷ Como ha reiterado la jurisprudencia constitucional (SSTC 25/1981, FJ 5; 53/1985, FJ 4; 129/1989, FJ 3; entre otras), los derechos fundamentales se conciben primordialmente como derechos subjetivos que imponen a los poderes públicos la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos acotada; pero presentan también una dimensión objetiva, «en virtud de la cual operan como componente estructurales básicos que han de informar el entero ordenamiento jurídico», lo que impone a los poderes públicos, en sus correspondientes ámbitos funcionales, el coadyuvar a su implantación, disfrute y defensa en cualesquiera de los sectores jurídicos en que estos puedan verse afectados. La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales supone que la ley no puede menoscabar su contenido constitucionalmente protegido, a menos que las limitaciones sean precisas para proteger otros derechos o bienes de naturaleza constitucional, lo que priva por consiguiente a tales restricciones del carácter de verdaderos límites. En tales casos es preciso que el límite sea proporcionado y que en ningún caso afecte al contenido esencial, pues éste es intangible (STC 50/1995, FJ 7).

⁷⁸ En relación al deber de diligencia en la transmisión de información se dijo que «*las Administraciones Públicas no se encuentran en la misma posición que los periodistas* y, por tanto, no resulta lógico exigirles el mismo cumplimiento del deber de diligencia que a los periodistas en la transmisión de la información, tal y como se acaba de enunciar (...) se considera que es exigible a los poderes públicos un plus a la hora de transmitir informaciones a la opinión pública. En la mayoría de las ocasiones, como es el «caso Kiruli», la administración no se limita a transmitir una información sobre la que ha tenido conocimiento, sino que, por el contrario, es la fuente generadora de la misma. Es decir, la administración es la que materialmente recaba la información y la que, posteriormente, la transmite ante la opinión pública. Por tanto, se debe reclamar a la administración la absoluta correspondencia con la realidad de los hechos transmitidos ante la opinión pública, en suma, ante los administrados. Dicho con otras palabras, se debe aplicar a los poderes públicos el criterio de veracidad objetivo». Alegría, Antonio Magdaleno, *Información pública y los derechos al honor y a la intimidad*; Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 5/2008 (Estudio). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2008.

medio de comunicación siempre le estaría vedado al poder público. El Estado no puede acordar con sus funcionarios que no opongan resistencia al manejo indiscriminado de información sobre aspectos de su privacidad pues, a diferencia de los sujetos privados, encuentra su actuación vinculada a los fines que le asigna el ordenamiento jurídico (art. 103.1 CE). Donde no hay servicio al interés general, donde no hay necesidad, idoneidad y proporcionalidad, no debe haber actuación pública⁷⁹. Y, por cierto, no está entre los fines de la Administración fisgonear sobre la intimidad de sus funcionarios, como tampoco «expresarse atribuyendo calificativos a sus administrados»⁸⁰, aún cuando los afectados consientan con sus «propios actos» estas extralimitaciones. La Administración sólo debe intervenir cuando una necesidad general lo exige. En el caso de que esta intervención consista en una limitación de los derechos fundamentales, lo hará sólo cuando las circunstancias hagan imprescindible la intervención, es decir, cuando sea extremadamente conveniente, imperativo constitucional que se deriva del art. 106.1 CE.

En suma: la intimidad, como el resto de los derechos fundamentales, puede ser sometida a restricciones siempre y cuando respondan efectivamente a objetivos de interés general y no constituyan, en lo que respecta al fin perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a su propia esencia. Las autoridades sólo pueden permitirse intromisiones por imperativo del interés público. Si la injerencia a la intimidad se realiza de acuerdo a una previsión legal [habilitación legal] y de un modo respetuoso con las exigencias constitucionales derivadas de la aplicación del canon de proporcionalidad, la voluntad del titular del derecho, expresa o tácita, es absolutamente irrelevante. Si hay un interés público por parte del Estado en conocer aspectos de la vida privada de un gobernante o alto cargo, como pueden ser sus actividades profesionales antes de asumir la función y la constitución de su patrimonio económico [y así lo plasma en la Ley 5/2006], la injerencia quedaría justificada, no a causa de su decisión de «lanzarse a la arena política»; ni por la asunción de un riesgo de injerencia; no como consecuencia de que por «propios actos» asumió un menor ámbito de protección a su intimidad. *La legitimidad de ese avance sobre la intimidad quedaría habilitado por imperativo de una ley necesaria, idónea y proporcionada.*

⁷⁹ El status jurídico-constitucional del individuo, fundado y garantizado por los derechos fundamentales, es un status jurídico-material, es decir, un status de contenido concreto y determinado, no disponible discrecionalmente ni por el propio individuo ni, desde luego, por los poderes públicos (López Piña, Antonio, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid, 1991, Pág. 36)

⁸⁰ STC 69/2006, del 13 de marzo (FJ 4) en la que se hace mención a la ATC 19/1993 de 21 de marzo.

Por todo lo expuesto, el interrogante de si es oportuno recurrir a la «doctrina de los propios actos» para justificar la legitimidad de concretas limitaciones a los derechos fundamentales de un alto cargo, en particular si éstas limitaciones son impuestas por el Estado, sólo admite una respuesta: la «doctrina de los propios actos», utilizada en pos de resolver los límites que al derecho a la intimidad de un político o gobernante se puede imponer se convierte en una construcción argumental deficiente. Cuando se desplaza el argumento de los «propios actos» del agente a un segundo plano, se da un paso hacia la interiorización de que todo gobernante y alto cargo, como servidor público y ético, debe ofrecer una cierta transparencia en aspectos de su vida privada cuando lo exige el interés público y sólo en la medida que así lo exija. De esta forma, y con estos precisos límites, *el gobernante o alto cargo ya no quedaría «arrojado en la arena política» sino visible en un escenario de lo público, entendido éste como aquello directamente vinculado a la función que cumple en la administración.* Hay que tener muy presente que cuando la Ley Orgánica 1/1982 hace referencia a los «propios actos» no está reconociendo la aplicación de la doctrina de los actos propios al tratamiento de los derechos de la personalidad. Lo que hace, estrictamente, es admitir que frente a una determinada situación o conducta de una persona, los actos anteriores o coetáneos relacionados con esa conducta o situación pueden ser un indicio de la intención de esa persona, en el sentido de que su comportamiento puede dar pistas de si ha querido mantener en el ámbito de su intimidad determinada conducta. Por tanto, podemos hablar de «actos propios» dentro del ámbito conceptual de la Ley 1/1982 sólo como límite interno que brota del mismo derecho a la intimidad y, fundamentalmente, para evaluar la legitimidad-ilegitimidad de las injerencias operadas por particulares⁸¹.

Otra vertiente tributaria de la «doctrina de los propios actos» es la argumentación que hace mención a una «asunción voluntaria del riesgo». Vemos en este caso como la *pieza clave* para resolver injerencias en la intimidad u honor de gobernantes y políticos en general es también la voluntad espontánea de un ciudadano de decidirse por participar de lo público: si así lo quiso –se dice– deberá soportar el sacrificio.

⁸¹ Para Antonio Fayos Gardó «siguiendo los términos de la Ley Orgánica 1/1982, a la delimitación de la protección de la intimidad a través de los usos sociales, se añade que «hay que averiguar también el ámbito que cada persona reserva para sí misma o su familia, en relación a sus propios actos, lo que quiere decir que las personas públicas que no tienen reparos en divulgar su vida privada, no podrán pretender que se les proteja frente a las intromisiones en la misma, o al menos que se les proteja con la misma intensidad que se perseguiría la intromisión si no realizaran tales divulgaciones» (*Derechos a la intimidad y medios de comunicación*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, Pág. 367).

La asunción voluntaria del riesgo es invocada para justificar restricciones –teóricas y prácticas– del ámbito protegido del honor y la vida privada de un hombre dedicado a la política⁸². Se sostiene que quien decide dedicarse a la noble misión de gestionar y dirigir los asuntos públicos, asume una de esas posiciones controvertidas y ello provoca que la protección de su imagen se excluya, la de su intimidad se diluya y la de su honor se disminuya⁸³. Reconocemos que en los «propios actos» del titular del derecho hay un autodiseño del marco de su intimidad, individualmente trazado a partir de una conducta social mantenida, lo cual es ilativo en tanto y en cuanto lo que se garantiza es *el derecho a poseer una intimidad «elegida»*. También reconocemos que dado que los «propios actos» nos aproximan al contenido del derecho a la intimidad que cada uno quiere para sí, dan contexto al análisis de un caso. No obstante, no son aquella «pieza clave» que permite definir una injerencia como legítima o ilegítima. Matizando la relevancia del criterio del «riesgo asumido», Carrillo afirma que si bien es evidente que las personas, en razón de la función representativa que desarrollan, «pueden sufrir mayores intromisiones en su vida privada que los simples particulares anónimos», «al mismo tiempo, ello no puede ser entendido de tal manera que el personaje público, por el hecho de

⁸² Según García Ferrer (*El político: su honor y vida privada*, Ob. Cit., Pág. 146) es la aquiescencia de una persona la que presenta un papel clave en la configuración del ejercicio y delimitación de sus derechos. Asimismo afirma Pantaleón: «Juzgo también poco sensata la responsabilidad objetiva de los titulares de los medios de información cuando los perjudicados son *cargos o servidores públicos; o personajes públicos*: por haber participado voluntariamente en controversias o debates públicos, y en esa medida. En dichos supuestos, me inclino, antes bien, por imponer responsabilidad únicamente en los casos de conocimiento de la falsedad de la información o de temerario desprecio hacia la verdad. Por la misma razón que a un futbolista o a un corredor de fórmula 1 no se le ocurriría reclamar indemnización por los daños sufridos por conductas de los otros jugadores o corredores que, en un parque público o una carretera nacional, serían evidentemente negligentes: *debe entenderse que los cargos y personajes públicos asumen voluntariamente el riesgo de resultar heridos en su honor por los informadores, fortuitamente o incluso por actuaciones que fuera de la arena política deberían considerarse negligentes*. Pero, no siendo tal asunción «voluntaria» del riesgo sino una manera de expresar lo que se prejuzga conmutativamente justo (es palmario que los personajes públicos preferirían que la ley no les endosara el riesgo en cuestión), ha de quedar abierta al legislador ordinario la opción de trasladarlo a los titulares de los medios informativos, incentivando así, si es preciso, la dedicación a la actividad política. Yo no lo haría; pero estimo que, para una responsabilidad civil no punitiva, dicha posibilidad cabe en el marco constitucional » (Pantaleón, Fernando, *La Constitución, el honor y unos abrigos*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-162, tomo 2, Editorial LA LEY 22074/2001).

⁸³ Se cita a O'Callaghan, Xavier, *Honor, intimidad e imagen en la Sala 1ª del T.S.*, en AA.VV: *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, Pág. 9.

serlo, deba aceptar en cualquier caso, el riesgo de la lesión de su intimidad»⁸⁴. Si afirmamos que lo trascendental para resolver esta cuestión de la legitimidad de una injerencia es la voluntad del titular del derecho de asumir un riesgo, terminaríamos por sostener que todos los asuntos que éste quisiera situar dentro de la esfera de su intimidad son susceptibles de incardinarse en ella, con tal que él los conciba, desarrolle y realice en ese ámbito de reserva, a través de sus propios actos. Este razonamiento no resulta convincente. Consagraría unos grados de hipocresía insostenibles a la luz de los principios estructurales de un sistema que pretende establecer una sociedad democrática avanzada. Dar por cierto que los asuntos que los ciudadanos realizan en el ámbito de su intimidad quedan sustraídos a la mirada de la sociedad y de su derecho, implica, en última instancia, crear un espacio ideal donde los ciudadanos pueden desarrollar una serie de actividades que quedarían sustraídas a la acción del ordenamiento y a la de su valoración social general⁸⁵. Menos adecuado resulta aún si pensamos que los sujetos en cuestión son los encargados de la gestión del poder público y, por ende, sujetos pasivos de la responsabilidad política y obligados a la rendición de cuentas. El control que el Estado necesita nunca puede depender de la voluntad de discreción con que sus agentes elijan vivir.

3.2.- Concepto de relaciones de sujeción especial: la «prepotencia» de la Administración ⁸⁶

Paralelamente a la «doctrina de los propios actos» la doctrina y jurisprudencia nacional, al evaluar la legitimidad de ciertas limitaciones que en sus derechos fundamentales y garantías procesales deben soportar los servidores públicos, han recurrido a la categoría de «relación de sujeción especial» que los vincula a la Administración Pública⁸⁷. Su utilización generalmente se integró en la estructura argumentativa de otro mecanismo de enjuiciamiento, la ya cuestionada «doctrina de los propios actos». Como primera aproximación al tema, podemos decir que con las «relaciones de especial sujeción» se hace referencia a la existencia de ciudadanos que en virtud de cualidades especiales tienen un *singular estatus jurídico*, mientras que otros mantienen su estatus jurídico normal. En otras palabras: hay especiales

⁸⁴ Carrillo, Marc, *El Derecho a no ser molestado (información y vida privada)*, Aranzadi, Navarra, 2003, Pág. 84.

⁸⁵ Espinar Vicente, José María, *La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor*, en Estudios sobre el derecho a la intimidad, Ob. Cit., Pág. 50.

⁸⁶ La STC 61/1990, de 29 de mayo, define que en las denominadas «relaciones de sujeción especial entran en juego amplias facultades auto-organizativas que confieren cierta prepotencia a la Administración para regularlas» (FJ. 6).

⁸⁷ STC 69/1989, de 20 de abril, FJ 1.

ciudadanos sometidos a una relación con la Administración distinta de la generalidad⁸⁸. Inferimos que si existen las «relaciones de sujeción especial», han de existir, también, las «relaciones de sujeción general» y que las primeras no pueden ser definidas por el sólo hecho de que opere una intervención más o menos intensa de la Administración en los derechos de los sujetos. En este caso, casi la totalidad de las relaciones jurídicas que vinculan a Administración y administrados merecerían calificarse como de «especial sujeción»⁸⁹. Pero, en todo caso, es un dato en verdad incuestionable que la propia Constitución Española otorga cualidades especiales a ciertos sujetos, lo que –efectivamente– comporta algunas singularidades en su estatus jurídico⁹⁰. Así sucede con los Miembros del Gobierno respecto a quienes el texto constitucional dispone que «no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario, ni cualquier otra función pública que no derive de su cargo, ni actividad profesional o mercantil alguna» (art. 98.3 CE), a la vez que ordena se establezca una especial regulación en cuanto a su estatuto de incompatibilidades (art. 98.4 CE). Este art. 98 de la CE contiene un auténtico mandato legal al legislador para que proceda al correspondiente desarrollo normativo en lo que se refiere a la determinación de sus miembros y estatuto e incompatibilidades de los mismos»⁹¹. El mandato se ejecuta, fundamentalmente, con el dictado de la Ley 5/2006. La norma construye un nuevo régimen jurídico regulador, no sólo del ya existente sistema de incompatibilidades, sino de un amplio mecanismo de control sobre los altos cargos que alcanza –ente otros aspectos de su privacidad– a las actividades laborales, profesionales y económicas desarrolladas *antes, durante y después de la función*, como también la evolución de su patrimonio personal⁹². Se pretende garantizar de este modo

⁸⁸ Debe tenerse presente en este tema la clásica distinción entre «supremacía general» y «supremacía especial» pues de lo contrario «vendría prácticamente a admitirse que todo lo que justifique una intervención administrativa por una finalidad de interés público sería reducible a un caso de supremacía especial haciendo así desaparecer la razón de la diferencia de régimen» (STS de 7 de marzo de 1989).

⁸⁹ No pueden confundirse, por lo demás, como ha hecho con frecuencia la jurisprudencia, las relaciones de sujeción especial con cualquier caso de relación particularizada entre la Administración y un administrado. Este es el caso al que hemos llamado de status cualificado de un administrado, que no supone necesariamente (ni ordinariamente) su inserción en una organización administrativa (García de Entrerría, Eduardo; Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Tomo II (décima edición), Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, Págs. 19-20).

⁹⁰ Prieto Pérez, Tomás, *La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción*, Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril (2009), Madrid, Pág. 216.

⁹¹ Exposición de motivos de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

⁹² Conforme los términos del art. 12 de la Ley 5/2006.

que *no se van a producir situaciones que pongan en riesgo la objetividad, imparcialidad e independencia* de estos servidores públicos⁹³. Es en ese designio de asegurar el correcto funcionamiento de la Administración Pública que la ley: **i)** les prohíbe compatibilizar su cargo con el desempeño de otras actividades públicas o privadas⁹⁴; **ii)** les exige declarar bajo juramento y hacer públicas sus actividades –las que durante el cargo resultaran compatibles y las que vayan a realizar una vez cesados durante los dos años siguientes⁹⁵; **iii)** les exige también declarar –ya con carácter reservado– su patrimonio (totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones)⁹⁶; **iv)** les exige desprenderse de ciertas participaciones societarias⁹⁷ que se considera pueden ser causa de «conflicto de intereses»; y, **v)** sólo en el caso de algunos puestos, confiar el control y gestión de sus activos financieros a una entidad financiera sin poder guiarla con instrucción alguna de cómo invertirlos⁹⁸. Todos estos aspectos quedan sometidos a la vigilancia de la «Oficina de Conflictos de Intereses», adscripta orgánicamente en la actualidad al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y, como es de esperar en un sistema parlamentario, también al control institucional del Congreso de los Diputados⁹⁹ y, de manera informal, a la ciudadanía en general, aunque con ciertas limitaciones¹⁰⁰. Se prevé, asimismo, un especial régimen sancionador frente a incumplimientos que, en caso de infracciones graves y muy graves, trae aparejada la destitución del cargo, la no percepción de la pensión

⁹³ Preámbulo de la ley 5/2006.

⁹⁴ El art. 5 de la Ley 5/2006 fija el principio de «Dedicación exclusiva al cargo público». Los arts. 9 y 10, respectivamente, enuncian taxativamente las actividades públicas y privadas compatibles.

⁹⁵ El art. 11 de la Ley 5/2006 se refiere a la «Declaración de actividades».

⁹⁶ El art. 12 de la Ley 5/2006 se refiere a la «Declaración de bienes y derechos».

⁹⁷ El art. 6 establece las «Limitaciones patrimoniales en participaciones societarias».

⁹⁸ El art. 13 de la Ley 5/2006 se refiere al «Control y gestión de valores y activos financieros».

⁹⁹ El art. 16 de la Ley 5/2006 sobre «Información al Congreso de Diputados», con la intención de asegurar «la transparencia del control de régimen de incompatibilidades» exige que la Oficina de Conflicto eleve al Gobierno cada seis meses, para su remisión al Congreso de Diputados, «información detallada del cumplimiento por los altos cargos de las obligaciones de declarar, así como de las infracciones que se hayan cometido en relación con este título y de las sanciones que hayan sido impuestas» identificando a los responsables.

¹⁰⁰ La Ley 5/2006 sólo hace «público» ante los ciudadanos el Registro de Actividades (art. 14.2) y el contenido de las «declaraciones de bienes y derechos patrimoniales de los miembros del Gobierno y de los Secretarios de Estado» que, en este último caso, ordena publicar en el Boletín Oficial del Estado (art. 14.4) antes del 30 de septiembre de cada año (art. 13.3 del Decreto 432/2009, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 5/2006).

indemnizatoria y la obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas indebidamente¹⁰¹. Con todos estos antecedentes podríamos postular que los Miembros del Gobierno y altos cargos encajan –en principio– en la categoría jurídica de «relaciones de sujeción especial» dado que algunos de sus derechos, claramente su derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) y su derecho constitucional de propiedad¹⁰² (art. 33 CE); y de forma más dudosa¹⁰³, sus derechos al trabajo (art. 35 CE), al ejercicio de profesión titulada (art. 36 CE) y a la libertad de empresa (art. 38)¹⁰⁴, se ven reducidos a resultas de la posición jerárquica que ocupan, como órganos superiores y directivos de la Administración General del Estado¹⁰⁵. Pero, más allá de que los gobernantes y

¹⁰¹ Ver «Régimen Sancionador» de los arts. 17 a 21 de la Ley 5/2006.

¹⁰² La legislación limita, como veremos en el próximo capítulo, las facultades individuales que los altos cargos han de tener sobre sus bienes. Les exige desprenderse de ellos (tal el caso de las participaciones societarias del art. 6) o bien someter su administración a una situación jurídica que puede emparentarse a la de un fideicomiso ciego (art. 13).

¹⁰³ En cuanto a las limitaciones al «derecho al trabajo» del art. 35 de la CE impuestas por un sistema de incompatibilidades en el ámbito de la Administración Pública, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de sostener que «...el sistema de incompatibilidades que en la Ley se regula, no supone vulneración, restricción o limitación inconstitucional de aquel derecho. En primer lugar, porque el campo de aplicación del derecho al trabajo en la Función Pública está regulado en el art. 103.3 de la Norma fundamental y no en el 35; además porque el hecho de que para su ejercicio se impongan por el legislador determinados requisitos o limitaciones para garantizar la consecución de determinados objetivos fijados en la propia Constitución –entre ellos el principio de eficacia– no implica lesión alguna del citado derecho al trabajo; también, porque el derecho al trabajo constitucionalmente protegido no garantiza en modo alguno el derecho a que dicho trabajo se desarrolle en determinadas condiciones, con ausencia de limitaciones, sino que garantiza simplemente que el legislador, en el ámbito de la función pública, no va a imponer requisitos o condiciones que no respondan a los intereses públicos; y, en fin, porque el legislador puede regular, especialmente cuando se trata de trabajo desempeñado al servicio de las Administraciones Públicas, las condiciones y requisitos de desempeño del mismo, incluidas las incompatibilidades con el desarrollo de actividades profesionales o laborales al margen de las consideradas por el legislador». Asimismo, en cuanto al «derecho a la libre profesión y oficio» (art. 35. CE) en el citado fundamento jurídico 8.º de la STC 178/1989, se sostuvo que «la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, no impide a nadie llevar a cabo esa elección, como tampoco la de desempeñar la profesión u oficio elegido libremente; lo que impide o condiciona es que los empleados públicos, mientras estén al servicio de una Administración Pública, desempeñen otra actividad profesional o laboral distinta de su empleo público, lo cual es algo muy distinto» (STC 178/1989, F.J. 8, y en el mismo sentido, STC 42/1990, de 15 de marzo, FJ 4º).

¹⁰⁴ La Ley 5/2006, en virtud de la vigencia del principio de «dedicación exclusiva al cargo público» (arts. 5, 9 y 10) priva del ejercicio de una actividad laboral, profesional o empresarial al alto cargo.

¹⁰⁵ En la «organización central de la Administración» la Ley 6/1997, de 14 de abril, de la Organización y funcionamiento de la Administración general del Estado, ubica como

altos cargos conformen también la categoría de «relaciones de sujeción especial», en todo caso y con certeza nos encontramos con un *estatus constitucional diferenciado*. Quizás por eso nos parece llamativo que estos sujetos no sean nunca mencionados por la doctrina que se dedicó al estudio de la categoría. De hecho, cuando se hace catálogo de las diversas relaciones de sujeción especial se incluye, en lo que al servicio público se refiere, a los funcionarios, en todos los casos, y sólo en algunos a los empleados, más nunca a los que ocupan la élite de la Administración¹⁰⁶.

Entrando en el análisis de su aplicabilidad, lo que sigue es averiguar si es adecuado recurrir a la categoría de las «relaciones de sujeción especial» para justificar limitaciones en los derechos fundamentales de los gobernantes y altos cargos. Pues bien, más allá de que la Constitución mencione regulaciones especiales, esta categoría jurídica como tal no aparece en texto normativo alguno. Su uso consolidado en el ámbito nacional fue el resultado de la labor de doctrina y jurisprudencia.¹⁰⁷ El dato característico de la categoría jurídica no está en la intensidad de la regulación de la Administración. Lo que la define es ese aspecto doméstico, es decir, la duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación¹⁰⁸. Sin duda, es la convivencia diaria entre la Administración y el Administrado lo que da paso a la categoría y permite distinguir situaciones de sujeción general (donde no la hay) y situaciones de sujeción especial, como la que vincula a aquellos que prestan servicios con continuidad y cierta

«órganos superiores» a los Ministros y Secretarios de Estado, y cómo «órganos directivos», a los Subsecretarios y Secretarios generales, Secretarios Generales y Técnicos, Directores Generales y los Subdirectores Generales. Sólo estos últimos quedan fuera del concepto de ficción de «altos cargos» elaborado por la Ley 5/2006, en tanto no son nombrados por real Decreto del Consejo de Ministros, sino por el Ministro o Secretario de Estado del que dependan.

¹⁰⁶ Hay casos en que pese a la limitación constitucional quienes la padecen no son considerados inmersos en una relación de sujeción especial. Como señala García Macho, sucede con los altos cargos de la Administración del Estado, caso en que las limitaciones a los derechos fundamentales están expresamente establecidas en la Constitución y no se considera relación de sujeción especial. (García Macho, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1992)

¹⁰⁷ Prieto Pérez, Tomás, *La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción*, Ob. Cit., Pág. 224.

¹⁰⁸ López Benítez, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994, Pág. 161; Prieto Pérez, Tomás, *La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción*, Ob. Cit., Pág. 225.

permanencia (los funcionarios, conscriptos, empleados públicos en general). Y, por cierto, los Miembros del Gobierno y demás altos cargos mantienen con la Administración aquella relación doméstica o de convivencia diaria, aún cuando el vínculo este destinado desde su nacimiento a ser temporal.

Para evaluar la utilidad de la doctrina, es de obligada cita una referencia sobre sus orígenes históricos, pues este dato ha llevado a cuestionar su encaje en el marco constitucional español vigente. El concepto jurídico de «relaciones de sujeción especial» procede de la doctrina alemana del Derecho público de finales del siglo XIX, en la que se defendió que los ciudadanos, los escolares, los presos, los sometidos al servicio militar o los funcionarios, se encuentran en una relación estrecha con la Administración. Esta puede autónomamente limitarles sus derechos fundamentales en los reglamentos propios de cada establecimiento público. La oposición entre sociedad y Estado, típica del pensamiento constitucional germánico, de honda influencia en toda Europa, se traducía en la separación de dos ámbitos: uno el perteneciente al mundo del Derecho, y sometido por tanto a la norma y al control judicial, que comprendía las relaciones entre los ciudadanos, y entre el Estado y el ciudadano como tal; otro perteneciente al ámbito de la política, que englobaba la organización del poder y las relaciones de sujeción especial. Este último aparecía personificado en la organización del Poder Ejecutivo, máximo exponente de la acción política en la monarquía constitucional. La acción de gobierno era acción política, y, por tanto, no sujeta a Derecho¹⁰⁹. Así lo explica Jesch cuando afirma que el concepto de derecho nacido bajo la Monarquía constitucional alemana, y que aún –dice– sigue ejerciendo su influencia, limitaba el ámbito del Derecho a las relaciones entre ciudadano y ciudadano, como igualmente entre el Estado y ciudadano (súbdito). En cambio no pertenecían al Derecho las relaciones comprendidas en el ámbito interno del propio Estado¹¹⁰, las cuales caían en la esfera del No-Derecho. Dicha esfera abarcaba sobre todo las llamadas relaciones de sujeción especial y una parte de las normas de organización¹¹¹. Aún vigente ya la Ley Fundamental de Bonn, la doctrina y la jurisprudencia germanas admitían mayoritariamente que en la esfera de estas relaciones especiales la Administración podía actuar discrecionalmente para conseguir los fines públicos correspondientes, como si imperase aún el principio monárquico en lugar del democrático. Pero la situación en Alemania va a cambiar a partir de una sentencia del Tribunal Constitucional, del 14 de marzo de 1972, dictada en

¹⁰⁹ López Guerra, Luís, *Funciones del Gobierno y dirección política*, Ob. Cit., Pág. 18.

¹¹⁰ Fundándose en la «lógica» jurídica de que *las reglas de comportamiento que el individuo se da a sí mismo, nunca pueden ser preceptos jurídicos*. Esto se entendía cierto también en lo que respecta al Estado.

¹¹¹ Jesch, Dietrich, *Ley y administración*, Ed. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978, Págs. 21-22.

relación con el colectivo de los presos. El Tribunal reconoce, en primer lugar, que en el ámbito de la ordenación del régimen penitenciario habrá de aplicarse estrictamente el principio de legalidad. En segundo lugar, que los derechos y libertades fundamentales de los internos sólo podrán ser limitados cuando se persiga la consecución de una finalidad necesaria para el bien común, y siempre que dichos límites se hayan establecido constitucionalmente y, además, se hayan realizado por medio de una ley o sobre la base de una ley. Y al no existir una ley en la que se regularicen los derechos y libertades de los presos, las disposiciones reglamentarias que elaborase la Administración penitenciaria no podían por sí solas restringir los derechos fundamentales de los presos, como hasta entonces venía sucediendo. Desde entonces –se concluyó– les serán de aplicación los principios inherentes al Estado de Derecho: el principio de legalidad, el de respeto de los derechos y libertades, cuyas limitaciones sólo se efectuarán por ley, y el relativo al control jurisdiccional, no meramente administrativo, de las actuaciones de la Administración respecto de los administrados sometidos a las relaciones de especial sujeción. Lo llamativo es que esta teoría, muy criticada bajo la Ley Fundamental y que terminó por ser abandonada por el Tribunal Constitucional Alemán con la referida sentencia del año 1972¹¹², ha pervivido en España y ha sido aplicada generosamente por el Tribunal Constitucional, dando lugar a la consolidación de una doctrina constitucional que, a criterio de un sector de la doctrina, vino a restringir y hasta anular en la práctica la vigencia de los principios de seguridad jurídica y legalidad¹¹³.

La cuestión de si resulta posible, luego de la Constitución de 1978, continuar aplicando esta categoría ocupa el centro del debate. Las opiniones se enfrentan. A favor de la aplicación actual se ha dicho que si bien la Constitución Española no emplea este concepto, se entiende que lo mantiene cada vez que prevé limitaciones o particularidades en los derechos fundamentales o en el régimen jurídico de determinados colectivos. Así lo ve Jiménez-Blanco, cuando tras preguntarse: *¿Qué queda entonces de la vieja y tópica teoría de las relaciones de sujeción especial?*, responde que no faltan normas en la propia CE que pueden aportar una base expresa para la vigencia de la figura: el preso está privado de libertad (art. 25.2); la Administración militar puede imponer penas que tengan

¹¹² Para una parte de la doctrina germana, la sentencia de 1972 supuso la defenestración de las relaciones de especial sujeción como categoría jurídica; pero, para otros, respetadas las premisas antedichas, la institución sigue siendo útil en la praxis jurídica, dentro del ámbito interno de actuación de la Administración; esto sin perjuicio de que se haya optado por una nueva denominación, la de «status especiales», con el objeto de superar el lastre histórico que arrastraba su precedente (Prieto Pérez, Tomás, *La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción*, Ob. Cit., Pág. 220).

¹¹³ Entre otros, Gil Cremades, Rafael; *La imparcialidad en la función Pública*, Editorial Reus, Madrid, 2008, Pág. 26.

esa consecuencia (art. 25.3) y en ella pueden subsistir los Tribunales de Honor (art. 26); el derecho de sindicación se niega o se limita en los servidores públicos (art. 28.1); también existen cautelas para el derecho de huelga (art. 28.2); las Fuerzas Armadas y los cuerpos con disciplina militar carecen del derecho de petición colectiva (art. 29.2); los conflictos colectivos laborales no pueden afectar a los servicios esenciales (art. 37.2); no todos los ciudadanos pueden ejercitar el derecho a ser elegidos conforme al art. 23 (art. 70.1); los jueces y magistrados no gozan del art. 22 y del art. 28 CE con el mismo alcance que el común de los mortales (art. 127), como tampoco los miembros del Tribunal Constitucional (art. 159.4). En otras ocasiones (vgr. restricciones de la libertad de circulación o de expresión de los soldados o de los funcionarios), aun sin base expresa en la CE, el resultado se puede obtener mediante una interpretación lógica de otros bienes constitucionales (disciplina militar, imparcialidad de la Administración, etc.). A criterio del autor, lo que se acaba de decir muestra que la realidad material a que se quiere referir el concepto de «relaciones de sujeción especial» ha sobrevivido a la CE¹¹⁴. Recalamos aquí, una vez más, que llama nuestra atención el hecho de que en esta completa referencia a las distintas «relaciones de sujeción especial» no se haga mención a que «los miembros del gobierno no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario, ni cualquier otra función pública que no derive de su cargo, ni actividad profesional y mercantil alguna» (art. 98 CE). Es indiscutible que sus derechos fundamentales, como los de los catalogados, se ven especialmente limitados a resultas del vínculo doméstico que lo une a la Administración. Quien sí se ocupa de la concreta situación de los altos cargos, es Jiménez Asensio cuando afirma que su función implica una serie de cargas adicionales en relación con la posición del resto de los ciudadanos. Precisamente, recurriendo a la voluntariedad (actos propios) y a las relaciones de especial sujeción, llega a la deducción de que los altos cargos, al desarrollar una actividad pública voluntariamente (una actividad que supone además el ejercicio de funciones decisorias de notable relieve), y con el fin pretendido por la norma de garantizar la independencia e imparcialidad, así como la transparencia en el ejercicio de funciones públicas, se ven obligados por el ordenamiento jurídico a declarar las actividades que venían realizando, el patrimonio del que disponen, comprendiendo todos sus bienes, derechos y obligaciones. Su afirmación final es que los altos cargos sufren un sacrificio, parcial o completo, de algunos de sus derechos fundamentales durante el período de ejercicio de su cargo y esas limitaciones se producen como consecuencia de la especial relación estatutaria que les vincula a la Administración. Para el autor no cabe duda de que el desempeño de la actividad

¹¹⁴ Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, Antonio, *Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: Un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Diario La Ley, 1988, Pág. 989, tomo 2, Editorial La Ley.

pública significa también modulación de alguno de los derechos recogidos en el artículo 18 de la Constitución. Del mismo modo los derechos de carácter sindical se hallan restringidos en cuanto a que los altos cargos están excluidos de los ámbitos de negociación colectiva y del despliegue de la libertad sindical, así como el derecho de huelga queda en entredicho, puesto que, sociológicamente, los altos cargos representan, en todo proceso de negociación colectiva, los intereses de ese peculiar «empleador» que es la Administración Pública¹¹⁵. Por su parte, el Tribunal Constitucional continúa en la actualidad utilizando el concepto de las relaciones especiales. Aunque lo califica de *impreciso*, ello no le impide sostener su vigencia, al menos implícitamente, al afirmar que *atribuye un poder de sujeción que se plasma en la imposición de una serie de obligaciones que resultarían impensables fuera de la relación que une a los funcionarios públicos con la Administración*. Asimismo ha declarado que *en esas peculiares relaciones y asimilables entran en juego amplias facultades auto organizativas, que confieren cierta prepotencia a la Administración para regularlas*¹¹⁶. En síntesis, quienes apuestan por la vigencia de la categoría jurídica de las «relaciones de sujeción especial» entienden que la existencia de cierta relación jurídica (como lo es la del funcionario con la Administración) viene a actuar como título legitimador para limitar los derechos fundamentales de aquellos sujetos que forman parte de ella¹¹⁷. Desde esta lógica, la condición específica del funcionario nacida de la

¹¹⁵ Jiménez Asensio, Rafael, *Altos cargos y directivos públicos, Un estudio sobre las relaciones entre política y Administración en España*, Ob. Cit., Págs. 165-166.

¹¹⁶ El calificativo de «imprecisa» para las relaciones de sujeción especial surge con la STC de 27 de junio de 1990. Se afirma «cierto es que la tesis podría conectarse con la nota o concepto de “debilitamiento” o relativización del principio de legalidad que este Tribunal –en ciertos casos– ha considerado en los supuestos de las llamadas «relaciones de sujeción especial» y al tratar de problemas de revocación de licencias de bares (*ad exemplum*: AATC 907/1987 y 1.110/1987). Se alude así a que en esas peculiares relaciones y asimilables entran en juego amplias facultades auto organizativas que confieren cierta prepotencia a la Administración para regularlas. Pero no cabe duda que –sin perjuicio de lo que después se dirá al respecto– no puede excluirse que en el ámbito de las relaciones de sujeción, general o especial, determinadas medidas sean sancionadas o tengan naturaleza sancionadora (...) Hay que admitir, pues, en el caso, la naturaleza sancionatoria de la medida, sin que la distinción entre relaciones de sujeción general y especial, ya en sí misma *imprecisa*, pueda desvirtuar aquella naturaleza [sancionatorio] del acto administrativo y sin que, por lo demás, y esto es más importante, pueda dejar de considerarse al respecto la posibilidad de que dicho acto incida en los derechos del administrado (en el supuesto del recurso, el ejercicio de una actividad profesional conectada con los arts. 35.1 y 38 de la Constitución), con el riesgo de lesionar derechos fundamentales».

¹¹⁷ Aba Catoria, Ana, *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto*, Ed Tecnos, Madrid, 2001, Pág. 159. También para Mariano López Benítez en las relaciones de sujeción especial encontramos aquellas relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de lo cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se

relación jurídico-administrativa funcionaría como una «cláusula limitadora» que supone un conjunto de restricciones que vienen impuestas por un régimen laboral diferente al que corresponde a un trabajador común. No obstante, –y esto sí debemos matizarlo– quienes se deciden por la vigencia, no aceptan que las «relaciones de sujeción especial» sigan constituyendo una laguna en el Estado de Derecho. Desde su perspectiva, la pertenencia actual al cuerpo funcional no implica la privación de los derechos que disfrutaban todos los ciudadanos, sino que supone el establecimiento de algunas limitaciones que persiguen la consecución del buen funcionamiento del servicio público de que se trate. En este sentido, afortunadamente la jurisprudencia constitucional ha experimentado un notable cambio. Y lo ha hecho con ocasión del enjuiciamiento de los principios que más han sufrido las inclemencias de la categoría: reserva de ley, tipicidad y *non bis in idem*. Respecto de los dos primeros, admitiendo que *«una cosa es, en efecto, que quepan restricciones en el ejercicio de los derechos en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtualidad. No se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano. Otra cosa es que esos requisitos permitan una adaptación –nunca supresión– a los casos e hipótesis de relaciones Administración-administrado y en concordancia de la intensidad de la sujeción»*¹¹⁸. En la misma línea, la STC 234/1991 insiste en que las relaciones de sujeción especial *«no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales»*. En este caso, al enjuiciar la validez de la prohibición de *bis in idem*, prescinde de la categoría en cuestión, exigiendo la presencia de un interés jurídico distinto y de proporcionalidad, como requisitos para la acumulación de sanción administrativa y penal. También, la STC 132/2001, alejándola de toda herencia que arrastrara de sus orígenes germanos, se ocupa de ligar esta categoría al principio de legalidad. Entiende que es posible reconocer situaciones y relaciones jurídico-administrativas donde la propia Constitución o las leyes imponen límites en el disfrute de los derechos constitucionales, llámense tales relaciones de «especial sujeción», «de poder especial», o simplemente «especiales». Lo importante es afirmar que la categoría «relación especial de

traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación” (*Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994, Págs. 161-162).

¹¹⁸ STC 61/1990, de 29 de marzo. Sobre las sentencias detalladas ver, Págs. 84-85. Jalvo, Belén Marina, *El régimen disciplinario de los funcionarios público (fundamentos y regulación sustantiva)*, Lex Nova, 1999.

sujeción» no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo con la Constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos¹¹⁹. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció la legitimidad de estas especiales reglas de sujeción al tratar el caso de una sanción disciplinaria por manifestaciones a los medios de comunicación contrarias a la disciplina militar¹²⁰. En su opinión, al abrazar una carrera militar, el demandante se sometió por su propia voluntad a esa particular disciplina. Este sistema implica, por su naturaleza, la posibilidad de imponer, a ciertos derechos y libertades de los miembros de las Fuerzas Armadas, unos límites que no pueden ser impuestos a los civiles¹²¹. Pero, con todo ello, lo cierto e importante es que al menos en el ámbito español, aún cuando se sostenga su vigencia nadie niega que el derecho a no padecer intromisiones en el ámbito de la vida privada, el derecho a no ser inoportunado, no desaparece cuando el titular del derecho a la intimidad, por las circunstancias que sean, se encuentra en una situación de sujeción especial. A diferencia de otros derechos, cuyo ejercicio está impedido a determinadas personas por razón de su situación personal o condición profesional, como es el caso de los extranjeros no comunitarios para ejercer el derecho al sufragio (art. 23.1 CE), o el de los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo, que no podrán desempeñar cargos públicos (art. 23.1 CE), ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos (art. 127.1 CE), la titularidad del derecho a la intimidad, como la de otros derechos fundamentales, no queda excluida para las personas sujetas a una situación de sujeción especial¹²².

¹¹⁹ STC 132/2001, de 8 de junio, FJ 4. Igualmente la STC 26/2005, de 14 de febrero, FJ 3 afirma «en el marco de esta doctrina general, más concretamente, hemos declarado que las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación (vid entre otras, SSTC 2/1987; 42/1987 y, más recientemente, STC 61/1990)» (STC 234/1991, de 10 de diciembre, FJ. 2)».

¹²⁰ TEDH, Caso *Camacho López Escobar contra España*, Sentencia de 20 de mayo de 2003.

¹²¹ TEDH, Caso *Engel y otros contra Holanda*, Sentencia de 8 de junio de 1976.

¹²² Carrillo, Marc, *El Derecho a no ser molestado (información y vida privada)*, Ob. Cit., Pág. 145. Así lo reconoce también el Tribunal Constitucional cuando afirma «El art. 24.1 de la Constitución asegura a cualquier ciudadano la posibilidad de recabar, en defensa de su derechos e intereses legítimos, la tutela de los Jueces y Tribunales ordinarios, garantía de la que no pueden verse privados, en razón de su especial sujeción a la Administración, los militares, pues reiteramos una vez más que el cometido que la acción disciplinaria militar ha de cumplir, y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales, no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela judicial que a todas las personas

Como se adelantó, al menos en la doctrina, el encaje constitucional de las «relaciones de sujeción especial» es fuertemente cuestionado. Para un sector, tras la Constitución de 1978 perdió toda vigencia. Desde su perspectiva, se piensa que la categoría no puede ya esgrimirse como justificante de la limitación de derechos fundamentales de los funcionarios; que tras la publicación de la Constitución Española existe una clara quiebra en el concepto tradicional que había hecho de los vínculos de sujeción especial auténticos títulos legitimadores para la limitación de los derechos fundamentales y que su utilización se prestaría a que la Administración fortalezca su intervención en el ámbito de los derechos fundamentales de aquellos sujetos vinculados a ella, con el fin de controlar y supervisar su actuación y comportamiento¹²³. En definitiva: que con la proclamación del Estado de Derecho queda desactivada su virtualidad¹²⁴. Así, según Chinchilla los supuestos en que la Norma Suprema ha establecido límites o condiciones para el ejercicio de algunos derechos por parte de determinados colectivos no tienen por qué llevar irremediamente a la conclusión de que la categoría de las relaciones de sujeción especial tenga un lugar en la Constitución, pues estos y otros supuestos pueden explicarse fácilmente a través de otras categorías jurídicas que resultan más familiares y están mejor definidas en la Teoría General de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, como son los deberes constitucionales o los límites consustanciales al ejercicio

reconoce el art. 24.1 de la Constitución (así, SSTC 113/1995, 235/1998 y 14/1999, de 22 de febrero)» [STC 31/2000 de 3 de febrero, FJ 6º].

¹²³ También se esgrimen otras razones como su «innecesariedad» de la que luego hablaremos. En este sentido se ha dicho que «La doctrina de las *relaciones de sujeción especial* cuyo origen histórico habría que situarlo en la Alemania del siglo XIX, y que en los últimos años está siendo objeto de especial atención en nuestro país, fue objeto de severas críticas, desde diferentes disciplinas, a la hora de su acrítica traslación al ámbito penitenciario por el Tribunal Constitucional. Las razones son varias. Una de ellas, que en el momento de su adopción por el Alto Tribunal ya llevaba mucho tiempo cuestionada, allí incluso donde tuvo su nacimiento; referencia inexcusable en este punto sería la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* Alemán de 14 de marzo de 1972, por todos conocida. Otra, la verdaderamente determinante, porque nos encontramos ante una construcción que sería innecesaria en nuestro ordenamiento al efecto de articular los peculiares contornos de la relación penitenciaria. Esta cabría dibujarla con exclusividad apelando sin más al artículo 25.2 de nuestra norma suprema, que, tras señalar, como primera provisión, la vigencia de los derechos fundamentales en el seno de esa relación (más allá de imprecisiones técnicas sobre su ámbito subjetivo, en las que no entraremos), determina que se encontraran sujetos a una triple limitación. Estas provendrían del contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria». (Cfr. Reviriego Picón, Fernando, *Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales: algunos aspectos sobre la intimidad en los centros penitenciarios*, Publicación Especial, Editorial Aranzadi, SA, Septiembre de 2006).

¹²⁴ Lasagabaster Herrarte, *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994, Pág. 423.

de cualquier derecho fundamental en razón de la salvaguarda de valores igualmente constitucionales¹²⁵.

Pues bien, contando ya con estos antecedentes, podemos formular nuestra opinión con suficiente fundamento. Tras la extensa reseña, nuestros argumentos transitarán, en lo tocante a la operatividad de la categoría de «relaciones de sujeción especial», caminos similares a los avanzados al tratar operatividad de la «doctrina de los propios actos»: así como nunca puede ser la voluntad del servidor público la que se imponga para justificar una injerencia del Estado en su intimidad, tampoco podrá ser una «prepotente» potestad de la Administración la que lo limite. Ya se vio en detalle que cuando se habla de una situación de «sujeción» se está haciendo referencia a una situación jurídica subjetiva de potestad en la que se encuentra la Administración respecto de, en este caso, los funcionarios públicos (o altos cargos) eventualmente afectados por la actuación de la Administración¹²⁶. Pero tiene que destacarse que la potestad y la correlativa sujeción son situaciones jurídicas ambas subordinadas al ordenamiento jurídico¹²⁷. Podríamos pensar que la sujeción del gobernante y alto cargo, tal como parece desprenderse de algunos argumentos de la doctrina, supone la inexcusabilidad o la eventualidad de soportar los efectos de una potestad limitadora, entre otros, de la intimidad, sobre su propio ámbito jurídico. Pero lo cierto es que esta sujeción no es tanto una sujeción al poder de la Administración, sino al mismo ordenamiento jurídico entendido

¹²⁵ Enciclopedia Jurídica Básica, tomo IV, Civitas, Madrid, 1995, Pág. 5756.

¹²⁶ Obsérvese, dicho sea de modo incidental, la escasa fijeza a la hora de nombrar a este tipo de relaciones, en las que el adjetivo «especial» en unas ocasiones califica al sustantivo «relaciones», de modo que, en esta tesitura, se distinguirían dos tipos diferenciados de relaciones, las generales y las especiales, y en otras acompaña al término «sujeción» (o poder), de suerte que en esta segunda versión, ha de colegirse, no hay sino un único tipo de relaciones, moduladas según el carácter general o especial del vínculo de sujeción o de poder. Diversidad terminológica que, igualmente, puede observarse en los autores que se han acercado al estudio de esta cuestión, expresiva del distinto entendimiento conceptual de la figura (Alegre Avila, Juan Manuel, *Relaciones especiales de sujeción, legalidad sancionadora y servicios públicos*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional Núm. 17/2001, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2001).

¹²⁷ En efecto, «por potestad se entiende, en términos generales, aquella situación de poder que habilita a su titular para imponer conductas a terceros mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación del estado material de cosas existente. Frente a la potestad existe siempre, pues, y como correlato lógico de la misma, una obligación o deber de comportamiento, una situación de sujeción que definimos, también en términos generales, como el deber pasivo de soportar en la propia esfera jurídica el ejercicio legítimo de la potestad. Pero, lo fundamental, es que «La potestad tiene su origen siempre en una norma jurídica, que la atribuye al sujeto titular de ella» (Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, Pág. 879).

objetivamente. Es el ordenamiento jurídico, no la voluntad limitadora de la Administración, ni la voluntad de prestarse a la limitación del funcionario «por sus propios actos», el que habilita y da eficacia jurídica a las restricciones de los derechos fundamentales. Es, por tanto, el ordenamiento jurídico el que ampararía la posible incidencia sobre la esfera personal y privada de los altos cargos y la situación de pasividad, de tolerancia de la molestia que se espera de aquellos. La norma que atribuye potestad a la Administración se ve condicionada al efectivo respeto, en el ejercicio de la misma, a todo el ordenamiento jurídico, entre ellos a los principios constitucionales de interdicción de la arbitrariedad, igualdad y, sobre todo, proporcionalidad, en sus manifestaciones de idoneidad, mínima lesión y proporcionalidad en sentido estricto. Es este último criterio el que, por su trascendencia en el ámbito de los derechos fundamentales, merece reconocerse como *pieza clave* o argumento que por sí mismo justifica suficientemente la legitimidad de una limitación. La eventual situación de sujeción especial de los altos cargos, o de los funcionarios (lo mismo da), nunca podrá ser una situación de sometimiento indiscriminado, en la medida en que aún cuando todos ellos asumen voluntariamente [«por sus propios actos»] un cargo y se someten a un régimen jurídico especial [«relaciones de sujeción especial»], sólo resultan obligados a soportar las limitaciones en tanto y en cuanto sean no arbitrarias y proporcionadas. En este caso, que la Administración pueda hacer valer frente a ellos un mayor poder, o que pueda tener cierta prepotencia su voluntad, es del todo irrelevante. Si la injerencia que pretende imponer no es proporcionada, no hay potestad legítima posible. No existe, por tanto, una «especial» sujeción del alto cargo o funcionario al poder exorbitante de la Administración, sino que ambos, Administración y servidor público, están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. No falta razón cuando se sostiene que la denominada situación de sujeción constituye más propiamente una sujeción al ordenamiento que las configura. No puede admitirse que surja esta supuesta situación de sujeción más allá del genérico sometimiento a la Constitución y al ordenamiento jurídico. No podría ser de otra forma en un Estado de Derecho en el que la sujeción y sometimiento sólo existe respecto de normas jurídicas, en concreto, de la Constitución y el resto de las normas del ordenamiento jurídico, y este sometimiento es tanto predicable de los funcionarios, como de los particulares, como de la Administración misma. Ya no hay ámbito alguno de No-Derecho. En rigor, las relaciones entre los funcionarios y los poderes públicos son «relaciones jurídicas», no relaciones de poder o relaciones de sujeción especial. Y desde esta perspectiva es que podemos afirmar que la categoría de «relaciones de sujeción especial» es, al menos desde el dictado de la Constitución de 1978, una construcción innecesaria en el ordenamiento jurídico español: el título limitador de los derechos fundamentales no puede ser otro que el ordenamiento jurídico. La justificación debe encontrarse antes, en la necesidad de dar vigencia a una sociedad democrática. Si se reconoce la

prevalencia de un interés público relevante, el funcionario o ciudadano no puede, ni resistir la intromisión ni tampoco convalidarla, pues ella ya está justificada en virtud de la materia de la que trata [hecho relevante] y del sujeto al que se refiere [administrador del poder estatal]. El funcionario público debe soportar ciertas injerencias en su intimidad no, esencialmente, porque existe un régimen jurídico especial que así se lo reclame, sino porque así lo reclama la plena vigencia de una sociedad democrática. De hecho, tal como advierte Prieto Álvarez, el Tribunal Constitucional, que inicialmente no dudó en identificar tales o cuales relaciones entre la Administración y determinados ciudadanos como de especial poder, en no pocos pronunciamientos habidos en los últimos años – desde 2001–, sin negar la categoría ni desautorizar sus propios precedentes, opta por eludir calificaciones o denominaciones sobre las relaciones jurídico-administrativa. Con el argumento de que la categoría que nos ocupa «no es una norma constitucional», evita pronunciamientos de dogmática jurídica y se contenta con extraer las concretas conclusiones jurídicas. La opción del Tribunal Constitucional cuando se ha enfrentado a supuestos encajables en esta categoría es prescindir de categorizaciones y resolver el problema concreto que se le somete. Si tiene interés en aislar esta categoría y concretar sus consecuencias es por mor de la eventual incidencia sobre los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos que se hallen inmersos en esa peculiar relación con la Administración¹²⁸.

En suma, lo que se postula es desplazar el centro de gravedad de los argumentos y focalizarlo en el canon de constitucionalidad. Prácticamente es irrelevante discutir si la teoría de la «doctrina de los propios actos» o bien la teoría de las «relaciones de especial sujeción» son válidas o no en el actual marco constitucional para evaluar restricciones del poder público en los derechos fundamentales de sus altos cargos o gobernantes, o de los funcionarios públicos en general. La clave está, definitivamente, en discutir si son «útiles» a ese fin. Pero la utilidad debe estar dada por su corrección, por su aptitud para explicar o evaluar aquellos límites. Tal es la razón por la cual ambas no es que parezcan desacertadas sino insatisfactorias; ineficaces para dar solución al problema que presentamos: la doctrina de los propios actos, porque la voluntad del agente termina por ser irrelevante; la de las relaciones de sujeción especial, porque no hace más que describir un estado de cosas, es decir la existencia de una situación jurídica en la que hay sujetos sometidos y sobre los que pesan especiales cargas. Ninguna de ellas da en el punto. No son el medio más apropiado para el logro que se proponen. Esta «propuesta» de análisis –en rigor– no introduce una novedad. Los argumentos utilizados no varían sino en la forma de presentarlos: desplazamos el centro de gravedad desde la invocación a

¹²⁸ Prieto Pérez, Tomás, *La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción*, Ob. Cit., Pág. 217-218.

la voluntad individual del agente o de la potestad de la administración, hacia el «canon de constitucionalidad», en la inteligencia de que sólo este último resulta en sí mismo jurídicamente operativo. «Propios actos» y «relaciones de sujeción especial», ambas, dan la facilidad de terminar una discusión, solventan problemas jurídicos sin mayor esfuerzo argumentativo, son en este sentido expeditas, pero no son rigurosas a los fines perseguidos. Nos conducen a la incorrección de no exponer en detalle las verdaderas justificaciones jurídicas determinantes de las limitaciones. Los problemas de limitación de los derechos fundamentales se deben resolver, invariablemente, acudiendo al instrumento ordinario de interpretación: el juicio de proporcionalidad¹²⁹, que como veremos se hará en el último capítulo de este trabajo.

4. EL GOBERNANTE Y ALTO CARGO COMO PERSONA PÚBLICA OBJETO DE UN LEGÍTIMO INTERÉS PÚBLICO-POLÍTICO

Todas las incertidumbres, diversidad de criterios y matices no aparecen al hablar de la categoría jurídica subjetiva «persona pública», sino cuando se intenta atrapar el concepto de «interés público», categoría jurídica material que invariablemente junto con aquella emplea el Tribunal Constitucional para resolver injerencias en la intimidad, honor y propia imagen de las personas. Muy probablemente son las definiciones tautológicas en que ha incurrido el Supremo Intérprete las que colaboraron para conformar este panorama de disonancias¹³⁰. No obstante, puede extraerse de sus sentencias un «criterio

¹²⁹ Seguimos para esta afirmación lo argumentado tan lúcidamente por Lasagabaster Herrarte en las conclusiones finales de su obra y también destacado por Prieto Álvarez: «Las relaciones especiales de sujeción puede decirse, pues, que disfrutaban de una clara explicación de su nacimiento, pero no de su existencia actual. Los avances del Estado de Derecho y la eliminación de la separación Estado-sociedad han desactivado la virtualidad de la categoría. Las dificultades que la juridificación de ciertas materias encuentran tampoco justifican su existencia. Los problemas interpretativos que se producen en relación con el principio de legalidad o con los derechos fundamentales se pueden resolver acudiendo a los instrumentos ordinarios de interpretación. Acudir a las relaciones especiales de sujeción es una solución fácil y muy poco rigurosa, además de dudosamente compatible con el texto constitucional. En definitiva, se considera que las relaciones especiales de sujeción son una categoría jurídica justificable históricamente, asumida acriticamente y útil judicialmente. Su utilización ha solventado los más variados problemas interpretativos, sin mayor esfuerzo argumentativo. Con ella se puede hacer referencia a todas aquellas situaciones en las que el ciudadano se encuentra en una situación de “dependencia acentuada”, lo que se producirá siempre que el ciudadano tenga una relación jurídica con la Administración. Si algunas relaciones jurídicas producen una mayor acentuación de la dependencia, difícilmente podrá deducirse de ello consecuencias jurídicas» (Cfr. *Las relaciones de sujeción especial*, Ob. Cit., Pág. 423).

