

REGULACIÓ I INTEGRITAT PÚBLICA

L'experiència dels EUA i el model català

“Quant millor sigui la societat menys lleis tindrà. Al Cel no hi haurà lleis i el lleó jaurà al costat de l'ovella. A l'infern, només hi haurà lleis i el procediment legal serà seguit meticulosament”.

Grant Gilmore

Judith Gifreu i Font
Endrius Cocciolo
Octubre 2010

REGULACIÓ I INTEGRITAT PÚBLICA

L'experiència dels EUA i el model català

ÍNDIX

Capítol 1. REGULACIÓ I INTEGRITAT PÚBLICA

- 1.1. Introducció. Crisi, qüestió ètica i necessitat regular la integritat pública
- 1.2. Aproximació al concepte de regulació
- 1.3. La regulació de l'administració (*Regulation Inside Government*)

Capítol 2. LA REGULACIÓ EN MATÈRIA D'INTEGRITAT PÚBLICA ALS EUA. Orígens, evolució i característiques institucionals

- 2.1. Integritat i administració als EUA. Introducció. Els pares fundadors i les precaucions necessàries
- 2.2. Integritat i administració als EUA: dels orígens als escàndols de l'administració Harding
- 2.3. Integritat i construcció de l'Estat administratiu
- 2.4. La revolució kennediana i les bases de la regulació de l'ètica pública
- 2.5. El Watergate: el punt de no retorn en la regulació de l'ètica pública
- 2.6. De l'ètica salvatge dels anys vuitanta al moralisme de l'Administració de Bush

Capítol 3. LA LLEI CONTRA LA CORRUPCIÓ ORGANITZADA. La *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* de 1970

- 3.1. Introducció
- 3.2. Lliure configuració legal i sistema dual

- 3.3. Elements del delict
- 3.4. Requisits de la imputació
- 3.5. RICO i criminalitat d'empresa
- 3.6. Conductes imputables i empreses
 - 3.6.1. Inversió dels guanys procedents d'una activitat criminal organitzada
 - 3.6.2. Adquisició il·legal d'una participació en una empresa
 - 3.6.3. Gestió d'una empresa mitjançant actes criminals
 - 3.6.4. Conspiració
- 3.7. Corrupció pública i altres aplicacions recents de la RICO
 - 3.7.1. Els delictes comesos per les forces de Policia

Capítol 4. LA LLEI CONTRA LA CORRUPCIÓ GLOBAL. La *Foreign Corrupt Practice Act* de 1977

- 4.1. La *Foreign Corrupt Practice Act*. Introducció
- 4.2. La FCPA. Un enfocament històric
- 4.3. Els continguts
 - 4.3.1. Les normes sobre registres comptables i controls interns
 - 4.3.2. Les normes anticorrupció: els pagaments il·licits en la FCPA
 - 4.3.3. L'àmbit subjetivo de la FCPA
 - 4.3.4. Les excepcions i les causes de justificació
 - 4.3.5. Les sancions
- 4.4. Les corporacions sotmeses a la FCPA i les autoritats nord-americanes
- 4.5. Els procediments interns
 - 4.5.1. Les declaracions de política empresarial
 - 4.5.2. Els procediments comptables
 - 4.5.3. La formació del personal
 - 4.5.4. Les verificacions
 - 4.5.5. Altres procediments interns
- 4.6. Les accions empreses per les empreses: els controls sobre tercers
 - 4.6.1. Selecció de l'intermediari
 - 4.6.2. Contractes
 - 4.6.3. Controls i vigilància
- 4.7. Alguns casos
 - 4.7.1. El cas Dooley
 - 4.7.2. El cas Montedison
 - 4.7.3. El cas Adler

- 4.7.4. EL cas Saybolt
- 4.7.5. El cas Castle. La no aplicabilitat de la FCPA als càrrecs públics estrangers
- 4.7.6. La tendència a mitigar les penes. Els casos Bellsouth, IBM, Baker Hughes i Rothrock
- 4.7.7. El cas US vs Kay & Murphy: quan subornar a Hisenda no és delictes
- 4.8. La FCPA entre política criminal, unilateralitat i cooperació internacional

Capítol 5. LA REGULACIÓ FEDERAL DE LA INTEGRITAT PÚBLICA. L'*Ethics in Government Act* i els elements de la regulació

- 5.1. L'*Ethics in Government Act* de 1978: les seves idees nuclears
 - 5.1.1. La tramitació de la llei
 - 5.1.2. Els arguments dels dissidents en contra de la Llei
 - 5.1.2.1. La privacitat
 - 5.1.2.2. Les portes giratòries
 - 5.1.2.3. La contractació
 - 5.2. Els primers anys d'aplicació de la Llei
 - 5.2.1. Els continus desplegaments normatius
 - 5.3. Les característiques del sistema d'integritat pública als EUA. Delimitació de l'àmbit d'anàlisi
 - 5.3.1. Educació i formació
 - 5.3.2. Declaració financera
 - 5.3.3. Conflictes d'interessos
 - 5.3.4. Càrrecs públics i beneficis privats
 - 5.3.5. Representació dels ciutadans particulars
 - 5.3.6. Regals
 - 5.3.7. Ocupació pública i activitats externes
 - 5.3.8. Ingressos externs
 - 5.3.9. Abús d'ofici
 - 5.3.10. Activitats post-ocupació
 - 5.3.11. Altres límits a l'activitat d'empleats i càrrecs públics
 - 5.3.12. Període de refredament
 - 5.3.13. Àrees d'antiga responsabilitat
 - 5.3.14. Prohibició de personar-se
 - 5.3.15. Comerços, negociacions de tractats i assessorament de governs estrangers

- 5.3.16. Aparença d'actes deshonestos o de conflictes d'interessos
- 5.4. Solucions al conflicte d'interessos
 - 5.4.1. Dispenses (*waivers*)
 - 5.4.2. Abstenció (*disqualification*)
 - 5.4.3. Desinversió o desposseïció (*divestiture*)
 - 5.4.4. *Blind Trust* i *Diversified Trust*
- 5.5. Els sentinelles de la integritat: agències, administracions i òrgans del sistema ètic nord-americà
 - 5.5.1. *Federal Bureau of Investigation* (FBI) i *Public Integrity Section* del Departament de Justícia
 - 5.5.2. *Office of Government Ethics* (OGE)
 - 5.5.3. Assessor legal del President
 - 5.5.4. Fiscals Independents (*Independent Counsels*)
- 5.6. Altres lleis anticorruptió aprovades fins el 2000
- 5.7. El desafiament ètic d'Obama: l'Executiu Order 13490, de 21 de gener de 2009

Capítol 6. LA REGULACIÓ ESTATAL DE LA INTEGRITAT PÚBLICA. El model de Califòrnia i la Fair Political Practices Commission

- 6.1. La regulació de la integritat als estats
- 6.2. La regulació de la integritat a Califòrnia: la *Political Reform Act* de 1974 i la *Fair Political Practices Commission*
 - 6.2.1. La regulació i la gestió dels conflictes d'interessos a Califòrnia

Capítol 7. EL CONTROL EXTERN DE L'ACTIVITAT DEL SECTOR PÚBLIC A CATALUNYA: L'OFICINA ANTIFRAU DE CATALUNYA

- 7.1. Introducció
- 7.2. Una alternativa als òrgans de control existents o un exemple de duplicitat de les funcions fiscalitzadores?
 - 7.2.1. L'ombudsman parlamentari: el Defensor del Poble i el Síndic de Greuges
 - 7.2.2. El Tribunal de Comptes i la Sindicatura de Comptes
- 7.3. L'OAC
 - 7.3.1. Naturalesa jurídica i designació parlamentària de l'òrgan directiu

- 7.3.2. Relacions amb el Parlament
- 7.3.3. Àmbit competencial
- 7.3.4. Estructura organitzativa
- 7.3.5. Actuacions procedimentals
- 7.4. Competitivitat entre administracions

Capítol 8. LA REGULACIÓ I GESTIÓ DELS CONFLICTOS D'INTERESSOS A CATALUNYA

- 8.1. Introducció. Teoria de la captura, conflictes d'interessos i marc normatiu
- 8.2. Les incompatibilitats
 - 8.2.1. Els règims d'incompatibilitats: la dualitat entre càrrecs i treballadors públics
 - 8.2.2. Les incompatibilitats dels membres de la corporació local. Primera aproximació
- 8.3. L'impuls regulatori: de l'ètica pública nacional a la local
 - 8.3.1. La regulació dels conflictes d'interès
- 8.4. El nou "estatut de la integritat" dels membres i directius de les corporacions locals entre (poques) llums i (moltes) ombres
- 8.5. El règim d'incompatibilitats dels alts càrrecs al servei de la Generalitat

Capítol 9. Conclusions

- 9.1. La integritat pública com a àmbit de regulació
- 9.2. La necessitat de regular la integritat
- 9.3. L'experiència americana, la legalització de l'ètica pública i els seus límits
- 9.4. El sistema català: entre la innovació i les incoherències

Capítol 1

REGULACIÓ I INTEGRITAT PÚBLICA

1.1. Introducció. Crisi, qüestió ètica i necessitat regular la integritat pública

Estem vivint una de les més grans crisis economicofinanceres¹ de la història, certament la més greu de la zona euro. Al mateix temps, gairebé diàriament, es descobreixen repetits casos de corrupció en tots els nivells, tant en les esferes públiques com en les privades. Davant d'aquesta situació, la "qüestió ètica", en la seva dimensió pública i privada, representa un dels temes fonamentals a tractar pel dret i la regulació del segle XXI.²

En efecte, encara que sigui necessària una reflexió molt més àmplia, també des d'altres disciplines, finalment és en el món del dret, en general, i del dret administratiu, en particular, on trobem el conjunt d'incentius i desincentius destinats a garantir el funcionament correcte dels mercats, dels sectors econòmics i de la rectitud de les conductes dels actors implicats, així com els elements determinants del control, de la supervisió i de les garanties dirigides a assegurar el servei als interessos generals³. Justament, ha estat observat que "el fi de l'ètica pública és l'actuació al servei de la col·lectivitat i, per tant, la conducta imparcial, objectiva i íntegra dels funcionaris en la gestió dels afers públics".⁴

¹ Reinhart, C.M., Rogoff, K.S., "The Aftermath of Financial Crises", Working Paper 14656, National Bureau of Economic Research, <http://www.nber.org/papers/w14656>, 2009; Gorton, G.B., "Questions and Answers About the Financial Crisis", NBER Working Paper Núm. w15787, Yale School of Management - National Bureau of Economic Research, 2010.

² Picado, S., "Ética pública y corrupción" a AA.VV., *El derecho público a comienzos del siglo XXI*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, III, p. 3377 i ss.

³ Rivero Ortega, R., "Instituciones administrativas, desarrollo y control de la corrupción. El caso colombiano", UIM, 2006, pp. 24-25.

⁴ Rodríguez-Arana Muñoz, J., *Principios de ética pública. ¿Corrupción o servicio?*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993, pp. 9-12.

No obstant això, davant l'expansió del "turbocapitalisme"⁵ i de les seves conseqüències perverses, en el món jurídic no s'ha, des del principi, respost amb una reacció contrària, sinó amb la desregulació; en l'esfera del dret públic s'ha produït el fenomen denominat "fugida" del dret administratiu⁶. Malgrat això i paradoxalment, just al si de la *deregulation* han anat desenvolupant-se noves fórmules d'intervenció pública, de tal manera que la "crisi de l'Estat"⁷ no ha donat lloc a un desarmament dels poders públics, sinó al revés, ha generat un nou paradigma d'Estat i de dret: el sistema d'"Estat regulador"⁸ i de dret regulador⁹. Aquests nous mecanismes d'intervenció, dirigits en general a garantir la "seguretat humana"¹⁰ en els seus diversos components (seguretat econòmica, alimentària, en la salut, ambiental, personal, de la comunitat i política) vénen acompanyats per noves i creixents regulacions de tipus sociolaborals, industrials, mediambientals i climàtiques, biomèdiques, economicofinanceres, etc. Això implica que les administracions i organismes públics han anat assumint cada vegada més àmplies funcions d'ordenació, supervisió i control, però a aquesta expansió del públic no ha correspost un esforç regulador igualment intens dirigit cap a la pròpia Administració. Aquesta situació pot

⁵ Sobre aquest fenomen, caracteritzat pel desig d'emancipació de restriccions fiscals, intransigència sindical, interferència governamental i totes les demás restriccions alienes al lliure moviment del capital a la recerca de benefici, vid. Luttwak, E., *Turbocapitalismo. Turbocapitalismo. Quienes ganan y quienes pierden en la globalización*, Editorial Crítica, 2000; en paraules de l'autor: "L'anomenen mercat lliure però el que volen dir és: empreses privades sense control del govern, sense traves dels sindicats, sense preocupacions per la sort dels empleats, sense restriccions de cap tipus, i pagant tan pocs impostos com sigui possible. L'anomenen mercat lliure, però jo l'anomeno turbocapitalisme".

⁶ La temàtica ha estat tractada per molts estudiosos i hi ha àmplies fonts bibliogràfiques, entre elles assenyalem: Martín-Retortillo Baquer, S., "Reflexiones sobre la "huida" del derecho administrativo", a *Revista de Administración Pública*, núm. 140, 1996, pp. 25-68; Desdentado Daroca, E., *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, 1999; Del Saz Cordero, S., "La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas", a *Revista de Administración Pública*, núm. 133, 1994, pp. 57-98.

⁷ Cassese, S., *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma, 2002.

⁸ Majone, G., La Spina, A., *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000.

⁹ Sobre la gradual evolució del dret administratiu a dret administratiu de la regulació, vid. Ballbé, M., "El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización", a *Revista de Administración Pública*, núm. 164, 2007, pp. 215-276.

¹⁰ Aquesta expressió va ser utilitzada en l'informe de 1994 realitzat pel Programa de les Nacions Unides Per Al Desplegament (PNUD) que adopta un concepte humanocèntric de la seguretat que es refereix, en el seu sentit més bàsic, a la vida i la salut de les persones; sobre aquest tema vid. Fernández Pereira, J.P., *La seguridad humana*, Ariel, Barcelona, 2006.

haver ocorregut no per la inexistència d' "*institutions of constraint*"¹¹, sinó perquè no s'ha "administrat" i regulat adequadament la integritat del sector públic. Entenem per integritat un concepte ampli (que pot coincidir amb la idea d'ètica pública) que comprèn la promoció i la garantia de la lleialtat institucional, l'ús racional i econòmic dels recursos públics, la determinació dels criteris d'imparcialitat i objectivitat en l'actuació pública i la seva tutela, l'efectiu establiment dels criteris de mèrit i capacitat com a requisits per accedir a la funció pública, la prevenció i la denúncia de la corrupció, la recerca constant dels interessos generals, la promoció d'un alt estàndard de formació professional¹². Si no hi ha integritat no pot haver-hi bona administració ni bon govern; és a dir, aquell govern que, des de la fidelitat i el respecte a la normativa constitucional, elegit democràticament després de l'expressió honesta de la seva concepció del que entén com a positiu per al seu territori i societat, executa de forma eficaç, eficient i responsable el seu programa, per a la consecució dels interessos generals.¹³

Quan es parla d'integritat, ètica, corrupció, les anàlisis han distingit els aspectes normatius (*moral behavior*) dels aspectes tècnics, institucionals i econòmics.¹⁴ Considerem que la segregació de les qüestions normatives és una de les claus de la debilitat dels sistemes, perquè parteix de la consideració que els afers ètics es queden d'alguna manera extramurs dels factors institucionals, com si es tractés d'afers gairebé exclusivament personals. No obstant això és possible una regulació de la integritat pública, dit d'una altra manera, és possible i és necessari introduir la dimensió normativa dins l'RIG. Això implica una estratègia de desplegament d'una sèrie d'instruments, tècniques i institucions de control de l'administració en el marc de l'anomenat "*regulatory State*".¹⁵

¹¹ Vid. Ponce, J., "Good Administration and Administrative Procedures" a *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 12, issue 2, 2005, pp. 551-58.

¹² Rodríguez-Arana Muñoz, J., *Principios...*, op. cit, pp. 17-18.

¹³ Villoria Mendieta, M., *Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 72.

¹⁴ Bukovansky, M., "Corruption is bad: Normative dimensions of the anti-corruption movement", *Working Papers 2002/5*, Department of International Relations, Australian National University, 2002.

¹⁵ Majone, G., "The Rise of the Regulatory State...", op. cit.; Laughlin, M., Scott, C., "The Regulatory State...", op. cit., Moran, M., "The Rise of the Regulatory State...", op. cit.

Els ordenaments europeus, i entre ells sobretot els continentals, s'han caracteritzat per donar una resposta fonamentalment penal als problemes de *maladministration*. A això cal afegir que la classe política durant molt temps (i en certs casos, encara avui) ha mantingut una "tendència rousseauiana" a considerar que qui ha estat elegit, per ser dipositari de la confiança popular, està exempt d'altres controls distints dels controls dels electors. Al revés, la garantia dels interessos públics en l'esfera política i governamental suposa l'elaboració d'un sistema de normes que reguli i controli les eleccions, les campanyes electorals, els requisits i els interessos dels candidats i dels elegits, etc. És a dir que la democràcia no s'exhaureix en els mecanismes electorals, necessita mecanismes que assegurin el pluralisme, el *check and balance* institucional, així com el control i la prevenció dels abusos. Amb aquesta finalitat les democràcies modernes han creat una sèrie d'"institutions of constraint": tribunals de comptes, Ombudsman, comissió per als drets humans, comissions electorals, autoritats de regulació de les mitjans de comunicació, agències anticorrupció, etc.

La idea central és que l'ètica del sector públic ha de ser regulada. En efecte, en aquesta matèria és necessària una activitat de supervisió (per exemple sobre les declaracions dels polítics o dels funcionaris), d'interpretació i assessorament (sobre les disposicions contingudes en els codis de conducta o dels dilemes ètics) i de formació-sensibilització que no pot exercir-se pels tribunals i els jutges, sinó que és competència d'organismes públics de regulació.¹⁶

1.2. Aproximació al concepte de regulació

Abans d'aproximar-nos al cos d'aquest treball és necessari apuntar dues consideracions prèvies: en primer lloc, els teòrics del "regulatory state"¹⁷

¹⁶ Es tracta dels organismes que Mattarella defineix com "organització administrativa de l'honestedat", vid. Matarrella, B.G., *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 71.

¹⁷ Majone, G., "The Rise of the Regulatory State in Europe" a *West European Politics*, vol. 17, 3, 1994, pp. 77-101; La Spina, A., Majone, G., *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2001; Laughlin, M., Scott, C., "The Regulatory State", in Dunleavy et al. (Eds.), *Developments in British Politics 5*, Macmillan, London, 1997, pp. 205-219; Moran, M., "The Rise of the Regulatory State in Britain, in *Political Studies*, vol. 54, 1, pp. 19-34.

consideren que l'edat contemporània es caracteritza per l'actuació dels poders públics mitjançant l'ús d'*authority, rules, standard-setting*, etc. A aquest fenomen correspon el declivi de l'estat-empresari o prestador directe de serveis. Per aquesta raó, hi ha una molt àmplia literatura científica, l'anàlisi de la qual se centra en la *regulation of business* i en la regulació dels sectors en els quals operen empreses d'interès econòmic general. Des d'aquesta perspectiva, a la funció de regulació ha d'assegurar una "ordenada continuïtat entre els fets i el dret", en el sentit manifestat pel Consell d'Estat francès, segons el qual:

"competeix a l'autoritat de regulació fer que evolucionin amb continuïtat les normes que aplica per facilitar el seguiment de l'evolució de les conductes o la creativitat dels operadors i que paral·lelament l'autoritat deu constantment paralitzar les conductes desviades o susceptibles d'alterar els equilibris del sistema i, encara més, si possible, prevenir-les".¹⁸

En segon lloc, cal observar que les autoritats de regulació són un producte de la globalització¹⁹ alhora que desenvolupen un paper essencial en la *governance* de la pròpia globalització²⁰. En efecte, els sistemes reguladors globals²¹ estan molt difosos: comerç, finances, navegació marítima i aèria, agricultura, alimentació, correus, telecomunicacions, energia, propietat intel·lectual, són només alguns dels sectors afectats per aquesta classe transnacional d'ordenació, control i resolució de controvèrsies.

No obstant això, en relació amb la primera consideració, els estudiosos han posat de manifest que l'esmentada regulació de sectors econòmics, duta a terme pels poders públics (principalment, mitjançant autoritats independents) o subjectes privats (*self regulation*)²² representa, no obstant

¹⁸ Conseil d'État, Rapport 2001.

¹⁹ Ballbé, M., "El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización", a *Revista de Administración Pública*, núm. 174, 2007, pp. 215-276. Cassese, S., *La globalización jurídica*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006.

²⁰ Longobardi, N., "Le autorità amministrative indipendenti nel diritto globale", in http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/site/_contentfiles/00016300/16320_Le%20autorit%C3%A0%20amm.ve%20indip.%20nel%20diritto%20globale_longobardi.pdf

²¹ Cassese, S., "Il diritto amministrativo globale: una introduzione", in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 2, 2005, pp.331-357.

²² Bartle, I., Vass, P., "Self-Regulation within the Regulatory State: Towards a New Regulatory Paradigm?", in *Public Administration*, vol. 85, núm. 4, 2007, pp. 885-905.

això, només una visió parcial del fenomen "regulació". També es va poder parlar de regulació de l'aparell públic, atès que hi ha una important activitat de "Regulation-Inside-Government" (RIG)²³, és a dir una activitat el contingut de la qual és el que ha assenyalat el Consell d'Estat francès: assegurar la correspondència de les actuacions públiques al dret, prevenir les desviacions de poder, detectar i detenir les conductes desviades. Amb la condició que la funció de regulació vingui desenvolupada per organismes dotats d'autonomia o independència.

1.3. La regulació de l'administració (*Regulation Inside Government*)

El vessant de la regulació que ens ocupa, relativa als processos de regulació interns al sector públic, ha estat menys estudiada que la regulació dels mercats. Els estudiosos que han destacat la rellevància del fenomen apunten que "the Word regulation in not generally used to denote the various ways in which public organizations are shaped by rules and standards emanating from arm's-length authorities"²⁴. La "regulació reflexiva" que exerceixen aquestes organitzacions s'inscriu plenament en la funció de control (*oversight*)²⁵ i ostenta un valor constitucional.²⁶

Les qüestions inherents a l'RIG afecten el nucli dur de la teoria democràtica, "where a central concern is show to secure that those in power remain faithful to the mandate given them by the electorate and ensure that they keep within the rules of the game".²⁷

En les democràcies modernes el control del govern es duu a terme mitjançant dues classes de mecanismes: la primera comprèn els mecanismes de "vertical accountability", en què "el poble" directament

²³ Hood, C. et al., *Regulation Inside Government. Waste Watchers, Quality Police, and Sleaze-busters*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 4; Harden, I., "Regulating Government", in *The Political Quarterly*, Vol. 66, Issue 4, october 1995, pp. 299-306.

²⁴ Hood, C. et al., *Regulation Inside Government. Waste Watchers, Quality Police, and Sleaze-busters*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 4.

²⁵ Harden, I., "Regulating Government", in *The Political Quarterly*, Vol. 66, Issue 4, october 1995, pp. 299-306.

²⁶ Scoot, C., "Accountability in the Regulatory State", in *Journal of Law and Society*, Vol. 27, Issue 1, March 2000, pp. 38-60.

²⁷ Mulgan, R., *Holding power to account: accountability in modern democracies*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2003.

elegeix o castiga els seus representants; la segona engloba, en canvi, els mecanismes de "*horitzontal accountability*" que es dirigeixen a la supervisió i control dels càrrecs públics mitjançant la creació d'un *set-up* institucional en què les institucions es controlen recíprocament. Aquests mecanismes no s'exhaureixen en el principi tradicional de la separació de poders, ja que en els estats moderns es registra un floriment d' "*institutions of accountability and/or institutions of constraint*" –paral·lel però diferent dels reguladors d'empreses i mercats– que de forma reflexiva responen a diferents funcions: assegurar la "economic accountability", consolidar la "accountability for rights" o garantir la integritat del sector públic. Existeix per tant un "regulatory State within the State".

Perquè pugui parlar-se pròpiament de RIG, és necessari que es compleixin els següents tres requisits:²⁸

- *One bureaucracy aims to shape the activities of another;*
- *There is some degree of organizational separation between the "regulating" bureaucracy and the "regulatee";*
- *The "regulator" has some kind of official mandate to scrutinize the behavior of the "regulatee" and seek to change it.*

Les raons que justifiquen la delegació de l'autoritat pública en uns reguladors independents, són les mateixes tant en el cas de la regulació econòmica com en l'RIG:

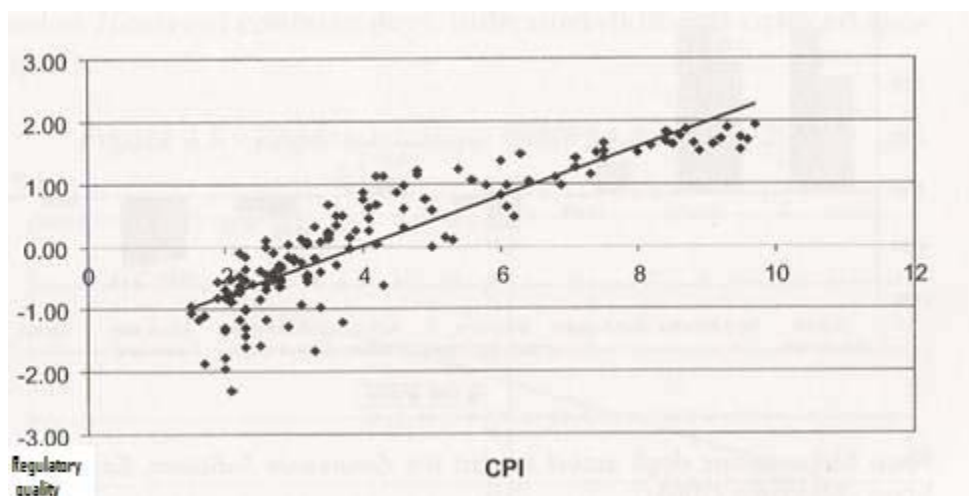
- *Increasing policy credibility through independence;*
- *Enhancing policy efficiency through expertise.*²⁹

D'altra banda, pot dir-se que el fenomen de la corrupció pública és la manifestació d'un error de regulació. Aquesta afirmació queda demostrada si es posen en relació la qualitat de la regulació amb els índexs de corrupció. La qualitat de la regulació depèn d'un conjunt de factors que determinen les formes i els principis que inspiren les normes o regles internes d'un país. Així mateix, la qualitat de la regulació reflecteix el

²⁸ Hood, C. et al., *Regulation Inside Government. Waste Watchers, Quality Police, and Sleaze-busters*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 8;

²⁹ Mayone, G., *Regulating Europe*, Routledge, London, New York, 1996; Mayone, G., "Two Logics of Delegation: Agency and Fiduciary Relations in EU Governance", in *European Union Politics*, 2, 2001.

conjunt de les característiques que defineixen les pròpies institucions de l'Estat i, malgrat que els dos conceptes no coincideixin, es pot observar que institucions de baixa qualitat tendeixen a l'elaboració de regles o normes de baixa qualitat. La corrupció pública es genera aquí on hi ha disfuncions organitzatives i en sectors econòmics en què es mouen ingents capitals i/o intervenen discrecionalment els poders públics. D'aquestes dues consideracions s'intueix el sentit de la relació *maladministration/bad regulation*, que ha estat detectada pels estudiosos del dret³⁰, de la ciència política i pels economistes. Aquests últims, amb la finalitat de quantificar les característiques qualitatives de la regulació a nivell mundial, han pres en consideració l'indicador de qualitat de la regulació (*regulatory quality*)³¹ que representa de manera àmplia la regulació interna de cada país. Els valors d'aquest índex han estat relacionats amb aquells continguts en el Corruption Perception Index (CPI)³² elaborat per Transparency International, on els resultats posen de manifest que, en l'àmbit mundial, bons nivells de regulació (qualitat de la regulació) s'associen a baixos nivells de corrupció (alts nivells de CPI):



³⁰ En aquest sentit Rivero Ortega afirma: «la prevenció de la corrupció serà, en gran manera, una qüestió de Dret Administratiu, una qüestió d'institucions juridicoadministratives», vid. Rivero Ortega, R., *Instituciones administrativas, desarrollo y control de la corrupción. El caso colombiano*, UIM, 2006, p. 24-25.

³¹ Kauffman, D., Kraay, A., Mastruzzi, M., *Governance matters III: governance indicators for 1996-2002*, The World Bank, Washington DC, 2004.

³² Per a reafirmar la relació, cal observar que les dades presenten un mínim grau de dispersió al voltant de la línia de tendència general. Vid. ARNONE, M., LIOPULOS, E., *La corruzione costa*, Vita e Pensiero, Milano, 2005, p. 115.