¹³⁰ El Tribunal Constitucional ha presentado definiciones de «interés público» circulares que llevan a una cadena de términos, entre ellos «interés general», «relevancia pública»; «asuntos

orientador»: cuando se trata de personas públicas sólo los asuntos relevantes desde el punto de vista del funcionamiento democrático, esto es todo lo vinculado a la legitimidad de origen y de ejercicio de sus autoridades, merecen ser considerados de interés público. A ello llamamos aquí «interés público-político». Pero toca preguntarse entonces *¿qué es en principio y materialmente «lo público», y por tanto de «interés público-político», cuando la persona pública en cuestión es, específicamente, un «gobernante o alto cargo»?* Para empezar, tenemos que en los términos de *lo público* y *lo privado* hay un sentido dialéctico: se definen por oposición. Cada uno se apropia de un espacio y no dejan lugar a una tercera opción: lo público llega hasta donde empieza lo privado. Como nos explica Dader García¹³¹, la democracia ideal, tal y como se concibe en el pensamiento ilustrado, y en su desarrollo paulatino a lo largo de todo el siglo XIX, se asienta sobre el principio de soberanía popular, cristalizada en una opinión pública permanentemente atenta a los asuntos de incidencia sociopolítica de repercusión institucional y colectiva. En términos ideales, al menos, la opinión pública ejercía una función de vigilancia crítica de cuantos asuntos o comportamientos, individuales o colectivos, pudieran resultar susceptibles de responsabilidad cívico-democrática. Al mismo tiempo, los ámbitos de la vida pública y la vida privada se mantenían estructuralmente diferenciados, sin que hubieran empezado a detectarse los síntomas que Habermas identifica como avance paulatino, pero inexorable a lo largo de los siglos XIX y XX, de la recíproca interpenetración, ensamblamiento o contaminación entre los espacios de lo público y lo privado. El ideal de opinión pública que ha estado culturalmente vigente desde el asentamiento de los principios de la «era revolucionaria» –al margen de su mayor o menor ejercicio real– remite, pues, a la percepción de un colegio activo de ciudadanos que deliberan entre sí, interpelan a sus dirigentes y exigen o buscan afanosamente la información necesaria para comprender y sancionar con su aprobación o su rechazo la marcha de los asuntos que afectan a la totalidad social. Quedaban al margen [o para otros ámbitos de conversación e interés] las cuestiones de incidencia sólo particular o particularizada relativos a los múltiples ámbitos privados o simplemente mundanos. Lo público, en ese contexto, se interpretaba sólo como el territorio del interés sociopolítico general; de ahí que por simple contaminación semántica se acabara habitualmente identificando «asuntos públicos» con los propios de la Administración, los relativos a la institucionalización estatal, etc. Pero, al mismo tiempo, el proyecto democrático de responsabilidad de los poderes públicos ante la opinión pública/soberanía

públicos», «hechos que afectan a la totalidad de los ciudadanos». Véase, entre otras, la STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 8.

¹³¹ Dader García, José Luís, *La democracia débil ante el populismo de la privacidad: terror panóptico y secreto administrativo frente al periodismo de rastreo informático*, Quaderns de comunicació i cultura, Ed. Universitat Autònoma de Barcelona, N° 26, 2001, Págs. 145-168.

popular requería y reclamaba que todo lo público [sin incluir en tan genuino concepto otras adherencias espurias] fuera sometido a la vigilancia radical de una transparencia extrema. Queda claro que la «transparencia extrema» que se pedía en ese momento histórico era de lo público vinculado genuinamente al interés sociopolítico general. En este ambiente de valores sociales y políticos dominantes sí resulta coherente que los ideólogos de aquella democracia liberal reclamaran una «cúpula de cristal» para el conjunto de ese espacio público estrictamente político-ciudadano, quedando al margen de toda visualización las restantes actividades sociales y privadas de esos mismos individuos. Pero este entendimiento de las relaciones públicas en un estado democrático y de derecho, a las claras, llegó muy desvirtuado a nosotros. Que ese espacio público genuinamente político y genuinamente democrático –y sólo desde esa legitimidad, radicalmente escrutador o inspector de lo único que con claridad le concierne–, aparezca hoy como una amenaza totalitaria más, sólo puede ser debido a lo que varias décadas atrás Habermas ya advirtió sobre el confuso solapamiento de las esferas pública y privada. El concepto de *ciudadano* ha perdido su significación precisa y ha pasado a ser simplemente una variante lingüística del de *consumidor* o *gente*. Precisamente, cuando Habermas denuncia la disolución psicosociológica de los conceptos de opinión, de público y de la propia opinión pública, está planteando, entre otras cosas, que las expectativas o demandas propias de la vida privada se presentan revestidas de la misma trascendencia y solemnidad que los asuntos político-institucionales de mayor repercusión colectiva. Así afirma: «La misma esfera pública recobra un carácter privado en la conciencia del público consumidor. En efecto, la esfera pública se convierte en la esfera en la que se hacen públicas las biografías privadas: ya sea porque se dan a la publicidad los destinos fortuitos de ese que se denomina el hombre de la calle, o el de las celebridades fabricadas conforme a estrategias comerciales, o sea ya por porque los procesos y decisiones de importancia pública queden travestidos bajo una representación que les confiere un aspecto privado, desfigurándolos hasta ser irreconocibles por culpa de la personalización de que son objeto» (Habermas)¹³². Como concluye Dader García, en tan «magmática» integración de las esferas públicas y privadas, el interés general pierde su sacralización como aquello que objetivamente afecta al conjunto de los ciudadanos constituidos en público o cuerpo compacto socialmente constitutivo de una comunidad, y pasa a ser simplemente el conjunto de los intereses subjetivos –y probablemente triviales y efímeros–, que

¹³² Habermas, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, 4ª edición, Ediciones G. Gili S.A., Barcelona 1994, Págs. 189-203. «La prensa de masas se basa en la transformación comercial de la participación de amplias capas en la publicidad, que tiende a hacerla accesible sobre todo a las masas. Esa publicidad ampliada mermó el carácter político de la prensa en la medida en que el medio de la *facilitación psicológica* pudo convertirse en el fin en sí mismo de un mantenimiento comercialmente fijado del consumo».

en un momento dado «interesan» emocionalmente a una mayoría de gentes o consumidores.

Es un hecho que el esquema ilustrado de lo público y lo privado se ha modificado. La realidad exhibe una «privatización de la vida pública»¹³³. Los grandes problemas públicos son actualmente problemas vinculados a la vida privada. Escribiendo sobre las estrategias de los políticos de la oposición, Maravall señala que éstos atribuirán responsabilidad de las condiciones positivas a factores exógenos; y la de las negativas, al Gobierno. Los gobernantes desplegarán sus estrategias en un escenario ocupado por una plétora de actores con intereses cruzados, que proporcionarán a los ciudadanos una información muy heterogénea y contradictoria respecto de la actuación del Gobierno. Esta información se referirá a las políticas o a sus resultados, pero también a actividades de los políticos antes de llegar al poder, a su vida privada, y responderá a diferentes estrategias de descrédito. Una información de este tipo puede paralizar los programas de los gobernantes¹³⁴. Tales estrategias tienen un gran impacto sobre los ciudadanos: los políticos pueden perder el poder más fácilmente por escándalos de índole privada que por malas políticas. Por todo ello, el peso de la responsabilidad política [en especial la responsabilidad política difusa¹³⁵] ha cambiado en los últimos tiempos. Más allá de reconocer la importancia de la imagen del gobernante y la trascendencia de ciertos aspectos privados, como estructuradores de su moralidad política, hoy se hace patente una atención excesiva a la vida privada. No cabe duda de que las personas públicas, son víctimas apetecidas y, con frecuencia, sacrificadas a la curiosidad y mal gusto públicos¹³⁶. Este saqueo a la intimidad en nada mejora la calidad de la democracia. La calidad de la democracia sólo se logra cuando sus instituciones, como la responsabilidad política de sus gobernantes y los procesos de rendición de cuentas, actúan satisfactoriamente como instrumento de control, proporcionando la información que en puridad se necesita para realizar un adecuado estudio de *cómo gestionan el poder en nombre de los ciudadanos*. Por el contrario, la desilusión y el desinterés por la política será la resultante de una información dramatizada y entretenida que invita a la contemplación curiosa

¹³³ Innerarity, Daniel, *El nuevo espacio público*, Espasa-Calpe, Madrid, 2006, Págs. 33-34.

¹³⁴ Maravall, José María, *El control de los Políticos*, Taurus, Madrid, 2003, Pág. 25.

¹³⁵ Todos los gestores del poder público habrán de ser, ineludiblemente, y más allá de norma que lo imponga, sujetos de responsabilidad política difusa, que definimos como consecuencia de la obligación general de rendir cuentas que ante los ciudadanos tienen todos aquellos que desempeñan cargos representativos, ya sea por haber obtenido la confianza de forma directa de la colectividad, o bien, por haberla obtenido de manera derivada, a través de alguno de los órganos estatales cuyo status jurídico le permita hacerlo. Este tipo de responsabilidad puede también identificarse con la «genérica libertad de crítica».

¹³⁶ Romero Coloma, Aurelia, *La intimidad privada: problemática jurídica*, Ob. Cit., Pág. 176.

pero elimina las referencias a la reflexión y el esfuerzo de participar en acciones políticas sostenidas [más duraderas que una manifestación simbólica]¹³⁷. La idea de que *lo público* es aquello que interesa emocionalmente a la *gente* no es ajena al ámbito del derecho. Algunos tribunales han comenzado a dar protección jurídica al *infotainment* [concepto que conjuga la formación de opinión con el entretenimiento] reconociendo el derecho del público de entretenerse, incluso, a costa de la difusión de ciertas imágenes y datos de la vida privada, en algunos casos, de personas que ejercen funciones públicas¹³⁸. Una fórmula teórica que se ha explorado para dar anclaje constitucional a la prensa de entretenimiento es entender que la misma puede contribuir a la conformación de la opinión pública en asuntos relevantes para la sociedad. Bajo este prisma, un aparente chismorreo sobre un asunto trivial puede ser trascendente para el proceso de autodefinición social¹³⁹. Se entiende, de este modo, que el cotilleo es una forma básica de intercambio de información que enseña sobre otras formas de vida y actitudes, y a través del cual los valores de la comunidad se cambian o refuerzan. Así, para Villaverde, no es necesario que la información sea democráticamente relevante¹⁴⁰. En su opinión la libertad de expresión no puede ser un mecanismo jurídico para proteger únicamente las ideas, opiniones o informaciones verdaderas, correctas o democráticamente valiosas, porque se transformaría en un instrumento coactivo. Los derechos del público [entre estos las libertades del art. 20 CE] sólo son relevantes para la democracia pero no en un sentido «axiológico», sino en un sentido procesal. Razona: La libertad de expresión del art. 20 CE, como los restantes derechos fundamentales de la CE, son piezas sustanciales y constitutivas del Estado democrático porque definen el estatuto básico de ser humano y ciudadano en el Estado español. No por ello, al menos en nuestro sistema Constitucional, esos derechos fundamentales, y la libertad de expresión entre ellos, están al servicio de la realización de la Democracia, porque ellos mismos ya lo son. En efecto, la Democracia no es un valor (de hecho no se enumera en el art. 1 CE como tal) que condicione el ejercicio de los derechos fundamentales a su plena consecución, sino un principio estructural del sistema que se realiza en el ejercicio sin trabas de los derechos fundamentales. Esto implica que los

¹³⁷ Dader García, José Luís, *El olvido de la responsabilidad política de los medios periodísticos*, Anuario Filosófico, Ed. Universidad de Navarra, Vol. 15, Núm. 1, año 1982, Pág. 140.

¹³⁸ Tribunal Supremo, Resolución 400/2009, de 12 de junio, FJ 3 y voto particular de la Sentencia del TEDH (caso Hannover vs. Alemania).

¹³⁹ Medina Guerrero, Manuel, *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit., Pág. 158.

¹⁴⁰ Villaverde, Ignacio, *Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de «proceso de comunicación pública»*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 23, Núm. 68, mayo-agosto 2003, Pág. 128.

derechos del público protegidos por la Constitución no son sólo los derechos a recibir una información democráticamente relevante (aquella relativa a asuntos de relevancia pública al versar sobre la gestión o sobre quien gestiona los asuntos públicos); sino los derechos a recibir cualquier información existente en el proceso de comunicación pública, sea o no democráticamente relevante, porque el principio democrático se realiza en la CE mediante la garantía de esa libre recepción de la información que circula en proceso de comunicación. Por ello, se garantiza también que el proceso esté abierto y sea libre para todo el que quiera participar en él para opinar o informar, pues sólo así podrá ejercerse cabalmente el derecho a recibir libremente información. La existencia misma del proceso en esas condiciones de apertura y libertad, y también, desde luego, de igualdad, es lo que realiza el principio democrático en este terreno, y no que el proceso se ponga al servicio de una finalidad democratizante. Desde esta perspectiva, el ejercicio de la libertad de información y la libertad de expresión servirá para introducir en el proceso de comunicación toda clase de opiniones e información y permitir a quien interviene en el proceso elegir qué opiniones o qué información recibir. Sin dejar dudas en cuanto a su postura, Villaverde remata su argumento afirmando que *dentro de esa libertad, también es cosa de cada cual elegir la opinión o la información, digámoslo así, «seria» y con ella formarse su opinión sobre las cuestiones con relevancia pública, o elegir la información o las opiniones «basura» para su solaz entretenimiento o para el regodeo en la vulgaridad. También el derecho a recibir información garantiza esa libre elección por muy inútil que sea para la realización de la democracia*¹⁴¹. El receptor de Villaverde puede exigir que estén abiertos los canales del proceso de comunicación pública de forma tal que le permitan realizar su libre elección de una información «seria» o bien una información «basura». Este receptor puede optar por estar informado o entretenerse. Esto es un hecho indiscutible. Ocurre, lo que también es una obviedad, que sin embargo este «receptor» no puede elegir libremente cuando lo que está sacrificando no son sus derechos, sino los de titularidad ajena. Si su decisión afecta la intimidad de un tercero, sea este persona pública o privada, habrá que estarse a los cánones de la Ley y de la Constitución. Sabemos, merced a ellos, que el derecho a la intimidad no es ilimitado, pero que para que una injerencia se justifique hay que revisar los límites internos (usos sociales, propios actos) y los límites externos (un interés público ponderado de acuerdo al canon de constitucionalidad). Si la información que el ciudadano reclama no pasa este canon, no habrá (o no debería haber) libre recepción de información. Y justamente, vemos como en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «*Hannover c. Alemania*», el Tribunal Constitucional Federal Alemán presentó al «entretenimiento» como un derecho

¹⁴¹ Villaverde, Ignacio, *Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de «proceso de comunicación pública»*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 23, Núm. 68, mayo-agosto 2003, Pág. 131.

fundamental que modula la información sobre las personas que puede manejar la prensa. A su entender, la formación de opinión y el entretenimiento no son antinómicos debido a que los reportajes con intención de entretener juegan un papel en la formación de opinión. Pueden mostrar imágenes de la realidad y ofrecer temas de debate a los que sumar procesos de discusión y de integración que remiten a conceptos de la vida y de los valores y a modelos de comportamiento. El entretenimiento cumpliría, de esta forma, una función social importante. A ello suma que las celebridades y las personas públicas encarnan ciertos valores morales y ciertos modos de vida y que muchas personas orientan sus alternativas de vida siguiendo el ejemplo que ellas dan, lo que explica el interés del público en las más mínimas peripecias que adornan su vida. Por tanto –según esta interpretación– conocer, aún en el caso de personas que tienen representación pública como es el caso de los gobernantes y altos cargos, aspectos de su vida privada, si estas son tomadas por el público como «modelo» es perfectamente válido. Pero la línea jurisprudencial presentada por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania fue desautorizada por el TEDH que bien supo diferenciar entre «informar sobre hechos aptos para contribuir a un debate en una sociedad democrática relativo a políticos en ejercicio de sus funciones», e «informar sobre detalles de la vida privada de los mismos, o de otros sujetos que tampoco desempeñan un cargo público». Sólo en el primer caso –sostuvo– se justifica la injerencia. Y, por cierto, en la sentencia se presenta a la prensa en su apropiado lugar: desempeñando el papel de guardián de la democracia que contribuye a comunicar información e ideas sobre asuntos de interés público¹⁴².

La actual interrelación entre Estado y sociedad, entre las fuerzas del mercado y la política, entre la vida institucional y la cotidiana de los individuos, de la que también habla Habermas, resulta saludable bajo cierta perspectiva. Pero desde otra, no lo es pues ha conducido a vaciar de un significado específico [con estricto apego al interés general objetivado] la noción de *espacio público*.

¹⁴² Materia de *interés público* no es, en lo que respecta a los sujetos que gestionan el poder estatal o poseen relieve político, «lo conocido por un número significativo de personas», ni tampoco «lo que interesa a muchos», ni «lo que despierta curiosidad o entretiene». Nada de esto tiene que ver con el rol que las personas públicas eligieron ocupar en la sociedad («teoría del sometimiento al rol elegido»). Tampoco conforma el elenco de riesgos posibles propios de su función y, por ello, voluntariamente asumidos (Cfr. Teoría de la asunción voluntaria del riesgo). Muchas palabras tienen connotaciones equívocas que pueden confundirnos. El concepto de interés público sugiere, aunque reprochablemente, la idea de «interés del público» que la doctrina ha explorado y cuestionado de buen grado. Toda lectura retrospectiva queda descartada, en el sentido de que no merece considerarse como de interés público lo que se ha difundido o publicado, lo que la gente demanda conocer o lo que es de interés del público. La «opinión o información publicada» no determina lo que es de «interés público». Para que se de ese pasaje lógico debe mediar una operación de análisis del caso objetivo, con absoluta independencia del reclamo del mercado.

Hoy en día el espacio público ya no es el lugar donde los ciudadanos deliberan sobre los asuntos que afectan a la totalidad de la comunidad. El espacio público de hoy es «el condensador de la atención pública de la sociedad», en un momento determinado, y en cualquiera de las acepciones psicosociales, culturales, comunicacionales o políticas que pudieran desencadenar dicha condensación¹⁴³. Pero los tradicionales valores que la teoría de la democracia elaboró para su aplicación en el ámbito constituyente de la comunicación política –como libertad de información, derecho a saber de todos los ciudadanos y transparencia pública– es imposible [o muy arduo de aclarar] que se puedan aplicar ya a unos asuntos sí, pero no a otros, de ese nuevo espacio público híbrido y promiscuo. Los ciudadanos consumidores de hoy tienen derecho a ver o saber de todo y en todo momento. No importa ya si en calidad de ciudadanos, de consumidores o de simples voyeurs. Como sostiene Dader García, el propio periodismo, que en su formulación contemporánea nació de la mano de la nueva conciencia de la discusión política democrática, reproduce de forma convulsa esa amalgama: no es capaz de distinguir con facilidad entre la legitimidad de revelar un fraude en las cuentas del Estado y la de airear un encuentro amoroso en el despacho oval; no es capaz de determinar muy bien qué diferencia hay entre un reportero de investigación y un paparazzi. La potencia moral de los genuinos derechos políticos a saber y clarificar se ha expandido y enseñoreado de todo ese nuevo espacio público¹⁴⁴.

Las consecuencias de esta confusión de espacios público-privado son perversas. Entre otras cosas porque provoca una reacción antipanóptica en el espacio público que sí debe ser transparente: *el Estado logra mantenerse escondido*. En efecto, se advierte, y de esto se hablará al evaluar la operatividad de la Ley 5/2006, que lo que sí debe ser público permanece en la oscuridad asegurada por el aparato burocrático del Estado y no es fácil superar las barreras que se imponen. Es comprensible, entonces, que el ciudadano abandone su participación en los asuntos públicos por fatiga; que sienta desilusión y desinterés por la política. Y si no puede comprenderse, al menos es de prever que así suceda. La paradoja que visualizamos radica en que protección de la intimidad, que no se hace valer para proteger el ámbito de lo privado, es celosamente custodiada por parte de la Administración para

¹⁴³ Dader García, *La democracia débil...*, Ob. Cit., Pág. 156.

¹⁴⁴ Dader, José Luís, *La democracia débil...*, Ob. Cit., Pág. 157. Igualmente en cuanto a la prensa de entretenimiento: Labio Bernal, Aurora, *Periodismo de entretenimiento: la trivialización de la prensa de referencia*, Estudios sobre el mensaje periodístico N° 14 (Ed. Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones), año 2008, Págs. 435-447; y García Avilés, José Alberto, *De la política al infotainment: temas predominantes en los informativos líderes de audiencia en la UE*, Comunicación y Pluralismo (Ed. Universidad Pontificia de Salamanca) núm. 3, año 2007, Págs. 41-58.

mantener reserva de los asuntos verdaderamente públicos. Se ha comprobado, como se verá. Los espacios de *lo público* y *lo privado* están vaciados de contenido y, como consecuencia, la operatividad de los mecanismos de prevención e investigación de prácticas corruptas se limitan por pretendidas razones de intimidad [lo vemos patente con la reserva de las declaraciones patrimoniales de los altos cargos] mientras que las peripecias más insignificantes y privadas de gestores públicos pueden ser materia de publicaciones de primera plana. La reubicación de estos espacios no se puede soslayar. Pero no se trata de que la referida «paradoja» de la «privatización de lo público» a la que se refiere sólo se hace visible con los registros patrimoniales de los altos cargos dispuestos por la Ley 5/2006. En la práctica muchos ciudadanos que han intentado acceder a ciertos archivos gubernamentales se han encontrado que las barreras más infranqueables se legitiman también mediante la denominada «protección de la intimidad»¹⁴⁵. Desde el poder público, la protección de la intimidad termina por funcionar como un gran telón que impide acceder a lo público, esto es, a lo que se vincula a la gestión del poder. Desde los medios de comunicación social, se pretende componer lo público con lo privado de las personas públicas: la relación entre lo público y lo privado está, definitivamente, alterada. Es necesario y conveniente –insistimos siempre– devolver lo público a su correspondiente dimensión: la de la experiencia democrática, en lugar de dejarlo en el ámbito del consumo. Bajo este prisma, se identificará lo que debe entenderse por público o de interés público específicamente en el caso de miembros del Gobierno y los altos cargos de la Administración. La nota común que mantienen con el resto de las personas públicas es que también en su caso lo público debe estar vertebrado en lo político; pero –como se verá– en su caso específico su legitimidad democrática como criterio de legitimación de su autoridad trae consigo importantes particularidades. No será lo mismo hablar de lo público o de interés público cuando lo informado o publicado se ocupe de un Magistrado o un funcionario de carrera, que si se ocupara de un gobernante o cargo político. La presencia/ausencia de un especial deber de «tributar» la confianza recibida y de responder políticamente hace disímiles los análisis de uno y otro caso.

Con la identificación de lo público/lo político se asegura un lugar al «ciudadano» que busca información para comprender y sancionar con su aprobación o rechazo la marcha de los asuntos políticos que afectan a la totalidad social. Esta búsqueda del ciudadano decidido a participar en los asuntos públicos abre un espacio de legitimidad para ciertas injerencias en el derecho a la intimidad de los gestores del poder. Por el contrario, la búsqueda del «consumidor» que demanda información para su exclusivo esparcimiento, queda relegada al lugar de la deslegitimación. Fuera del interés público

¹⁴⁵ Dader, José Luís, *Ibidem*, Pág. 157.

relevante y ponderado, no hay cobertura legal para intromisiones en la privacidad de gobernantes y altos cargos. No se desconocen las necesidades de esparcimiento y la legitimidad en reclamar programas que las satisfagan, pero en todo caso este «entretenimiento» debería venir o buscarse en aquellas «personas con proyección pública» [como algunos «famosos» o «celebridades»] que ceden voluntariamente su intimidad, con gratuidad o a cambio de una contraprestación. Aquí sí, puede que los «propios actos» merezcan ser reconocidos como el criterio trascendente o «pieza clave» en la evaluación de una intromisión, si es que actúan restringiendo intensamente el límite interno de la privacidad. Sin embargo, en la tipología de «personas públicas», y concretamente, cuando se trata de gobernantes y altos cargos, la legitimidad de la injerencia estará dada por la concurrencia de un «interés público-político» en la información que avanza sobre la intimidad elegida.

Para García Ferrer en el caso de los políticos *lo público* remite al *debate político*. Recurriendo a la casuística enuncia aquellas materias que lo constituyen¹⁴⁶. A saber;

i) Cualquier juicio que contribuya al desarrollo de mentalidades o ideologías: es decir, los que aportan algo a la reflexión política, religiosa, filosófica, ética o moral, todo lo cual es parte del mundo cultural; **ii)** como base de los juicios ideológicos, cualquier juicio con un interés cultural relevante; **iii)** el control del ejercicio del poder y de las funciones públicas: es en el control del poder en general y de la Administración en particular, donde se muestra con mayor claridad la importancia del derecho a la información. Las propias virtudes públicas se asocian a las virtudes políticas; los vicios públicos a los vicios políticos. Por ello sostiene que los vicios políticos [La falta de transparencia, la partidocracia, corrupción y la falta de control sobre quienes ejercen la función pública de aportar datos y opiniones] son de interés público y; **iv)** en general, cualquier información sobre intereses comunes a todos los ciudadanos: como informaciones que interesan a toda la comunidad. Enuncia la prevención y denuncia de los comportamientos criminales ilícitos o duramente reprobables socialmente; la protección de la salud ciudadana; la seguridad ciudadana; la seguridad interior y exterior del Estado; la actividad económico-laboral de la sociedad; el funcionamiento de la Justicia y el resto de administraciones. Según nuestra opinión, más cercana a la de Medina Guerrero y García Ferrer, guarda conexión directa e inmediata con la función del gobernante y alto cargo todo cuanto esté vinculado al proceso político y, específicamente a la rendición de cuentas.

Retomando los términos del «criterio orientador» que expusimos en cuanto a las «personas públicas» en general, podemos particularizar que cuando

¹⁴⁶ García Ferrer, *El político: su honor y vida privada*, Ob. Cit., Págs. 85-110.

de gobernantes y altos cargos se trata, lo *originariamente público* y, por tanto de «interés público», son los actos oficiales que hacen al proceso democrático y que, por tanto, dan lugar a su legitimidad de origen [lo que hace al proceso democrático, es decir, la elección del representante y su designación]; y, en lo tocante a su legitimidad de ejercicio, lo que concierne al cumplimiento mismo de la función y la rendición de cuentas posterior que el cumplimiento de estos actos provocan. En este contexto es en principio y materialmente público:

i) Los actos oficiales que conforman el proceso democrático en sí mismo. [vinculado a la legitimidad de origen];

ii) Cuanto hace en el estricto ejercicio de su función pública. Toda información sobre sus tareas oficiales y cumplimiento de actos que realiza como «servidor público». Aquí el límite se reconoce en la legislación administrativa, como lo es la regulación sobre secretos oficiales¹⁴⁷ [vinculado a la legitimidad de ejercicio];

iii) Y, como derivación de ello, el examen público posterior sobre el ejercicio mismo de su función pública. Es decir, que será de «interés público» todo cuando resulte necesario para controlar como es que ese agente está gestionando el poder en nombre de los ciudadanos¹⁴⁸ [lo que también hace a la legitimidad de ejercicio].

Resulta que –en definitiva– será público todo cuanto interese al proceso de rendición de cuentas en tanto y en cuanto la ciudadanía tiene derecho a inspeccionar los actos públicos. La política, como cualquier otra profesión o actividad, tiene una utilidad social (desde luego, difícilmente cuantificable) que se identifica con su propio fin. Dado que la labor del político alcanza una relevancia especial, adquirirá un indubitado interés público todo dato tendente a fiscalizar su ejercicio cotidiano pues –se insiste– hay aquí un derecho de los ciudadanos a saber cómo los altos cargos y gobernantes ejercen el poder en su nombre¹⁴⁹. Desde esta perspectiva, sí puede y debe denunciarse e informarse sobre la pereza, la incompetencia, la negligencia, la arbitrariedad, la falta de asistencia a su despacho, el maltrato al personal que tiene a su cargo, etc. En general, el incumplimiento de cualquier deber inherente a su tarea política oficial, tanto en el partido como en las instituciones en que desempeña su función. Del mismo modo, toda decisión política, que al afectar a cuestiones que

¹⁴⁷ Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales; y, fundamentalmente, el art. 37 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que legisla sobre el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros.

¹⁴⁸ SSTC 54/2004, de 15 de abril, FJ 3; 148/2001, de 27 de junio, FJ 6 y 192/1999, de 25 de octubre, FJ 7, entre otras.

¹⁴⁹ Fundamentalmente, la STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 8.

nos interesan en mayor o menor grado, es susceptible de crítica, incluso dura y vehemente, sirviendo a tal fin la divulgación de concretas conductas privadas, de necesaria publicación, que ayuden a comprender el proceso de toma de decisiones¹⁵⁰. Los tres aspectos mencionados [i.e. proceso democrático de elección, ejercicio de la función y rendición de cuentas subsiguiente] conforman aquello que es materialmente *lo público* en el caso de altos cargos y gobernantes y, por tanto, sobre ellos puede reclamarse de la normativa administrativa que disponga una «cúpula de cristal» que cubra este acotado espacio público de la élite del gobierno y la administración, pero que nunca se convierta en una «casa de cristal» en la que alojar a estos sujetos actuantes. Observando a través de esa «cúpula de cristal» nos encontraríamos con un ciudadano que escruta, controla o vigila aquellos asuntos públicos que le conciernen. Frente a una «casa de cristal» –cosa distinta, por cierto– sorprenderíamos a un «consumidor» que ilegítimamente fisgonea asuntos privados porque emocionalmente lo provocan. Para fijar los límites de cuánto puede visualizarse de los altos cargos y gobernantes, fuera de lo que son sus «actos oficiales», pasaremos a analizar los precisos contornos de su vida privada.

5. CUESTIÓN PRIVADA DE TRASCENDENCIA PÚBLICA: LA INTIMIDAD ECONÓMICA DE GOBERNANTES Y ALTOS CARGOS

No desmiente el postulado de que el alto cargo o gobernante mantiene un ámbito de reserva de su vida privada, la constatación de que cada vez más se nos aparece el fenómeno de la *personalización de lo político*, por el cual percibimos como en ese ámbito las personas sobresalen por encima de los temas y los temas políticos se convierten en temas de imagen. Hay quizás en este giro de la mirada hacia la imagen y visualización de cuestiones personales un cierto riesgo de voyerismo o fisgoneo sobre el que las opiniones más críticas hacen bien en alertar. Pero, llegado el caso, los riesgos se compensan con otros que, de impedir tajantemente el conocimiento de datos de la vida privada de los gobernantes, serían mucho más graves, tales como la ausencia de información políticamente relevante y la permeabilidad de actos de corrupción.

Es una evidencia de nuestra experiencia vital que de los gobernantes y políticos interesa su misma persona más allá de sus actividades estrictamente públicas. Cada vez es más importante –como destaca Gomá– lo que ellos son [sus vidas] que lo se hacen [sus actividades públicas]¹⁵¹. Y tan es así, que

¹⁵⁰ García Ferrer, Juan José, *El político: su honor y vida privada*, Ob. Cit., Pág. 222.

¹⁵¹ Gomá, Javier, *Ejemplaridad pública*, Santillana Ediciones Generales SL, Madrid, 2009, Págs. 260-268.

Maravall nos advierte de que los políticos pueden perder el poder más fácilmente por escándalos de índole privada que por malas políticas¹⁵².

Lo quieran o no, los gobernantes y altos cargos son ejemplo de extraordinaria influencia. Ya se dijo que de esta relevancia de lo privado se percata el Tribunal Constitucional cuando advierte: **i)** que «quien interviene en el ágora de la ciudad no puede disociar enteramente su persona de sus actividades públicas, para lo bueno como para lo malo»¹⁵³; **ii)** que las personas que se dedican a actividades políticas están expuestas a un más riguroso control de sus actitudes y manifestaciones que si se tratase de particulares; **iii)** que también las personas públicas han de asumir que no sólo se divulgue lo que digan y hagan en el ejercicio de sus funciones sino, incluso, sobre lo que digan y hagan al margen de las mismas¹⁵⁴; y **iv)** que en el caso de estas personas públicas, «su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de las personas privadas»¹⁵⁵. Por igual, este papel importante que se reconoce a la vida privada de los gobernantes fue destacado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En uno de los votos particulares del caso *Hannover vs. Alemania* bien se dijo que «es imposible separar con un telón de acero la vida privada del cumplimiento de las tareas políticas»¹⁵⁶; mientras que más abiertamente en *Karhuvaara e Italehti contra Finlandia* se afirmó que el derecho del público a ser informado respecto de sus políticos puede incluso extenderse a aspectos privados de estas figuras¹⁵⁷. A ello podemos añadir, por citar sólo un ejemplo de la doctrina nacional, que para Alejandro Nieto la consideración separada y exclusiva de *lo público* y de *lo privado* sólo es posible desde un planteamiento teórico rigurosamente abstracto. Cuando se desciende a lo concreto, se hace imposible y la explicación salta a la vista: mientras lo público esté gestionado por personas físicas, estará siempre empapado por la naturaleza irrenunciablemente privada de los seres humanos. La imprecisión característica de los conceptos de lo público y de lo privado explica también la presencia de zonas singularmente ambiguas. Parece claro, desde luego –afirma Nieto–, que son públicas las actividades del aparato institucional del Estado. Pero también están fuertemente coloreadas de lo público actividades originariamente privadas¹⁵⁸. No obstante, aún cuando –como

¹⁵² Maravall, José María, *El control de los Políticos*, Taurus, Madrid, 2003, Pág. 25.

¹⁵³ STC 3/1997, de 13 de enero de 1997, FJ 3.

¹⁵⁴ STC 192/1999, de 25 de octubre, FF .JJ 7 y 8.

¹⁵⁵ SSTC 171/1990, 12 de noviembre, FJ 5 ; 172/1990, 12 de noviembre, FJ 2.

¹⁵⁶ TEDH, *Hannover vs. Alemania*, 24 de junio de 2004, voto particular del Sr. Zupanic.

¹⁵⁷ TEDH, *Karhuvaara e Italehti contra Finlandia*, de 16 de noviembre de 2004.

¹⁵⁸ Nieto, Alejandro, *El desgobierno de lo público*, Ed. Ariel, Barcelona, 2008, Pág. 59. Haciendo un poco de historia, Daniel Innerarity, explica: «durante mucho tiempo Francia y

lo hace aquel voto en particular del TEDH- se exprese como un *imposible* discernir entre lo público y lo privado en la vida de un gobernante o alto cargo [recurso que sin duda da fuerza retórica a la afirmación], lo cierto es que hacerlo no sólo es factible, sino imprescindible cuando se trata de evaluar la legitimidad/ilegitimidad de una injerencia en su derecho a la intimidad. Lo que en verdad ocurre, y esto es indisimulable, que al pretender separar aquellas esferas nos enfrentamos a una dificultad de peso. El titular del derecho a la intimidad, en nuestro caso una persona pública que ocupa una singular situación de poder en la sociedad, está sujeto a una responsabilidad ético-política que le exige *hacerse visible* y *someterse al escrutinio de los ciudadanos*. Aparte de ello, debe actuar de un modo ejemplar. Esta *responsabilidad reduplicada de su ejemplo moral*¹⁵⁹ determina que incluso su vida que pareciera

Estados Unidos encarnaban dos paradigmas opuestos en cuanto a la manera de concebir la importancia de la vida privada de los políticos. El imaginario laico y republicano acentúa la separación entre lo privado y lo público, mientras que el modelo americano de virtud pública parece no admitir ningún espacio de intimidad opaca en la vida de sus representantes. Dualismo en un caso, indistinción en el otro. Esta polarización viene atenuándose desde hace algunos años y lo sucedido en torno a las últimas presidenciales francesas así lo puso de manifiesto. Los candidatos quebraron una tradición desvelando aspectos de su vida privada, lo que habría sido inimaginable hace tan sólo unos años. Sarkozy ha sido a la vez beneficiario y víctima de esta sobreexposición de la vida privada. Pero también Ségolène Royal, de quien conocimos detalles que apenas habían interesado a la opinión pública francesa en otros comicios: el nacimiento de los hijos, su matrimonio *libre* y posterior separación, así como incluso sus técnicas para luchar contra la celulitis han sido asuntos de los que todos hemos tenido un detallado conocimiento. Entre las causas de esta transformación cabe citar la competición creciente entre los medios, la personalización de las campañas o el desarrollo de Internet. Son factores que, sin duda, contribuyen a que comprendamos algunos mecanismos sin los cuales no habría sido posible este cambio en nuestro horizonte de atención colectiva. Pero hay razones de tipo más estructural que nos indican que vivimos una especie de ampliación y generalización de lo privado que pesa sobre el espacio público hasta desnaturalizarlo. Esta tendencia va a persistir y uno de nuestros principales desafíos es ver cómo le hacemos frente, entre otras cosas a partir de una nueva reflexión sobre las relaciones entre lo privado y lo público. No se trata tanto de proteger el derecho a la vida privada de los políticos sino de preservar la integridad del proceso democrático» (*La vida privada de los políticos*, laverdad.es, 24 de junio de 2008)

¹⁵⁹ Un mayor poder y una mayor influencia determinan una especial responsabilidad concurrente en ellos, se trata de una responsabilidad en grado eminente. Si la responsabilidad del ejemplo es universal, en tanto todo hombre es ejemplo para los demás y los demás lo son para él, y todos asumimos la responsabilidad de la «ejemplaridad», este «igualitarismo de la ejemplaridad» es compatible con la responsabilidad reduplicada de determinados ejemplos morales, atendiendo a la singular posición que ocupan en la sociedad. Pero, no es sólo que los gobernantes, políticos y administradores de lo público propongan ejemplos de civilidad por una variedad de procedimientos. Ellos, sus mismas personas y vidas, son, de hecho, lo quieran o no, ejemplos de una extraordinaria influencia social. La facticidad general de los ejemplos adquiere en los políticos un especial relieve. Como gestores del poder político

más nítidamente privada, objetivamente hablando, resulte de interés público. En su caso será «pública» o «publicable» toda aquella información que en otro tipo de sujeto es materialmente privada, siempre que ella sea necesaria para evaluar su *decorum* u honestidad como servidor público. Hay aquí una privacidad originaria (materialmente hablando) que se vuelve pública.

Como se dijo, los términos público/privado son dialécticos, se definen por oposición y no admiten una tercera categoría: lo privado llega hasta donde comienza lo público. Los datos carentes de relevancia pública [o «interés público» o «interés general»] son privados y su divulgación no constituye un legítimo ejercicio de la libertad de información. Lo público, sí lo constituye. De tal suerte, para hablar con propiedad deberíamos decir que aquella información que, sólo en principio y *materialmente*¹⁶⁰ sería «íntima» o «privada», se transforma en «pública» cuando es objeto del «interés general». Consecuentemente, el estado de salud de un Presidente; el desarrollo económico

ejercen un dominio muy amplio sobre nuestras libertades, derechos y patrimonio. Y al ser importantes para nuestras vidas, atraen sobre ellos la atención expectante de los gobernados y se hacen notoriedades públicas. El alcance de sus actos no se restringe al ámbito limitado y parcial de sus relaciones personales sino que irradian un efecto general (Gomá, Javier, *Ejemplaridad pública*, Ob. Cit., Pág. 260). Cabe mencionar que cuando se habla de «responsabilidad» dentro de su teoría de «ejemplaridad pública», hay que insistir que la responsabilidad moral de los gobernantes no es de una naturaleza nueva sino la misma que incumbe a todo yo al cuidado de su ejemplo, aunque en el caso de aquél se trata de una responsabilidad en grado eminente.

¹⁶⁰ La asunción material de la intimidad presupone aceptar que es posible seleccionar un grupo de asuntos que por su contenido podrían identificarse con lo íntimo, y que, por ende, integrarían su ámbito de cobertura. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional entendió que -en principio- sí integran ese «ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás»: i) el consumo de drogas (STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 5); ii) el testimonio completo de las sentencias de separación de un matrimonio, en tanto no sólo incluye las cláusulas meramente económicas y, en consecuencia, con trascendencia tributaria, como las puramente personales sin relevancia fiscal (ATC 197/2003, de 16 de junio); iii) el dato relativo al ejercicio de la prostitución (121/2002, de 20 de mayo, FJ 5); iv) el cacheo integral en el que se despoja de sus prendas íntimas a un recluso (STC 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 6); v) la agenda, documentos y demás papeles que una persona lleva consigo (STC 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 6); vi) la información relativa a los antecedentes penales de una persona (STC 46/2002, de 25 de febrero, FJ 5); vii) ciertos datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración Tributaria en el desempeño de sus funciones (STC 203/2001, de 15 de octubre, FJ 5); viii) entre los cónyuges, cuanto se vincule a sus propias actividades económicas, fuera de las obligaciones socorro mutuo y gastos comunes impuestas por el régimen económico de separación de bienes en sistema jurídico del matrimonio (47/2001, de 15 de febrero, FJ 8); ix) la conducta sexual (STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 5); x) la condición sexual (STC 77/2009, de 23 de marzo de 2009, FJ 4); xi) la divulgación de una enfermedad (STC 232/1993, 12 de julio, FJ 2); y xii) la identificación del origen de un niño adoptado (STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 2), entre otras materias.

del patrimonio personal de un Ministro y el de su cónyuge; la duración (y eventualmente el lugar) de las vacaciones de un Director general, son –lo decimos en términos generales– asuntos públicos, sin más. Sin embargo, esta elipsis (por la que se omite decir que se trata de temas en principio privados, convertidos ahora en públicos por razones de interés público) conlleva, aunque más no sea gramaticalmente, la omisión de un paso o procedimiento que en el terreno jurídico es fundamental: la justificación de esa conversión. Pensamos, entonces, que en este supuesto, aunque abandonáramos la precisión de señalar que sólo son posibles dos categorías: lo público y lo privado, sería más adecuado hablar de *cuestiones privadas con trascendencia pública* en tanto evoca siempre que en ese pasaje o conversión de lo privado a lo público debe mediar la razón de un *juicio de proporcionalidad*, todo ello sin que esta pueda señalarse como una tercera categoría de juicio.

Precisar en qué medida conforman la intimidad constitucionalmente protegida los datos relativos a la situación y actividades económicas de un individuo es una cuestión prioritaria en este trabajo. Por tanto, antes de preguntarnos sobre la protección de los datos económicos de gobernantes y altos cargos, debemos saber si en verdad estos mismos datos que contienen información sobre el patrimonio y actividades económicas están amparados por el art. 18 CE para el común de los ciudadanos y, posteriormente, analizar los alcances del derecho a la luz de su singular estatus jurídico. Según nuestro criterio, de las distintas sentencias del Tribunal Constitucional¹⁶¹, se desprende que la afirmación categórica de que los datos económicos integran el ámbito constitucionalmente protegido por el derecho a la intimidad es tan errónea como lo sería su tesis contraria. Cuando traten de los límites exactos que corresponde reconocerle ámbito de la protección de la intimidad, las conclusiones que se abstraigan de matices y contextos están condenadas a no acertar. En la intimidad, como en los restantes derechos de la personalidad, estamos en un terreno de absoluta singularidad, de «autodiseño», donde su reconocimiento va a depender de las pautas culturales vigentes, las

¹⁶¹ El primer pronunciamiento sobre el tema se plasmó en la STC 110/1984, de 26 de noviembre de 1984. Esta sentencia terminó siendo esa extraña clase de textos que se convierten en «*todo para todos*» (Borges, Jorge Luís, *Biografía de Tadeo Isidoro Cruz (1829-1874)*, en *Obras Completas I*, Emecé, Argentina, 2001, Pág. 561), pues de él se valen por igual para justificar lecturas tan opuestas como irreconciliables. Para Medina Guerrero, con ella el Tribunal se mostró renuente a incluir en el ámbito de la intimidad los datos relativos a la situación económica de las personas (*La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit., Pág. 27). La interpretación opuesta la presentan Herrero Tejedor (*La intimidad como derecho fundamental*, Ed. Colex, Madrid, 1998, Pág. 63 y 66) y Santamaría Pastor (*Sobre el derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 5, Núm. 15, septiembre-diciembre 1985, Pág. 164).

circunstancias del caso y de la voluntad de su titular. Es por ello que la jurisprudencia constitucional siempre ha concluido sobre la necesidad de evaluar caso a caso.

El Tribunal Constitucional ha presentado este tema de la llamada «intimidad económica» como un aspecto *fronterizo* de la intimidad: debido a su *potencialidad de injerencia* los datos sobre patrimonio o actividades económicas *pueden* ser reveladores de cuestiones privadas. Según fuera el caso, sucederá que han de estar o no protegidos por el art. 18.1 CE. Lo estarían en la medida en que, como explica la «Teoría del Mosaico», la información aportada, en combinación con otros datos o tal como ella misma los combina, permita sí averiguar aspectos de la intimidad. Así, es factible que varios datos unidos y referidos a la economía de un sujeto formen, tal como lo hace un mosaico, un conjunto pleno de significado de cuanto es verdadera y objetivamente íntimo en una persona y para un grupo familiar¹⁶². No obstante, jamás puede perderse de vista que aún cuando los datos económicos revelen aspectos íntimos, puede que por su trascendencia deban ser revelados¹⁶³. En los fallos del Tribunal Constitucional se ve que –por ejemplo– cuando a esos «datos íntimos» se les reconoce trascendencia tributaria, se abre una causa justificadora de la injerencia que funciona como variante de la categoría de interés público. Cuando los datos revelados o cuyo conocimiento se exige sirven para demostrar la realización del hecho imponible del tributo por parte del contribuyente (fin legítimo) ha de evaluarse entonces su proporcionalidad. Los ciudadanos (administrados contribuyentes fiscales) tienen un deber de colaboración con la gestión tributaria para facilitar la aplicación del tributo, tales como: i) elaborar

¹⁶² La cuestión nos parece del todo clara si nos entregamos a hacer una mirada retrospectiva de los pronunciamientos desde la STC 573/2001 donde se afirma que los datos económicos *pueden* incidir en el ámbito constitucionalmente protegido, pues *tal es su potencialidad*. Y quizás, a los estrictos efectos prácticos esto no sería muy distinto de sostener, frente a una injerencia de la Administración, que «en principio lo hacen» (STC 573/2001), como «en principio no lo hacen» (STC 110/1984), pues en uno y otro caso la regla con sus excepciones nos empujan a la imprescindible evaluación del caso concreto. Asimismo, recuerda Herrero Tejedor que en los términos de la STC 142/1993, FJ 8 *lo decisivo para determinar la licitud o ilicitud de esta circulación no es un incondicionado y absoluto derecho a la preservación de la reserva sobre los datos económicos sino la aptitud de éstos para, en un análisis detallado y conjunto, acceder a informaciones ya no atinentes a la esfera económica de la persona sino relativas directamente a su vida íntima personal y familiar (La intimidad como derecho fundamental, Ob. Cit., Pág. 66).*

¹⁶³ Como afirma Marc Carrillo, *es evidente, que en el contexto del Estado social, la actividad económica de la persona y los derechos de la personalidad que reclama para sí, no constituyen un ámbito impermeable a la acción de los poderes públicos. Los derechos, sin duda, son un límite al poder; pero también expresan una faceta o dimensión objetiva que legitima la función pública de prestación para garantizar intereses generales (El derecho a no ser molestado –información y vida privada–, Aranzadi, Navarra, 2003 Pág.117).*

las declaraciones tributarias; y ii) efectuar declaraciones-liquidaciones, como deber accesorio a aquella¹⁶⁴. Y por cierto, también los altos cargos y gobernantes, como aquellos ciudadanos-contribuyentes tienen, bajo determinadas circunstancias, que sacrificar sus derechos en aras de interés general. Pues bien, para realizar una correcta fiscalización del servicio público de gobernantes y altos cargos en algunos casos es imprescindible revelar datos o conductas privadas, tales como el disfrute gratuito de bienes ajenos, la recepción de regalos, donaciones, favores recibidos (incluso por sus familiares y allegados), así como aficiones, *hobbies* y, en general, todo signo de riqueza que pueda sugerir un enriquecimiento injustificado¹⁶⁵. Será de «interés público» conocer toda conducta que por su marcado valor económico indique un ejercicio abusivo del cargo¹⁶⁶. Si «la democracia, que reconoce la soberanía del pueblo, tiende a dudar de quien detenta el poder» y, por tanto, «la presunción de culpabilidad es consustancial a la confianza otorgada»¹⁶⁷, esta razonable desconfianza en los gestores de lo público hace que concurra un interés legítimo en conocer aquellos aspectos íntimos de los que lo ejercen. El patrimonio de los políticos de élite se convierte en un tema que autorizadamente interesa a toda la comunidad. Sólo estando al tanto de su conformación y evolución se podrán detectar datos indiciarios de un comportamiento irregular que defrauda la confianza otorgada.

Específicamente en lo que respecta al patrimonio de un gobernante o alto cargo, hay tres aspectos de su «intimidad económica» que la propia Ley 5/2006 ha convertido en *asuntos privados de trascendencia pública institucional* y de necesario control:

- i) sus actividades económicas¹⁶⁸;
- ii) sus bienes, derechos e intereses económicos¹⁶⁹; y

¹⁶⁴ Arts. 101, 102 y 104 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. En cuanto a los datos de «trascendencia tributaria» la STC 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 4.

¹⁶⁵ Cuando hablamos de «enriquecimiento injustificado» pensamos en la situación fáctica que penalizan algunos ordenamientos jurídicos latinoamericanos, como el caso del Código Penal Argentino [art. 268.2] en el que se trata de no justificar un incremento patrimonial desproporcionado durante la función. Se ha de constatar en esos casos un grueso enriquecimiento patrimonial y una ausencia mínima de explicación por parte del funcionario público.

¹⁶⁶ García Ferrer, Juan José; *El político: su honor y vida privada*, Ob. Cit. Pág. 262-263.

¹⁶⁷ Bustos Gisbert, Rafael, *La corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional*, Ob. Cit., Pág.102.

¹⁶⁸ Ley 5/2006, arts. 8 a 11.

¹⁶⁹ Ley 5/2006, arts. 6, 7, 12 y 13.

iii) la evolución de su patrimonio, en líneas generales, durante el tiempo que dure su gestión¹⁷⁰ [las actividades económicas son interdictadas hasta dos años posteriores al cese¹⁷¹].

6.- EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LA FAMILIA DEL GOBERNANTE Y ALTO CARGO

Cierto es que corresponde a cada persona acotar el ámbito de su intimidad personal y familiar. De hecho, como se explicó, el derecho a la intimidad estará en primer término delimitado por los *proprios actos* de su titular. En virtud de este contenido tan personalista del derecho sería más adecuado afirmar que lo que se garantiza no es una intimidad determinada sino el derecho a poseerla¹⁷²; el derecho a disfrutar de una vida privada elegida, disponiendo de un amplio poder de control sobre la publicidad relativa a la persona y su familia. Con el centro de atención fijado exclusivamente en esta faceta de *autodiseño* del derecho, el legislador y la doctrina nacional han sido renuentes a exigir a la familia o al círculo íntimo de las personas públicas que toleren injerencias en su intimidad cuando ellas obedecen a un interés por aquel otro que gestiona el poder público. Concretamente, en lo que respecta al vínculo familiar o íntimo de gobernantes y altos cargos, se opinó que *exigirles una declaración formal sobre todos sus bienes e intereses es desproporcionado, ya que éstos no tienen que ver con [la] decisión [de aquel] de ser hombre público*¹⁷³. Aún más, para García Mexía *entre nosotros sólo el consentimiento puede permitir que la intimidad de personas que no pertenecen al Gobierno, ni ocupan alto cargo alguno, se vea limitada*¹⁷⁴. También pareciera que recoge similar postura la Ley 5/2006 cuando obliga al gobernante y alto cargo a presentar declaración de sus bienes y derechos, pero en el caso del cónyuge dispone que *voluntariamente* podrá formularla¹⁷⁵. La idea de una merecida y completa ajenidad de los vínculos familiares de los políticos o gobernantes con la escena pública es una creencia que suele exteriorizar la propia clase política. Como ilustra García Ferrer, las textuales declaraciones de un alto cargo ante la sospecha de un

¹⁷⁰ Ley 5/2006, art. 12, y el art. 11 del Real Decreto 432/2009, de 27 de marzo.

¹⁷¹ Ley 5/2006, art. 8.

¹⁷² STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5.

¹⁷³ García Ferrer, Juan José, *El político: su honor y vida privada*, Ob. Cit., Pág. 262.

¹⁷⁴ Tal es la afirmación de Pablo García Mexía en *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, Navarra, 2001, Pág. 192.

¹⁷⁵ El art. 12 de la Ley 5/2006 establece que quienes tengan la condición de alto cargo están obligados a formular una declaración comprensiva de la totalidad de bienes, derechos y obligaciones y que *voluntariamente, su cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad podrá formular esta declaración, que será aportada por el alto cargo.*

enriquecimiento ilícito fueron: *mi patrimonio como hombre público que he sido está a disposición de la opinión pública, e igual mi patrimonio pasado para que pueda compararse. No así el de mi familia, ya que ellos no tienen que ver con mi decisión de ser hombre público*¹⁷⁶. Se verifica, entonces, que estos argumentos recogen como *pieza clave* la voluntariedad o decisión de cada uno de los sujetos que integran el vínculo íntimo del gobernante. Por tanto, como no opera respecto de los familiares e íntimos del alto cargo la presunción de una aquiescencia indirecta [cosa que sí sucedería en el caso del gestor público] no hay posibilidad de obligarlos a transparentar aspectos de su intimidad que ellos no desean mostrar. En definitiva –según algunos interpretan– la ausencia de una elección personal por lo público hace que la reserva de la intimidad deba respetarse y que no se vean sometidos o bajo el riesgo de las mismas amenazas de quienes sí optaron por la participación política. Lo llamativo o sugerente, según el caso, es que esta razón parezca causa suficiente como para mantener a familiares e íntimos del gobernante ajenos al control. Tal es el panorama de la sociedad española actual.

Para desandar todos estos equivocados argumentos habría que comenzar por recordar que el ejercicio de un derecho nunca puede significar un uso irracional del ámbito de poder que atribuye a sus titulares. El Tribunal Constitucional ha reiterado desde su primera jurisprudencia que todos los derechos son limitados y susceptibles de limitación, tanto se hayan delimitado constitucionalmente o no se constitucionalicen junto a una reserva específica de limitación. No podría ser de otra manera puesto que la Constitución no impide al Estado proteger bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos a costa del sacrificio de otros bienes igualmente reconocidos, ya se trate de derechos fundamentales, ya de otros bienes o valores que gozan de la protección constitucional. Mantener el criterio contrario es tanto como impedir a los órganos estatales que cumplan adecuadamente con las tareas que les impone el orden constitucional y desconocer que los conflictos entre intereses constitucionalmente protegidos deben resolverse dentro de la Constitución, concebida como una unidad normativa que garantiza un sistema básico de valores. En este marco constitucional, el legislador puede imponer las limitaciones al contenido normal de los derechos fundamentales que vengan justificadas en la protección de otros bienes constitucionales y sean proporcionadas a la misma, que no sobrepasen su contenido esencial¹⁷⁷. Y por

¹⁷⁶ Vid. «Tiempos difíciles», Antena 3 TV. Programación del 2-2-95, citado por García Ferrer *El político: su honor y vida privada*, Ob. Cit., Pág. 262.

¹⁷⁷ STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6. *Negar la posibilidad de establecer limitaciones al ejercicio de aquellos derechos reconocidos constitucionalmente sin reserva de limitación o respecto a los cuales no se haya establecido un límite expreso será tanto como impedir a los órganos estatales que cumplan adecuadamente con las tareas que les impone el orden*

cierto, los bienes y valores constitucionales con virtualidad limitadora son numerosos en nuestra Constitución, si bien, en todo caso, serán «fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos»¹⁷⁸. Pero todo lo anterior no puede entenderse tampoco en desconocimiento de que las normas de limitación no son normas absolutas, como no lo son los derechos que ellas limitan. Unos y otros se integran al ordenamiento constitucional en la intención de armonizar todos los intereses de forma coordinada y razonable, sin desequilibrios ni prevalencias absolutas.