La corrupció pública prospera gràcies a les disfuncions regulatòries entre l'esfera pública i els sectors privats, en aquest treball la nostra reflexió s'ha centrat en el costat menys conegut –però no menys ampli ni menys important– de la regulació, la que es dirigeix a l'interior de les pròpies estructures, i cap als polítics i les burocràcies governamentals. No obstant això, és necessari deixar clar que el plantejament d'aquest treball no suposa considerar la corrupció pública com un problema merament intern a l'administració, ni que la millor perspectiva d'estudi és la que es limita a analitzar les autoritats o els funcionaris públics; al revés, pensem que la corrupció és una externalitat negativa de les “relacions perilloses” entre públic i privat, que imposa l'elaboració d'una política pública de reducció del fenomen, i que les components d'aquesta política comprenen, entre d'altres, la regulació, bé en la seva dimensió de regulació de sectors econòmics i/o socials, bé en la seva dimensió reflexiva (*inside government*). En aquesta última dimensió per aconseguir resultats efectius és necessària una *good regulation* que tingui entre els seus pilars la “regulació de la integritat”.

L'aprovació per part del Parlament català de la llei 14/2008 mitjançant la que s'institueix l'Oficina Antifrau, ha situat Catalunya a l'avantguarda dels països europeus en el que hem denominat regulació i gestió de la integritat pública. Jutjar el nou model català després de poc més d'un any d'activitat de l'Oficina és un exercici prematur, encara que és necessari comentar la seva normativa de creació, que no ha estat exempta de controvèrsies i que, al revés, ha estat el blanc de moltes crítiques per la relació que podria tenir amb altres organismes de control del sector públic. Però considerem que per entendre les potencialitats i els riscos del nostre sistema és necessari dirigir la mirada cap a altres ordenaments que tenen una dilatada experiència en aquesta matèria. Així doncs, hem estudiat el sistema federal i estatal nord-americà de regulació de la integritat pública que acumula més de trenta anys d'experiència.

Capítol 2

LA REGULACIÓ EN MATÈRIA D'INTEGRITAT PÚBLICA ALS EUA Orígens, evolució i característiques institucionals

"If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary".³³

James Madison, *The Federalist* #51, 1788.

2.1. Integritat i administració als EUA. Introducció. Els pares fundadors i les precaucions necessàries

Aquest capítol constitueix una introducció a l'estudi de la regulació de l'ètica pública a Nord-americana, des dels seus orígens fins a la normativa més recent sobre obligacions ètiques adoptada pel President Obama. El nostre objectiu és analitzar el marc constitucional i administratiu i la seva evolució normativa, observant diacrònicament alguns successos destacats que han marcat la història institucional dels EUA.

El coneixement de les institucions i de la legislació nord-americana és indispensable per entendre la nova dimensió reguladora de l'ètica pública que s'està implantant en l'àmbit internacional, regional i estatal. Evidenciarem l'experiència i el nivell de desenvolupament d'aquestes institucions i regulacions ètiques tenint en compte que, més enllà del nostre àmbit d'investigació, el sistema nord-americà constitueix un referent en què

³³ "Si els homes fossim àngels, no hi hauria necessitat d'un govern. Si els àngels governessin els homes, els controls interns i externs al govern no serien necessaris".

s'inspiren conscientment o inconscient altres ordenaments jurídics. Es tracta d'una dada incontrovertible en termes generals, sobretot si es considera que aquest sistema s'ha erigit com a paradigma; tant, que des d'una perspectiva jurídica, parlar de globalització suposa parlar de l' "americanització del dret".³⁴

Els pares fundadors creien que un govern democràtic necessitava líders dotats d'una moral impecable i sòlides credencials ètiques.³⁵ En aquest sentit, Pertici ha observat que als EUA "sempre hi ha hagut una atenció especial envers l'ètica pública que procedeix directament de la idea dels *founding fathers*, segons la qual l'ésser humà és '*an atom of self-interest*' i que per aquesta raó, abans que creure en ell és preferible instituir un ordenament per controlar-lo".³⁶ És clara la influència de la filosofia hobbesiana en aquesta visió de l'home que tenien els "*Framers*".³⁷ Això es fa evident en escrits tan destacats com els *Federalist Papers*. En el *Federalist Paper #6*, Alexander Hamilton considerava que, a l'hora d'instituir un govern, no cal oblidar que "els homes són ambiciosos, venjatius i insaciables". En la mateixa línia, James Madison afirmava en el *Federalist Paper #51* que:

"En concebre un govern que ha de ser gestionat per homes per als homes, la major dificultat resideix en el fet següent: primer has de deixar que el govern controli els governats i després obligar-lo que es controli a si mateix. La dependència del poble és, sens dubte, el principal mecanisme de control sobre el govern; no obstant això, l'experiència ens mostra la necessitat prendre precaucions addicionals".

Que les preocupacions ètiques van ser molt tingudes en compte pels membres de la Convenció de Filadèlfia que van redactar la Constitució de 1787 es reflecteix en la redacció de l'article II, 4a secció, on es fa esment dels crims de suborn i traïció:

³⁴ Ballbé, M., "El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización" a *Revista de Administración Pública*, núm. 174, 2007, pp. 215-276.

³⁵ Vid. Gawthrop, L.C., *Public Service and Democracy, Ethical Imperatives for the 21st Century*, Chappaqua, NI, Chatam House Publisher, 1998.

³⁶ Pertici, A., *Il conflitto di interessi*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 20.

³⁷ Amb la paraula "*Framers*" s'indiquen els "*Founding Fathers*" dels EUA.

*"The President, Vice President and all civil Officers of the United States, shall be removed from 'Office' on Impeachment for, and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanours".*³⁸

Davant dels casos de "*maladministration*"³⁹ que s'han conegut al llarg de la història dels EUA, s'ha reaccionat amb l'adopció de normes ètiques cada vegada més estrictes; s'han pres, doncs, les precaucions necessàries de què parlava Hamilton. De manera que l'actual bon nivell d'integritat de les institucions nord-americanes⁴⁰ no es deu només al nivell econòmic del país sinó que depèn del seu desenvolupament institucional global. Així que l'anomenada "Llei de Miller" sobre la corrupció ha de ser matisada i entendre's en el sentit que, perquè hi hagi més riquesa i menys corrupció⁴¹, ha de garantir-se la integritat i la qualitat de les institucions públiques.

En tot cas, també a Amèrica del Nord, l'estimació del nivell d'integritat és una qüestió complexa, per això les enquestes es refereixen a la "corrupció percebuda" i no a la real. Anechiarico i Jacobs van posar de manifest en el seu estudi sobre corrupció a *New York* que determinar si la corrupció pública ha augmentat amb el pas del temps és difícil per diverses raons:

"Primer, les accions corruptes, tals com el suborn, rarament són denunciades a les autoritats o als investigadors. Segon, no hi ha estadístiques sobre el nombre d'actes corruptes perpetrats per

³⁸ CEUA Art. II, 4a secció: "El President, el Vicepresident i tots els funcionaris civils dels Estats Units seran separats dels seus llocs en ser acusats i declarats culpables de traïció, suborn o altres delictes i faltes greus".

³⁹ "Maladministration" és un terme que en l'ordenament nord-americà indica en sentit ampli els supòsits de corrupció en l'Administració pública, vid. Cassese, S., "'Maladministration' e rimedi", a *Foro italiano*, V, 1992, p. 246.

⁴⁰ Els EUA ocupen, en l'Índex de Percepció de la Corrupció 2009 elaborat per Transparència Internacional, el lloc número 19 de 180 amb una nota de 7.5 sobre 10.

⁴¹ Segons l'anomenada Llei de Miller sobre la Corrupció (*Miller's Law of Corruption*), "L'índex de corrupció d'un govern és inversament proporcional a l'estat de desenvolupament de la nació". En termes generals Miller està dient que un país subdesenvolupat és més propens a ser corrupte que un país desenvolupat. Perquè un país creixi i creï riquesa sempre hi ha un grau de corrupció però a mesura que el país continua creixent i creant riquesa la corrupció hauria de desaparèixer darrere de la seguretat política i econòmica; vid. Miller, N., *Stealing from Amèrica: A History of Corruption from Jamestown to Reagan*, Pagan House, New York, 1992, citat per Johnstone, P. – Brown, G., *International Controls of Corruption: Recent Responses from the USA and UK*, a *Journal of Financial Crime*, vol. 11, núm. 3, 2004, p. 218.

funcionaris públics o el percentatge d'accions o decisions esquitxades per la corrupció pública. Tercer, la definició de corrupció ha canviat al llarg del temps, de manera que ara s'inclouen més formes de corrupció pública i privada. Ja que mai no s'ha calculat, ni tampoc s'ha estimat un índex de corrupció, resulta impossible determinar si certes campanyes i controls anticorrupció han aconseguit reduir-la".⁴²

Així mateix, un problema afegit és el de la correspondència entre els valors i les lleis. Certes pràctiques, que van ser molt comunes (i legals), portarien ara als subjectes responsables directament als tribunals. Allò que alguna vegada fou considerat com una conducta acceptable avui es consideraria suborn. Els "*dollar-a-year men*"⁴³ van organitzar gran part de les mobilitzacions de la Primera Guerra Mundial, però en l'actualitat, les regulacions sobre conflictes d'interessos prohibirien l'activitat política a aquests personatges. Com va apuntar Suzanne Garment en el seu estudi sobre escàndols polítics contemporanis:

"Gran part de l'activitat que està en l'origen d'un escàndol depèn de sensibilitats ètiques portades a la seva màxima expressió i d'un rebuig envers el que abans van ser pràctiques acceptades en la política nord-americana. Per exemple, les campanyes polítiques d'avui en dia potser no semblen, als ulls de la modernitat, prou atractives èticament; no obstant això, els mètodes per augmentar els fons són avui molt més honestos que durant aquells dies en què es passaven els diners per sota la taula o es compraven els congressistes en secret. De la mateixa manera, quan mirem la llista d'escàndols polítics recents en què s'han vist implicats càrrecs de l'executiu, podem observar ràpidament que molts d'ells són responsables de conductes delictives que mai s'haguessin incriminat en altres moments de la nostra història política o que no s'haguessin considerat dignes d'un seguiment prolongat i seriós".⁴⁴

¹⁰Anechiarico, F., – Jacobs, J.B., *The Pursuit of Absolute Integrity: How Corruption Control Makes Government Ineffective*, University of Chicago Press, 1998, p. XIV.

⁴³ Literalment "homes d'un dòlar l'any". Industrials i empresaris nord-americans que durant la Primera Guerra Mundial van servir patriòticament a Washington com a consellers sense rebre res a canvi.

⁴⁴ Garment, S., *Scandal: The Crisis of Mistrust in American Politics*, Times Books, 1991, p. 6, citat a _MacKenzie, G.C., *Scandal Proof: Do Ethics Laws Make Government Ethical*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2002, p. 7.

També hi ha el problema de les “múltiples finestres”. L'aparent èxit d'una organització que aconseguix reduir una pauta de comportament pot ser degut al fet que no es reconeix que s'estan desenvolupant per altres vies accions similars. Per exemple: en altres temps, un subjecte que intentés influenciar una decisió de l'administració sobre un contracte podria haver ofert un suborn a la persona responsable de l'adjudicació. Avui, en fer front a més i millors normes contra el suborn, el subjecte dedicaria la seva atenció a contribuir en les campanyes electorals com a forma d'influir en les decisions públiques. Mentre que les velles formes de corrupció han minvat, en floreixen, això no obstant, unes altres de noves i més sofisticades.

2.2. Integritat i administració als EUA: dels orígens als escàndols de l'administració Harding

Malgrat les creences i els valors ètics dels pares fundadors, aviat es van evidenciar casos de *maladministration* als EUA. Entre aquests es pot portar a col·lació el cas del Secretari de la Guerra Henry Knox qui el 1791, en l'intent de sanejar els seus deutes, es va involucrar en operacions especulatives sobre alguns sòls a Maine que van acabar als tribunals. Quan els amics de Knox acudiren a rescatar-lo, aquest els va recompensar recomanant-los per a certs càrrecs públics.⁴⁵ També pot citar-se el que va succeir a l'Estat de Geòrgia, quan el 1794 el Legislatiu va vendre uns terrenys al preu poc rendible d'1,5 cèntims per acre. Després, entre finals del segle XIX i començaments del XX sembla que la majoria de les activitats polítiques van quedar desacreditades per algun cas de corrupció. En aquest sentit, l'historiador Ernest Griffin va arribar a dir que entre 1870 i 1900, Newark va ser l'única ciutat que es podia considerar mitjanament honrada, i de Nova Anglaterra només Cambridge, Worcester i Springfield podien presumir del mateix elogi.⁴⁶

Segons Mackenzie, durant un llarg període de la història dels EUA, el govern va funcionar com una enorme agència d'ocupació per als partits polítics els candidats de la qual es convertien en presidents. Un sistema polític

⁴⁵ Menzel, D., *Ethics 'Management' for Public Administration*, Sharpe, New York, 2007, p.31.

⁴⁶ Per a aquests i molts altres exemples històrics, vid. Simon, D., *Elit Deviance* (7th edn), Allyn i Bacon, Boston, 2002, pp. 195-229.

impulsat pel desig dels seus participants més actius de trobar una col·locació per a si mateixos i per als seus partidaris va fomentar d'alguna manera la inobservança de les normes. Si es llegís atentament aquesta part de la història nord-americana, ens sorprendria que la corrupció no hagi estat major del que fou⁴⁷. Amb la Presidència Jackson, la pràctica del "Spoil System" va esdevenir usual.⁴⁸ No obstant això, un estudi realitzat per Moranto posa de manifest que les primeres administracions van actuar de forma molt diferent del que suggereix la història.

"En el canvi de govern de John Quince Adams [1825-1829], Jackson [1829-1837] va acomiadar només un 10% del personal federal. Poques vegades es van acomiadar empleats de baix rendiment i administratius, auditors i empleats amb experiència i habilitats tècniques: seguien ocupant els seus llocs en la majoria dels casos. En particular, els acomiadaments van ser inusuals a les oficines estatals, però fins i tot a Washington, dos terços dels funcionaris federals en actiu el 1828 conservaven els seus llocs de treball el 1831. La majoria del terç restant va abandonar voluntàriament, va morir o va ser acomiadat a causa de baix rendiment o per faltes morals, més que per la seva orientació política. Altres van ser acomiadats perquè Jackson va permetre que els seus col·laboradors triessin el seu propi equip per promoure l'eficiència en la gestió. [...] Encara a meitat del segle XIX, menys d'un terç de les oficines federals havien estat redistribuïdes després d'un canvi de govern a la Casa Blanca".⁴⁹

El govern federal durant la primera meitat de segle d'experiència nord-americana es va caracteritzar per tenir un tamany reduït i una agenda limitada. El 1829, quarantè aniversari de la investidura de George Washington, per exemple, hi havia tan sols 625 funcionaris federals a Washington, dels quals només 318 ocupaven llocs de directius.⁵⁰ El 1829 ha de ser recordat també perquè es va aprovar el primer codi ètic de l'administració pública pel Director General de Correu Amos Kendall.

⁴⁷ Vid. MacKenzie, G.C., *Scandal Proof...*, op. cit., p. 8.

⁴⁸ Menzel, D., *Ethics 'Management'...*, op. cit, p. 31.

⁴⁹ Moranto, R., *Thinking the Unthinkable: A Case for Spoils in the Federal Bureaucracy, a Administration and Society*, vol. 29, núm. 6, pp 625-626.

⁵⁰ Sterling young, J., *The Washington Community: 1800-1828*, Harcourt, Brace and World, 1996, p. 31

El paper del govern va començar a canviar amb la compra de Louisiana el 1803. La suma d'aquestes vastes extensions de terreny va conduir a les peticions del Congrés de destinar fons per a les infraestructures i el desenvolupament econòmic. Milions d'hectàrees de terreny es van distribuir entre la ciutadania. Especuladors de terrenys, comerciants i tots aquells que desitgessin fer-se rics en aquelles terres aviat es van adonar del benefici de tenir amistats a Washington que poguessin ajudar-los a aconseguir l'assignació o els drets relatius al sòl. En aquells dies d'obligacions ètiques sense definir o regular, els mateixos funcionaris del govern de vegades es feien càrrec de clients a qui ajudaven a interposar demandes contra el govern. Les primeres lleis de regulació dels funcionaris federals van sorgir com una mesura contra la pràctica en la qual aquests representaven els ciutadans en les seves demandes contra el govern.⁵¹

La corrupció va anar en augment quan el govern va començar a proveir d'armes les Forces de la Unió a la Guerra Civil.⁵² El 1864, el Congrés va promulgar una llei en què prohibia a tots els funcionaris i empleats del govern federal rebre cap compensació pels serveis prestats als ciutadans en afers relacionats amb l'administració.

Un altre fet que va fomentar la corrupció va ser la revolució industrial i l'arribada del ferrocarril, que va donar lloc a un mercat nacional del qual tothom va voler obtenir beneficis. Amb l'elecció d'Ulisses S. Grant el 1868⁵³ la corrupció va arribar al seu nivell màxim a causa de l'"amiguisme" del president i als nombrosos escàndols relacionats amb l'evasió d'impostos que es van succeir durant el seu mandat.

Les grans empreses es van dedicar a "comprar influències" a les institucions per obtenir beneficis fiscals, per protegir-se de la competència, etc. Un exemple en va ser l'escàndol de Crèdit Mobilier, una companyia de

⁵¹ Vid. Owsley, F.L. Jr., Smith, G.A., *Filibusters and expansionists Jeffersonian manifest destiny, 1800-1821*, Tuscaloosa, Ala, University of Alabama Press, 1997.

⁵² Sobre la Guerra Civil, vid. Luraghi, R., *Storia della guerra civile americana*, Einaudi, Torino, 1966; Grant, S.M. – Holden, B. (eds.), *The American Civil War: Explorations and Reconsiderations*, Harlow, New York, 2000.

⁵³ Sobre la història dels EUA en l'època de l'administració Grant, vid. Stamp, K., *The Era of reconstruction 1865-1877*, New York, Knopf.

ferrocarrils que va subornar membres del Congrés amb accions a canvi de concessions administratives. Aquest tipus d'escàndols eren tan comuns que va començar a veure's com un negoci usual. De fet, polítics que havien participat en escàndols continuaven escalant posicions encara que eren molt conscients del que havien fet. El periodisme va començar a fer-se ressò d'aquests escàndols. A la fi de 1870, els reformadors van introduir unes normes dirigides a evitar que els que havien guanyat les eleccions designessin la seva pròpia plantilla de funcionaris. No obstant això, aquest fet va tenir poca força i les empreses van continuar controlant el govern a través del tràfic d'influències.

El 1883, el Congrés va aprovar la *Civil Service Act* (coneguda també com *Pendleton Act*), una normativa sobre funció pública fundada en els principis de competència, mèrit i neutralitat. Poc després, Woodrow Wilson, en el seu cèlebre treball *The Study of Administration*, va reclamar amb força la separació entre política i administració:

*"[...] administration lie outside the proper sphere of politics. [...] a moral preparation for what is to follow. It is clearing the moral atmosphere of official life by establishing sanctity of public 'office' as a public trust [...]"*⁵⁴.

Els inicis del segle XX es caracteritzen per un fervor reformador no sols de la burocràcia sinó del sistema polític en el seu conjunt. Els reformistes advocaven per eliminar el partidisme en la designació dels càrrecs públics especialment en l'àmbit municipal, esglaonar les eleccions perquè no coincidissin les locals, les estatals i les federals, reformar els districtes electorals i establir comissions independents i autoritats de control de la vida pública. Roosevelt va fer una important campanya contra el "*patronage* polític", abans com a Comissionat per a la funció pública i després com a President dels EUA; sota la seva administració el sistema meritocràtic va avançar quantitativament al *spoils system*.

De la Primera Guerra Mundial⁵⁵ en va sorgir un altre focus de corrupció: el de les empreses privades que abastaven al govern amb armament. El 1917,

⁵⁴ Citat a Menzel, D., *Ethics 'Management'...*, op. cit, p. 32.

⁵⁵ Cashman, S.D., *America in the age of titans: the progressive era and the world war I*, New York, New York University Press, 1988.

el Congrés va promulgar una llei per la qual es prohibia als càrrecs federals acceptar remuneracions que provinguessin d'una font no governamental. Així mateix es va prohibir que els càrrecs federals, una vegada abandonat el govern, es convertissin en representants d'empreses que treballaven per a l'administració, a fi d'evitar que extrapoleessin idees governamentals a les empreses per a les quals després treballarien.

Més tard arribaria l'anomenada "Llei Seca", font i focus de corrupció: les activitats de la màfia i el crim organitzat es van convertir en una realitat als EUA; les vendes de begudes alcohòliques al mercat negre eren cada vegada més presents i resultaven més lucratives com a resposta a la prohibició, va haver-hi grans beneficis per als membres de la màfia disposats a involucrar-se en temes de corrupció, suborn, violència, tràfic i contraban il·legal d'alcohol.

El 1920 el President Harding es va veure embolicat en diversos escàndols en què apareixia la indústria petrolífera: el famós escàndol Teapot Domi, en què es va convèncer al President per arrendar preferentment a productors petrolífers per a ús privat reserves petrolíferes del govern a Teapot Domi, Wyoming i ELK Hills, Califòrnia⁵⁶. La corrupció en l'època de Harding va obtenir poca resposta legislativa.

2.3. Integritat i construcció de l'Estat administratiu

Amb l'objectiu de reactivar l'economia durament afectada per la Gran Depressió del 1929, reformar els mercats financers i enfortir l'Estat del Benestar, el President Roosevelt va engegar una àmplia política intervencionista, coneguda com a *New Deal*.⁵⁷ Aquest auge d'intervencionisme públic va suposar una important consolidació en la construcció de l'"Estat administratiu".⁵⁸ La dimensió i la importància del govern federal es van veure incrementades també amb l'entrada dels EUA en la Segona Guerra. L'expansió de l'esfera pública va posar sobre la taula

⁵⁶ Vid. Johnstone, P. – Brown, G., *International Controls of Corruption...*, op. cit., p. 218.

⁵⁷ Sobre la construcció de l'Estat administratiu i el *New Deal*, vid. Ballbé, M. "El futuro del derecho administrativo...", op. cit., p. 230 i ss.

⁵⁸ Duso, A. (a cura di), *Economia e istituzioni del New Deal*, Bari, De Donato, 1980; Fossati, E., *New Deal: il-ltre nuovo ordine economico di F.D. Roosevelt*, Padova, Cedam, 1937; Solar Cayón, J.I., *Politicayi derecho en la era del New Deal*, Madrid, Dyckinson, 2002.

el debat sobre la legitimació del modern Estat administratiu. Roberts ha observat que, en termes generals, encara que el *New Deal* i el conflicte armat tancaven en si el potencial per a un augment del fenomen de la corrupció, això en realitat no va ocórrer.⁵⁹ D'altra banda, Mackenzie, en canvi, pensava que una vegada més el país havia tornat a la situació en què els líders empresarials s'encarregaven de gestionar la guerra. I com havia succeït abans, molts d'aquests líders van seguir fidels a les corporacions, continuaven rebent compensacions, mentre a Washington jugaven el paper de *dollar-a-year-men* o treballaven com a assessors de l'administració sense rebre cap compensació. El que sembla evident és que a partir de la Primera Guerra Mundial va créixer la sensibilitat cap al potencial conflicte d'interessos inherent a aquest tipus d'afers i la *War Production Board* (Comitè de producció per a la guerra) va començar a inspeccionar els antecedents d'aquells que treballarien per al govern i que al mateix temps continuaven mantenint alguna relació amb les seves antigues empreses. Els defensors de l'Estat administratiu⁶⁰ consideraven que les diverses reformes que s'havien dut a terme, entre les quals la de la funció pública, van permetre reduir l'impacte de la corrupció; a més a més, aquells que van servir a l'administració durant els anys del *Crash*, del *New Deal* i de la Segona Guerra Mundial estaven sincerament convençuts que el govern podia contribuir a canviar la vida de milions de conciutadans.⁶¹

A causa del creixement de l'administració durant els anys trenta i quaranta, el control de l'ètica pública es va fer més complicat. Un gran nombre de persones actuava en àmbits en què es movien poderosos interessos econòmics. Aquells que es preocupaven pel risc de corrupció van començar a orientar els seus esforços no tant cap a la conducta dels empleats i càrrecs públics, sinó cap a la regularitat de les gestions dutes a terme per l'administració. El 1939, el Congrés va promulgar l'*Administrative Reorganization Act*, mitjançant la qual s'instituïa l'*Executive Office of the President* (Oficina Executiva del President); així va augmentar la competència presidencial per exercir un control més ferm sobre el creixent

⁵⁹ Roberts, R. "History of the Legalization of Executive Branch Ethics Regulation", a *Public Integrity*, vol. 9, núm. 4, 2007, p. 315.

⁶⁰ Emmerich, H., "A Scandal in Utopia", a *Public Administration Review*, 12, núm. 1, 1952, pp.1-9; Gilman, S., "Presidential Ethics and the Ethics of Presidency", a *Annals of the American Accademy of Political and Social Science*, 537, 1995, pp. 58-75.

⁶¹ Roberts, R. – Doss, M., *From Watergate to Whitewater: The Public Integrity War*, Westport, Praeger, 1997, pp. 34-36.

nombre d'agències i recursos humans. El 1945, l'*Administrative Procedures Act* va establir un marc legal per regular les activitats administratives de totes les agències federals, inspirat en la garantia de la transparència i la imparcialitat de l'acció administrativa.

Quan va acabar la Segona Guerra Mundial, el govern federal no va tornar a les dimensions d'abans de la guerra, sinó que moltes de les agències i de les funcions introduïdes amb el *New Deal* van romandre intactes. Es va crear un Departament de Defensa per vigilar el gran contingent de forces armades permanents i el *military industrial complex* (complex industrial-militar). Respecte d'aquesta qüestió Melman va afirmar el següent:

“En el nom de la defensa [...] s'ha realitzat una modificació bàsica en les institucions de govern dels Estats Units. Una administració industrial ha estat instal·lada al govern federal sota la direcció de Secretari de Defensa, per controlar la major xarxa d'empreses industrials de la Nació. A banda de la característica propensió a estendre el seu poder, limitada només per la porció de producte nacional que se li assigna, aquest organisme públic de gestió reuneix els màxims poders de decisió econòmics, polítics i militars”.⁶²

Un govern més gran necessitava un nombre superior d'alts càrrecs, així que aquest organigrama de designació presidencial va créixer sense deturar-se en els anys de la postguerra. L'administració Truman, especialment en el seu segon període, es va veure perseguida per escàndols relacionats amb càrrecs públics.⁶³ Es van destapar diversos casos de tràfic d'influències en la *Reconstruction Finance Corporation* i l'*Internal Revenue Service* va experimentar el pitjor escàndol de la seva història. Emmerich va reconèixer que aquests successos constituïen greus amenaces per a la legitimitat de l'Estat administratiu⁶⁴, per la qual cosa hi havia el problema de com protegir l'administració dels servidors públics infidels als interessos generals. Davant d'aquesta situació, el President Truman va intentar competir pel lideratge moral enviant el seu propi missatge al Congrés sobre estàndards ètics per als funcionaris públics. Considerat com un document

⁶² Melman, S., *Pentagon Capitalism*, McGraw-Hill, New York, 1970; (trad. al castellà: *El capitalismo del Pentágono. La economía política de la guerra*, Segle XXI editors s.a., Madrid, 1972).

⁶³ MacKenzie, G.C., *Scandal Proof...*, op. cit., p. 18.

⁶⁴ Emmerich, H., “A Scandal...”, op. cit., p. 4.

extraordinàriament revolucionari per al seu temps, va recomanar l'adopció d'una sèrie de mesures normatives més estrictes per als empleats públics, com ara la necessitat que els càrrecs designats al servei de la Presidència, els membres del Congrés i altres funcionaris federals fessin públics els seus assumptes financers:

“Un càrrec públic és un privilegi, no un dret, i aquells que acceptin el privilegi d'ostentar un càrrec en el govern han d'acceptar necessàriament que els seus actes siguin susceptibles de ser investigats per aquells als quals estan servint. Amb totes les qüestions que sorgeixen avui en dia sobre la integritat i l'honestedat dels funcionaris públics, crec que tots nosaltres hauríem d'estar preparats per exposar la situació dels nostres ingressos en un registre públic”.⁶⁵

Contraris a deixar que Truman obtingués un reconeixement per la millora de la integritat pública, els Republicans del Congrés van impedir l'adopció de la legislació que podria haver resultat tan impactant. La campanya de 1952 va suposar un atac republicà contra “el desordre de Washington”. Poc després de la seva investidura, el President Dwight D. Eisenhower va ordenar la introducció de controls de seguretat a tots els seus alts càrrecs que estaven essent investigats pel *Federal Bureau of Investigation* (FBI).⁶⁶ No obstant això, tampoc l'administració Eisenhower va estar lliure d'escàndols: el 1958 va haver de dimitir Sherman Adams, cap del gabinet del President, considerat el segon home més poderós del govern federal, per haver acceptat regals de valor procedents de subjectes sotmesos a investigació administrativa.

En els anys que hem tractat, el plantejament sobre l'ètica en l'administració podia resumir-se en els termes següents: els afers diaris del govern serien gestionats pels funcionaris, lliures de pressions polítiques externes i proveïts d'una cultura de devoció professional a l'interès públic, mentre el lideratge recauria sobre petits grups de gent lleial i capacitada, elegits pel President.

⁶⁵ President Harry S. Truman, missatge al Congrés, 27 de setembre de 1951.

⁶⁶A través de l'Executive Order 10450, *Security Requirements for Government Employees*. Per a una reflexió sobre aquest suport legal i el seu auge a partir de l'etapa de l'administració d'Eisenhower, vid. Revenga Sánchez, M., *El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*, Ariel, Barcelona, 1995, p. 78-79.

Les actuacions del President i dels seus col·laboradors estarien sotmeses al control electoral del poble cada quatre anys, amb excepcions ocasionals per part del Senat, o dels tribunals en cas necessari, si es confirmava que un col·laborador no reunia les condicions suficients de competència o integritat. No es va dedicar gaire esforç a definir els estàndards ètics en el llenguatge i en les normes, ni a estratègies preventives per evitar problemes ètics. En paraules de Roberts:

*"The Truman and Eisenhower administrations both failed to recognize that citizens expected officials to avoid even the appearance of giving preferential treatment to special interests. This situation placed considerable pressure on future presidential administrations to adopt formal ethics programs. Not unexpectedly, Democratic administrations would embrace tighter financial conflict of interest rules as the solution to the perceived ethics gap. And also not unexpectedly, Republican administrations would come to view tighter financial conflict of interest restrictions as a major barrier to the recruitment of individuals for key policy-making positions".*⁶⁷

En efecte, tot això va començar a canviar el 1961. L'objectiu de la regulació ètica es va anar encaminant cap a nous enfocaments que assumien que tots els empleats federals eren vulnerables a la corrupció i que les seves vides privades haurien de ser regulades, i la seva privacitat supeditada a l'interès públic.

2.4. La revolució kennediana i les bases de la regulació de l'ètica pública

L'arribada de l'administració Kennedy va suposar un autèntic canvi en matèria de normativa ètica, un punt de discontinuïtat en la política de prevenció dels riscos de corrupció i de conflictes d'interessos. Poc després de formar govern, el President John F. Kennedy va nomenar un *Advisory Panell on Ethics and Conflict of Interest in Government* de tres membres per estudiar els problemes en aquest àmbit.⁶⁸ La comissió va entregar el seu

⁶⁷ Roberts, R. "History of the Legalization..." op. cit., p. 318.

⁶⁸ Els tres membres van ser el jutge Calvert Magruder del First Circuit Court of Appeals, el degà Jefferson B. Fordham de la University of Pennsylvania Law School i el catedràtic Bayless Manning de la Yale Law School.

informe el març de 1961, en ell es va concloure que les regulacions federals que administraven els conflictes d'interessos eren "arcaiques, inconsistents, se solapaven entre elles, eren ineficaces per aconseguir els seus propòsits i obstaculitzaven els esforços del govern per contractar personal capacitat".⁶⁹ Unes setmanes després el president Kennedy va enviar un missatge al Congrés exigint una nova legislació que tornés a codificar el conflicte d'interessos i altres lleis ètiques, i que en modifiqués algunes perquè s'ajustessin a la realitat contemporània, especialment respecte a la contractació d'assessors del govern a temps parcial.

"No hi ha responsabilitat més important en el govern que la de mantenir els més alts estàndards de comportament ètic per part d'aquells que dirigeixen l'empresa pública. No poden existir divergències respecte al principi que els funcionaris han d'actuar amb integritat ferma, absoluta imparcialitat i completa devoció a l'interès públic"⁷⁰ va declarar Kennedy en el seu missatge al Congrés.

La iniciativa de Kennedy va suposar el començament d'un moviment cap a una nova forma de regulació ètica centrada en el model administratiu abans que en el penal; un model caracteritzat per la dependència de les regles i una estricta aplicació d'aquestes. La força d'aquesta proposta va ser convincent, com assenyalen Robert N. Roberts i Mario T. Doss:

"L'ètica guiada mitjançant regles presenta una sèrie d'avantatges sobre l'ètica centrada en el caràcter. Les regles poden ser redactades i explicades. Amb això s'elimina l'ambigüitat. Les potestats d'investigació i resolució s'utilitzaran per resoldre les controvèrsies sobre el compliment de la normativa".⁷¹

La proposta de Kennedy va ser el primer de molts passos que en les següents quatre dècades van aconseguir crear el sistema nord-americà de gestió de la integritat pública. Construir un bastió contra la corrupció ha estat el treball de totes les administracions i de gairebé tots els Congressos.

⁶⁹ Manning, B., *Federal Conflict of Interest Law*, Harvard University Press, 1964, pp. 5-6, citat per MacKenzie, G., *Scandal Proof...*, op. cit., p. 22.

⁷⁰ President J.F. Kennedy, *Ethical Conduct in Government*, missatge al Congrés, 27 d'abril de 1961.

⁷¹ Roberts, R.N. – DOSS, M.T. Jr., *From Watergate to Whitewater: The Public Integrity War*, Wespot, 1997, p. 49.

Per entendre aquest procés de construcció, cal observar la dinàmica política que el va impulsar.

La iniciativa del President Kennedy no vingué impulsada per cap escàndol o por als escàndols futurs en la seva administració. Sembla, més aviat, que va recollir l'impuls dels dos anys anteriors en què l'administració d'Eisenhower es va veure embolicada en diversos incidents. Durant la seva Presidència, Kennedy va actuar també pel seu compte, elaborant Decrets presidencials i *memoranda* per als Secretaris en matèria ètica; no obstant això, l'acte que va suposar la col·locació de la primera pedra de l'edifici ètic va ser l'*Executive Order 10939*, signat el 5 de maig de 1961, *to Provide a Guide on Ethical Standards to Government Officials*.⁷² Aquest decret

⁷² Aquest és el text de l'*Executive Order 10939*:

" TO PROVIDE A GUIDE ON ETHICAL ESTÀNDARDS TO GOVERNMENT OFFICIALS

WHEREAS the maintenance of high ethical and moral standards in the conduct of the functions of the Federal Government is a matter of continuing concern, and WHEREAS it is incumbent upon those who occupy positions of the highest responsibility and authority to set an impeccable example:

NOW, THEREFORE, by virtue of the authority vested in me as President of the United States, it is hereby ordered as follows:

1. This Order shall apply to all heads and assistant heads of departments and agencies, full-time members of boards and commissions appointed by the President, and members of the White House Staff.

2. No such official shall engage in any outside employment or other outside activity not compatible with the full and proper discharge of the responsibilities of his office or position. It shall be deemed incompatible with such discharge of responsibilities for any such official to accept any fee, compensation, gift, payment of expenses, or any other thing of monetary value in circumstances in which acceptance may result in, or create the appearance of, resulting in:

(a) Usi of public office for private gain;

(b) An undertaking to give preferential treatment to any person;

(c) Impeding Government efficiency or economy;

(d) Any loss of complete independence or impartiality;

(e) The making of a Government decision outside official channels; or

(f) Any adverse effect on the confidence of the public in the integrity of the Government.

3. No such official shall receive compensation or anything of monetary value, other than that to which he is duly entitled from the Government, for the performance of any activity during his services as such official and within the scope of his official responsibilities.

4. No such official shall receive compensation or anything of monetary value for any consultation, lecture, discussion, writing or appearance the subject matter of which (a) is devoted substantially to the responsibilities, programs or operations of the official's department or agency, or (b) draws substantially upon official data or ideas which have not become part of the body of public information.

5. Paragraphs 3 and 4 of this Order shall not preclude

(a) Receipt of bona fide reimbursement, to the extent Permitted by law, for actual expenses for travel and such other necessary subsistence as is compatible with this directive and in which no Government payment or reimbursement is made: Provided,

prohibia als empleats federals accedir a treballs externs que suposessin una contradicció amb les seves funcions públiques, rebre compensacions per activitats que entressin dins l'àmbit dels seus deures habituals i acceptar donacions quan es cregués que els interessos del donant es poguessin veure afectats per les actuacions de l'agència del funcionari.

D'altra banda, el Congrés va respondre al decret del President Kennedy amb l'adopció de la P.L. 87-849 l'octubre de 1962.⁷³ La nova legislació va entrar en vigor el gener següent i va tenir dos objectius principals: el primer va ser eliminar les incoherències i repeticions en el ja existent cos legal relatives a corrupció, donacions i conflictes d'interessos. El segon va ser fer el servei governamental més senzill per a aquells empleats que no treballaven a temps complet o a llarg termini per a l'administració.

L'herència de Kennedy va ser recollida per Lyndon B. Johnson, el qual va dur a terme una contundent política d'integritat pública. Poc després de ser nomenat president, va demanar al seu equip que revisés els estàndards ètics per als empleats del govern. Va intentar, tal com va dir John W. Macy Jr., principal conseller seu, establir el "to ètic" adequat per al seu govern⁷⁴. Això va conduir a l'adopció de *l'Executive Order 11222, Prescribing Estàndards of Ethical Conduct for Government Officers and Employees*, el 8 de maig de 1965. Tal com Kennedy feu anteriorment, Johnson considerava que,

"Malgrat la indiscutible majoria d'empleats federals que no presenten cap problema pel que fa a aquesta qüestió, n'hi ha alguns les funcions dels quals els situen en situacions difícils o inoportunes... Els

however, That there shall be no reimbursement or payment on behalf of the official for entertainment, gifts, excessive personal living expenses, or other personal benefits;

(b) Participation in the affairs of charitable, religious, non-profit educational, public service or civic organizations or the activities of national or state political parties not proscribed by law;

(c) Awards for meritorious public contribution given by public service or civic organizations.

6. Each department and agency head shall review or issue internal directives appropriate to his department or agency to assure the maintenance of high ethical and moral standards therein.

7. Nothing in this Order shall be construed to supersede, alter, or interpret any existing law or regulation."

⁷³ 1962 – Pub.L. 87-849, Sec. 1(a), Oct. 23, 1962, 76 Stat 1119.

⁷⁴ Macy Jr. J. W., *Public Service: The Human Side of Government*, Harper and Row, 1971, p. 253, citat per MacKenzie, G., *Scandal Proof...*, op. cit., p. 24.

problemes més destacats als quals s'enfronten els funcionaris afecten la seva capacitat, decor i bon gust. Òbviament aquestes àrees no poden ser legislades o prescrites mitjançant decrets o regulacions".⁷⁵

El decret de Johnson va portar la regulació ètica molt més enllà del que mai havia arribat abans. Gran part del decret va ser una reafirmació o redefinició d'anteriors prescripcions i advertències. No obstant això Johnson no sols va establir que els funcionaris federals havien d'evitar conscienciosament els conflictes d'interessos i els abusos d'ofici sinó que també *havien d'evitar-ne la seva aparença*. L'estàndard de l'aparença es troba en la secció 3(c) de l'article 201 del decret, en el que s'estableix:

"(c) aquest apartat té com a objectiu el fet que els empleats evitin qualsevol mena d'actuació, ja estigui o no prohibida per l'apartat (a), que pugui derivar en, o donar com a resultat l'aparença de

- (1) usar potestats públiques per fins privats;
- (2) concedir un tracte preferent a una organització o persona;
- (3) dificultar acció eficient i econòmica de l'administració;
- (4) perdre la completa independència o imparcialitat;
- (5) prendre una decisió governamental al marge dels canals oficials;
- (6) influir de manera negativa en la confiança del poble en l'integritat del Govern".

L'Executive Order 11222 va aportar una nova dimensió a la regulació dels conflictes d'interès: la necessitat que els empleats federals informessin sobre els detalls de la seva situació financera personal. La Part IV de la norma ordenava que els càrrecs designats pel President comunicuessin la seva situació financera personal dins els trenta dies següents a l'acceptació del càrrec i actualitzessin aquestes dades periòdicament a partir d'aquest moment. Així mateix establia que la *Civil Service Commission* (Comissió de Funció Pública) havia de treballar amb els directors de les agències per desenvolupar els procediments de declaració d'interessos financers per a la resta d'empleats públics. En tot cas, els informes financers no tindrien caràcter públic i estarien subjectes a la potestat de control de la *Civil Service Commission* o del director d'agència corresponent.

⁷⁵ Jonson, L.B., *Message Accompanying Executive Order 11222*, 8 de maig de 1965.

Les administracions Kennedy i Johnson no van resultar afectades per escàndols polítics. Kennedy va aconseguir estimular al Congrés per solucionar les contradiccions de les lleis ètiques federals, i ambdós presidents van adoptar decrets per guiar la conducta dels empleats i càrrecs federals. Johnson va ampliar aquestes normes tant per salvaguardar les aparences com per reaccionar contra les violacions reals, i va disposar el 1965 una ampliació significativa del pla existent de regulació ètica mitjançant la revelació (*disclosure*) confidencial de la seva situació financera personal.

Finalment, cal assenyalar que en aquest mateix període –paradoxalment– el Congrés va ampliar la legislació criminal sobre conflictes d'interessos, promulgant l'octubre de 1962 una nova regulació del suborn i dels conflictes d'interessos. La norma més controvertida va ser la disposició de la secció 208 del Títol 18 del *US Code* per la qual es prohibia a tots els empleats de l'executiu federal participar en afers en els quals el cònjuge, els fills menors d'edat, els socis, o les entitats en què posseís una posició fiduciària tinguessin un interès financer. En paraules simples, la prohibició penal prescrivia que aquells que tinguessin un interès financer en un afer de la seva competència havien d'inhibir-se de participar-hi. La doctrina va posar de manifest que qualsevol interès financer virtualment contravindria la norma i exposaria els empleats públics a responsabilitat penal.⁷⁶ Segons l'opinió de Roberts, aquesta legislació penal acabava soscant els esforços per a administrativitzar l'ètica pública duts a terme per Kennedy i Johnson.⁷⁷

2.5. El Watergate: el punt de no retorn en la regulació de l'ètica pública

Esdevingut durant l'administració de Richard Nixon, en el cas Watergate van veure la llum una sèrie d'activitats delictives dels “homes del President”, que van ocultar fons públics amb la intenció de dur a terme suborns tant en afers exteriors com nacionals. Iniciat amb l'arrest de cinc homes per l'entrada il·legal en la seu del Comitè Demòcrata Nacional, situada a les

⁷⁶ Moore, J., “Hand off: To Avoid Conflict of Interest Questions, Many of President Bush's Appointees Are Holding on to Corporate Estocs but Disqualifying Themselves from Issues Involving Specific Firms”, a *Nation Journal*, July 1, 1989, p.1681

⁷⁷ Roberts, R. “History of the Legalization...”, op. cit., p. 318.

oficines de l'Hotel Watergate, a Washington, D.C. el 17 de juny de 1972, va concloure amb la dimissió del mateix Nixon el 8 d'agost de 1974.

L'escàndol Watergate constitueix un assumpte clau en la història política nord-americana. Com a mínim, es pot dir que va contribuir a una important reestructuració de les normes de finançament de les campanyes electorals. Això va generar una sèrie de conseqüències: un impuls polític del *War Power Act*, el *Congressional Budget* (pressupost del Congrés) i l'*Impoundment Control Act*, una supervisió més exhaustiva per part del Congrés de les activitats d'intel·ligència, un exercici més agressiu del poder de ratificació del Senat, límits en l'ús d'acords executius i molts altres canvis en l'equilibri entre el poder executiu i legislatiu. El Watergate va inspirar el Congrés perquè expandís les seves pròpies capacitats institucionals i completés una de les reorganitzacions més radicals del poder en tota la seva història. Va aconseguir salvar el Congrés de la decadència i revitalitzar el poder d'impugnació constitucional que no havia estat aplicat a un president durant més d'un segle. Aquestes circumstàncies van ser, en paraules de Revenga, "el rerefons del cas *United States vs. Nixon*, una decisió d'aquelles que permeten creure en les virtuts de la separació de poders i l'Estat de dret".⁷⁸ No obstant això els canvis més profunds es van produir en les normes i els procediments que regulaven la conducta dels càrrecs i funcionaris públics. L'ofensiva va ser total, ja que tant el President com el Congrés van elaborar noves normes destinades a construir fortificacions permanents contra qualsevol forma de traïdoria coneguda cap al govern. Tots van estar d'acord en què no podia haver-hi més Watergates. I la majoria tenien raó en el fet que la major protecció residia en una sèrie detallada i creixent de prohibicions (moltes amb penes criminals per als infractors) i una elaborada xarxa de procediments creats per detectar qualsevol mena d'amenaça a la confiança pública i reaccionar en contra d'aquesta. El cas Watergate no va ser un delictes aïllat, ni tan sols va ser un conjunt aïllat de delictes. És una paraula que en l'actualitat s'aplica i resumeix una àmplia llista de delictes comesos durant diversos anys en la dècada dels anys setanta per membres de l'administració Nixon. Algunes d'aquestes activitats eren il·legals a la llum de

⁷⁸ Per a una anàlisi de la sentència *United States vs. Nixon* i de les qüestions constitucionals relatives als límits dels privilegis presidencials, als secrets oficials i al dret d'informació, vid. l'obra essencial de Revenga Sánchez, M., *El imperio de la política...*, op. cit., i específicament sobre el cas *Watergate*, pp. 120-124.

la legislació existent, algunes van consistir en excessos en la recaptació de fons per a la campanya electoral i en les activitats d'aquesta, altres van ser excessos de l'autoritat executiva més enllà del que era políticament acceptable en aquell moment i altres foren simplement conductes desviades. De tota manera, la persecució de la corrupció es va transformar en una croada nacional i la garantia de la integritat pública en una qüestió en una prioritat.

El Watergate va suposar una poderosa contribució a la implantació de noves polítiques de prevenció de la corrupció, el lema de la qual podria ser "desconfiança legítima". Això va donar com a resultat una "mentalitat post Watergate" que va sobreviure un llarg temps després de l'escàndol que la va inspirar i que pot resumir-se en quatre punts fonamentals. Primer, els càrrecs i funcionaris públics són sospitosos. Carreguen amb la responsabilitat de gestionar grans programes amb pressupostos enormes i conseqüències profundes. Les esmentades responsabilitats es veuen afectades per la temptació de ser dirigides per un mateix. Per tant, cal construir murs legals que protegeixin l'interès públic dels interessos propis dels funcionaris. Per aquesta raó, si és vàlid el que Madison sostenia sobre la natura humana, cal predisposar altres mitjans addicionals per assegurar la integritat pública. Segon, la protecció contra les formes més comunes d'irresponsabilitat ètica per part dels funcionaris no és suficient. La llei ha de protegir contra totes les possibles crisis d'integritat pública. Les regles no han de contemplar el comportament en el millor dels seus casos o en un cas normal, sinó en el pitjor dels casos. Cal prohibir no sols la capacitat per representar clients en processos pendents davant el govern sinó també el dret de representar un client privat en qualsevol afer. Els funcionaris no podran tenir altres ingressos més enllà del seu sou públic, de manera que no podran percebre ingressos de fonts que suposen un potencial conflicte d'interessos respecte als seus deures públics. Ha de considerar-se com un "potencial conflicte d'interessos" tot el capital que cau a la penombra de les responsabilitats públiques i no sols aquell de magnitud suficient com per temptar una persona sensata. Tercer, la llei és l'única protecció fiable contra els instints corruptes dels funcionaris. La instrucció, l'estímul i l'orientació, encara que desitjables, no són suficients per assegurar un nivell satisfactori d'integritat pública. També resulta insuficient confiar en la capacitat dels processos polítics d'elecció i nomenament per produir líders respectables i fer-los responsables del seu comportament. Només les lleis

estrictes, detallades i rígides poden proporcionar la protecció que necessita el poble de la corruptibilitat dels seus propis funcionaris. Quart, per posar en funcionament l'esmentada regulació ètica s'han d'instituir nous organismes reguladors, especialitzats en normativa ètica, lliures de qualsevol altra distracció, dotats de recursos per crear noves regles més sofisticades, investigar qualsevol acusació i perseguir els presumptes infractors amb tot el pes de la llei. Segons Mackenzie, "la mentalitat post Watergate ha col·locat sentinelles ètics no sols a les entrades sinó gairebé a cada porta i finestra del sistema federal".⁷⁹

2.6. De l'ètica salvatge dels anys vuitanta al moralisme de l'Administració de Bush

La dècada dels vuitanta va ser, en paraules de Menzel, un temps d'ètica en terra salvatge⁸⁰, atès que malgrat la proliferació normativa en tots els sectors i nivells administratius, els problemes van continuar tant en l'esfera pública com en la privada.

L'elecció el 1980 de Ronald Reagan a la Presidència dels EUA va contribuir a intensificar el debat sobre la política d'integritat en l'administració. D'una banda, aquells que es preocupaven per contrarestar la "captura de l'Estat" per part dels interessos econòmics privats advocaven per una estricta regulació de l'ètica i per mantenir una agressiva aplicació de la legislació criminal en matèria, com a instrument per assegurar la neutralitat del procés públic de presa de decisions.⁸¹ D'altra banda, els sectors més crítics i els republicans consideraven que els defensors de l'Estat administratiu feien un ús partidista de la normativa ètica contra els liberals. El que és cert és que molts càrrecs designats per Reagan trobaren dificultats per ser confirmats a causa dels requisits en matèria de conflictes d'interessos. Per això no ha de sorprendre que l'Administració Reagan es plantegés derogar les obligacions de revelació d'interessos financers (*financial disclosure requirements*) per als càrrecs de l'executiu federal. Entre el 1981 i el 1988 la presidència Reagan es va veure involucrada en una dilatada sèrie d'afers ètics controvertits i d'investigacions dutes a terme

⁷⁹ MacKenzie, G.C., Hafken, M., *Scandal Proof...*, op. cit., p. 32.

⁸⁰ Menzel, D., *Ethics 'Management'...*, op. cit., p. 47.

⁸¹ Roberts, R.N. – DOSS, M.T. Jr., *From Watergate...*, op. cit., pp. 67-68.

per fiscals independents.⁸² Especialment escabrós va ser l'afer Iran-Contra que va tenir lloc entre els anys 1985 i 1986, període en què el govern nord-americà va vendre armes al govern iranià quan aquest es trobava immers en la guerra Iran-Iraq i va emprar els ingressos obtinguts per finançar el moviment conegut com "Contra" nicaragüenc que s'oposava al Front Sandinista, mentre aquestes operacions havien estat prohibides pel Senat dels EUA. El problema principal era determinar el paper del President en l'afer. Problema que mai va poder acabar d'aclarir-se atès que el president va declarar que les operacions es van realitzar sense el seu coneixement, i gràcies a la cobertura de la "*plausible deniability*" que li havia ofert l'Almirall Poindexter, llavors Conseller per a la Seguretat Nacional, qui el 1987, davant la Comissió d'Investigació del Congrés i del Senat instituïda per analitzar l'escàndol, va declarar que "*I made a very deliberate decision not to ask the President [about whether arms should be sold to Aniran to vaig raure's Money for the Nicaraguan Contrast to fight the socialist-controlled Nicaraguan government] so that I could insulate him from the decision and provide some future deniability*". La doctrina de la "negació plausible" proporcionada per Poindexter⁸³ al President va tenir l'efecte de soscavar la responsabilitat constitucional dels alts càrrecs electes de la nació.⁸⁴

El 1989, després de l'elecció de George Bush, la Casa Blanca va desenvolupar una estratègia per tornar a situar l'Administració en línia amb les expectatives ètiques. Amb aquesta finalitat va ser instituïda una Comissió presidencial sobre la reforma de l'ètica federal. Les conclusions de l'informe de la comissió destacaven que els requisits ètics per a l'administració eren massa estrictes mentre els del Congrés massa laxos. El 12 d'abril de 1989, el president Bush va adoptar l'*Executive Order 12674, "Principles of Ethical Conduct for Government Officers and Employees"*. El decret partia de la base que la indeterminació de les prohibicions normatives ètiques portaven a criticar de forma injustificada les

⁸² Els *independent counsels* van ser instituïts per l'*Ethics in Government Act* de 1978, després de l'escàndol Watergate.

⁸³ John Poindexter va ser declarat culpable el 1990 de delictes greus de conspiració, obstrucció a la justícia, perjuri, frau al Govern, i alteració i destrucció d'evidències. El 1992 va ser indultat per George Bush pare i, entre 2002 i 2003 va servir com a director de l'*Information Awareness 'Office'* de la *Defense Advanced Research Projects Agency* (DARPA) dependent del Departament de Defensa.

⁵²En aquests termes s'expressa Menzel, D., *Ethics 'Management'...*, op. cit, p. 37.

⁵³ 5 CFR 2635.101

designacions presidencials. Per aquesta raó la nova directiva presidencial va reformar el "*appearance of impropriety standard*" (estàndard d'aparença de conducta impròpia) que havia estat formulat en l'EO 11222 per Johnson. La nova redacció disposava que els "*employees shall endeavor to avoid any actions creating the appearance the are violating the law or ethical standards promulgated pursuant to this order*". Com a conseqüència, les regulacions elaborades per l'*Office of Government Ethics* van limitar encara més l'abast de l'estàndard d'aparença d'improprietat que havia de ser interpretat en el sentit que, "si particulars circumstàncies creen l'aparença que una norma o els estàndards han estat violats, aquesta circumstància hauria de determinar-se des de la perspectiva d'una persona raonable que coneix els fets rellevant".⁸⁵ L'administració Bush va frenar la juridificació de les regles de conductes ètiques en considerar que la racionalització de la integritat pública no podia admetre l'ambigüitat de l'estàndard d'aparença. El resultat va ser que la Presidència, amb el suport de l'*Office of Government Ethics* (OGE) va traçar una clara línia que separava l'ètica pública de l'ètica privada.⁸⁶ En paraules del director de l'OGE:

"[There]are qualities that not lend themselves to rule-making an they are, for the most part, beyeond the purview of the 'Office' of Government Ethics".

D'altra banda, el 1989, el Congrés mitjançant l'*Ethics Reform Act* va introduir restriccions més dures per als empleats federals en matèria de regals, remuneracions per activitats professionals i transparència financera.

En els anys noranta, durant la Presidència Clinton, sota la responsabilitat del vicepresident Gore es va plantejar un ambiciós programa dirigit a "reinventar" el govern federal. Les línies essencials del programa plantejaven reformar la burocràcia però no les institucions polítiques i en qualsevol cas no es van enfocar a les vessants d'integritat de l'administració, la qual cosa, segons Menzel, va suposar un benèvol descuit dels afers ètics.⁸⁷ La Presidència Clinton no es va salvar dels escàndols, al contrari, el

⁵⁴ Thompson, D., "Paradoxes of Government Ethics" a *Public Administration Review*, vol. 52, 1992, pp. 254-259.

⁸⁷ Menzel, D., *Ethics 'Management'...*, op. cit, p. 47.

1998 el cèlebre cas Lewinsky va portar el President a ser sotmès a un procediment d'*impeachment* per perjuri, abús de poder i obstrucció a la feina de justícia, càrrecs pels quals finalment va ser declarat no culpable. L'escàndol Lewinsky sens dubte tornava a encendre el debat sobre fins a quin punt és possible distingir entre ètica pública i privada.

L'any 2000, quan va ser elegit, George W. Bush s'havia compromès a "restaurar la integritat a la Casa Blanca". La intenció de Bush era situar el país en una ruta que portés a una "Amèrica moral". Els atacs de l'11S van canviar el món i van extremar el vigor moral que inspirava l'actuació nord-americana. El discurs polític del President consistia a distingir entre el bé i el mal, com ha estat analitzat per Singer, el qual es preguntava: si Bush realment creia que el mal existia i inspirava la seva ètica, quina era l'ètica de Bush?⁸⁸ En l'anàlisi realitzat per aquest estudiós es descarta que els fonaments ètics de Bush fossin els drets individuals, l'utilitarisme i el cristianisme. El protestantisme cultural del President⁸⁹, la seva maniquea visió del món es va traduir en una ètica instintiva, visceral, feta d'exemples però pobre de principis. En paraules de Singer:

"Bush's ethic is woefully inadequate. [When Bush] speaks about his ethics, he is either sincere or he is insincere. If the latter, he stands condemned for that alone. But if sincere, he is an ethical failure, for he has failed to follow through on most of the commitments he has made to work for a better, more just society".

Un vegada conegut, el 2004, l'informe sobre Iraq en què s'afirmava que no s'havia trobat evidència sobre l'existència d'armes de destrucció massiva, a l'administració Bush se li ha retret tota mena de desinformació, secretisme, ús de tortures, filtració d'informació classificada, conflictes d'interessos, etc. Malgrat que l'octubre 2005 Bush ordenés que els càrrecs de l'executiu federal rebessin una formació específica en ètica pública, no es pot sostenir realment que el moralisme d'aquesta administració hagi suposat més integritat.

⁸⁸ Singer, P., *The President of Good and Evil. The Ethics of George W. Bush*, New York, Dutton, 2004.

⁸⁹ Sobre com les creences religioses han inspirat la política a la Casa Blanca, vid. Balmer, R., *God in the White House: A History. How Faith Shaped the Presidency from John F. Kennedy to George W. Bush*, New York, Harper Collins, 2008.

L'elecció el 2009 de Barack Obama per a la Presidència dels EUA ha estat un esdeveniment històric i potser comporta un nou rumb en la regulació de la integritat pública, si pensem que el primer acte del primer dia en la Presidència va ser adoptar un *Executive Order* sobre compromisos ètics del personal al servei de l'Executiu. Dedicarem més endavant una atenció especial a aquest recent decret presidencial.

Capítol 3

LA LLEI CONTRA LA CORRUPCIÓ ORGANITZADA *La Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act de 1970*

“RICO changed the focus from prosecuting individual criminals to prosecuting individuals who committed crimes that benefited *corrupt organizations* [...]”.

Peter Johnstone i George Brown, “Internationals Controls of Corruption: Recent Responses from the USA and the UK”, a *Journal of Financial Crime*, vol. 11, núm. 3, 2004, p. 220.

3.1. Introducció

El Congrés va aprovar la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO), com a Títol IX de l'*Organized Crime Control Act* i va ser promulgada pel President Richard M. Nixon el 1970 per lluitar contra el crim organitzat.