La elección por la «escena pública» conduce, según los casos y aspectos, a un estrecho margen de intimidad. Se explicó ya que la persona pública atrae sobre sí un interés público que obedece, o debe obedecer, a la trascendencia de su mandato representativo. Este mandato provoca una responsabilidad por representación política, según la cual el representante responde del ejercicio de su función, ante el Parlamento y ante toda la colectividad. La forma en la que se responde es mediante los variados mecanismos de rendición de cuentas que no sólo tienen por objeto los «actos de dirección política», sino incluso asuntos personales con relevancia pública e interés político, en tanto y en cuanto conduzcan a la vigilancia del fiel ejercicio del cargo asumido. Sucede entonces que con cierta frecuencia este interés público exige que el legislador irrumpa o se inmiscuya en la esfera privada no sólo del agente, sino de su vínculo familiar más íntimo. Y llegado el caso, la ley que plasme esa intervención estatal del derecho fundamental no necesitaría nunca del consentimiento de su titular. Por sí misma, prescindiendo por completo de la aquiescencia del ciudadano, podría limitar legítimamente el derecho en tanto sea idónea, necesaria y proporcionada. Lo que sucede aquí es que el gobernante o alto cargo, como *persona pública* irradia el interés público sobre su persona a su familia o vínculo íntimo, y en virtud de ello alguno de los derechos fundamentales de estas *personas privadas* pueden también verse limitados, no por causa propia, sino por causa del agente al que se lo vincula. Una persona privada, en sí misma y en su actividad, tiene una intimidad protegida como derecho, con todos sus problemas conceptuales y de matiz. Pero si la actividad de la persona es o puede ser pública, en el sentido de afectar a una generalidad mayor o menor de ciudadanos, éstos tienen el derecho a conocer datos de su círculo íntimo; datos que sean verdaderos. Si son falsos, la persona tendrá la protección del derecho al honor. Pero si son ciertos, su intimidad se disminuye en beneficio de los

constitucional y desconocer que los conflictos entre intereses constitucionalmente protegidos deben resolverse dentro de la Constitución concebida como una unidad normativa que garantiza un sistema básico de valores. En este marco, el legislador puede imponer las limitaciones al contenido normal de los derechos fundamentales que vengan justificadas en la protección de otros bienes constitucionales y sean proporcionadas a la misma, que no sobrepasen su contenido esencial.

¹⁷⁸ STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3.

ciudadanos a quienes afecta su actividad pública. Y ello, porque el círculo íntimo de la persona se proyecta –por razón de su actividad política– a un núcleo de ciudadanos que, al verse afectados, no se les puede oponer la barrera de aquel círculo, porque ya no es exclusivamente íntimo, sino que les puede afectar¹⁷⁹. Efectivamente, el derecho a la intimidad tiene un carácter selectivo: poseemos el derecho a una intimidad elegida, pero esta decisión se paraliza cuando surgen razones de interés público que hacen estrictamente necesario descubrir precisos datos de la esfera íntima de personas públicas o privadas. De tal suerte, sostener que «sólo el consentimiento autoriza la intromisión en la intimidad» conlleva desconocer que el derecho no sólo registra un límite interno, sino también otros externos y que básicamente hay dos coordenadas que definen el contenido del derecho a la intimidad: el «interés individual» y «el interés público». El «interés individual», viene definido por la expresa o implícita voluntad del titular que fija el ámbito de protección [i.e sus propios actos]. El «interés público» por las necesidades del sistema democrático, amparadas por la Constitución, necesidades que también pueden estar previstas en una ley que autorice expresamente determinada entrada en el ámbito de la intimidad. En la medida que la injerencia venga dispuesta por un soporte legal proporcionado, no habrá una vulneración. El mismo canon también puede aplicarse al caso en que la injerencia provenga de otro particular¹⁸⁰.

Que la ley no necesita del consentimiento del titular del derecho para disponer, siempre de forma proporcionada, una inspección de su privacidad económica es para el conjunto de los ciudadanos una realidad tangible del día a día. Resulta incontestable que la distribución equitativa del gasto público es un bien o valor constitucional con virtualidad limitadora del derecho a la intimidad¹⁸¹. Y tan es así que no se escuchan voces que pretendan que el Estado deje librado a la voluntad de cada uno de los ciudadanos el elegir si ha de formular la declaración impositiva que le corresponde o si prefiere no hacerlo. Y así como «la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la

¹⁷⁹ O'Callaghan, Xavier, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, Págs. 90-91.

¹⁸⁰ El juicio de proporcionalidad se activa tanto ante la injerencia del Estado o de otro particular. La aplicación del «canon de constitucionalidad» a la información y opiniones volcadas en un reportaje que tiene por objeto a una persona privada fue materia de exposición del Tribunal Constitucional en la STC 112/2000, de 5 de mayo, FJ 8.

¹⁸¹ La STC 47/2001 de 15 de febrero, FJ. 8, reconoce que «en las declaraciones del IRPF [Impuesto a la Renta de las Personas Físicas] se ponen de manifiesto datos que pertenecen a la intimidad constitucionalmente tutelada de los sujetos pasivos» y en la STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 7 que la información de trascendencia tributaria «puede incidir en la intimidad de los ciudadanos».

Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración Tributaria» y que «para el efectivo cumplimiento del deber que impone el art. 31.1 CE es imprescindible la actividad inspectora de la Administración Tributaria»¹⁸², también son otros fines y mandatos Constitucionales la vigencia del Estado social y democrático de Derecho [art. 1 CE]; el deber de cuántos integran la Administración Pública de «servir con objetividad a los intereses generales» [art. 103. 1 CE] y el compromiso de los poderes públicos de promover la efectiva y real igualdad y libertades de los ciudadanos mediante la remoción de los obstáculos que se opongan a ello [art. 9.2 CE], todo lo que fundamenta la lucha contra la corrupción. Por tanto, si para hacer efectiva esta tarea fuera imprescindible intervenir la intimidad de personas públicas o privadas, el Estado estará legitimado para acotar aquel derecho en lo estrictamente necesario¹⁸³ sin que la aquiescencia del titular tenga algún papel en este caso. No hay lugar a la voluntariedad cuando nos enfrentamos a una *necesidad ponderada*.

Podemos prescindir de una estadística y aún con rigor empírico sostener que en el patrimonio de la familia y amigos suele el político camuflar su enriquecimiento ilícito, lo que da la razón a quien declara que los bienes e intereses de los allegados a los políticos, incluso antes y durante su elección, importan a la ciudadanía¹⁸⁴. Las noticias sobre la complicidad de testaferros con la que los servidores infieles cuentan parecen ser consustanciales a los casos de corrupción¹⁸⁵ y en muchos de estos casos, en efecto, son sus familiares directos

¹⁸² Auto del Tribunal Constitucional 7/2007 de 15 de enero, FJ 4.

¹⁸³ El interés público exige, con cierta frecuencia, que las autoridades públicas irruman, o se inmiscuyan, en la esfera privada de las personas. En cualquier caso estas intervenciones han de ser mínimas, las *estrictamente necesarias en una sociedad democrática*, tal como dispone la Convención Europea de los Derechos del Hombre (Romero Coloma, Aurelia María, *La intimidad privada: problemática jurídica*, Reus, Madrid, 2008, Pág. 67).

¹⁸⁴ García Ferrer, Juan José, *El político: su honor y vida privada*, Ob. Cit., Págs. 261-262: «En nuestra opinión, las mismas circunstancias que en la actualidad evidencian la necesidad de una especial transparencia del político en su renta, patrimonio e intereses justifican que este tipo de informaciones puedan ser publicadas respecto de un familiar o amigo, ya que, ocasionalmente, suelen camuflarse por esa vía los enriquecimientos injustificados. Sin embargo, exigirles una declaración formal sobre todos sus bienes e intereses parece desproporcionado, ya que éstos no tienen que ver con su decisión de ser hombre público».

¹⁸⁵ El País, 5 de octubre de 2010, «La esposa y la hija de Roca dicen que están procesadas por el parentesco»; Público, 31 de marzo de 2010, «El Juez busca en EEUU el grueso del patrimonio ilegal», se afirma «Jaume Matas y su mujer, Maite Areal, llevaban un tren de vida "de absoluto derroche y ostentación" incompatible con sus ingresos y sobre el que han ofrecido explicaciones "kafkianas" en su intento por despistar a la Justicia, "llegando incluso al descaro", en el caso de la esposa, de pedir a proveedores que le devolvieran dinero negro para legalizarlo mediante facturas "y así amañar pruebas". De esa forma define el magistrado

[cónyuges, hijos y cuñados] quienes aparecen como titulares registrales de bienes que no son más que la mera transformación del producto de un delito contra la Administración Pública. Las recientes investigaciones que ocupan a los tribunales españoles habilitan la conjetura de que la utilización de estos *titulares formales de bienes adquiridos con fondos públicos* va tan estrechamente unida a la comisión de actos corruptos que podría decirse que donde hay enriquecimiento ilícito, hay testaferros.

Por tanto, si la colaboración del círculo íntimo del político corrupto es una evidencia, intranquiliza que el legislador no lo vea, no lo tenga en cuenta o equivoque sus razones. De este desarreglo nos advierte el documento para la *«Prevención y control de la delincuencia organizada, estrategia de la Unión Europea para el Nuevo Milenio»* cuando recomienda que *habría que adoptar un instrumento que plasme tanto las medidas que los Estados miembros deberán adoptar respecto a los centros financieros intra y extraterritoriales y los paraísos*

José Castro el modo de vida del ex president de Balears y ex ministro de Medio Ambiente con José María Aznar. Pese a que la mera descripción del patrimonio acumulado por Matas desde 2002 cuando aún era ministro resulta abrumadora en sí misma, el juez avisa de cuáles son sus sospechas: que el ex ministro pueda haber ocultado en Estados Unidos o en otro país "vecino" el grueso de los beneficios ilícitamente obtenidos"(...) Con un lenguaje que plasma su incredulidad respecto a la versión de los Matas, el magistrado detalla cómo el presidente balear se hizo a partir de 2002 con tres propiedades de lujo, dos en Mallorca y una en Madrid. Y cómo intentó fingir que dos de ellas no eran suyas. Lo llamativo, dice el juez al referirse a una de las tres adquisiciones, el piso de 150 metros situado en el madrileño barrio de Salamanca y escriturado a nombre de un presunto testaferro, "es que se pretenda" ocultar la propiedad real del inmueble "mediante una burda e inútil estrategia"; Público, 26 de marzo de 2010 «La Fiscalía pedirá medidas cautelares para Matas y su cuñado por corrupción»; Público, 23 de marzo de 2010, «La situación penal de Matas se agrava con más pruebas, una grabación muestra a su cuñado expresando temor a que un testaferro los deje "con el culo al aire" en plena investigación judicial» (Caso Palma Arena); Público, 26 de febrero de 2010, «La corrupción liquida a Munear en Balears» (Caso Maquillaje); El País, 22 de febrero de 2010, «Familiares de un imputado del caso Astapa tenían 10 millones de euros en Andorra», se relata «Familiares directos del ex gerente de Urbanismo de Estepona (Málaga) Pedro López, guardaban en una cuenta corriente en Andorra 10 millones de euros, supuestamente procedentes de sobornos cobrados por el ex alto cargo a promotores con intereses urbanísticos en la localidad vecina a Marbella. Según informa la agencia Efe, el dinero ha sido bloqueado después de que el juez Jesús Torres, que investiga el caso Astapa sobre corrupción en Estepona, enviara una comisión rogatoria al país pirenaico»; El País, 12 de diciembre de 2009, «El Juez implica al esposo de Munar en la causa contra la Presidenta del Parlamento Balear», Público, 7 de octubre de 2009, «La trama colocó dinero en casi veinte países con testaferros» (Caso Gürtel), se afirma «Correa sólo tenía un piso y una plaza de garaje, y para desplazarse, una motocicleta. Al menos, eso es lo que trataba de hacer creer al fisco el jefe de la 'trama Gürtel', quien no declaraba el IRPF desde 1999. Pero la realidad es bien distinta y apunta a que aún amasa una fortuna en paraísos fiscales, amén de haber disfrutado de un Audi A8 y un chófer»; Público, 28 de octubre de 2008 «La policía detiene a un testaferro de Roca» (Caso Malaya).

*fiscales que funcionan dentro de sus propios territorios, como una política común de la Unión Europea en relación con los centros financieros y los paraísos fiscales fuera del territorio de la Unión Europea y que dicho instrumento debería referirse al uso de testaferros y otras técnicas para disimular al verdadero propietario de los bienes*¹⁸⁶.

Ciertas veces se hace necesario levantar el velo de la intimidad de la familia y vínculo íntimo del gobernante y alto cargo, tanto con fines preventivos como represivos de la corrupción. La evaluación de sus legítimos alcances la reservamos para el análisis de un caso concreto. En el último capítulo se va analizar si una hipotética intervención legislativa en el derecho a la intimidad del vínculo íntimo del gobernante y alto cargo, que solicita la transparencia de sus patrimonios personales, resultaría desproporcionada y por ello inconstitucional.

¹⁸⁶ Recomendación n° 14. a) (DO CC EE, c 124/1 de 3 de mayo de 2000). Lógicamente el uso de testaferros también preocupa en las investigaciones contra el fraude fiscal. La Resolución de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de 27 de octubre de 1998, en la lucha contra el fraude fiscal, crea los Equipos de Estudio del Fraude en los Departamentos de Recaudación y Gestión Tributaria con la finalidad de analizar la problemática específica del fraude fiscal en lo que se refiere a los cometidos de control respectivos. Dispone así que *el Equipo de Estudio del Fraude del Departamento de Recaudación Tributaria se especializará en el análisis y propuesta de sistemas de prevención y corrección de fraudes en la fase recaudatoria, así como de aquellos comportamientos tendentes a evitar el pago del impuesto mediante fórmulas tales como el alzamiento de bienes, la sucesión de empresas, la interposición de testaferros y otras* (Punto Segundo).

**LA REVELACIÓN DEL PATRIMONIO: TÉCNICAS DE CONTROL
ANTICORRUPCIÓN DE LA LEY 5/2006,
DE 10 DE ABRIL DE CONFLICTOS DE INTERESES DE MIEMBROS
DEL GOBIERNO Y ALTOS CARGOS DE LA ADMINISTRACIÓN
GENERAL DEL ESTADO**

1. LA LEY 5/2006 COMO AUTÉNTICA LEY ANTICORRUPCIÓN

Es usual aún hoy, cuando ya han pasado más de seis años de la modificación legislativa, escuchar de boca de algunos actores políticos referirse a la Ley 5/2006, de 10 de abril, de *conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado*, como «Ley de incompatibilidades»¹⁸⁷. Pero exactamente esta nueva norma, con exclusividad o preeminencia, no es ni una ni ley sobre «conflictos de intereses», ni de «incompatibilidades». Cualquiera de estas dos formas de evocarla resulta peligrosamente parcial en tanto deja fuera otro aspecto esencial de su contenido: el control del patrimonio de gobernantes y altos cargos. Y al hacerlo así termina por esconder su principal objetivo. En todo caso, lo que nos interesa subrayar es que la cuestión del nombre que se está planteando no carece de importancia. El título de una ley debe facilitar su identificación en pos de su conocimiento, respeto y uso de los derechos que confiere. Cuando así no sucede, es decir, cuando el distintivo con que se da a conocer una norma no es cabal, en el sentido de que no es ni completo ni exacto, sucede que difícilmente permitirá a sus destinatarios familiarizarse con todo su contenido. El peligro radica en que un título deficiente pudiera provocar la enervación del precepto legal: se tendrá una ley vigente pero sin uso. Un título desacertado debilitaría la fuerza de la ley

¹⁸⁷ Los sucesivos títulos de las leyes sobre el tópico en el período constitucional fueron: i) «Ley de *Incompatibilidades* de miembros del Gobierno de la Nación y Altos Cargos de la Administración General del Estado» [Ley 25/1983, de 26 de noviembre]; ii) Ley de *Incompatibilidades* de miembros del Gobierno de la Nación y Altos Cargos de la Administración General del Estado» [Ley 12/1995, de 11 de mayo], y iii) «Regulación de los *conflictos de intereses* de miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración General del Estado» [Ley 5/2006, de 10 de abril].

y, como iremos señalando a lo largo de todo este capítulo, algo de esto sucede con la Ley 5/2006.

Hecha la observación sobre el inicial desacierto de su título, lo que nos proponemos es llevar adelante una «presentación en sociedad» de la norma que responda más fielmente a su contenido. Y no hay modo de realizar el acto de presentación que se ambiciona si no nos ocupamos de despojarla, definitivamente, del corsé que la tiene ceñida a los sistemas de incompatibilidades y conflicto de intereses¹⁸⁸. Para ello se impone previamente identificar sus objetivos, los asuntos tratados, la relación teleológica, temática o sistémica que se da entre ellos, para luego evaluar si se hace palpable una materia dominante o eje vertebrador. Veamos entonces:

El Preámbulo de la Ley 5/2006 reconoce como objetivos propios: **i)** Prevenir situaciones que puedan originar conflicto de intereses¹⁸⁹; **ii)** Garantizar la objetividad, imparcialidad e independencia del alto cargo¹⁹⁰; **iii)** Ejercer control democrático en la designación de ciertos agentes¹⁹¹; **iv)** Reforzar la imagen que los altos cargos, en cuanto servidores públicos, deben ofrecer a los ciudadanos¹⁹²; **v)** Restringir todas aquellas actividades que puedan perturbar o incidir en el pleno desempeño de sus funciones públicas¹⁹³; **vi)** Reforzar el control sobre los intereses patrimoniales que tengan los altos cargos y su vínculo familiar más íntimo¹⁹⁴; **vii)** Garantizar que durante el ejercicio del cargo el agente no vea afectada su imparcialidad e independencia; y, finalmente, **viii)** Reforzar el régimen sancionador para que los incumplimientos conlleven penalizaciones efectivas¹⁹⁵. De seguido, en su articulado identifica como su «ámbito objetivo» el regular los requisitos previos para el nombramiento de gobernantes y altos cargos y adoptar las medidas básicas para evitar las

¹⁸⁸ Incluso el propio Preámbulo nos advierte que no debemos identificarla con el simple régimen de incompatibilidades. Se afirma «No se trata, pues, de una mera reproducción de las normas de incompatibilidades tal y como se han concebido hasta ahora, sino de constituir un nuevo régimen jurídico regulador de la actuación de los altos cargos en el que, perfeccionando el anterior de incompatibilidades, se introducen nuevas exigencias y cautelas que garanticen que no se van a producir situaciones que pongan en riesgo la objetividad, imparcialidad e independencia del alto cargo, sin perjuicio de la jerarquía administrativa» (Ley 5/2006, Segundo párrafo).

¹⁸⁹ Ley 5/2006, Preámbulo, párrafo primero.

¹⁹⁰ Ley 5/2006, Preámbulo, segundo párrafo.

¹⁹¹ Ley 5/2006, Preámbulo, tercer párrafo.

¹⁹² Ley 5/2006, Preámbulo, cuarto párrafo.

¹⁹³ Ley 5/2006, Preámbulo, quinto párrafo.

¹⁹⁴ Ley 5/2006, Preámbulo, sexto párrafo.

¹⁹⁵ Ley 5/2006, Preámbulo, séptimo párrafo.

situaciones de conflicto de intereses. Una y otra materia de regulación ocupan los dos grandes títulos de esta Ley 5/2006¹⁹⁶ y responden a los tres momentos diferentes en que opera su control: antes de la toma del cargo, simultáneo a su ejercicio y posterior. En el desarrollo del Título II, identificado como «conflictos de intereses», establece lo que denomina el «régimen de incompatibilidades» pero –téngase esto muy en cuenta– no lo hace sólo como técnica que emplea para evitar situaciones de conflicto de intereses, *garantizando el servicio al interés general*, tal como lo reconoce expresamente¹⁹⁷, sino con otros fines adicionales que no declara¹⁹⁸. Que hay fines u objetivos no declarados expresamente puede inferirse –por ejemplo– de su pretensión de asegurar la dedicación exclusiva al cargo público¹⁹⁹. Cuando la Ley 5/2006 impide al agente, en principio, ejercer un segundo cargo público no lo hace, lógicamente, para evitar una traición al interés general sino con el ánimo de afianzar la eficacia de la Administración. Asimismo (y esto tampoco tiene que ver en rigor con la evitación de situaciones de conflicto de intereses), elimina para los altos cargos la percepción de cualquier retribución o asistencia por su participación en órganos rectores o Consejos de Administración de las empresas de capital público [actividades por excepción compatibles]. De hecho, en el Preámbulo reconoce que la medida supone «una mejora en la transparencia del sistema retributivo de los altos cargos»²⁰⁰. Pero, y esta cuestión es trascendental, a la técnica de las incompatibilidades, se le suma otra que también va más allá de cuanto tenga que ver con los «conflictos de intereses»: la técnica de la

¹⁹⁶ La Ley 5/2006 consta de tres títulos: Título Preliminar; Título I «Requisitos Previos para el nombramiento de los titulares de determinados órganos» y Título II «Conflicto de Intereses».

¹⁹⁷ El art. 4.2 de la Ley 5/2006 hace referencia al carácter instrumental del régimen de incompatibilidades en el marco de la regulación de las situaciones de conflicto de intereses cuando establece «*El presente título regula la prevención y resolución de conflictos de intereses a través del establecimiento de un régimen de incompatibilidades y de las correspondientes sanciones*».

¹⁹⁸ Ya García Mexía, cuando analiza la anterior Ley 12/1995, de 11 de mayo [Ley de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno y Altos cargos de la Administración], afirma que la técnica de la incompatibilidad se emplea con *finés adicionales* al de regulación de los conflictos de intereses (*Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Pág. 76).

¹⁹⁹ El principio se enuncia en el art. 5 cuando establece que «los altos cargos (...) ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y no podrán compatibilizar su actividad con el desempeño, por sí, o mediante la sustitución o apoderamiento, de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena (...)».

²⁰⁰ Véase Artículo 9, que establece, como excepción, las actividades públicas compatibles y lo declarado en el Preámbulo, párrafo quinto.

declaratividad de actividades²⁰¹ y de bienes y derechos²⁰². La Ley 5/2006 exige a los gobernantes y altos cargos declarar todas las actividades que desempeñen por sí o mediante sustitución o apoderamiento, y de conformidad en simultáneo con el cargo, como las que realizaron dos años anteriores y dos tras cesar en el desempeño del cargo²⁰³. Igualmente han de formular una declaración patrimonial comprensiva de la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones. *Voluntariamente* su cónyuge o conviviente también podrá hacerlo. Con todo lo expuesto se verifica que la llamada ley de «Conflictos de intereses» incluye una amplia gama de objetivos que superan aquellos que en su articulado se reconocen y también los que su título anuncia. Y si bien es cierto, como apunta Meseguer Yebra, que hay una utilidad del régimen que contiene de servir como sistema de detección de situaciones aquellas situaciones de «conflicto» que rozan el ilícito penal²⁰⁴, en rigor –insistimos– esta norma es algo más que eso.

Hay en la Ley 5/2006 una unidad temática identificable que viene dada por el hecho de que todos los asuntos que trata presentan una concatenación sustancial que con toda evidencia hizo que el legislador los integre sistemáticamente en la misma norma. La cuestión a dilucidar es *¿cuál es ese tema sustancial o materia común?* En nuestra opinión sus tres asuntos principales [conflicto de intereses, sistema de incompatibilidades, y sistema de declaratividad de actividad y patrimonio] admiten un eje vertebrador que les da cohesión y hace de ella un todo homogéneo. De su contenido es factible inferir que busca ofrecer un gobierno sujeto a control y un gobierno que rinde cuentas de una actuación respetuosa de los intereses generales y que, como consecuencia inmediata, tiene aptitud como versátil herramienta contra la corrupción. Si la finalidad de toda norma no es otra que la que se obtiene al aplicar sus preceptos, tenemos que de decidirse por aplicar con *determinación* la Ley 5/2006 (lo que aún no sucede) se estaría abriendo un amplio campo de control y detección de las más variadas prácticas corruptas cometidas por los cargos de élite de la Administración General del Estado. Por tanto, lo reconozca o no su título, preámbulo o articulado, la Ley 5/2006 es una auténtica «Ley Anticorrupción».

La doctrina es prácticamente unánime al dar por cierto que las políticas de prevención y resolución de conflictos de intereses se insertan en una política más amplia de prevención y lucha contra la corrupción. Así, para García Mexía

²⁰¹ Artículo 11, Ley 5/2006, de 10 de abril.

²⁰² Artículo 12, Ley 5/2006, de 10 de abril.

²⁰³ Artículos 7 y 11, Ley 5/2006, de 10 de abril.

²⁰⁴ Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración*, Ed. Bosch, Madrid, 2007, Pág. 51.

los conflictos de intereses son fruto de una variedad de corrupción, o más precisamente, una «sutil manifestación de corrupción contemporánea»²⁰⁵. Asimismo, en opinión de Villoria Mendieta, las políticas de conflictos de intereses se ubican en el marco principal de las políticas anticorrupción²⁰⁶ y, por tanto: **i)** son parte del marco estructural²⁰⁷, porque ayudan al sistema democrático a construir la confianza generalizada y a someter al gobierno a escrutinio; **ii)** son parte de la estrategia preventiva²⁰⁸, pues las leyes y estatutos sobre los conflictos de intereses, los códigos de conducta, las leyes de incompatibilidad y otros instrumentos como las reglas de abstención y retirada rutinaria constituyen una forma muy eficaz de prevenir la corrupción; **iii)** son parte de la detección e investigación de la corrupción²⁰⁹, porque algunos instrumentos de estas políticas, como la declaración de ingresos o la declaración del patrimonio de la familia pueden ayudar mucho en la detección de prácticas corruptas; y, finalmente; **iv)** son parte de los instrumentos de penalización²¹⁰, porque en algunos países existe un delito de conflicto de intereses, y en otros hay diversas sanciones contra la vulneración de las leyes y las normativas sobre el conflicto de intereses. Considera también Meseguer Yebra que la Ley 5/2006 representa un intento más de luchar contra la corrupción, esta vez desde la óptica administrativa, distinta de la tutela típica y tradicional que dispensa el orden penal mediante la tipificación de conductas consideradas delictivas²¹¹. Tal el caso de los arts. 439 y 441 del Código Penal que también buscan evitar el riesgo de que los intereses privados prevalezcan sobre los públicos. Pareciera,

²⁰⁵ García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit. Pág. 77-78.

²⁰⁶ Villoria Mendieta, Manuel, *Evaluación de las políticas y prácticas sobre los conflictos de intereses: un informe comparativo*, en *Administración & Ciudadanía*, Vol. 1, Núm. 1, Xunta de Galicia, Escuela Gallega de Administración Pública, 2006, Págs. 222-223.

²⁰⁷ El «marco estructural» no sólo incluye el compromiso político y el liderazgo ético, sino también las estrategias y políticas diseñadas para evitar las grandes desigualdades, construir una confianza generalizada y universal, extender un capital social positivo y crear una democracia de alta calidad.

²⁰⁸ Son instrumentos de prevención que incluyen un marco legal efectivo, los códigos de conducta factibles, un sistema eficiente de responsabilidades, un funcionariado que progrese por sus propios méritos y mecanismos de socialización profesional, especialmente en cuanto a valores éticos y democráticos en el sector público.

²⁰⁹ Los instrumentos de detección e investigación incluyen un cuerpo coordinador que actúe como vigilante, líneas telefónicas para la denuncia confidencial, programas de protección de confidentes y una red efectiva de fiscales públicos, inspectores generales e interventores.

²¹⁰ Instrumentos de penalización, con leyes penales, sistemas disciplinarios, procedimientos de responsabilidad económica y sanciones administrativas.

²¹¹ Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflicto de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la administración*, Ob. Cit., Pág. 43-44.

entonces, que efectivamente en el marco del orden jurídico español la «Ley de Conflictos de intereses» tiene al menos virtualidad de funcionar como una verdadera ley anticorrupción. En efecto, cuando un agente actúa no obstante encontrarse en una situación de conflicto de intereses se daría, al menos, aquella referida *forma atenuada de corrupción* pues si bien hay un riesgo de actuar en beneficio privado, ello no implica que necesariamente que ese beneficio privado se haya concretado, ni que tampoco se hubiera obtenido una ventaja patrimonial o dádiva. Por otro lado, cuando la Ley 5/2006 abre espacios para investigar el patrimonio de los gobernantes y altos cargos, asume un papel trascendente en la prevención, detección y castigo de cualquier clase de ilícito o irregularidad que haya provocado el incremento patrimonial no justificado, con total prescindencia –como se hizo notar– del hecho o modalidad del acto corrupto que fuera su casusa. Subrayamos por ello una vez más que la llamada «Ley de Conflictos de Intereses» no sólo busca detectar, prevenir y castigar la intervención en decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyen a la vez intereses de su puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas [forma atenuada de corrupción], sino también «prevenir, detectar y castigar» situaciones de incompatibilidades [puede haber violación a la dedicación exclusiva con la superposición de dos cargos públicos] y descubrir la existencia de enriquecimientos ilícitos en que pudieran verse comprometidos los miembros del Gobierno y Altos cargos de la Administración General del Estado [clásicos actos de corrupción]. En definitiva, de lo que se trata es de evitar con suficiente anticipación, que el puesto público ocupado por el gobernante o alto cargo se convierta en una «unidad de maximación»²¹².

1.1- Crítica al título de la Ley

Para nuestra «presentación en sociedad» de la Ley 5/2006 decidimos, por tanto, caracterizarla como una *herramienta contra la corrupción* en tanto y en cuanto lo que pretende es ni más ni menos que *volver vulnerable al gobernante y alto cargo, sometiendo algunos de los aspectos de su privacidad al escrutinio tanto por parte del Estado como del resto de la ciudadanía*. Ya Olías de Lima Gete advertía al analizar la primera de las leyes de incompatibilidades del período constitucional que la finalidad de la norma no se refiere sólo, ni siquiera principalmente, a los objetivos declarados o expresos que dice perseguir una normativa específica, sino a sus objetivos reales, a los que se producen u

²¹² La corrupción implica que un funcionario abusa de su autoridad para obtener un ingreso extra de lo público. De ahí que desde un enfoque económico, podamos concebir la corrupción como una utilización del cargo, como un negocio por parte del funcionario corrupto, utilización en la que el «empresario» busca maximizar los ingresos. El cargo, así pues, queda convertido en una «unidad de maximización».

obtienen mediante la aplicación de sus preceptos. La coincidencia entre ambos, objetivos declarados y finalidad real, aunque deseable, no es obligada²¹³. Y esta situación de desacuerdo entre objetivos declarados y reales la constatamos también hoy en día en la actual legislación. Ni el título, ni los objetivos que la Ley 5/2006 declara responden con rigor a la finalidad real que persigue; finalidad que se deduce del estudio específico de su regulación, a la vista tanto de la articulación de sus preceptos como del contexto en el que se sitúa²¹⁴, pero, fundamentalmente y tal como apuntamos, de su aplicación práctica. En primer lugar debe tenerse en cuenta que la asignación del título de la ley es una interpretación del papel que ésta juega en el ordenamiento normativo. Ha de ser su «carta de presentación» por la que se facilita la identificación del objetivo o finalidad perseguida, de un modo tan escueto como cabal. Claro está que nunca habrá un buen título para un mal contenido. Difícil es titular un ley o reglamento cuando su contenido es heterogéneo, como sucede con las leyes paquete u *onmibus bill*, desordenadas y desfragmentadas por definición. Sin embargo, este no es el caso de la Ley 5/2006 que sí posee un contenido preciso y homogéneo. La precisión no es, ni mucho menos, directamente proporcional a la extensión del título. No se trata de que esta Ley 5/2006, ateniendo a una correcta técnica legislativa, debiera identificarse considerando sus tres principales mecanismos como de «Regulación de conflictos de intereses, incompatibilidad y declaraciones juradas de actividades y bienes de altos cargos y gobernantes». Lo que planteamos es que bajo el acotado distintivo de «Ley conflictos de intereses» se destaca sólo un aspecto, dejando fuera otros que tienen igual o mayor relevancia que aquél y que por tanto merecerían ser integrados al título de alguna manera. Habría bastado con hallar el hilo conductor o «eje vertebrador» de la norma para dar en el clavo. La cuestión del nombre es crucial pues (esto no debiera olvidarse nunca) la ley no se dirige sólo al jurista, sino al ciudadano²¹⁵. Es más, en este caso no son otros que los ciudadanos los

²¹³ Olías de Lima Gete, Blanca, *La incompatibilidad de los altos cargos*, Revista Española de Derecho Administrativo, Núm. 40-41, enero-marzo 1984, Pág. 130.

²¹⁴ Olías de Lima Gete presenta la diferencia entre «fundamentos» y «finalidad» de la norma. Según entiende cosa diferente de los fundamentos, que justifican e inspiran un concreto sistema de incompatibilidades [ella menciona «fundamentos históricos» y «fundamentos teóricos» tales como: i) la defensa del interés público; ii) La dedicación al cargo y sus exigencias; y iii) Los principios de eficacia y economía], es la finalidad concreta que aquella puede perseguir, pues aunque no tiene que estar lejos de los fundamentos que justifican su regulación, admite la mediación de otros factores coyunturales (*La incompatibilidad de los altos cargos*, Ob. Cit., Pág. 130).

²¹⁵ Los ciudadanos son, normalmente, los destinatarios de las normas; normas que no en pocas ocasiones les afectan directamente. Por todo ello, el título de la ley, identificando con precisión su contenido, debe resultar fácilmente reconocible por los ciudadanos (y por los no expertos), y no sólo eso, sino que, además debe facilitar su conocimiento y cita. Por todo ello se significa que el título empleado, aun comprendiendo que responde al deseo de abarcar los

destinatarios privilegiados a los que la norma da paso para que participen de los controles democráticos operados sobre los altos cargos y gobernantes, un control que se ocupa del antes, durante y después de la función. Por lo tanto, si lo que se pretende es, reforzar los controles democráticos sobre los gobernantes y altos cargos, e incluso sobre su vínculo familiar más íntimo (algo de ello dice el Preámbulo), más que nunca el título diseñado debería haber facilitado al hombre de a pie su identificación y explicarle en algo su contenido. Tenemos una ley que habla de los conflictos de intereses, del mecanismo de las incompatibilidades y del control del patrimonio y actividades de los altos cargos. No obstante, su título no nos familiariza con esta última posibilidad de escrutar algo de la privacidad de estos cargos de elite. Lo que se silencia no es un dato menor, es nada más ni nada menos que la existencia de mecanismos de los más versátiles para prevenir y detectar otros actos de corrupción cometidos por altos cargos y gobernantes y, con ello, la invitación a la colectividad de cooperar en mantener la vigencia de principios constitucionales tan básicos como la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho y hacer operativa la responsabilidad política y jurídica de sus gobernantes. Con todo ello hubiera sido más adecuado identificarla como «Ley Anticorrupción» o «Ley de Probidad» de Gobernantes y Altos cargos».

2.- «CONFLICTOS DE INTERESES»: EL PARECER CORRUPTO COMO ACTO DE CORRUPCIÓN

El principio de actuación por excelencia de todo cargo público es la desvinculación del interés personal en el servicio del Estado. En otras palabras, quien asume un cargo público toma para sí, desde el momento mismo de su designación, como *deber institucional* el compromiso de substraerse del interés privado²¹⁶. Esta desvinculación hace tan a la sustancia del ejercicio del poder

distintos aspectos regulados, es susceptible de simplificación sin perder de vista el objetivo de la identificación de la norma que está llamado cumplir (Martín Moreno, José Luís; *Títulos de las leyes y homogeneidad*, Revista Española de la Función Consultiva, Núm. 6 (julio-diciembre 2006), Pág. 173. Se cita el dictamen 294/2004 del Consejo Consultivo de Andalucía).

²¹⁶ Muy probablemente, todo alto cargo, como cualquier otro agente, en el desempeño de su función entrará en contradicción con sus inclinaciones particulares, no obstante, tendrá que poner en práctica principios y máximas que no atienden sino al interés de toda la colectividad. A esta «conversión» se refiere John Stuart Mill cuando afirma que el acceso a las funciones públicas acerca una «escuela de espíritu público» por la que el ciudadano es llamado a pensar intereses que no son los suyos propios; a pensar fuera de sus inclinaciones personales; a sentir que es parte de «lo público» y, en definitiva, a asumir el interés público como el suyo propio (Mill, John Stuart, Gobierno representativo). En esta misma línea, Pitkin justifica esta «conexión esencial» (representación-interés público) cuando razona que toda representación política es una manera particular de «actuar por» y que específicamente todo sistema representativo debe buscar el interés público y sensibilizarse ante la opinión pública, excepto

que se dice, con razón, que un Estado que no beneficia a sus ciudadanos en términos políticos es ilegítimo. Y para alcanzar la satisfacción de la pluralidad de intereses corresponde al Estado la relevante tarea de arbitrar mecanismos que eviten los abusos del poder mediante la comisión de prácticas corruptas comenzando, precisamente, por la regulación de los «conflictos de intereses» entendidos como expresión atenuada de aquellas²¹⁷. Pero más allá de que lo que se persigue como primera línea de la prevención es en sí reforzar la imagen de probidad que todo servidor público debe ofrecer [es decir, un «parecer», una «visualización» de cara a la ciudadanía, independientemente que se haga uso del poder en provecho propio], resulta palpable en sus distintas regulaciones el propósito de evitar el enriquecimiento ilícito de los agentes públicos. La vinculación entre «enriquecimiento ilícito» y «conflicto de intereses» fue apuntada por Susan Rose Ackerman. Según relata, los conflictos de intereses fueron endémicos en los primeros días de la república estadounidense. Los directores de sucursales de correos publicaban periódicos y se concedían su envío postal gratuito. Los recaudadores de impuestos sobre whisky poseían tabernas y no exigían ningún tipo de tasa a sus proveedores; algunos funcionarios de aduanas eran comerciantes preeminentes²¹⁸. Para *impedir* que los *cargos públicos se conviertan en una vía cívica de enriquecimiento fácil*, los Estados necesitan incorporar un programa básico de conflictos de intereses donde se acentúe la presencia de la conducta ética y ésta se vea además apoyada por sanciones legales. En su opinión, normas básicas y simples de comportamiento constituyen el mejor punto de partida, especialmente si se desea evitar el mismo proceso de control en un nuevo semillero de corrupción²¹⁹. Y, en efecto, evitar la expansión de la corrupción es uno de los propósitos que persigue la Ley 5/2006 que, de tal suerte, aparece como un claro avance en la lucha contra la venalidad de gobernantes y altos cargos. Téngase presente que hacia el año 2001 García Mexía, autor en el ámbito nacional del primer estudio monográfico sobre este tema, declaró que era su propósito el

en la medida en que la falta de dicha sensibilidad pueda justificarse también en términos del interés público (Pitkin, Hanna Fenichel, *El concepto de representación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, Pág. 249). Para Pitkin como para Mill, asumir la función pública en un gobierno representativo implica educarse (o entrenarse) en la consecución de objetivos diversos a los particulares.

²¹⁷ La importancia actual del tratamiento jurídico de los conflicto de intereses, por considerarlo uno de los mayores riesgos de corrupción en las actuales democracias fue incluso mencionado por el Consejo de Europa (Véase Consejo de Europa: 2006, *Octopus Interface Conference on Corruption and Democracy*; Estrasburgo, 20 y 21 de noviembre de 2006).

²¹⁸ Rose-Ackerman, Rose, *La corrupción y los gobiernos, causas, consecuencias y reforma*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2001, Pág. 104.

²¹⁹ Rose-Ackerman, Rose, *Ibidem*, Pág. 108.

generar la atención en el seno de la sociedad española sobre esta *especie atenuada de corrupción*²²⁰. Y esta era su intención pues a su entender hasta entonces la doctrina no había resaltado suficientemente la virtualidad de los conflictos de interés como fuente de corrupción. Hoy en día la situación es en algo distinta. Aunque fuerza es reconocer que en el ámbito nacional aún no se ha percibido suficientemente la importancia del fenómeno de «conflicto de intereses»²²¹, el reconocimiento de este tipo de actividades desviadas es inatacable. De hecho ya no hay una «ley de incompatibilidades» de gobernantes, sino otra llamada de regulación de «conflictos de interés», término que estrenó la vigente Ley 5/2006 y gracias a la cual podemos hoy decir rotundamente que el ordenamiento jurídico español impone un deber de inhibición a los miembros del Gobierno o altos cargos frente a los asuntos que susciten este tipo de conflictos.

Uno de los primeros textos europeos en definir los «conflictos de intereses» fue la recomendación núm. R (2000) aprobada por el 10 Comité de Ministros del Consejo de Europa²²² que establece que *un conflicto de intereses nace de una situación en la que un agente público tiene un interés personal que influya o aparente influir sobre el ejercicio imparcial y objetivo de sus funciones públicas (art. 13.1)*. Ya hacia el año 2004, la OCDE precisó que *un conflicto de intereses implica un conflicto entre deber público y el interés personal de un cargo*

²²⁰ García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, Navarra, 2001, Pág. 34 y 63.

²²¹ En muchos contextos políticos, las normas que rigen las actividades financieras y los intereses económicos privados de los políticos han venido siendo tradicionalmente muy distendidas e imprecisas. Por lo general, se asumía que muchos políticos eran individuos con recursos independientes, y también se solía aceptar que muchos de ellos tenían íntimos vínculos con (y en algunos casos intereses financieros en) negocios privados y otras organizaciones extraparlamentarias. Los conflictos de interés reales o potenciales que se creaban con estos vínculos han constituido una abundante fuente de escándalos políticos desde finales del siglo XIX, pese a lo cual, sólo en época muy reciente se han aprobado en algunos contextos pautas claras y explícitas para regular las actividades económicas de los políticos y se les ha solicitado con firmeza (cuando no exigido) que declaren sus intereses económicos privados en un registro público. Algunos de los primeros intentos encaminados a desarrollar códigos de conducta para los funcionarios públicos con el fin de minimizar los conflictos de interés fueron más bien parciales y poco entusiastas, y en muchos casos se limitaban a simples sistemas voluntarios de autorregulación dotados de pocos mecanismos para garantizar su observancia. Algunas innovaciones más recientes –como los códigos y las prácticas adoptadas por la Cámara de los Comunes tras el informe del Comité Nolan– representan un claro paso adelante (Cfr. Thomson, John B, *El escándalo político, poder y visibilidad en la era de los medios de comunicación*, Ed. Paidós, Barcelona, 2001, Pág. 369)

²²² Council of Europe (2000), *Código modelo de conducta para los oficiales públicos*, Recomendación núm. R (2000) aprobada por el 10 Comité de Ministros del Consejo de Europa.

*público, en el que el interés personal del cargo público podría influir indebidamente en la realización de sus tareas y responsabilidades oficiales*²²³. Luego, a nivel nacional y *respondiendo fielmente a las directrices* de aquella organización, el Código de Buen Gobierno de los Miembros del Gobierno y Altos cargos de la Administración General del Estado estableció como uno de los «principios éticos» a seguir por la élite de la Administración la regla que enuncia que *se abstendrán de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de interés con su puesto público*, precisando que *se entiende por conflicto de interés cuando los altos cargos intervienen en las decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyan a la vez intereses de su puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas*²²⁴. Finalmente, la Ley 5/2006 hizo suya la definición redactada en el «Código de Buen Gobierno»²²⁵. En lo que respecta a la

²²³ OECD, *Managings Conflicts of Interest in The Public Service*, París, 2004.

²²⁴ Acuerdo del Consejo de Ministros del 18 de febrero de 2005, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, Segundo Principio ético, Punto 3. Como explica Villoria Mendieta los sucesivos informes de los organismos internacionales como el GRECO de 2001 afirmaron que en España no había un código de conducta para la Administración pública. Debido a esto el Gobierno, cumpliendo su programa electoral y los consejos en este sentido de la OCDE, aprobó en febrero de 2005 el Código de Buen Gobierno (*Evaluación de las políticas y prácticas sobre los conflictos de intereses: un informe comparativo*, en *Administración & Ciudadanía*, Vol. 1, Núm. 1, Xunta de Galicia, Escuela Gallega de Administración Pública, 2006, Pág. 236).

²²⁵ Ley 5/2006, de 10 de abril, Art. 4 («Objeto»). Así es como España, junto con Portugal, se convierte en uno de los pocos países que recoge a nivel normativo una definición de conflicto de intereses. En Nueva Zelanda el concepto se modula, curiosamente, en función de la categoría del cargo ocupado, tendencia esta que sugiere en cierta forma la OCDE, que hace hincapié, asimismo, en la necesidad de una revisión continua de este concepto que permita la readaptación de la descripción de situaciones de conflicto a la evolución de contexto administrativo, político y social (Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflicto de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la Administración*, Editorial Bosch S.A, Barcelona, 2007, Pág. 74). Concretamente, en lo que a España respecta y a la Administración General del Estado existen entre nosotros, con plena vigencia, tres textos relativamente recientes que frontalmente se dedican a los «conflictos de intereses». A saber: i) Acuerdo del Consejo de Ministros del 18 de febrero de 2005, por el que se aprueba el Código de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado; ii) Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del de la Administración General del Estado; y iii) Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Como se dijo, el Código señala en sus Puntos Segundo.2 y .3 que el miembro del Gobierno o alto cargo ha de anteponer el interés general o común sobre sus intereses privados, debiendo «evitar los conflictos de intereses». Por su parte, la Ley 5/2006 establece que a sus efectos «hay conflicto de intereses cuando los altos cargos intervienen en las decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyen a la vez

doctrina nacional tan sólo García Mexía y Meseguer Yebra han dedicado un estudio monográfico a los «conflictos de intereses» de los altos cargos²²⁶. Según lo perfila el primero, un concepto de «conflicto de interés» podría conformarse con los siguientes elementos: **i)** Primero, un elemento subjetivo necesario: al menos un cargo o funcionario público; y un elemento subjetivo contingente: un tercero particular; **ii)** Segundo, un elemento prescriptivo, encarnado en el deber de servicio al interés general que acompaña a todo cargo o funcionario; **iii)** Tercero, un elemento material, constituido por el riesgo o –con arreglo a la jerga penalística– «peligro abstracto» de que, merced al abuso de poder, el interés general quede subordinado a intereses particulares, «riesgo» que en sí mismo supone un quebranto al interés general, y **iv)** Cuarto, un elemento casual, representado por un ánimo de provecho privado, consistente en el lucro (pecuniario o en especie)²²⁷. Para Meseguer Yebra, y en esto coincide con García Mexía, en realidad el conflicto de intereses surge sin necesidad de que exista un comportamiento ilícito demostrado, en un momento previo, cuando el protagonista, el alto cargo, se enfrenta a una situación, aunque sea ficticia, en la que confluyen intereses controvertidos: por un lado, el interés público que debe presidir el ejercicio de las competencias inherentes al cargo que desempeña, con imparcialidad y objetividad, y, por otro, los suyos propios, –ya sean personales, familiares o de cualquier tipo– que puedan inducirle a apartarse de los deberes y obligaciones en el desempeño de sus responsabilidades públicas²²⁸. Quien se coloca en la «situación de riesgo» de actuar conforme un interés privado que entró en juego quiebra la legalidad vigente, además de lesionar la confianza daña la imagen de la administración. El alto cargo que de alguna forma interviene en la decisión de un tema en la que confluye el interés público con un

intereses de su puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas» (art. 4.1). Finalmente, conforme a la Ley 7/2007, los empleados públicos «se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público» (art. 53.5); y «no contraerán obligaciones económicas ni intervendrán en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público» (art. 53.6).

²²⁶ García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, Navarra, 2001 y Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflicto de intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración*, Editorial Bosch SA, Barcelona, 2007.

²²⁷ García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Pág. 82. Téngase en cuenta que la definición propuesta por el autor es anterior a las recogidas por el ordenamiento jurídico español.

²²⁸ Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflicto de intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración*, Ob. Cit., Pág. 74.

interés privado suyo, o a él vinculado²²⁹, no mantiene una actuación respetuosa del interés general, tal como el orden jurídico español entiende que éste debe ser protegido o respetado. Por tanto, estimamos que asiste razón a García Mexía cuando afirma que el cargo que asuma ese riesgo habrá incurrido en un abuso de sus competencias, y, por tanto, en un abuso de poder. En su impecable argumentación, razona que el cargo o funcionario público, ligado en cuanto tal por un deber de servicio al interés general, tiene una doble opción a la hora de ejercer sus competencias: bien respetar dicho deber, en cuyo caso habrá hecho un uso correcto de las mismas; bien quebrantarlo, al asumir el riesgo de subordinar el interés general a intereses diversos de los que las justifican. Incurrir en este tipo de riesgo supone de por sí un quebrantamiento al interés general, al ser un peligro abstracto lo que el ordenamiento trata de evitar²³⁰. Merced a todo lo anterior, tenemos que cuando un gobernante o alto cargo actúa no obstante encontrarse en una situación de «conflicto de interés» está violando aquel deber institucional que exige actuar ofreciendo una imagen de auténtico y fiel servidor público, y, con ello el deber institucional de comportarse como un servidor ético, con independencia de que efectivamente tuviera la intención de actuar para conseguir un interés particular²³¹. Cuando se actúa no obstante encontrarse en una situación de conflicto, no hay en rigor un quiebre en el

²²⁹ Nos referimos aquí al «interés indirecto» que también puede entrar en juego en las situaciones de conflicto. Como explica Villoria Mendieta, «La corrupción no es sólo el abuso ilegal del poder por parte de los cargos públicos en beneficio de un interés personal directo: la corrupción es también todo abuso del poder; y el interés personal implicado no es sólo directo sino también indirecto, esto es, podría beneficiar no sólo al cargo público, sino también al partido político que lo nombró» (*Evaluación de las políticas y prácticas sobre los conflictos de intereses: un informe comparativo*, en *Administración & Ciudadanía*, Vol. 1, Núm. 1, Xunta de Galicia, Escuela Gallega de Administración Pública, Pág. 220).

²³⁰ García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea* Ob. Cit. Pág. 91.

²³¹ En lo que respecta al «interés particular» hay opiniones encontradas. Hay quien sostiene un concepto restringido. García Mexía identifica el interés particular perseguido por el alto cargo corrupto con el beneficio económico, con lo que quizá resulte más preciso aún, el ánimo de lucro, pecuniario o en especie (*Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea* Ob. Cit. Pág. 95). Un concepto ya amplio lo maneja la referida recomendación núm. R (2000) 10, dirigida a los Estados miembros, acerca de «códigos de conducta para los agentes públicos» cuando consagra que la noción de conflicto de intereses se abre incluso a aspectos en general «personales» del agente público. Dice así: «*El interés personal del agente público engloba toda ventaja para sí mismo/a o a favor de su familia, amigos y personas allegadas, o de personas u organizaciones con las que tenga o haya tenido relaciones de negocios o políticas. Engloba igualmente toda obligación financiera o civil a la que el agente público esté sujeto (art. 13.2)*». La crítica a esta clase de definiciones es que encierran nociones tan amplias que dificultan el control o impiden el deslinde frente a conductas como el nepotismo y que a la vez se solaparían con las normas sobre abstención y recusación.

interés general, sino un *quiebre a la imagen de servir a ese interés*. Vemos, por tanto, como la regulación de los conflictos de intereses actúa en el campo de lo estético, es decir, en lo relativo a la percepción. Lo anticipa así –ya se señaló– la Ley 5/2006 cuando asume como uno de sus objetivos el *reforzar la imagen que los altos cargos, en cuanto servidores públicos, deben ofrecer ante los ciudadanos*²³² y este aspecto del instituto es destacado por la doctrina²³³. Subyace a la protección de la imagen un imperativo claro que impone a los altos cargos –sin duda– que estén tan libres de sospecha como de culpa. Así lo interpreta el excelente dictamen del Consejo Consultivo de Galicia, también citado por alguna doctrina²³⁴, cuando sostiene «esa nota de efecto preventivo de la normativa en continua referencia, pretende potenciar *el factor de apariencia* (...), ya que la regulación de los conflictos de interés intenta explícitamente conseguir que esa anticipación en la definición de clima de integridad vigente en la adopción de decisiones públicas se perciba, con ostensibilidad, por la sociedad civil, con el fin de garantizar que a los ojos de esta *e ictu oculi*, resulte evidente el predominio del interés público sobre en el interés particular, lo que no equivale a deducir, sino en una interpretación desviada, una evaluación peyorativa de la legitimidad de los intereses privados (...) Una idea esencial debe presidir, pues, toda reglamentación de la ética pública: el llamado *factor de la apariencia*; efectivamente, la regulación ideal de los conflictos de interés no sólo habría de tratar de evitar que se produzcan groseras oportunidades para la efectivización de influencias personales o uso desviado de los poderes públicos en beneficio particular sino que, preventivamente, el designio normativo sería el de obviar situaciones proclives a emplazar el alto cargo o funcionario público en la tesitura de tener que realizar un esfuerzo singular de sacrificar su interés particular frente al general, a la hora de adoptar una determinada decisión (...) en una consideración teórica, sería nota característica de toda normativa aplicable, en sede de incompatibilidades, el recogimiento permanente de una eventual situación de riesgo objetivado y no vagamente

²³² Dice en su Preámbulo: «En el Título II, y cumpliendo lo acordado por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 23 de abril de 2002, se establece un nuevo régimen de prevención de situaciones de conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado en el que, a partir de la vigente Ley 12/1995, de 11 de mayo, se introducen las modificaciones necesarias para suplir las deficiencias, e incluso lagunas legales, que con el paso del tiempo se han venido detectando, y se refuerza la imagen que los altos cargos, en cuanto servidores públicos, deben ofrecer ante los ciudadanos».

²³³ Meseguer Yebra destaca que la finalidad preventiva, a la que alude el art. 4.2 de la Ley 5/2006, y no sólo prescriptiva de esta normativa, impone la reacción ante cualquier eventual situación de riesgo objetivado y no simplemente vagamente especulado, que comprometa los valores constitucionales de legalidad, imparcialidad, o discriminación y prevalencia de la atención del interés público. De ahí que destaque la importancia del reconocimiento del «factor de la apariencia» (Ob. Cit., Pág. 50).

²³⁴ Dictamen Núm. 121/2001, de 8 de junio, del Consejo Consultivo de Galicia. Es también citado por Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de Conflictos de Interés...*, Ob. Cit., Pág. 50.

especulado, del compromiso de los valores constitucionales de legalidad, imparcialidad, o discriminación o prevalencia de la atención del interés público». Ahora bien, si concedemos –tal como se viene haciendo– que actuar cuando hay una situación de «conflicto de interés» es una forma atenuada de corrupción, toca preguntarnos aquí si el dar lugar a la apariencia de un conflicto de intereses es también una forma de atenuada de corrupción o, lo que prácticamente se le iguala, si ser corrupto equivale a parecer corrupto. Para empezar, hay que matizar que el desvalor que conlleva actuar no obstante encontrarse en una situación de conflicto de interés, no se iguala al que le corresponde a un comportamiento abiertamente corrupto, en el que hay un precio de venta pactado por el acto funcionarial. Si el agente concreta el interés privado que confluye con el público estará haciendo una instrumentalización de su cargo. Su servicio público será para él, ni más ni menos, que una «unidad de maximización». No obstante, una y otra acción son reprochables. Y ello se debe a que ya el sólo hecho de actuar en una situación de conflicto implica asumir un *riesgo no permitido* por el ordenamiento jurídico. Este *riesgo no permitido* consiste en deteriorar la imagen de las instituciones, en este caso, la de la Administración. Por ello, aunque se afirme que se trata de una forma atenuada de corrupción, su impacto negativo no deja de ser grave²³⁵. Ciertamente que el desvalor del acto corrupto venal y del conflicto sin concreción del interés privado es distinto, pero ambas conductas son formas de corrupción. Actuar en situación de conflicto lo es como violación al deber institucional de ofrecer una imagen de servidor público y, por ello, si bien las conductas no se igualan en entidad del reproche, sí se emparentan en que lo merecen por el daño que provocan, aunque se trate en uno de los casos de una lesión a la imagen institucional²³⁶. En este específico caso de los conflictos de intereses, efectivamente parecer corrupto es ya un acto de corrupción.

²³⁵ Es más, para la Oficina Anticorrupción de la República Argentina, los «conflictos de intereses e incompatibilidades» son faltas a la ética que revisten menor gravedad que los delitos de corrupción. No obstante, según las circunstancias, pueden tener un mayor impacto en el deterioro de las instituciones de la República (Cfr. Oficina anticorrupción -República Argentina-, *Declaraciones juradas de funcionarios públicos –una herramienta para la prevención y control de la corrupción, tecnología informática y gestión pública–*, 2ª edición actualizada, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2004, Pág. 18-19).

²³⁶ Pareciera que la opinión en contrario la postula Manuel Villoria Mendieta cuando advierte que hay que diferenciar la corrupción de los conflictos de intereses y de las incompatibilidades al afirmar que «el conflicto es un prerequisite para la corrupción, pero no tiene por qué acabar en ella» (*La corrupción política*, Ob. Cit., Pág. 57). No obstante, al leer sus argumentos vemos que habla de la situación de conflicto existente, diferenciando el caso en que no se actúa (no hay corrupción) y el que se actúa. Por lo cual llega a la misma conclusión que la exponemos en el trabajo y que es que cuando se actúa no obstante existir una situación de conflicto, hay ya un acto de corrupción. Al respecto afirma: «El conflicto puede ser aparente, pueden darse pero no se dan los conflictos. O puede ser potencial, podría

3.- LAS TÉCNICAS DE CONTROL DE LA LEY 5/2006 SOBRE CUESTIONES PRIVADAS DE GOBERNANTES Y ALTOS CARGOS

Como se afirmó, la Ley 5/2006 asume como objetivo el reforzar los controles democráticos sobre gobernantes y altos cargos. Para lograr semejante escrutinio se vale de una serie de técnicas o mecanismos que exhiben al menos dos notas comunes. En primer término, tienden a prevenir y detectar no sólo las situaciones de conflicto de intereses, sino también otro tipo de actos corruptos. En segundo lugar (y este será el aspecto que preeminentemente importa a nuestro trabajo) la puesta en marcha de los controles que subyacen a cada una de éstas técnicas provocará no sólo injerencias en la intimidad o privacidad de los sujetos llamados a soportar el escrutinio, sino también en la de su vínculo familiar más íntimo. De tal suerte, la norma produce una conversión de lo privado en lo público, justificada –como llegaremos a acreditar– en pos de alcanzar o garantizar fines constitucionalmente legítimos. Como resultado de esta operación de *conversión legislativa*, tendremos que los asuntos sobre los que operan los controles, y que materialmente merecerían considerarse en principio como «privados» o «íntimos», pasarán a ser calificados en nuestro orden jurídico como *cuestiones privadas con trascendencia pública* o de interés público o, recurriendo a la elipsis, asuntos públicos. Para llevar a cabo el escrutinio sobre la vida privada de los altos cargos y su familia, la Ley 5/2006 se

haber conflicto en el futuro si el funcionario asumiera ciertas responsabilidades. Pero para que exista corrupción el conflicto tiene que ser real y la actuación del responsable público tiene que desembocar en una decisión o inacción en la que prime el interés privado sobre el público. Por todo, ello, nuevamente, surgen tres posibilidades: a) supuestos de conflicto de interés sin corrupción. Por ejemplo, un responsable público que tiene que tomar una decisión en la que están afectados familiares directos pide abstenerse de resolver, dado el conflicto; b) supuestos de corrupción donde el conflicto de intereses es un ingrediente claro del resultado final; por ejemplo, un consejero autonómico interviene en las actividades de su gobierno para que se regule a favor de una empresa propiedad de su esposa; c) casos de corrupción en los que no hay indicios de conflicto de interés; por ejemplo, un agente electoral de un partido compra el voto a unos campesinos a cambio de unos pesos. Dicho esto, a pesar de las diferencias, es obvio que cualquier país que quiera luchar contra la corrupción debe tener una legislación de conflictos de interés e incompatibilidades avanzada y rigurosa, que impida los conflictos de interés reales, posibles e, incluso, aparente» (Págs. 57 a 58). «En conclusión, aunque el conflicto de intereses y la corrupción sean nociones diferentes, parece apropiado que las políticas que se ocupan de la primera sean parte de una política o una estrategia más amplias para prevenir la corrupción y combatirla» (Villoria Mendieta, Manuel, *Evaluación de las políticas y prácticas sobre los conflictos de intereses: un informe comparativo*, Ob. Cit., Pág. 224). Como vimos, también para García Mexía, y ésta es la principal tesis de su obra, en España, como en los EEUU, los conflictos de intereses son fruto de conductas –sutiles o refinadas, si se quiere– contemporáneas de corrupción» (*Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea* Ob. Cit. Pág. 78).

vale de tres técnicas: i) Sistema de incompatibilidades; ii) Sistema de fideicomiso ciego; iii) Sistema de declaratividad. Veamos:

3.1. El sistema de incompatibilidades

Tal como lo presenta la propia Ley 5/2006, el régimen de incompatibilidades opera como una técnica de control de los conflictos de intereses²³⁷. Sin embargo, se demostrará también que más allá de lo que el texto de la ley exprese, lo cierto es que el sistema de incompatibilidades opera con fines adicionales a la vigilancia de situaciones de intereses controvertidos²³⁸. Para concretar su control, el sistema se vale de la instauración de cuatro prohibiciones: i) deber de inhibición en procedimientos conflictivos²³⁹; ii) prohibición de segundas actividades²⁴⁰; iii) prohibición retributiva²⁴¹; y, finalmente, iv) interdicción legal de poseer²⁴². El *deber de inhibición de intervenir en procesos conflictivos*, es decir, el de no tomar parte en decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyen a la vez intereses del puesto público e intereses privados propios, de familiares directos o intereses compartidos con terceras personas, se infiere del art. 4 de la Ley 5/2006 que define qué se entiende por una situación de conflicto de intereses, para luego pasar a regular instrumentos para su prevención y resolución. La *prohibición de segundas actividades* se plasma en el rotundo principio general de «dedicación exclusiva al cargo» formulado en el art. 5. Se traduce en una incompatibilidad total de

²³⁷ Distinto enfoque se da al sistema de incompatibilidades cuando se afirma que frecuentemente se suelen confundir los casos de conflicto de intereses con los de incompatibilidades; no obstante, técnicamente son situaciones muy distintas. Mientras los conflictos de intereses son situaciones que afectan la objetividad e imparcialidad del funcionario, las incompatibilidades son situaciones en que una persona ejerce un cargo público en simultaneidad con otro empleo o actividad remunerada. Ya sea pública o privada. Para evitar estas situaciones, los regímenes de acceso a la función pública contienen una serie de limitaciones a la acumulación de cargos, la percepción de beneficios previsionales e inclusive restricciones a la asignación en ciertos cargos conocidas como «inhabilidades». Así, a partir de la información vertida por el funcionario en su declaración jurada, también es posible controlar que no haya transgredido una incompatibilidad para el ejercicio del cargo». Oficina anticorrupción (República Argentina) Declaraciones juradas de funcionarios públicos –una herramienta para la prevención y control de la corrupción, tecnología informática y gestión pública–, Ob. Cit., Pág. 21.

²³⁸ García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Pág. 141.

²³⁹ Art. 4, Ley 5/2006.

²⁴⁰ Arts. 5, 9 y 11, Ley 5/2006.

²⁴¹ Art. 5, Ley 5/2006.

²⁴² Art. 6, Ley 5/2006.

realizar cualquier otra actividad pública o privada, excepto las permitidas *ex lege* en los arts. 9 y 10²⁴³ y la también permitida por el art. 70.1 de la CE, única

²⁴³ El artículo 5 («Dedicación exclusiva al cargo público») establece: «Los altos cargos comprendidos en el artículo 3 ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y no podrán compatibilizar su actividad con el desempeño, por sí, o mediante sustitución o apoderamiento, de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena, y, asimismo, tampoco podrán percibir cualquier otra remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas o entidades vinculadas o dependientes de ellas, ni cualquier otra percepción que directa o indirectamente provenga de una actividad privada. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las excepciones señaladas en los artículos 9 y 10». El art. 9 («Compatibilidad con actividades públicas») dispone: 1) El ejercicio de las funciones de un alto cargo será compatible con las siguientes actividades públicas: a) El desempeño de los cargos que les correspondan con carácter institucional, de aquéllos para los que sean comisionados por el Gobierno, o de los que fueran designados por su propia condición; b) El desarrollo de misiones temporales de representación ante otros Estados, o ante organizaciones o conferencias internacionales; c) El desempeño de la presidencia de las sociedades a que se refiere el artículo 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, cuando la naturaleza de los fines de la sociedad guarde conexión con las competencias legalmente atribuidas al alto cargo, así como la representación de la Administración General del Estado en los órganos colegiados, directivos o consejos de administración de organismos o empresas con capital público o de entidades de derecho público. No se podrá pertenecer a más de dos consejos de administración de dichos organismos, empresas, sociedades o entidades salvo que lo autorice el Consejo de Ministros. Será precisa también esta autorización para permitir a un alto cargo de los incluidos en este Título ejercer la presidencia de las sociedades a que se refiere el párrafo anterior. En los supuestos previstos en los párrafos anteriores los altos cargos no podrán percibir remuneración alguna con excepción de las indemnizaciones por gastos de viaje, estancias y traslados que les correspondan de acuerdo con la normativa vigente. Las cantidades devengadas por cualquier concepto que no deban ser percibidas serán ingresadas directamente por el organismo, ente o empresa en el Tesoro Público. 2) Los miembros del Gobierno y los Secretarios de Estado podrán compatibilizar su actividad con la de Diputado o Senador de las Cortes Generales en los términos previstos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. Finalmente, el art. 10 («Compatibilidad con actividades privadas») regula: El ejercicio de un puesto de alto cargo será compatible con las siguientes actividades privadas, siempre que con su ejercicio no se comprometa la imparcialidad o independencia del alto cargo en el ejercicio de su función, sin perjuicio de la jerarquía administrativa: a) Las de mera administración del patrimonio personal o familiar con las limitaciones establecidas en el artículo 6 de la presente Ley; b) Las de producción y creación literaria, artística, científica o técnica y las publicaciones derivadas de aquéllas, así como la colaboración y la asistencia ocasional y excepcional como ponente a congresos, seminarios, jornadas de trabajo, conferencias o cursos de carácter profesional, siempre que no sean consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios o supongan un menoscabo del estricto cumplimiento de sus deberes; c) La participación en entidades culturales o benéficas que no tengan ánimo de lucro o fundaciones siempre que no perciban ningún tipo de retribución o percepción por dicha participación superior a la autorizada por el artículo 3.5 de la Ley

disposición constitucional que hace referencia a los altos cargos y que marca una diferencia entre estos y los miembros del Gobierno²⁴⁴. El enunciado del art. 5 de la Ley 5/2006 pretende agotar todas las posibilidades imaginables de segundas actividades al margen del cargo público, por razón de la modalidad [puesto, cargo, representación, profesión o actividad], naturaleza [pública o privada] y autonomía [por cuenta propia o ajena]. Por ello, es lógico afirmar que si alguna hipótesis se escapa al dictado legal no ha sido tal la intención del legislador y que, en consecuencia, cualquier interpretación que demos al precepto debe ser restrictiva²⁴⁵. De este modo es como el artículo 5 de nuestra norma desarrolla el art. 98.3 de la CE en cuanto establece que «Los miembros del Gobierno no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario, ni cualquier otra función pública que no derive de su cargo, ni actividad profesional o mercantil alguna»²⁴⁶. En el mismo precepto se establece que la *prohibición remunerativa* consiste en una incompatibilidad que radica en la percepción de dos o más sueldos públicos o privados. Para Meseguer Yebra y Jiménez Asensio el objeto de este artículo es garantizar que la actuación del gobernante o alto cargo será totalmente independiente de cualquier tipo de intereses que no sean los inherentes a su cargo²⁴⁷. Pero, como anticipamos, cuando se trata de las incompatibilidades con otras actividades públicas, no sólo se estará pensando en defender la imparcialidad, sino también en garantizar la eficacia, principio sancionado por la Constitución y también llamado a presidir la organización y actividad de la Administración pública²⁴⁸.

49/2002, de 23 de diciembre, que regula el régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

²⁴⁴ El art. 70.1 de la CE establece: «La ley electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que comprenderán en todo caso.... b) A los altos cargos de la Administración del Estado que determine la ley, con la excepción de los miembros del Gobierno (...)»

²⁴⁵ Afirma Meseguer Yebra que la «interpretación restrictiva» ha de ser la norma general en la labor hermenéutica del régimen de incompatibilidades (*Régimen de conflicto de intereses...*, Ob. Cit., Pág. 112). También ha de tenerse en cuenta que tal como indica el Preámbulo de la Ley 5/2006, la consagración exclusiva del alto cargo a su puesto público restringe *todas* las actividades que puedan perturbar o incidir en el desempeño de las funciones públicas.

²⁴⁶ Recordamos que cuando se hace referencia a los miembros del Gobierno, nos remitimos al art. 98.1 CE que establece que «el Gobierno se compone del Presidente, de los vicepresidentes, en su caso, los Ministros y de los demás miembros que la ley establezca».

²⁴⁷ Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la Administración*, Ob. Cit., Pág. 111; Jiménez Asensio, Rafael, *Altos Cargos y Directivos Públicos –un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España-*, Ob. Cit., Pág. 165-166.

²⁴⁸ Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la Administración*, Ob. Cit., Pág. 111.

En efecto, la STC 178/1989 apuntó la ligazón existente entre el régimen de incompatibilidades y principio de eficacia, afirmando que la fundamentación constitucional del régimen legal de incompatibilidades no se encuentra sólo en el artículo 103.3 de la Carta Fundamental, sino también en el 103.1 del mismo texto, donde se recoge expresamente el principio de eficacia²⁴⁹. Jiménez Asensio hace oír su voz crítica al respecto al puntualizar que, sin perjuicio de que lo que sostiene el Tribunal Constitucional sea realmente así, no es menos cierto que, en el caso de los altos cargos, el sistema diseñado con la discrecionalidad en la provisión y marginación completa del sistema de mérito, no abunda precisamente en la idea de eficacia, sino en la difuminación de ésta como consecuencia del principio de libre nombramiento²⁵⁰. Rechazando esta postura aparece Meseguer Yebra para quien que el legislador persiga la dedicación exclusiva a la función pública por parte de los empleados públicos no es una finalidad ajena a la exigencia de profesionalidad de estos servidores, exigencia conectada directamente al principio constitucional de eficacia de la Administración de la que forman parte los altos cargos, al menos aquellos que no forman parte del Gobierno, e incluso éstos en su doble condición político-administrativa. La normativa estatal parte del principio general de que la dedicación de los altos cargos a la Administración debe ser completa y, en consecuencia, restringe el campo de actuación de éstos en cualquier actividad pública o privada que pueda colisionar con tal principio²⁵¹. Distinto enfoque es el que presenta García Mexía. El autor busca fundamentos específicos en el caso de los políticos y, como era de esperar, concluye que ello obedece a su especial status. Para él el fundamento constitucional de la técnica de la incompatibilidad debe encontrarse en la separación de funciones y la búsqueda de objetivos propios, así como en el pluralismo político, la defensa y promoción de la libertad, la justicia y la igualdad, y la transparencia pública en la gestión; principios a los que sí habría que agregar los aplicables a todo servidor de la Administración: dedicación, eficacia e imparcialidad²⁵². Es acertada, por cierto,

²⁴⁹ En el caso, el Tribunal Constitucional abordó, en concreto, el establecimiento del denominado principio de «incompatibilidad económica» o de dedicación a un solo puesto de trabajo y concluyó que «no vulnera en modo alguno la Constitución, ya que no están vinculados únicamente, ni tienen por qué estarlo, de modo exclusivo y excluyente a la garantía de la imparcialidad. Tales principios responden a otro principio constitucional, concretamente, al de eficacia, que es además, un mandato para la Administración, en la medida en que ésta ha de actuar «de acuerdo con él» (STC 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 3).

²⁵⁰ Jiménez Asensio, Rafael, *Altos cargos y directivos públicos...*, Ob. Cit., Pág.166.

²⁵¹ Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la Administración*, Ob. Cit., Pág. 112.

²⁵² García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Pág. 124. También se señala la disimilitud entre los regímenes de incompatibilidades privadas

la precisión para el caso de los políticos que propone García Mexía, pero lo que tampoco se nos puede escapar es que procede también discriminar la finalidad de la incompatibilidad en el caso de que recaiga sobre actividades privadas o públicas. En el caso de la «incompatibilidad pública» el objetivo es preservar la independencia del cargo político con otros poderes públicos, a diferencia de la «incompatibilidad privada» que busca evitar situaciones de conflictos de intereses, es decir, situaciones en las que confluye el interés público con otro privado. Resta referir que el artículo 6 de la Ley 5/2006, que establece la cuarta «prohibición» que enunciamos, contiene una peculiar *incompatibilidad* puesto que describe un supuesto que no consiste en la realización de una actividad sino en la *posesión de un haber, específicamente de un bien*²⁵³. De todos modos, en la misma línea del artículo 5, se trata de un supuesto en que la norma propende a asegurar, merced una importante restricción en los derechos del agente, la debida *subversión hacia lo público*, esto es que las manifestaciones concretas del poder estatal no responderán a las especulaciones o beneficios particulares, ya que la configuración de aquel patrimonio privado, compuesto por participaciones en empresas vinculadas al sector estatal, harían sospechar que el obrar del agente podría obedecer a la consecución de intereses particulares.

3.2.- El sistema de control y gestión de activos y valores financieros

Una de las destacadas novedades que trajo consigo la Ley 5/2006 es el haber erigido el instituto de «control y gestión de activos y valores financieros»

aplicables a los Miembros del Gobierno y altos cargo de la Administración General del Estado y, por otro lado, a los miembros de las Cortes Generales –art. 159 de la LOREG–. La Ley de conflictos añade al principio de incompatibilidad absoluta dos instrumentos de regulación de los conflictos de intereses de un alcance muy general: el deber de inhibición ante procedimientos conflictivos y la prohibición de mantener participaciones en empresas contratistas con el sector público; sobre esas bases se limita a establecer las excepciones para lo que cabe calificar como un muy severo régimen de incompatibilidad entre el desempeño de un puesto en el Gobierno, o de un alto cargo en la Administración General del Estado, y el de una actividad privada (y de sus oportunas retribuciones). La Ley Electoral, por el contrario, yuxtapone al señalado principio de incompatibilidad absoluta la enumeración de una serie de supuestos de actividades privadas «en todo caso» incompatibles con la ocupación del escaño parlamentario, supuestos que además perfila con esmerada singularidad; en la práctica totalidad de los casos, se trata de actividades ligadas a empresas o a contratos de naturaleza pública; por ello es fácil deducir que nuestra legislación otorga al Diputado o Senador español un muy amplio margen de maniobra para el ejercicio de actividades privadas, si se compara con la rígida incompatibilidad privada vigente para los miembros del Gobierno y altos cargos, para quienes el desempeño de sus puestos resulta muy difícilmente compatible con el desarrollo de actividades privadas.

²⁵³ Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la Administración*, Ob. Cit., Pág. 118.

como herramienta de prevención de conflicto de intereses²⁵⁴. Con ello lo que básicamente se hace es reemplazar un control por otro. El gobernante o alto cargo tendrá prohibido el control de su patrimonio financiero de dimensiones conflictivas que deberá encomendarlo a un tercero con el que estará incomunicado. Se trata de una versión española del llamado *blind trust* o fideicomiso ciego, una institución muy característica de la legislación estadounidense en la materia. En nuestro caso, la norma obliga a celebrar el contrato de encomienda de gestión y administración a aquellas personas incluidas en su ámbito de aplicación que ostenten «competencias reguladoras, de supervisión o control sobre sociedades mercantiles, que emitan valores y otros activos financieros negociables en un mercado organizado», en relación con aquellos de que sean titulares tales personas, sus cónyuges no separados legalmente o sus hijos menores de edad no emancipados. No todos los altos cargos incluidos en el ámbito de aplicación de la ley han de proceder a la celebración de este contrato, sino únicamente los que en razón al muy particular riesgo de conflicto de intereses que pueden suponer sus competencias de regulación o supervisión sobre sociedades mercantiles. Esta modalidad de control supone la necesidad de que las personas incluidas en el mencionado ámbito subjetivo encomienden contractualmente la gestión y administración de tales valores o activos a una entidad financiera registrada en la Comisión Nacional del Mercado de Valores. El elemento nuclear de este tipo de contratos es lo que se dio en llamar la ceguera del contrato, es decir, el aislamiento del gestor respecto de toda instrucción que pudiera emanar de los interesados: en la «incomunicación» del gestor. Y la Ley 5/2006 conceptúa tal *ceguera* como la necesidad de que el gestor que administre el patrimonio sometido al contrato con exclusiva sujeción a las directrices generales de rentabilidad y riesgo en él establecidas, sin poder recabar ni recibir instrucciones de inversión de los interesados. Tampoco podrá revelársele la composición de sus inversiones.

3.3.- El sistema de declaratividad de actividades y bienes

El sistema por el que se impone a los servidores públicos la exigencia de formular declaraciones juradas de sus actividades económicas y de la integridad de sus patrimonios privados, en términos muy amplios, puede caracterizarse como un mecanismo de control o rendición de cuentas que contribuye a proteger los intereses públicos, o con menos palabras, como un instrumento para hacer valer la responsabilidad política. La Ley 5/2006, exige que los miembros del Gobierno y demás altos cargos realicen una declaración de actividades²⁵⁵ [de carácter público] y una declaración patrimonial comprensiva

²⁵⁴ Ley 5/2006, art. 13.

²⁵⁵ Ley 5/2006, art. 11.

de la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones [de carácter reservado]²⁵⁶. Ambas son gestionadas, es decir, custodiadas y controladas por la Oficina de Conflictos de Intereses, adscripta orgánicamente al actual Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Esta Oficina tiene la obligación de elevar al Gobierno, para su remisión al Congreso de Diputados, cada seis meses información detallada del cumplimiento por los altos cargos de las obligaciones de declarar, así como de las infracciones que se hayan cometido (vinculadas a la esa ley) y de las sanciones que hayan sido impuestas, con identificación de sus responsables²⁵⁷. De tal suerte, encontramos en este *especial mecanismo de rendición de cuentas* que es el sistema de declaraciones juradas de actividades y bienes las siguientes particularidades:

i) Los sujetos cuentadantes [responsables] son los altos cargos [definidos ficticiamente por la propia ley]. Todos ellos son sujetos que ejercen poder público político y el ejercicio de ese poder está legitimado democráticamente.

ii) La materia sobre la que han de rendir cuentas no será necesariamente «actos de dirección política» o mejor dicho, no lo será de forma inmediata, sino que ha tratarse de asuntos personales con relevancia pública e interés político en tanto permiten controlar el fiel ejercicio del cargo asumido [se trata de asuntos privados con trascendencia pública]. Podrá pedirse al gobernante o alto cargo explicación tanto de la composición y evolución de su patrimonio, como de la concesión de una subvención otorgada a una empresa en la que integrantes de su círculo personal más íntimo desempeñen algún cargo de relevancia mencionado por la ley.

iii) Los sujetos ante los que han de rendir cuenta son diversos: ante Gobierno, que en algunos casos serán sus superiores, esto en el supuesto de las públicas declaraciones de actividades; y ante la Oficina de Conflictos de Intereses y el Congreso de los Diputados. Sólo en el caso de las declaraciones de actividades y de bienes de los Miembros del Gobierno y Secretarios de Estado se rendirán cuentas obligatoria y directamente ante los ciudadanos²⁵⁸.

iv) El mecanismo consiste en un sistema de declaratividad que exige una manifestación formal y escrita por parte del alto cargo. Las declaraciones deben prestarse bajo juramento de decir verdad²⁵⁹. Su naturaleza jurídica es la de un

²⁵⁶ Ley 5/2006, art. 12.

²⁵⁷ Ley 5/2006, art. 16.

²⁵⁸ Conforme el art. 14.4 de la Ley 5/2006 «el contenido de las declaraciones de bienes y derecho patrimoniales de los miembros del Gobierno y de los Secretarios de Estado se publicarán en el Boletín Oficial del Estado...».

²⁵⁹ Esto se colige del art. 19 del Real Decreto 432/2009, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley 5/2006, y que establece que los altos cargos «serán

acto jurídico unilateral y personalísimo. Consecuencia de todo ello es que la declaración sólo puede ser cumplida por el agente público, no puede ser en ningún momento objeto de una delegación, y no daría lugar –en principio– a que el agente involucrado pueda redirigir las preguntas que sobre su contenido le efectuara el Parlamento. También en principio, tampoco un Superior podría presentarse a informar sobre una declaración o sobre un asunto que no fuera el propio. Habrá, entonces, una clara identificación del sujeto responsable: deberá rendir cuentas cada agente de sus propios bienes y actividades.

v) Dado el carácter reservado del «Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales» impuesto por la norma y el acceso limitado que se permite sólo a los órganos públicos expresamente previstos [propio interesado, Congreso de los Diputados y Senado, comisiones parlamentarias de investigación que se constituyan, órganos judiciales para instrucción o resolución de procesos; y Ministerio Fiscal que realice actuaciones de investigación (art. 14.3)] los órganos superiores y directivos de la Administración no pueden tener acceso al contenido de las declaraciones de los otros altos cargos, aún cuando fueran ellos mismos los que los designaron en sus puestos. La información que contiene el registro se declara sometida a lo dispuesto en la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y a sus normas de desarrollo²⁶⁰. A resultas de las especiales características de este mecanismo de rendición de cuentas debemos plantearnos cómo operará en este caso específico la responsabilidad política institucional. Más allá de que el Congreso tenga un poder general de pedir la información y comparecencia de cualquier ciudadano para la investigación de cualquier asunto de interés público²⁶¹ y que esto

responsables de la veracidad y actualidad de los datos que cumplimenten en las declaraciones, así como en las comunicaciones».

²⁶⁰ Conforme el art. 4 del Real Decreto 432/2009, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley 5/2006.

²⁶¹ El Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982, en cuanto al trabajo de las «Comisiones no permanentes», establece en su Artículo 52 «1. El Pleno del Congreso, a propuesta del Gobierno, de la Mesa, de dos Grupos Parlamentarios o de la quinta parte de los miembros de la Cámara, podrá acordar la creación de una Comisión de Investigación sobre cualquier asunto de interés público; 2. Las Comisiones de Investigación elaborarán un plan de trabajo y podrán nombrar Ponencias en su seno y *requerir la presencia*, por conducto de la Presidencia del Congreso, *de cualquier persona para ser oída*. Tales comparecencias se ajustarán a lo dispuesto en la Ley prevista en el artículo 76.2 de la Constitución, y responderán, en todo caso, a los siguientes requisitos: a) La notificación del requerimiento para comparecer y de los extremos sobre los que se deba informar habrá de hacerse con quince días de antelación, salvo cuando, por concurrir circunstancias de urgente necesidad, se haga con un plazo menor, que en ningún caso será inferior a tres días. b) En la notificación, el ciudadano requerido será advertido de sus derechos y obligaciones y podrá comparecer acompañado de la persona que designe para asistirlo». Asimismo, el Artículo 44 «Las Comisiones, por conducto del Presidente del Congreso, podrán recabar: 1º. La

también ocurra respecto de un miembro del Gobierno, alto cargo o funcionario, lo cierto es que en el supuesto de la investigación de un hecho vinculado a nuestra Ley 5/2006, particularmente puede hacerlo activando la «responsabilidad política institucional». La norma en su artículo 16 expresamente asigna al Congreso de los Diputados una concreta competencia de fiscalización y vigilancia consistente en asegurar la transparencia del control del régimen de incompatibilidades. En concreto, le solicita que esté al tanto del *cumplimiento por parte de los altos cargos de las obligaciones de declarar», así como de las infracciones que hayan cometido y de las sanciones que hayan sido impuestas en la materia. Tiene así el Congreso de los Diputados un poder privilegiado de juicio y crítica sobre el efectivo cumplimiento por parte de la cúpula del ejecutivo de las obligaciones personalísimas que le impone la Ley de «conflictos de intereses».* En poder de esta competencia expresa, el Congreso de los Diputados podría pedir la comparecencia [entendemos que en caso de sospecha de falsedad u omisiones en las declaraciones; frente a enriquecimientos desproporcionados; desempeño de actividades prohibidas; apariencia de situación de conflicto de intereses, etc.] de cualquiera de los sujetos obligados de la Ley 5/2006 no sólo para que informen sobre aspectos de sus declaraciones juradas, etc., sino para que se justifiquen y, eventualmente, los rectifiquen. Con ello el Parlamento estaría haciendo valer dos tipos de responsabilidades: explicativa y enmendadora o rectificadora, de tercer y cuarto nivel, por lo que en el supuesto se sobrepasarían los niveles calificados como propios de la llamada «forma débil de exigencia de responsabilidad política institucional». Por tanto, si bien resulta posible que «cuando se requiera la justificación y explicación de una determinada orientación política [tercer nivel] sea el ministro el único capaz de hacerlo»²⁶², cuando la comparecencia tenga por objeto rendir cuentas del cumplimiento de las obligaciones por el llamado sistema de «conflictos de intereses» y «declaratividad de actividades y bienes», será –en principio– sólo el «alto cargo» involucrado en el asunto el capaz de responder. Por tanto, la particularidad que trae consigo la Ley 5/2006 al sistema de «responsabilidad política institucional» es que en algunos supuestos quedaría anulada toda posibilidad de responsabilidad en cascada. Como vimos, un Ministro puede ser llamado ante el Parlamento para informar o dar explicaciones sobre la gestión de un inferior a quien él designó, sin embargo, si

información y la documentación que precisen del Gobierno y de las Administraciones Públicas, siendo aplicable lo establecido en el apartado 2 del artículo 7º; 2º. La presencia ante ellas de los miembros de Gobierno, para que informen sobre asuntos relacionados con sus respectivos Departamentos; 3º. La presencia de autoridades y funcionarios públicos competentes por razón de la materia objeto del debate, a fin de informar a la Comisión. 4º. La comparecencia de otras personas competentes en la materia, a efectos de informar y asesorar a la Comisión».

²⁶² Bustos Gisbert, Rafael, *La responsabilidad política del gobierno: ¿realidad o ficción?*, Ob. Cit., Pág. 57.

se trata de dar razones sobre los términos en que se formuló una declaración jurada de bienes o de la evolución del patrimonio propio de otro agente, el Ministro nunca podría ser llamado, ni por el Presidente, ni por el Parlamento.

Algún sector de la doctrina, como ya apuntamos, ha definido a este sistema de declaratividad simplemente como una «técnica de control y prevención de conflictos de intereses». No obstante, en este trabajo se le reconoce una operatividad más extendida: se lo singulariza como una *técnica de control de actos de corrupción*²⁶³. La razón se ha venido argumentando desde que propusimos también hacer un amplio enfoque de la norma que lo contiene. Dijimos que la Ley 5/2006, precisamente merced este sistema de declaraciones de actividades y bienes, tiene virtualidad suficiente no sólo como para prevenir y detectar situaciones de conflicto entre el interés público y los intereses privados de los altos cargos, sino también como también para detectar aquellos casos donde se presente como aparente un enriquecimiento indebido del agente. El sistema de declaratividad concede la posibilidad de intervenir en aquellas situaciones para despejar dudas o, si el supuesto lo amerita, adoptar las acciones pertinentes para investigar los concretos actos que dieron lugar al ilegítimo acrecentamiento patrimonial y punir esas conductas. Por ello, y para dar más precisión a la definición recomendada, es importante destacar un aspecto prácticamente obviado por la doctrina: el sistema de declaratividad no sólo reconoce un fin preventivo, aunque fuera este el fin más rentable. De hecho, puede que de ser bien utilizado, su mejor logro sea la detección de aquellas prácticas corruptas en las que han existido uno o sucesivos precios de venta por los actos de función²⁶⁴. Fundamentalmente se utilidad se explica ante la especial

²⁶³ De hecho García Mexía ordena su trabajo bajo los títulos: «La incompatibilidad como técnica de control de los conflictos de intereses» (Pág. 141 y ss.) y «Las declaraciones de intereses como técnica de prevención de conflicto de intereses» (Pág. 181 y ss.) (*Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit.).

²⁶⁴ Valorando la trascendencia de la evaluación cotidiana del patrimonio de los agentes públicos, Asencio Mellado propone la tipificación en el ámbito español del delito de enriquecimiento ilícito. Para ello sostiene: «el legislador, consciente de la insuficiencia de atender al fenómeno de la conducta ilícita, de muy difícil prueba y acreditación y que, dada la amplitud de la normativa, especialmente la que regula la disciplina urbanística, tiene en muchas ocasiones apariencia de legalidad, ha comenzado a tomar conciencia de la necesidad de acudir, para probar la ilicitud de una decisión aparentemente legal, pero que afecta a los intereses generales, a la acreditación del efecto de tales conductas en el patrimonio del sospechoso o de terceros que pudieran haber intervenido en el hecho. Este es un paso tan ineludible que negar su necesidad significa, sencillamente, colaborar indirectamente con la corrupción, protegerla o tolerarla, cuando no levantar sospechas, ante tal conducta pasiva, acerca de posibles intereses cuyo origen estaría en una, muchas veces aludida, financiación ilegal de partidos políticos (...) Porque *a nadie se le oculta que la aparición de bienes en el patrimonio del funcionario público, bien los que están bajo su titularidad o bien bajo la de*

fenomenología de los hechos de corrupción, en los que aún los mayores esfuerzos de la justicia suelen fracasar en el intento de desentrañar los acuerdos venales de los agentes públicos infieles. Y precisamente por ello es que, no sólo no se encuentra objeción, sino que se afirma la conveniencia de que sean también exigidas declaraciones juradas de bienes a los restantes servidores con manejo de poder discrecional, sin perjuicio de la jerarquía, aunque siempre evaluando la proporcionalidad entre el riesgo de corrupción del cargo y la intensidad del recorte a la privacidad. Por cierto, no es esta la postura del ordenamiento jurídico español que excluye de todo deber de formular declaraciones tanto a los miembros del poder judicial, como a los de otros órganos constitucionales distintos del Gobierno y Cortes Generales²⁶⁵. El alcance

terceros, personas físicas o jurídicas fraudulentas, constituyen la única vía para reprimir la corrupción política, habiéndose desatendido, a pesar de los múltiples referentes existentes, en el derecho comparado, un medio tan simple y eficaz» (Asencio Mellado, José María, *La lucha contra la corrupción. El delito de enriquecimiento ilícito*, La Ley 5554/2010, doctrina que forma parte del libro «Estado de derecho frente a la corrupción urbanística», Edición nº 1, Editorial La Ley, Madrid, 2007).

²⁶⁵ En cuanto al Poder Legislativo en virtud de la Ley Electoral, los Diputados y Senadores habrán de formular declaración sobre causas de incompatibilidad y actividades que proporcionen ingresos económicos, así como bienes patrimoniales (art. 160 de la Ley 5/1992, de 19 de junio, Ley Orgánica del régimen electoral general, modificada por la Ley Orgánica 7/2011, que ha entrado en vigencia el 8 de septiembre de 2011). Actualmente tres son las fuentes del régimen de declaraciones aplicables a los Diputados y Senadores: i) la legislación electoral (art. 160 LOREG); ii) los Reglamentos de las Cámaras; Reglamento del Congreso 20.2 y 18 Reglamento del Senado 1.3 y 26; y iii) el Acuerdo de las Mesas del Congreso de Diputados y el Senado, de 19 de julio de 2011, por el que se modifica el Acuerdo de las Mesas de Congreso de los Diputados y del Senado, de 21 de diciembre de 2009, por el que se aprueban normas en materia de Registro de Intereses para dar cumplimiento a lo establecido en la reforma del artículo 160.2 de la Ley orgánica del Régimen Electoral General (413/000002 –CD-). En cuanto al Poder Judicial, el art. 127.1 de la CE prohíbe a los Jueces y Magistrados, así como Fiscales mientras se hallen en servicio activo, desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. El art. 127.2 dispone que la ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos. La Ley Orgánica del Poder Judicial (6/1985, de 1 de julio, arts. 389 a 397, establece el régimen de incompatibilidades para aquellos que tengan la condición de juez o magistrado. Al resto del personal de la Administración de Justicia (aquellos que no tengan la condición de juez o magistrado) le resulta aplicable el régimen de la LO 1/1985, ello por aplicación del artículo 489 de la LOPJ que dispone que “.....”, sin perjuicio de los supuestos adicionales que prevé. A los secretarios judiciales les resulta aplicable el régimen de la carrera judicial, salvo las prohibiciones del art. 395 de la LOPJ (art. 474 LOPJ). Por su parte, los arts. 57 a 59 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre) regulan las incompatibilidades y prohibiciones aplicables a los miembros del Ministerio Fiscal. En lo tocante a otros órganos constitucionales, el Defensor del Pueblo y sus adjuntos [Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Aprobada por Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, arts 7 y 8]; Miembros de la

subjetivo del deber de declarar en el ordenamiento jurídico español es muy restringido²⁶⁶. Se limita a los cargos políticos en lo que corresponde a la Administración General del Estado, es decir, miembros del Gobierno y altos cargos. El deber aparece también para los miembros de las Cortes Generales. Quedan excluidos de este particular recurso de control los miembros del Poder Judicial, como el resto de los órganos constitucionales. El dato autoriza una inferencia: *el deber de declaratividad aparece donde hay cargos de confianza política*; donde se especula que la potencialidad lesiva de los actos de corrupción cometidos por quienes ocupan esos puestos es mayor, como mayor es la importancia de sus decisiones, la cuota del poder que ejecutan y, sobre todo la importancia de la imagen que ofrecen. Lo que llama la atención, y en esto se reconoce una predilección por la legislación latinoamericana quizás más sincera en sus preocupaciones, que el deber de declaración no se extienda a otros órganos constitucionales. Básicamente lo que sucede es que se decidió por no cargar con ese deber al agente que carece de la condición de cargo político²⁶⁷. Pero este diferente tratamiento no encuentra justificación. Es cierto que los cargos políticos legitiman su poder por una relación de confianza, como también lo es que los miembros del Gobierno y la élite política de la Administración resultan especialmente vulnerables a la corrupción. Aún así, no son sino todos los poderes estatales los que deben rendir cuentas a la ciudadanía de cómo administran el poder en su nombre pues, en definitiva, no debe perderse de vista que todo poder reside en el pueblo (art. 1.2 CE)²⁶⁸. De lo que se deduce

Comisión Permanente del Consejo de Estado [Ley Orgánica del Consejo de Estado. Aprobada por ley 3/1980, de 22 de abril, art 12].

²⁶⁶ García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Pág. 182.

²⁶⁷ Pero más allá de la legislación latinoamericana, en este aspecto, la legislación española contrasta también con la norteamericana que optó por imponer la presentación de declaraciones de intereses a cargos y funcionarios que, aún sin ocupar altos cargos, se hallaren expuestos de modo especial al surgimiento de conflictos de intereses: bien porque trataran de forma inmediata con los administrados, bien porque dispusieran de importantes márgenes de discrecionalidad para la adopción de decisiones, bien por la combinación de ambos. A esta declaración le impuso un «carácter reservado». De ahí que la *Ethics Reform Act* de 1989 estableciera el carácter *reservado* de este tipo de declaraciones –al exigirse únicamente la revelación de su contenido a autoridades competentes– en lo que viene a constituir la excepción de la regla de publicidad, auténtico núcleo de la normativa estadounidense sobre declaraciones (García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Pág. 182-183).

²⁶⁸ Para López Guerra ahora es norma general en el contexto europeo que el principio democrático ha venido a monopolizar la legitimidad de los poderes del Estado. Se reconoce, en forma general, que la división de poderes del Estado constitucional, antes basada en una distinta legitimación de cada uno de ellos, se ha convertido en un reparto de competencias del Estado entre órganos fundados en una misma legitimación (Cfr. López Guerra, Luís, *Funciones del Gobierno y dirección política*, Ob. Cit., Pág. 19).

necesariamente que ninguna actuación de ningún órgano, ya posea el mismo carácter representativo, ya vicarial de la sociedad, que pueda afectar a la misma en su conjunto, debiera permanecer excluida de control y conocimiento de ésta. Si donde hay poder hay corrupción, no se explica por qué un ámbito de gestión de ese poder puede quedar desligado del deber de soportar sobre él la activación de los instrumentos de prevención, detección y sanción de prácticas corruptas. *¿Dónde está la corrupción?* es una pregunta de respuesta compleja, pero aún así la realidad da muestra cabal de que puede encontrarse tanto en la élite de los cargos políticos como en los cargos funcionariales de cualquier poder público. Incluso hay quien afirma que la corrupción importante no es la de unos pocos mayoristas sino la que sirve al menudeo cotidiano en casi todas las dependencias públicas y que no tiene el morboso atractivo de la contaminación política»²⁶⁹.

Tal como está ubicado y desarrollado en la ley, el sistema de declaratividad impuesto a los gobernantes y altos cargos de la Administración General del Estado reconoce dos funciones básicas: **i)** prevenir y detectar conflictos de intereses e incompatibilidades; y **ii)** controlar la evolución patrimonial de esos agentes con el fin de prevenir y detectar la comisión de hechos corruptos en los que han puesto precio de venta a su función. Ahora bien, para llegar a descubrir si un agente incrementó ilícitamente su patrimonio resulta indispensable contar con información confiable acerca de su situación económica antes de asumir el cargo, información periódica sobre la evolución de su patrimonio mientras permanece en ese puesto, e información sobre su situación patrimonial al egreso del mismo. Todos estos datos son un insumo básico para determinar, en última instancia, una responsabilidad penal. Y es aquí donde un sistema de declaraciones juradas óptimo cumple su rol esencial²⁷⁰. En primer lugar, mediante las declaraciones se conocerán las actividades e intereses económicos, comerciales, financieros y profesionales que

²⁶⁹ Nieto, Alejandro, *La organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1984, Pág. 113. En un sistema democrático, no hay poder que merezca resistir el control ni omitir rendir cuentas de su fiel gestión a los ciudadanos. Sí hay que reconocer que en este sentido las sucesivas leyes de «incompatibilidades» y «conflicto de intereses» marcan la tendencia de expandir el control. Lo vemos en cuanto han ido bajando escalones en la jerarquía administrativa. La Ley 25/1983 (art. 10.2) sólo pedía la formal declaración de bienes sólo a algunos «altos cargos». Luego la Ley 5/2006, de 10 de abril, se la pide a todos los cargos nombrados por el Consejo de Ministros. Como también señala Nieto «el mito liberal de una burocracia simple ejecutora de decisiones políticas se ha roto», por tanto es necesario controlar a toda la Administración pues en casi toda su estructura pueden encontrarse cargos que trabajen con un amplio margen de discrecionalidad.

²⁷⁰ Oficina Anticorrupción (República Argentina) *Declaraciones juradas de funcionarios públicos –una herramienta para la prevención y control de la corrupción*, tecnología informática y gestión pública, Ob. Cit., Pág. 18-19.

registran los agentes públicos. A partir de estas averiguaciones, más los datos relativos al cargo que ejerce, sus competencias y participación en toma de decisiones, será posible detectar situaciones de conflicto de intereses y, en consecuencia, tomar los recaudos necesarios para evitar que sus actos carezcan de objetividad e imparcialidad. Pero, por otro lado, la información que las declaraciones juradas transmiten no está sólo en los datos que en ellas se plasman, sino –y sobre todo– en aquellos que maliciosamente los agentes omiten o falsean. Transmite información útil el servidor público que declara como es debido, como aquel que no lo hace o que lo hace falseando u omitiendo deliberadamente, claro está, siempre que esto sea descubierto por la autoridad de control. Estos hechos pueden tomarse como indicios que justifican *prima facie* la sospecha de la comisión de un acto de corrupción. Por tanto, la información privada que contiene una declaración jurada puede hacer necesario conocer otros aspectos de la privacidad del agente. En este sentido, será sólo la puerta de ingreso a otros tantos de sus aspectos íntimos. Ante una sospecha indiciaria y para verificar la veracidad de una declaración puede que sea necesario confrontar la realidad económica que en ella se vuelca con registros públicos [*i.e* de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles] o privados [informes financieros o bancarios, entre otros]. Semejante pesquisa sobre las actividades económicas, bienes y obligaciones de un agente, conllevará una injerencia en su privacidad dejándolo con escaso margen para reservar para sí una intimidad económica. Por ello, resulta imprescindible que si la actividad de control se decidiera por poner en marcha investigaciones que provoquen injerencias en el derecho a la intimidad, en primer lugar, sólo la disponga ante la sospecha, cuanto menos indiciaria, de la comisión de una irregularidad administrativa o práctica corrupta y siempre respetando el canon de constitucionalidad. Un aspecto que habría que valorar es, según el caso, la pertinencia de que fuera la autoridad judicial la que disponga las medidas que impliquen injerencias en la intimidad. No obstante, entendemos que en principio, la Oficina de Conflictos de Intereses, como gestora de los registros, tiene competencia para recabar informes para verificar la veracidad de las declaraciones y, en su caso, pedir la colaboración de los restantes Órganos de Administración General del Estado²⁷¹. En efecto, en su art. 19, referido a las actuaciones previas al procedimiento sancionador, establece que los ficheros, archivos o registros de carácter público y, en especial, los de las Administraciones Tributarias y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social proporcionarán a la Oficina de Conflictos de Intereses cuando ésta lo requiere, información, datos y colaboración de la forma establecida en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de *Protección de Datos de Carácter*

²⁷¹ Real Decreto 432/2009, de 27 de marzo, art. 23 y Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, art. 18.

Personal y, en su caso, en la Ley General Tributaria. Fuera de esto, llamativamente, nada de cuanto se refiere a las específicas competencias para investigar la veracidad de las declaraciones juradas de los gobernantes y altos cargos y, por tanto, entrar en el ámbito de la intimidad de éstos, fue desarrollado por la Ley 5/2006, que se limita a encomendar a la Oficina de Conflictos de Intereses la llevanza y gestión de los Registros de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales de los Altos Cargos y la custodia y seguridad e indemnidad de los datos y documentos en ellos contenidos²⁷². Y aunque excede el tema de esta tesis, y debido a la trascendencia que cobra como herramienta anticorrupción del sistema de declaratividad, cabría también preguntarse sobre otra cuestión de la que la doctrina nada dice y es si la constatada omisión de presentar la debida declaración jurada o bien la falsedad deliberada con que fuera redactada, por su grave violación a un deber institucional básico de serias repercusiones, amerita una sanción penal.

Resta mencionar, por último, que más allá de su fin preventivo, de detección y sanción de prácticas corruptas, se ha visto a las declaraciones juradas, especialmente a las de contenido patrimonial, como una manera de reducir escándalos políticos innecesarios. Para Villoria Mendieta, hay personas que cuando ingresan en política o cuando ocupan puestos administrativos ya poseen una gran fortuna, de forma que la revelación de ese patrimonio puede ayudar a conocer fuentes de conflicto de interés. Además, el descubrimiento de tal fortuna durante el mandato podría ser fuente de un escándalo, basado en la manipulación de datos, si no existiera información previa. Para el autor, conocer desde el inicio ese patrimonio reduce las posibilidades de escándalos dañosos para la imagen de lo público²⁷³.

4. LA EXPANSIÓN DEL CONTROL SOBRE LA VIDA PRIVADA DE LOS GOBERNANTES Y ALTOS CARGOS EN TIEMPO Y ESPACIO

La Ley 5/2006 dispone de las técnicas de incompatibilidad, fideicomiso ciego y declaratividad para vigilar actividades y situaciones de gobernantes y altos cargos que se suceden fuera de lo que es el ejercicio de las funciones públicas. Sucede, entonces, que la expansión de controles que cada una de estas técnicas lleva consigo, y que se acaban de describir, nos fuerza a replantearnos y cuestionar los lindes de la categoría subjetiva «persona pública», en la que en el capítulo primero subsumimos a gobernantes y altos cargos. Se dijo por entonces que tal como está perfilada por el Tribunal Constitucional, se incluye en ella a todos aquellos que tienen atribuida la administración del poder público.

²⁷² Ley 5/2006, art. 15.

²⁷³ Villoria Mendieta, Manuel, *La corrupción política*, Ed. Síntesis, Madrid, 2006, Pág. 60.

«Persona pública» es quien ostenta o desempeña un cargo público. Se identificó también, y precisamente a causa de ese rol institucional, como elemento invariable que la acompaña el hecho de que estas personas públicas estén sometidas al control de la colectividad: la ciudadanía tiene derecho a inspeccionar como ejercen el poder en su nombre. Ocurre, sin embargo, que la Ley 5/2006 expande esos controles democráticos en el espacio y el tiempo y desborda, en alguna medida, los límites conceptuales de la categoría. En primer lugar, *expande los controles en el espacio* cuando pone ante los ojos del Estado y ciudadanos aspectos privados de los gobernantes y altos cargos. Y aunque ya sabemos que la ciudadanía tiene derecho a inspeccionar no sólo los actos públicos de los gestores, sino también lo que ellos digan y hagan al margen de sus funciones, siempre que el dato guarde una directa y evidente relación con el desempeño de su cargo, esta norma avanza dejando fuera de toda reserva prácticamente toda la intimidad económica del agente. Por otro lado, *expande su control en el tiempo* pues la vigilancia de lo que hacen o poseen no sólo está activa mientras el sujeto ostenta ese poder público. La asunción del cargo proyecta efectos hacia el pasado y futuro: interesarán aspectos privados de su vida privada que han tenido ocurrencia antes, durante y después de la función. Finalmente, expande su control también en cuanto a los sujetos que deben soportarlo. La actividad de control y vigilancia alcanzará al cónyuge, a quien conviva en análoga relación de afectividad y otros miembros de la unidad familiar, como hijos menores no emancipados o simplemente dependientes, o personas tuteladas. De tal suerte que el interés público que originariamente acapara el agente, irradia también sus efectos sobre ese «vínculo íntimo» y, termina por arrancarlos a ellos también de su anonimato.

4.1. Los espacios privados objetos de control

La Ley 5/2006 exige a gobernantes y altos cargos que declaren ante la autoridad su situación y actividades económicas, y, con ello, habilita el control y vigilancia sobre estos aspectos que hacen a su vida privada. En concreto, cuando se interesa por las actividades privadas de los agentes, lo hace por: **i)** sus actividades profesionales, mercantiles o laborales, y los intereses que ellas provocan²⁷⁴; **ii)** el tiempo y forma en que se dedican a las actividades privadas

²⁷⁴ La Ley 5/2006 se interesa en las actividades privadas realizadas antes de la función en los términos de los Arts. 7 (Deber de inhibición y abstención) y 8.6 (Limitaciones al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese). En cuanto a las actividades privadas realizadas cuando ya se está en posesión del cargo, nos encontramos con los Arts. 5 (Dedicación exclusiva al cargo) y 10 (compatibilidad con actividades privadas). Finalmente, en lo tocante a las actividades privadas realizadas con posterioridad al cese, se interesa por i) si prestan servicios en empresas o sociedades privadas relacionadas directamente con las competencias del cargo desempeñado y ii) si celebran por sí mismos, o a través de ciertas

compatibles, como lo son la administración del patrimonio personal o familiar, las actividades intelectuales y la participación en entidades culturales o benéficas²⁷⁵; y **iii**), según el caso, los contratos que, como personas privadas, hubieran acordado con el sector público. También toma como objeto de escrutinio sus patrimonios. En este caso pone su atención en: **i**) lo que cada agente posee por sí o junto con algunos de sus vínculos íntimos²⁷⁶; **ii**) lo que ha recibido en sucesión hereditaria o a título gratuito²⁷⁷; **iii**) las transmisiones que realiza de aquellas participaciones societarias cuando está obligado a desprenderse de ellas²⁷⁸; **iv**) los valores o activos financieros negociables en mercado y la entidad financiera a la que encomiendan su gestión también cuando está obligado a hacerlo y, si están o no al tanto de las inversiones que estas realizan; **v**) los contratos que realiza con estas entidades financieras²⁷⁹. Y, asimismo, exige al alto cargo que declare formalmente y de forma juramentada: **vi**) la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones; **vii**) sus valores o activos financieros negociables; **viii**) sus participaciones societarias y, en su caso, el objeto social de estas sociedades; **ix**) y, finalmente, que aporte sus declaraciones tributarias correspondiente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del impuesto sobre el Patrimonio que ha presentado. A partir de lo expuesto es que concluimos que la Ley 5/2006 impide al alto cargo gobernante que conserven para sí, sin interferencia de terceros, su privacidad económica.

4.2. Los tiempos del control

Se dijo que el Tribunal Constitucional considera «persona pública» a toda aquella que tiene atribuida la administración del poder público, y es en virtud de esta gestión que se reconoce como derecho de los ciudadanos el controlar a los servidores públicos para así estar en condiciones de juzgar cómo lo hacen. Podría pensarse, entonces, que la materia de control debe tratar de un hecho o circunstancia de la vida del agente exactamente contemporáneo a su gestión del poder público. El control de los actos cumplidos en funciones, sus actos oficiales, e incluso de los actos llevados a cabo al margen de las mismas²⁸⁰ respondería a una *contemporánea* gestión de ese poder y en el marco de una rendición de cuentas sobre la legitimidad de origen muy precisa y de ejercicio. Ocurre sin

sociedades o empresas, contratos de asistencia técnica, de servicio o similares con las Administraciones Públicas.

²⁷⁵ Art. 10, Ley 5/2006 (Compatibilidad con actividades privadas).

²⁷⁶ Art. 6, Ley 5/2006 (Limitaciones en participaciones societarias).

²⁷⁷ Art. 6. 3, Ley 5/2006, (Limitaciones en participaciones societarias).

²⁷⁸ Art. 6. 3, último párrafo, Ley 5/2006 (Limitaciones en participaciones societarias).

²⁷⁹ Art. 13, Ley 5/2006 (Control y gestión de valores y activos financieros).

²⁸⁰ STC 192/1999, de 25 de octubre (FFJJ 7 y 8).

embargo que en esta secuencia de afirmaciones hay una imprecisión. Lo que la Ley 5/2006 nos dice es que no sólo interesa un control de legitimidad de origen y ejercicio del gobernante y alto cargo que *está gestionando* el poder, sino un control que se ocupe de sus actividades económicas y patrimonio incluso *tras* haber cesado en la función. El interés público está puesto más allá de las fronteras de un actual ejercicio de la función. Entonces es adecuado que con espíritu de precisión redefinamos aquí la categoría de «persona pública» para así sostener que de ella interesa cuanto diga y haga en ejercicio de su función y fuera de la misma, siempre que se vincule directa e inmediatamente con esta y que podrá ser también «persona pública» aquél que aún no ejerce la función, tal el caso del «candidato», como aquel que ha cesado en la función cuando el interés público que atrae responda a: i) a la legitimidad de origen como de ejercicio de la función realizada; y ii) cuando se ocupe de controlar, durante el «período de enfriamiento» aquellos aspectos privados que legalmente continúan sujetos a control, como veremos sucede en el caso del art. 8 de la Ley 5/2006. En lo que respecta a quien aún no ejerce función alguna, recordamos que el Tribunal Constitucional ya venía aplicando la categoría jurídica de persona pública al «sujeto con relieve político»²⁸¹. Con razón, esta redefinición de la categoría concede aún más fuerza a nuestro argumento que sostiene que en la figura de «persona pública» subyace la idea de *escrutinio* o control por parte de los ciudadanos, ya sea control sobre quien gestiona el poder o sobre quien participa en la contienda electoral²⁸². Fuera de los supuestos que antes enunciamos, cuando se trate de evaluar injerencias en la intimidad de un ex gobernante y alto cargo que no detenta ya vinculación alguna con la gestión del poder estatal, merecerá ser tratado como una «persona privada». Este ex gobernante y alto cargo no merece ser caracterizado como «persona pública» pues no sucede que su conducta, su imagen y sus opiniones deban soportar el control ni la atenta mirada de los ciudadanos. Su obligación de *hacerse visible* y *someterse al escrutinio* quedó atrás. Los ex gobernantes y altos cargos merecen – al menos en principio – ser catalogados como «personas privadas». Al abandonar la función, e insistimos, fuera de los supuestos precisados, merecen ser objeto de la más amplia protección de sus derechos a la intimidad, honor e imagen con la misma extensión que cualquier otro ciudadano. En su caso, quien informe u opine sobre su persona deberá demostrar que, no obstante la condición privada

²⁸¹ Fuera del supuesto de los individuos dedicados a la «gestión de poder público», el Tribunal Constitucional acomoda en la misma tipología a aquellos que sin ocupar cargos públicos aspiran a conseguirlos: estos son los sujetos que poseen relieve político. La STC 15/1997, de 22 de enero de 1997, se ocupó de justificar la inclusión de los políticos que no ejercen poder en la categoría «persona pública» y, consecuentemente, el interés público en la vigilancia de sus comportamientos.

²⁸² Entonces se citó la STC 15/1997, de 22 de enero, en tanto se ocupó de justificar la inclusión de los políticos que no ejercen poder en la categoría «persona pública».

del afectado, aquello que dice es necesario e imprescindible para la crítica que se formula o la información que se da, vinculada esta –a su vez– un hecho de relevancia social en sí mismo.