“Congress clearly asserted that the goal of RICO was empower law enforcement *in* the fight against organized crime with more powerful legal tools and to provide *new* remedies for injured parties”.⁹⁰

La RICO també té una extensa aplicació més enllà del context del crim organitzat atès que el Congrés va donar instruccions perquè aquesta es conformés lliurement a l'hora de posar en pràctica les seves mesures correctives. El Tribunal Suprem ha mantingut que la RICO pot ser aplicada tant a empreses (per aquesta raó exerceix una important funció en la lluita contra els *white-collars crimes*) com a entitats sense ànim de lucre.

“Congress specifically called for liberal construction of the Act. RICO, therefore, seeks to protect legitimate business and enterprises from corruption by organized crime”.⁹¹

3.2. Lliure configuració legal i sistema dual

L'esmentada *vis expansiva* es deu principalment a l'anomenada "*liberal construction clause*" de la llei. La doctrina jurisprudencial de la Cort Suprema s'ha expressat en sentit favorable a la citada clàusula, encara que no s'ha oblidat de recordar que la llibertat de conformació té uns límits.⁹² Els fiscals utilitzen la RICO en una àmplia varietat de contextos

⁹⁰ Ragland, S.P., "Using the Master's Tools: Fighting Persistent Polze Misconduct with Civil RICO", a *American University Law Review*, vol. 51, 2002, p. 148, el text també està disponible online a <http://www.wcl.american.edu/journal/lawrev/51/raglandpp.pdf?rd=1>.

⁹¹ Ragland, S.P., *Using the Master's Tools...*, op. cit., p. 148.

⁹² Vid. *Reveus vs. Ernst & Young*, 507 U.S. 170.183 (1993), on es diu que la "*liberal construction clause*" no és «an invitation to apply RICO to *new* purposes that Congress never intended».

delictius⁹³ per la seva facilitat aplicativa i perquè no precisa la demostració de l'element subjectiu de la culpabilitat (*mens rea*) més enllà del que té relació amb els il·lícits previs, comptant a més a més amb sancions més greus que aquelles que es dictarien contra l'imputat pels delictes subjacents.

La RICO presenta una estructura dual (criminal/civil). És a dir, que a més de la persecució dels delictes pels procediments criminals, la RICO permet als actors privats, al govern i les agències intentar aconseguir indemnitzacions en els casos de demandes civils. Els avantatges del sistema dual, característica pròpia del model nord-americà, han estat posats de manifest pels estudiosos més autoritzats. Segons Mann:

" [T]he integrity of decision-making processes drew strength from the checks and balances created by the institutional interdependence of procuris and criminal prosecutors; each decision-maker knew that another entity was making many of the same assessments. In addition, the government enjoyed extra leverage over potential defendants by being able to pursue two avenues simultaneously. In parallel enforcement proceedings, defendants risked getting one penal 'ratcheted up' if they obtained a good settlement in the other; to avoid this risk, defendants had to donial with both antagonists at once".

Aquest estudiós també va posar de manifest els avantatges de tenir – al costat del sistema criminal– l'“experiència particular” d'una agència administrativa que posseeix “per endavant experiència amb presumptes responsables d'infraccions i amb el dret substantiu sobre el qual té autoritat reguladora” conjugant-la amb “importants avantatges en comprendre la serietat d'un delicte concret” i permetent que “jugui un paper fonamental en distingir els casos que mereixen sancions criminals d'aquells que mereixen sancions civils, en especial quan es presenten ambdós tipus de sanció”.⁹⁴

⁹³ En aquest sentit, vid. LAXMIDAS SAWKAR, A., *From the Mafia to Milkinng Cows: State RICO Act Expansion*, a *Arizona Law Review*, vol. 41, 1999, p. 1133-1135.

⁹⁴ Newkirk, T.C. – Brandriss, I.L., *The Advantages of a Dual System: Parallel Streams of Civil and Criminal Enforcement of US Securities Laws*, a *International and Comparative Corporate Law Journal*, vol. 2, 2000, p. 29-57, on es fa esment de Mann, K., *Punitive Civil*

Segons el § 1964 de la RICO, el Fiscal General o un demandant particular poden interposar una demanda civil tant als tribunals estatals com als federals. La RICO permet obtenir indemnització conforme a equitat en els supòsits de desposseïció de participacions a empreses, restricció en activitats o inversions futures i dissolució o reorganització de l'empresa⁹⁵. En efecte, la doctrina ha destacat que:

*"While perhaps most people think of criminal sanctions in the RICO context, the earliest inceptions of the law envisioned civil remedies. Civil RICO creates elements that have no common law counterparts. Coupled with section 1962, the general RICO prohibitions, civil RICO provides a powerful framework for plaintiff. Provisions for nationwide service of process, recovery of treble damages, and attorney's fees, make civil RICO an attractive statute for the plaintiff's attorney".*⁹⁶

3.3. Elements del delicte

Segons explica Michele Sacks, la secció 1962 de la RICO

"prohibeix a qualsevol persona (i) usar uns beneficis obtinguts d'alguna forma de crim organitzat o del cobrament d'un deute il·legal per adquirir una participació en una empresa que influeixi en el comerç interestatal; (ii) adquirir o mantenir, mitjançant alguna forma de crim organitzat o del cobrament d'un deute il·legal, una participació en una empresa que influeixi en el comerç interestatal, (iii) dur a terme o participar en la gestió dels afers d'una empresa que influeixi en el comerç interestatal mitjançant alguna forma de crim organitzat o de cobrament d'un deute il·legal; o (iv) conspirar per participar en alguna d'aquestes activitats.

Per processar un acusat segons la RICO, el govern ha de provar que l'acusat (i) en perpetrar dues o més accions que suposin alguna forma de crim organitzat, (ii) directament o indirectament va invertir,

Sanctions: the Middleground Between Criminal and Civil Law, a *Yale Law Journal*, vol. 101 (1992), p. 1866-1867.

⁹⁵ 18 U.S.C. § 1964 (a).

⁹⁶ Ragland, S.P., *Using the Master's Tools...*, op. cit., pp. 161-162.

va tenir accions o va participar en una empresa (iii) les activitats de la qual inflüen en el comerç interestatal o extern".⁹⁷

3.4. Requisites de la imputació

Primerament una imputació conforme a la llei en qüestió necessita que s'hagin realitzat dos o més delictes que configuren una "activitat criminal organitzada". Els imputats segons la RICO no han d'haver estat condemnats per cada delicte subjacent abans que es formuli una acusació segons la RICO. De fet, els delictes subjacents pels que l'acusat ha estat absolt poden servir com a base d'una imputació d'un delicte conforme a la RICO⁹⁸.

"A pattern is established by first demonstrating a minimum of two racketeering acts in ten-year period. Additionally, some common scheme, plan, or motiva must connect the acts. Furthermore, repetitive acts against a single victim within a small time frame do not establish a RICO pattern, as RICO demands an ongoing design. [...] Generally, to establish a RICO pattern, the plaintiff must show a threat of continuing activity or a close period of repeated conduct [...]"⁹⁹

Segons el § 1961(l), el terme *racketeering activity* (activitat criminal organitzada) inclou una gran varietat de delictes estatals i federals. Aquests delictes inclouen: certes conductes contra les quals es poden presentar càrrecs de conformitat amb les lleis estatals i que es castiguen amb la pena de presó de més d'un any¹⁰⁰; activitats procesables d'acord amb disposicions específiques del Títol 18¹⁰¹; conductes procesables d'acord

⁹⁷ Sacks, M., "Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act", a *American Criminal Law Review*, Vol. 42, no. 2, Spring 2005, p. 828.

⁹⁸ En el cas *Sedima, S.P.R.L. vs. Imrex CO. Inc.*, 473 U.S. 479, 488 (1985), s'estableix: "As defined in the statute, racketeering activity consist not of acts for which the defendant has been convicted, but acts which he could be".

⁹⁹ Ragland, S.P., *Using the Master's Tools...*, op. cit., p. 154.

¹⁰⁰ S'inclouen delictes com: assassinat, segrest, incendi, joc clandestí, robatori, suborn, extorsió, actes obscens, etc.

¹⁰¹ S'inclouen actes relacionats amb el suborn, suborn en l'esport, falsificació, robatori en el transport interestatal, malversació de fons de pensions i fons de previsió social, extorsió en les transaccions de crèdit, frau i activitats relacionades o en connexió amb documents identificatius; transmissió d'informació relacionada amb el joc, frau postal, frau telegràfic, frau a les institucions financeres, obtenció il·legal de la ciutadania o nacionalitat,

amb disposicions específiques del Títol 29¹⁰²; delictes federals relacionats amb la fallida, el frau de valors o drogues controlades; conductes imputables segons la *Currency and Foreign Transactions Reporting Act* (Llei sobre Informes en Matèria de Transaccions Monetàries i Estrangeres); activitats procesables segons els §§ 274, 277 o 278 de la *Immigration and Nationality Act*, si les esmentades accions s'han realitzat per obtenir un benefici i qualsevol conducta imputable segons alguna de les disposicions que apareixen en el § 2332b(g)(5)(B). Per mitjà de la *Comprehensive Crime Control Act of 1984* (Llei Integral de Control del Crim de 1984), el Congrés va estendre la definició d' "activitat criminal organitzada" segons la RICO fins a incloure els afers relacionats amb materials obscens o ofensius, així com la falta d'informació sobre transaccions monetàries i estrangeres. L'*Antiterrorism and Effective Death Penal Act of 1996* (Llei sobre Antiterrorisme i Pena de Mort Efectiva de 1996) va estendre l'efectivitat de les disposicions de la RICO per permetre la seva aplicació a diversos delictes d'immigració.

3.5. RICO i criminalitat d'empresa

Per violar la RICO una persona ha d'adquirir directa o indirectament una participació o gestionar una "empresa". El terme "empresa" inclou

falsificació dels documents de nacionalitat o ciutadania, venda dels documents de nacionalitat o ciutadania, material ofensiu o immoral, obstrucció a la justícia, obstrucció a les investigacions, obstrucció a la investigació criminal, obstrucció a l'execució de la llei/dret local o estatal, manipulació de testimonis, víctimes o informadors, declaracions falses en l'aplicació i ús d'un passaport, falsificació o ús fals d'un passaport, ús indegut d'un passaport, frau o ús indegut de visats, permisos i altres documents, explotació i esclavitud, interferència al comerç, robatori o extorsió, xantatge, transport interestatal d'objectes d'apostes, pagaments il·legals de fons de previsió social, negocis d'apostes il·legals, blanqueig d'instruments monetaris, relació en transaccions monetàries de propietats obtingudes a partir d'activitats il·legals específiques, ús dels serveis de comerç interestatal per cometre assassinats a sou, explotació sexual de menors, transport interestatal de vehicles robats i altres propietats robades, tràfic de reproduccions musicals amb marques falsificades, programes informàtics o documentació o embalatge de programes i còpies de pel·lícules o altres treballs audiovisuals; delictes contra els drets d'autor, captació i tràfic no autoritzat de gravacions de so i vídeos d'actuacions musicals en viu, tràfic de mercaderies o serveis que continguin marques falsificades, tràfic de certs vehicles o parts d'aquests, tràfic de tabac de contraban, i tracta de blanques, 18 U.S.C. § 1961 (1)(B).

¹⁰² S'inclou qualsevol conducta sancionable segons el 29 U.S.C. § 186 (2000), relacionada amb la falta de pagaments i préstecs a sindicats, o § 186 (c) relacionada amb la malversació de fons sindicals, 18 U.S.C. § 1961 (1)(C).

"qualsevol individu, societat, corporació, associació i una altra entitat legal, i qualsevol unió o grup d'individus associats encara que sense constituir una entitat legal".¹⁰³ Resulta irrellevant el fet que l'acusat tingui (només) uns interessos (*a stake*) en el funcionament de l'empresa atès que els individus fora del negoci poden ajudar a fer que aquest aconseguixi els seus objectius il·legals.¹⁰⁴ En aquest sentit, ha observat Ragland que

"RICO defines enterprise very broadly, including entities and informal associations. Labour unions, corporations, and even individuals can fit the definition. The definition remains silent on the applicability to state and local entities. While the Supreme Court has not specifically addressed this definition issue, nearly all lower federal courts agree that state and local entities can constitute enterprises under RICO. [...] Criminal RICO enterprise can include state and local police departments and local prosecutor *office*".¹⁰⁵

Una qüestió recurrent és el tipus i la suficiència de la prova que el govern ha d'oferir per declarar l'existència d'una "empresa RICO". Una "empresa és una estructura de relacions entre individus o entitats".¹⁰⁶ Malgrat que els districtes judicials han d'adoptar encara una definició uniforme d'empresa, tots exigeixen que l'empresa RICO contra la qual es realitza l'acusació tingui algun tipus d'estructura organitzativa. Quan l'empresa de què es tracta és una *legal entity*, l'element empresarial se satisfà gràcies a la simple prova que l'entitat té, de fet, existència legal.¹⁰⁷

L'existència d'activitat criminal organitzada i d'activitat d'empresa constitueixen distints elements en el marc d'una imputació emparada en la

¹⁰³ 18 U.S.C. § 1962(a)-(c).

¹⁰⁴ En aquest sentit vid. el cas *United States vs. Mokol*, 957 F.2d 1410, 1417 (7th Cir. 1992): "*holding for purposes RICO, former deputy sheriff was "associated with" amusement company which distributed illegal video poker masclats because owner of company paid bribes to deputy police protection to its poker masclats and to drive other vendors out of the business, even though deputy was not associated with legitimate business conducted by company*".

¹⁰⁵ Ragland, S.P., *Using the Master's Tools...*, op. cit., pp. 156-157.

¹⁰⁶ Slocum, B., "RICO and the Legislative Supremacy Approach to Federal Criminal Law Making", a *Loyola University Chicago Law Journal*, 2000, pp. 639-643

¹⁰⁷ En el cas *Webster vs. Omnitrition International Inc.*, 79 F.3d 776, 786 (9th Cir. 1996) es va establir que la "*corporate entities have a legal existence separate from their participation in the racketeering, and the very existence of a corporation meets the requirement for a separate structure*".

RICO; no obstant això, potser la prova necessària per demostrar-los coincidirà¹⁰⁸. La sentència *United States vs. Turkette* representa tot un *leading case* quant a l'aplicació de la RICO als *white-collars crimes*. En paraules de Ficar Johnstone:

*"The Supreme Court, the case United States vs. Turkette addressed the qüestió as to what constituted acts amounting to organised crime – could an 'enterprise' be organised crime? In response, the Supreme Court found an 'enterprise' to be 'any individual, partnership, corporation, association, or other legal entity', and also 'any union or group of individuals associated in fact although not a legal entity. It decided the legitimacy of the organization could not be substituted as some type of characterisation evidence for obvious violations of racketeering and corruption".*¹⁰⁹

3.6. Conductes imputables i empreses¹¹⁰

Entre les conductes delictives que el § 1961 prohibeix de forma expressa s'inclou: invertir beneficis obtinguts com a fruit d'alguna forma de criminalitat organitzada¹¹¹; adquirir o tenir una participació en una empresa mitjançant alguna forma de criminalitat organitzada¹¹²; gestionar els afers d'una empresa mitjançant alguna forma de criminalitat organitzada¹¹³; i conspirar per realitzar alguna de les activitats anteriors¹¹⁴.

3.6.1. Inversió dels guanys procedents d'una activitat criminal organitzada

¹⁰⁸ En el cas *United States vs. Turkette*, 452 U.S., 583 (1981) es deixa clar que "*finding 'enterprise' is an entity, whereas 'pattern of racketeering activity' is a series of criminal acts*".

¹⁰⁹ Johnstone, P., - Brown, G., *Internationals Controls of Corruption...*, op. cit. p. 220.

¹¹⁰ Recentment, sobre empreses i criminalitat organitzada, vid. Marine, F.J., "The Effects of Organized Crime on Legitimate Business", a *Journal of Financial Crime*, vol. 13, issue 2, 2006, pp. 214-234.

¹¹¹ 18 U.S.C. § 1962 (a).

¹¹² 18 U.S.C. § 1962 (b).

¹¹³ 18 U.S.C. § 1962 (c).

¹¹⁴ 18 U.S.C. § 1962 (d).

El § 1962(a) prohibeix l'establiment i gestió, o adquisició d'una participació en qualsevol empresa relacionada o que influeixi en el comerç interestatal o exterior amb ingressos procedents, directa o indirectament, d'algun tipus d'activitat criminal organitzada. El paràgraf (a) contempla clarament el clàssic cas d'inversions de la màfia, en què els criminals organitzats obtenen el control d'un negoci no corrupte en invertir els beneficis procedents del joc o altres activitats il·legals. En paraules de Ragland:

“A person violate § 1962 of the RICO statute when she engages in a racketeering pattern connected to creating, controlling, or acquiring an enterprise used for racketeering”.¹¹⁵

3.6.2. Adquisició il·legal d'una participació en una empresa

El § 1962(b) prohibeix que “qualsevol persona” adquireixi o mantingui, “gràcies a algun tipus d'activitat criminal organitzada” una participació en “una empresa relacionada en o amb activitats que influeixin en el comerç interestatal o exterior”. D'aquesta manera el § 1962(b) es dirigeix a altres casos en què els criminals organitzats perpetren *racketeering acts* per fer-se amb el control de negocis legals. Com el § 1962(a), el § 1962(b) rarament constitueix el fonament d'una demanda RICO.¹¹⁶ A diferència del § 1962(a), el § 1962(b) no exigeix que l'imputat hagi obtingut guanys de l'activitat criminal organitzada.

3.6.3. Gestió d'una empresa mitjançant actes criminals

El § 1962(c) prohibeix que les persones empleades per una empresa o associades amb una empresa, gestionin o participin en la gestió dels seus afers mitjançant algun tipus d'activitat criminal organitzada. Per això requereix la subsistència d'una relació entre l'activitat criminal i l'empresa.

En el cas *Reveus vs. Ernst & Young*¹¹⁷, la Cort Suprema va mantenir que el nexa necessari existeix només quan el conjunt d'actes criminals de l'imputat

¹¹⁵ Ragland, S.P., *Using the Master's Tools...*, op. cit., p. 151.

¹¹⁶ Sacks, M., *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act...*, op. cit., p. 844.

¹¹⁷ *Reveus vs. Ernst & Young*, 507 U.S. 170 (1993).

"assoleixen el nivell" de participació en la gestió de l'empresa (*participation in the 'management' or operation of the enterprise*). Ara bé, els actes que corresponguin a decisions de baix nivell potser no suposin participació en els afers de l'empresa. En efecte, la doctrina considera que el subjecte ha d'estar a la direcció de l'empresa per gestionar els afers de l'esmentada empresa¹¹⁸ o participar en aquesta. La doctrina ha destacat que:

" One significant hurdle in meeting the RICO enterprise element in the operation-or 'management' test introduced in Bennett vs. Berg and elucidated in Reveus vs. Ernst & Young. This test requires the defendant be associated with the racketeering enterprise and participate in the conduct of its affairs" .¹¹⁹

Reveus no exclou els professionals, com advocats i auditors¹²⁰, d'estar subjectes a la RICO; no obstant això:

" The Court in Reveus heeld the gross misconduct of an accountant who prepared fraudulent reports for a Farmer's Cooperative did not pass the Bennet operation-or-management test. Because the accountant had no role, direct or indirect, in conducting the Cooperative's affairs, his misconduct remained outside the scope of RICO" .¹²¹

Potser l'empresa resulti ser "gestionada" per terceres persones "associades amb" l'esmentada empresa que exerceixin control sobre ella, per exemple, mitjançant suborn. En aquest sentit, en el cas *United States vs. Parise*, la Cort va considerar que:

¹¹⁸ Blakey, G.R., Roddy, K.P., "Reflections on Reveus vs. Ernst & Young: Its Meaning and Impact on Substantivi, Accessory, Aiding Abetting and Conspiracy liability Under RICO", a *American Criminal Law Review*, vol. 33, 1996, pp. 1345-1366.

¹¹⁹ Ragland, S.P., *Using the Master's Tools...*, op. cit., p. 157.

¹²⁰ Sobre la responsabilitat d'aquests subjectes, vid. Hemraj, M.B., "The liability of accountants and auditors under the Federal Securities Acts and the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act in the USA", a *Journal of Financial Crime*, vol. 10, Issue 2, 2002, pp. 159-165.

⁸⁹ Ragland, S.P., *Using the Master's Tools...*, op. cit., p. 157.

⁹⁰ *United States vs. Parise* 159 F.3d (3d Cir. 1996) 790,796.

*"Affirming RICO conviction of defendant who bribed union employees because, even though defendant did not hold a formal position in the enterprise, he knew of the general nature of the enterprise and knew it extended beyond his individual role".*¹²²

3.6.4. Conspiració

L'article 1962(d) prohibeix la conspiració perquè viola les disposicions del §1962. El personal intern (*employees*) i extern (*outsiders*) que no resulti responsable per actes de gestió i administració com a partícips de l'empresa segons el §1962(c), potser serà culpable com a conspirador segons l'article §1962(d).

*"No hi ha normes que exigeixin al govern que demostrï que un conspirador sabia de totes les accions criminals by the insiders in the furtherance de la conspiració [...] Per ser condemnat per conspiració, només s'ha de demostrar que una persona hagi tingut un coneixement of only the general contours de la conspiració".*¹²³

D'aquesta manera, un acusat que no sigui culpable d'una conducta material delictiva encara podria ser condemnat per conspiració si existeixen proves d'un acord per desenvolupar l'esmentada conducta. En aquest sentit recordem el cas *Smith vs. Berg*, en què es declara:

*"Holding defendant could be convicted of conspiracy to violate RICO even though he could not be charged with committing a substantivi predicate act".*¹²⁴

3.7. Corrupció pública i altres aplicacions recents de la RICO

¹²³ Sacks, M., *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act...*, op. cit., p. 846.

⁹² *Smith vs. Berg*, 247 F.3d (3d Cir. 2001).

⁹³ Lynch, G.E., "The Crime of Being Criminal", a *Columbia Law Review*, vol. 87, 1987, p. 661; per a una resposta a aquest polèmic article, que destaca la utilitat de la RICO, vid. Goldsmith, M., "Rico and Enterprise Criminality: A Respon-se to Gerard E. Lynch", a *Columbia Law Review*, vol. 88, 1988, p. 774.

Recentment, la RICO s'ha emprat d'una forma poc convencional, com es pot comprovar observant les denúncies presentades en una gran varietat de casos, que comprenen les protestes (*protests*), la indústria tabaquera (*tobacco industry*), les demandes de divorci (*divorce*), els fraus en els serveis sanitaris (*health care fraud*) i la mala conducta per part de la policia (*police misconduct*). En realitat, la RICO ha estat utilitzada més enllà de la lluita contra la criminalitat organitzada, com la màfia, i ha destacat la seva utilitat i efectivitat en altres àmbits que comprenen els delictes de coll blanc (*white-collar crimes*) i l'explotació de la prostitució (*prostitution rings*). Però sobretot, en el marc de l'estudi que s'està desenvolupant, és necessari posar de manifest l'efectivitat de la RICO com a eina utilitzada contra la corrupció pública (*government corruption*); en efecte Gerald Linch, en un provocador article, ha observat que *la tercera part de les imputacions fundades en la RICO es refereixen a casos de corrupció pública*.¹²⁵

3.7.1. Els delictes comesos per les forces de Policia

Sembla igualment interessant destacar l'ús poc tradicional que se li ha donat a la RICO en demandes contra la policia.¹²⁶ Per exemple, es tracta de casos en què un demandant que ha estat condemnat per diversos delictes relacionats amb els narcòtics presenta una demanda RICO contra els oficials de policia, al·legant que aquests el van detenir i el van escorcollar de forma il·legal, li van endossar drogues, el van arrestar il·legalment i van realitzar un ús excessiu de la força. En aquests casos, s'ha permès que el plet es tractés segons la teoria de la RICO.¹²⁷ Així, s'ha argumentat que a causa de les barreres que es presenten en els processos de corrupció i comportament il·lícit de la policia, la RICO civil pot funcionar com una eina útil i important en la lluita contra la corrupció i la conducta policíaca incorrecta (*police misconduct*).

¹²⁶Cfr. Ragland, S.P., *Using the Master's Tools...*, op. cit., que comenta de forma exhaustiva l'ús de la RICO com a eina per perseguir els casos de corrupció i mala conducta policial per mitjà d'una interessant casuística.

¹²⁷ Vid. SACKS, M., *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act...*, op. cit., p. 875.

Capítol 4

LA LLEI CONTRA LA CORRUPCIÓ GLOBAL *La Foreign Corrupt Practice Act de 1977*

"[...] trouble on the far side of town becomes a plague on everyone's house".

President Clinton

4.1. *La Foreign Corrupt Practice Act*. Introducció

La recent ratificació i la corresponent implementació per part dels Parlaments d'Itàlia, Espanya i França, del Conveni Anticorrupció de l'OCDE (*The Convention on Combating Bribery of Foreign Officials in International Business Transactions* de 17 de desembre de 1997)¹²⁸, aproxima aquests països europeus a la lluita que altres Governos ja han emprès contra certes conductes d'empreses multinacionals abans considerades substancialment innòcues. A aquests efectes, serà interessant conèixer l'experiència acumulada durant tres dècades als EUA en virtut de la *Foreign Corrupt Practice Act*¹²⁹. La comparació, en aquest sentit, pot aportar, més enllà de reflexions, lliçons útils sobre el funcionament i l'aplicació d'una normativa anticorrupció caracteritzada per una vocació global.

La *Foreign Corrupt Practice Act* de 1977¹³⁰ (i les seves modificacions de 1988 i 1998), és un acte legislatiu del Congrés dels Estats Units, inclòs com a part del *Securities Exchange Act* de 1934, que d'una banda prohibeix a les

¹²⁸ D'ara en endavant "Conveni OCDE".

¹²⁹ *Foreign Corrupt practice Act of 1977*, 'Pub'. L. Núm. 95-213 (1977). EL text del FCPA ha modificat en diverses parts el volum 15 de l'*United States Code* (USC) en especial els §§ 78 dd-1, dd-2, 78ff.

¹³⁰ D'ara en endavant FCPA.

empreses nord-americanes corrompre funcionaris estrangers a fi d'obtenir o mantenir negocis i, d'una altra, les obliga a instituir certs estàndards a nivell del sistema de comptabilitat i de control intern.

Aquí es comentaran, en primer lloc, les raons per les quals el Congrés va considerar necessari dictar l'esmentada mesura; en segon lloc, els elements més destacats de la normativa i els seus efectes a les empreses; finalment, després d'haver pres en consideració alguns dels casos més interessants que han vist l'aplicació de la FCPA, es desenvoluparà una reflexió sobre la política nord-americana anticorrupció¹³¹ entre acció unilateral i cooperació internacional.

Des del principi d'aquesta anàlisi cal destacar un primer factor d'interès relatiu a aquesta norma: es tracta de la seva funció paradigmàtica. En efecte, la FCPA constitueix el model inspirador de la pròpia Convenció OECD, de la qual no sols en reflectiria la intenció moralitzadora, sinó també la terminologia i l'estructura en general¹³². A més a més els EUA estaven entre els primers països a ratificar el Conveni OECD, fins i tot es van avançar a la ratificació reformant la seva pròpia legislació nacional –el FCPA– el 1998, és a dir, poc després de la signatura del Conveni de 1997. Probablement dues raons van contribuir a l'exportació de la FCPA:

1. L'excepcional rellevància adquirida per la lluita contra la corrupció en els anys vuitanta i noranta del segle passat.¹³³ No es pot oblidar

¹³¹ Els canvis en el poder polític de Washington semblen tenir una important transcendència en les modalitats a través de les quals la legislació anticorrupció s'invoca pel Departament de Justícia i per la *Security and Exchange Commission* (SEC). Aquesta consideració val tant pel passat com per a l'actual administració; entre altres motius, això es deu al control que el Ministre de Justícia (designat pel President) exerceix en els nomenaments dels titulars de les investigacions criminals. Mathews va dir que "*After a prolonged lull in the Reagan and Bush administrations, the Security and Exchange Commission [...] and the Department of Justice [...] renewed prosecutorial interest in the civil and criminal enforcement of the foreign bribery/corrupt foreign payments provisions*" del FCPA; Vid. Mathews, A.F., "Defending SEC and DOJ FCPA Investigations and Conducting Related Corporate Internal Investigations: The Triton Energy/Indonesia SEC Consent Decree Settlement", a *Journal of International Law and Business*, Vol. 18, núm. 2, 1988, p. 305.

¹³² Vid. Corr, C.F. i Lawler, J., "Damned if you do, damned if you don't? The OECD Convention and the globalization of anti-bribery measures", a *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 32, 1999, pp. 1252 i ss., aquests autors arriben a definir el FCPA com "the precursor of the OECD Convention".

¹³³ Vid. Mathews, A.F., "Defending SEC..." nota a peu de pàgina núm. 8.

amb quina vehemència l'opinió pública va contestar els escàndols destapats per la magistratura penal que van involucrar *l'establishment* polític i econòmic de molts països com Itàlia, França, Espanya, Bèlgica, Argentina, Brasil, sense comptar amb aquells països com Indonèsia o República Popular Xina, on la incidència de l'opinió pública és menor. Ara bé, en aquest context però prescindint de qualsevol valoració sobre els resultats de tal "moviment", l'atenció dels estudiosos s'ha centrat en l'observació dels casos de corrupció tractats pels tribunals nord-americans, on persones físiques i jurídiques¹³⁴ han estat jutjades i condemnades per haver mantingut relacions corruptes amb autoritats d'altres països. I malgrat que certament els jutges van haver de superar molts límits a causa de la immunitat dels funcionaris estrangers sospitosos d'haver rebut pagaments il·legals¹³⁵, les normes de la FCPA es presentaven com un model de regulació extraterritorial anticorrupció.

2. La segona raó pot trobar-se en el peculiar ambient internacional de la globalització econòmica. Alguns interessos semblen ser universalment compartits pels principals actors: entre ells destaca la lluita contra la corrupció; aquesta última és considerada com una pràctica poc eficient per a una òptima assignació dels recursos econòmics a nivell global i com una evidència pròpia de sistemes econòmics malalts.¹³⁶ En qualsevol cas, en una economia

¹³⁴ El U.S.C., vol. 1, § 1, estableix: "*the words "person" and "whoever" inclou corporations, companies, associations, firms, partnerships, societies and joint stock companies, as well as individuals*". A Europa occidental –el cas espanyol i italià semblen paradigmàtics– el concepte de culpa ha representat un obstacle per la superació de principi llatí *societas delinquere non potest*; encara que sembla que una evolució en sentit contrari a l'esmentat principi s'està fent evident en virtut del procés d'integració europea. El segon protocol del Conveni establert sobre la base de l'article K.3 del Tractat de la Unió Europea –relatiu a la protecció dels interessos financers de les Comunitats Europees, fet a Brussel·les el 26 de juliol de 1995 (Conveni que va entrar en vigor de forma general i per a Espanya el 17 d'octubre de 2002)– en els articles 3 i 4 indirectament empeny els estats membres a adoptar les mesures dirigides a reconèixer la responsabilitat de les persones jurídiques pels delictes de frau, reciclatge i corrupció. No obstant això, l'Estat té una àmplia discrecionalitat a l'hora de donar execució al conveni, encara que el mateix informe explicatiu deixi ben clar que les sancions hauran de tenir un caràcter punitiu i anar més enllà de la simple indemnització dels danys o de la reintegració d'allò percebut indegudament.

¹³⁵ *Infra vid.* cas *United States vs. Castle*.

¹³⁶ Sembla superada la teoria segons la qual la corrupció, en presència de certes condicions pròpies de determinats països en via de desenvolupament, constitueixi un requisit fonamental de la vida comercial i que resulti substancialment inútil lluitar contra

globalitzada, la preocupació envers la corrupció és normal que sobrepassi les fronteres de l'Estat nacional i se situï al mateix nivell del camp de joc dels actors econòmics.¹³⁷

Aquest últim argument també sembla haver afectat la justificació de la normativa en qüestió. En efecte, es veurà com l'origen de la FCPA parteix dels escàndols ocorreguts als EUA en els anys setenta, arran dels quals el Congrés, preocupat per la pèrdua de credibilitat de sistema nord-americà, va adoptar una mesura dirigida a assegurar als inversors la moralitat d'aquest. En canvi, avui en dia sembla que la denúncia de la immoralitat hagi deixat lloc a la consideració de l'antieconomicitat de la corrupció per al sistema.¹³⁸ S'ha comentat que sobre la base d'una argumentació estrictament econòmica pot observar-se un canvi en els polítics i en els funcionaris públics d'alguns països en via de desenvolupament, que deixarien d'identificar la lluita contra la corrupció amb una batalla imperialista destinada a exportar les concepcions ètiques dels països occidentals.¹³⁹

4.2. La FCPA. Un enfocament històric

Cal tenir present que la FCPA no representa l'únic intent dels EUA de lluitar contra les conductes relacionades amb la corrupció fora del seu àmbit territorial.¹⁴⁰ En efecte, existeix un règim similar per als delictes com la

ella. Vid. Heidenheimer, A. i Scott, J., "Corruption, machine politics and political change", a *the Amèrica Political Science Review*, 63, p. 1142.

¹³⁷Vid. Franzini, M., "Riflessioni sull'economia anti-corruzione", a *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 1997, 1, p. 185.

¹³⁸ El FMI ha elaborat una llista de conseqüències econòmiques negatives de la corrupció, com la disminució dels recursos destinats a inversions productives, la reducció de l'eficàcia de les ajudes econòmiques als països subdesenvolupats, la menor qualitat de les infraestructures i dels serveis públics. Vid. el *working paper* del FMI de Tanzi, V. i Davoodi, H., *Corruption, growth and public finances*, WP/00/182, de novembre de 2000.

¹⁰⁷ Vid. Posadas, A., "Combating corruption under international law", a *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 10, 2000, p. 410. Harms, B.C., "Holding public officials accountable in the international realm: a new multi-layered strategy to combat corruption", a *Cornell International Law Journal*, vol. 33, 2000, p. 166.

¹⁴⁰ Per a una anàlisi exhaustiva, vid. Lowell Brown, H., "The extraterritorial reach of the U.S. Government's campaigning against international bribery", a *Hasting international and comparative law review*, vol. 22, 1999, p. 522.

transferència de fons a l'exterior¹⁴¹ per corrupció, els viatges a l'exterior en connexió amb el pagament de suborns¹⁴², i el trasllat de grans quantitats de diners sense la comunicació necessària a les autoritats fiscals¹⁴³. Des de fa temps, a més a més, existeixen als EUA regles concretes relatives als pagaments rebuts a l'exterior a canvi de llicències per a l'explotació de l'anomenada "tecnologia sensible".¹⁴⁴ El primer acte legislatiu que el Congrés va adoptar per oposar-se a la corrupció fora de l'àmbit tradicional de la jurisdicció federal va ser una llei de 1958 que prohibia la desgravació dels pagaments efectuats per subornar (*bribes*) a funcionaris estrangers als efectes del càlcul de la base imposable.¹⁴⁵ No obstant això, malgrat l'existència d'altres nombroses regulacions anticorrupció (com les que s'acaben de citar), la FCPA revela la seva especificitat i especialitat, això és, la declarada intenció de perseguir aquells pagaments que integrin actes de corrupció de funcionaris públics no nord-americans comesos per subjectes relacionats amb els EUA, sobre la base d'un vincle que fins i tot pot arribar a ser bastant tènue.

En els anys setanta del segle XX, les investigacions originades arran de l'escàndol del *Watergate* van fer emergir una realitat desconeguda per al públic americà. De fet, si en un principi les investigacions es van centrar en l'elit política i econòmica nord-americana (i en el paper de les grans empreses en el finançament del sistema polític), aviat es van estendre a les contribucions que aquelles mateixes empreses realitzaven per influenciar les campanyes electorals a l'exterior. En substància, es van descobrir "fons ocults" i artificis comptables creats per subornar funcionaris d'altres governs que, per tant, no apareixien en els registres societaris. Les vistes celebrades abans del Congrés van revelar fets i esdeveniments que, a més de posar de manifest una pràctica comuna entre les empreses nord-americanes, perjudicaven l'estabilitat i la credibilitat de molts governs.¹⁴⁶

¹⁴¹ El delicte de blanqueig de diners, previst pel 18 U.S.C. § 1956(a)(2).

¹⁴² El que implica una violació del *Travel Act*, 18 U.S.C. § 1961-1968.

¹⁴³ Per portar 10.000 \$ o més fora d'EUA cal efectuar una comunicació a les autoritats segons el *Currency and Foreign Transactions Reporting Act*, 31 U.S.C. § 5311-5330

¹⁴⁴ Segons el que estableix l'*Arms Export Control Act*, 22 U.S.C. §2779 i el seu desenvolupament reglamentari.

¹⁴⁵ *Internal Revenue Code*, 26 U.S.C. 162(c) (1994).

¹⁴⁶ Posadas, A., *Combating corruption...*, op. cit., p. 348.

La investigació que va posar de manifest l'afer dels suborns realitzats a l'exterior es va iniciar el 1973, quan el *Watergate Special Prosecutor* Archibald Cox va demanar que es comunicuessin de forma voluntària els eventuais pagaments il·legals realitzats durant la campanya electoral presidencial de 1972. Les informacions que es van obtenir van despertar les sospites que nombroses multinacionals van contribuir il·legalment a la campanya electoral i van transferir fons a governs i partits polítics estrangers.¹⁴⁷ Sobre la base d'aquestes informacions, la *Securities and Exchange Commission*¹⁴⁸ va començar a investigar pel seu compte i, el 1975, va denunciar davant les autoritats judicials cinc grans empreses. En aquestes circumstàncies, la SEC va proposar un tractament de favor per a aquelles empreses que voluntàriament haguessin declarat els pagaments sospitosos a funcionaris estrangers. Durant les successives vistes celebrades davant la Cambra dels Representants i el Senat, es va produir una extensa documentació sobre les relacions entre el món economicofinancer i diversos Governos estrangers. Les corresponents conductes no sols van ser reconegudes com a contràries als principis d'una sana economia de lliure mercat, sinó també a la política exterior americana en general que, segons va declarar el Senat, preveia la persecució dels interessos econòmics dels EUA a l'exterior a través de mètodes legals.¹⁴⁹

Malgrat el clamor de les revelacions, el problema semblava de difícil solució des del punt de vista jurídic. La SEC tenia competència només sobre la falta d'informacions rellevants per al mercat borsari, mentre que el pagament de suborns a l'exterior, en si, no es podia perseguir sobre la base de les lleis existents, per tant la SEC podia adoptar només certes mesures aproximatives. A finals de l'any 1975, fou el Congrés qui va prendre un paper decisiu: la quantitat d'activitats il·legals o sospitoses resultava

¹⁴⁷ Sobre els efectes del cas Watergate en el procés d'elaboració del FCPA, vid. Muffler, S., "Proposing a treaty on the prevention of international corrupt payments: cloning the FCPA in not the answer", a *Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, 1995, p. 5.

¹⁴⁸ La SEC és una autoritat independent la competència de la qual als EUA és comparable amb la de la CNMV a Espanya. La SEC va ser creada en els anys trenta del segle passat per defensar els estalviadors gràcies a una política de transparència i publicitat a càrrec de les empreses cotitzades. La SEC s'encarrega de l'aplicació correcta del *Securities Act* (1933), del *Securities Exchange Act* (1934), *Investment Adviser's Act* (1940), de l'*Investment Company Act* (1940), etc.

¹⁴⁹ La rellevància de l'afer es reflecteix en les paraules de Senador Frank Church, que per descriure les preocupacions de la Comissió d'investigació no va parlar d'una " *question of private or public morality*" sinó d'una " *major issue of foreign policy for the United States*".

decididament alarmant per a molts diputats i ciutadans¹⁵⁰; així doncs, es va aprovar una llei dirigida a excloure de la llei qualsevol pagament il·legal, es realitzés on es realitzés. Un informe de la SEC de 12 de maig de 1976 analitzava informacions procedents de 96 empreses, 55 de les quals estaven implicades en suborns a funcionaris estrangers i moltes més havien actuat d'una manera almenys sospitosa.

La Cambra dels Representants i el Senat van estudiar detingudament la qüestió i quan –l'estiu de 1976– semblava preremptori prendre alguna mesura legislativa, el President Ford va presentar al Congrés el seu propi projecte de llei que preveia substancialment l'obligació per a les empreses nord-americanes de declarar alguns tipus de pagaments exteriors (en realitat, només els d'import rellevant). D'aquesta manera s'evitava de considerar com a delicte el pagament en si; en efecte, la finalitat era obligar les empreses a publicar un balanç transparent, a partir del qual els

¹⁵⁰ Com a conseqüència del programa emprès per la SEC, més de 400 empreses van afirmar d'haver realitzat pagaments de suborns a l'exterior per un total de més d'1 bilion de dòlars; d'aquestes, 117 estaven incloses en el llistat de les 500 empreses citades aquell any per la revista *Fortune*, entre les quals: Lockheed, MOBIL, Exxon, McDonnell Douglas, ITT, Xerox Corporation, vid. Clinard: " *Corporate Corruption is the first wide ranging book to turn the spotlight on the unethical and illegal behavior of America's giant corporations and their executives: the prestigious Fortune 500. While avoiding the undignified zealotry of tabloid muck-raking, this well-researched volume explores corporate abuse and examines the disparity between the facts of corporate misconduct and the glowing image that advertising and other media portray of these corporations. Marshall Clinard identifies the auto, oil, pharmaceutical, and defense industries as the major offenders. He devotes a chapter to each of these areas in addition to chapters on corporate violence, corporate bribery, and a final discussion of how to correct these widespread abuses. Although their massive productive capacities and innovative powers have contributed immeasurably to the high standard of living that many Americans enjoy, far too often corporations have abused the public trust, the people who use their products, their own employees and stockholders, the environment, and even the Third World that they profess to help. From illegally disposing of hazardous waste to defiance of health and safety standards to price-fixing, corporate violations cost hundreds of millions of dollars and thousands of lives. The magnitude of their offenses becomes clear when one considers that a single corporate offense may run into millions of dollars in losses, while the average cost of a burglary is \$600 and the average larceny \$400. In some cases, the cost of a single case of corporate misconduct may exceed a billion dollars. Having published three earlier books on corporate misbehavior and having received two grants from the U.S. Department of Justice to make specific corporate studies, Clinard is well-qualified to bring insight, experience, and unblinking scrutiny to what he describes as 'a story that must be told'. Corporate Corruption is a must for anyone concerned about the widespread breakdown of ethics in contemporary society and the role played by large corporations when they abuse their power. It is also of interest to persons involved in business management, complex organizations, criminology, general ethics, and, in fact, to any responsible customer*". Clinard, M.B., *Corporate corruption: the abuse of power*, New York, 1990.

accionistes i els mercats poguessin realitzar els corresponents controls, sense necessitat de sancions penals. En contra de l'esmentada proposta "conservadora", el Senat va donar suport a una proposta molt diferent, del senador Proxmire, que pretenia criminalitzar tant la falta de publicitat i transparència dels pagaments com els propis pagaments.

Davant d'aquesta elecció legislativa, es van alçar immediatament les crítiques que es poden resumir en dos arguments:

1. *Violació de la sobirania d'altres Estats i unilateralitat de la mesura.* Es va posar en tela de judici la posició unilateral que els EUA anaven adquirint arran d'aquesta normativa i el fet que hagués pogut afectar negativament les relacions internacionals; en efecte, es va comentar que aquest programa legal que es desenvolupava per una legislació amb efectes extraterritorials comportava un problema relatiu a la violació de la sobirania dels Estats allà on l'acte – considerat delictiu en tant que "corrupció de públic oficial" – s'hagués comès. El temor era, en substància, accentuar els possibles conflictes entre jurisdiccions en ordenaments diferents, basats en diverses cultures i valors, i per consegüent en diferents normes relatives a la corrupció.¹⁵¹
2. *Raons econòmiques.* D'altra banda, el mètode projectat va ser sotmès a dures crítiques des d'una perspectiva estrictament econòmica. Nombrosos experts van subratllar que, sens dubte, la llei hagués causat desavantatges econòmics superflus a càrrec de les empreses americanes sotmeses al règim de control, respecte a la resta d'empreses competidores d'altres països, que essent lliures de subornar funcionaris estrangers, continuarien realitzant lucratiu negocis.¹⁵²

¹⁵¹ Sobre una anàlisi dels possible conflictes de jurisdicció entre diferents ordenaments procedents de l'aplicació del FCPA, vid. Crutchfield, G., "On the threshold of the adoption of global antibribery legislation: a critical analysis of current domestic and international efforts toward the reduction of business corruption", a *Vanderbilt Journal of transnational Law*, vol. 32, 1999, pp. 1 i ss.

¹⁵² Alguns autors van calcular que, com a conseqüència de l'aplicació del FCPA, les pèrdues per a l'economia nord-americana ascendirien a 15 bilions de dòlars, vid. Crutchfield, G., *On the threshold...*, op. cit., p. 22.

El Congrés va contestar la primera crítica afirmant que, en tot cas, la majoria dels països preveien la corrupció com a delicte i que per aquesta raó la lesió a la sobirania hagués resultat ser mínima; quant a la segona, va contestar que no era possible tolerar la corrupció, fos quin fos l'avantatge immediat per als EUA.¹⁵³

Una de les peculiaritats del camí legislatiu d'aquest acte va ser la rapidesa amb què el Congrés va aconseguir un acord: tots els membres del Congrés, malgrat la seva procedència política, geogràfica o cultural, van expressar el seu vot favorable a una legislació que desincentivés la corrupció en l'àmbit internacional. De fet, la proposta del Senat va ser aprovada sense modificacions per la Cambra i signada pel President Carter el 19 de desembre de 1977. El projecte es va promulgar com a *Foreign Corrupt Practice Act*.

Cal esmentar que altres lleis han afectat la regulació anticorrupció que s'està examinant, com la *Civil Asset Forfeiture Reform Act (CAFRA)*¹⁵⁴ –una llei que permet a les autoritats nord-americanes confiscar els guanys procedents de la violació de la FCPA– i la recent *USA Patriot Act*, que després dels atacs terroristes de l'11 de setembre de 2001, augmenten els poders del poder executiu i de les agències de control a més de relacionar entre ells aspectes de la criminalitat organitzada dins un disseny més ampli. Una vegada comprovats els vincles entre terrorisme, blanqueig de diners, tràfic de droga, corrupció i altres activitats criminals, el legislador ha tipificat

¹⁵³ No obstant això, en alguns països europeus es va actuar davant la mateixa qüestió de forma molt diferent. Per exemple, el Govern francès, el 1977, va decidir "autoritzar" els suborns pagats a agents exteriors i, a través d'un artifici fiscal, va permetre que es desgravessin les despeses derivades per *frais commerciaux exceptionels (FCE)* de la declaració d'impostos. En la pràctica, calia enviar una declaració a la Direcció General de Duanes encarregada del control de canvis, per permetre a una empresa de transferir una part de l'ingrés en un compte específic. Aquestes quantitats, pagades en l'interès de l'empresa, podien ser desgravades. Fins al 1986, la Direcció General de Duanes enviava al Ministre d'Economia una notificació i el Ministeri podia expedir l'autorització; la falta d'autorització produïa la decadència del dret a la cobertura asseguradora procedent de la Companyia Francesa d'Assegurances per al Comerç Exterior, però no suposava cap obstacle ni per a la transacció ni per a la desgravació. Per una crítica d'aquesta política, vid. Abramovici, P., "Les jeux dispendieux de la corruption mondiale", a *Li Peli Diplomatique*, novembre 2000, pp. 22-23.

¹⁵⁴ *Civil Asset Forfeiture Reform Act*, Pub. L. N. 106-185 (2000).

com a actuació preordenada el blanqueig de diners, la corrupció realitzada a l'exterior (art. 315 del *Patriot Act*).¹⁵⁵

4.3. Els continguts

El text de la FCPA és molt detallat, la llei regula dues àmplies categories de delictes: la violació de normes sobre registres comptables (*accounting provisions*) i els pagaments il·licits (*anti-bribery provisions*); aquesta característica es desprèn ja des de l'enunciació general del delictes tipificats en els paràgrafs 103 i 104, enunciació que a més a més permet apreciar el seu abast internacional (o transnacional).¹⁵⁶

¹⁵⁵ Per aquest motiu pot plantejar-se el supòsit d'aplicació de l'extraordinària normativa antiterrorisme nord-americana sobre aquells ciutadans estrangers que cometessin crims tipificats pel FCPA.

¹⁵⁶ (a) *Prohibition*

It shall be unlawful for any issuer which has a class of securities registered pursuant to section 78l of this title or which is required to file reports under section 78o(d) of this title, or for any officer, director, employee, or agent of such issuer or any stockholder thereof acting on behalf of such issuer, to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to--

(1) any foreign official for purposes of--

(A) (i) influencing any act or decision of such foreign official in his official capacity, (ii) inducing such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official, or (iii) securing any improper advantage; or

(B) inducing such foreign official to use his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality, in order to assist such issuer in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person;

(2) any foreign political party or official thereof or any candidate for foreign political office for purposes of--

(A) (i) influencing any act or decision of such party, official, or candidate in its or his official capacity, (ii) inducing such party, official, or candidate to do or omit to do an act in violation of the lawful duty of such party, official, or candidate, or (iii) securing any improper advantage; or

(B) inducing such party, official, or candidate to use its or his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality, in order to assist such issuer in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person; or

(3) any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given, or promised, directly or indirectly, to any foreign official, to any foreign

4.3.1. Les normes sobre registres comptables i controls interns

Com ja s'ha esmentat, la FCPA està integrada per dues categories de disposicions. Les primeres (*accounting provisions*) reformen l'*Exchange Act* afegint dos tipus de normes relatives, respectivament, als registres comptables i als controls interns per a certes empreses ja sotmeses a aquella *Act*. En poques paraules, les normes preveuen que totes les empreses actives en el mercat mobiliari nord-americà tinguin en ordre els registres comptables de manera que els pagaments sospitosos puguin tenir-se sota control fàcilment¹⁵⁷; a més a més, gairebé amb la intenció d'establir un *sistema de control dual*, les empreses estan legalment obligades a mantenir un sistema intern de control que vigili les eventuais irregularitats i divergències entre el que s'inscriu en els registres comptables i el flux comptable efectiu de la societat. Aquest sistema de control intern obligatori és molt interessant no sols perquè crea un "sistema dual", sinó també perquè està dirigit a impulsar un sistema més ampli de responsabilitat dins l'empresa que, finalment, permet a les autoritats nord-americanes de perseguir els transgressors per tres il·licits diferents (el pagament, la falta de *disclosure* i la ineficàcia dels controls infrasocietaris) a partir d'una única conducta (el pagament).¹⁵⁸ El segon tipus de

political party or official thereof, or to any candidate for foreign political office, for purposes of--

(A) (i) influencing any act or decision of such foreign official, political party, party official, or candidate in his or its official capacity, (ii) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such foreign official, political party, party official, or candidate, or (iii) securing any improper advantage; or

(B) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to use his or its influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality, in order to assist such issuer in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person.

¹⁵⁷ El *Trade Act* de 1988, que ha modificat el FCPA, ha establert que les empreses no estiguin sotmeses a responsabilitat penal per incompliment de les normes comptables, sempre que la violació no es realitzi amb dol específic.

¹⁵⁸ *Amplius, cfr. U.S. Sentencing Guidelines Manual, 8C2.5 (f) (1999)*. Analitzarem més endavant aquest model de control preventiu intern que materialitza una privatització del control de les autoritats públiques. El control intern funciona com a atenuant de la responsabilitat i és indicatiu de la rellevància de l'autoregulació duta a terme pels subjectes interessats.

disposicions, en canvi, castiga el suborn de funcionaris públics estrangers. En paraules de Gleich,

"The record-keeping provisions are designed to prevent three types of improprieties: (i) the failure to record illegal transaction; (ii) the falsification of records to conceal illegal transactions; and (iii) the creations of records that are quantitatively accurate, but fail to specify qualitative aspects of the transaction. In sum, records must include information that would alert SEC to any possible impropriety [...]. The accounting provisions also require to create a system of internal accounting controls that provide reasonable assurances the transactions are properly authorized [...]. The SEC considers several factors in determining the adequacy of system of internal control: (i) the role of board of directors; (ii) communication of corporate procedures and policies; (iii) assignment of authority and responsibility; (iv) competence and integrity personnel; (v) accountability for performance and compliance with policies and procedures; and (vi) objectivity and effectiveness of the internal audit function. The SEC requires that if a board of directors creates a audit committee, the committee must exercise appropriate internal accounting oversight as a means of reasonably assuring that FCPA provisions are followed".¹⁵⁹

4.3.2. Les normes anticorrupció: els pagaments il·lícits en la FCPA

La FCPA intentà descriure detalladament els "pagaments il·legítims" per evitar llacunes legislatives que permetessin eludir les normes. En primer lloc, els preceptes legals descriuen l'element objectiu del delict, és a dir, una oferta, una autorització de pagament o un pagament a funcionaris estrangers que la llei identifica.¹⁶⁰ A més a més, es consideren il·legals els pagaments a tercers si el destinatari de la proposició té coneixement que

¹⁵⁹ Gleich, O., "Foreign Corrupt practice Act", a *American criminal law review*, vol. 42, núm. 2, primavera 2005, pp. 550-551.

¹⁶⁰ En la categoria dels funcionaris estrangers s'inclou "any officer or employee of a foreign government or any department, agency, or instrumental thereof, or of a public international organization, or any person acting in a official capacity for or on behalf of any such public international organization", en resulten per tant exempts aquells funcionaris els deures dels quals són "essentially ministerial or clerical".

el pagament es destinarà, directament o indirectament, totalmentment o parcialment, a un dels subjectes esmentats.¹⁶¹ Aquesta responsabilitat dels tercers que actuin com a intermediaris afavorint conductes il·lícites, constitueix una poderosa arma a les mans de les autoritats nord-americanes, sobretot perquè, per establir que el tercer té coneixement del fi del pagament, els *prosecutors* nord-americans només hauran de demostrar que qualsevol persona hauria pogut preveure raonablement la seva il·legalitat. En altres paraules, el tercer no s'escapa de la responsabilitat pel fet d'ignorar de forma conscient aquells fets que portarien una *reasonable person* a concloure que la finalitat del pagament és il·lícita.

El FCPA especifica que el pagament, per tal que sigui prohibit, s'ha d'haver produït amb la intenció de cometre suborn, és a dir, ha de contribuir a influenciar la decisió d'un funcionari estranger en el desenvolupament de les seves atribucions oficials, induint-lo a actuar –o a no actuar– en violació dels deures establerts per llei del tal manera que s'arribi a un avantatge injust, o induint-lo a influenciar les decisions d'altres òrgans de govern estrangers.¹⁶² Finalment, un acte es considera "corrupte" si es compleix amb la intenció d'aconseguir un fi il·legal o un fi legal a través de mitjans il·legals.¹⁶³ La doctrina nord-americana més autoritzada resumeix d'aquesta manera els elements d'allò que és il·lícit:

" A violation of the anti-bribery provisions of the FCPA requires proof of the following elements: (i) a U.S. 'issuers', 'domestic concern', or 'any person', including the officers, directors, employees, agents, or shareholders acting on behalf of issuer, domestic concern, or person, (ii) makes use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce, (iii) in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization to pay anything of values, (iv) to any foreign official,

¹⁶¹ Sembla que aquesta norma tingués la finalitat de disminuir el risc que els pagaments es realitzessin a favor de familiars escapant així dels controls. Vid. Posadas, A., *Combating corruption...*, op. cit., p. 360. No obstant això, l'efecte principal de la norma ha estat descoratjar l'ocupació de subjectes jurídicament diferents de l'empresa sotmesa al FCPA – com els agents– per realitzar pagaments a entitats públiques estrangeres. En aquests supòsits sota allò que s'ha disposat en aquesta disposició, l'empresa es podrà veure obligada a provar que no hi ha actuat aprofitant conscientment la conducta de l'agent, vid. Corr, C.F. i Lawler, J., *Damned if you do...*, op. cit., p. 1258.

¹⁶² Cfr. §§ 78 dd-1 (a), dd-2(a), dd-3 (a).

¹⁶³ Definició continguda a *United States vs. Liebo*, 923 F.2d 1308, 1313 (8th Cir. 1991).

*any foreign political party or official thereof, or any candidate for foreign political office, or other person, knowing that the payment to that other person would be passed on to a foreign official, foreign political party or official thereof or candidate for foreign political office, (v) inside the territory of the United States or, for any United States personality, outside the United States, (vi) to corruptly (vii) influence any official act or decision, induce an action or an omission to act in violation of lawful duty, or to secure any improper advantage, (viii) or induce any act or decision that would assist the company in obtaining, retaining, or directing business to any person”*¹⁶⁴.

4.3.3. L'àmbit subjetivo de la FCPA

Potser la part més interessant del FCPA sigui la relativa als destinataris de les disposicions, això és, els subjectes sobre els quals les autoritats nord-americanes pretenen exercir la seva jurisdicció. Segons la formulació original del FCPA, qualsevol persona física o jurídica nord-americana o resident als EUA (*domestic concern*)¹⁶⁵, i qualsevol empresa que realitza compravenda de títols als EUA (*issuer*)¹⁶⁶, pot respondre els actes de suborn comesos a l'exterior; s'inclouen a més a més els empleats, agents, accionistes i funcionaris que actuïn per compte d'aquelles empreses.

La categoria s'ha anat estenent en els últims anys; en efecte, abans de l'esmena de 1998 resultaven excloses de la jurisdicció nord-americana les empreses que, malgrat ser controlades o participades majoritàriament per una empresa nord-americana, haguessin estat constituïdes a l'exterior o tinguessin la seu social a l'exterior i no realitzessin operacions de compravenda de títols en el mercat mobiliari nord-americà; de la mateixa

¹⁶⁴ Gleich, O., *Foreign Corrupt practice Act...*, op. cit., pp.554-556.

¹⁶⁵ Es defineix *domestic concern* com: "(A) any individual who is a citizen, national, or resident of the United States; and (B) any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship which has its principal place of business in the United States, or which is organized under the laws of a State of the United States or a territory, possession, or commonwealth of the United States".