4.2.1. El control antes de asumir el cargo público

La preocupación por la ética, capacidad y mérito de quien es propuesto para ocupar un cargo público atraviesa tiempos y espacios. Ya en la cultura romana había una búsqueda de ejemplaridad de aquel ciudadano que se proyectaba a participar directamente en la gestión de lo público. Los individuos que deseaban aspirar a ocupar cargos públicos se preocupaban desde temprana edad por emprender acciones nobles que les dieran reputación, prestigio u honor a fin de gozar de la credibilidad y confianza de la gente con la cual vivían. En el momento de promoverse para un cargo de elección, se vestían de blanco, color que simbolizaba pureza y cuya palabra se traduce en «candidez», en la inteligencia de que aquél que aspiraba a un cargo público debía ser el más puro, el más limpio, el más cándido. Surge así el término *candidato*²⁸³. Tomando para sí la necesidad de expandir los controles democráticos en la designación de los

²⁸³ El término «candidato» procede del latín *candidatus* «el que viste de blanco», derivado del verbo *candere* «ser blanco», «brillar intensamente». Haciendo historia se afirma: «Candidato/candidatura: El origen de estas palabras, puramente romanas, se encuentra en el vestido blanco con que era costumbre presentarse los que aspiraban a las magistraturas ante las personas que habían de dar los sufragios. Según Plutarco, era hasta una obligación para los candidatos usar traje blanco durante los dos años destinados a las pruebas de la candidatura. Las reglas que se observaban para las candidaturas, según Nieupori, eran las siguientes: el primer año pedía permiso el candidato al magistrado para arengar al pueblo por sí o por algún amigo suyo: el orador en estas peroraciones declaraba su propósito de obtener tal empleo si era la voluntad del pueblo, rogándole que tuviese presentes los méritos de sus antepasados y los servicios propios, que siempre cuidaba de ponderar: esto se llamaba *profiteri nomen suum*. Por segunda vez se presentaban los candidatos ante el magistrado al principio del segundo año, con la recomendación del pueblo, que por lo general estaba concedida en estos términos: *rationem illius habe*, y le suplicaban que sus nombres continuaran en la lista de pretendientes. El derecho a presentarse como candidato era común a todo ciudadano, pero no a todos autorizaba el magistrado para hacerlo el día de la elección, porque después que se enteraba de la petición del candidato y de la recomendación del pueblo, reunía al consejo de senadores, y examinados por este los fundamentos en que se apoyaba su demanda, le permitía o le negaba continuarse e en ella. Son muy numerosos los ejemplares que presenta la historia de ciudadanos desechados de la elección por cónsules, atendidas sus malas costumbres, así como de pretendientes admitidos por los mismos magistrados y a quienes, sin embargo, contrariaban los tribunos por la falta de indagación de calidades morales» (Enciclopedia Moderna, Diccionario Universal de literatura, ciencias, artes, agricultura, industria y comercio, Tomo VI, publicado por Francisco de P. Mellado, Establecimiento Tipográfico de Mellado, Madrid, 1853, Pág. 987).

cargos políticos de la élite de la Administración²⁸⁴, la Ley 5/2006 concede intervención al Parlamento, concretamente a la Comisión correspondiente de la Cámara de Diputados, para que disponga la comparecencia de los candidatos a cubrir ciertos puestos en pos de examinarlos²⁸⁵. El art. 2.3 establece que *sus miembros formularán las preguntas o solicitarán las aclaraciones que crean convenientes* y que *la comisión parlamentaria emitirá un dictamen en que se establecerá si se aprecia o no la existencia de conflicto de intereses*²⁸⁶. Ahora bien: *¿cuáles son aquellas preguntas y aclaraciones que en las que debería interesarse la Comisión?* A juzgar por el texto de la Ley 5/2006 pareciera que, en principio, serán pertinentes todas aquellas preguntas y aclaraciones que los Diputados *crean convenientes*. No obstante, teniendo en cuenta que el dictamen que han de elaborar se circunscribe a apreciar o no la existencia de conflicto de intereses, podemos acotar un poco más los temas que pueden ser materia del cuestionario. Las preguntas sólo podrán ser las pertinentes y útiles para evaluar una posible situación de conflicto. En todo caso, si para hacerlo es necesario examinar un aspecto *materialmente* íntimo de la vida del candidato, deberán extremarse recaudos y ponderar la proporcionalidad, en los términos del canon

²⁸⁴ Dice el preámbulo: «En el Título I se establecen los requisitos a que han de someterse los titulares de determinados órganos con carácter previo a su nombramiento. Esta regulación supone un considerable avance en cuanto al control democrático en la designación de estos cargos, ya que se prevé su comparecencia ante el Congreso de los Diputados, órgano máximo de representación popular».

²⁸⁵ Los candidatos sometidos al examen de los Diputados, de acuerdo a las prescripciones de la Ley 5/2006 son: i) Presidente del Consejo de Estado; ii) Máximo responsable de los organismos reguladores o de supervisión incluidos en el artículo 3.2. k) [i.e. Comisión Nacional del Mercado de Valores, Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional de Energía; Consejo de Seguridad Nuclear]; iii) Presidente del Consejo Económico y Social; iv) Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia; v) Presidente de la Agencia EFE; vi) Director de la Agencia de Protección de Datos; y vii) el Director General del Ente Público de Radiotelevisión Española.

²⁸⁶ El artículo 2 de la Ley 5/2006, establece bajo el título «*Comparecencia ante el Congreso de los Diputados*»: 1. *El Gobierno, con carácter previo al nombramiento del Presidente del Consejo de Estado, pondrá en conocimiento del Congreso de los Diputados el nombre de la persona propuesta para el cargo a fin de que pueda disponer su comparecencia ante la comisión correspondiente de la Cámara, en los términos que prevea su Reglamento;* 2. *El mismo procedimiento será seguido en relación con los nombramientos de las personas que vayan a ser designadas máximos responsables en los organismos reguladores o de supervisión incluidos en el artículo 3.2 k), presidentes del Consejo Económico y Social; del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Agencia EFE, director de la Agencia de Protección de Datos y director general del Ente Público Radiotelevisión Española;* 3. *La comisión parlamentaria del Congreso de los Diputados examinará, en su caso, a los candidatos propuestos. Sus miembros formularán las preguntas o solicitarán las aclaraciones que crean convenientes. La comisión parlamentaria emitirá un dictamen en el que establecerá si se aprecia o no la existencia de conflicto de intereses».*

de constitucionalidad, de la pregunta. Los Diputados, invariablemente, deberán evaluar las anteriores actividades profesionales, mercantiles y laborales, y la constitución del patrimonio del candidato. Y puede que al hacerlo encuentren inconveniente nombrar en el cargo público a sujetos que desde el inicio de la función quedarían atrapados en situación de conflicto de intereses. Si se trata de salvaguardar el interés público, no habría forma de hacerlo si se permite acceder al cargo a quien carece de aptitud para desempeñarlo. La aptitud para el cargo ha de ser un presupuesto para el acceso en todo caso y, por ello, podrá también ser objeto del control democrático puesto en marcha por la norma. Al analizar el especial estatus jurídico de estos agente de élite coincidimos con Jiménez Asensio en cuanto a las óptimas condiciones que deberían poseer para asumir la función, no obstante que su designación no esté cubierta por el mandato del art. 23.2 CE pues ello, en todo caso, no implica que se inapliquen de modo absoluto a la alta Administración otros principios constitucionales, tales como la objetividad de la Administración pública, la eficacia, la igualdad en el acceso a los cargos y funciones públicas²⁸⁷. Pero aún así, si son investigados la actividad y el patrimonio, pueden surgir otros indicios de irregularidades que desaconsejarían formular un informe favorable a la aprobación de la designación. Y aunque no es usual, debería también ocuparse de evaluar si el patrimonio declarado por el sujeto propuesto coincide con el real. Bien puede suceder que un candidato, al pronosticarse a sí mismo como corruptible o cuando ya ha acordado su venta al interés privado, se prepare para la impunidad declarando un patrimonio mayor al que posee en vistas a tener anticipadamente justificado su enriquecimiento ilícito. Merced a todo esto, somos de la opinión que las preguntas deberán propender a garantizar no sólo la inexistencia de una eventual situación de conflicto de intereses, sino más ampliamente, ya que también amplios son los objetivos de la Ley 5/2006, a asegurar que los candidatos no se han comprometido ni se comprometerán en actuaciones que pongan en riesgo o directamente ataquen la objetividad, imparcialidad e independencia de todo cargo público²⁸⁸. Si se le reconocen estos objetivos, la ratificación parlamentaria no sólo estará funcionando con un fin preventivo de situaciones de conflicto, sino de otros actos de corrupción²⁸⁹. Y

²⁸⁷ Jiménez Asensio, Rafael, *Altos cargos y directivos públicos –un estudio sobre las relaciones entre política y Administración en España–*. Ob. Cit., pág. 59.

²⁸⁸ Recordamos que el Preámbulo (Párrafo segundo) refiere que *se introducen nuevas exigencias y cautelas que [garantizan] que no se van a producir situaciones que pongan en riesgo la objetividad, imparcialidad e independencia del alto cargo*.

²⁸⁹ Para García Mexía, merece singular atención la relevante función como factor preventivo de la corrupción de institutos como la ratificación parlamentaria de nombramientos, al involucrar al poder legislativo –con la garantía que ello supone– en la responsabilidad que tal designación conlleva. Según sostiene, la Ley 5/2006 (art. 2) se ha hecho eco de la misma, al instituir la como obligatoria respecto de los máximos responsables de determinados órganos

aunque este tipo de control no se lleva a cabo en la actualidad; aunque no hay constancias de que se realicen averiguaciones sobre la conformación del patrimonio y actividades profesionales de los altos cargos; no podemos dejar de señalar que esas averiguaciones y juicios no deberían obviarse puesto que la propia Ley 5/2006 los apunta como una exigencia para los Diputados. Pero en todo caso esta expectativa de que los controles que habilita la norma se hagan operativos se debilita frente a los acontecimientos recientes. El 27 de marzo de 2012 los medios de comunicación alertaban de una denuncia de la oposición: el Gobierno había nombrado al Presidente del Consejo de Estado prescindiendo de la comparecencia previa del alto cargo ante los Diputados²⁹⁰; se les había *olvidado*. Luego se sabía de un nuevo olvido. Tampoco para el nombramiento del Presidente de la Agencia EFE se había tenido en cuenta el trámite previo impuesto por el art. 2.3 de la Ley. El error se subsanó sin mayores repercusiones con un dictamen posterior y favorable de la Comisión Constitucional del 11 de abril de 2012²⁹¹.

Al instituto de *ratificación parlamentaria* diseñado para algunos altos cargos, la ley suma otros controles sobre las actividades y patrimonio anteriores a la asunción del cargo de todos los agentes que caen bajo su ámbito subjetivo.

regulatorios (como el Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por citar uno) o de relevancia constitucional (el Presidente del Consejo de Estado, por ejemplo). (García Mexía, Pablo, *Ética, Gobierno y Administración en la España contemporánea*, en *El derecho a la buena Administración Pública*, directores Rodríguez-Arana, Jaime; García Mexía, Pablo, Ed. Junta de Castilla y León, Escuela de Administración Pública de Castilla y León, España, 2008, Pág. 155).

²⁹⁰ Véase El País, *El Gobierno evita el examen previo para cubrir las instituciones*, 27 de marzo de 2012 («...El pasado viernes, el Ejecutivo aprobó el nombramiento de José Manuel Romay Beccaría y lo envió al BOE. Sin embargo, la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración del Estado, exige un trámite previo en el Congreso. El secretario de Estado de Relaciones con las Cortes, José Luis Ayllón, y el portavoz del PP, Alfonso Alonso, explican que buscarán una fórmula para que Romay comparezca en la Cámara, pero *a posteriori*, cuando haya tomado posesión. La explicación del Gobierno se basa en un problema normativo, consistente en que la ley invocada por el PSOE y elaborada bajo el mandato de Rodríguez Zapatero no tiene carácter orgánico, sino ordinario, mientras que la del Consejo de Estado sí es orgánica, es decir, de mayor jerarquía normativa y, por eso, no se puede considerar modificada. No obstante, al final de la anterior legislatura el Gabinete cumplió con el trámite de comparecencia previa en el nombramiento del responsable de la Agencia de Protección de Datos, a pesar de que la ley que regula este organismo es también orgánica»). Asimismo, Elplural.com, *La soberbia del Gobierno le ha llevado a nombrar ilegalmente a los presidentes del Consejo de Estado y de la Agencia EFE*, 10 de abril de 2012; Público.es, *El PSOE tacha de irregular la designación de Romay Beccaría*, 27 de marzo de 2012.

²⁹¹ Véase Congreso de Diputados, X Legislatura, Comisión Constitucional, N° de Sesión: 3, miércoles 11/04/2012, Núm. Exp. 276/000005/0000.

Así, el art. 7 establece el deber de abstención en procesos en que confluyan intereses privados a la vez que les exige que formulen una declaración de todas las actividades profesionales, mercantiles y laborales que hubieran desarrollado hasta *dos años anteriores a la toma de posesión* como cargo público [i.e. Declaración de actividades a la toma de posesión²⁹²]. En los términos de este artículo, los gobernantes y altos cargos están obligados a inhibirse del conocimiento de los asuntos en cuyo despacho hubiesen intervenido o que interesen a empresas o sociedades en cuya dirección, asesoramiento o administración hubieren tenido alguna parte ellos o su vínculo íntimo [cónyuge, persona con quien conviva en análoga relación de afectividad y familia dentro del segundo grado]. Por otro lado, en lo que respecta a su patrimonio, exige también que hagan públicos sus bienes antes de acceder al cargo [i.e. declaración inicial de bienes y derechos, art. 12.3]. La justificación la encontramos, en este caso, en obtener datos que permitan el examen de la evolución patrimonial. Los documentos a cotejar serán, por un lado esta declaración inicial y, por otro, las anuales declaraciones impositivas y la declaración que han de presentar al cese²⁹³. Pero habría, eso sí, que tener muy en cuenta a la hora de efectuar este análisis que la «declaración inicial de bienes y derechos» nunca debiera tomarse como un parámetro de verdad indiscutible. Llegado el caso, será necesario también *escrutarla* para averiguar su veracidad e integridad pues puede utilizarse como un instrumento que garantice a futuro la impunidad, como hemos dicho.

4.2.2. El control durante el desempeño del cargo público

Como consecuencia de que el gobernante o alto cargo asume su puesto surgen de lleno para él una serie de obligaciones que definimos como *deberes institucionales*. Algunos de esos deberes recortan de forma especial ciertos derechos fundamentales de su titularidad. En el caso de los deberes institucionales que trae consigo la Ley 5/2006, la modulación más importante recae sobre el derecho a la intimidad, más específicamente sobre la *intimidad económica*, conformada por las actividades económicas y la constitución y evaluación del patrimonio propio. La Ley se interesa por las actividades privadas que realizan el gobernante o alto cargo de forma *simultánea al ejercicio de la función*. A modo de principio le impide que realice segundas actividades [i.e. «principio de dedicación exclusiva al cargo», art. 5]. Y como excepción, le

²⁹² Arts. 7 y 11 de la Ley 5/2006 y Anexo I del Real Decreto 432/2009.

²⁹³ El art. 12.3 de la Ley 5/2006 establece que «los altos cargos aportará junto con las declaraciones iniciales y las de cese, así como anualmente, una copia de la última declaración tributaria correspondiente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y al Impuesto sobre el Patrimonio que haya tenido obligación de presentar el declarante ante la Administración tributaria».

permite compatibilizar su actividad pública tres tipos de actividades privadas²⁹⁴: i) La de mera administración del patrimonio personal o familiar; ii) las de producción intelectual, siempre que sean marginales; y iii) las de participación no lucrativa en entidades culturales o benéficas. Todas estas actividades deberán ser declaradas por el agente, según lo impone el art. 11 y se incluirán en el «Registro de Actividades de Altos Cargos» de carácter público. El tiempo y la forma en que estas actividades privadas compatibles son llevadas a cabo por el gobernante o alto cargo es un tema que interesa legítimamente al Estado y los ciudadanos. Con otras palabras podemos decir que lo que el agente hace con su tiempo tras dejar su despacho o fuera de sus funciones públicas no es algo que, al menos en todos los supuestos, el pueda elegir mantener en secreto. Para empezar cualquier actividad compatible podrá ser objeto de vigilancia. En caso de que por el tiempo dedicado o las relaciones trabadas exista el riesgo de que se comprometa de cualquier forma la imparcialidad e independencia del alto cargo en el ejercicio de su función, la actividad debe ser abandonada. Tampoco puede dedicarse a ellas en cantidad de horas de labor que obstaculice cumplir eficientemente su función pública. Así, por ejemplo, en lo tocante a la producción intelectual la norma la tolera siempre que no sea consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios o suponga un menoscabo del estricto cumplimiento de sus deberes²⁹⁵ y aunque no haga extensiva esta condición a los restantes supuestos, el imperativo constitucional del actuar de la Administración con eficacia (art. 103.1), hace de este un deber inexcusable para todos los casos²⁹⁶. Al respecto, nos interesa destacar la reflexión de García Mexía que nos advierte de algunos inconvenientes. Señala que no ha de extrañar que los principales problemas que suscitaría esta exención emanen de la actividad de colaboración como ponente en congresos, seminarios, conferencias y acontecimientos similares. Exige plantearse la legitimidad de *iure condendo* de la percepción de retribuciones por este tipo de

²⁹⁴ Art. 10 de la Ley 5/2006.

²⁹⁵ El art. 10 b) de la Ley 5/2006.

²⁹⁶ Fue la STC 178/1989, de 2 de noviembre, la que apuntó la ligazón existente entre el régimen de incompatibilidades y principio de eficacia. Al respecto opina Meseguer Yebra que la ocasionalidad que exige el inciso final del apartado b) respecto de la colaboración y la asistencia como ponente a congresos, seminarios, jornadas de trabajo, conferencias o cursos de carácter profesional es perfectamente razonable y coherente con el sistema de incompatibilidades establecido en la Ley de conflicto de intereses, ya que de no existir esa limitación el ejercicio habitual, reiterado y constante de la actividad a que se refiere este apartado podría entrar en contradicción con la dedicación al puesto de trabajo en la Administración, con menoscabo de la eficacia de la actividad del correspondiente Organismo o Ente público [STC 178/1989, de 2 noviembre]. (*Régimen de conflicto de intereses e incompatibilidades de los Miembros del Gobierno y Altos cargos de la Administración*, Ob. Cit., Pág. 197).

actividades, percepción perfectamente legal de *iure conditio* cuando, primero, los altos cargos son requeridos precisamente en tal condición, y segundo, existe el riesgo de que de esta forma queden expuestos a la influencia de poderosos intereses particulares gracias al abono de la retribución. A nadie se oculta que estas ponencias no siempre se desarrollan bajo el patrocinio de entidades académicas o benéficas. Muy a menudo son promovidas y financiadas por actores sustancialmente afectados, al menos potencialmente, por los ámbitos competenciales del alto cargo invitado²⁹⁷. La reflexión de García Mexía nos da los argumentos precisos para justificar el interés público en conocer circunstanciadamente la actividad de producción intelectual; y muy especialmente saber quién hace los pagos en honorarios o especie tendientes a retribuir comparecencias, conferencias o artículos y su cuantificación.

Asimismo, durante el tiempo que permanezca en ejercicio de sus funciones, el gobernante o alto cargo debe dar cuenta de la evolución y conformación de su patrimonio personal. Tiene la obligación de presentar anualmente copia de las declaraciones correspondientes al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y al Impuesto sobre el Patrimonio que haya tenido obligación de aportar a la Administración tributaria. Este reclamo se justifica en la necesidad de evaluar su desarrollo patrimonial. Para ello se cuenta, al menos, con dos parámetros imprescindibles: la declaración de bienes y obligaciones inicial, por un lado, y las subsiguientes declaraciones anuales tributarias, por otro. Pero más allá de esto, inferimos que es deber del alto cargo, durante todo el tiempo que permanezca en funciones, rendir cuentas –en cuanto sea requerido o resultare necesario– de la no existencia de posibles situaciones de conflicto de intereses, como de una situación económica que de haberse acrecentado de manera apreciable lo hizo acorde con las posibilidades de evolución normal. Será *acorde* aquella que guarda relación con los ingresos legítimos declarados, ya se trate de los haberes de la función pública o de la actividad no inhibida. Pero si el patrimonio está constituido por el conjunto de los bienes de una persona y las cargas que lo gravan, un «enriquecimiento irregular» puede consistir tanto en el aumento del activo, como en una disminución del pasivo y el líquido real que resulte de balancear bienes, por un lado, y deudas y cargas, por el otro. Así lo pondera la Ley 5/2006 cuando al desarrollar la obligación de presentar «declaraciones patrimoniales integrales»

²⁹⁷ García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Pág. 159. En su opinión «no parece legítimo que un alto cargo se prevalga de su elevada posición para percibir suplementos de ingresos por vías alternativas, máxime si se retiene que esos ingresos podrían condicionar su imparcialidad, al proceder de potenciales destinatarios de las resoluciones que adopte en el uso de sus competencias» (Pág. 161).

establece que ésta debe ser comprensiva de la «totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones»²⁹⁸.

Cuando los hechos acusan, será el gobernante o alto cargo quien deba explicar todos aquellos aspectos de su privacidad o intimidad que resulten necesarios para librarse de la sospecha pues la asunción del cargo público comporta el deber de especial pulcritud y claridad. Y es en este sentido que la comunidad tiene derecho a exigir que exista una correspondencia exacta, o cuanto menos aproximada, entre los bienes que posee y los que como administrador pueda justificar. Cuando esa correspondencia no existe se daña en primer término la imagen de ellos como servidores públicos, luego la de la Administración y, finalmente, se quiebra la confianza ciudadana. El alto cargo debe estar en condiciones de demostrar su respeto a la ley en cualquier momento²⁹⁹. Con todo ello, lo que la Ley 5/2006 persigue es proteger el interés público, concretamente, por las cualidades que deben poseer los agentes, tales como honestidad y desinterés, que se traducen no sólo en el desempeño de su labor sino en aspectos de su vida privada. En cierta forma se trata de devolver una *imagen de austeridad*, entendida como la que transmite la idea de que durante la función los gobernantes y altos cargos han tenido un desenvolvimiento acorde con los ingresos percibidos como agentes del Estado. Esta imagen se lesiona por el sólo hecho de no rendir cuentas adecuadas (omitiendo presentar la declaración o datos que ésta deba contener) o bien por permitir que los administrados perciban por sí mismos un cambio sustancial y no justificado en su patrimonio.

Así como es necesario revisar la evolución patrimonial, también lo es el vigilar su conformación teniendo en cuenta que hay una terminante prohibición para los gobernantes y altos cargos de mantener participaciones societarias en

²⁹⁸ Ley 5/2006, Art. 12 «Declaración de bienes y derechos».

²⁹⁹ Encontrarse en la obligación de asumir responsabilidades es ponerse en una situación que llegado el caso y en un futuro, le permita rendir cuentas en cuanto le sean pedidas. Es estar en condiciones de demostrar públicamente el respeto al ordenamiento jurídico. Entre uno y otro tipo de responsabilidad derivada del incumplimiento del orden jurídico hay una marcada diferencia «procedimental». Como explica Bustos Gisbert, el alto cargo [destinatario de una confianza directa o indirecta] «debe estar en condiciones de demostrar públicamente ese respeto en cualquier momento (...) Está sujeto a una forma específica de enjuiciar políticamente la adecuación entre su comportamiento y el Derecho asentada en el principio de culpabilidad. Esto es, asentada en la obligación personal de demostrar en cualquier momento el compromiso con la defensa y el respeto del Derecho» (Bustos Gisbert, Rafael, *Corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional*, Teoría y Realidad Constitucional Núm. 25, 2010, Pág. 102)

empresas contratistas con el sector público³⁰⁰. Se trata, en rigor de una *interdicción de poseer*, que exige que en caso de poseerlas al asumir el cargo, se desprenda de ellas en el plazo de tres meses, contados desde el día siguiente a su nombramiento. Y en el supuesto de que la participación conflictiva se adquiriera por sucesión hereditaria u otro título gratuito durante el ejercicio del cargo, tendrá que desprenderse de ella en el plazo de tres meses desde su adquisición. Por ello, para Meseguer Yebra, el artículo 6 contiene una peculiar incompatibilidad ya que describe un supuesto que no consiste en la realización de una actividad, sino en la posesión de un haber, un patrimonio³⁰¹. Ocurre aquí que una particular situación patrimonial privada interesa por cuanto habilita ab initio la sospecha de que el alto cargo al estar más cercano a su interés privado podrá actuar en perjuicio del interés propio, situación que queda perfectamente atrapada por la noción de «conflicto de intereses». Pero no sólo será objeto de control la participación, sino también su posterior transmisión. La documentación relativa a este negocio jurídico será también objeto de declaración.

Finalmente, mientras permanecen en funciones, sólo algunos altos cargos están sujetos a la obligación de contratar con una entidad financiera registrada en la Comisión Nacional del Mercado de Valores la gestión de los valores o

³⁰⁰ Ley 5/2006, art. 6 «Limitaciones patrimoniales en participaciones societarias». Artículo 6. *Limitaciones patrimoniales en participaciones societarias que establece: «1. Los titulares de los cargos previstos en el artículo 3 no podrán tener, por sí o junto con su cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial, o persona que conviva en análoga relación de afectividad e hijos dependientes y personas tuteladas, participaciones directas o indirectas superiores a un diez por ciento en empresas en tanto tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza, con el sector público estatal, autonómico o local, o sean subcontratistas de dichas empresas o que reciban subvenciones provenientes de la Administración General del Estado. 2. En el supuesto de las sociedades anónimas cuyo capital social suscrito supere los 600.000 euros, dicha prohibición afectará a las participaciones patrimoniales que sin llegar a este porcentaje supongan una posición en el capital social de la empresa que pueda condicionar de forma relevante su actuación. 3. En el supuesto de que la persona que sea nombrada para ocupar un puesto de los comprendidos en el artículo 3, poseyera una participación en los términos a los que se refieren los apartados anteriores, tendrá que desprenderse de ella en el plazo de tres meses, contados desde el día siguiente a su nombramiento. Si la participación se adquiriera por sucesión hereditaria u otro título gratuito durante el ejercicio del cargo, tendrá que desprenderse de ella en el plazo de tres meses desde su adquisición. Dicha participación y posterior transmisión serán, asimismo, declaradas a los Registros de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales en la forma que reglamentariamente se determine».*

³⁰¹ Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración*, Ob. Cit., Pág. 117. El autor se refiere a este imperativo como «interdicción de no poseer».

activos financieros de los que sean titulares³⁰². De esta forma, aparte de presentar legalmente la necesidad de conocer y controlar una cuestión privada [*i.e* posesión de un bien] que, por tanto, se transforma en un tema de «relevancia pública», hay asimismo una intervención legal en el derecho de propiedad.

4.2.3. *El control después del cese en el cargo público*

Venimos diciendo que la Ley 5/2006 dispone de una serie de controles que por su expansión obliga a replantear los límites de la categoría de «persona pública», tal como fueron precisados en el primer capítulo. Uno de estos controles es el del art. 8 cuando impone restricciones, no a quien administra el poder público, sino a quien lo administró en el pasado y veda, en algunos casos, el trasvase del agente público al mundo empresarial³⁰³. El precepto fija un período de *dos años posteriores al cese* para que los miembros del Gobierno y altos cargos se abstengan de desempeñar sus servicios en empresas o sociedades privadas relacionadas directamente con las competencias del cargo desempeñado. Luego, el art. 11 los obliga a incluir en la «declaración de actividades al cese» aquellas que vayan a realizar en el futuro y en ese período de tiempo o bien remitir posteriormente la comunicación. El celo en conocer las actividades privadas de los ex agentes radica en el riesgo de daño para el interés general. En este caso, el riesgo de perjuicio se traduce en desigualdad de condiciones para competir en el mercado, que la actividad privada de quien fue cargo pudiera infligir en otros partícipes en el tráfico económico que quizás no puedan disfrutar de personal dotado de tan privilegiado bagaje; un bagaje al que el antiguo cargo accedió exclusivamente en razón de su condición pública, a su vez orientada únicamente al interés general³⁰⁴. Pero el daño al interés general no estriba en que el antiguo cargo se llegue a lucrar de sus conocimientos y experiencia. Ellos lo acompañarán siempre y el paso del tiempo producirá una paulatina inocuización de tales conocimientos y experiencias. Por eso se fija un

³⁰² Ley 5/2006, art. 13.

³⁰³ En cuanto a la extensión del control, el Preámbulo de la «ley de conflicto de intereses» anuncia que «*Otro aspecto en el que la Ley ha querido introducir un control adicional es el del desempeño por actividades privadas de los altos cargos, cuando éstos cesan en los mismos, de forma que en la Ley se establecen nuevas garantías para que durante el ejercicio del cargo público no se vea afectada su imparcialidad e independencia, sin perjuicio de la jerarquía administrativa. Es especialmente relevante el hecho de que a las empresas privadas que contraten a alguna de las personas que hayan tenido la condición de altos cargos, incumpliendo las limitaciones que la Ley establece a tal efecto, se les prohibirá contratar con las Administraciones Públicas durante el tiempo en el que se mantenga la limitación para el alto cargo*».

³⁰⁴ García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Pág. 172.

período de enfriamiento durante el cual quedan vedadas para gobernantes y altos cargos las actividades antes referidas. Fuera de este período, el ex agente se vuelve un «simple súbdito» que no debe rendir cuentas de sus elecciones profesionales o laborales. Su actividad profesional, mercantil o laboral privada será entonces una cuestión verdaderamente «privada», en principio, sin trascendencia pública. La proporcionalidad de la medida se ve resguardada por la previsión de regímenes transitorios de retribución a favor de algunos altos cargos salientes³⁰⁵. Aquí el interés público acompaña al agente aún cuando éste dejó atrás la función y se predispone a reinsertarse en la vida económica. El tema es, por cierto, de trascendental importancia. De hecho, para Sabán Godoy esta incompatibilidad posterior es la *incompatibilidad por excelencia*³⁰⁶. El control de este trasvase, que ahora reclama el artículo 8³⁰⁷, era un reclamo

³⁰⁵ Presidentes del Gobierno, vicepresidentes y ministros [RD 405/1992].

³⁰⁶ Sabán Godoy, Alfonso, *El marco jurídico de la corrupción*, Civitas, Madrid, 1991, Pág. 33.

³⁰⁷ El art. 8, de la Ley 5/2006, establece las «Limitaciones al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese». Así dispone: «1. Durante los dos años siguientes a la fecha de su cese los altos cargos, a los que se refiere el artículo 3, no podrán desempeñar sus servicios en empresas o sociedades privadas relacionadas directamente con las competencias del cargo desempeñado. A estos efectos se considera que existe relación directa cuando se den cualquiera de los siguientes supuestos de hecho: a) Que los altos cargos, sus superiores a propuesta de ellos o los titulares de sus órganos dependientes, por delegación o sustitución, hubieran dictado resoluciones en relación con dichas empresas o sociedades, b) Que hubieran intervenido en sesiones de órganos colegiados en las que se hubiera adoptado algún acuerdo o resolución en relación con dichas entidades. 2. Los altos cargos, regulados por esta Ley, que con anterioridad a ocupar dichos puestos públicos hubieran ejercido su actividad profesional en empresas privadas, a las cuales quisieran reincorporarse, no incurrirán en la incompatibilidad prevista en el apartado anterior cuando la actividad que vayan a desempeñar en ellas lo sea en puestos de trabajo que no estén directamente relacionados con las competencias del cargo público ocupado ni puedan adoptar decisiones que afecten a éste. 3. Durante el período de dos años a que se refiere el primer apartado de este artículo no podrán celebrar por sí mismos o a través de sociedades o empresas participadas por ellos directa o indirectamente en más del 10 por 100 contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con las Administraciones Públicas, directamente o mediante empresas contratistas o subcontratistas. 4. Las personas que hubiesen desempeñado alguno de los altos cargos comprendidos en el artículo 3 deberán efectuar, durante el período de dos años a que se refiere el primer apartado de este artículo, ante la Oficina de Conflictos de Intereses prevista en el artículo 15, declaración sobre las actividades que vayan a realizar, con carácter previo a su inicio. En el plazo de un mes la Oficina de Conflictos de Intereses se pronunciará sobre la compatibilidad de la actividad a realizar y se lo comunicará al interesado y a la empresa o sociedad en la que fuera a prestar sus servicios. 5. Cuando la Oficina de Conflictos de Intereses estime que la actividad privada que quiera desempeñar una persona que hubiera ocupado un alto cargo vulnera lo previsto en el apartado 1, se lo comunicará al interesado y a la empresa o sociedad a la que fuera a prestar sus servicios, que formularán las alegaciones que tengan por convenientes. Analizadas las alegaciones, la

unánime en la doctrina española. Ya, en relación a la Ley 53/1984 decía que lo más contradictorio del sistema de incompatibilidades era el desconocimiento de la incompatibilidad por excelencia, la que se produce cuando un funcionario, normalmente de muy elevado rango, se traslada profesionalmente a una entidad privada que tuvo relación con su cargo, generalmente en concepto de beneficiaria. En sus palabras: «Los ejemplos se multiplican y aparecen a diario en los medios de comunicación, algunas veces en una entrevista al afectado en el que éste hace gala de su nueva dedicación, sin que se conozca un solo caso en que se haya producido actuación alguna contra este funcionario»³⁰⁸. También, González Pérez, citando las memorias de Niceto Alcalá-Zamora Torres, afirmaba que la práctica de dejar «entornadas» las puertas de los despachos, oficinas o estudios cuando salen por ellas para desempeñar un cargo incompatible es algo que viene de antaño [los anglosajones hablan de *revolving door* –puerta giratoria–, o los franceses de *pantouflage* –paseo en zapatillas de casa–]. Y, aunque pueda ser notorio que el que se queda es «persona interpuesta» del que se va a la política o a la Administración, la experiencia nos demuestra en qué medida se dan las dificultades para encontrar pruebas que destruyan la «presunción de inocencia»³⁰⁹. La gravedad de este tipo de conductas lleva a Meseguer Yebra a señalar que el Código Penal deja fuera de la sanción penal supuestos de corrupción tan típicos como entrar al servicio de empresas privadas como recompensa a servicios prestados, aunque se abstengan de actuar –al menos aparentemente– en asuntos en que hubieran intervenido como servidores públicos³¹⁰. Y, de seguro, no le falta tampoco razón cuando califica

Oficina propondrá la resolución que proceda. 6. Durante los dos años posteriores a la fecha de cese, aquéllos que reingresen a la función pública y presten servicios retribuidos mediante honorarios, arancel o cualquier otra forma de contraprestación económica a personas físicas o jurídicas de carácter privado se inhibirán en todas aquellas actuaciones privadas que guarden relación con las competencias del alto cargo ejercido».

³⁰⁸ Sabán Godoy, Alfonso, *El marco jurídico de la corrupción*, Ob. Cit., Pág. 33. En cuanto al particular, el autor también señala sus sospechas hacia el legislador: «La cobertura normativa de tan anómala práctica, que evidencia comportamientos más que sospechosos, es el defectuoso –se ignora si intencionadamente– tratamiento jurídico que ese proceder grosero recibe en la ley mencionada, pues al ser una incompatibilidad que surge tras cesar como funcionario y no contener la ley otra sanción que no sea la disciplinaria, el comportamiento vicioso permanecerá, casi por fuerza impune» (Pág. 34).

³⁰⁹ González Pérez, Jesús, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones Públicas*, Civitas, Navarra, 2006, Pág. 96. También citado por Meseguer Yebra, *Régimen de conflicto...*, Ob. Cit., Pág. 140.

³¹⁰ Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflicto*. Ob. Cit., Pág. 140. También Villoria Mendieta, en cuanto a la seguridad y control de actividades privadas con posterioridad al cese, refiere que una forma de capturar políticas y decisiones, por parte de empresas, ONG y grupos de interés, es el de ofrecer altos cargos en dichas organizaciones a los responsables públicos para cuando abandonen el gobierno. Para evitar este tipo de situaciones, con toda su

como «típica» esta forma de corrupción no penalizada. Es una evidencia que los diarios de las sesiones parlamentarias de control sobre la acción política del Gobierno, de las comparecencias de altos cargos en las respectivas comisiones y las crónicas periodísticas están bien salpicadas de episodios que, cuando menos, poco a nada tienen que ver con la debida prudencia y discreción que se espera de alguien que ha desempeñado una responsabilidad pública de tal calado³¹¹. En cuanto al patrimonio, también al cese gobernantes y altos cargos deberán presentar una declaración comprensiva de la totalidad de bienes, derechos y obligaciones (art. 12.3 Ley 5/2006). Se suma con esto un nuevo parámetro para la evaluación de la situación patrimonial.

carga de conflicto de interés y también de soborno diferido, en las legislaciones de muchos países se establece una prohibición temporal (dos años, por ejemplo) de aceptar empleo en el sector privado una vez abandonado el servicio público, cuando las organizaciones que ofrecen el empleo dependieron del funcionario correspondiente en decisiones o resoluciones de cualquier tipo (*La Corrupción política*, Ob. Cit., Pág. 62).

³¹¹ Entre otros, González, Joaquín, *Los fugitivos de la política*, El País, 5 de mayo de 2008.

CONSTITUCIONALIDAD DE LOS POSIBLES ALCANCES DEL SISTEMA DE DECLARATIVIDAD PATRIMONIAL

1.- EL FIN CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMO PERSEGUIDO POR EL SISTEMA DE DECLARATIVIDAD PATRIMONIAL DE LA LEY 5/2006

El sistema de declaratividad que fija la Ley 5/2006 ostenta una dimensión jurídico-constitucional. En líneas generales, y prescindiendo de su carácter público o reservado, las exigidas declaraciones de actividades y de bienes tienden a asegurar que no habrá una actuación pública en aras de intereses privados. De hecho es la misma norma la que se ocupa de presentar como su fin constitucionalmente legítimo el garantizar la objetividad, imparcialidad e independencia del gobernante o alto cargo³¹². Con ello coincide la doctrina cuando afirma que «la transparencia y publicidad de las actividades e intereses patrimoniales, que se materializan con la creación de registros de bienes y actividades, comunicación de datos e informaciones, creación de órganos *ad hoc*, etc., a la vez que constituyen un fin en sí mismas, funcionan como un instrumento más para asegurar la imparcialidad»³¹³. Pero más allá de esta constatada intención de reducir el riesgo que lleva implícita la situación de que una misma persona sea portadora de intereses potencialmente contradictorios, la ley propende a impedir en términos más amplios –se insiste una vez más–, que los cargos públicos sean utilizados en provecho personal, anteponiendo intereses particulares a los públicos, sea de la forma que fuere. Ya dijimos que esta subestimada norma merece un enfoque más generoso y más sincero con su texto. La Ley 5/2006 busca prevenir y detectar algo más que los «conflictos de intereses». Su centro de gravedad lo comparte con la prevención y detección de la comisión de otros actos de corrupción por parte de la élite de la Administración. Por tanto, cuando ella exige que el gobernante o alto cargo debele ante las autoridades de control [Oficina de Conflictos de Intereses, Gobierno, Parlamento, Defensor del Pueblo] aspectos de su intimidad se traba un conflicto en el que entran en juego, a más del derecho a la intimidad, otros

³¹² Ley 5/2006, Preámbulo, párrafo segundo.

³¹³ Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflicto de intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración*, Ob. Cit., Pág. 44.

derechos y fines constitucionales. De manera más inmediata, la garantía del servicio al interés general (art. 103 CE) y, en forma mediata, afianzar otro principio constitucional como es la cláusula de Estado Democrático de Derecho (art. 1.1 CE). Se suma a ello que cuando se prevé que las declaraciones se hagan públicas a los ciudadanos, tal como sucede en la actualidad exclusivamente con las declaraciones de actividades, entran en juego otros valores como la *participación ciudadana* y la *transparencia democrática*. La cláusula del «Estado Democrático de Derecho» (art. 1.1 CE) puede amparar una variedad de técnicas, mecanismos e instituciones de muy distinto temperamento. Si bien no hay consenso en cuanto a su interpretación, hay unanimidad en reconocer la ineludible conexión entre este precepto y el párrafo segundo de ese mismo artículo 1 que dispone que «*La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado*». Se pone de relieve así la idea de que todo poder político tiene su origen y fundamento en el pueblo³¹⁴ y que el proceso de formación de la voluntad política se desarrolla –en principio– de abajo hacia arriba y en beneficio, justamente, de aquel. De ello se sigue que los ciudadanos no son meros objetos sino verdaderos sujetos de la actividad política. Y, de este modo, llegamos a justificar cómo es que la «*participación ciudadana* y la *transparencia* son manifestaciones esenciales de la referida cláusula y que la primera, la participación, presupone a la segunda, la transparencia³¹⁵. Como afirma Jiménez Villarejo, la construcción del Estado democrático de Derecho

³¹⁴ En rigor el principio democrático viene a monopolizar la legitimidad de todos los poderes del Estado. En todo caso, y como se reconoce hoy en forma general, la división de poderes del Estado constitucional, antes basada en una distinta legitimación de cada uno de ellos se ha convertido en un reparto de las competencias del Estado entre órganos fundados en una misma legitimación (López Guerra, Luís, *Funciones del Gobierno y dirección política*, Revista Documentación Administrativa, Nº 215, julio-septiembre 1988, Madrid, Pág. 19).

³¹⁵ Manifestaciones del principio democrático de directa incidencia en la posición del ciudadano respecto a los asuntos públicos son los denominados derechos de participación administrativa, entre los que pueden citarse la información pública y las alegaciones, la formalización de iniciativas o sugerencias. Otras derivaciones del principio democrático con claras implicaciones para la participación social se ponen de manifiesto al enunciar el Texto Constitucional una serie de directivas funcionales que deben regir la actuación administrativa, como se manifiesta en la enunciación de los principio de objetividad e imparcialidad (párrafo primero del art. 103), relativos a la actividad administrativa, el primero, y a los parámetros de actuación de cada servidor público, el segundo. Parámetros de actuación que se completan con otro principio esencial y ciertamente relevante desde la vertiente democrática del Estado y por tanto de la Administración: el principio de publicidad o transparencia administrativa, establecido en la letra b) del artículo 105 de la Constitución (...) Ciertamente, el conocimiento conduce a facilitar la colaboración y la asunción de responsabilidades (Domínguez-Berrueta de Juan, Miguel; Nevado-Batalla Moreno, Pedro T, *Participación ciudadana: enfoque constitucional y rendimiento en el orden administrativo*, Panorama jurídico de las Administraciones Públicas en el siglo XXI, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, Madrid, 2002, Pág. 365).

tiene, entre sus fundamentos, que los servidores públicos de todas las categorías obren al servicio del interés general, que actúen con imparcialidad y objetividad y, por tanto, bajo una taxativa interdicción de la arbitrariedad. Estos principios constitucionalizados en los artículos 9, 117.1 y 103 son la base de todo el marco normativo que debe prevenir y castigar cualquier forma de corrupción. Porque la corrupción, con mayor intensidad la delictiva, es precisamente la negación de estos principios, la subversión de la función pública democrática en cuanto, además de violar la ley, antepone el interés particular al público³¹⁶. La participación ciudadana resulta un elemento ineludible en la instauración de Estado Democrático de Derecho³¹⁷. A ella se refieren los arts. 9 y 23 de la Constitución española. Articulando un concepto de participación ciudadana lo suficientemente abstracto como para dar cabida a la diversidad de su contenido³¹⁸, se han ensayado tradicionalmente por la doctrina unas nociones generalistas de ésta confluyen en mayor o menor medida dos piezas nucleares: en primer lugar, desde el punto de vista del objeto, está claro que se trata de una acción positiva consistente en intervenir, concursar, tomar parte en las decisiones, actividades o asuntos públicos, y en segundo lugar, desde la óptica subjetiva, hay una normal coincidencia en exigir que la acción de participar debe ser realizada por el ciudadano en cuanto tal, no como individuo titular de derechos subjetivos propios, sino como parte de la colectividad y portador de intereses sociales y colectivos³¹⁹. Un sector de la doctrina la vincula

³¹⁶ Jiménez Villarejo, Carlos, *La corrupción, una amenaza para la democracia*, Papers Lextra 3, [revista electrónica: www.lextra.uji.es/papers/], 2007, Pág. 9-18. Y del mismo autor, *Democracia contra corrupción*, en *Derechos, justicia y estado constitucional: un tributo a Miguel C. Miravet* (coord. Miravet Bergón, Pablo; Añón Roig, María José), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, Págs. 137-150.

³¹⁷ Parejo Alfonso, Luciano, *La participación en el Estado Social, Actualidad Administrativa*, Núm. 5, 1987, Págs. 225-239, y Sánchez Blanco, Ángel, *La participación como coadyuvante del Estado, social y democrático de Derecho*, Revista de Administración Pública, Núm. 119, 1989, Págs. 133-171. Los autores ven en la participación ciudadana un elemento necesario en la instauración del contenido social y democrático de nuestro Estado.

³¹⁸ Santamaría Pastor, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ob. Cit., Pág. 247, concluye que la participación no podría entenderse como un concepto unitario, sino como un principio o tendencia política de contornos abiertos y difuminados.

³¹⁹ García de Enterría, E., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1991, Pág. 83-85, excluye del fenómeno participativo ciertas intervenciones de ciudadanos en la Administración como es el caso de los funcionarios públicos o contratados laborales, contratistas, concesionarios, etc. precisamente debido al hecho de que éstos no actúan ni libre, ni voluntariamente en la apreciación del interés general en cuestión. Véase al respecto también Sánchez Morón, Miguel, *El principio de participación en la Constitución española*, Revista de Administración Pública, Núm. 89, 1979, págs. 173 y ss. Considera que todas y cada una de las instituciones de Derecho público tenderán a explicarse desde el punto de vista de la participación, siendo ésta un referente inexcusable, por ejemplo, en la teoría de la crisis

fundamentalmente a los procesos decisionales. Participar es «influir en la toma de decisiones»³²⁰. Pero el ámbito propio de la participación no tiene porqué ser el exclusivamente el de la decisión. El ciudadano participa tanto en la toma de decisiones, como ejerciendo controles. Precisamente, uno de los mecanismos institucionales que canaliza este último modo de participación es la rendición de cuentas que, a su vez, se vale de diversos medios. El sistema de declaratividad es uno de ellos. Impone a gobernantes y altos cargos dar cuenta de sus actividades, intereses y bienes como forma generar confianza en que su actuación servirá a los intereses generales. No sólo van a rendir cuentas de «actos de dirección política» sino incluso de asuntos personales de relevancia pública e interés político, en tanto y en cuanto permiten controlar el fiel ejercicio del cargo asumido. Y así como es un derecho de los ciudadanos, también es una obligación de los poderes públicos facilitar esa participación de todos los ciudadanos en la vida política. Por otro lado, la información rigurosa y permanente al ciudadano acerca de las actuaciones de los poderes públicos que afectan a los intereses generales, se considera requisito previo para una efectiva participación en los asuntos públicos³²¹. La publicidad entendida entonces como principio esencial

del Estado liberal y la consiguiente superación de la democracia política representativa como única vía de legitimidad del poder; igualmente conecta la participación con conceptos tales como la soberanía popular, la dignidad de la persona, el pluralismo democrático, la libertad, la igualdad entre las personas, etc. Véase también, Baño, Rodrigo, *Consideraciones acerca de la participación ciudadana*, Primer Seminario Conceptual sobre Participación Ciudadana y Evaluación de políticas Públicas, Santiago de Chile, 1997.

³²⁰ Se plantea desde el problema del control de la propia legitimidad de las decisiones administrativas, especialmente cuando la Administración Pública actúa bajo la cobertura relativa de una potestad discrecional. En estos casos, los criterios para la formación de la voluntad del órgano administrativo quedan a merced de las circunstancias coyunturales, siendo el modo habitual mediante el cual la autoridad administrativa llega a monopolizar la definición del interés público en cuestión. Las disfunciones de esta práctica monopolística es la que justifica prioritariamente la inserción de las demandas de los ciudadanos en los procesos decisionales. De ese modo, a través de la participación real de éstos durante la fase administrativa de interpretación y valoración del asunto público, es como se garantizaría la adecuación de la decisión final al cuerpo social destinatario. Se trataría, en definitiva, de alcanzar mediante una Administración participada, la objetividad requerida constitucionalmente, si por ésta debemos de entender la recepción de los intereses generales de los ciudadanos y posterior adecuación de toda actuación administrativa a su objeto que no es otro que el servicio y satisfacción de aquéllos (Ceballos Moreno, Manuel, *Una aproximación al régimen jurídico de la participación ciudadana en la Administración pública –Especial referencia al sector medioambiental–*, Actualidad Administrativa, N° 43, Sección Doctrina, Editorial La Ley, 2001).

³²¹ Así vemos como es un tema que destaca en la actualidad jurídica el análisis de los programas de participación ciudadana en materia de urbanismo, donde se presenta el derecho de información como forma de participación. Véase García Valderrey, Miguel, *El derecho de información como forma de participación ciudadana en la fase de elaboración de los*

de toda acción administrativa, se fundamenta en el derecho de los ciudadanos al acceso a los registros y archivos administrativos (arts. 105.b) CE y 35.h) y 37 LRJAP)³²².

La democracia es un sistema que por definición se presupone transparente en la medida en que, al menos en principio, el poder y sus órganos no deberían tener apenas secretos para los ciudadanos³²³. Entendiendo por transparencia el acceso ciudadano oportuno, suficiente y garantizado a información relativa al desempeño de funciones públicas. Y de esa *transparencia del poder* es de lo que se trata. Pues aún cuando son los Registros gestionados por la autoridad administrativa los que contienen las declaraciones de actividades y bienes, estas no plasman –en principio– información sobre una actuación de la Administración misma³²⁴ sino sobre cuestiones privadas (de relevancia pública) de los agentes que administran el poder estatal. Lo que hay que tener muy en cuenta a la hora de evaluar la importancia del control, es que en el caso de los Gobernantes y altos cargos es especialmente necesario proteger la imparcialidad, independencia y servicio al interés público. Se trata de cargos políticos en los que se constata una peligrosa conjunción de poder y mantenimiento de la relación de partido o personal. Precisamente, apuntamos que dos características comunes que exhiben todos los sujetos involucrados en el catálogo de la norma: **i)** que en tanto designados fuera de las condiciones de mérito y capacidad ocupan puestos especialmente vulnerables al conflicto de

instrumentos de planeamiento, Práctica Urbanística, Nº 91, Sección Práctica Profesional, Marzo 2010, pág. 8, Editorial LA LEY. En el trabajo se analiza concretamente, los derechos de información que corresponden a los ciudadanos en materia urbanística, expresados como forma de participación en la actividad urbanística, y que se concretan en diferentes instrumentos como son: los medios de información pública de la administración en materia de urbanismo, el derecho de información escrita del ciudadano en el ámbito urbanístico, el derecho de acceso a archivos y registros de los ciudadanos en general, las oficinas de información urbanística o los instrumentos de publicidad de las sesiones de los órganos cuando aborden aspectos relativos al urbanismo.

³²² El carácter servidor de la información administrativa respecto de la participación, es subrayado, entre otros, por Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, *La participación en la Administración Pública –Principios y límites–*, en Méritos o Botín y otros retos jurídicos de la democracia, Colección Divulgación Jurídica, Aranzadi, 2000, Pág. 209; Sánchez Morón, Miguel, *El principio de participación en la Constitución española*, Ob. Cit., Pág. 201. Acerca de un estudio monográfico sobre el derecho de acceso a los archivos véase Fernández Ramos, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997 y Pomed Sánchez, Luís Alberto, *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989.

³²³ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho administrativo*, Vol. I, Ob. Cit., Pág. 122.

³²⁴ Sí contiene información sobre la actuación de la Administración en los procesos de autorización de las actividades compatibles y las que se van a desarrollar tras el cese en el cargo.

intereses pues por su «relación fiduciaria» el origen de su nombramiento está en una relación personal o en una relación de partido; y **ii)** que, como resultado de la especial posición funcional que ocupan en la alta administración estatal, de quererlo, puedan beneficiarse, ellos mismos o tercetos, con una manipulación interesada de los resortes del propio orden establecido. Este peligro se constituye en una *vulnerabilidad singular a la corrupción*. A diferencia de los funcionarios, desde luego también expuestos, los gobernantes y altos cargos se encuentran demasiado amarrados al poder político. En este singular contexto de sospecha, la Ley 5/2006 propicia la puesta en marcha del principal instrumento democrático: la rendición de cuentas. Y su forma de hacerlo es recabando (y, eventualmente) poniendo en disposición de la ciudadanía aquellos datos que permitan controlar y juzgar que el alto cargo no es permeable a sus propios intereses. La subversión hacia lo público es exactamente lo que interesa como uno de sus objetivos a la normas de conflicto de intereses y declaratividad de bienes y actividades. Se trata, en todo caso, de asegurar que las manifestaciones concretas del poder estatal no respondan a las especulaciones y beneficios particulares de algunos y que, por otro lado, los gobernados sean capaces de acción y de juicio intenso respecto de sus gobernantes y esto –entiéndase– no puede concretarse si no es permitiéndoles acceder al control³²⁵. La participación de los ciudadanos en el control es una técnica elemental para hacer operativo el principio de responsabilidad política. Por tanto, tenemos que el tipo de información que pide la norma pretende legitimar la democracia. A diferencia de lo que ocurre con otros agentes, en el caso de los gobernantes y altos cargos, su control y la participación ciudadana en ese control tiene una función legitimadora de su poder. Ellos ejercen un poder legítimo en la medida en que los ciudadanos puedan controlar ese poder. Hay, en definitiva, en el sistema de declaratividad de actividades y patrimonio un fin de abrir los controles y dar oportunidad al ciudadano a participar de ellos, y al hacerlo, a participar en los asuntos públicos. Cuanto mayor sea la participación de los ciudadanos en el control de los gobernantes [incluyendo aspectos de su vida privada], mayores cuotas de democracia se alcanzarán.

2. LA NEUTRALIZACIÓN DEL CONTROL Y EL INDEBIDO TRATAMIENTO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA LEY 5/2006

La Ley 5/2006 dispone una *intervención legislativa*³²⁶ sobre el derecho a la intimidad de los gobernantes y altos cargos en cuanto dándole un tratamiento

³²⁵ Pitkin, Hanna Fenichel, *El concepto de representación*, Ob. Cit., Pág. 249.

³²⁶ El concepto de intervención en un derecho fundamental debe ser considerado de manera amplia. De acuerdo con esta concepción toda ley (ya sea de regulación o de desarrollo) que afecte a un derecho fundamental de manera negativa o desventajosa, debe ser considerada

desventajoso les exige que declaren formalmente sus actividades y patrimonio privado. En este sentido, el hecho de que el contenido de esas declaraciones esté sólo disponible para pocos órganos del Estado [Oficina de Conflictos de Intereses, Diputados, etc.] o que lo esté para la ciudadanía general es irrelevante pues lo que se protege es que aquellas materias íntimas han de permanecer en reserva frente a todos, incluso frente a la autoridad. Ahora bien, la pieza clave para saber qué tratamiento da al derecho a la intimidad la Ley 5/2006 está en el régimen de registros. Las declaraciones juradas de actividades [inicial, de cese y la que corresponda –eventualmente– durante el ejercicio³²⁷] son depositadas y gestionadas por el «Registro de Actividades», de carácter público, que se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de *Protección de datos de carácter personal* y por el art. 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*³²⁸. Por el contrario, las «declaraciones de bienes y derechos» se depositan en el «Registro de Bienes»³²⁹. Este registro, de carácter reservado, contiene las declaraciones iniciales y de cese presentadas por el alto cargo y aquellas que «voluntariamente» hubiere, por medio de este, presentado el cónyuge. A él tienen acceso, además del propio interesado:

i) El Congreso de los Diputados y el Senado: de acuerdo con lo que establezcan los reglamentos de las Cámaras, así como las comisiones parlamentarias de investigación que se constituyan.

como una intervención legislativa en el derecho respectivo. La atribución del carácter de intervención a una norma legal pone en marcha el análisis de la proporcionalidad en el que debe demostrarse que las desventajas que la norma legal introduce en el derecho fundamental están justificadas. En este análisis argumental se diferencia el concepto de «intervención» con el de «restricción». La catalogación de una norma legal como una *intervención* tiene lugar antes de la aplicación del principio de proporcionalidad; es uno de sus presupuestos. Cuando se cataloga a una norma legal de *intervención* de un derecho fundamental, es porque afecta negativamente a una de sus normas o posiciones *prima facie*. Por el contrario, la certeza de que una norma legal es una *restricción* o una vulneración de un derecho, se produce sólo después de la aplicación del mencionado principio o por fuera de su estructura argumentativa. Fuera de la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad, puede considerarse que una norma legal es una *restricción* de un derecho fundamental, cuando el Legislador afecta negativamente a un derecho de una forma que no despierta ninguna sospecha de inconstitucionalidad (es un caso fácil sobre la constitucionalidad de la ley). La restricción obtiene su identidad después de la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad, cuando se llega a la conclusión de que la norma legal cumple sus exigencias y de que, por tanto, debe valer de manera definitiva (Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, Págs. 691-692).