¹⁶⁶ Tècnicament són *issuers* aquells subjectes registrats segons el § 12 del *Security Exchange Act* de 1934 o que sotmeten periòdicament informe a la SEC sobre la base del § 15(d) del *Security Exchange Act*. En la pràctica es tracta de totes les empreses que emeten títols als EUA.

manera, les persones físiques que no fossin funcionaris, directius, agents o accionistes de les empreses imputables no resultaven sotmeses al FCPA. Ara, aquesta llacuna legislativa ha estat parcialment coberta ja que la normativa s'aplicarà també als subjectes que actuïn als EUA amb la finalitat d' "agilitar" per qualsevol mitjà el pagament d'un suborn a l'exterior. Com explica Gleich aquesta situació és:

"[...] a result of the 1998 amendments that closed a gap in the original FCPA by implementing the OECD Convention requirement criminalizing bribery by "any person". Prior to the 1998 amendments, the FCPA covered only "issuers" and "domestic concerns". Now the anti-bribery provisions also cover "any person" who commits bribery on United States territory regardless of whether the accused is a resident or does business in the U.S. In addition, the SEC and DOJ can prosecute individual corporate employees under the FCPA even if the corporation is found not guilty of violating the FCPA".¹⁶⁷

De tal manera que els tribunals nord-americans podran jutjar aquells subjectes els actes dels quals es portin a terme mitjançant l'ús del correu dels EUA o d'altres mitjans del "*interstate commerce*" per afavorir una conducta il·legal a l'exterior (criteri sovint esgrimit pel legislador o pels tribunals per afirmar la jurisdicció nord-americana); o quan conductes que afavoreixen objectivament la corrupció s'han desenvolupat completament fora dels EUA per subjectes relacionats d'alguna manera amb els EUA (persones físiques: ciutadans, residents; persones jurídiques: constituïdes als EUA, o que als EUA tinguin la seva seu principal o que constin en el registre de la SEC per ser actives en el mercat mobiliari nacional); finalment, la regulació analitzada s'aplica fins i tot a les persones físiques estrangeres que es trobin en territori nord-americà per actes relacionats amb el suborn comès fora dels EUA.

Aquesta regulació, especialment quan disciplina la responsabilitat concurrent de les persones físiques i jurídiques, comporta algunes conseqüències complexes. Per exemple, un ciutadà nord-americà que treballi per a una empresa estrangera a l'exterior que no operi en el mercat mobiliari nord-americà està sotmès al FCPA encara que l'empresa tingui immunitat. A l'inrevés, una empresa nord-americana podria ser investigada

¹⁶⁷ Gleich, O., *Foreign Corrupt practice Act...*, op. cit., pp. 553-554.

i jutjada per actes realitzats fora dels EUA per un empleat no nord-americà. Àdhuc, en virtut de la teoria del *respondeat superior* –a la qual acudeixen àmpliament els tribunals nord-americans per configurar la responsabilitat pels fets il·licits dels empleats– una empresa estrangera que no tingui cap relació amb el mercat nord-americà podria ser condemnada per un acte puntual realitzat en nom seu als EUA per un empleat fins i tot si aquest fos estranger. En efecte, qualsevol acte realitzat als EUA amb la finalitat d'afavorir un pagament il·legal a l'exterior desencadena la responsabilitat penal de l'empresa.¹⁶⁸

S'exclouen de l'àmbit d'aplicació del FCPA les societats posseïdes o controlades per societats nord-americanes que operin només a l'exterior i no mantinguin relacions directes amb els EUA.¹⁶⁹ I no és una casualitat que les crítiques més importants procedents de les indústries competidores –sobretot europees– es refereixin a l'actitud esquizofrènica de les autoritats nord-americanes que, d'una banda, afirmen el seu compromís de lluitar contra la corrupció a tots els nivells i en qualsevol lloc que es produeixi, però, d'una altra, consenteixen una vistosa excepció pel que fa a les anomenades *foreign sales corporation*, empreses creades en paradisos fiscals per facilitar les exportacions, i completament controlades per societats nord-americanes. En la pràctica, les esmentades empreses són immunes respecte als procediments anticorrupció a causa de la coneguda resistència dels tribunals nord-americans que amb dificultat van més enllà de les formals distincions societàries (*to pierce the corporate veil*), excepte supòsits excepcionals de violació de les formalitats societàries.¹⁷⁰ Al mateix

¹⁶⁸ Sobre la possible casuística, vid. Brodsky, "Foreign Corrupt Practice Act: a hot new export", a *New York Law Journal*, vol. 221, núm. 18.

¹⁶⁹ Constitueix un principi consolidat de dret internacional que la nacionalitat d'una empresa, amb la finalitat de determinar la jurisdicció a què està sotmesa, es determina pel lloc de constitució (teoria majoritàriament acceptada als països de *common law*) o per la seu social o lloc on desenvolupa principalment la seva activitat (teoria favorita als països de *civil law*). Cfr. *Casi Concerning Barcelona Traction, Light and Power CO., Ltd. (belgium vs. Spain)*, sentència de la *International Court of Justice* de 5 de febrer de 1970.

¹⁷⁰ En un judici celebrat davant un tribunal nord-americà, per traslladar la responsabilitat d'una conducta de l'empresa controlada a la controlant, normalment és necessari que la part actora demostrï: que la societat controlant ha dominat els negocis de la controlada, que tal conducta ha estat dirigida a transgredir obligacions legals o contractuals, i que resulta injust continuar reconeixent distinta subjectivitat a les dues entitats. Cfr. *United Electric Radio and Machine Workers of America vs. 163 Pleasant Street Corporation*, 960 F.2d 1080 (1st Cir. 1992). En el cèlebre cas *United States vs. Johns-Manville*, 231 F. Supp. 690 (E.D.PA. 1964) es va declarar la responsabilitat de l'empresa matriu perquè l'existència per separat de múltiples persones jurídiques es va jutjar "*mere form*" i per tant "*the subsidiaries*

temps, les citades empreses resulten generalment recolzades pel règim fiscal dels EUA que incentiva la seva creació per assegurar majors obertures comercials per a les exportacions.¹⁷¹

Quant a la competència per iniciar un procediment –civil o penal– i en relació a l'assignació de les funcions i tasques procedents del FCPA, hi ha un acord informal entre la SEC i el Departament de Justícia, sobre la base d'un acord a què s'arribà després d'un ampli debat públic. Així, a la SEC se li van atribuir les competències relatives a l'aplicació de les sancions civils previstes pel FCPA i dirigides contra els *issuers*, bé en l'àmbit de les normes sobre comptabilitat bé pel pagament de vertaders suborns; d'altra banda, el Departament de Justícia ostenta la potestat d'investigació i inspecció sobre els pagaments realitzats pels *domestic concerns*, així com la potestat d'incoar el procediment penal contra els *issuers*.

4.3.4. Les excepcions i les causes de justificació

El Congrés, transformant en llei la voluntat de moralitzar les relacions comercials, davant algunes crítiques procedents de *l'establishment* economicofinancer, va optar per establir algunes excepcions (*permissible payments*) l'efecte de les quals va ser restringir parcialment l'abast del FCPA, amb especial referència amb el fi del pagament. S'ha argumentant que, en realitat, el legislador nord-americà mai va voler prohibir tots els suborns, sinó que des del principi va voler permetre els pagaments que facilitessin els negocis a l'exterior mentre prohibia només aquells "intrínsecament corruptes".¹⁷² De tota manera, l'excepció relativa als anomenats *grease payments*¹⁷³ va ser acollida, juntament amb dues altres

were agents of the parent, and the employees of the subsidiaries acted as a subagent of the parent corporation", vid. *United States vs. Johns-Manville* p. 698.

¹⁷¹ Vid. Abramovici, P., *Les jeux dispendieux...*, op. cit.

¹⁷² Vid. Bliss, J.C. i Spak, G.J., "The Foreign Corrupt Practice Act of 1988: clarification or evisceration", a *Law and Policy in International Business*, vol. 20, 1989, p. 447. "The FCPA expressly permits 'facilitating' or 'grease' payments to foreign official to 'expedite or secure the performance of routine governmental action' as long as the payments are not used to encourage a foreign official to award new business or to continue business with a particular party. Routine governmental actions" are non-discretionary actions that a foreign official ordinarily performs in his daily business", Gleich, O., *Foreign Corrupt practice Act...*, op. cit., pp. 558.

¹⁷³ Les restriccions "shall no apply to any facilitating or expediting payment [...] the purpose of which is to expedite or to secure the performance of a routine government action by a

causes de justificació: les *affirmative defenses*, que exclouen la il·legalitat dels pagaments que resulten legals en l'ordenament en què es realitzen – sobre la base de normes escrites – i les despeses que, mantingudes en bona fe, estan directament relacionades amb activitats promocionals o amb l'execució d'un contracte.

Durant la segona meitat dels anys vuitanta, i un altre cop el 1998, el Congrés va arribar a la conclusió que el FCPA demanava algunes reformes. El *Trade Act* de 1988 va modificar part de la normativa relativa a la comptabilitat de les societats subjectes a la SEC, i per tant, al FCPA pel que fa a les obligacions de *disclosure*. Aquests canvis poden ser agrupats en tres categories. La primera és la que delinea, a través de sis supòsits, quins pagaments han de considerar-se il·legals; la segona reuneix les modificacions que afecten les circumstàncies de la responsabilitat per les violacions i els subjectes que poden cometre-les¹⁷⁴; la tercera categoria conté condicions dirigides a oferir més seguretat i uniformitat de tracte per als operadors econòmics i financers sotmès al FCPA.

La segona reforma va entrar en vigor el 10 de novembre de 1998, com a conseqüència de la signatura de la Convenció OCDE, però abans de la seva ratificació per part dels EUA¹⁷⁵. Aquesta reforma, a part d'augmentar els poders de les autoritats titulars de les investigacions, va estendre l'aplicació del FCPA a qualsevol persona (*any person*) que actués –amb la

foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official [...]”.

¹⁷⁴ El text original castigava qui entregués quelcom de valor a tercers, “[...] while knowing or having reason to know that all or portion of such money or thing of vaig value will be offered [...]” a algunes persones determinades per la llei. Després de la reforma de 1988 el criteri relatiu a les circumstàncies de la responsabilitat ha estat modificat; en efecte, es va eliminar el criteri de la raonabilitat del coneixement que era graduat segons el nivell ocupat per la persona física a l'empresa; ara resulta més difícil per a les autoritats públiques demostrar la responsabilitat d'una persona física per corrupció. La peculiaritat és que aquest nou estàndard s'aplica només a les persones físiques i no a les societats. Substancialment, com en el supòsit de pagaments realitzats a través de tercers, l'anomenada *deliberate ignorance* no es considera com una causa de justificació i no és possible escapar de les sancions penals actuant de forma deliberada per no conèixer els actes corruptes comesos pels empleats de l'empresa.

¹⁷⁵ Cfr. Art. 4 §1 del Conveni OCDE. El conveni OCDE obliga l'Estat a prendre mesures contra la corrupció només en aquells supòsits en què la conducta es realitzi completament o parcialment al seu territori; en la legislació nord-americana anterior al 1998 aquest era l'únic supòsit no contemplat per les normes sobre corrupció de funcionaris estrangers.

finalitat de subornar funcionaris estrangers– al territori nord-americà, va afegir dins la categoria de “funcionari públic” als funcionaris i agents de les organitzacions internacionals¹⁷⁶, i va especificar que la recerca d'un avantatge impropï ha de considerar-se inclosa entre les motivacions il·legítimes que fomenten la comissió d'un acte de suborn.¹⁷⁷

4.3.5. Les sancions

El FCPA estableix sancions de natura civil o penal procedents de la violació de les normes comptables i anticorrupció comesa per persones físiques o empreses. Les esmentades sancions solen considerar-se bastant dures, això amb la finalitat de desincentivar conductes il·legals (caràcter general-preventiu). Les penes per a la violació del FCPA es determinen de conformitat amb l'*United States Sentencing Guidelines*.¹⁷⁸

Les penes per a les empreses estan determinades pel capítol 8 de les *Guidelines*. Les penes per a les corporacions es computen tenint en consideració una pena pecuniària base (*base fine*) i una puntuació de culpabilitat (*culpability score*). La puntuació es converteix en una escala de multiplicadors que s'empren per determinar el grau de la pena. La puntuació de culpabilitat es pot veure reduïda per circumstàncies com l'existència d'un *compliance program*, mentre que la participació de directius en el delictes té l'efecte d'augmentar la puntuació i, conseqüentment, el multiplicador de pena. La pena màxima per a les corporacions corresponent a responsabilitat per violacions premeditades de les normes de comptabilitat és de 2,5 milions de dòlars. Mentre que la responsabilitat per violacions de les normes anticorrupció se sanciona amb una pena màxima de 2 milions de dòlars. No obstant això, les SEC i el Departament de Justícia han arribat a aplicar sancions pecuniàries combinades molt superiors als 2 milions de dòlars, com en el cas Lockheed Martin de 2002, en què es dictà una sanció de més de 20 milions de dòlars.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Cfr. Art. 1 §4(a) del Conveni OCDE.

¹⁷⁷ Cfr. Art. 1 §1 del Conveni OCDE que conté la definició del delictes.

¹⁷⁸ D'ara en endavant “*Guidelines*”.

¹⁷⁹ Lockheed Martin va pagar una sanció de 24.8 milions de dòlars per un delictes de suborn que involucrava el legislador egipci; Cfr. Bontrager Unzicker, A.D., “From corruption

Les persones físiques poden sancionar-se per violació de normes anticorrupció, segons la secció 2B4.1 de les *Guidelines*, amb una pena pecuniària de fins a 100.000 dòlars i amb la detenció fins a 5 anys (per cada imputació).¹⁸⁰ Mentrestant, en cas de violació de les normes de comptabilitat, conforme a la Secció 2B1.1 de les *Guidelines*, que conté les sancions en matèria de frau, els responsables de violació predeterminada de la llei seran castigats amb una sanció pecuniària fins a 5 milions de dòlars i 20 anys de presó.¹⁸¹

Així mateix, a causa de l'efecte d'altres lleis federals aplicables, la sanció per a les persones físiques pot arribar als 250.000 dòlars; si el culpable ha tret algun profit personal pel pagament o ha provocat alguna pèrdua, la multa pot assolir el doble del valor del guany il·legítim o de la pèrdua registrada. A les sancions d'ordre penal, i sense considerar les penes pels delictes relacionats, sovint s'afegeixen sancions civils de fins a 10.000 dòlars (tant per a les persones físiques com per a les jurídiques). Finalment, per evitar que accionistes, administradors, agents o empleats d'una empresa puguin esquivar la responsabilitat personal prevista pel FCPA, es prohibeix expressament que les societats disposin una indemnització a favor dels individus condemnats per delictes de corrupció.

El termini de prescripció per a les accions basades en el FCPA, tant civils com a penals, és de 5 anys, sempre que el Departament de Justícia no hagi sol·licitat la pràctica d'alguna prova a l'exterior; en aquest cas, a partir del moment en què la sol·licitud s'entrega a l'Estat estranger, es comptarien 3 anys més. Amb l'inici de la investigació formal, el presumpte responsable pot ser objecte de suspensió de llicències, concessions, autoritzacions o del dret de contractar o realitzar negocis amb o a través el govern nord-americà.¹⁸²

to cooperation: globalization brings a multilateral agreement against foreign bribery", a *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol., 2000, pp. 662-663.

¹⁸⁰ Els 5 anys de presó poden veure's considerablement augmentats pels agreujants i per altres disposicions especials contingudes en l' *U.S. Sentencing Guidelines Manual*.

¹⁸¹ Vid. cas *United States vs. Rothrock*, 4 FCPA Rep. 699.818801, 699.818802 (W.D. Tex. 2001).

¹⁸² Vid. Eisenberg, G., "Foreign Corrupt Practice Act", a *American Criminal Law Review*, vol. 37, 2000, p. 612.

4.4. Les corporacions sotmeses a la FCPA i les autoritats nord-americanes

Sobretot a partir dels anys noranta del segle XX, els esforços nord-americanes per aconseguir l'efectivitat en el control de la corrupció es van fer especialment intensos. D'una banda, el Departament de Justícia ha actuat més sovint i amb major eficàcia en les investigacions fora dels EUA; un exemple d'això són les investigacions sobre la Lockheed Corporation que, el 1995, es va declarar culpable segons el FCPA després que es descobrissin alguns pagaments realitzats a un assessor egipci (després elegit diputat) per assegurar-se uns contractes relatius a avions de transport. El que crida l'atenció és que la Lockheed acceptés pactar una multa de 24,8 milions de dòlars, una xifra que corresponia al doble dels guanys que s'haguessin obtingut amb aquell negoci. Quan un dels directius de Lockheed involucrat en l'afer va fugir a Síria, el govern nord-americà va començar a negociar amb el govern siria i, després d'un breu període en una presó local, el directiu va tornar als EUA, on va ser condemnat a 18 mesos de presó i a pagar una multa de 125.000 dòlars, transformant-se en el primer individu condemnat a una pena de privació de la llibertat sobre la base del FCPA.

De tota manera, no sols les multes pagades per les empreses nord-americanes han desincentivat les conductes criminals: des de 1978 els casos que han acabat amb una condemna han estat uns trenta. No obstant això, el fet que els individus paguessin personalment –amb sancions econòmiques o personals– ha contribuït a fomentar cert nerviosisme especialment quan la pena de la detenció s'ha fet real i efectiva. Sense oblidar el cost de la defensa processal a Amèrica del Nord i la publicitat negativa que certes empreses han hagut de patir per veure's involucrades en investigacions anticorrupció. En un mercat altament competitiu la imatge adquireix un valor econòmic i, davant els ulls del públic i dels accionistes americans, els processos per corrupció susciten desconfiança cap als subjectes implicats.

Malgrat tot, per a les corporacions no sempre és fàcil saber com actuar de conformitat amb la complexa regulació en matèria de corrupció. El FCPA, en efecte, no ha estat objecte d'un desenvolupament reglamentari que

aclarís obligacions i, a més, no existeixen tants precedents judicials com per analitzar de forma detallada l'aplicació de la llei.¹⁸³

Per compensar aquesta deficiència, quan el FCPA va ser esmenat per primera vegada el 1988, el Congrés va sol·licitar al Departament de Justícia que obrís un tràmit d'audiència dirigit a altres agències federals i als ciutadans –de conformitat amb els principis del procediment nord-americà– de tal manera que es determinés si era necessari establir unes *guidelines* oficials per aclarir els punts foscos de la normativa i proporcionar indicacions respecte a la política de les autoritats de control.¹⁸⁴ No obstant això, un vegada duta a terme l'audiència, entre el desconcert dels juristes, es va decidir que no era necessari dictar *guidelines* sinó només un fullet titulat *General Description*.¹⁸⁵

Igualment cal afegir, com mantenen les autoritats nord-americanes, que hi ha un procediment teòricament molt útil per conèixer les orientacions del Departament de Justícia. Efectivament, ha estat instituída una *FCPA review procedure* que permet a les empreses de consultar directament al Departament, és a dir a l'òrgan titular de la potestat de control anticorrupció, si una determinada conducta ha de considerar-se legal o si, en canvi, portarà a la incoació d'un procediment contra l'empresa.¹⁸⁶ Per tant, és possible que l'empresa sol·liciti un informe previ que versí sobre la legalitat de la seva actuació a la pròpia administració encarregada de realitzar el control, la qual té obligació de contestar en un termini de 30 dies. Aquest tipus de procediment s'inspira en la regulació antimonopoli nord-americana i permet a l'empresa avaluar la legalitat dels pagaments que efectuarà a l'exterior sobre la base del FCPA.

¹⁸³ Aquesta última dada és encara més significativa en un ordenament fundat en el *common law*, on els advocats i en general els juristes estan acostumats a pensar en termes de *casi-law*.

¹⁸⁴ Cal considerar que en l'ordenament nord-americà no hi ha l'obligatorietat de l'acció penal per part dels òrgans de l'acusació. La discrecionalitat dels *public prosecutors* –i de la SEC pel que fa al FCPA– ve, no obstant això, temperada per l'efecte de les *Guidelines*.

¹⁸⁵ Aquest i altres documents d'orientació poden ser consultats a la pàgina web del Departament de Justícia: <http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa.html>

¹⁸⁶ Aquest procediment s'admet només pel que afecta a les disposicions del FCPA mentre no s'aplica en relació amb la normativa comptable. Vid. Bliss, J.C. i Spak, G.J., *The Foreign Corrupt Practice...*, op. cit., p. 449.

Malgrat això, des d'un bon començament les empreses nord-americanes s'han queixat que el Departament de Justícia no complís satisfactòriament amb el principi de confiança legítima perquè, d'una banda, els comentaris publicats en relació a casos anteriors tenen només valor d'orientació, sent estrictament limitats a les circumstàncies de fet analitzades en el cas d'interlocutòries; d'una altra, l'informe favorable emès pel Departament sobre una determinada operació empresarial, es considera com a presumpció simple (*rebuttable presumption*) de legitimitat de la conducta, que admet en judici prova contrària per la seva pròpia naturalesa.¹⁸⁷

4.5. Els procediments interns

La gran majoria de les empreses multinacionals amb seu legal als EUA ha desenvolupat una sèrie de procediments per adaptar la seva pròpia estructura interna als requisits del FCPA. Aquests procediments estableixen requisits mínims per a les empreses afectes per la legislació anticorrupció.

Un efecte de la confiança generalitzada en aquests procediments és que, a la pràctica, les autoritats esperen que tothom accepti els esmentats procediments, així que es transformen en factors determinants a l'hora de jutjar quines empreses han actuat de bona fe en el desenvolupament dels seus negocis.¹⁸⁸ Aquests programes voluntaris, inevitablement, porten a una

¹⁸⁷ Es pot superar l'esmentada presumpció considerant, entre d'altres coses, les informacions al·legades davant el Departament de Justícia i el fet que l'activitat investigada no estava compresa entre les comunicades a l'administració; cfr. 28 C.F.R. §80.10. En l'àmbit d'aquest procediment, el Departament de Justícia en el *FCPA Opinió Procedure Rellegeixi's 98-01* de 23 de febrer de 1998 va analitzar el cas d'una empresa nord-americana que havia estat condemnada a Nigèria per danys mediambientals i després del suggeriment de les autoritats nigerianes havia contactat amb un particular nigerià. Aquest intermediari va instar l'empresa a pagar la multa a través d'ell, incloent una quantitat per "*community compensation and modalities for officials of the Nigerian FEPA and the Nigerian Port Authority*". El Departament de Justícia conclou el seu informe avisant l'empresa que si hagués dut a terme el pagament segons les condicions esmentades, emprendria una investigació formal sobre el cas. Per a un comentari, vid. Deming, "Foreign Corrupt Practices", a *International lawyer*, vol. 33, 1999, p. 514.

¹⁸⁸ Vid. Lowell Brown, "Parental-subsidiary liability under the FCPA", a *Baylor Law Review*, vol. 50, 1998, p. 39. També l'OCDE en el seu *Review of implementation of the Convention and 1997 Recommendation relativa als EUA*, sembla adoptar la convicció pròpia de les autoritats nord-americanes segons la qual el FCPA hi hauria comportat el fet de "responsabilitzar" les empreses que de forma voluntària s'haurien dotat de *comprehensive compliance programs*.

atenta reflexió sobre la privatització dels estàndards legals que, aplicats a certes activitats, en comptes de ser el resultat autoritatiu expressat pels òrgans públics democràticament elegits, aquestes regulacions són elaborades pels propis subjectes controlats i després són avalats per les autoritats públiques controladores.

A continuació es realitzarà una ràpida aproximació a alguns procediments instituits (més o menys) voluntàriament per les empreses nord-americanes amb la finalitat d'assegurar, als seus propis accionistes i als òrgans públics competents, la conformitat de l'activitat empresarial amb la normativa anticorrupció.¹⁸⁹ Per descomptat, aquests programes interns no sols tenen validesa per a aquelles societats que operen en els mercats internacionals, sinó que s'apliquen eficaçment per prevenir fenòmens de corrupció interna.

4.5.1. Les declaracions de política empresarial

La creació de programes voluntaris d'aquest tipus sol anar precedida per una declaració que expressa la conformitat de la *corporate policy* amb les normes anticorrupció. Encara que crear una vertadera "cultura de la *compliance*" significa anar més enllà de les simples declaracions i fer efectiva i compartida l'esmentada política entre tots els nivells empresarials, per tal que la violació de qualsevol norma anticorrupció es percebi com inacceptable. És evident que les empreses disposen d'una àmplia llibertat a l'hora de determinar quines conductes, encara que legals segons la legislació vigent, es consideren contràries a l'ètica corporativa (comissions excessives, *grease payments*, etc.).¹⁹⁰

4.5.2. Els procediments comptables

¹⁸⁹ Els models que se citaran s'han extret de Corr, C.F. i Lawler, J., *Damned if you do...*, op. cit., p. 1326. Cfr. també Impert, "A program for compliance with the FCPA and Foreign Restrictions on the Use of Sales Agents", a *International lawyers*, vol. 24, 1990, pp. 1009.1017 i Lowell Brown, *Parental-subsidiary liability...*, op. cit.

¹⁹⁰ Sobre la "cultura corporativa" com a mitjà per influenciar la conducta dels empleats de les empreses – opinió compartida també pels òrgans de les fiscalies– vid. Lowell Brown, *Parental-subsidiary liability...*, op. cit., nota a peu de pàgina núm. 121.

El FCPA prohibeix els suborns i obliga a les societats a instaurar controls interns per assegurar el manteniment regular i transparent dels llibres comptables. Per aquesta raó, sovint les empreses decideixen fer esment d'aquests estàndards en els seus *compliance programs*, de manera que el doble interès a la legalitat i a la regularitat comptable resulti el més clar possible. A més, totes les empreses sotmeses a la jurisdicció nord-americana haurien de modificar els seus procediments comptables per fer-los compatibles amb el llenguatge del FCPA i no incórrer en possibles investigacions als EUA.

4.5.3. La formació del personal

És important que els empleats coneguin la llei aplicable i l'entenguin. Amb aquesta finalitat es prenen diferents iniciatives: manuals de política empresarial, publicacions periòdiques, etc. Fins i tot s'han previst *hotlines* per informar sobre activitats sospitoses o per consultar sobre operacions que poden implicar la violació de la regulació anticorrupció.¹⁹¹ Potser certs plantejaments no són exportables fora del món nord-americà, però és certament destacable l'actitud que aquests comporten.

4.5.4. Les verificacions

Algunes empreses han adoptat altres mesures de protecció per assegurar el compliment del FCPA per part dels seus empleats. Entre aquestes, el procediment més comú és l'obligació a càrrec del personal que realitza transaccions amb funcionaris públics estrangers de declarar periòdicament que durant l'exercici de les seves tasques no s'han violat les normes del FCPA.¹⁹²

¹⁹¹ Id.

¹⁹²Un exemple de declaració pot ser el següent: "*I, ..., hereby certify that I have read and understand the Company's business policy for complying with the U.S. FCPA, and further certify that during the twelve-month period ending I have not paid or given anything of value, either directly or through third parties, to an official of a foreign government, officer or political party, or candidate for political office, or official of an international organization, for the purpose of influencing an act or decision to assist in obtaining or retaining business for the company, or for any improper advantage, and I have no reason to believe that anyone else has done so. I further attest that I have no knowledge of any fund within the corporation that was created or maintained, or from which expenditures have been made,*

4.5.5. Altres procediments interns

Altres controls interns poden ser realitzats per una figura independent dins l'empresa, que analitzi específicament els pagaments i les transaccions realitzades a la llum del FCPA. Aquesta modalitat té l'ulterior efecte positiu de consolidar les autoritats de control, com la SEC o el Departament de Justícia, sobre el compromís assumit per l'empresa.¹⁹³

Algunes empreses han elaborat disposicions expressives que consideren el compliment dels requisits del FCPA com a element de mèrit en les avaluacions per a la progressió de carrera, per tal de reduir els casos dels qui per ascendir havien optat, davant la possibilitat de tancar un important negoci, per infringir les normes legals i ètiques; en aquests casos, en realitat, la conducta il·legal no és el resultat d'una petició directa de l'empresa sinó un efecte, procedent del desig de procurar un avantatge a l'empresa i guanyar en la consideració dels mànagers d'aquesta. Negar *a 'priori'* que de les conductes delictives puguin derivar-ne beneficis en termes de carrera contribueix a la creació d'un entorn empresarial menys corrupte.

4.6. Les accions empreses per les empreses: els controls sobre tercers

S'ha apuntat que les empreses sotmeses a la regulació del FCPA poden resultar responsables encara que no hagin pagat suborns directament però sí realitzat conscientment (*knowingly*) un pagament a través d'un intermediari. Transaccions il·legals realitzades per societats subsidiàries o per *partner* en una *joint-venture*, però també per agents, representants, assessors, poden desembocar en responsabilitat civil o penal a càrrec de l'empresa. D'aquesta manera, per a les empreses nord-americanes s'ha

for purposes other than those reflected on the books and records of the Company"; a Corr, C.F. i Lawler, J., *Damned if you do...*, op. cit., p. 1332.

¹⁹³ En aquest sentit la SEC ha fomentat que les empreses instituïssin un comitè integrat almenys parcialment per personal extern. Segons alguns autors, la SEC s'hauria expressat tan clarament i conspicuament en aquest sentit que als consells d'administració que no instituïssin l'esmentat comitè se'ls podria arribar a exigir responsabilitat per aquest incompliment sense perjudici de les violacions substancials del FCPA; cfr. Eisenberg, G., *Foreign Corrupt Practice Act...*, op. cit., p. 599.

tornat especialment onerosos tractar amb empreses públiques o controlades per l'Estat, ja que els seus empleats poden ser qualificats per un Tribunal com a "funcionaris públics" i, per tant, possibles perceptors de suborns segons el FCPA. El requisit de la culpabilitat en els delictes així configurats inclou tant l'efectiu coneixement com els casos en què el Tribunal consideri molt probable el coneixement de la il·legalitat de les actuacions de l'intermediari.

Aquesta extensió de la responsabilitat ha impulsat la institució, per part de les empreses, de mesures de control dirigides a comprovar que totes les actuacions es conformessin dins els paràmetres de *due diligence*.¹⁹⁴ Aquests procediments, a diferència dels que s'han analitzat amb anterioritat, no es dirigeixen a la prevenció de les actuacions il·lícites dels empleats de l'empresa, sinó a evitar que la confiança acordada a tercers intermediaris sigui causa de responsabilitat per a la pròpia empresa. En altres paraules, l'estàndard del coneixement (*knowingly*) s'ha interpretat com a obligació de l'empresa de controlar, en una mesura raonable, les activitats mercantils dels tercers intermediaris implicats en operacions de pagament a funcionaris públics estrangers.

4.6.1. Selecció de l'intermediari

Els mètodes de control varien segons les situacions, no obstant això poden resumir-se en els següents procediments. El primer mètode consisteix a recopilar informacions –a través de qüestionaris¹⁹⁵, entrevistes¹⁹⁶, investigacions¹⁹⁷– sobre un futur possible intermediari, prestant atenció a l'experiència, a les referències, a les relacions amb els governs estrangers, i

¹⁹⁴ Aquesta interpretació de l'adverbi "*knowingly*" procedeix del projecte d'elaboració de la llei i ha estat confirmada en la reforma de 1988.

¹⁹⁵ Els qüestionaris haurien de contenir preguntes dirigides a revelar l'organigrama de l'empresa intermediària; un llistat de càrrecs polítics o públics ostentats per directius o empleats de l'esmentada empresa i dels seus familiars; un llistat dels interessos societaris en altres entitats.

¹⁹⁶ Les entrevistes s'han de centrar principalment en els punts febles dels qüestionaris.

¹⁹⁷ No sempre les dades sobre els intermediaris recopilats a través de qüestionaris i entrevistes seran satisfactoris o fiables. Per aquesta raó serà possible acudir a llurs partners mercantils, a les ambaixades o consolats, o a empreses privades d'assessoria. Sovint les empreses nord-americanes es dirigeixen al Departament de Comerç Internacional per sol·licitar un "*International Company Profile*" o per sol·licitar l'assistència dels seus funcionaris especialitzats en una determinada àrea geogràfica.

a la seva fiabilitat financera. Aquestes informacions seran després elaborades i avaluades per decidir si l'intermediari presenta un risc excessiu sobre la base dels paràmetres del FCPA. En aquest sentit, és important l'anàlisi legal de les empreses amb què es vol contactar com a possibles intermediàries. El criteri de la *due diligence*, en efecte, s'aplicarà també al perfil jurídic del tercer. Per evitar l'esmentada "responsabilitat indirecta", l'empresa sotmesa al FCPA s'assegurarà que el seu futur intermediari compleixi estrictament la normativa anticorrupció nord-americana, apart de la pròpia.¹⁹⁸ Així doncs, la situació d'eventuals socis, directius o empleats de l'empresa intermediària serà objecte d'una escrupolosa avaluació.

Un altre procediment es dirigeix a la selecció de possibles intermediaris a través d'una "licitació" que es fonamentarà en la voluntat i en la capacitat de l'intermediari de conformar-se amb els preceptes del FCPA. Les empreses poden sol·licitar als candidats tota la documentació que considerin rellevant. Aquesta documentació podrà, a més a més, exhibir-se davant les autoritats per demostrar que s'ha seleccionat un intermediari que raonablement hauria d'atendre a la normativa del FCPA. Els elements probatoris normalment sol·licitats per les corporacions nord-americanes són: la reputació, l'estabilitat financera i el coneixement de les normes aplicables al camp i a l'àrea geogràfica interessada. Es consideren senyals a avaluar amb atenció: el fet que els pagaments equiparables a suborns constitueixen una tradició al país¹⁹⁹; les comissions excessivament altes exigides pels intermediaris; la negativa de l'intermediari de subscriure compromisos anticorrupció; i els mitjans de pagament inusuals o els pagaments efectuats per mitjà de comptes bancaris localitzats en tercers països.

Finalment, per satisfer amb major intensitat el compromís de *due diligence*, un vegada que s'hagi delimitat un nombre raonable de possibles candidats, l'empresa podrà dirigir-se a un tercer per tal que els analitzi i

¹⁹⁸ El FCPA permet que s'invoqui com a causa de justificació la norma escrita de l'ordenament en què s'ha realitzat el pagament que estableixi la legalitat de l'acte.

¹⁹⁹ Aquesta dada és important en la mesura en què les empreses que desenvolupin llurs activitats en països on existeixi un alt risc de corrupció, hauran de prendre totes les mesures necessàries per poder demostrar, si escau, a la SEC o al Departament de Justícia, que han complert amb les obligacions de *due diligence*.

proposi el més idoni. Amb aquesta finalitat les societats nord-americanes acudeixen a assessors privats o a les cambres de comerç nord-americanes presents en gairebé tots els països.

4.6.2. Contractes

Les tècniques de control de tercers implicats en relacions de negoci amb empreses i governs estrangers moltes vegades preveuen la inserció d'una clàusula contractual específica inherent a les polítiques anticorrupció acceptades per les parts. Aquestes clàusules s'incorporen també als contractes amb empreses controlades o amb *joint-ventures*, i no només preveuen per a l'intermediari l'obligació de mantenir una comptabilitat atenta, completa i transparent, sinó també la d'acudir a lletrats independents per a l'avaluació de les principals operacions. Es preveu també la possibilitat de rescindir el contracte de forma unilateral en el supòsit d'incompliment de les obligacions anticorrupció juntament amb una indemnització de l'intermediari a favor de l'empresa sotmesa al FCPA pels perjudicis procedents de la violació de la llei (sancions de la SEC, pèrdua de contractes, etc.). Solen establir-se alguns instruments per fer més àgil el control, com: l'obligació d'emprar mitjans de pagament directament i fàcilment controlables; el dret de l'empresa d'efectuar controls a l'atzar sobre l'intermediari i les seves operacions; la necessitat documentar cada despesa.²⁰⁰

4.6.3. Controls i vigilància

Després dels controls previs, una vegada iniciada la relació mercantil amb l'intermediari essent vigents les clàusules anticorrupció, a l'empresa li queden altres tècniques de control. Per descomptat, l'empresa sotmesa a la regulació del FCPA vetllarà perquè el que s'hagi establert al contracte i

²⁰⁰ De tota manera, en la pràctica, el grau de control real que una empresa aconsegueix mantenir sobre un intermediari resulta ser normalment mínim. No obstant això, cal recordar que aquestes mesures són útils per aconseguir un fi de segona derivada, que és l'especial atenció –a ser possible per sobre dels estàndards previstos pel FCPA– a l'elecció de l'intermediari i a la preparació del contracte; tot això pot ser determinant davant un tribunal per demostrar l'esforç de l'empresa per complir amb les seves obligacions.

en els convenis s'apliqui estrictament, per exemple rebutjant aquells rebuts que no detallin els serveis prestats.

Ara bé, quan s'hagi elegit l'intermediari segons els criteris abans exposats, serà necessari que aquest mantingui al llarg de l'execució del seu mandat els compromisos assumits. Així doncs, als controls previs, a les clàusules contractuals, caldrà aferir-hi un control continuat, és a dir, l'empresa haurà de disposar de mitjans d'investigació eficaços i, si escau, de "reacció" respecte a l'intermediari. L'incompliment d'aquest deure de vigilància podrà considerar-se per les autoritats nord-americanes com a indicatiu de culpabilitat i, per tant, de responsabilitat civil i/o penal conforme al FCPA.

4.7. Alguns casos

Considerar alguns casos tractats pels tribunals nord-americans resulta rellevant, sobretot, per aclarir el concepte de *domestic concern*, és a dir, per entendre el grau d'aplicabilitat del FCPA als estrangers.

4.7.1. El cas Dooley

En el cas *Dooley vs. United Technologies Company (UTC)*²⁰¹, les autoritats sospitaven que alguns ciutadans saudites i una empresa britànica, que actuaven per compte de la UTC, estaven implicats en un pla criminal més ampli dirigit a l'adjudicació d'un contracte de venda d'helicòpters de l'esmentada UTC per al govern saudita. Un dels primers arguments defensius presentat pels imputats va ser contestar la competència del tribunal per raó de persona, en relació amb l'àmbit d'aplicació de la llei, ja que els saudites i l'empresa britànica, *in se*, no podien considerar-se *domestic concern*, perquè no mantenien cap relació estable amb els EUA. Dooley va fer notar que la prohibició de pagar suborns s'estenia també als agents dels *domestic concern* i que en aquest sentit el FCPA no especificava que els agents havien de ser nord-americans. Per la seva banda, el tribunal va reconèixer que en general el FCPA no proporciona cap títol de jurisdicció sobre ciutadans estrangers, però va mantenir que, per entendre la *ràtio* de la llei, l'interpret ha de considerar la norma en el seu conjunt, sense limitar-se a una lectura parcial. Atenent al FCPA, a la

²⁰¹ *Dooley vs. United Technologies Company (UTC)*, 803 F. Supp. 428 (D.C.D. 1992).

part relativa a les sancions²⁰², els jutges van arribar a la conclusió que als ciutadans estrangers se'ls podien aplicar, en determinades circumstàncies, puntuals disposicions de la llei si d'alguna manera s'haguessin sotmès a la jurisdicció nord-americana. Per tant, va argumentar el tribunal, a algunes persones físiques – no persones jurídiques per no poder considerar-se vertaders agents– malgrat estar fora del territori dels EUA, se'ls podrà aplicar el FCPA si han acceptat lliurement de representar mitjançant contracte d'agència a un *domestic concern*. Això, sense que hi hagi cap relació amb el seu país de residència ni amb el país on hagi realitzat el pagament o amb la nacionalitat del funcionari públic que hagi rebut aquest pagament. Aquest principi que responsabilitza els agents d'un *domestic concern*, serà igualment aplicable als administradors, consellers i empleats de qualsevol nivell.²⁰³

4.7.2. El cas Montedison

L'any 1996, la *Securities and Exchange Commission* va començar a investigar una societat italiana, la Montedison SpA, per violació de la normativa anticorrupció i de les disposicions comptables relatives a les empreses que comercialitzen títols en el mercat nord-americà. Pel que fa al presumpte suborn, les imputacions es referien a pagaments, realitzats per l'empresa italiana, a través d'empleats amb nacionalitat italiana i residents a Itàlia, a funcionaris italians. El fet que no existís cap tipus de connexió, directa o indirecta, amb els EUA no va impedir a les autoritats nord-americanes d'investigar. Com hem vist, el FCPA s'aplica a un *issuer* que tingui títols registrats conforme a l'*Exchange Act* de 1934; aquesta normativa, a diferència de la relativa als *domestic concern*, no fa cap distinció entre *issuer* nord-americans i estrangers. En aquell moment, la Montedison comercialitzava uns títols denominats ADR (*American Depository Receipts*) a Wall Street, i per aquesta raó estava registrada

²⁰² " Any employee or agent of domestic concern who is a United States citizen, national, or resident or is otherwise subject to the jurisdiction of the United States [...] and who wilfully violates subsection (a)[...] shall be fined [...]". Cfr. U.S.C. vol. 15 §78dd-2(g)(2)(B).

²⁰³ U.S.C. vol. 15, §78dd-2(a). No obstant això, s'han registrat alguns casos que d'alguna manera han comportat la limitació de la responsabilitat dels dependents. Per exemple, a *United States vs. McLean* (738 F.2d 665 (5th Cir. 1984), s'ha establert que un empleat no serà perseguit sobre la base del FCPA si el seu cap no pot ser-ho sobre la base de les mateixes normes del FCPA.

davant la SEC; així, segons les autoritats americanes, havia acceptat lliurement de sotmetre's a la jurisdicció nord-americana. No obstant això, quan la Comissió va comunicar a Montedison els càrrecs, les úniques violacions constatades eren irregularitats relacionades amb pagaments sospitosos. Com dir que Montedison era responsable de l'il·lícit procedent de la creació de fons ocults destinats a fins il·lícits. En aquest cas, és probable que per a les autoritats nord-americanes el fet rellevant fos el possible efecte en el mercat i per als inversors nord-americans de les falses declaracions comptables presentades per Montedison i destinades al públic. Així que, finalment, els òrgans competents es van limitar a dictar sancions només per les infraccions comptables i no pel suposat delicte de suborn²⁰⁴ segurament perquè la SEC o el Departament de Justícia no van voler desencadenar un conflicte de jurisdiccions, sobretot considerant l'obligatorietat de l'acció penal a Itàlia, i considerant els delictes de corrupció com a afer intern d'aquest país i de competència dels seus tribunals.²⁰⁵

4.7.3. El cas Adler

En l'afer Montedison, l'administració nord-americana hagués pogut recórrer a la teoria dels efectes als EUA –a costa de causar un conflicte amb les autoritats italianes– per perseguir una empresa estrangera en virtut del FCPA; no obstant això la SEC es va limitar a sancionar la violació de la normativa comptable. En el cas *Adler vs. Nigèria*²⁰⁶, un ciutadà nord-

²⁰⁴ Un resultat semblant es va registrar pocs mesos després de la investigació sobre Montedison, es tracta del cas *SEC vs. Triton Energy Corporation* (Fed. Sec. L. Rep. [CCH] P 74, 405 [D.D.C., 27 de febrer de 1997]). Aquest cas tractava pagaments il·lícits a funcionaris del govern indonesi relacionats amb concessions per a l'extracció de gas natural i petroli a favor de Triton Indonesia, una empresa controlada de Triton Energy Corporation. La SEC va considerar que aquests pagaments van ser ocultats per mitjà d'artificis comptables en els registres de Triton Indonesia, i que la responsabilitat era de l'empresa matriu, Triton Energy Corporation, per falta de procediments interns dirigits al control de l'empresa controlada. En aquest sentit, vid. Mathews, A.F., *Defending SEC and DOJ FCPA...*, op. cit., p. 365.

²⁰⁵ Cfr. Lowell Brown, *Parental-subsidiary liability...*, op. cit. Sobre el cas Montedison vid. també Hotchkiss, "The sleeping dog stirs: new signs of life in efforts to end corruption in international business", a *Journal of Public Policy and Marketing*, vol. 17, 1998, pp. 108 i ss.; Crutchfield, G., *On the threshold of the adoption of global antibribery legislation...*, op. cit., p. 14 on l'autor comenta els possibles conflictes que haguessin pogut desencadenar-se arran del cas Montedison.

²⁰⁶ *Adler vs. Nigeria*, 219 F.3d 869 (9th Cir. 2000).

americà va demandar²⁰⁷ la República de Nigèria, el Banc nacional nigèria i alguns funcionaris del govern per obtenir una considerable quantitat de diners que anteriorment havia pagat per aconseguir favors d'aquests. En aquest cas els jutges van considerar que res no obstaculitza els tribunals nord-americans per conèixer un cas de corrupció si el pagament té un efecte directe als EUA.

4.7.4. EL cas Saybolt

Un altre cas que manifesta l'abast extraterritorial del FCPA és el cas Saybolt²⁰⁸. Des del principi cal anotar que arran de les investigacions realitzades pel Departament de Justícia dels EUA es va produir un aplanament per part de l'empresa responsable –mitjançant la institució de *plea-bargain*– amb la finalitat d'evitar el judici; malgrat això, el pacte aconseguit entre les parts constitueix des de diferents punts de vista un important precedent legal.

El 1998, el Departament de Justícia va començar a investigar sobre presumptes pagaments, la quantia dels qual ascendia a 50.000 dòlars, efectuats per Saybolt Inc. i Saybolt North Amèrica Inc. al Ministre panameny per als recursos miners, a canvi de concessions i avantatges fiscals. Les dues empreses constituïdes als EUA i controlades per una altra empresa holandesa es van declarar culpables i van pagar una sanció d'un milió i mig de dòlars.²⁰⁹ El que cal destacar en aquest cas és que un dels administradors de Saybolt va ser investigat i imputat malgrat la seva condició de ciutadà resident a Holanda. En definitiva, com en el cas *Dooley*, un ciutadà estranger, resident a l'exterior, va ser implicat en una

²⁰⁷ Hi ha alguns supòsits en què es pot atribuir un dret d'acció als particulars per incoar el procediment de conformitat amb el FCPA, encara que normalment la iniciació serà d'ofici per la SEC o el Departament de Justícia.

²⁰⁸ Cfr. Departament of Justice, *Press release: Saybolt Inc. agrees to plead guilty to falsifying reports to AU and violating the FCPA and pay a fine of \$4.5 million*, de 14 d'agost de 1998.

¹⁷⁷ En realitat el total de la multa va ascendir a 4.5 milions de dòlars, la diferència entre la quantitat deguda pel suborn i el total es deu a la sanció per la falsificació d'informes relatius a l'extracció de petroli.

investigació relativa a dues empreses nord-americanes per ser el seu administrador i considerat culpable segons la normativa del FCPA.

4.7.5. El cas Castle. La no aplicabilitat de la FCPA als càrrecs públics estrangers

A partir de l'anàlisi dels últims dos casos, podem evidenciar una tendència de les autoritats nord-americanes a considerar que els particulars estrangers i, en determinades circumstàncies, les empreses estrangeres, estan sotmeses a la seva jurisdicció per actes realitzats fora del territori dels EUA.

Cal assenyalar també, no obstant això, una altra sentència que analitza, per dir-ho així, l'altre costat de la corrupció, és a dir, el de la "demanda", en oposició al de l'"oferta" de pagaments il·lícits. Alguns estudiosos de l'àrea anglosaxona opinen que la corrupció, considerada també a nivell internacional, no pot ser enderrocada sense castigar els funcionaris i/o polítics que estiguin implicats en els pagaments, ja que ells ostenten una posició de poder i d'influència.²¹⁰ Encara que si l'extensió de la jurisdicció d'un país amb la intenció de perseguir les empreses pel suborn de càrrecs públics estrangers és objecte de crítiques, l'intent de castigar no sols qui paga sinó fins i tot qui rep el suborn –destacant que s'està parlant de funcionaris o polítics estrangers– provocarà encara reaccions més agudes.

En aquest sentit sembla paradigmàtica la sentència *United States vs. Castle*.²¹¹ A través d'un complex sistema d'intermediaris, xecs, descomptes i falses declaracions, l'empresa nord-americana *Eagle Bus* havia pagat 50.000 dòlars canadencs a la *Saskatchewan Transportation Company* (STC, entitat pública de Canadà) per assegurar-se una licitació d'onze autobusos. L'empresa americana i els seus administradors no van ser perseguits gràcies a la col·laboració que van oferir als òrgans d'investigació i per la dificultat de demostrar el dol específic; mentre, l'intermediari va pactar pel delictes

²¹⁰ Harms, B.C., *Holding public officials accountable...*, op. cit., 2000, pp. 171-180.

²¹¹ *United States vs. Castle*, 925 F.2d 831 (5th Cir. 1991), aquesta sentència d'apel·lació confirma la que es va dictar en el cas *United States vs. Blondek*, 741 F.Supp. 116 (N.D. Tex. 1990).

de col·lusió en la violació de la normativa anticorrupció del FCPA. El que resulta important d'aquesta decisió judicial és que els funcionaris canadencs de la STC no van ser jutjats en la seva qualitat de funcionaris públics estrangers. Per aquesta exclusió, el Departament de Justícia va presentar apel·lació: el fiscal, d'una banda, es va declarar conforme amb el fet que normalment els funcionaris públics estrangers no haurien d'estar sotmesos a la regulació específica del FCPA, que expressament no els pren en consideració; no obstant això, d'altra banda, va intentar demostrar que en el cas que s'examinava, com a partícips del pla criminal, els esmentats funcionaris haguessin hagut de ser jutjats i condemnats a la llum de la norma general sobre el concurs (*conspiracy*) en una conducta criminal específica. El Tribunal d'Apel·lació va confirmar la sentència de primera instància, declarant que la intenció del legislador d'excloure els funcionaris públics estrangers de l'esfera d'aplicació del FCPA era clara. Segons la doctrina jurisprudencial, aquesta prohibició específica no pot saltar-se acudint al principi general del concurs; així queda consagrada la regla segons la qual els funcionaris estrangers (el costat de la demanda) resulten exclosos de l'àmbit subjectiu d'aplicació del FCPA.

4.7.6. La tendència a mitigar les penes. Els casos Bellsouth, IBM, Baker Hughes i Rothrock

En els últims anys s'està evidenciant una tendència a mitigar les penes infligides als responsables de violacions del FCPA. Recentment, la SEC ha pactat un cas contra la companyia telefònica Bellsouth²¹² per un import de només 150.000 dòlars, enfront dels 11 milions de dòlars que es van pagar per empreses controlades (amb seus a Veneçuela i Panamà) a polítics locals per obtenir canvis legislatius i altres avantatges.

En un altre cas de finals del 2000, després de cinc anys d'investigacions, la SEC va aconseguir pactar amb la *International Business Machines Corp.* (IBM), que era acusada d'haver pagat 22 milions de dòlars de suborns a polítics locals, a través de la seva controlada *IBM Argentina S.A.*; el *plea-bargaining* va acabar amb una sanció de només 300.000 dòlars.²¹³ El cas,

²¹² *SEC vs. Bellsouth Corp.*, Civil Action N. 1:02-CV-0113 (N.D. Ga).

²¹³ "In the matter of International Machines Business Corp.", Administrative Proceeding File N. 3-13097 ReL. N. 34-43761.

malgrat tot, no deixa de ser interessant perquè posa de manifest la voluntat de les autoritats nord-americanes d'investigar els balanços de les empreses estrangeres controlades per empreses nord-americanes més enllà de la prova del dol d'aquestes últimes.

El setembre de 2001, la SEC va pactar durant la fase de les investigacions amb l'empresa Baker Hughes, que ja es va declarar culpable de la realització de pagaments il·licits. Després del reconeixement de culpabilitat, la SEC i el Departament de Justícia (que per primera vegada van actuar de forma conjunta) van obrir un expedient contra KPMG Siddharta Siddharta & Harsono, l'empresa indonèsia d'auditoria de Baker Hughes i de Sonny Harsono (soci de KPMG SSH), per un pagament sospitós de 75.000 dòlars realitzat a favor d'un funcionari indonesi d'hisenda.²¹⁴

En tots aquests casos, el recurs a la institució del *plea-bargaining* (o *settlement*), en comptes d'esperar el resultat (incert) de llargues investigacions, destaca la tendència a dictar sancions relativament modestes; hi ha més, en el cas *US vs. Daniel Ray Rothrock*²¹⁵, malgrat que resultés demostrat el pagament per part d'*Allied Products Corporation*, de 300.000 dòlars a funcionaris públics haitians, per adjudicar-se un negoci valorat en 5,5 milions de dòlars, Rothrock, llavors vicepresident de la divisió imputada, va ser condemnat només a un any d'*unsupervised probation*.²¹⁶

4.7.7. El cas US vs Kay & Murphy: quan subornar a Hisenda no és delicte

Finalment cal citar el cas *US vs. Kay & Murphy*²¹⁷ que sembla especialment indicatiu d'una tendència de la justícia nord-americana a relaxar la repressió de la corrupció. En aquesta sentència el jutge de districte Hittner

²¹⁴ "Litigation Release N. 17127" de 12 d'octubre de 2001 (*United States and Securities Exchange Commission vs. KPMG Siddharta Siddharta & Harsono and Sonny Harsono*, Civil Action N. H-01-3105). Sobre l'empresa multinacional d'assessoria i auditoria KPMG, la controlada de la qual va ser sotmesa a investigació per part de la SEC, vid. *The Economist* (2-8 de març de 2002), *The Short ARM of the Law*, p. 67.

²¹⁵ *United States vs. Daniel Ray Rothrock* (Cr. N. 343), W.D. Tex., sentència de 13 de juny de 2001.

²¹⁶ La *probation* és una sanció que es pot imposar a l'empresa amb la finalitat de modificar dràsticament la política empresarial, de detectar els centres generadors dels delictes i de sotmetre'ls a control per tal de prevenir-ne la reincidència.

²¹⁷ *United States vs. David Kay and Douglas Murphy*, 200 F. Supp. 2d 681 (S.D. tex. 2002), sentència de 18 d'abril de 2002.

va interpretar la llei de forma absolutament restrictiva. El cas se centrava en l'avaluació de la conducta de Kay i Murphy, els qui segons el fiscal havien subornat funcionaris públics haitians per obtenir una reducció sobre impostos i sobre aranzels d'exportació. Segons el jutge, considerant que el pagament d'un funcionari públic estranger es considera il·legal només si el seu fi és "obtain or retain business", les acusacions es van considerar irrelevantes a la llum del FCPA, sobre la base de l'argumentació que una reducció d'impostos no hagués contribuït a mantenir negocis o a aconseguir-ne de nous en un país estranger. En realitat, la decisió judicial sembla més aviat concretar una violació de l'art. 1 del Conveni OCDE que estableix que hauran de castigar-se tots aquells pagaments "in order to obtain or retain business or *other improper advantage* in the conduct of international business".

4.8. La FCPA entre política criminal, unilateralitat i cooperació internacional

De l'anàlisi desenvolupada sobre el FCPA, se'n poden extreure algunes conclusions parcials. Des del principi s'ha deixat clar que aquesta llei anticorrupció amb vocació global ha estat un model per a tots aquells ordenaments jurídics que es proposen lluitar contra la corrupció a nivell internacional. No obstant això, cal remarcar que l'experiència nord-americana no deixa de ser peculiar i específica d'un país en què l'esmentada normativa sorgeix d'un sistema caracteritzat per una àmplia discrecionalitat d'acció penal, que recorre amb molta freqüència a la institució del *plea-bargain* per recuperar informacions i per evitar llargs i costosos procediments judicials. En efecte, els resultats quantitatius i qualitatius del FCPA han estat bastant modestos. Cal recordar el cas Montedison, on només es va procedir a sancionar l'empresa per irregularitats comptables però no es va perseguir la corrupció dels funcionaris estrangers. En realitat, els tribunals nord-americans han rebutjat estendre la responsabilitat als funcionaris públics estrangers, i per justificar l'exercici de la seva jurisdicció han intentat definir l'efecte directe dels pagaments il·licits en el mercat nord-americà. En els últims anys s'ha palesat una certa tendència que, si d'una banda veu una major aplicació de les potencialitats extraterritorials del FCPA, per l'altra posa de manifest un major recurs al *plea-bargain* per no arribar a celebrar el procés. A més, sembla existir un llindar d'impunitat substancial respecte al pagament de

suborns "menors".²¹⁸ Tot això sembla indicar que la discrecionalitat que ostenten les autoritats nord-americanes es tradueix en un instrument de política criminal. En definitiva aquest *restraint* és, d'alguna manera, un símptoma de la desconfiança cap a la possibilitat de prevenir la corrupció a nivell internacional a través de l'única acció de les autoritats dels EUA. Durant l'administració Clinton (1992-2000) es va poder veure un senyal de canvi de rumb quan a l'acció unilateral s'hi va sumar una intensa acció diplomàtica que va permetre aconseguir rellevants resultats a nivell multilateral.²¹⁹ Les accions que han procurat cercar un consens multilateral s'han pres en l'àmbit de l'Organització dels Estats Americans (OAS)²²⁰, de l'Organització Mundial del Comerç (WTO)²²¹, i de l'Organització per a la Cooperació i el Desenvolupament Econòmic (OCDE); aquestes iniciatives posen de manifest que la cooperació econòmica internacional assoleix un nou valor, desconegut en el passat.²²² No obstant això, la presidència de George W. Bush, i els esdeveniments internacionals vinculats al terrorisme han contribuït a la visió unilateral de la política nord-americana.

²¹⁸ Sembla que mai es van obrir expedients o es van incoar procediments per pagaments sospitosos inferiors als 22.000 dòlars. Sobre aquest tema, vid. Salbu, S., "A delicate balance: legislation, institution change and transnational bribery", a *Cornell International Law Journal*, vol. 33, núm. 3, 1999, p. 657.

²¹⁹ Davant la tradicional majoria de la doctrina nord-americana que considera l'extraterritorialitat del FCPA i la seva corresponent visió unilateral, un aspecte necessari per lluitar contra la corrupció en l'àmbit internacional, recentment alguns estudiosos han restat importància a aquesta l'aproximació del FCPA, destacant els resultats aconseguits en l'àmbit de les Nacions Unides i de l'OCDE. Vid. Almond, M.A., "Beyond compliance: corruption, corporate responsibility and ethical standards in the new global economy", a *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol 22, 1997, p. 389.

²²⁰ *Interamerican Convention Against Corruption* (adopted drec the third plenary session, held on March 29, 1996).

²²¹ En especial, la Declaració Interministerial de Singapur de 18 de desembre de 1996.

²²² Vid. Hotchkiss, C., "The sleeping dog stirs: new signs of life on efforts to end corruption in international business", a *Journal of public policy and marketing*, vol. 17, 1998, p. 108.

Capítol 5

LA REGULACIÓ FEDERAL DE LA INTEGRITAT PÚBLICA L'*Ethics in Government Act* i els elements de la regulació

*"Where a man assumes a public trust,
he should consider himself a public
property"*

Thomas Jefferson

5.1. L'*Ethics in Government Act* de 1978: les seves idees nuclears

Quan el president Jimmy Carter va signar la *Public Law* 95-521 de 26 d'octubre de 1978, coneguda com *Ethics in Government Act*, va afirmar que aquesta llei era una resposta als problemes que s'havien desenvolupat en els nivells més alts del govern durant els anys setanta. L'*Ethics in Government Act*²²³ va unir diverses aproximacions a la integritat pública que estaven en auge després dels successos del Watergate. Els pilars teòrics de la llei eren els següents:

¹⁹¹ Principals disposicions de l'*Ethics in Government Act of 1978*

Se'ls va exigir una declaració financera anual al president, vicepresident, funcionaris d'alts càrrecs, membres del Congrés i jutges federals, i a les seves esposes i fills.