³²⁷ Ley 5/2006, art. 11 (Declaración de actividades).

³²⁸ Ley 5/2006, art. 14.2 (Registros).

³²⁹ Ley 5/2006, art. 14.3 (Registros).

ii) Órganos judiciales: para la instrucción o resolución de procesos que requieran el conocimiento de los datos que obran en el registro, de conformidad con lo dispuesto con las leyes procesales; y

iii) El Ministerio Fiscal cuando realice actuaciones de investigación en el ejercicio de sus funciones que requieran el conocimiento de los datos obrantes en el Registro.

La excepción al carácter reservado viene dada por el art. 14.4 que dispone una publicidad censurada de las declaraciones de bienes de los Miembros del Gobierno y de los Secretarios de Estado. Estas declaraciones se publican todos los años, desde que trasnochadamente entró en vigencia el Reglamento, en el «Boletín Oficial del Estado». La *censura* se impone –según la ley– para la salvaguarda de la privacidad y seguridad de sus titulares. El órgano competente para la llevanza y gestión de estos registros es la «Oficina de Conflictos de Intereses», en la actualidad adscripta orgánicamente al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, y que actúa con plena autonomía funcional³³⁰.

Pues bien, el carácter diferencial que se adjudica a los registros, algunas de sus exigencias y otras desvinculaciones, nos llevan a pensar que la Ley 5/2006 hace un tratamiento del derecho a la intimidad de los altos cargos incorrecto, aunque no puede decirse que las falencias detectadas sorprendan. Históricamente la normativa de incompatibilidades ha caído en errores o descuidos que mermaron en la práctica la concreción de sus objetivos. Así, por ejemplo, para García Mexía, los fundamentos y metas enunciados por las sucesivas normas de incompatibilidades se vieron siempre viciados por la hipocresía del legislador, quien introduciendo en su seno variadas excepciones, privó a la normativa de gran parte de su eficacia³³¹. Olías de Lima Gete, ya en relación al Real Decreto de 12 de octubre de 1923 [primera norma española sobre incompatibilidades de los altos cargos del Gobierno y de la Administración] decía que Primo de Rivera emitió esa primera ley con un propósito evanescente: para mostrar su compromiso con la regeneración social y política del país³³². Y, finalmente, Bustos Gisbert llama la atención sobre los

³³⁰ Ley 5/2006, art. 15 (Órgano de gestión). Es esta oficina la encargada de exigir, en primer término, la rendición de cuentas de Gobernantes y altos cargos en cuanto al debido cumplimiento de las obligaciones que impone la Ley 5/2006. Es también la responsable de la seguridad, indemnidad de los datos y documentos que ella contenga. Asegurando la confidencialidad, el art. 15.3 recuerda que el personal que preste servicios en la oficina debe mantener en secreto los datos e informaciones que conozca en razón de su trabajo.

³³¹ García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Pág. 104.

³³² Olías de Lima Gete, Blanca, *Las incompatibilidades de los altos cargos*, Ob. Cit., Pág. 127. La norma era, por cierto, una novedad. Fue así que a partir del año 1923 la legislación

finde de *marketing político* de muchas normas que pretenden mejorar la moralidad de los gobernantes. A la superficialidad de éstas, suma aquellas que, finalmente adoptadas, caen en la fatiga ética de sus órganos impulsores. Tal los casos –ejemplifica– de las medidas del primer Gobierno de Rodríguez Zapatero aprobando un código ético gubernamental, la normativa específica de conflicto de intereses o el Código ético asumido por el Partido Popular de Aznar en 1993 y reformulado tras diversos escándalos. Y aunque se ocupa de señalar que en el año 2005 saludó las citadas medidas de Rodríguez Zapatero como «esperanzadoras, pero con un largo camino por delante»³³³, bien opina ahora que «desgraciadamente el largo camino no ha sido recorrido ni en la teoría ni en la práctica». Que no le falta razón lo demuestra un hecho incontrastable. La última ley de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado se publicó en el BOE el 11 de abril de 2006. Muchas de sus disposiciones quedaban en suspenso hasta el dictado de un reglamento. La «Disposición Final Primera» que regulaba sobre la «Facultad de aplicación y desarrollo» dispuso que el Gobierno debía aprobar en el plazo de cuatro meses³³⁴, contando desde la fecha de entrada en vigor de la ley, las normas reglamentarias que exigían su desarrollo y aplicación³³⁵. Pero el reglamento no se dictó ni antes del 1 de septiembre, ni tampoco a lo largo de todo el año 2006. Y no fue sino hasta que los reclamos se sucedieron y los medios de comunicación, que también tardíamente empezaron a recordar a la opinión pública su ausencia, que el 27 de marzo de 2009, se aprobó el Real Decreto 432/2009 y se publicó en el BOE el 14 de abril de ese mismo año. Los cuatro meses de la ley se convirtieron en tres años de espera para dar vida plena a un texto que se entendía como fundamental tanto para el Gobierno, que de hecho lo incluyó en su programa político, como para la ciudadanía. E insistimos en este detalle: la ley entró en vigor el 1 de mayo de 2006, pero las primeras declaraciones de bienes de los miembros del gobierno se publicaron en el BOE [conforme estaba ordenado

española incluyó decididamente la regulación de las incompatibilidades privadas, desde entonces ya siempre en combinación con la de las incompatibilidades públicas. El comienzo de esta segunda gran etapa coincidió con los días iniciales del Directorio Militar del General Primo de Rivera.

³³³ Se hace referencia al artículo «*Corrupción de los gobernantes, responsabilidad política y control parlamentario*», Ob. Cit., Pág. 153 ss.

³³⁴ Tampoco coincide con el mandato del reglamento que en el art. 13 establece que «*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.4 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, anualmente, antes del 30 de septiembre, se procederá a publicar en el Boletín Oficial del Estado el contenido de las declaraciones de bienes, derechos y obligaciones patrimoniales...*»

³³⁵ La Ley 5/2006 se publicó en el BOE el 11 de abril de 2006. Su entrada en vigor se estipuló a los veinte días de su publicación («Disposición final tercera»).

desde entonces] el 15 de octubre de 2009. En suma, desde el dictado de la ley hasta que se dio a conocer a la ciudadanía la composición del patrimonio de los gobernantes, transcurrieron tres años y cinco meses. Para un mandato programado de cuatro años, demorar esta forma de rendición de cuentas durante el ejercicio en todo ese tiempo es un hecho políticamente cuestionable. Y fue así como ese 15 de octubre de 2009, y tras la espera, los ciudadanos comenzaron su día informados por los medios de comunicación sobre que –por ejemplo– el patrimonio del Presidente del Gobierno *tan sólo* ascendía a 209.206 euros³³⁶. Supieron también que el patrimonio estaba conformado, por ejemplo, por un pasivo que duplicaba el valor de sus bienes inmuebles. El gobernante declaraba un pasivo de € 80.847,89 y bienes inmuebles por un valor de € 37.258,67; y los valores de los bienes inmuebles habían sido expresados siguiendo su «valor catastral»³³⁷, detalle que ayudó a comprender mejor la situación. En otras palabras: había ocurrido que para que los ciudadanos contaran con los datos necesarios para evaluar la magnitud y evolución del patrimonio de los altos cargos y gobernantes se había decidido no recurrir a un valor real sino a un *valor irreal por definición*³³⁸. Téngase en cuenta que en el ámbito tributario se señalan las carencias del parámetro, caracterizado por la doctrina como *obsoleto*. Dos hechos justifican suficientemente que se le aplique

³³⁶ Véase ElConfidencial.com, 26 de noviembre de 2009, bajo el titular «Rubalcaba, Garmendia y Sebastián, los ministros más ricos; Zapatero «sólo» tiene 209.206 euros». Se afirma «El valor catastral de los bienes inmuebles de Rodríguez Zapatero asciende a 37.258,67 euros, a los que se suman otros 171.947,46 euros de otros bienes, lo que hace un total de 209.206,13 euros, mientras que en créditos, préstamos y deudas acumula un total de 80.847,89 euros». ELPAIS.com publica en esa misma fecha «El presidente Zapatero tiene un patrimonio de 209.206 euros. Garmendia es la ministra con mayores bienes, por delante de Sebastián y Rubalcaba, aunque también es la que más debe.- Chaves y Aído cierran la lista». Por su parte PUBLICO.es titula «Garmendia acumula un patrimonio casi 24 veces superior al de Zapatero».

³³⁷ El pedido de la ley de la declaración tiene una vocación de *universalidad*, es decir, de transparentar *todo* el patrimonio adecuadamente y de modo que permita el escrutinio. En efecto, solicita una declaración «comprensiva de la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones», agregando que «contendrá por lo menos» aquellos datos. Ello remite a una idea de mínimo contenido. Si a esta idea de universalidad, sumamos que el deber de los gobernantes y altos cargos es cumplir la ley con ejemplaridad, buscar un cumplimiento exquisito de sus obligaciones tanto como particulares como servidores públicos, esta norma de auto gobierno no se condice con los términos del reglamento que se conforma o tolera, al parecer, con declarar conforme a un valor tan ficticio como lo es el de «tasación fiscal». Retacean en la transparencia. ¿Qué idea de patrimonio puede dar la «valoración catastral»? Si la Administración Pública ha de actuar de acuerdo al principio de eficacia, debería también cuidarse de ser tan eficaz al exhibir las declaraciones de sus agentes.

³³⁸ Banacloche Pérez, Julio, *La derogación automática del valor real*, Impuestos, N° 8, 2007, Pág. 15. También se dijo que es un medio de valoración poco perfeccionado al no valorar correctamente la singularidad del inmueble (Cardona, Marcos, *La Comprobación de Valores de Inmuebles*, Dijusa, Madrid, 2002, Pág. 72).

el adjetivo: en primer lugar que el valor catastral es, con suerte, el 50% de un presunto valor de mercado, y, en segundo término, resulta un valor histórico que, aunque debiera ser revisado cada diez años, rara vez se cumple. En este sentido, al menos hay que reconocer la coherencia de la reciente legislación que prevé la publicidad de las declaraciones patrimoniales de los Parlamentarios, pues aún cuando para el caso de todos los restantes bienes y obligaciones reclama que se exprese su valor en euros, no lo hace con los inmuebles. Se prescinde abiertamente de su valor, catastral o de mercado. Se conforma con que se exprese si es piso, vivienda, etc., en que provincia está ubicado, fecha de adquisición y derecho o título que se posee sobre el mismo. Si el diputado o senador ha invertido en su compra un euro o un millón es un dato para ella irrelevante³³⁹.

Y sí, efectivamente las normas de incompatibilidades y conflictos de intereses parece que continúan siendo ese tipo de «reglas con trampas» a las que hace mención Villoria Mendieta³⁴⁰. Semejantes errores, descuidos y fallos impresionan como concebidos para el fracaso de las de normas y se explican desde la escasísima interiorización que los políticos en general, y en especial, los gobernantes y demás altos cargos registran de los deberes que se derivan de su especial estatus jurídico. Más concretamente de la obligación de rendir cuentas de cómo ejercen el poder y que una de las formas de hacerlo es, precisamente, explicando por los medios necesarios de manera eficaz y transparente las actividades privadas que desarrollan y la composición y evolución de su patrimonio. Su obligación primera está en servir al interés general y, como consecuencia de ello, hacerse visibles y someterse sin especulaciones al escrutinio de los ciudadanos.

3. LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA EVENTUAL EXIGENCIA DE DECLARACIÓN PATRIMONIAL DIRIGIDA A LA FAMILIA DEL GOBERNANTE Y ALTO CARGO

La Ley 5/2006 reconoce en las actividades, desarrollo y composición del patrimonio del vínculo íntimo del alto cargo una materia cuyo conocimiento reviste trascendencia para la sociedad. Ocurre, sin embargo, que se muestra tan medida, o tan inoportunamente medida, en hacer valer ese interés público que – como era de prever– estos datos de relevancia pública terminan por quedar en

³³⁹ Véase «Acuerdo de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 19 de junio de 2011, por el que se modifica el Acuerdo de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 21 de diciembre de 2009, por el que se aprueban normas en materia de Registro de Intereses para dar cumplimiento a lo establecido en la reforma del artículo 160.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General», modelo que se acompaña como anexo.

³⁴⁰ Villoria Mendieta, Manuel, *Evaluación de las políticas y prácticas sobre los conflictos de intereses: un informe comparativo*, Ob. Cit., Págs. 225-226.

secreto y sobre seguro de la no intromisión y control, no sólo de la colectividad en general, sino de la propia Oficina de Conflictos de Intereses³⁴¹.

Que hay un auténtico *interés público* en conocer ciertos aspectos de la privacidad de la familia del alto cargo es una evidencia que se infiere del articulado de la Ley 5/2006. Veamos:

i) En el Preámbulo anuncia: «*la ley refuerza el control sobre los intereses patrimoniales que pueda tener el alto cargo, su cónyuge o persona que conviva en análoga relación de afectividad, así como de determinados miembros de su unidad familiar*»³⁴².

ii) Cuando, en la pretensión de evitar aquellas situaciones que pudieran poner en riesgo su imparcialidad, impone al gobernante o alto cargo la *interdicción legal de poseer participaciones en empresas contratistas con el sector público*, establece que éste no podrá poseerlas *por sí o junto con su cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial, o persona que conviva en análoga relación de afectividad e hijos dependientes y personas tuteladas*³⁴³.

iii) Cuando impone al gobernante y alto cargo el *deber de inhibirse en procesos conflictivos*, también extiende esa prohibición cuando en el asunto tomó parte [dirigiendo, asesorando y administrando o hubiere tenido alguna participación] *su cónyuge, persona con la que conviva en análoga relación de afectividad, o familiar dentro del segundo grado*³⁴⁴.

iv) Al exigir al gobernante y alto cargo la formulación de una «declaración integral de bienes, derechos y obligaciones» (de carácter reservado), dispone también que «voluntariamente su cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad podrá formular esta declaración que será aportada por el alto cargo»³⁴⁵.

v) Finalmente, cuando regula la obligatoriedad de contratar un «fideicomiso ciego» para ciertos altos cargos, lo establece en relación a los

³⁴¹ La «Oficina de conflictos de intereses» debiera, como gestora de los registros de actividades y bienes, ocuparse del seguimiento del patrimonio del agente y de evaluar si, al menos, el contenido material de sus declaraciones se corresponde o no con la realidad. Para ello es imprescindible despejar la sospecha de que aquel agente que, en apariencia muestra un patrimonio justificado no está prevaliéndose de su familia para ocultar el dinero mal habido, o bien, que no está omitiendo declarar actividades de aquellos que lo colocan en situación de conflicto de intereses. En cuanto a las funciones de la «Oficina de Conflictos de Interés» véase Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la Administración*, Ob. Cit., Págs. 247-259.

³⁴² Ley 5/2006, Preámbulo, párrafo sexto.

³⁴³ Ley 5/2006, art. 6.1 (Limitaciones patrimoniales en participaciones societarias).

³⁴⁴ Ley 5/2006, art. 7.1 (Deber de inhibición y de abstención).

³⁴⁵ Ley 5/2006, art. 12 (Declaración de bienes y derechos).

valores y activos financieros de los que sean ellos mismos titulares o que sean titulares *sus cónyuges no separados legalmente, salvo que el régimen económico matrimonial sea el de separación de bienes, o sus hijos menores de edad no emancipados*³⁴⁶.

Estas referencias normativas nos hablan de dos realidades que parecen inquietar desde el punto de vista institucional. Una de ellas es que una vez asumido el cargo puede que el agente no subvierta su orden de valores³⁴⁷ y que llegado el caso, tal como podría hacer cualquier otro ciudadano, se decante por atender el interés de los suyos antes que el de toda la colectividad. Ya Platón alertaba de que «*es contrario a la naturaleza de las artes buscar el bien de algo prescindiendo de su objeto*»³⁴⁸ y, por cierto, quizás desatender a los intereses de la propia familia fuera una pauta de conducta tan difícil para nuestra cultura hispana que más vale no verse en la encrucijada. Estar en una situación conflictiva es, en sí mismo, un riesgo no permitido cuando quien debe tomar la decisión es un servidor público. En estos casos sucederá que el riesgo justifica la sospecha de un comportamiento infiel, y a éste le siguen el daño a la imagen, la falta de confianza y, finalmente, la instauración de la prohibición que pretende evitar esta cadena de males. La otra cuestión que inquieta a la norma es el peligro potencial de que el agente que, finalmente y habiendo fallado el mecanismo preventivo, se ha vendido por un precio al sector privado, pretenda escamotear su mal habido «salario» cediendo la titularidad de los bienes obtenidos a otras personas que no tengan relación alguna con el servicio público. Y para ello, nada mejor será que recurrir a la propia familia.

Pero aún cuando la Ley 5/2006 sospecha que estas situaciones irregulares muy probablemente pueden acontecer en la práctica, no se decide por dirigir a

³⁴⁶ Ley 5/2006, art. 13 (Control de gestión de valores y activos financieros).

³⁴⁷ Desde una perspectiva que adjudica al ciudadano un connatural egoísmo [que lo ve como un sujeto no sólo preocupado por su propia riqueza, poder o prestigio, sino también atento a intereses particulares de terceros], podría pensarse que para aquellos agentes que han asumido la gestión del poder político estatal existe la singular obligación de subvertir sus valores personales: los gobernantes deben reconocer un orden de valores diverso al que mantendrían de haber continuado su ordinaria condición de súbditos. Muy probablemente, todo alto cargo, como cualquier otro agente, en el desempeño de su función entrará en contradicción con sus inclinaciones particulares, no obstante, tendrá que poner en práctica principios y máximas que no atienden sino al interés de toda la colectividad. A esta «conversión» se refiere John Stuart Mill cuando afirma que el acceso a las funciones públicas acerca una «escuela de espíritu público» por la que el ciudadano es llamado a pensar intereses que no son los suyos propios; a pensar fuera de sus inclinaciones personales; a sentir que es parte de «lo público» y, en definitiva, a asumir el interés público como el suyo propio (Mill, John Stuart, *Gobierno representativo*).

³⁴⁸ Platón, *República*, 342 BC.

la familia del gobernante y alto cargo exigencia alguna. No obliga a presentar declaraciones juradas ni de actividades ni de bienes, ni a su cónyuge, ni conviviente, ni hijos, ni personas tuteladas, ni familiares en segundo grado. Tan sólo se limita a *invitar* al cónyuge o persona con quien aquel conviva en análoga relación de afectividad a que presente una declaración de bienes por medio del propio agente. Tenemos entonces que la norma no exige al vínculo íntimo del alto cargo o gobernante la declaración de actividades o patrimonial, no obstante que reconoce que estas cuestiones, en principio privadas, adquieren relevancia pública a la hora de controlar cómo es que los agentes administran el poder público en nombre de los ciudadanos. Opta por una solución intermedia, entre la ausencia de deberes por parte del cónyuge y la exigencia de declaración ineludible por su parte. La pregunta obligada es entonces *¿por qué, aún cuando sabe que es necesario para la lucha contra la corrupción, la Ley 5/2006 no obliga a los familiares del alto cargo a declarar su intimidad económica?* Nuestra respuesta se anticipa en el título de estos apartados: la Ley 5/2006 hace un indebido tratamiento del derecho a la intimidad del alto cargo y su familia: protege cuando no debiera hacerlo y descuida cuando debiera proteger. Y aún cuando opinamos que la ley se equivoca, no podemos dejar de señalar que esa afirmación no es incontestable. De hecho, la escasa pero autorizada doctrina nacional que hasta ahora ha analizado la normativa de incompatibilidades y conflicto de intereses felicita el modo en que la norma desanudó el conflicto entre el derecho a la intimidad y la lucha contra la corrupción. Efectivamente, en opinión de algunos exigir a la familia del gobernante o alto cargo una declaración integral de bienes e intereses resulta *desproporcionado* puesto que ellos nada tienen que ver con la decisión de aquel de ser hombre público³⁴⁹. Lo piensa así García Mexía y agrega que *«entre nosotros sólo el consentimiento puede permitir que la intimidad de personas que no pertenecen al Gobierno, ni ocupan alto cargo alguno, se vea limitada»*³⁵⁰. Su argumento coincide íntegramente con el de García Ferrer. En opinión de este último, las mismas circunstancias que en la actualidad evidencian la necesidad de una especial transparencia del político en su renta, patrimonio e intereses justifican que este tipo de informaciones puedan ser publicadas respecto de un familiar o amigo, ya que, ocasionalmente, suelen camuflarse por esa vía los enriquecimientos injustificados. Sin embargo –afirma– exigirles una declaración formal sobre todos sus bienes e intereses parece desproporcionado, ya que éstos no tienen que ver con su decisión de ser hombre público. Interesa destacar que ambos autores en sus argumentos hacen referencia a los términos *desproporción*, por un lado, y *consentimiento* o *decisión*, por el otro. Por esta forma que tienen de razonar es que pensamos que tanto García Mexía como García Ferrer caen en la

³⁴⁹ García Ferrer, Juan José, *El político: su honor y vida privada*, Ob. Cit., Pág. 262.

³⁵⁰ Tal es la afirmación de Pablo García Mexía en *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Pág. 192.

incorrección argumental ya señalada que consiste en identificar erróneamente el aspecto trascendental: en casos como este en que se trata de evaluar la legitimidad/ ilegitimidad de una ley limitadora de un derecho a la personalidad, la *pieza clave* no hay que buscarla en la decisión o *proprios actos* de su titular, sino en la proporcionalidad de la ley que habilita esa injerencia y en la injerencia misma. Si la ley respeta el canon constitucional, el hecho de que el titular desee o no desee soportar esa limitación que es consecuencia de un hecho en el que voluntariamente aquel hubiera participado, es irrelevante. Pero entiéndase bien: «*siempre que la ley respete el canon*». Sucede, cuando se trata de limitaciones impuestas por los poderes públicos, que la importancia de la voluntad expresa o inferida a partir de los propios actos se diluye frente a la necesidad de subordinar la protección de la intimidad a intereses públicos. No obstante, fuerza es reconocer que en el caso de García Ferrer, su inicial opinión sobre la eventual desproporción de la ley es matizada. Sostiene, recurriendo al ejemplo de la Ley 6/1994, de 22 de diciembre, de publicidad en el Diario Oficial de bienes, rentas y actividades de los gestores públicos de Castilla-La Mancha, la probable conveniencia de adoptar una posición ecléctica. La postura intermedia que propone en consecuencia, en la línea del citado texto legal, es que «sólo el cónyuge, compañero/a sentimental e hijos menores de edad, tengan la obligación de formular declaración sobre concretos aspectos de su patrimonio, siendo optativa la publicación total de sus rentas, bienes e intereses». Sin embargo, ni la síntesis que efectúa se corresponde exactamente a lo dispuesto en el texto legal, ni tampoco parece que la norma asuma, en rigor, una verdadera postura ecléctica como el autor la califica. Adviértase que la ley de Castilla-La Mancha sólo obliga al cónyuge y conviviente [no así a los hijos, como se indica] a declarar tres tipos de datos que, por cierto, no parecen merecer –materialmente hablando– la calificación de íntimos. Estos son: i) Participación en el capital de todo tipo de empresas y sociedades; ii) Empresas o sociedades que dirijan o hayan dirigido, administrado o asesorado; iii) Las actividades desarrolladas en representación de la Administración Regional, en órganos colegiados o de dirección de organismos o empresas de capital público. Fuera de estos casos, reconoce el derecho a que se publiquen gratuitamente en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha las declaraciones de actividades, rentas y bienes de quienes *voluntariamente* las remitan» cuando se trate de: i) cónyuges; ii) vinculados por análoga relación de convivencia afectiva; y finalmente iii) hijos que formen parte de la unidad familiar. Téngase especialmente en cuenta que aún cuando se exige la «declaración de actividades», si ella sólo contiene información sobre actividades profesionales, mercantiles o laborales, su contenido no sería considerado materialmente íntimo por el Tribunal Constitucional³⁵¹. Con todo

³⁵¹ Véase STC 142/1993, de 22 de abril, FJ 7. En lo que respecta a las actividades profesionales y laborales la sentencia fue rotunda al sostener que están más allá del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas que forma el ámbito de la

ello, y tal como adelantamos, no nos parece que la postura de esta norma pueda en rigor calificarse de «ecléctica» en tanto y en cuanto subyace en ella una idea constante de la que hacen gala tantas, y tan equivocadas, leyes de conflicto de intereses o anticorrupción: no es posible limitar el derecho a la intimidad de la familia del agente público por razones estrictamente vinculadas al desempeño de aquél en el cargo. De lograrse la limitación habría de ser consecuencia de la decisión del titular del derecho. Frente a este escenario doctrinario, la más reciente obra de Meseguer Yebra vino a romper la unanimidad de posturas. A su entender la nota de voluntariedad en el suministro de información patrimonial dificulta, indiscutiblemente, que puedan supervisarse por la Oficina de Conflictos de Intereses las limitaciones en participaciones societarias del art. 6.1 de la «Ley de Conflictos de Intereses» [vinculadas a las participaciones de familiares]. El establecimiento de esta limitación –opina– puede resultar ilusorio pues su observancia sólo sería comprobable sobre la base de ciertos datos que sólo pueden ser facilitados de manera voluntaria, no coercible, por el titular de los mismos. Como bien justificadamente critica «*algo no casa, pues, en todo este sistema*»³⁵².

Por otro lado, en el ámbito de las restantes Comunidades Autónomas las legislaciones no mantienen criterios coincidentes en cuando al tratamiento de la intimidad de la familia de los altos cargos. Algunas legislaciones autonómicas de uno u otro modo *invitan* al cónyuge o conviviente a declarar sus bienes. Así:

i) El Principado de Asturias, previo instaurar para los altos cargos el deber de presentar las declaraciones de «intereses y actividades» y de «bienes», agrega que a esas declaraciones los altos cargos *pueden* acompañar las relativas a actividades y patrimonio de «su cónyuge o persona vinculada por análoga relación de convivencia, previo consentimiento de los mismos, y a la de sus hijos menores de edad»³⁵³. El registro de «actividades e intereses» es de carácter público y el de «bienes», reservado³⁵⁴.

ii) En Cantabria, la Ley 1/2008, de 2 de junio, reguladora de Conflictos de Intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos, en su Preámbulo explica que aún cuando el ámbito subjetivo de aplicación es, naturalmente, el de

vida privada. Y, de hecho, las sentencias que la siguieron reiteraron la idea de que resulta, por lo menos, cuestionable que en abstracto pueda entenderse vulnerada su intimidad por la exigencia de transmitir información sobre actividades desenvueltas en el tráfico económico y negocial (STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6).

³⁵² Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflicto de intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración*, Ob. Cit., Pág. 218.

³⁵³ Ley 4/1995, de 6 de abril, de incompatibilidades, actividades y bienes de los altos cargos del Principado de Asturias, art. 8.

³⁵⁴ Ley 4/1995, de 6 de abril, de incompatibilidades, actividades y bienes de los altos cargos del Principado de Asturias, art. 8.

los miembros del Gobierno y altos cargos, no obstante, se ha previsto que las declaraciones patrimoniales sean efectuadas *de forma voluntaria* también por su cónyuge o persona unida a ellos por análoga relación de afectividad. Se justifica en que ello responde a «*obvias exigencias del derecho a la intimidad de personas que no guardan ninguna relación estatutaria con el Gobierno ni ejercen elevadas funciones de responsabilidad en la Administración*». La norma prevé dos tipos de declaraciones «de actividades», de carácter público, y «patrimoniales» de carácter privado. Sólo para el caso de estas últimas establece la «invitación» a declarar dirigida al cónyuge y «conviviente»³⁵⁵.

iii) En Cataluña la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, de régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalitat, es el alto cargo quien hará constar en las declaraciones respectivas, los bienes o actividades conflictivas que realizan los cónyuges o conviviente y demás familiares hasta primer (en la de «bienes») o segundo grado (en la de «actividades»), ello siempre que estos lo *consientan*³⁵⁶. El Registro de actividades es «público» y el de bienes de carácter reservado³⁵⁷.

iv) Finalmente, Madrid obliga a sus altos cargos a formular ante el Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales una declaración notarial comprensiva de la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones, así como de su cónyuge, que *voluntariamente* se preste a ello y de sus hijos no emancipados³⁵⁸. Este registro es de carácter reservado³⁵⁹.

En una posición ecléctica, Extremadura prevé que realizarán las declaraciones con *carácter facultativo* el cónyuge, conviviente e hijos³⁶⁰. Tan

³⁵⁵ Ley 1/2008, de 2 de junio, reguladora de Conflictos de Intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos, arts. 14 y 15.

³⁵⁶ Establece el art. 12 b («Declaración patrimonial y de intereses): declaración de todos los bienes, derechos y obligaciones en los términos que se determine por reglamento, la cual debe referirse también a los bienes, derechos y obligaciones de los cónyuges o convivientes y de los demás familiares de primer grado, siempre y cuando éstos lo consientan».

³⁵⁷ Ley 13/2005, de 27 de diciembre, art. 14.

³⁵⁸ Ley 14/1995, de 21 de abril, de incompatibilidades de altos cargos de la Comunidad de Madrid, art. 10.1.

³⁵⁹ Ley 14/1995, de 21 de abril, de incompatibilidades de altos cargos de la Comunidad de Madrid, art. 14.4.

³⁶⁰ Ley 5/1996, de 26 de septiembre, declaración de remuneraciones y actividades de cargos públicos de Extremadura, dispone en su art. 3 que «*También realizarán, con carácter facultativo, las declaraciones a que se refiere esta Ley, que se publicarán en el "Diario Oficial de Extremadura" gratuitamente, quienes estén comprendidos en algunos de los apartados siguientes: (...) e) Los cónyuges de las personas enumeradas en los apartados 1, 2 y en los párrafos anteriores del presente artículo, o quienes estuvieran vinculados a ellas por análoga relación de convivencia afectiva, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 5 de*

sólo que en caso de no haber presentado voluntariamente esta declaración, están obligados a formularla el cónyuge y conviviente sobre su participación en el capital de todo tipo de empresas y sociedades, sobre las que hayan dirigido, administrado o asesorado y sobre las actividades desarrolladas en representación de la Administración regional, en órganos colegiados o de dirección de organismos o empresas de capital público.

La legislación de la Rioja *exige* que el alto cargo presente la declaración de sus hijos menores de edad no emancipados y, por otro lado, *solicita* con carácter facultativo la del cónyuge, o conviviente que el propio cargo deberá aportar³⁶¹.

La legislación autonómica de Castilla y León establece un único «Registro de Intereses» en que constarán, depositadas en sus dos secciones, «bienes» y «actividades». En las declaraciones notariales de los bienes patrimoniales, se *exige* a los altos cargos que mencionen las empresas en las que él, su cónyuge e hijos menores tengan alguna participación³⁶².

El caso más llamativo es el de la Comunidad Foral de Navarra. Allí se instauró un «registro de actividades» de carácter público y otro de «bienes y

este mismo artículo. f) Los hijos de las personas enumeradas en los apartados 1, 2 y en los párrafos anteriores de este artículo, siempre que formen parte de la unidad familiar (...) 5. Los cónyuges de las personas enumeradas en el apartado 1 o quienes estuvieran a ellas vinculadas por una relación de convivencia afectiva, que no hubieran realizado las declaraciones a que se refiere el apartado 3.e) de este artículo, vendrán obligados a realizar declaración sobre su participación en el capital de todo tipo de empresas y sociedades, sobre las que hayan dirigido, administrado o asesorado y sobre las actividades desarrolladas en representación de la Administración regional, en órganos colegiados o de dirección de organismos o empresas de capital público».

³⁶¹ Ley 8/2003, de 3 de marzo, de Gobierno e incompatibilidades, de sus miembros dispone en su artículo art. 58 (Declaración de actividades, bienes patrimoniales e intereses) «1. Los miembros del Gobierno formularán, en la forma que reglamentariamente se establezca, las siguientes declaraciones notariales: a) Declaración de actividades, referida a cualquier actividad, negocio, empresa o sociedad pública o privada que les proporcionen o puedan proporcionales ingresos económicos o en los que tengan participación o intereses; b) Declaración de bienes, referida a los que integren el patrimonio del interesado, comprensiva de la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones. 2. Junto a las declaraciones referidas en el apartado anterior se deberán aportar las correspondientes a los hijos menores de edad no emancipados. Igualmente, se podrán aportar, previo su consentimiento, las correspondientes a su cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad....».

³⁶² La Ley 11/1990, de 28 de noviembre, de creación del registro de intereses de los miembros de la Junta de Castilla y León y de otros cargos de la Administración de la Comunidad Autónoma, en su artículo 4.5 dispone «Las declaraciones notariales de los bienes patrimoniales deberán mencionar expresamente las empresas en las que el interesado, su cónyuge e hijos menores tengan alguna participación».

derechos patrimoniales» de carácter reservado³⁶³. Su particularidad no consiste sólo en que, directamente, exige a los cónyuges formular la declaración de bienes, sino que hace que éste la entregue por medio del alto cargo. En efecto, la Ley Foral 19/1996, de 4 de noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de Navarra y de los altos cargos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, establece en su artículo 12 («Declaración de bienes y derechos») que «quienes tengan la condición de alto cargo están obligados a formular en el Registro una declaración patrimonial, comprensiva de la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones, en los términos que reglamentariamente se establezcan» y que «Sus cónyuges *deberán formular esta declaración, que será aportada por el alto cargo*». Como vemos, la declaración exigida que debe contener la totalidad de bienes, derechos y obligaciones del cónyuge (sin distinción en el texto legal del régimen económico del matrimonio) pasará por manos del alto cargo quien, finalmente, la aportará.

Por último, nos encontramos con legislaciones que no dirigen ningún tipo de llamado a la voluntad o exigencia al vínculo íntimo del alto cargo para que declaren bienes o actividades³⁶⁴. En definitiva, aunque como acabamos de demostrar, las posturas de las leyes autonómicas son variadas, lo cierto es que en la mayoría de los casos se hace referencia exclusivamente al cónyuge o conviviente y se requiere que presenten declaraciones pero previo su consentimiento.

Ahora bien, antes de concluir sobre la legitimidad/ilegitimidad de exigir a la familia del alto cargo la presentación de declaraciones juradas de actividades y patrimonio, es prioritario evaluar la necesidad de hacerlo. Y para hablar de esta necesidad no recurrimos a proposiciones jurídicas sino al sentido común que nos indica que aquellos gobernantes o altos cargos que han alcanzado acuerdos venales y manejan dinero de origen ilícito pretenderán mantenerse en

³⁶³ Ley Foral 10/2007, de 4 de abril, por la que se modifica la Ley Foral 19/1996, de 4 de noviembre de 1996, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de Navarra y de los altos cargos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, art. 1 «tres» y «cuatro» y art. 12 de esta última norma.

³⁶⁴ Tal el caso de Andalucía (Ley 3/2005, de 8 de abril, de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de la declaración de actividades, bienes e intereses de los cargos públicos); Islas Baleares (Ley 2/1996, de 19 de noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Comunidad de Baleares); Canarias (Ley 3/1997, de 8 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Comunidad Autónoma de Canarias); Castilla-La Mancha (Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo consultivo de Castilla-La Mancha); Galicia (Ley 9/1996, de 18 de octubre, de incompatibilidades de los miembros de la Junta de Galicia y altos cargos de la Administración Autonómica) y Murcia (Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia).

la penumbra [salvo casos de exhibicionistas convencidos de su impunidad]. Querrán ocultar las ganancias ilícitamente obtenidas utilizando personas interpuestas; emprendiendo un ciclo ilimitado de transacciones dirigidas a alejar, progresivamente, la riqueza sucia de su origen; o bien simulando la celebración de negocios jurídicos; y esforzándose, muy especialmente, de no presentar ni sus bienes ni su «nivel de vida» ante la mirada de los otros. Bien pronto los servidores infieles procurarán no confesar con sus comportamientos lo inconfesable. La experiencia nos muestra que quien comete un delito no se autoincrimina, y que quien se enriquece ilícitamente no volcará su realidad delictiva en una declaración jurada. El corrupto buscará mantenerse en la zona de lo subrepticio y lo clandestino. Y para lograrlo suele recurrir a su familia y amigos. Ya dijimos que podemos prescindir de una estadística y aún con rigor empírico sostener que en el patrimonio de la familia y amigos suele el político camuflar su enriquecimiento ilícito, lo que da la razón a quien sostiene que los bienes e intereses de los allegados a los cargos políticos, incluso antes y después de su elección, interesan a la ciudadanía.

Todo cuanto se ha expuesto hasta aquí da cuenta de que existe un interés público, es decir, una necesidad pública en conocer aspectos privados de ciertos terceros que no gestionan poder público. Pero *¿son estos terceros, familiares del gobernante o alto cargo, «personas privadas» que tienen derecho a permanecer en el anonimato?* La distinción entre “persona pública” y “de proyección pública”, por un lado, y “persona privada”, por otro, no responde a que las primeras, a diferencia de las privadas, han asumido voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados, sino a su obligación de soportar ese mismo riesgo. En efecto, el hecho de que una persona se encuentre en la posición de participar con mayor intensidad del interés general puede ser la consecuencia de una elección espontánea, tal como sucede con las personas públicas que optaron por la función pública. Pero también que esa obligación derive de un episodio completamente ajeno a su voluntad, y este es el supuesto de la familia del gobernante o alto cargo, en lo que se refiere a las actividades económicas que sus miembros desarrollan o el patrimonio que poseen. La familia *adquiere protagonismo circunstancial al verse implicado en hechos que gozan de relevancia pública*³⁶⁵. De tal suerte, ocurre que el vínculo íntimo del gobernante o cargo de élite de la Administración se convierte en una «persona de proyección pública», en tanto y en cuanto, por el sólo hecho de mantener ese vínculo con el personaje público, se ven también, y aunque así no

³⁶⁵ STC 99/2002, de 6 de mayo (FJ 7) que define con amplitud el ámbito subjetivo de la categoría «persona con proyección o notoriedad pública», sostiene que está conformada por tres sub-tipos de sujetos que han alcanzado «cierta publicidad» por diversas razones. A saber: i) «por la actividad profesional que desarrollan»; ii) «por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada»; iii) «que adquieren un protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan relevancia pública».

lo elijan y aún cuando pretendan conservar su más amplio «derecho a ser desconocido», involucrados en un asunto de interés público, como lo es el conocer cuáles son sus actividades privadas, cómo está conformado su patrimonio y cuáles son los orígenes de sus bienes. Como la divulgación de sus datos económicos es necesaria para la información, crítica y el control del sistema democrático, sucede que ellos ocuparán el rol de «sujeto expuesto al conocimiento de terceros» aún cuando voluntariamente no lo hayan así decidido o deseado. El familiar no es ya simplemente una «persona privada» para nada «obligada a soportar el riesgo» de que su intimidad sea intervenida, sino una «persona con proyección pública» que, llegado el caso, deberá tolerar que algunos datos de su «intimidad económica» se divulguen o sean denunciados a la autoridad estatal, siempre y cuando estos datos resulten necesarios o relevantes para el interés público de la información.

Para refutar la legitimidad de esta conversión de lo privado en lo público se podría arriesgar que en tanto el derecho a la intimidad tiene un carácter selectivo y en tanto los familiares del alto cargo no han elegido participar de lo público, es válida y digna de protección jurídica su decisión de permanecer en el absoluto anonimato, lo que implicaría reconocerles su derecho a ser desconocidos; a que no se hable ni se controlen sus actividades y bienes. Sin embargo, el argumento no es viable: el derecho a la intimidad se paraliza cuando surgen razones de interés público que hacen estrictamente necesario revelar precisos datos de su esfera íntima. No es jurídicamente posible que el vínculo íntimo de un gobernante o alto cargo pueda imponer sin más la reserva de su intimidad económica a la autoridad y, según el caso, a la ciudadanía. En mala hora pueden esperar que su intimidad tenga el mismo valor que los intereses generales. Con estas afirmaciones tampoco se pretende desconocer que todo hombre es en sí mismo una dignidad y no puede ser utilizado por otro como un mero medio. No se trata de que el familiar del político de élite deba entregarse, sin condiciones, a las exigencias del interés público. Ni ellos, ni cualquiera de los gestores de lo público, ni cualquier simple ciudadano, pueden ser utilizados como medios para alcanzar el bien común³⁶⁶. Pero, claro está, tampoco pueden pretender verse desvinculados totalmente de su consecución. El interés general los toca, tal y como puede sucederle a cualquier otro ciudadano y por las más diversas razones. Indudablemente, el carácter selectivo de la intimidad puede quedar paralizado en casos, como en este, donde el fin perseguido es, nada más ni nada menos, que prevenir y detectar actos de corrupción política. No es aquí su «propio acto», ni el «riesgo asumido», ni la operatividad de una regla de «sujeción especial» lo que justifica la injerencia en

³⁶⁶ El hombre es fin tanto para sí como para los demás (Kant, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid, 1999 (3ª ed.). Traducción y notas de Adela Cortina y Jesús Conill, Pág. 334 –párrafo 37–.

su intimidad, sino un interés público sostenido por una norma. Pero, aún falta algo más. La vigencia del derecho fundamental a la intimidad será resistente, incluso, ante las eventuales imposiciones de las mayorías democráticas, por lo cual aunque exista un «interés público» que es presentado por una ley, como en este caso, será necesario someter esa ley a un aguzado juicio que evite legitimar un sacrificio desproporcionado en el derecho de los implicados. No alcanza con cualquier norma, sino que debe tratarse de una norma que pase con éxito el canon de constitucionalidad. Y esto ya lo dijimos: todo problema de limitación de derechos fundamentales se debe resolver, invariablemente, acudiendo al mecanismo argumentativo del juicio de proporcionalidad. A él nos dedicamos.

Ha llegado entonces el momento de ensayar un «juicio de proporcionalidad». Nuestra ley objeto de control parte del texto de la Ley 5/2006 pero recogerá una consideración de *lege ferenda*. Tal como ha quedado redactada, la Ley 5/2006 presenta como problema más destacado el apuntado por Meseguer Yebra: algunos de sus controles se vuelven ilusorios. Y si esto es así, es precisamente por el indebido tratamiento que ella hace del derecho a la intimidad. Sin conocer las actividades y patrimonio, al menos de su cónyuge, persona con la que conviva en análoga relación de afectividad e hijos, no es posible controlar eficazmente si el alto cargo cumple con: **i)** la «interdicción legal de poseer» participaciones contratistas con el sector público³⁶⁷; **ii)** el «deber de inhibirse en procesos conflictivos»³⁶⁸; y **iii)** la obligatoriedad de contratar un «fideicomiso ciego», si fuera su caso³⁶⁹. Tampoco sería posible detectar si hay un enriquecimiento ilícito enmascarado en el patrimonio de un familiar, situación que se da en la generalidad de los casos en que un agente aumenta considerablemente el patrimonio a causa de la comisión de actos de corrupción. Por todo ello, nos proponemos evaluar la legitimidad/legitimidad de una norma que, tal como hacen los arts. 11 y 12 de la Ley 5/2006, tras establecer la obligación de declarar actividades y bienes, impusiera: «Su cónyuge, persona con quien conviva en análoga relación de afectividad e hijos, deberán formular las declaraciones de los arts. 11 y 12». Identificamos a esta ley como Ley 5/2006 (hipótesis 1). Sólo dos cosas restan por mencionar. En primer lugar, en nuestra hipótesis de trabajo las declaraciones tendrán carácter reservado y siempre serían aportadas por los familiares obligados, directamente, ante la autoridad de control, nunca por medio del alto cargo. Cuando se tratara de hijos menores no emancipados, la obligación de declarar aquellos aspectos habría de recaer sobre el propio agente.

³⁶⁷ Ley 5/2006, art. 6.1 (Limitaciones patrimoniales en participaciones societarias).

³⁶⁸ Ley 5/2006, art. 7.1 (Deber de inhibición y de abstención).

³⁶⁹ Ley 5/2006, art. 13 («Control de gestión de valores y activos financieros»).

Pasando al juicio de ponderación sobre la legitimidad o constitucionalidad de una norma que exija a familiares del alto cargo formular declaraciones juradas de actividades y bienes, debemos comenzar por realizar un análisis previo en el que se evalúe si hay en la Ley 5/2006 (hipótesis 1) una adscripción *prima facie* al derecho fundamental a la intimidad. En este sentido, recordamos, en primer lugar, que el art. 18.1 CE garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar; y que su ejercicio confiere al titular la facultad de decidir por sí mismo cuándo y dentro de qué límites se hacen públicas las circunstancias de su vida personal, así como la de determinar por sí mismo la revelación y utilización de sus datos personales. En definitiva, lo que se garantiza a todos los ciudadanos es el mantener una *intimidad elegida* y, consecuentemente, no ser coaccionados a entregar información que haga a su privacidad a nadie, ya se trate de una autoridad estatal, de cualquier persona privada, o –menos aún– de la generalidad de los ciudadanos. No obstante, el derecho a la intimidad puede ser objeto de intervenciones y restricciones legislativas en razón de otros derechos, principios y bienes que jueguen en su contra. Así lo señala la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de *Protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, cuando establece que «no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley» [art. 2.2]. Asimismo, es criterio del Tribunal Constitucional que la intimidad económica forma parte de aquella intimidad protegida por el art. 18.1 en cuanto los datos transmitidos permitan no sólo reconstruir la situación patrimonial de su titular, sino el desarrollo de su vida íntima en el sentido constitucional del término³⁷⁰. En segundo término, tenemos que la LEY 5/2006 (hipótesis 1) reclama a los familiares del alto cargo que declaren no sólo las actividades profesionales, mercantiles o laborales realizadas los últimos dos años³⁷¹, sino también la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones, describiendo la composición de su patrimonio y posteriormente su evolución³⁷². De hecho, el Tribunal Constitucional tiene dicho que las actividades profesionales y laborales «están más allá del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas que forma el ámbito de la vida privada»³⁷³. Pero la declaración de bienes, derechos y obligaciones, con su vocación de universalidad, esto es, de transparentar todas las circunstancias y vicisitudes económicas de la persona³⁷⁴

³⁷⁰ STC 142/1993, 26 de 22 de abril, FJ 8.

³⁷¹ Ley 5/2001, art. 7.1 (Deber de inhibición y de abstención).

³⁷² El originario texto de la Ley 5/2006 reclama al alto cargo una declaración inicial, otra al cese y anualmente sus declaraciones tributarias.

³⁷³ STC 142/1993, 26 de 22 de abril, FJ 7.

³⁷⁴ El art. 12 de la Ley 5/2006 establece que la «declaración patrimonial» debe ser «comprehensiva de la totalidad de bienes, derecho y obligaciones» y que «comprenderá al

reviste *potencialidad* para revelar cuestiones íntimas de ella y de su grupo familiar. Precisamente atendiendo a ese potencial se han calificado, en general, todas las cuestiones de índole económica como un aspecto «fronterizo» de la intimidad. De tal suerte, llegamos a la conclusión de que efectivamente la Ley 5/2006 (hipótesis 1) perjudica *prima facie* el derecho a la intimidad de los familiares del alto cargo, pues provoca una afectación negativa al suprimir del ámbito de reserva prácticamente la totalidad de sus circunstancias económicas. En este sentido lo mismo da que quien sea informado de esa privacidad sea la propia Administración o toda la ciudadanía. Sea como fuere, se decida posteriormente publicar o mantener esas declaraciones en carácter reservado, el cónyuge, conviviente e hijos del agente padecerán una afectación fáctica en la realización de su derecho fundamental a la intimidad. Esta afectación de una posición iusfundamental *prima facie* por parte de una norma legislativa [primer presupuesto del juicio de proporcionalidad], implica a su vez la atribución a aquella del carácter de *intervención legislativa* en el derecho fundamental [segundo presupuesto]. Pero a pesar de ello, el hecho de que la Ley 5/2006 (hipótesis 1) llene las exigencias propias para ser considerada como una «intervención» en un derecho fundamental, no implica automáticamente su inconstitucionalidad. Sólo presupone que contra dicha norma deben hacerse valer las garantías y los mecanismos de protección formales y materiales de los derechos fundamentales y que, entre ellos, en el examen de proporcionalidad [de los subprincipios de proporcionalidad] será preciso analizar la justificación que la norma legislativa puede invocar en su favor.

La atribución de carácter de *intervención* pone en marcha el análisis de la proporcionalidad en el que, para sostener su legitimidad, debiera demostrarse que las desventajas que la norma introduce en el derecho a la intimidad de los familiares están justificadas. Se da paso, entonces, al análisis escalonado y sucesivo de los subprincipios de proporcionalidad. Para empezar, en cuanto al subprincipio de idoneidad, no hay dificultad en reconocer que la norma persigue fines constitucionalmente legítimos. Tras una interpretación teleológica-objetiva de su texto, se infiere que –como se señaló– con la obtención por parte de la autoridad de control de las declaraciones de actividades y bienes del vínculo íntimo del alto cargo, lo que se pretende es garantizar otros principios también estatuidos en el texto constitucional, tales como el servicio al interés general (art. 103.1) y la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1.1), al preponderar a prevenir y detectar la

menos» i) Los bienes, derechos y obligaciones que posean; ii) los valores o activos financieros negociables; iii) las participaciones societarias; y iv) el objeto social de las sociedades de cualquier clase en las que tengan intereses. Pero –se destaca– estos datos son los mínimos [así lo indica la locución «al menos»] que la declaración debe contener. El criterio orientador para su conformación debería de ser el de transparentar de manera acabada y exacta la propia realidad económica.

comisión, tanto de actos abiertamente corruptos, como actos que llamamos de corrupción atenuada como los supuestos de conflictos de intereses. Pero más allá de reconocer sus fines legítimos, la Ley 5/2006 (hipótesis 1) es, asimismo, idónea para alcanzarlos. En párrafos anteriores se justificó también que el hecho de contar con las declaraciones juradas de los familiares permite detectar el uso de testaferros, personas interpuestas en la celebración de negocios jurídicos, casos de tráfico de influencia, cohechos, etc. Y no sólo esto, sin ellas los distintos mecanismos de control de la norma se ven truncados. Cómo podría controlarse la veracidad de la declaración de un gobernante o alto cargo que manifiesta no poseer intereses en empresas contratistas con el estado, ni por sí solo ni junto con su cónyuge, si luego a su cónyuge no se le exige su declaración. Cómo podría controlarse si el gobernante o alto cargo se encuentra en una situación de conflicto de interés, si no contamos con la declaración de la persona que con él convive que sí nos dice que ha intervenido en un negocio privado que está siendo materia de decisión de aquel agente. Y así pueden darse infinidad de ejemplos que la realidad nos ofrece y a los que, lamentablemente, se suele llegar mal y tarde a descubrir.

Pero lo que más nos interesa destacar, puesto que en última instancia nuestra realidad no es otra que el texto legal que está en vigencia, es que –en primer lugar– frente a lo que dispone el art. 11 en cuanto a la declaración de actividades se refiere, la legislación estatal no requiere ni sugiere como voluntaria la presentación de la declaración de actividades por parte del cónyuge –u otros familiares con distinto grado de parentesco– del alto cargo. La omisión resulta chocante por cuanto el art. 7.1 de la misma norma exige que los altos cargos se inhiban del conocimiento de los asuntos en cuyo despacho hubieran intervenido o que interesen a empresas o sociedades en cuya dirección, asesoramiento o administración hubieran tenido alguna parte ellos, su cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad, o familiar dentro del segundo grado y en los dos años anteriores a su toma de posesión como cargo público. Difícilmente podrá efectuarse un seguimiento de este deber de inhibición si los cónyuges no declaran su participación en este tipo de actividades³⁷⁵. Por otro parte, en lo respectivo a la «declaración de bienes, derechos y obligaciones» la misma nota de voluntariedad dificulta el control por parte del propio gobernante o alto cargo de las obligaciones impuestas por toda la norma: interdicción de no poseer del art. 6, el deber de inhibición del art. 7, y el de constitución de fideicomiso ciego del art. 13. Por tanto, al no imponer el sistema de declaratividad a su vínculo íntimo, quedan neutralizados en su operatividad los tres mecanismos de control previstos para los altos cargos.

³⁷⁵ Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración*, Ob. Cit., Pág. 207.

El subprincipio de necesidad, paso que sigue a la acreditación de la idoneidad, reclama concluir si existen medios alternativos que puedan conducir a los mismos fines perseguidos por la Ley 5/2006 (hipótesis 1). Si tenemos en cuenta la posibilidad de detectar situaciones de conflicto de intereses y demás prácticas abiertamente corruptas, la respuesta es afirmativa. Para este fin efectivamente existen cuantiosos medios alternativos al sistema de declaratividad. De hecho, día a día vemos que en el curso de las investigaciones criminales se valen de muchos de ellos. Es posible disponer allanamientos de morada, allanamientos de despachos profesionales, intervenciones telefónicas, solicitar informes entidades bancarias y financieras, o requerir a terceros que den cuenta de gastos concretados, etc. El límite está en la imaginación e, insoslayablemente, en la ley. Sin embargo, y más allá de que algunos de estos medios por su lesividad a los derechos fundamentales sólo puedan ser puestos en marcha por una autoridad judicial que garantice adecuadamente su protección, a nivel preventivo ninguno de ellos resulta útil. El sistema de declaratividad, en cambio, sí opera como un *óptimo medio preventivo*. El hecho de denunciar ante la autoridad estatal, en este caso ante la «Oficina de Conflictos de Intereses», los intereses, actividades y bienes patrimoniales funcionará desmotivando la elección de comprometerse en prácticas corruptas, por un lado, y como una «autorregulación» que recordará a los declarantes la existencia al menos de esta norma que impone prohibiciones al agente público en pos de asegurar su fiel servicio, deber que por ser *extraños* a la función tampoco debieran pasar por alto. Pero, en todo caso, conocer con anticipación que se está siendo controlado, tiene una innegable capacidad disuasoria. Evaluando también otros posibles medios alternativos, entendemos que lo que sí resulta sería innecesario, una vez que se obligue al familiar a declarar sus bienes y patrimonio, es hacer pasar esa declaración por manos del gobernante o alto cargo al que se vinculan. Con ello se intensificaría sin justificación la injerencia. Téngase en cuenta que aún entre cónyuges hay una intimidad, e incluso una intimidad económica, que preservar. Esta falla en el juicio de proporcionalidad la encontramos claramente en el citado caso de la legislación autonómica de Navarra. Recordamos que la legislación Foral establece en su artículo 12, luego de imponer a los altos cargos la obligación de formular una declaración patrimonial integral que *sus cónyuges deberán formular esta declaración, que será aportada por el alto cargo* y que también los cónyuges habrán de aportar la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y al Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio que haya tenido obligación de presentar el declarante ante la Administración Tributaria³⁷⁶. Al sumarse, sin necesidad, un

³⁷⁶ La Ley 19/1994, de 4 de noviembre, de incompatibilidades de la Administración de Navarra, en su art. 12 (Declaración de bienes y derechos) establece: «1. *Quienes tengan la condición de alto cargo están obligados a formular en el Registro una declaración patrimonial, comprensiva de la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones, en los*

eslabón más de conocimiento [el contenido «íntimo» de la declaración sale de la esfera de reserva de su titular, para ser conocido, en primer lugar por el alto cargo, y luego por la autoridad de control], se afecta negativamente la intimidad. Una exigencia semejante, fuera del caso de la legislación foral, merece evaluarse desde la normativa que el Código Civil español incorporó tras la reforma del 13 de mayo de 1981 y por la que regula tres regímenes económicos matrimoniales: i) sociedad de gananciales [arts. 1344 a 1410], ii) participación [arts. 1411 a 1434] y iii) separación de bienes [arts. 1435 a 1444]. La norma no hace distinción alguno al régimen matrimonial, por tanto puede suceder que el alto cargo y su cónyuge hayan acordado un «régimen de separación de bienes», donde no hay un patrimonio común³⁷⁷. La regulación que le confieren a este régimen los arts. 1437 y 1440 Código Civil hace que esté latente la independencia patrimonial de los cónyuges, tanto en la adquisición de los bienes que van a configurar su

términos que reglamentariamente se establezcan. Sus cónyuges deberán formular esta declaración, que será aportada por el alto cargo. La declaración patrimonial comprenderá al menos los siguientes extremos: a) Los bienes, derechos y obligaciones patrimoniales que se posean; b) Los valores o activos financieros negociables; c) Las participaciones societarias; d) El objeto social de las sociedades de cualquier clase en las que se tengan intereses; e) Las sociedades participadas por las que sean objeto de declaración según el apartado c) con señalamiento de sus respectivos objetos sociales. 2. La declaración a que se refiere el apartado uno de este artículo se efectuará en el improrrogable plazo de dos meses siguientes a las fechas de toma de posesión y cese, respectivamente, en el alto cargo, así como anualmente en el mes de junio. 3. A las declaraciones iniciales y a las que se efectúen anualmente, se acompañará copia de la última declaración tributaria correspondiente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y al Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio que haya tenido obligación de presentar el declarante ante la Administración Tributaria. También deberá aportar la declaración de su cónyuge referida a estos tributos. Dichas declaraciones se depositarán en el Registro como información complementaria, rigiéndose el acceso a las mismas por su normativa específica. 4. El Registro de actividades e intereses de altos cargos recibirá las declaraciones y las copias y, de apreciar defectos formales, requerirá su subsanación al interesado».

³⁷⁷ Como tiene dicho la jurisprudencia «resulta pues contrario a la esencia del régimen de separación de bienes la formación de un patrimonio común o la integración de los bienes adquiridos por los cónyuges en una suerte de masa común, pues ello constituye precisamente la esencia del régimen de sociedad de gananciales (artículo 1344 del Código Civil), no existiendo en el régimen de separación, ni comunidad de bienes, ni bienes gananciales, lo que no es óbice para que algún concreto bien o derecho (no la generalidad de ellos) pueda corresponder a ambos cónyuges por la mitad» [SAP de Baleares de 4 de marzo de 2004, (BDA 2004/84332) y SAP Madrid de 14 de marzo de 2005]. Tal y como afirma De Los Mozos al hacer referencia a la composición del patrimonio personal de cada cónyuge, los bienes pueden ser fruto de su actividad, trabajo o industria, o pueden proceder de los rendimientos de sus propios bienes, o de inversión o reemplazo de sus economías o de la realización de otros bienes o derechos que le pertenezcan (De Los Mozos, José Luís, *Comentario a los arts. 1435 a 1444*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», dirigidos por Alberto M. Albaladejo, T XVIII, Vol. III, Madrid, 1985, Pág. 349).

patrimonio personal, como en el disfrute y disposición de los mismos. En efecto, en cuanto a la titularidad de los bienes, el art. 1437 Cc dispone que cada cónyuge hace suyos tanto los bienes que ya le pertenecían al iniciar el régimen como los que adquiriera después por cualquier título. De este modo, resulta irrelevante el momento en que se produzca la adquisición, pues el hecho de haber contraído matrimonio no afecta a la titularidad de los bienes que siguen siendo propiedad del que los adquirió e integran exclusivamente su propio patrimonio personal, sin que el otro cónyuge tenga ninguna facultad sobre los mismos. Tampoco el carácter gratuito u oneroso de la adquisición tiene trascendencia alguna a la hora de determinar la titularidad, ya que corresponderán a aquél que los adquirió haya pagado o no contraprestación por ello³⁷⁸. Por otro lado, el segundo párrafo del art. 1437 del Código Civil dispone que *corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes*. Por tanto, el principio de separación de patrimonios se aplica tanto a la titularidad de los bienes, como a la administración, goce y libre disposición de los mismos. Ahora bien, tal como afirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 11 de mayo de 1999 «el hecho de que los cónyuges decidan sujetarse a un régimen como el expuesto pone de manifiesto una voluntad común en orden a que cada uno de ellos disponga de un poder de disposición y administración pleno sobre sus bienes» En efecto, cada cónyuge puede disponer y administrar sus bienes con total libertad sin tener que contar con el consentimiento ni la intervención del consorte. Con todo ello queda claro que la independencia patrimonial constituye la regla general del régimen de separación de bienes, y que por tanto, en lo que –precisamente– se refiere a su patrimonio, *los cónyuges tienen derecho a mantener la reserva al igual que frente a cualquier otra persona*. Por eso se dice que *a efectos patrimoniales, los cónyuges vinculados por el régimen de separación de bienes son tratados como extraños*³⁷⁹. Si se trata de un

³⁷⁸ Rams Albesa, Joaquín; Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *El régimen económico del matrimonio*, Dykinson S.L., Madrid, 2005, Pág. 838.

³⁷⁹ Rams Albesa, Joaquín; Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *El régimen económico del matrimonio*, Ob. Cit., Pág. 861. Debemos si matizar la afirmación recordando que aunque aparentemente la libertad concedida por la norma es muy amplia, la doctrina se ha encargado de recordar que la autonomía patrimonial de los cónyuges vinculados por el régimen de separación de bienes está limitada, en primer lugar, por el mero hecho de haber contraído matrimonio, ya que a los cónyuges se les aplican las Disposiciones generales o «régimen primario» contenido en los arts. 1315 a 1324 Cc y, en segundo lugar, les afectan las propias limitaciones que derivan de la instauración del régimen de separación de bienes. En lo que respecta a las Disposiciones generales del régimen económico matrimonial, las excepciones vienen impuestas por el deber de contribuir a las cargas del matrimonio (art. 1318 y 1438 Cc), la vinculación subsidiaria de los bienes propios por las obligaciones contraídas por el otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 1319 Cc) y las limitaciones para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia (arts. 1320 y 1322 Cc). También es necesario tener presentes las limitaciones

matrimonio bajo el régimen económico de gananciales³⁸⁰ (arts. 1344 a 1410 del Cc), junto a los bienes privativos de los cónyuges, se forma una masa común de bienes integrada por las ganancias o beneficios que los cónyuges obtengan durante el matrimonio y que son los llamados bienes gananciales. Pero, en todo caso, también en este supuesto existe la posibilidad de que existan bienes comunes o gananciales y otros privativos de cada uno de los consortes. Para diferenciarlos el Código dicta una serie de reglas en los arts. 1346 a 1361 y así se origina, al menos potencialmente, la coexistencia de tres masas patrimoniales, como son los bienes propios de un cónyuge, los bienes propios del otro cónyuge y los bienes gananciales, teniendo cada uno de ellos una diferente titularidad, régimen de administración y disposición, y reparto de responsabilidades³⁸¹. Los bienes gananciales estarán sometidos a las reglas del régimen económico de gananciales que suponen la atribución de unos poderes y facultades a los cónyuges, su afectación al pago de unas deudas o cargas y el remanente, en el momento de la liquidación, será repartido por igual entre los cónyuges. En relación a la administración y disposición de estos bienes, no hay «derecho de reserva» oponible de un cónyuge hacia el otro. Caso distinto es el de los bienes privativos que son administrados y poseídos exclusivamente por el cónyuge titular, pudiendo disponer de ellos libremente³⁸². Como consecuencia del carácter asociativo de la sociedad de gananciales y del amplio margen de

derivadas del propio régimen de separación, como la necesidad de probar la titularidad de los bienes para que no se aplique la regla de atribución por mitad del art. 1441 Cc, de dar cuentas de la gestión de los bienes del otro cónyuge si los rendimientos se han invertido en cuestiones distintas al levantamiento de las cargas del matrimonio o las que conlleva la aplicación de presunción muciana (art. 1442 Cc).

³⁸⁰ El Código Civil no contiene una verdadera definición de lo que debe entenderse por sociedad de gananciales ya que mediante ella se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, y que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla, y esto solamente de una manera imperfecta ya que se refiere a los efectos de la sociedad al momento de la liquidación (SAP Alicante de 27 de julio de 1999).

³⁸¹ Como indicación de carácter general, puede decirse que son bienes gananciales los beneficios generados por la actividad de los cónyuges o por el patrimonio privativo, así como los bienes que sustituyan a uno y a otro. Son privativos aquellos bienes cuya titularidad correspondiera a un cónyuge antes de contraer lio o antes de constituir el régimen de gananciales, los que se adquieran durante el matrimonio a título lucrativo y los adquiridos en sustitución de un bien privativo. De surgir alguna duda sobre el carácter de un bien en concreto, el arto 1.361 C.c. aplica la presunción de ganancialidad, conforme a la cual se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges (Rams Albesa, Joaquín; Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *El régimen económico del matrimonio*, Ob. Cit., Pág. 261).

³⁸² González García, José, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones*, coord. Moreno Quesada, B, Valencia, 2002, Pág. 183.

autonomía que conserva cada uno de los esposos, no sólo en la gestión de su patrimonio privativo, sino también en relación con los bienes y derechos gananciales, el art. 1383 impone a los cónyuges el *deber recíproco de informarse* periódicamente sobre la situación y rendimientos de sus actividades económicas. Sobre el particular es imperioso hacer referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional de de 20 de febrero de 1989 (STC 45/1989), que declaró la inconstitucionalidad del sistema único de tributación conjunta del matrimonio en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas utilizó, entre otros argumentos, la vulneración que ello suponía del derecho a la intimidad personal que debe regir incluso dentro del matrimonio y a pesar de lo dispuesto en el art. 1383. En definitiva, lo que hay que evaluar es que cualquiera sea el régimen del matrimonio, puede que todos o algunos de los aspectos de su situación patrimonial formen parte, incluso entre los cónyuges, de un acervo íntimo. Como explica Romero Coloma *el derecho a la intimidad no se pierde por el hecho de contraer matrimonio. Si esto fuera así, si admitiéramos que las personas casadas no gozan del derecho a la intimidad entre ellas, no le quedaría a los cónyuges ningún ámbito de su vida privada reservado, ninguna faceta, ninguna parcela, por muy personal que ésta fuera, excluida de los ojos y oídos del esposo o esposa. El derecho a la intimidad es un bien jurídico –no sólo un derecho– propio de toda persona, con independencia de sus relaciones*³⁸³. Precisamente, este aspecto que algunas legislaciones pasan por alto fue el que motivó la declaración de inconstitucionalidad. Aún en el marco familiar, excepto el caso de menores o personas tuteladas, cada uno de sus miembros es titular del derecho a la intimidad frente a los otros. De ahí que el deber impuesto a cualquiera de ellos de formular una declaración integral de su patrimonio y entregarla al alto cargo, aunque sea para su posterior presentación ante una autoridad estatal, no superaría con éxito el segundo subprincipio de necesidad del juicio de ponderación por resultar violatoria del art. 18 CE.

Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto nos conduce a cuestionar si las ventajas que se obtienen exigiendo que los familiares de los gobernantes o altos cargos formulen declaraciones patrimoniales ante la autoridad de control, compensan los sacrificios que esta implica para sus titulares. Y, precisamente, es preciso recordar que una importante regla de

³⁸³ Romero Coloma, Aurelia, *La intimidad privada: problemática jurídica*, Ob. Cit., Pág. 95. Afirma también que *resulta incuestionable que la difusión de datos relativos a las cuentas bancarias o a declaraciones tributarias pertenecientes a otra persona, pueden integrar una intromisión en la intimidad personal o familiar del afectado, en cuanto que dicha intimidad supone un ámbito de privacidad exclusivo y excluyente, tal como puso de relieve la Sentencia de 22 de Diciembre de 2000. La esfera privada que la persona mantiene reservada, que merece el respeto de los demás y se protege frente a la indebida falta de razón justificativa de su divulgación, publicación de hechos relativos a la persona, con independencia de que sean individuales, o de familiares, secretos o no, íntimos o sin tal carácter, y ciertos o inciertos.*

evaluación nos dice que cuantas más conexiones tenga un derecho fundamental con la realización del principio democrático, mayor será su peso en la ponderación. Desde esta óptica pensamos que la limitación a la intimidad en los términos propuestos no implica un sacrificio excesivo o innecesario de derechos que la Constitución garantiza. La ventaja que se obtiene con la limitación es muy importante, mientras que la afectación de la intimidad que deberían soportar los familiares del agente es leve. La realidad, que da muestras del uso de testaferreros y la necesidad de controlar más agudamente las situaciones de conflicto de intereses, hace que el recorte de la intimidad de estos sea *indispensable* si se pretende luchar eficazmente contra la corrupción. Por otro lado –como vimos– los datos que hacen a la intimidad económica de un sujeto son, materialmente hablando, un *aspecto fronterizo* del derecho. Por esto téngase en cuenta que aún de determinarse que si la información económica cedida por el vínculo íntimo, tal como se la declarara en un mismo formulario en conjunto con otra, fuera pasible de afectar su intimidad, es poco probable que el sacrificio que se les pide de informar termine siendo suficientemente lesivo como para no justificar la injerencia³⁸⁴. Así como la Administración puede exigir los datos relativos a la situación económica de un contribuyente en pos de hacer efectiva la existencia de un sistema tributario y la actividad inspectora y comprobatoria (art. 31.1 CE) también puede hacerlo en pos de asegurar la vigencia del Estado de derecho y la lucha contra la corrupción (art. 1.1 CE). Y lo que también es cierto es que así como es apremiante contribuir al sostenimiento del gasto público, la generalización de prácticas corruptas y sus efectos nocivos, también para las finanzas del Estado, vuelven por igual apremiante que los ciudadanos colaboren en los procesos de rendición de cuentas de los gobernantes. No es posible investigar con éxito el patrimonio del gestor si no se revisa el de sus vínculos. Ellos, como todos los ciudadanos, tienen el derecho y el deber de colaborar con la administración en este aspecto fundamental del interés público. Si se toma el recaudo de no afectar la «proporcionalidad», como podría suceder si no obstante obligar al vínculo íntimo a presentar sus declaraciones juradas, a estas se las gestiona desde un archivo de carácter reservado y que se asegura el tratamiento de los datos cedidos conforme la *Ley de Protección de datos*, no habría razones –en principio– para hablar de vulneración al derecho a la intimidad. Máxime si recordamos, una vez más, que los datos que exigen conocerse mediante las declaraciones juradas de actividades y patrimonio son más bien «fronterizos» de la intimidad y, por tanto, de difícil afectación o anulación del llamado «contenido esencial del derecho».

³⁸⁴ En efecto, como tiene dicho el TEDH «cuánto más íntimos son los aspectos de la vida privada sobre los que se produce la injerencia mayor grado de justificación requiere» (*Dudgeon contra Reino Unido*, 22 de octubre de 1988).

Se trata, en suma, de romper la impermeabilidad vigente y permitir el control de la familia del gobernante o alto cargo, pues sólo suprimiendo los velos de personas y sociedades interpuestas que ocultan enriquecimientos ilícitos podrá depurarse la clase política.

4. LA CONSTITUCIONALIDAD DE UN EVENTUAL CARÁCTER PÚBLICO DE LAS DECLARACIONES PATRIMONIALES DE LA TOTALIDAD DE LOS ALTOS CARGOS DE LA LEY 5/2006

Antes se señaló que la clave para interpretar qué tratamiento concede la Ley 5/2006 al derecho a la intimidad de los altos cargos y el de su vínculo íntimo está en su régimen de registros. Las declaraciones juradas de actividades, que contienen datos no íntimos, son depositadas en un «Registro de Actividades» al que se adjudica carácter público. De hecho, ya destacamos que fue el propio Tribunal Constitucional que ha dicho que, en lo que respecta, no a la *conformación del patrimonio con detalle de sus bienes*, sino al desarrollo de *actividades profesionales, mercantiles o laborales* son datos *a priori* irrelevantes que quedan afuera del ámbito de protección de la intimidad³⁸⁵. La gestión del «Registro de Actividades» se rige por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de *Protección de datos de carácter personal* y por el art. 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*³⁸⁶. Por el contrario, las declaraciones de bienes y derechos patrimoniales son recibidas por el «Registro de Bienes»³⁸⁷ de *carácter reservado*. Se infiere así que, al enfrentarse a la *intimidad económica* de gobernantes y cargos de élite, el legislador se decidió – en la generalidad de los casos– por negar la publicidad, aún cuando esos datos íntimos sean de reconocida relevancia pública. El resultado es una incontestable dificultad de la capacidad real de los ciudadanos de hacer valer la responsabilidad política institucional y difusa de los gobernantes y altos cargos, al menos en los términos de la Ley 5/2006. Y aunque hay una excepción al mantenimiento del secreto, con ella no se modifica sino que se confirma la regla de mantener en reserva la realidad económica de los altos cargos, por la que con toda evidencia se ha decantado el legislador: la ley establece que sólo se publicará anualmente una declaración comprensiva de los bienes y derechos patrimoniales de los miembros del Gobierno y de los Secretarios de Estado en el BOE, omitiéndose aquellos datos referentes a su localización y salvaguardando

³⁸⁵ Entre otras la STC 142/1993, de 22 de abril, FJ 7.

³⁸⁶ Ley 5/2006, art. 14.2 (Registros).

³⁸⁷ Ley 5/2006, art. 14.3 (Registros).

la privacidad y seguridad de sus titulares³⁸⁸. Sin embargo, este aparente avance hacia la transparencia se vio truncado por el tardío reglamento que la desarrolló, dejando una realidad de mucha opacidad. Los datos destinados a ser públicos, siguiendo el formulario por él diseñado³⁸⁹, son tan escuetos que terminan por transmitir una información inconducente para el efectivo control de la constitución y evolución patrimonial de la jerarquía³⁹⁰. En efecto, la declaración destinada a ser pública exclusivamente en los casos de Miembros de Gobierno y Secretarios de Estado ha de contener, en cuanto al «activo», una estimación numérica y total, sin ningún tipo de detalle, de: i) los bienes inmuebles, *según su valor catastral*; ii) el valor de otros bienes (no se especifica cuáles) y finalmente; iii) el total de estos dos rubros. Como «pasivo», también sin detalle, el total de créditos, préstamos y deudas.

Si hay algo que sí se trasluce con toda nitidez es que la opción por el secreto que mantiene atávicamente el Estado español³⁹¹ no responde a las actuales demandas de la colectividad. El reclamo que en todo el suelo español [no pareciera con rigurosa unanimidad, pero sí en amplísima mayoría] los ciudadanos dirigen a la clase política es de una mayor transparencia de sus patrimonios y de un compromiso real con los procedimientos de rendición de cuentas³⁹². Y, en todo caso, no querer tomar nota de estas pretensiones no

³⁸⁸ El art. 14 de la Ley 5/2006 establece: «El contenido de las declaraciones de bienes y derechos patrimoniales de los miembros del Gobierno y de los Secretarios de Estado se publicarán en el Boletín Oficial del Estado, en los términos previstos reglamentariamente. En relación con los bienes patrimoniales, se publicará una declaración comprensiva de la situación patrimonial de estos altos cargos, omitiéndose aquellos datos referentes a su localización y salvaguardando la privacidad y seguridad de sus titulares». A su vez, el art. 13.3 del «Reglamento» establece que «De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.4 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, anualmente, antes del 30 de septiembre, se procederá a publicar en el «Boletín Oficial del Estado» el contenido de las declaraciones de bienes, derechos y obligaciones patrimoniales cumplimentadas en la forma prevista en el Anexo II, por los miembros del Gobierno y los Secretarios de Estado cuya toma de posesión o cese se haya producido en el período comprendido entre el 1 de julio del año anterior y 30 de junio del año en curso».

³⁸⁹ Anexo II del Real decreto 432/2009, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley 5/2006, de 10 de abril.

³⁹⁰ Véase en especial el contenido del Art. 12.6 del Real decreto 432/2009, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley 5/2006 y su ANEXO II.

³⁹¹ Afirmamos esto aún cuando a medias tintas el art. 14 Ley 5/2006 excluya de este secreto a los cargos con mayor notoriedad pública. Como ya se señaló, la información que se hace pública anualmente en el Boletín Oficial Español de todos modos termina por ser inconducente para una eficaz rendición de cuentas y control de la ciudadanía.

³⁹² Véase: Público.es: «Camps declara sólo cuatro mil euros de ahorro», 24 de junio de 2011; «Fabra cifra sus bienes en 3,9 millones de euros», de 22 de enero de 2011; «Cospedal corrige

denota simplemente ceguera, sino una auténtica infidelidad del cumplimiento del mandato representativo que han asumido³⁹³.

Pero no todo son malas noticias. A nivel autonómico hay legislaciones que respondiendo a estas demandas recogen [y también es de felicitar que lo hagan sin discriminar jerarquías] el principio de publicidad para las declaraciones de bienes de sus altos cargos. La Ley 6/1994, de 22 de diciembre, de *Publicidad en el Diario Oficial de bienes, rentas y actividades de los gestores públicos de Castilla-La Mancha*, impone a los gestores públicos la obligación de publicar en el «Diario Oficial de Castilla-La Mancha» sus actividades, bienes y rentas³⁹⁴. Su Preámbulo explica que la finalidad específica de la ley es *dar a conocer a la ciudadanía cuáles son las rentas y su origen, percibidas por los cargos públicos,*

su declaración de bienes en las Cortes Manchegas», 23 de noviembre de 2010; «Los Bonos tienen seis millones de euros», 2 de mayo de 2010, «Sólo tres CCAA publican los bienes de sus cargos públicos», 1 de enero de 2010; «Los concejales se resisten a declarar su patrimonio», de 27 de julio de 2008; ELPAIS.es: «El exalcalde Calp sólo declara una motocicleta», 26 de agosto de 2011; «El edil de Calp es el político más rico, con un patrimonio de 3,3 millones», 12 de agosto de 2011; «Los Parlamentarios no deberán declarar el valor de los pisos», 22 de julio de 2011; «Declaraciones de la renta y austeridad», 30 de junio de 2011; Elmundo.es: «Bienes, rentas y deudas de diputados y senadores serán públicos antes de otoño», 22 de julio de 2011; «El valor de las casas de las casas de los diputados y senadores no se hará público en el Boletín de las Cortes», 22 de julio de 2011; «A la luz el patrimonio de los políticos de León», 19 de junio de 2001; «El PSPV de Castellón propone publicar los sueldos de los ediles en la web municipal», 16 de junio de 2011; entre otras.

³⁹³ El fundamento último del carácter representativo de un gobierno no descansa tanto en la coincidencia fáctica de las decisiones de los gobernantes con los gobernados, como en la posibilidad siempre presente de que estos últimos puedan a sus representantes. El núcleo esencial de la representación radica en la idea de responsabilidad, estos es, en la obligación de rendir cuenta a los representados. Como afirma Pitkin «mostramos a un gobierno como representativo no demostrando el control que tiene sobre sus súbditos, sino justamente al revés, esto es, demostrando que sus súbditos tienen el control sobre lo que hace» «La idea guarda una profunda relación con la perspectiva de la representación como una actividad sustantiva, ya que, en un gobierno representativo, los gobernados deben ser capaces de acción y de juicio, capaces de iniciar la actividad gubernamental, de manera que el gobierno pueda ser concebido como sensible a ellos (Pitkin, Hanna Fenichel, *El concepto de representación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, Pág. 257). También en palabras de Manin «en el arreglo originario, el elemento democrático en la relación entre gobernantes y gobernados nunca aspiró a la semejanza entre ellos, ni tampoco que aquellos debían cumplir las instrucciones de éstos. Las instituciones representativas estaban destinadas a someter a los que gobiernan al veredicto de los gobernados. Es, precisamente –nos dice– el rendimiento de cuentas, como forma de responsabilidad política, lo que ha constituido desde el principio el componente democrático de la representación» (Manin, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, Alianza, Madrid, 1997, Pág. 286).

³⁹⁴ La Ley 6/1994, de 22 de diciembre, de *Publicidad en el Diario oficial de bienes, rentas y actividades de los gestores públicos de Castilla-La Mancha*, arts. 1 y 2.

durante su mandato, así como las variaciones experimentadas en su patrimonio, durante el mismo período, y también, por último, dar a conocer sus actividades e intereses privados para que pueda comprobarse que no queda supeditado a éstos el interés público que han de servir. Es también interesante reseñar textualmente algunos de los argumentos que desarrolla esta norma para despejar cualquier duda en cuanto a la legitimidad de la injerencia que ella provoca en el derecho a la intimidad de los agentes³⁹⁵. Destacamos entonces que en su Preámbulo, esta ley afirma: «la novedad de este propósito es evidente, aunque pueden señalarse antecedentes en el ordenamiento jurídico español relativos a la publicidad de datos económicos de los ciudadanos. En este sentido el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la protección de la intimidad personal afirmando que las declaraciones de renta y patrimonio no tienen relevancia para la intimidad personal y familiar del contribuyente (Sentencia del 26 de diciembre de 1884...). El paso adelante que da esta Ley regional, convirtiendo la transparencia en publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha no invade, en consecuencia, derechos constitucionales; ni mucho menos, convierte a los gestores públicos en sospechosos de conductas irregulares; aunque sí les impone obligaciones explícitas. La publicidad inherente a la vida democrática somete a quien voluntariamente participa en la vida pública a unos controles muy superiores a los que debe soportar el ciudadano en su vida privada. Quien participa en la vida pública y tras solicitarlo, recibe, directa o indirectamente, el mandato democrático, es claro que debe soportar como una carga inherente a su oficio, limitaciones a su actividad y también a su intimidad. Considerando los antecedentes y el planteamiento aquí expuesto, la cuestión radica en determinar cuáles son las circunstancias de oportunidad y la finalidad que hacen necesaria la publicación de algunos datos económicos de determinadas personas. Las circunstancias actuales de la vida pública operan claramente a favor de la transparencia de los ingresos y las variaciones que experimente el patrimonio de las personas que asumen funciones representativas y gestionan la cosa pública, en tanto dura su mandato. Cualquier velo protector sobre los mismos, más que como protección de los derechos de la personalidad, aparecería como indicio sospechoso de comportamientos irregulares o, al menos, éticamente repudiable. Por ello con esta ley no se trata de hacerles soportar a los políticos mayores riesgos de una lesión en sus derechos a la intimidad personal, como contrapartida por haber optado libremente por la condición de personas públicas. Lo que se pretende es que la publicación de datos de la situación económica de los políticos contribuya a liberarlos de injustificables valoraciones divorciadas de los hechos y apoyadas tan sólo en prejuicios de la opinión

³⁹⁵ Recordamos, como ya se señaló, que en cuanto a los cónyuges, la ley de la Comunidad de Castilla-La Mancha lo que hace es reconocer al cónyuge, conviviente e hijos, el *derecho a publicar* gratuitamente en el «Diario oficial de Castilla-La Mancha» sus declaraciones de actividades, renta y bienes (Ley 6/1994, de 22 de diciembre, art. 2.2.d y e).

pública no informada». Igual obligación impone la Ley 5/1996, de 26 de septiembre, *Declaración de remuneraciones y actividades de cargos públicos de Extremadura*³⁹⁶ y la Ley 8/2003, de 28 de octubre, regulador del Gobierno e incompatibilidades de sus miembros de La Rioja³⁹⁷. Asimismo, Andalucía pone a disposición de los ciudadanos en internet las declaraciones de sus altos cargos de actividades, bienes e intereses³⁹⁸. Esta declaración, de fácil acceso manejando

³⁹⁶ Ley 5/1996, de 26 de septiembre, declaración de remuneraciones y actividades de cargos públicos de Extremadura, art. 1.

³⁹⁷ Ley 8/2003, de 28 de octubre, regulador del Gobierno e incompatibilidades de sus miembros de La Rioja, arts. 1, 58 y 60.

³⁹⁸ La Ley 3/2005, de 8 de noviembre, de Incompatibilidades de altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos, establece en su art. 14 («Publicidad de Registro»): «1. El Registro de Actividades, Bienes e Intereses al que se alude en el artículo anterior será público. 2. El contenido de las declaraciones inscritas en el citado Registro se publicará en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía» y estará disponible en internet». A su vez, el Decreto 176/2005, de 26 de julio, que la desarrolla dispone: «Artículo 9. Contenido de las declaraciones: 1. Las declaraciones de actividades, bienes e intereses a que se refiere el artículo 8, comprenderán, al menos, los siguientes extremos: a) Cargos y actividades públicas para los que ha sido designado y aquéllos que le corresponden con carácter institucional; b) Pensiones de derechos pasivos o de la Seguridad Social; c) Actividades públicas y privadas que desempeñen por cuenta propia o ajena; d) Bienes inmuebles urbanos y rústicos; e) Saldo en cuentas bancarias a la fecha de nombramiento y cese; f) Acciones y participaciones en capital de sociedades, títulos de deuda pública, fondos de inversión, certificados de depósitos y otros valores mobiliarios, a la fecha de nombramiento y cese y con el deber de actualizarlos a 31 de diciembre de cada año; g) Objeto social de las sociedades de cualquier clase en las que tengan intereses; h) Bienes muebles y otros bienes y derechos de cualquier clase o naturaleza que posean, cuyo valor supere los 6.000 euros; i) Seguros de vida cuya indemnización supere la cifra de 30.000 euros; j) Créditos, préstamos o deudas que integren el pasivo. 2. Con objeto de salvaguardar la privacidad y seguridad de sus titulares, se especificará en cuanto a los bienes inmuebles, sus características, provincia en que se hallen y valor catastral que corresponda al alto cargo u otro cargo público, omitiéndose los datos referentes a su localización. En cuanto a las cuentas bancarias y valores mobiliarios sólo se detallará el saldo existente a la fecha de nombramiento y cese. En lo que respecta a vehículos y embarcaciones sólo se especificará marca, modelo y valor. Para determinar este valor, se aplicarán los precios medios de venta que anualmente aprueba el Ministerio de Economía y Hacienda para la gestión del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones e Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte. En cuanto a los restantes bienes, se empleará el criterio de valoración del Impuesto sobre el Patrimonio. 3. En el supuesto de bienes y derechos indivisos, se indicará el valor que corresponda según el porcentaje de participación del declarante en el bien o derecho correspondiente. Artículo 10. Presentación de declaraciones. 1. Las declaraciones de actividades, bienes e intereses, dirigidas a la Dirección General de Inspección y Evaluación, podrán presentarse en el Registro General de la Consejería de Justicia y Administración Pública o en cualquiera de los lugares previstos en el artículo

un simple «buscador» –debe destacarse– asienta ciertos detalles que sí permiten a la ciudadanía tener una idea más cabal de la composición del patrimonio del agente, aunque incurre en la ya referida incorrección de recurrir a la estimación del «valor catastral»³⁹⁹. Así pues, sin lesionar la intimidad de ningún alto cargo, les exige que hagan público: i) los bienes inmuebles, detallando en cada caso si es urbano o rústico y su característica (por ejemplo «casa»), la provincia donde se encuentra y su valor catastral; ii) automóviles, embarcaciones, obras de arte y otros bienes y derechos de cualquier naturaleza cuyo valor supere los € 6000. En el caso de los automóviles detallan la marca y modelo; iii) en el caso del «pasivo» el detalle de créditos, préstamos, deudas, etc. Identifican la entidad o persona acreedora. Asimismo, la Ley 4/2006, de 23 de junio, *de Transparencia y buenas prácticas de la Administración Pública gallega*, resulta por igual de interesante a causa del reconocimiento que hace de la transparencia en la vida democrática. Y aunque no dispone la publicación de la declaración de bienes, si hace pública la de actividades que también pueden ser consultadas por los ciudadanos en internet⁴⁰⁰. En su Preámbulo se afirma «La

38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. 2. También podrán presentarse en el Registro telemático único de la Administración de la Junta de Andalucía, a través del acceso al portal www.andaluciajunta.es, para ello las personas interesadas deberán disponer del certificado reconocido de usuario que les habilite a utilizar la firma electrónica avanzada, de conformidad con lo previsto en el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos por medios electrónicos (internet)».

³⁹⁹ Véase «<https://ws037.juntadeandalucia.es/riibp/publica/buscaracp.do>» (listado de declaraciones presentadas de altos cargos y «<http://www.juntadeandalucia.es/haciendayadministracionpublica> (formulario modelo).

⁴⁰⁰ Ley 4/2006, de 23 de junio, *de Transparencia y buenas prácticas de la Administración Pública gallega*, Disposición adicional segunda por la que modifica el artículo 10 de la Ley 9/1996, de 18 de octubre, de Incompatibilidad de Altos Cargos. Se dispone: «Artículo 10. Registros. 1. Se constituyen el Registro de Actividades de Altos Cargos y el Registro de Bienes Patrimoniales de Altos Cargos de la Xunta de Galicia, en los cuales se inscribirán las correspondientes declaraciones. 2. El Registro de Actividades de Altos Cargos será público. El contenido de las declaraciones inscritas en el mismo, pertenecientes a los titulares de aquellos puestos cuyo nombramiento sea efectuado por decisión del Consello de la Xunta de Galicia, se publicará en el “Diario Oficial de Galicia” y estará disponible en internet. 3. Del contenido del Registro de Bienes Patrimoniales de Altos Cargos de la Xunta de Galicia se dará cuenta anualmente al Parlamento de acuerdo con lo que se establezca en el Reglamento de la Cámara. Asimismo, tendrán acceso al mismo: a) Los órganos judiciales, para la instrucción o resolución de procesos que requieran el conocimiento de los datos obrantes en el registro, de conformidad con lo dispuesto en las leyes procesales. b) El Ministerio Fiscal, cuando realice actuaciones de investigación en el ejercicio de sus funciones que requieran el conocimiento de los datos obrantes en el registro. c) El Defensor del Pueblo y el Valedor do Pobo, en los términos previstos en sus leyes de creación. 4. No serán objeto de la publicidad

participación de la ciudadanía en los asuntos públicos se conforma hoy como un elemento fundamental en el contexto de un nuevo modelo de gobierno caracterizado por la transparencia, la información y la asunción de responsabilidades, y constituye, además, una expresa encomienda que el artículo 9.2 de la Constitución realiza a los poderes públicos en general y que el artículo 4.2 de nuestro Estatuto de Autonomía deposita sobre los poderes públicos de Galicia, a los cuales encarga el cometido de facilitar la participación de todos los gallegos y gallegas en la vida política, económica, cultural y social (...). Así, en este contexto, surge la necesidad de ofrecer a la ciudadanía mecanismos de control a través de la transparencia administrativa, que se configura, entonces, como un fundamento esencial del sistema democrático moderno (...). En el momento actual, es necesario reforzar e impulsar el proceso de racionalización y transparencia en la actividad de la Administración, con la finalidad de eliminar su imagen de opacidad e inaccesibilidad, que genera desconfianza en la ciudadanía. La transparencia permite hacer efectivo el derecho de los ciudadanos y de la sociedad civil a conocer la actividad de la Administración y favorece el control de la legalidad y oportunidad de las decisiones administrativas, facilitando que la sociedad asuma un papel activo en la vida administrativa. Una opinión pública informada contribuye a definir y realizar acciones públicas respetuosas con el interés general. En consecuencia, resulta necesario fortalecer el derecho subjetivo de acceso a la información y fomentar la creación de servicios de información administrativa que aprovechen el desarrollo de las nuevas tecnologías como canales de transmisión y difusión. La información obtenida por la ciudadanía permite la vigilancia eficaz y efectiva sobre la acción de los poderes públicos, eliminando el riesgo de la existencia de actuaciones desviadas del interés general». Ahora bien, lo que no se comprende es con qué lógica, tras un alegato tan vehemente sobre las bondades de la transparencia y la participación ciudadana en los controles, este legislador iluminado por los mejores propósitos se decide por mantener en secreto el patrimonio de los gestores públicos. En algo asiste razón, sin lugar a dudas, a quienes [como ya apuntamos al iniciar este apartado] encuentran como vicio histórico de las normas de «incompatibilidades» el desvanecimiento de sus propósitos. En otro orden de cosas, con la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo del Suelo, que se denominó también «Ley anticorrupción» por los instrumentos que introducía para su lucha⁴⁰¹, fue que se instauró la publicidad

prevista en el párrafo precedente las copias de la última declaración tributaria correspondiente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y, en su caso, del Impuesto sobre el Patrimonio Neto recogidas en el artículo 8.1 b de la Ley 9/1996, de 18 de octubre, de Incompatibilidades de Altos Cargos. 5. El personal que preste servicios en los registros tiene el deber permanente de mantener en secreto los datos e informaciones que conozca por razón de su trabajo».

⁴⁰¹ Brines Almiñana, Javier, *La instaurada publicidad del registro de Bienes Patrimoniales (art. 75.7 LRBRL): consideraciones jurídicas y propuestas de actuación ante algunos interrogantes suscitados en su efectiva publicación*, El consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, N1 2, Sección Colaboraciones, Quincena del 30 Ene. Al 14 Feb., 2010, Ref. 197/2010, tomo 1, Editorial La Ley.

de los registros de bienes patrimoniales para todos los representantes locales y miembros no electos de la Junta de Gobierno Local⁴⁰². La finalidad teleológica de la norma es favorecer que la actividad pública sea siempre transparente mediante la adopción de medidas a fin de erradicar o disuadir comportamientos corruptos. Que los concejales actúen bajo principios éticos, esto es, de transparencia e integridad, responsabilidad, ejemplaridad, lealtad y honradez. Y, en dicha línea, la novedosa publicidad del registro se inspira en proporcionar a la ciudadanía un mecanismo de control político adecuado para conocer que sus representantes locales, en quienes han depositado su confianza, permanecen fieles a sus deberes políticos⁴⁰³.

Este camino hacia la publicidad emprendido por algunas legislaciones no es un fenómeno reciente, ni siquiera contemporáneo. Jaques Necker, ministro

⁴⁰² La modificación introducida al artículo 75.7. de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las bases del Régimen local, establece: «Los representantes locales, así como los miembros no electos de la Junta de Gobierno Local, formularán declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos. Formularán asimismo declaración de sus bienes patrimoniales y de la participación en sociedades de todo tipo, con información de las sociedades por ellas participadas y de las liquidaciones de los impuestos sobre la Renta, Patrimonio y, en su caso, Sociedades. Tales declaraciones, efectuadas en los modelos aprobados por los plenos respectivos, se llevarán a cabo antes de la toma de posesión, con ocasión del cese y al final del mandato, así cuando se modifiquen las circunstancias de hecho. Las declaraciones anuales de bienes y actividades serán publicadas con carácter anual, y en todo caso en el momento de la finalización del mandato, en los términos que fije el Estatuto municipal. Tales declaraciones se inscribirán en los siguientes Registros de intereses, que tendrán carácter público: a) La declaración sobre causas de posible incompatibilidad y actividades que proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos, se inscribirá en el Registro de Actividades constituido en cada Entidad local. b) La declaración sobre bienes y derechos patrimoniales se inscribirá en el Registro de Bienes Patrimoniales de cada Entidad local, en los términos que establezca su respectivo estatuto. Los representantes locales y miembros no electos de la Junta de Gobierno Local respecto a los que, en virtud de su cargo, resulte amenazada su seguridad personal o la de sus bienes o negocios, la de sus familiares, socios, empleados o personas con quienes tuvieran relación económica o profesional podrán realizar la declaración de sus bienes y derechos patrimoniales ante el Secretario o la Secretaria de la Diputación Provincial o, en su caso, ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente. Tales declaraciones se inscribirán en el Registro Especial de Bienes Patrimoniales, creado a estos efectos en aquellas instituciones. En este supuesto, aportarán al Secretario o Secretaria de su respectiva entidad mera certificación simple y sucinta, acreditativa de haber cumplimentado sus declaraciones, y que éstas están inscritas en el Registro Especial de Intereses a que se refiere el párrafo anterior, que sea expedida por el funcionario encargado del mismo».

⁴⁰³ Brines Almiñana, Javier, *La instaurada publicidad del registro de Bienes Patrimoniales* (art. 75.7 LRBRL): *consideraciones jurídicas y propuestas de actuación ante algunos interrogantes suscitados en su efectiva publicación*, Ob. Cit.

ilustrado de Luís XVI, inauguró la era de las democracias contemporáneas mediante un acto posiblemente más revolucionario que todos los escritos de su época: abrió a la contemplación pública los *arcana imperi* de las cuentas del Estado y estableció la obligación de su propio Ministerio de Hacienda de comunicar públicamente los presupuestos generales de la Administración⁴⁰⁴. El ministro implantó la franqueza y publicidad en la política fiscal al considerar que la buena opinión del pueblo respecto a su actividad política dependía de tal claridad, a diferencia del rey o de otros ministros, cuya buena imagen podía basarse en los símbolos o tradiciones asociados a su posición de poder. La gran contribución de Necker a la historia de la opinión pública no fue tanto que haya escrito sobre su poder, sino más bien la importante innovación que hizo al publicar declaraciones fiscales (*compte rendu*), de modo tal que los méritos y los defectos de la política del gobierno en este campo pudieran ser analizados en público. Y lo que nos interesa mencionar es que así lo hizo, precisamente, para calmar al público que empezaba a desconfiar de la administración de las finanzas y temía que el ingreso del tesoro no ofreciera ninguna seguridad al capital y a los intereses de los acreedores. Nos explica Dader⁴⁰⁵ que las democracias liberales paulatinamente surgidas de aquel cataclismo establecieron una intrincada red de derechos de los gobernados ante los poderes del Estado cuyas libertades más emblemáticas –de expresión, asociación, participación–, giraban siempre en torno al principio de la transparencia de la vida pública. El grito de los demócratas ilustrados de *¡luz y taquígrafos!* guió las conquistas de la libertad de prensa. La conciencia de indefensión del individuo aislado frente al silencio y ocultismo de los gobernantes fomentó la configuración de una opinión pública activa que ejerciera de voz y de fiscal frente a los posibles abusos de los poderes institucionales. Y las corrientes de opinión, tanto de la élite como las populares, de las nuevas sociedades democratizadas se decantaron de forma natural hacia la petición de progresivos avances del derecho a saber del público respecto a los asuntos administrados por los representantes y sus burocracias. Fue entonces cuando las administraciones públicas fueron cediendo muy poco a poco los inmensos territorios de potencial corrupción y privilegio cubiertos por el manto protector de la razón de Estado y los secretos oficiales. Desde entonces han pasado más de dos siglos, pero aún hoy cuando su deseabilidad es afirmada por todos, cuando preámbulos y declaraciones de propósitos preconizan que la

⁴⁰⁴ Jaques Necker trabajó en pos de establecer el funcionamiento de un Estado transparente. En el año 1781 publicó su famoso «Compte-rendu au Roi» (Rendición de cuentas al Rey) en el que detalla el funcionamiento de las finanzas reales, los principios de su administración y la situación financiera de Francia.

⁴⁰⁵ Dader, José Luís, *La democracia débil ante el populismo de la privacidad: terror panóptico y secreto administrativo frente al periodismo de rastreo de información en España*, Ob. Cit.

transparencia y la publicidad son pilares fundamentales de un Estado Democrático, la práctica administrativa de España confirma una atávica aprehensión a ellas. La reticencia a la publicidad no está sólo en el legislador que dejó con carácter reservado el «Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales» de los altos cargos. El «Registro de Actividades» tiene carácter público y, a pesar de ello, no resulta posible para el ciudadano acceder en forma a sus datos. Nos detenemos sólo en un ejemplo que bien prueba lo aseverado.

Hacia el mes de mayo de 2008 los medios de comunicación alertaron sobre una posible violación a la regulación de conflicto de intereses. David Taguas Coejo, Director de la Oficina Económica del Presidente, dejaba su puesto de confianza política para prestar servicios a SEOPAN⁴⁰⁶, calificada por los medios de comunicación como «el lobby de las constructoras». Las noticias del caso ocuparon durante varios meses los titulares más destacados de los periódicos⁴⁰⁷. Las sospechas se centraron en que, como director de la Oficina Económica del Presidente, Taguas era miembro de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos donde se toman acuerdos sobre todas las decisiones económicas del Gobierno, entre ellas los planes de vivienda protegida o los contratos de obras públicas y que, por tanto, «ocupaba un puesto que le permitía tener acceso a «todos los resortes, visibles e invisibles, de la política económica del España»⁴⁰⁸. La desconfianza que con ello se transmitía a la colectividad era palpable. En términos jurídicos, el problema radicaba en una posible violación del art. 8 de la Ley 5/2006, según el cual durante los dos años

⁴⁰⁶ «Asociación de Empresas Constructoras del Ámbito Nacional».

⁴⁰⁷ «Taguas depende de la Oficina de Conflictos [e] Intereses para estar al frente de SEOPAN», Público.es, 1 de mayo de 2008; «Taguas depende de la Oficina de Conflictos [e] Intereses para estar al frente de SEOPAN», El País, 2 de mayo de 2008; «Políticos de un millón de euros», El País, 4 de mayo de 2008; «Taguas cobrará el 80% de su sueldo además de lo que le paguen los constructores», elmundo.es, 6 de mayo de 2008; «El caso Taguas pone el Gobierno en su primer aprieto», El País, 17 de mayo de 2008.

⁴⁰⁸ Políticos de un millón de euros, El País.com, 4 de mayo de 2008. Se citaban casos: i) Pilar González de Frutos: Su designación como presidenta de la patronal del seguro, Unespa, ocho meses después de dejar la Dirección General de Seguros en 2002, encendió la polémica. Justificó que nunca había firmado expedientes relacionados con Unespa, si bien sus decisiones afectaban a las empresas de la patronal; ii) Gloria Hernández: Las críticas arreciaron días después del nombramiento de González de Frutos, en julio de 2003, con el fichaje por el Banco Pastor de Gloria Hernández, ex directora general del Tesoro, además de consejera del Banco de España (supervisor de la banca) y de la CNMV. No hubo impedimentos, y iii) Alfredo Timermans: El ex secretario de Estado de Comunicación de José María Aznar fichó en 2005 por Telefónica. Fue el único caso donde se abrió expediente informativo, aunque el Gobierno de Zapatero lo archivó cuando la compañía garantizó que trabajaría en una filial que no opera en España (Véase *Políticos de un millón de euros*, El País.com, 4 de mayo de 2008).

posteriores a dejar su cargo, los altos cargos no pueden «desempeñar sus servicios en empresas o sociedades privadas relacionadas directamente con las competencias del cargo desempeñado» y que, concretamente, uno de los supuestos consistía en que «hubieren intervenido en sesiones del órganos colegiados en las que se hubiera adoptado algún acuerdo o resolución en relación con dichas entidades»⁴⁰⁹. Finalmente, la Oficina de Conflictos de Intereses⁴¹⁰ resolvió de forma favorable a la nueva actividad del ex agente. Tiempo después, hacia el mes de septiembre de 2009 y cuando el tema ya no ocupaba la atención pública, en el marco de un trabajo de investigación, y haciendo uso del derecho que como ciudadanos nos asiste de consultar los archivos y registros administrativos (art. 105 b CE), se solicitó una certificación del «Registro de Actividades de Altos Cargos» en lo relativo al agente. En respuesta la Oficina de Conflictos de Intereses entregó: i) Declaración de Actividades a la toma de Posesión, presentada el 12 de marzo de 2007 (la toma de posesión fue el 4 de diciembre de 2006), ii) Declaración de actividades al cese de 22 de abril de 2008; iii) Nota suscripta por David Taguas de fecha 30 de abril de 2008 por la que sólo comunica su intención de desempeñar el cargo de Presidente de SEOPAN, tras su cese como Director de la Oficina Económica del Presidente; iv) Nota de fecha 14 de mayo de 2008 suscripta por la Subdirectora General de la Oficina de Conflictos de Intereses por la hace saber que «a la vista de los informes emitidos por el Director del Gabinete de la Presidencia del Gobierno y el Secretario de la Comisión Delegada del Gobierno de Asuntos Económicos, no existen objeciones que formular al inicio de la misma», v) Nota similar de fecha 23 de julio de 2008 por el que tampoco se presentan objeciones para que el ex alto cargo ocupe los cargos de Vicepresidente de la Confederación Nacional de la Construcción y de Presidente de la Agrupación Nacional de Construcciones de Obras; y vi) Nota similar de fecha 19 de junio de 2009 por la que esta vez no se encuentran objeciones para que se incorpore a los órganos rectores de C.E.O.E. (Confederación Española de Asociaciones Empresariales). Con estos documentos la posibilidad de evaluar la racionalidad de la decisión que no veía objeciones para la nueva actividad privada del ex Director de la Oficina Económica del Presidente era imposible. En definitiva, tras tanto papel, sólo se nos había entregado copia de una nota que por todo fundamento afirmaba, sin ninguna autosuficiencia, que «a la vista de los informes remitidos» no había objeción para conceder a Taguas la autorización que solicitaba. Ni los antecedentes, ni los fundamentos de esta decisión estaban plasmados. No había en toda la certificación del público «Registro de Actividades» que nos fuera entregada una sola constancia de los informes que motivaron semejante

⁴⁰⁹ Ley 5/2006, art. 8.1.b.

⁴¹⁰ Adviértase que varios titulares, al referirse al caso Taguas, mencionaban a la «Oficina de Conflicto e Interés», lo que avala nuestra afirmación de que los medios de comunicación no están del todo familiarizados ni con el título de la ley, ni con su contenido

decisión. Para excluir la posibilidad de que la insuficiente información obedeciera a un descuido, se solicitó a la Oficina de Conflictos de Intereses «copia de los informes y resolución –si la hubiera– a los que se hace referencia en los oficios de fechas 14 de mayo de 2008, 23 de julio de 2008 y 19 de julio de 2009». Entonces, la respuesta de la Oficina fue: «*le señalo que esos informes no son públicos de conformidad con lo previsto en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado y de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siendo los documentos finales del expediente los que ya se han remitido*». Claro que, nuevamente, sin conocer a qué preceptos concretos hacía referencia la autoridad, es imposible comprender la motivación del secreto que la Oficina de Conflictos decidió mantener. No ha de extrañar, pues, que la decisión del órgano de control no nos parezca ajustada. Tres aspectos tenemos en cuenta para acusar este desacierto. En primer lugar, tenemos que la Ley 52006 establece que los Registros de Actividades tienen carácter público y que se rigen por: i) Ley orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de *Protección de datos de carácter personal*; y ii) por el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. En segundo lugar, ocurre que, precisamente, el art. 37 de la referida Ley 30/1992, establece que los «los ciudadanos tienen el derecho de acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de solicitud». Y finalmente, se nos presenta el hecho de que al momento de que solicitáramos la certificación del «Registro de Actividades», el trámite de autorización de la posterior actividad privada compatible ya había finalizado. Merced a estos tres datos anteriores, los archivos relativos a la autorización de la nueva actividad de Taguas deberían por fuerza estar a disposición de los ciudadanos. Claro que la excepción al caso la podríamos pensar en los términos del apartado 2 del citado art. 37 en cuanto dispone que «El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas (...)». Pero ello mal podría aducirse puesto que, por un lado, el propio legislador ya descartó que pueda hacerse valer esa «intimidad» al adjudicar carácter público al «Registro de Actividades», y que, a más de ello, el contenido de los informes que se decidieron secretos no podía más que decir si David Taguas Coejo durante el desempeño de su cargo había intervenido en el dictado de resoluciones o bien en sesiones de un órgano colegiado en las que se hubiera adoptado algún acuerdo o resolución en relación a la referida SEOPAN, y no se nos ocurre aquí de qué forma podría justificarse una injerencia en la vida privada del cargo público. Pero en definitiva, si la digresión con la reseña del «Caso Taguas» nos

pareció conveniente no fue para dar cuenta de una decisión probablemente desacertada tomada por la Oficina de Conflictos de Intereses, sino para probar que efectivamente la confusión entre los espacios público-privado son perversas y así como el escenario público lo ocupan temas íntimos, lo público permanece en la oscuridad asegurada por el aparato burocrático del Estado, y que, evidentemente, no es fácil superar las barreras que desde él se imponen. Ni el mejor jurista podría evitar tener que forzar con nuevos pedidos y sucesivos reclamos a la autoridad administrativa para que le permita acceder, en casos como estos, a ciertos archivos. Y eso que el Registro que los contiene es calificado como público por una ley y que la Constitución reconoce el derecho de acceder a los archivos y registros administrativos. ¡Cómo no comprender, entonces, que los ciudadanos abandonen la participación pública por hastío! Si esto le sucede a un jurista, *¿Cuánto más estaría dispuesto a hacer un ciudadano medio para controlar la racionalidad de la autorización que se confiere a un ex alto cargo para emprender actividades privadas que se sospecha incompatibles?* Queda ya meridianamente claro que la solución al secretismo no pasa tanto por reconocer carácter público a un Registro, sino en reducir enérgicamente la tendencia instintiva de la Administración de actuar en la «intimidación».

Más allá de los paulatinos progresos legislativos y la pervivencia de las deficiencias administrativas, lo cierto es que en el ámbito de la Administración General del Estado la Ley 5/2006 ha dejado poco sitio para que operen controles superiores sobre sus gobernantes y altos cargos. Semejante situación afecta tan profundamente la calidad de la democracia que, incluso, García Mexía llegó a sostener que el carácter reservado del «Registro de bienes y derechos», implementado con rotundidad y sin excepciones por la anterior legislación [que es la que el autor reseña], resultaba inconstitucional por ser contrario al art. 105 b) CE en tanto reconoce el derecho de los ciudadanos a acceder a los archivos y registros administrativos⁴¹¹. Recordamos aquí que la Ley de Incompatibilidades de 1995, a diferencia de la actual, no preveía tan siquiera la publicación en el BOE de las declaraciones patrimoniales de los miembros de Gobierno y Secretarios de Estado; su secretismo era palmario. Sintéticamente, los argumentos sustentados por García Mexía fueron los siguientes:

i) El Registro de bienes y derechos patrimoniales es uno de los «archivos y registros administrativos» a los que se refiere la Constitución⁴¹².

ii) El acceso a ese registro no puede verse imposibilitado pues no cabe en ninguna de las tres excepciones que la Constitución prevé al respecto [i.e.

⁴¹¹ García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Págs. 208-209.

⁴¹² Así lo afirmaba, teniendo en cuenta el texto de la anterior ley que establecía que este registro era custodiado por la Inspección General de Servicios de la Administración Pública (Ibídem, Pág. 209).

afectación a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos, y la intimidad de las personas]⁴¹³.

iii) No es legítimo fundamentar el carácter reservado del «Registro de bienes y derechos» en una supuesta lesión de la seguridad y defensa del Estado. La consideración como reservado de este registro no es proporcionada para conseguir el fin de garantizar la seguridad y la defensa por dos motivos. En primer lugar, la publicidad sí sería en cambio proporcionada al fin de preservar la independencia e imparcialidad de los altos cargos. En segundo término, porque mecanismos tan simples como la obligatoria acreditación de su identidad por quien solicitare acceso al contenido del registro, o la exclusiva limitación de acceso a los datos de los altos cargos directamente involucrados en la seguridad y defensa del Estado, permitirían contrarrestar los daños que la publicidad pudiese generar a tales seguridad y defensa⁴¹⁴. Como consecuencia de lo anterior, el contenido del «Registro de bienes y derechos no debe considerarse «materia clasificada» a la luz de la Ley de Secretos Oficiales.

iv) En todo caso, debe resultar aplicable al Registro la legislación ordinaria sobre el acceso a archivos y registros administrativos (Cfr. art. 37 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común)⁴¹⁵.

Ahora bien, aunque el razonamiento de García Mexía lo apreciamos como apropiado en tanto y en cuanto descarta que la Ley de Secretos Oficiales⁴¹⁶ pueda justificar el no dar publicidad a las declaraciones de bienes y derecho patrimoniales de los altos cargos, encontramos que la gran ausencia de su planteo de inconstitucionalidad está en no haber confrontado el «derecho de acceso a los archivos y registros administrativos» (art. 105 b CE) con el derecho a la intimidad (art. 18 CE). Eso sí, debemos matizar que este análisis lo hizo respecto del carácter público de las declaraciones de actividades; cuestión diferente para nosotros pues, como se explicó, no contienen datos materialmente íntimos⁴¹⁷. Pero, hecha la acotación, debe aducirse que la no

⁴¹³ García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Pág. 209.

⁴¹⁴ García Mexía, Pablo, *Ibidem.*, Págs. 212-213.

⁴¹⁵ García Mexía, Pablo, *Ibidem.*, Pág. 214.

⁴¹⁶ Ley de Secretos Oficiales. Ley 9/1968, de 5 de abril (modificada por Ley 48/1978, de 7 de octubre).

⁴¹⁷ García Mexía sí se ocupa de analizar la publicidad del Registro de actividades frente al derecho a la intimidad de los altos cargos (*Ibidem.*, Págs. 197-201). Su desarrollo es el siguiente: «*Obviamente, la cuestión medular estriba en la noción de «intimidad de las personas». La mayor o menor amplitud de su ámbito determinará que se vea más o menos fácilmente afectado por el carácter público de las declaraciones de actividades. Ante todo,*

afectación al derecho a la intimidad es, aparte del secreto de Estado, otra de las excepciones al reconocimiento del «derecho de acceso». Luego, si así lo es, se imponía que para llegar a una afirmación tan arriesgada como la acusación de inconstitucional de un precepto se evalúen en profundidad todos los aspectos trascendentes. Y, por cierto, más acertado parece razonar que si el legislador se decidió por no hacer públicas las declaraciones patrimoniales de los gobernantes o altos cargos no fue por entender que ellas merecen tratarse como «materia clasificada», sino porque de revelarlas a toda la ciudadanía se estaría afectando negativamente la intimidad de los sujetos que se ven obligados a formularlas. Si sabemos que el «derecho de acceso» y, como derivación de este, la publicidad y transparencia administrativa, pueden limitarse para proteger la intimidad, lo que se impone desentrañar es en qué casos es proporcionado hacerlo. En resumidas cuentas: *¿es constitucional una norma que dispone dar a conocer a los ciudadanos las declaraciones patrimoniales que los gobernantes y*

viene a colación la legislación sobre la protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, cuando estatuye que la protección civil del derecho al honor, intimidad y propia imagen, cuando estatuye que la protección civil de la intimidad «quedará limitada por las leyes y los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí o su familia». Por razones lógicas, bien cabe entender que «por sus propios actos» el cargo político que hubiere aceptado esa responsabilidad habría asumido al tiempo un menor (nunca nulo, desde luego) ámbito reservado a su intimidad o a la de su familia. Por otra parte, siempre a tenor de la legislación citada, quedará excluida la existencia de una «intromisión ilegítima» en el ámbito de la intimidad protegido cuando estuviere «expresamente autorizada por ley». Siendo evidente que la «intromisión» (legítima a buen seguro) viene en este caso autorizada por Ley, propia Ley 12/1995, de 11 de mayo. Convendrá también interpretar el régimen jurídico que nos ocupa a la luz de la jurisprudencia constitucional. Según nuestro Alto Tribunal y, en primer lugar, el derecho a la intimidad personal y familiar consagrado en la Constitución salvaguarda un espacio que «queda sustraído a intromisiones extrañas», en tanto que garante de la «existencia en dignidad» que la Constitución pretende extender a toda persona; en segundo lugar, el derecho a la intimidad personal sólo impide las intromisiones en ese ámbito que sean «arbitrarias o ilegales». Ahora bien: en primer término, el hecho de que el registro de Actividades de la Ley 12/1995 sea de carácter público no implica una «intromisión extraña» que impida la «existencia en dignidad» del alto cargo cuyas declaraciones se conocen de esta forma por los ciudadanos; lo único que accede al conocimiento de la colectividad (provista por cierto de su derecho a obtener información veraz [art. 20.1 d) CE] y del derecho a difundir y comunicar información [art. 2.1 a) CE]) es un conjunto de datos concretamente ajustados al fin que la declaración se propone conseguir: la garantía de la independencia e imparcialidad del alto cargo en el ejercicio de sus competencias, mediante el control de su posible inclinación a favorecer su patrimonio personal en detrimento del interés público. En segundo término, es obvio que la «limitación» de la intimidad que pudiera provocar el carácter público de la declaración de actividades está lejos de ser «arbitraria» –por responder al fin señalado– y lejos de ser «ilegal» pues nada menos que una norma con rango de ley (Ley 12/1995) la estatuye. En vista de todo ello debemos concluir que el carácter público del Registro de actividades de la Ley 12/1995 no afectaría el derecho a la intimidad de los altos cargos, obligados a declarar en su virtud».

altos cargos están exigidos a formular? Para resolver el interrogante [y como no existe un parámetro objetivo que sirva para definir con exactitud la constitucionalidad de una norma, si no es en relación a una concreta] es que al igual que se hizo en el apartado anterior, ensayaremos un control de constitucionalidad bajo la forma de «interdicción de exceso»⁴¹⁸ de una hipotética norma que así lo dispusiera. La norma de análisis, que en este caso identificamos como la Ley 5/2006 (hipótesis 2), contendrá el mismo texto de la original Ley 5/2006 de 10 de abril de 2006 pero concediendo un tratamiento diferente del derecho a la intimidad de los agentes. Con mayor suspicacia nuestra Ley 5/2006 (hipótesis 2) establecería en su art. 14.3 que «El Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales tendrá carácter público, omitiéndose aquellos datos referentes a su localización y salvaguardando la privacidad y seguridad de sus titulares»⁴¹⁹.

Así las cosas, procede una vez más llevar a cabo un «juicio de proporcionalidad» sobre la legitimidad o constitucionalidad del precepto propuesto. Para ello, en primer lugar, identificamos que en él hay una «adscripción *prima facie*» al derecho a la intimidad. Como se explicó, gobernantes y altos cargos, al igual que el resto de los ciudadanos, tienen «derecho a no ser molestados»; «derecho a ser desconocidos» y «derecho a autopresentarse a los demás». Esta forma de presentar el derecho a la intimidad implica reconocer como fundamental e irrenunciable el *derecho a poseer una intimidad elegida*; el derecho a que cada individuo pueda decidir libremente qué datos de su privacidad dará a conocer. Se dijo también que la consecuencia de ser un personaje público, y serlo voluntariamente, nunca puede consistir en una renuncia total a la vida privada. Por otro lado, justificamos en este trabajo que la composición y evolución de un patrimonio personal, tal y como se exige que sea denunciada en la declaración de bienes y derechos de altos cargos, integra aquella intimidad protegida constitucionalmente por el art. 18.1 CE. Sucede, no obstante, que una ley –la Ley 5/2006 (hipótesis 2)–, reclama a ciertos personajes públicos declaren íntegramente sus bienes, derechos y obligaciones ante la autoridad estatal, y no sólo eso, además establece que el contenido de éstas declaraciones [claro que con la omisión de datos que hacen fundamentalmente a la ubicación de los bienes] sea puesto a disposición del

⁴¹⁸ En la interdicción de exceso el «juicio de proporcionalidad» evaluará que si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de los tres subprincipios estará vulnerando el derecho fundamental intervenido y, en consecuencia, corresponde ser declarada inconstitucional.

⁴¹⁹ Se reedita la limitación de datos «en pos de la salvaguarda de la privacidad y seguridad» de los altos cargos contenida en el art. 14 de la LEY 5/2006 que establece que el contenido de bienes y derechos patrimoniales de los miembros del Gobierno y Secretarios de Estado su publicarán en el «Boletín Oficial del Estado».

conjunto de los ciudadanos. De esta forma, al disponer semejante publicidad, la injerencia que se provoca en la intimidad es manifiesta. Si por el medio que fuera [vgr. BOE, internet, etc.] se hacen públicas sus declaraciones patrimoniales, los gobernantes y altos cargos no sólo no podrán elegir mantener en secreto su economía, sino que tan siquiera tendrán poder para controlar ni qué sujetos, ni con qué fines reales se accede la información sobre sus personas. Con todo ello es obvio que la ley estaría provocando una afectación negativa al derecho a la intimidad del art. 18.1 CE en tanto niega a estos personajes públicos sus derechos a:

i) *no ser molestados*: la publicidad de las declaraciones patrimoniales puede afectar la tranquilidad subjetiva de los gobernantes o altos cargos. Y aún cuando así fuera no podrían rechazar que se revele ante la colectividad su intimidad económica, que se difunda información al respecto en los medios de comunicación y que el desarrollo y composición de sus patrimonios sea objeto de crítica masiva. Los servidores públicos se sabrán observados y enjuiciados en sus asuntos económicos y, por tanto, condicionados en sus decisiones y comportamientos. Pocas dudas hay de que la autonomía personal queda afectada cuando los demás nos juzgan. Pero precisamente esta especie de censura auto impuesta (o autorregulación) es lo que la Ley 5/2006 (hipótesis 2) espera incitar en ellos. Con su finalidad preventiva, subyace a la norma el siguiente postulado: si el agente conoce que sus actividades económicas y patrimonio serán objeto de un abierto escrutinio por parte de los ciudadanos y del poder público, verá en algo afectada su voluntad y movida a no actuar con infidelidad al mandato propio de un servidor público y ético. En este contexto, no resulta para nada desacertado sostener que la norma quiere «molestarlo», claro que si así lo hace es en pos de asegurarse a un agente dedicado al interés general. Y, como nos decía Espinar Vicente, «siempre que se condiciona la voluntad se afecta la intimidad»⁴²⁰.

ii) *ser desconocidos*: gobernantes y altos cargos deben tolerar que cualquier ciudadano sepa quiénes son y obtenga información de su intimidad, tal como la descripción integral de su patrimonio (bienes, derechos y obligaciones) y sus actividades económicas. Asimismo, como consecuencia de los controles que la Ley 5/2006 (hipótesis 2) habilita, tampoco pueden elegir no dar cuentas de su economía personal. No podrán decidir si someten estos aspectos a la opinión pública y, por tanto, en mala hora han de albergar la pretensión de permanecer en el anonimato.

iii) *autopresentarse ante los demás*: gobernantes y altos cargos no pueden elegir por qué aspectos de su vida privada ser conocidos. Los ciudadanos

⁴²⁰ Espinar Vicente, José María, *La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor*, en Estudios sobre el derecho a la intimidad, Ob. Cit., Pág. 53.

tenemos derecho a conocerlos, aparte de por su actividad pública, por sus negocios personales y propiedades.

A las claras hay en la Ley 5/2006 (hipótesis 2) una afectación al derecho del art. 18.1 CE. Y esta afectación de una posición iusfundamental *prima facie* provocada por una norma legislativa [primer presupuesto del juicio de proporcionalidad] implica la atribución a aquella del carácter de «intervención» en el derecho fundamental [segundo presupuesto]. Luego, la atribución de carácter de intervención a la Ley 5/2006 (hipótesis 2) pone en marcha el análisis de la proporcionalidad propiamente dicha y así el de su primer subprincipio de idoneidad.

Superada la acreditación de los presupuestos, en este primer tramo del juicio de proporcionalidad tenemos en cuenta que lo que busca la norma es estatuirse como un instrumento de control de la legitimidad de origen y de ejercicio de gobernantes y altos cargos y, básicamente, operar como una herramienta contra la corrupción de aquellos. Bajo este amplio enfoque, el sistema de publicidad de las declaraciones patrimoniales se nos presenta con una dimensión jurídico-constitucional incontestable que apunta, de forma inmediata, a garantizar que la minoría rectora de la Administración Pública sirva con objetividad los intereses generales (art. 123.1 CE) y, ya de modo inmediato, a establecer condiciones para la vigencia del «Estado Democrático de Derecho» (art. 1.1 CE); y la participación ciudadana resulta un elemento ineludible para su instauración (9.2 y 105.1 CE). En el específico caso de la Ley 5/2006 (hipótesis 2) la participación operará en un especial proceso de rendición de cuentas. Por todo ello, y en tanto la norma persigue los fines constitucionalmente legítimos que acabamos de enunciar, resulta que el hecho de que en párrafos anteriores le hayamos adjudicado la potencialidad de afectar un derecho fundamental como el derecho a la intimidad, no autoriza a que automáticamente podamos hacer inferencias definitivas sobre su inconstitucionalidad. Deben evaluarse otros aspectos, como su idoneidad. Asimismo, más allá de identificar fines constitucionalmente legítimos, la Ley 5/2006 (hipótesis 2) resulta idónea para alcanzarlos. En efecto, una adecuada publicidad de las declaraciones patrimoniales de *todos* los altos cargos funciona como *elemento disuasorio suficiente* para que si alguno de ellos está tentado de ser infiel se desanime a causa de las dificultades que le acarrearía el aumentar ilícitamente su patrimonio y que ello pueda ser, muy probablemente, descubierto. La publicidad da oportunidad a que los ciudadanos escruten concretas parcelas de la vida privada de los agentes y de alguna forma intervengan en un importante proceso de rendición de cuentas. En este particular proceso, los sujetos cuentadantes (responsables políticos) son los altos cargos definidos por ley. Ellos han de rendir cuentas, no sobre «actos de dirección política», sino de asuntos personales con relevancia pública que así merecen calificarse en tanto permiten controlar el fiel ejercicio del cargo. Los

sujetos ante los que de forma inmediata han de rendir cuentas son, no sólo la autoridad estatal (vgr. Oficina de Conflictos de Intereses y Congreso de los Diputados) sino ante la colectividad en su conjunto. Y ello es así puesto que la publicidad de las declaraciones, dispuestas en nuestra Ley 5/2006 (hipótesis 2) da ocasión a los ciudadanos para inspeccionar sus patrimonios y, eventualmente, formular aquellas denuncias que pongan en marcha los procesos sancionatorios administrativos, responsabilidad política institucional y difusa y, en última instancia, responsabilidad penal. En este contexto normativo que ficcionamos, los gobernantes o altos cargos, particularmente, y la Administración General del Estado, como institución, estarán obligados a dar cuenta suficiente de que cumplen sus actos de gobierno con objetividad, sirviendo los intereses generales y sin enriquecerse de ninguna manera a costa del poder que ejercen. Por supuesto todo ello no sería factible si no se facilita el control por parte de los ciudadanos mediante la publicidad de las declaraciones patrimoniales. Sólo si éstas se hacen públicas, podrá –por ejemplo– el vecino constatar por sí mismo si aquel alto cargo a quien día tras día lo ve disfrutar – como parte de su vida privada y doméstica– de una residencia la ha declarado como de su titularidad. La sospecha inicial de un bien o derecho no declarado daría lugar al órgano de control a practicar las averiguaciones necesarias para saber a qué a título jurídico responde la utilización o posesión de aquel bien inmueble. La especulación no es desacertada y de hecho algunas legislaciones [coincide con las que penalizan el enriquecimiento ilícito de los funcionarios] atrapan el supuesto. Interesa mencionar por sus alcances el caso de la «Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función» de la República de Costa Rica⁴²¹ que autoriza a inferir en el caso de un usufructo no declarado un acto de testaferrismo. Así, identificando el título del precepto como «Simulación» establece: «*podrá concluirse que existe simulación, si no hay*

⁴²¹ Art. 32, de la Ley 8422, de 6 de octubre de 2004, publicada en el diario oficial «La Gaceta» 212, del 29 de octubre de 2004. Asimismo, en la Nación del Paraguay, la Ley 2523/2004 que previene, tipifica y sanciona el enriquecimiento ilícito en la función pública y el tráfico de influencias tipifica el enriquecimiento ilícito recogiendo expresamente el caso del usufructo. Su artículo 3º dispone «1) *Comete hecho punible de enriquecimiento ilícito y será sancionado con pena privativa de libertad de uno a diez años, el funcionario público comprendido en cualquiera de las situaciones previstas en el Artículo 2º, quien con posterioridad al inicio de su función, incurra en cualquiera de las siguientes situaciones: a) Haya obtenido la propiedad, la posesión, o el usufructo de bienes, derechos o servicios, cuyo valor de adquisición, posesión o usufructo sobrepase sus legítimas posibilidades económicas, y los de su cónyuge o conviviente. b) Haya cancelado, luego de su ingreso a la función pública, deudas o extinguido obligaciones que afectaban su patrimonio, el de su cónyuge o su conviviente, y sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y de afinidad, en condiciones que sobrepasen sus legítimas posibilidades económicas. 2) Será aplicable también a los casos previstos en el inciso 1) de este artículo, la pena complementaria prevista en el Artículo 57 del Código Penal.*

concordancia entre los bienes declarados ante la Contraloría General de la República y los que estén usufructando de hecho. Para que esa simulación se configure, será necesario que el usufructo sea sobre bienes de terceros, que por ello no aparezcan en la declaración del funcionario, que este no pueda exhibir ningún título sobre ellos, y que el usufructo sea público y notorio, parcial o total, permanente o discontinuo. Se entiende que existe usufructo de hecho sobre bienes muebles e inmuebles que conforman el patrimonio familiar y los pertenecientes a cualquiera de sus parientes por consanguinidad o afinidad, incluso hasta el segundo grado, o a cualquier persona jurídica, siempre que exista la indicada forma indicada de usufructo. Todos los bienes de los cuales se goce un usufructo de hecho, por cualquier motivo, deberán ser declarados». Como veníamos diciendo, el vecino –que presuponemos cívicamente concientizado– será el testigo indiscutible del «nivel de vida» [adecuadamente definido por la opulencia y el tiempo libre⁴²²] del servidor público y quien, llegado el caso, denunciará los desajustes de los que se percate con la intención de poner freno a la corrupción política, sabiendo que –al contrario de como sentencia Don Quijote, siempre «*le va algo en ello*»⁴²³. Escrutar el «nivel de vida» de un alto cargo no tiene por qué

⁴²² Farrel, Martin. D, *El nivel de vida*, Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 9, año 1991, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universidad de Alicante, Págs. 119-142. «La idea es que el nivel de vida depende de la opulencia, entendida de este modo: el nivel de vida está determinado por la cantidad de bienes que una persona tiene a su disposición. Por bienes se entiende el ingreso y la riqueza; para simplificar propongo emplear como denominación única la palabra opulencia» (Ob. Cit. Pág. 119). En este caso, nos parece más adecuado emplear esta definición, que la propuesta por la Real Academia Española como «grado de bienestar, principalmente material, alcanzado por la generalidad de los habitantes de un país, los componentes de una clase social, los individuos que ejercen una misma profesión, etc.» (Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición).

⁴²³ En «Una sentencia del Quijote», Jorge Luís Borges hace referencia al capítulo veintidós del primer Quijote que dice «*Señores guardas, estos pobres no han cometido nada contra vosotros; allá se la haya cada uno con su [pecado]. Dios hay en el cielo que no se descuida de castigar al malo ni de premiar al bueno, y no es bien que los hombres honrados sean verdugos de los otros hombres no yéndoles nada en ello*». De ella se vale para justificar que los hombres de «nuestra América», como los españoles, no se identifican con la legalidad, ni con el esfuerzo del Estado. Afirma Borges: «*El sudamericano (y el español) saben (o mejor dicho, sienten) que no es bien que los hombres honrados sean verdugos de los otros hombres, según lo formuló Don Quijote. El norteamericano, en cambio, es básicamente estadual. No cumple con su destino, como la vasta mayoría de todos nosotros, al margen o a pesar del gobierno*» (*Textos recobrados 1931-1955*, Ed. Emecé Editores, Buenos Aires, 2007, Págs. 61-64). Y para justificarse que «no le va nada en ello» el personaje de la novela de Marías reflexiona: «la impunidad del mundo es tan inabarcable, tan antigua y larga y ancha que hasta cierto punto nos da lo mismo un milímetro más. Suena raro y suena mal, y sin embargo puede ocurrir: quienes sentimos esa aversión preferimos a veces ser injustos y que algo quede sin castigo a vernos como delatores, no lo podemos soportar –al fin y al cabo la justicia no es

ser una actitud frívola⁴²⁴. La publicidad pretende que se detecte con mayor facilidad su enriquecimiento ilícito y, frente a ello, no puede alegarse sin más la concurrencia del derecho a la intimidad. No se trata más que de facilitar el seguimiento de la evolución de la riqueza personal de estos cargos políticos de modo que cualquier falta intencionada a la verdad en sus declaraciones o cualquier enriquecimiento no suficientemente justificado genere su inmediato cese o, en su caso, las sanciones correspondientes y las explicaciones ante el Congreso de los Diputados. En suma: la publicidad de las declaraciones patrimoniales asegura una supervisión externa adecuada por parte de la ciudadanía y, por encima de todo, contribuye a crear un clima y una cultura en la que se valore la honestidad⁴²⁵. Por otro lado, asegurar la transparencia de la Administración genera en la opinión pública una actitud positiva hacia ella: si la población deja de percibir la importancia de la función pública o la probidad de los miembros que la componen cualquier manera de hacer frente a los actos de corrupción administrativa quedaría gravemente debilitada⁴²⁶. Cuanto más transparente sea la sociedad, menor será el riesgo que tendrá de corromperse, y la información constituye uno de los medios más eficaces del ciudadano para combatirla.

Acreditado como quedó el subprincipio de idoneidad toca pasar a analizar el subprincipio de necesidad, lo que nos conduce a cuestionarnos si existen medios alternativos que afiancen los mismos fines y resultados que los perseguidos por la Ley 5/2006 (hipótesis 2). Se trata, ni más ni menos, de realizar una compensación entre medios y justipreciar si la publicidad de las declaraciones patrimoniales de altos cargos y gobernantes es la medida más benigna con el derecho a la intimidad, entre todas aquellas que pudiéramos imaginar que revistan la misma idoneidad para contribuir a alcanzar su mismo propósito; propósito que ya identificamos con una doble intención. Por un lado, la de asegurar que aquéllos trabajan al servicio del interés general, y que, por lo tanto, no se comprometerán en prácticas corruptas. Por otro lado, la intención

cosa nuestra, no nos toca actuar de oficio» (Marías, Javier, *Los enamoramientos*, Ed. Alfaguara, Madrid, 2001, Pág. 257-258).

⁴²⁴ Sería por tanto un completo error considerar que el apreciar la «imagen» de un gobernante, criticarla o rechazarla es una frívola distracción respecto de la auténtica sustancia de la política. La imagen determina su credibilidad, nos habla de su honradez y de su transparencia, nos permite «escrutar» y evaluar su integridad. Todo ello incide en la verdadera fuente de su poder, en su legitimación democrática, y puede tener (y a menudo tiene) consecuencias materiales sustanciales para la institución que encarnan.

⁴²⁵ Malem Seña, Jorge F., *La Corrupción, Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Editorial Gedisa, España, 2002, pág. 89.

⁴²⁶ Informe Nolan, Ob Cit, Pág. 95. Documento incluido dentro de la Biblioteca Digital de la Iniciativa Interamericana de Capital Social, Ética y Desarrollo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

de abrir un canal para que los ciudadanos puedan participar activamente de un especial proceso de rendición de cuentas, componente democrático de todo poder de representación. En nuestro caso este proceso de rendición de cuentas consiste en que los agentes expliquen a la colectividad cómo está conformado su patrimonio y cómo va evolucionando durante el desempeño del cargo. Sucede entonces que si bien otras muchas medidas podrían implementarse para asegurar el primero de los objetivos [la variedad es tan amplia como amplias son las distintas herramientas contra la corrupción] no alcanzamos a imaginar otra técnica más óptima para hacer operativo el principio de responsabilidad por representación política con participación ciudadana que la de hacer públicas las declaraciones patrimoniales. Y lo que por su trascendencia tampoco puede perderse de vista es que de este modo se suman otros logros de importancia constitucional, como dar una efectiva vigencia al derecho constitucionalmente reconocido de los ciudadanos de acceso a los registros y archivos administrativos (art. 105. b CE). Asimismo, se aumenta el efecto preventivo buscado por la norma puesto que –como ya señalamos– el hecho de saberse objeto de las miradas atentas de los ciudadanos y medios de comunicación funcionará desmotivando las acciones corruptas. A nadie escapa el hecho de que desalienta el enriquecerse sin la posibilidad actual [o más o menos inmediata] de disfrutar de las ventajas de ese acrecentamiento patrimonial y conviviendo con la inseguridad de un muy factible descubrimiento de la venalidad. Y aunque la declaración de bienes no será –es de esperar– llevada a cabo de manera veraz, precisa e integral por quienes estén comprometidos en prácticas corruptas, se piensa que la exigencia de que registren de forma periódica su realidad económica sienta un precedente importante para cualquier proceso de investigación ulterior. En otras palabras: resultando indiscutible la tendencia a ocultar las propias faltas, es de lo más factible que el agente infiel mienta en su declaración patrimonial. La autoridad no podría coaccionarlo para que se autoincrimine. Pero si se descubre que ha mentado u ocultado bienes en su declaración patrimonial, con lo que nadie mejor que el ciudadano puede colaborar, nada impide que –en principio– ello se tome como un indicio o mera sospecha (nunca como prueba directa) de la posible comisión de un acto de corrupción⁴²⁷. Este agente se vería en serias dificultades para sugerir que

⁴²⁷ Defensor de la constitucionalidad de la incorporación de las «reglas presuntivas» al Código Penal es Asencio Mellado quien –como dijimos– propugna la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito. Afirma «*Nadie duda ya de la validez de las presunciones en el proceso penal, de la prueba indiciaria para servir de fundamento a una sentencia condenatoria. La exigencia de que toda resolución de este tipo se basara en pruebas directas, propio del inquisitivo, que comportaba por lógica, la presencia de una confesión forzada o por testigos, ha sido sustituida, paulatinamente, por la prueba indirecta, aquella que se basa en la presencia de indicios y que, en la prueba pericial científica ha alcanzado su principal exponente (...) el delito de enriquecimiento ilícito constituye un complejo presuntivo basado en tres elementos: el incremento del patrimonio del funcionario público, la desproporción de*

cualquier riqueza obtenida posteriormente y no declarada, fue adquirida legítimamente.

Finalmente, en el tercer paso, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto obliga a preguntarnos si las ventajas que se obtienen exigiendo una declaración de patrimonio de carácter público compensan los sacrificios que semejante injerencia en el derecho a la intimidad impone a sus titulares. Ahora bien, si al evaluar el principio de idoneidad y necesidad los argumentos centraron su desarrollo en la identificación de fines constitucionales y, en definitiva, en la *voluntad del Estado* de garantizarlos, toca aquí focalizar nuestra atención en la *voluntad del titular del derecho intervenido*. Así, puestos a evaluar concretamente en los términos del binomio «sacrificios-ventajas», debemos comenzar por reconocer que en el caso de las «personas públicas» los sacrificios o cercenamientos en muchos de sus derechos responden a la ofrenda que ellos mismos presentan cuando, al aceptar un cargo, expresan su decidida vocación hacia el servicio público. El sujeto que libremente se decide a participar en la gestión del poder público sabrá siempre, con independencia de las leyes vigentes, que existe la posibilidad en abstracto de que, a causa de su especial estatus, sus derechos se vean limitados de diferentes formas e incluso más intensamente en el futuro, en pos de logros comunes. Rawls lo explica –como vimos– afirmando que los deberes posicionales surgen como resultado de nuestros actos voluntarios. Sí reservamos para la evaluación de este tercer subprincipio un papel preponderante para la voluntad del gobernante o alto cargo, esto obedece a que el sacrificio que la ley le pide responde a un interés público pero que, en todo caso, entra a escena a resultas de la su elección como titular del derecho a la intimidad. Cronológicamente, aparece antes y en abstracto, una voluntad autolimitadora del agente que concreta voluntad limitadora de la ley. De este modo, si el sacrificio responde, en un principio a la voluntad de propio titular del derecho cercenado, cabe concluir sobre su menor entidad. Su conducta anterior de asumir un cargo público de élite se convierte en un indicio de su intención de tolerar [insistimos que sólo en abstracto] mayores injerencias. Cobra así plena vigencia lo establecido por el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de *Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, en cuanto establece que la protección del derecho a la intimidad queda delimitado atendiendo al ámbito que, por sus *propios actos*, mantenga cada persona reservado para sí. Otro dato que nos señala una menor entidad del sacrificio es el hecho de que los aspectos de la privacidad que se dan a conocer con la publicidad de las declaraciones patrimoniales son, materialmente hablando, un aspecto fronterizo del derecho.

ese incremento en relación con sus ingresos ordinarios, y la falsedad o inexactitud, pues, de los datos que, legalmente, viene obligado a proporcionar para conocimiento general» (Asencio Mellado, José María, *La lucha contra la corrupción. El delito de enriquecimiento ilícito*, Ob. Cit.)

De hecho, la intervención que dispone la Ley 5/2006 (hipótesis 2) sólo elimina algunas de las posiciones adscriptas al derecho a la intimidad, pero no todas. El agente, como toda persona pública, podrá defenderse frente a cualquier invasión indebida cuando la información divulgada sobre su economía exceda la necesaria y directamente vinculada a su función, es decir, cuando lo divulgado no conduzca a evaluar cualquier forma de corrupción atenuada [*i.e.* conflicto de intereses] o tradicional. Pero más allá de esta forma garantista de ejercer el derecho [estatus negativo], tendrá el alto cargo el derecho activo a controlar el flujo de información que lo afecta. También en pos de evaluar los sacrificios, corresponde ponderar si tendría el alto cargo una calidad de vida mínima aceptable en caso de que se publiquen sus declaraciones patrimoniales integrales, o si, por el contrario, se estaría poniendo en peligro su vida, integridad física y propiedad. García Ferrer trae un dato de hemeroteca que ilustra con precisión este planteo. Cita el caso de un periódico navarro que publicó la matrícula del automóvil de una diputada y que se consideró que con ello se ponía en riesgo no sólo su propiedad sino también su seguridad personal. Según opina, «*es desproporcionada la publicación de datos privados que, siendo innecesarios, ponen además en potencial peligro otros bienes jurídicos tan importantes como la vida, la integridad física y la propiedad*»⁴²⁸. Claro que si seguimos el método de análisis del «juicio de proporcionalidad», resulta que en caso de verificarse que un dato es innecesario para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo [cfr. subprincipio de idoneidad] debe, desde entonces, concluirse la inconstitucionalidad de la norma, medida o divulgación de información, siendo irrelevante el posterior escrutinio de la proporcionalidad en sentido estricto. Un dato innecesario es siempre inconstitucional, como también lo es la divulgación de un dato necesario pero que pone en peligro la vida del titular del derecho en conflicto. Es una cuestión de magnitudes y sin protección de la vida misma o la integridad física no es posible garantizar fin constitucional alguno. No obstante, evaluar si hay efectivamente un peligro para la vida, la seguridad o la propiedad implica un análisis de tipo factual, no normativo. Lógicamente, puede suceder que ciertos datos sean útiles y necesarios pero desproporcionados. Claro que si se publicara la matrícula o dirección exacta de la vivienda de un alto cargo, el escrutinio sería más preciso. En mejor medida se podría detectar la mendacidad de la valuación de los bienes e incluso la omisión o falsedad de datos declarados. De todos modos, hacerlo en un país con fuerzas terroristas operativas sí podría poner en jaque la seguridad del agente. Hasta ahí aquí no cabe duda que serían de atender y muy seriamente las objeciones y críticas al sistema de publicidad. Lo que no parece en absoluto desproporcionado, y por tanto no las vemos como críticas que se deban asumir, son aquellas que pretenden negar la razonabilidad de exigir otras especificaciones, como, en el caso de los inmuebles la localidad en la

⁴²⁸ García Ferrer, Juan José, *El político: su honor y vida privada*, Ob. Cit., Pág. 311.

que se encuentran, o las concretas sumas depositadas en entidades bancarias o financieras, identificando las entidades y las sumas en cada caso. Mientras que esta forma de circunstanciar las declaraciones permitirá un mejor control y llegado el caso facilitará sumamente la investigación administrativa y/o penal, no parece que en el aquí y ahora de este país pudiera poner en peligro ni la vida, ni la seguridad, ni la propiedad de los servidores públicos. Ciertamente es que la parte más difícil de este examen no sería tanto decidir las categorías de agentes que han de declarar [pensamos en que no hay inconveniente en extender esta exigencia a funcionarios] ni la categoría de bienes a declarar [la declaración solo será eficaz si es auténticamente integral], ni el tiempo [será mejor la cotidianeidad que la periodicidad de antes y al finalizar el mandato-]. La dificultad está, precisamente, en decidir hasta qué grado debe existir un acceso público a este tipo de declaraciones; cuánto debe darse a conocer. Puede que en algunos países con índices de criminalidad más elevados y en riesgo continuo a causa de los secuestros extorsivos, se escuchen voces precavidas que sostengan que el hecho de que se haga pública la riqueza de un cargo público pueda funcionar como una invitación abierta a que los secuestradores actúen y reclamen los montos declarados por los agentes en el rescate. Pero este tipo de especulaciones, de por sí inciertas en el caso de personas que ya son atractivas para ciertos criminales por su sólo perfil político y condición de vinculados al poder, no pueden aplicarse a la realidad española.

Hasta aquí la ponderación de los sacrificios, pero *¿cuáles son las ventajas?* Sabemos que una importante regla de evaluación del «juicio de proporcionalidad» nos dice que cuántas más conexiones tenga un derecho fundamental con la realización del principio democrático [ventaja], mayor será su peso en la ponderación. Si por las variadas razones que acabamos de exponer, el sacrificio que la Ley 5/2006 (hipótesis 2) provoca en la intimidad del alto cargo no merecerse calificarse de mayor entidad, sí es una ventaja de mayor entidad o peso el hecho de que la norma que está afectando negativamente ese derecho abra las puertas para la participación ciudadana en un proceso de rendición de cuentas tan importante como el que nos ocupa. Los fines constitucionales perseguidos, ya dijimos, directamente trabajan en pos de la calidad básica de la democracia. Suficientemente se ha justificado este extremo.

Y por este camino de mejorar la calidad de la democracia pareciera que va transitando el legislador nacional que recientemente ha modificado el penúltimo inciso del artículo 160.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, al disponer la publicidad en la web de las Cámaras de las declaraciones patrimoniales de Diputados y Senadores. Lo que nos interesa especialmente resaltar es que en la Exposición de Motivos de aquella Ley Orgánica 7/2011, de 15 de julio, da razones suficientes para sostener la constitucionalidad de semejante medida, a la vez que destaca la

ventaja que la publicidad ofrece al dar ocasión de participar a los ciudadanos en los controles y, con ello, afianzar la confianza en los políticos. Al respeto sostiene que *«Los Diputados y Senadores han de ser ejemplo de rigor y de transparencia, de manera que ambos principios constituyan las señas de identidad de su actividad política»* y que *«La transparencia establecida (...) no invade derechos constitucionales, ni convierte a los gestores públicos en sospechosos de conductas irregulares. Las circunstancias de la vida pública española operan a favor de la transparencia de las rentas y bienes de las personas que elaboran y aprueban las leyes. Un velo protector que difumine o coloque en un registro secreto la realidad patrimonial de los legisladores, más que proteger su derecho a la intimidad, podría presentarse por aquellos que buscan la ocasión para generalizar sin rigor o difamar sin causa, como circunstancia propicia para la maledicencia y hasta como indicio sospechoso de comportamientos repudiables»*. Y, finalmente, a ello agrega que la ley *«pretende contribuir a liberar a los Diputados y Senadores de injustificables valoraciones negativas que muchas veces se predicán del colectivo de los políticos teniendo como única base los juicios previos. Prejuicios que sólo pueden arraigar en una opinión pública no suficientemente informada. En consecuencia, (...) aspira a que los ciudadanos tengan información sobre el patrimonio y rentas de sus representantes políticos y que puedan acceder a ella fácilmente a través del “Boletín Oficial de las Cortes Generales” y de la página web de cada Cámara»*.

Finalmente llegamos a la afirmación de que el «juicio de proporcionalidad» de la Ley 5/2006 (hipótesis 2) se ha superado con éxito. No habría objeción constitucional para hacer públicas las declaraciones patrimoniales de *todos* los gobernantes y altos cargos. Esto nos da la satisfacción de haber realizado un proceso que ofrece un mayor grado de racionalidad argumentativa que la sintética sentencia que, sin resolver el conflicto pero poniendo fin a la discusión, nos dice que al *«arrojarse a la arena pública»* el gobernante o alto cargo asumió el riesgo de ver cercenado su derecho a la intimidad. Y esta operación de someter nuestras propuestas al «canon constitucional» suma razones para sostener que, en definitiva, aquello que es bueno para los parlamentarios [tal como recientemente se reconoció con el dictado de la citada Ley Orgánica 7/2011] también lo es para *todos* los altos cargos. No parece que en un mismo ámbito de auténtica representación política (independientemente de sus grados) pueda justificarse un tratamiento diferente para un proceso de rendición de cuentas tan básico e imprescindible como lo es el control del patrimonio de los agentes públicos.

El control del patrimonio de un gobernante puede ser algo *entretenido* y hasta *entrometido*. Seguramente terminará por afectar la protección de su intimidad, pero la realidad nos muestra, día tras día, que la corrupción sólo puede ser reducida si se la convierte para su actor en un gran riesgo. Para ello, permitir el ojo escrutador de los ciudadanos y medios de comunicación es

imprescindible. Es el momento de ser más suspicaces y comenzar a cuestionar seriamente el indebido tratamiento que la legislación vigente concede a los políticos y a su intimidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ABA CATOIRA, Ana, *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001.
- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel, *Relaciones especiales de sujeción, legalidad sancionadora y servicios públicos*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional Núm. 17/2001, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2001.
- ALONSO GARCÍA, Enrique, *El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española*, Revista de Administración Pública Núm. 100, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ARCE JANÁRIZ, Alberto, *El derecho a la intimidad de Samuel Warren y Louis Brandeis*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 16, Núm. 47, 1996.
- ASENCIO MELLADO, José María, *La lucha contra la corrupción. El delito de enriquecimiento ilícito*, La Ley 5554/2010, doctrina que forma parte del libro «Estado de derecho frente a la corrupción urbanística», Edición nº 1, Editorial La Ley, Madrid, 2007.
- BANACLOCHE PÉREZ, Julio, *La derogación automática del valor real*, Impuestos, Nº 8, 2007.
- BAÑO, RODRIGO, *Consideraciones acerca de la participación ciudadana*, Primer Seminario Conceptual sobre Participación Ciudadana y Evaluación de políticas Públicas, Santiago de Chile, 1997.
- BARNES VÁZQUEZ, Javier, *Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario*, Revista de Administración Pública (RAP), 1994, Núm. 135, septiembre-diciembre.
- BENJAMIN, Walter, *Iluminaciones I*, Ed. Taurus, Madrid, 1998.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Altos cargos y control parlamentario*, Revista Claves de la Razón Práctica Nº 82, 1988.
- BORGES, Jorge Luís, *Biografía de Tadeo Isidoro Cruz (1829-1874)*, en Obras Completas I, Emecé, Argentina, 2001.
- *Textos recobrados 1931-1955*, Ed. Emecé Editores, Buenos Aires, 2007.
- BRINES ALMIÑANA, Javier, *La instaurada publicidad del registro de Bienes Patrimoniales (art. 75.7 LRBRL): consideraciones jurídicas y propuestas de actuación ante algunos interrogantes suscitados en su efectiva publicación*, El

consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, N1 2, Sección Colaboraciones, Quincena del 30 Ene. Al 14 Feb., 2010, Ref. 197/2010, tomo 1, Editorial La Ley.

BRUZZONE, Gustavo A., Gullco, Hernán -coord-, *Teoría y Práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

BUSTOS GISBERT, Rafael, *El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión*, Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Núm. 85, 1994.

-- *La Responsabilidad Política del Gobierno: ¿realidad o ficción?*, Ed. Colex, Madrid, año 2001.

-- *Sobre la publicación en páginas web de condenados penalmente (los casos de pedófilos, maltratadores, torturadores y errores médicos)*, Revista Vasca de Administración Pública, Núm. 62, 2002.

-- *Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática*, en «La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos», García Roca, Javier, Santolaya, Pablo (coords.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

-- *Corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional*, Teoría y realidad Constitucional núm. 25, 2010.

-- *Un diálogo ejemplar: el papel del juez en escenarios de pluralismo constitucional*, en *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, Porrúa, IMDPC, Núm. 52, 2011, Méjico (pendiente de publicación).

CADARSO PALAU, Juan, *Actos propios y renuncia de derechos*, Poder Judicial, (Consejo Judicial General del Poder Judicial), Núm. 9, 1988, (Págs. 73-78).

CALVINO, Italo, *Por qué leer clásicos*, Barcelona, Tusquets, 1992.

CANOSA USERA, Raúl Leopoldo, *La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en «Integración europea a través de derechos fundamentales. De un sistema binario a otro integrado», García Roca, Javier; Fernández Sánchez, Pablo A (coords.); Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

CARDONA, Marcos, *La Comprobación de Valores de Inmuebles*, Dijusa, Madrid, 2002

CARRILLO, Marc, *El derecho a no ser molestado (información y vida privada)*, Aranzadi, Navarra, 2003.

CARRILLO SALCEDO, Juan, *El convenio europeo de derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.

- CATALÀ i BAS, Alexandre, *La calidad de vida como integrante de los derechos a la integridad física y moral y a la intimidad*, Revista General de Derecho, Núm. 670-671, julio-agosto, 2000.
- CATALÁN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo código penal (Doctrina y jurisprudencia)*, Bayer, Barcelona, 1999.
- CEBALLOS MORENO, Manuel, *Una aproximación al régimen jurídico de la participación ciudadana en la Administración pública –Especial referencia al sector medioambiental–*, Actualidad Administrativa, Nº 43, Sección Doctrina, Editorial La Ley, 2001.
- CIFUENTES, Santos, *El honor y la libertad de expresión: La responsabilidad civil. La Ley 1993-D, 1161-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 1191, Argentina, 1993.*
- CLAVERÍA GONSÁLBEZ, Luís Humberto, *Reflexiones sobre los derechos a la personalidad a la luz de la LO 1/82 de 5 de mayo de 1982*, en ADC, octubre-diciembre 1983.
- *Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, en Honor, intimidad y propia imagen*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
- Consejo de Europa: 2006, *Octopus Interface Conference on Corruption and Democracy*; Estrasburgo, 20 y 21 de noviembre de 2006.
- CORTINA, Adela, *Hasta un pueblo de demonios. Ética pública y sociedad*, Editorial Taurus, Madrid 1998.
- Council of Europe (2000), *Código modelo de conducta para los oficiales públicos, Recomendación núm. R (2000) aprobada por el 10 Comité de Ministros del Consejo de Europa.*
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *Notas críticas a la figura del «personaje público» como criterio legitimador para la intromisión en la vida privada de las personas*, Estudios Constitucionales, año/vol. 3, número 002, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile.
- DADER GARCÍA, José Luís, *El olvido de la responsabilidad política de los medios periodísticos*, Anuario Filosófico, Ed. Universidad de Navarra, Vol. 15, Núm. 1, año 1982.
- *La democracia débil ante el populismo de la privacidad: terror panóptico y secreto administrativo frente al periodismo de rastreo informático*, Quaderns de comunicació i cultura, Ed. Universitat Autònoma de Barcelona, Nº 26, 2001.

- DE DOMINGO, Tomás, *¿Conflicto entre derechos fundamentales?* Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- DE LA VILLA GIL, Luís Enrique, *El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales*, Revista de Política Social, Núm. 85, 1970.
- DE LOS MOZOS, José Luís, Comentario a los arts. 1435 a 1444, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Alberto M. Albaladejo, T XVIII, Vol. III, Madrid, 1985.
- DE LUCA JAVIER, A., LÓPEZ CASARIEGO, Julio E., *Enriquecimiento Ilícito y Constitución Nacional*, La Ley 2000-A, 249 y “Enriquecimiento Patrimonial de Funcionarios, su no justificación y problemas constitucionales”, en Revista de Derecho Penal, Delitos contra la Administración Pública –II– 2004-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luís, GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1995.
- *La doctrina de los propios actos*, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1962
 - *La criminalidad de los Gobernantes*, Ed. Crítica, Barcelona, año 2000.
 - *Sistema de derecho fundamentales*, Civitas, Navarra, 2005.
- DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel; Nevado-Batalla Moreno, Pedro T, *Participación ciudadana: enfoque constitucional y rendimiento en el orden administrativo, Panorama jurídico de las Administraciones Públicas en el siglo XXI*, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, Madrid, 2002.
- FARIÑAS MATONI, *El Derecho a la Intimidación*, Trivium, Madrid, 1983.
- FARREL, Martin. D, *El nivel de vida*, Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 9, año 1991, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universidad de Alicante.
- FAYOS GARDÓ, Antonio, *Derecho a la Intimidación y Medios de Comunicación*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- *Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española, británica y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Revista para el análisis del derecho, InDret 4/2007, Barcelona, 2007.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- FERIA ROMERO, María, *Aplicabilidad de las normas éticas en la Administración pública gallega*, Escola Galega de Administración Pública, Xunta de Galicia, 1999.

- FERNÁNDEZ VIAGAS, Plácido, *Ideología, Libertad de Expresión y Jurisprudencia*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 5/2007 (Estudio), Aranzadi S.A., Pamplona, 2007.
- FERRAJOLI, Carlo, *Representación y responsabilidad política*, Jueces por la democracia, Nº 60, Noviembre/2007, Madrid, 2007.
- FRISBY, David, *Fragmentos de la Modernidad, Teorías de la modernidad en la obra de Simmel, Kracauer y Benjamín*, Ed. Visor, Madrid 1992.
- GALÁN JUÁREZ, Mercedes, *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2005.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Los procesos civiles de protección del honor, la intimidad y la propia imagen*, Ed. Bosch, Barcelona.
- GARCÍA AVILÉS, José Alberto, *De la política al infotainment: temas predominantes en los informativos líderes de audiencia en la UE, Comunicación y Pluralismo* (Ed. Universidad Pontificia de Salamanca) núm. 3, año 2007.
- GARCÍA DE ENTRERRÍA, Eduardo, *La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad*, Revista de Administración Pública, Nº 20, Madrid, 1956.
- GARCÍA DE ENTRERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Tomo II (décima edición), Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.
- GARCÍA FERRER, Juan José, *El Político: Su honor y vida privada*, Edisofer S.L. Madrid 1998.
- GARCÍA GARCÍA, Clemente, *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Universidad de Murcia, Murcia, 2003.
- GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1992.
- GARCÍA MEXÍA, Pablo, *La ética en la Administración Pública*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 16, Núm. 48. Septiembre-Diciembre 1996.
- *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, Navarra, 2001.
 - *Ética, Gobierno y Administración en la España contemporánea*, en «El derecho a la buena Administración Pública», directores Rodríguez-Arana, Jaime; García Mexía, Pablo, Ed. Junta de Castilla y León, Escuela de Administración Pública de Castilla y León, España, 2008.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín, *La Responsabilidad Política*, en Claves de la Razón Práctica Nº 45, Ed. Progres, 1994.

- GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, Luís, editor, *Estudios sobre el Derecho a la intimidad*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1992.
- GARCÍA VALDERREY, Miguel, *El derecho de información como forma de participación ciudadana en la fase de elaboración de los instrumentos de planeamiento*, Práctica Urbanística, Nº 91, Sección Práctica Profesional, Marzo 2010, Editorial LA LEY.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Acerca del concepto de corrupción*, en *La Corrupción Política*, Laporta, Francisco y Alvarez, Silvina, Editores, Alianza Editorial, Madrid, 1997.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de las restricciones de los Derechos fundamentales*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional Núm. 16/2003 (Estudio), Editorial Aranzadi SA, Pamplona, 2003.
- GIL CREMADES, Rafael, *La imparcialidad en la función Pública*, Editorial Reus, Madrid, 2008.
- GOMÁ, Javier, *Ejemplaridad Pública*, Santillana Ediciones Generales SL, Madrid, 2009.
- GONZÁLEZ GARCÍA, José, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones*, coord. Moreno Quesada, B, Valencia, 2002.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio de Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Aranzadi, Navarra, 2009.
- *Corrupción, ética y moral en las Administraciones Públicas*, Civitas, Navarra, 2006.
- GRIMALT SERVERA, Pedro, *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.
- HABERMAS, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, 4ª edición, Ediciones G. Gili S.A., Barcelona 1994.
- HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Abelardo, *El honor, la intimidad y la imagen como derechos fundamentales*, Ed. Colex, Madrid, 2009.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Ficciones Jurídicas*, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 3, 1986.
- HERNÁNDEZ OLIVER, Blanca, *Administración responsable: control, dación de cuentas y evaluación periódica de la responsabilidad de la Administración*, en «El derecho a la buena Administración Pública», directores Rodríguez-Arana,

- Jaime; García Mexía, Pablo, Ed. Junta de Castilla y León, Escuela de Administración Pública de Castilla y León, España, 2008.
- HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, Dykinson, Madrid, 1998.
- HERRERO TEJEDOR, Fernando, *Honor, intimidad y propia imagen*, Ed. Colex, Madrid, 1990.
- *La intimidad como derecho fundamental*, Ed. Colex, Madrid, 1998.
- INNERARITY, Daniel, *El nuevo espacio público*, Espasa-Calpe, Madrid, 2006
- JALVO, Belén Marina, *El régimen disciplinario de los funcionarios público (fundamentos y regulación sustantiva)*, Lex Nova, 1999.
- JESCH, Dietrich, *Ley y administración*, Ed. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *Altos Cargos y Directivos Públicos –un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España-*, Instituto Vasco de Administraciones Públicas, Guipúzcoa, 1998.
- *¿Una nueva noción de responsabilidad política en el sistema constitucional español?*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 22, Núm. 66. Septiembre-Diciembre 2002.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, *Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: Un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Diario La Ley, 1988.
- JIMÉNEZ DE PARGA, *La corrupción en la democracia*, Claves de la Razón Práctica, 29, 1993.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Fernando, *¿Cruzados o Fariseos? La complejidad de los escándalos políticos*, Revista Claves de la Razón Práctica, Nº 45, 1994, Ed. Progreso.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos, *Democracia contra corrupción*, en Derechos, justicia y estado constitucional: un tributo a Miguel C. Miravet (coord. Miravet Bergón, Pablo; Añón Roig, María José), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- *La corrupción, una amenaza para la democracia*, Papers Lextra 3, [revista electrónica: www.lextra.uji.es/papers/], 2007.
- KANT, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, Alianza Editorial, Madrid 2000.
- *La Metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid, 1999.
- KUNDERA, Milan, *Los testamentos traicionados*, Tusquets Editores S.A., Barcelona, 1994.

- LABIO BERNAL, Aurora, *Periodismo de entretenimiento: la trivialización de la prensa de referencia, Estudios sobre el mensaje periodístico N° 14* (Ed. Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones), año 2008.
- LASAGABASTER HERRARTE, *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994.
- LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994.
- LÓPEZ GUERRA, Luís, *Funciones del Gobierno y dirección política*, Revista Documentación Administrativa, N° 215, julio-septiembre 1988, Madrid.
- LÓPEZ MESA, Marcelo J., *La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación*, Universitas, Bogotá (Colombia) N° 119: 189-222, Julio-diciembre de 2009.
- MADRID CONESA, Fulgencio, *Derecho a la Intimidad, informática y Estado de Derecho*, Universidad de Valencia, Valencia, 1984.
- MALEM SEÑA, Jorge F., *La Corrupción, Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Editorial Gedisa, España, 2002.
- MARÍAS, Javier, *Los enamoramientos*, Ed. Alfaguara, Madrid, 2001.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades*, Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Constitucionales, Núm. 130. Enero-abril 1993.
- *La participación en la Administración Pública –Principios y límites–*, en Méritos o Botín y otros retos jurídicos de la democracia, Colección Divulgación Jurídica, Aranzadi, 2000.
- MANIN, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, Alianza, Madrid, 1997.
- MARAVAL, José María, *El control de los políticos*, Taurus, Madrid, 2003.
- MARTÍN MORENO, José Luís; *Títulos de las leyes y homogeneidad*, Revista Española de la Función Consultiva, Núm. 6 (julio-diciembre 2006), Pág. 173. Se cita el dictamen 294/2004 del Consejo Consultivo de Andalucía.
- MARTÍNEZ BARGUEÑO, Manuel, *La gestión de los conflictos de intereses en el Servicio Público*, Ministerio de Administraciones Públicas, 2004.
- MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid 1996.
- *El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales*, Cuadernos de Derecho Público, Núm. 5, 1998

- *La protección Constitucional de la Intimidad frente a los Medios de Comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MELLADO, Francisco P. (ed.), *Enciclopedia Moderna, Diccionario Universal de literatura, ciencias, artes, agricultura, industria y comercio*, Tomo VI, Establecimiento Tipográfico de Mellado, Madrid, 1853.
- MESEGUER YEBRA, Joaquín, *Régimen de Conflicto de Intereses e Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración*, Ed. Bosch, Madrid, 2007.
- MIERES MIERES, Luís Javier, *Intimidad personal y familiar: prontuario de jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- MILL, John Stuart, *Gobierno representativo*.
- MORELL OCAÑA, Luís, *El estatuto de los miembros del Gobierno*, Revista Documentación Administrativa, octubre-diciembre 1980, Madrid.
- *El sistema de la confianza política en la administración pública*, Civitas, Madrid, 1994.
- MORESO I MATEOS, Josep Joan, *Lógica, Argumentación e Interpretación en el Derecho*, Editorial UOC, diciembre de 2006, Barcelona.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La libertad de prensa y procesos por difamación*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1998.
- NIETO, Alejandro, *La organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1984.
- *El desgobierno de lo público*, Ed. Ariel, Barcelona, 2008.
- NOVO ARBONA, Ainhoa, *Altos Cargos y Directivos Públicos en las Diputaciones Forales Vascas*, Revista Vasca de Administraciones Públicas Nº 58, 1, año 2000.
- O'CALLAGHAN, Xavier, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991.
- *Honor, intimidad y propia imagen en la Jurisprudencia de la Sala 1ª del TS*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ. Madrid, 1993.
- OCDE, *La ética en el servicio público*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1997.
- OECD, *Managings Conflicts of Interest in The Public Service*, París, 2004.
- Oficina anticorrupción (República Argentina), *Declaraciones juradas de funcionarios públicos –una herramienta para la prevención y control de la*

- corrupción, tecnología informática y gestión pública*-, 2ª edición actualizada, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2004.
- OLÍAS DE LIMA GETE, Blanca *Las Incompatibilidades de los Altos Cargos*, Revista Española de Derecho Administrativo, Núm. 40-41, enero-marzo 1984.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la Función Pública*, Régimen Jurídico de los Funcionarios públicos, Dykinson, Madrid, 2003.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *La participación en el Estado Social*, *Actualidad Administrativa*, Núm. 5, 1987
- PRATS I CATALÁ, Joan, *Administración pública y transición democrática*, Revista Pensamiento Iberoamericano, Núm. 5 b, 1984.
- PITKIN, Hanna Fenichel, *El concepto de representación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- PRADOS DE REYES, Francisco, *Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores*, Revista de Política Social, (Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), Núm. 127, 1980.
- PRIETO PÉREZ, Tomás, *La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción*, *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril (2009), Madrid.
- PUIG BRUTAU, José, *Estudios de derecho comparado: La doctrina de los propios actos*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1951.
- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel, *La garantía de los derechos de los trabajadores (inderogabilidad e indisponibilidad)*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2002.
- RAMS ALBESA, Joaquín; Moreno Martínez, Juan Antonio (coord), *El régimen económico del matrimonio*, Dykinson S.L., Madrid, 2005.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México 2000.
- REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *El Derecho fundamental a la intimidad*, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2005.
- RESCIGNO, Giuseppe Ugo, *La responsabilità politica*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1967.
- REVIRIEGO PICÓN, Fernando, *Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales: algunos aspectos sobre la intimidad en los centros*

- penitenciarios*, Publicación Especial, Editorial Aranzadi SA, Septiembre de 2006.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- ROGEL VIDE, Carlos, LÓPEZ MESA, Marcelo, *La doctrina de los propios actos*, Editorial Reus S.A. y Euros Editores, Argentina, 2005.
- ROMÁN MASEDO, Laura, *Política y Administración: Algunas notas sobre el origen y debate teórico*, en «El control político de la Administración», coordinador Jordi Matas, ICPS, Barcelona 2001.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La libertad de información frente a otros derechos en conflicto: honor, intimidad y presunción de inocencia*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000.
- ROSE-ACKERMAN, Rose, *La corrupción y los gobiernos, causas, consecuencias y reforma*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2001.
- ROVIRA SUEIRO, María E., *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la Propia imagen*, Cedecs Editorial SL, Barcelona, 1999.
- SABÁN GODOY, Alfonso, *El marco jurídico de la corrupción*, Civitas, Madrid, 1991.
- SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, *La participación como coadyuvante del Estado, social y democrático de Derecho*, Revista de Administración Pública, Núm. 119, 1989.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *El principio de participación en la Constitución española*, Revista de Administración Pública, Núm. 89, 1979.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Sobre el derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 5, Núm. 15, septiembre-diciembre 1985.
- *Gobierno y Administración: Una reflexión Preliminar*, Documentación Administrativa Nº 215 (julio-septiembre 1988), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1988.
- *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
- SANTOS VIJANDE, Jesús María, *La captación y difusión no consentidas de personas públicas en momentos de su vida privada*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 13/2004, Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 2004.
- THOMPSON, John B, *El escándalo político, poder y visibilidad en la era de los medios de comunicación*, Ed. Paidós, Barcelona, 2001

- VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés, *El principio general de los actos propios y su aplicación judicial en el ámbito laboral*, Relaciones Laborales Nº 10, Sección Doctrina, Quincena del 23 Mayo al 8 Jun. 2007, Año XXIII, tomo 1, Pág. 49 y ss., Editorial La Ley.
- VILLAVERDE, Ignacio, *Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de «proceso de comunicación pública»*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 23, Núm. 68, mayo-agosto 2003.
- VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa*, Tecnos-Universitat Pompeu Fabra, Madrid, 2000.
- *La corrupción política*, Editorial Síntesis, Madrid, 2006.
 - *Evaluación de las políticas y prácticas sobre los conflictos de intereses: un informe comparativo*, en Administración & Ciudadanía, Vol. 1, Núm. 1, Xunta de Galicia, Escuela Gallega de Administración Pública, 2006.
- WARREN, Samuel, BRANDEIS, Louis, *El Derecho a la Intimidad*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1995.
- WILL DURANT-Simon and Schuster, *La historia de la civilización*, Tomo III, «César y Cristo», New York, 1944.