- Es va establir l'*Office of Government Ethics* per desenvolupar normes i reglaments sobre afers ètics, dirigir programes d'entrenament i controlar la conformitat amb les necessitats ètiques.
- Es van establir restriccions en les activitats dels funcionaris federals després del seu pas pel govern.
- Es va establir un mecanisme per a la designació d'un fiscal especial que investigués i processés les denúncies criminals contra el president, el vicepresident i els ministres.

1. La transparència és un punt clau per a la dissuasió. Mentre més sàpiga el poble sobre els seus líders del govern, sobretot sobre els seus interessos financers, menys probable serà que treguin partit de les posicions d'autoritat que ocupen per enriquir-se indegudament.
2. Els líders del govern necessiten una definició detallada així com recordatoris constants del que constitueix un conflicte d'interessos o un abús d'ofici. Assessors ètics professionals haurien de revisar anualment les participacions financeres dels empleats i càrrecs públics per detectar i eliminar els possibles conflictes d'interessos.
3. Tots els funcionaris del govern, sense importar les seves funcions específiques, estaran subjectes als mateixos requisits de transparència i investigació.
4. La situació financera dels membres familiars més pròxims dels empleats i càrrecs haurà d'estar subjecta a les mateixes condicions de transparència i escrutini que la dels funcionaris.
5. Quan els càrrecs públics abandonin el govern, es marcaran uns límits rígids per a les activitats que realitzin posteriorment i que puguin influenciar la seva antiga agència o els seus col·legues de govern.
6. Existiran organismes permanents i especialitzats que gestionin la regulació ètica i quan es presentin càrrecs contra funcionaris titulars, se seguiran procediments específics atès que no es pot confiar que les autoritats normalment competents investiguin imparcialment el cas.

5.1.1. La tramitació del la llei

La tramitació parlamentària de l'*Ethics in Government Act* va durar gairebé un any i mig. Durant aquest període, tant el president com el Congrés van mantenir un extens debat que va posar de manifest, per una banda, les autèntiques raons d'allò que havia motivat la nova regulació ètica i,

d'altra banda, una sèrie de dubtes i preocupacions sobre la utilitat i els costos d'una regulació d'aquesta naturalesa. La llei es va convertir en la peça clau de l'estructura de defensa ètica de la Nació, per la qual cosa val la pena analitzar les esperances – i les pors– de les persones que la van aprovar.

En el missatge al Congrés que va acompanyar les seves propostes ètiques, el president Jimmy Carter va declarar que estava portant a la pràctica una promesa feta durant la campanya electoral i que assegurava al poble nord-americà que el seu govern estava consagrat exclusivament a l'interès públic mitjançant l'establiment d'"importants salvaguardes contra els conflictes d'interessos i l'abús de la confiança pública per part dels funcionaris del govern".²²⁴ La restauració de la confiança del poble nord-americà en el seu govern és un punt constant de la història legislativa de la llei sobre ètica pública, una justificació esmentada sovint per a qualsevol sacrifici que la citada llei imposés sobre aquells que entressin o romanguessin al servei públic. *The Senate Governmental Affairs Committee* (Comitè d'afers governamentals del Senat) va dir que la llei "preservaria i promocionaria la responsabilitat i la integritat dels funcionaris i de les institucions del govern federal [i que] augmentaria la confiança pública en el govern".²²⁵

Una altra repetició constant de la història legislativa és l'afirmació que la llei ètica assoleix un veritable equilibri entre els drets del poble i els drets dels funcionaris federals. Després d'enumerar alguns dels extensos requisits de declaració financera de la seva proposta, el president Carter va assenyalar que:

"La gran majoria de funcionaris del govern han seguit, sense cap dubte, normes ètiques estrictes. Respecto als seus esforços i la seva integritat i he considerat detingudament les noves obligacions que

²²⁴ *Ethics in Government Act of 1977: Message from the President of the United States Transmitting a Draft of Proposed Legislation to Preserve and Promote Ethical Standards throughout the Executive Branch and for Other Purposes*, H. Doc. núm. 95-193, 95 Cong. 1 sess; Government Printing office, May 16, 1977, citat per Mackenzie, G. C., *Scandal Proof. Do Ethics Laws Make Government Ethical?*, The Brookings Institution, Washington, 2002, p. 37.

²²⁵ *S. Rept. 95-642, 95 Cong 1 sess*. Government Printing Office, May 16, 1977, pp. 1-21, citat per Mackenzie, G. C., *Scandal Proof...*, op. cit., p. 37.

aquesta legislació farà caure sobre ells. Les prescripcions de la llei aconseguiran assolir un acurat equilibri entre els drets a la privacitat d'aquests individus i el dret del poble americà a saber que els seus funcionaris estan lliures de conflictes d'interessos".²²⁶

En els seus informes sobre el projecte de llei, el *House Post Office* i el *Civil Service Committee* (Comitè de la funció pública) van considerar que la llei estava "proporcionant un sistema de declaració i informació financera factible per als departaments executius que equilibrava meticulosament els interessos, sovint en contrast, del poble i dels funcionaris".²²⁷

Els defensors de la legislació d'ambdues cambres sostenien que la necessitat de transparència prevalia sobre qualsevol reclamació de privacitat. En entrar al servei públic, l'argument dominant indicava que els nord-americans declinaven el dret a la privacitat que tan extensament protegien els ciutadans privats.

Però quin era el fonament que justificava la pèrdua de privacitat que aquesta legislació imposava als funcionaris federals? El *Senate Governmental Affairs Committee* oferia una resposta en cinc punts:

1. La declaració financera pública augmentaria la confiança del poble en el govern.
2. La declaració financera pública faria evident l'alt nivell d'integritat de la gran majoria dels funcionaris del govern.
3. La declaració financera pública evitaria l'aparició de conflictes d'interessos.
4. La declaració financera pública impediria que persones inadequades entressin a formar part del servei públic.
5. La declaració financera pública permetria que el poble jutgés de forma més encertada el treball dels empleats públics.²²⁸

La llei sobre ètica va intentar de diverses maneres protegir els empleats d'influències indegudes –per part dels seus antics companys o bé per part

²²⁶ *Ethics in Government Act of 1977: Message from the President*, May 3, 1977, p. 62.

²²⁷ H. Rept. 95-462, 95 Cong. 1 sess., Government Printing Office, September 28, 1977, p. 24, Mackenzie, G. C., *Scandal Proof...*, op. cit., p. 38.

²²⁸ S. Rept. 95-170, p. 21-22.

dels titulars d'interessos afectats per les seves decisions i accions. En la seva petició d'ampliacions de diverses de les restriccions sobre els funcionaris després de la finalització dels seus serveis, el president Carter va afirmar que les esmentades restriccions "haurien de prevenir l'abús d' [tràfic d'] influències adquirides durant el servei públic".²²⁹ L'informe del *Senate Governmental Affairs Committee* va explicar en detall aquesta qüestió.

"[Les restriccions després d'haver prestat servei] presenten diversos objectius importants. Aquestes restriccions s'imposen per assegurar l'eficiència del govern, eliminar la corrupció dels funcionaris i promocionar l'exercici imparcial de la discreció administrativa. No es permetrà que els antics funcionaris exerceixin influència indeguda sobre antics companys, que encara prestin servei, en matèries pendents davant les agències; tampoc se'ls permetrà l'ús, en casos específics, d'informació que hagin obtingut durant el seu servei en el govern en benefici propi i en el de clients privats. Ambdues són formes d'injust avantatge".²³⁰

Un altre dels objectius de la llei sobre ètica més àmpliament comentats va ser l'establiment d'un sistema de gestió que assegurés una administració enèrgica i efectiva de totes les regulacions ètiques. S'imposarien requisits amplis i amb aplicació igualitària per a les declaracions financeres personals, amb dures sancions administratives per a les infraccions, i sancions penals per a les violacions doloses més greus. Aquells que violessin les restriccions imposades després del treball exercit al govern, haurien de fer front a una possible pena de presó. Una nova agència federal, l'*Office of Government Ethics* (OGE, Oficina d'ètica en l'Administració) supervisaria la implementació d'aquest programa, proporcionant formació als funcionaris de l'agència, consell als empleats del govern i directives a aquells que presentessin potencials conflictes d'interessos. En els supòsits d'acusació de subjectes que ocupessin els llocs més importants dins l'àrea executiva -president, vicepresident, secretaris o assistents de la Casa Blanca-, la llei permetria el nomenament d'un fiscal especial, una proposta que el president Carter va creure que podria "eliminar qualsevol aparença d'interferències d'alt nivell en investigacions i processaments delicats".²³¹

²²⁹ *Ethics in Government Act of 1977: Message from the President*, May 3, 1977.

²³⁰ S. Rept. 95-170, *ibidem*.

²³¹ *Ethics in Government Act of 1977: Message from the President*, May 3, 1977.

El 1977, un informe al Congrés de la *General Accounting Office* (GAO) apuntava diverses deficiències en els procediments que existien llavors per prevenir els conflictes d'interessos.²³² Primerament, hi havia poca o gairebé cap interpretació dels reglaments de les normes de conducta per part de les agències particulars o molt d'esforç per aplicar les normes generals a les preocupacions específiques dels empleats de les agències. D'aquesta manera molts empleats no tenien una orientació important sobre com actuar en situacions èticament delicades. Segon, les agències eren incoherents pel que fa a l'aplicació dels requisits per presentar informes confidencials sobre la situació financera personal. En algunes agències, la GAO va descobrir que més del 10% dels informes no havien estat presentats i en moltes agències en què es van presentar aquests informes, no van ser revisats detingudament. Tercer, la GAO va apuntar molts exemples de resolucions de conflictes d'interessos inefectives i prematures. Ben sovint podia transcórrer un any o fins i tot més entre la presentació d'un informe que indicava un conflicte potencial i l'acció, per part de l'agència, de treballar amb l'empleat i solucionar el conflicte. Aquestes conclusions van convèncer molts congressistes de la necessitat dins l'àrea executiva d' "una *infraestructura integradora* per a l'aplicació de les lleis (*statutes*) actuals, decrets executius (*executive orders*) i reglaments (*regulations*) relacionats amb les normes de conducta [...] Un factor important i potser el que més substancialment hagi contribuït a l'actuació inadequada del sistema de conflicte d'interessos de l'àrea executiva ha estat la marcada falta d'una autoritat supervisora centralitzada", va declarar el *Senate Governmental Affairs Committee*.²³³

Una lectura detallada de la història legislativa de l'*Ethics in Government Act of 1978* revela així la seva justificació que pot articular-se en els següents arguments més importants.

²³² U.S. General Accounting Office, *Action Needed to Make the Executive Branch Financial Disclosure System Effective*, FPCD-77-23, Government Printing Office, February 28, 1977, citat per Gilmour, R.S. – Jensen, L.S., *Reinventing government accountability: public functions, privatization, and the meaning of "state action"*, a *Public Administration Review*, Vol. 58, 1998, p.

²³³ S. Rept. 95-170, p. 30. La cursiva és nostra.

- La necessitat de noves normes més enèrgiques i procediments per restaurar la confiança del poble americà en la integritat ètica del seu govern.
- La importància d'uns requisits de gran abast perquè els funcionaris del govern fessin una declaració pública de la seva situació financera i permetre així la identificació i prevenció de potencials conflictes d'interessos.
- La necessitat de prevenir la influència indeguda en les accions del govern mitjançant les restriccions als antics empleats en tota la branca executiva i procediments extraordinaris per investigar els càrrecs contra els funcionaris executius d'alt nivell.
- La necessitat d'una agència especial per a la branca executiva que assegurés una supervisió constant i dinàmica del programa del govern federal sobre regulació ètica.
- La necessitat de sancions clares i importants per acabar amb els violadors potencials d'aquestes regulacions.²³⁴

5.1.2. Els arguments dels dissidents en contra de la Llei

La justificació de la llei sobre ètica va ser prou persuasiva com perquè fos aprovada per ambdues cambres, i a més a més per una significativa majoria a cadascuna d'elles: 74-5 al Senat, 368-30 a la Cambra dels Representants. Però una revisió de la història legislativa de la llei revela quelcom més que els sentiments de suport que van donar lloc a la seva aprovació. El debat també va estar ple d'expressions de preocupació, d'inquietuds i pors a causa de les conseqüències i efectes col·laterals del que seria un conjunt de canvis significatius en les condicions de treball dels funcionaris i càrrecs públics federals. A continuació es comentaran els tres punts crítics principals.

5.1.2.1. La privacitat

²³⁴ Per a un comentari general de la Directora d'OGE sobre la llei d'ètica pública en ocasió del seu XXV aniversari, vid. Comstock, A.L., "The Ethics in Government Act of 1978. Foundation of Modern Ethics Program", a *The Journal of Public Inquire*, Fall/Winter 2003, disponible en format digital a través de l'enllaç següent: <http://www.ignet.gov/randp/fw03jpi.pdf#search=%22S.%20Rept.%2095-170%22>.

Per a alguns membres del Congrés, la llei sobre ètica violava un principi fonamental: el dret dels ciutadans americans a la privacitat. Especialment enrevessats en aquest sentit van ser els requisits relatius a la declaració financera de l'àrea executiva fixats en el Títol II del projecte de llei. El representant Jack Brooks (D-Texas) va assenyalar que "el Congrés dels Estats Units ha defensat en els últims anys en un gran nombre d'ocasions el dret dels nostres ciutadans a ser protegits de la publicació indiscriminada de la seva informació privada. No hi ha raons de pes en aquest moment per tractar els funcionaris del govern de carrera com a ciutadans de segona classe als quals cal negar aquest tipus de proteccions bàsiques".²³⁵ Aquest diputat va cridar l'atenció dels seus col·legues sobre una opinió que el jutge de districte (*U.S. District Court Judge*) Gerhard Gesell va expressar ja el 1978.

"En aquest període immediatament posterior al Watergate, la visió que existia era que es podia lluitar contra els conflictes d'interessos obligant a aquells que treballessin amb el govern o que actuessin per a ell prestant declaració sobre la seva privacitat. Dins d'uns certs límits aquesta idea podria ser sensata, però cal anar amb compte per evitar que un entusiasme excessiu en aquesta direcció destrueixi valors fonamentals més importants. Les persones, fins i tot aquelles que treballen per al govern, tenen, dins uns paràmetres raonables, dret a la seva privacitat".²³⁶

Per a alguns membres, el problema va ser exagerat: massa invasió de la privacitat imposada sobre massa funcionaris del govern:

"[...] si anem més enllà del que és necessari per revelar aquells punts sobre els quals el poble legítimament indagaria -va exposar el Rep. Charles E. Wiggings (R-Calif.)- simplement estem satisfent la curiositat, la tafaneria, com si existís. Jo no diria que la satisfacció de la curiositat pública sigui un interès públic important i primordial".²³⁷

²³⁵ *Congressional Record*, daily ed., September 27, 1978, p. H10876, citat per Mackenzie, G. C., *Scandal Proof...*, op. cit., p. 40.

²³⁶ *American Confederation of Government Employees, Local 421, et al. vs. Schlesinger*, Civ. Action núm. 77-1985, January 13, 1978, p. 3, citat per Mackenzie, G. C., *Scandal Proof...*, op. cit., p. 41.

²³⁷ *Congressional Record*, September 20, 1978, p. 30429 citat per Mackenzie, G. C., *Scandal Proof...*, op. cit., p. 41.

5.1.2.2. Les portes giratòries

Un dels objectius plantejats en la legislació va ser el de frenar les anomenades "portes giratòries" (*revolving doors*) a través de les quals els funcionaris marxaven del govern per agafar feines en sectors privats en què poguessin treure partit dels coneixements adquirits al govern o a partir de l'accés especial (i per tant, influència) que poguessin tenir amb els seus antics companys que van romandre al govern.²³⁸ La tasca, van dir molts dels defensors de la proposta de llei, era alentar o aturar la porta giratòria per la qual la gent passava del sector privat al públic i a l'inrevés. No obstant això, per a alguns membres les preocupacions pels potencials efectes negatius de la porta giratòria eren pretensioses. Tres membres van presentar noves opinions a l'informe del *House Judiciary Committee* (Comitè Judicial de la Cambra de Representants) sobre el projecte de llei, fent notar de manera especial el seu desacord amb les restriccions en deixar el govern. Van apuntar que

"el que reflecteixen les restriccions després de l'ocupació al govern és una creença subjacent en què la "porta giratòria" és d'alguna manera dolenta per al govern. Però, en la majoria dels exemples, el contrari és la veritat".²³⁹

El republicà Bob Eckhardt (D-Texas) va apuntar a l'hemicicle que

"el pitjor no té a veure amb la porta giratòria [...] La nostra economia és essencialment un sistema empresarial en què el govern ha de saber

²⁰⁶ Per a una anàlisi econòmica del fenomen del *revolving door*, vid. Salant, D.J., "Behind the revolving door: A new view of public utility regulation", a *RAND Journal of Economics*, vol. 26, núm. 3, Autumn 1995, pp. 362-377. Per a un estudi del *revolving door* en el sector de les comunicacions entre els anys 1955-1974, vid. Cohen, J.E., "The Dynamics of "Revolving Door" on the FCC", a *American journal of Political Science*, vol. 30 (4), pp. 689-708. Últimament sobre la qüestió, per a una anàlisi de la literatura teòrica i empírica, vid. Dal Bó, E., "Regulatory Capture: A Review", a *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 22, núm. 2, 2006, pp. 203-225.

²⁰⁷ "Additional Views of Representatives Calos J. Morread, Robert McCrory, and Thomas N. Kindness", H. Rept. 95-800, 95 Cong. 1 sess. (Government Printing Office, November 2, 1977), p. 104, citat per Mackenzie, G. C., *Scandal Proof...*, op. cit., p. 42.

dels negocis i els negocis han de saber del govern. No és quelcom dolent, sinó una interacció entre tots dos".²⁴⁰

5.1.2.3. La contractació

Especialment preocupant per a alguns dels enemics –i fins i tot per a alguns dels partidaris– de la llei sobre ètica pública van ser els seus potencials efectes sobre aquelles persones que havien estat elegides directament per la Presidència. Mentre que els més acèrrims partidaris de la legislació creien que elevava la integritat pública sense minvar la capacitat de contractació del govern, molts altres membres no n'estaven tan segurs. L'informe del *Senate Governmental Affairs Committee* va intentar calmar aquestes controvèrsies.

"Els estàndards del conflicte d'interès s'han de mantenir en equilibri amb l'objectiu del govern d'atreure persones qualificades i amb experiència al servei de l'administració. Ambdues coses són importants i una política de conflictes no pot centrar-se en una cosa en detriment de l'altra. No hi ha dubte que restriccions massa severes tenen un decidit impacte negatiu en l'habilitat del govern per atraure i conservar persones experimentades en el govern federal".

Però el debat es va encrespar amb les discrepàncies; valen per totes les paraules del republicà Samuel S. Stratton (D-N.I.), segons el qual la llei

"faria virtualment impossible per a nosaltres aconseguir que qualsevol d'aquests científics joves i preparats o tècnics acceptés treballar per al Ministeri de Defensa, perquè [...] seria gairebé impossible per a aquesta persona aconseguir feina després de deixar el govern si a partir d'aquest punt se li prohibís qualsevol contacte amb el Ministeri".²⁴¹

²⁴⁰ *Congressional Record*, September 27, 1978, p. H10879, ibidem.

²⁴¹ *Congressional Record*, September 20, 1978, p. 30418, citat per Mackenzie, G. C., *Scandal Proof...*, op. cit., pp. 42-43.

Possiblement, no va haver-hi res que ocasionés més problemes a aquells que es van oposar a la proposta –i a molts d'aquells que al final van acabar votant-la– que la incertesa sobre els seus efectes en la contractació de funcionaris presidencials i la retenció de funcionaris d'alt rang. Per a molts es va posar de manifest que havia pujat el llistó per accedir al servei federal, bé exigint als funcionaris de sotmetre's a invasions de la seva privacitat sense precedents, bé limitant les activitats només a aquelles que es relacionessin amb les seves carreres després de prestar servei al govern.

5.2. Els primer anys d'aplicació de la Llei

El President Carter estava a punt de finalitzar el seu mandat quan la llei sobre ètica va entrar en vigor el juliol de 1979 i, com solia ocórrer en els divuit últims mesos del període presidencial, el flux de nomenaments es va veure frenada. Per als ajudants de Carter involucrats en el procés de nomenament i que treballaven en la *White House Counsel's Office* (Oficina d'Assessoria Jurídica de la Casa Blanca) l'impacte va ser mínim ja que Carter ja havia establert una sèrie de normes per a aquestes persones, que de moltes maneres eren iguals o sobrepassaven els requeriments de la nova llei, de manera que el tema de la contractació en aquest cas va patir pocs canvis.

Malgrat això, molts membres del govern es van queixar que els procediments, per exemple els de declaració financera, eren canviants i dificultosos, que era molt complicat trobar feina després del servei al govern (sobretot per als que treballaven al Departament de Defensa) i que hi hauria complicacions a l'hora de reclutar personal per cobrir els llocs d'aquells que s'estaven retirant.

Per tant, el primer període de vigència de la Llei, durant l'administració Carter, no va suposar problemes ni va registrar esdeveniments destacats ja que la llei va entrar en vigor en un moment en què els procediments per reclutar personal per a la presidència ja havien estat revisats i a més a més el nivell de nomenaments era relativament baix. A això cal afegir-hi que el personal que va haver d'adaptar-se a aquests canvis ja sabia què es trobaria i el que feia, per la qual cosa no va haver-hi ni sorpreses ni tensió.

Va ser diferent després de l'elecció de Ronald Reagan²⁴² el 1980. Malgrat que el seu equip s'havia preparat per a les tasques de selecció de personal, la persona que estava al capdavant d'aquesta tasca, E. Pendleton James, no va fer gaire cas dels consells de l'equip sortint, així que el resultat va ser que moltes de les persones a qui va oferir un càrrec en el govern el rebutgessin, sobretot per l'alt preu que calia pagar en desvelar i veure alterada la seva situació financera, i passar per tediosos procediments de control.²⁴³

5.2.1. Els continus desplegaments normatius

L'*Ethics in Government Act* només va començar el procés de construcció d'un marc de regulació ètica per al govern federal. En realitat, ja abans que entrés en vigor van tenir lloc alguns problemes, per exemple molts funcionaris d'alt càrrec van amenaçar de deixar el seu lloc abans de la data d'entrada en vigor de la llei per evitar així les estrictes limitacions en l'activitat dels post-empleats. De manera que es van fer algunes reformes a la proposta abans que la llei veiés la llum.

Així els van ser imposats als exfuncionaris dos anys en què no podrien representar els seus clients davant les agències de què abans havien format part, sempre que la qüestió tractada tingués una relació personal i substancial amb l'exempleat. Altres canvis van afectar el *special prosecutor*. La previsió del "fiscal especial" de la llei sobre ètica havia d'expirar l'1 d'octubre de 1983; no obstant això, el 1982 el Congrés va aprovar una norma que revisava l'esmentada disposició i l'estenia a cinc anys més. Malgrat que el president Reagan la signés, els seus mateixos departaments (especialment el de Justícia) van manifestar una certa contrarietat.²⁴⁴ Així que aprofitant una altra ocasió el Congrés va realitzar una esmena, i va canviar el nom de *special prosecutor* pel d'*independent*

²⁴² Sobre Reagan i la seva presidència, entre d'altres, vid. Smith, H. et al., *Ronal Reagan: Una revolució conservadora?*, Planeta, Barcelona, 1981. Sobre la corrupció durant l'administració reaganiana, vid. De León, P., *Thinking About Political Corruption*, M. E. Sharpe, New York, 1993, pp. 51-204.

²⁴³ Vid. Mackenzie, G. C., *Scandal Proof...*, op. cit., pp. 46-47.

²⁴⁴ Informa respecte d'això Mackenzie que "*The Justice Department had argued that it had capability to investigate and prosecute the kinds of crimes covered by the special prosecutor provision and it was, therefore, unnecessary*", ibidem, p. 49.

counsel tancant el camp d'acció d'aquest òrgan. Amb tot, l'*independent counsel* va aconseguir sobreviure.

El 1983, l'*Office of Government Ethics* va ser renovada després de cinc anys d'existència: el principal canvi que va implantar el Congrés va ser augmentar la independència d'aquesta agència, concedint-li el seu propi pressupost i atorgant-li potestat reguladora directa.

L'elecció de George H. W. Bush el 1988 va desencadenar una nova onada de regulacions en l'àmbit de l'ètica pública. Així Bush va ordenar que la Comissió per als Nomenaments Federals Presidencials (*president's Commission on the Federal Appointment Process*) examinés les normes existents en matèria relatives al procés de designació federal i recomanés canvis. Aquesta iniciativa va culminar amb el Decret Executiu 12674 que va imposar una barrera total als beneficis externs dels funcionaris presidencials. També es va aprovar pel Congrés l'*Ethics Reform Act of 1989*, que va ampliar les restriccions post-ocupació i va augmentar els requisits de les declaracions financeres que resultaven ser encara més penetrants.

El president Bill Clinton va seguir amb el que s'havia convertit en el curs normal dels successos i va començar la seva administració amb l'anunci de normes ètiques encara més severes que les que requeria la llei o les que havien seguit altres presidents. Tots els elegits per Clinton havien de signar un pacte en què es comprometien a abstenir-se d'exercir qualsevol mena de "pressió" a les seves antigues agències durant els cinc anys després de deixar el govern i a no representar mai governs o partits polítics estrangers en qualsevol afer davant el Govern dels Estats Units.²⁴⁵

En definitiva, la majoria dels presidents que van arribar al govern des de 1961 han actuat de forma similar emfatitzant el compromís de la seva administració amb els més alts estàndards d'integritat pública.²⁴⁶ Això no sols va donar com a resultat l'aparició de normes de conducta cada vegada més restrictives per als funcionaris presidencials, sinó que també va imposar una càrrega implícita a cada nova administració per actuar

²⁴⁵ Vid. Mackenzie, G. C., *Scandal Proof...*, op. cit., p. 51.

²⁴⁶ Per a una història de la corrupció americana fins a l'administració Reagan, vid. Miller, N., *Stealing from America: History of Corruption from Jamestown to Reagan*. Paragon House, New York, 1992.

abans o immediatament després d'arribar al poder. Aquesta dinàmica continua d'acumulació de polítiques i mesures ètiques, no obstant això, no va ser exempta de crítiques: Mackenzie va observar que:

“La majoria de les polítiques ètiques que es van iniciar en les quatre dècades passades no es van inspirar en un meticulós examen polític en què s'analitzaven els problemes i s'aplicaven solucions ja conegudes o posades a prova, o un càlcul de costos i beneficis mesurat i atentament sospesat. En comptes d'això es van inspirar en gran manera en els esforços dels legisladors per oferir una resposta dramàtica a l'escàndol en aquest moment i dels presidents per distanciar-se dels embulls ètics dels seus predecessors. En ambdós casos, l'objectiu últim era guanyar reconeixement polític per elevar les normes ètiques. El fet que aquestes elevades normes potser no suposessin una millora significativa en la integritat del govern o que donessin lloc als efectes o conseqüències negatives era rarament una consideració important en aquest tipus de debats. Normalment la línia de fons no quedava a la vista perquè hi havia poc càlcul de costos i beneficis. Ben sovint prevalia la visibilitat per sobre de la viabilitat” .²⁴⁷

Va escriure Stanley Kutler en la seva exhaustiva història sobre el Watergate:

“La temptació de rectificar les infraccions amb més llei era irresistible [...] Quan les expectatives d'integritat de l'executiu es veuen frustrades, el pes de la frustració produeix gairebé inevitablement una resposta massiva que, malgrat la seva innocència, intenta assegurar que no es repeteixin les ofenses per part de l'executiu” .²⁴⁸

En un atent estudi sobre l'augment de les regulacions ètiques dut a terme per Saint-Martin, es posa de manifest que l'esmentada normativa no sols ha crescut en termes de tipus i nombres, sinó que ha suposat també reformes institucionals centrades en la creació d'algun “element independent en el sistema de regulació de l'ètica”²⁴⁹. En tot cas, segons

²⁴⁷ Mackenzie, G. C., *Scandal Proof...*, op. cit., pp. 52-53.

²⁴⁸ Kutler, S.L., *The Wars of Watergate*, Alfred A., Knopf, 1990, p. 579.

²⁴⁹ La qüestió és molt interessant perquè conforme a aquesta dinàmica s'ha introduït l'Oficina Antifrau a Catalunya, vid. Saint-Martin, D., “Should the Federal Ethics Counsellor Beco'm an Independent Officer of Parliament”, a *Canadian Public Policy* vol. 39, núm. 2, 2003, pp. 197-212.

aquest autor, l'increment regulatiu es deu a dos factors que denomina "Path Dependence" (dependència de la trajectòria) i "Self-Reinforcing Processes" (processos d'autoreforç). El primer suposa que quan un país adopta certes mesures al llarg del temps es defineix una trajectòria que resulta difícil d'abandonar; en altres paraules, les eleccions inicials constitueixen condicionants que no poden ser reversibles sense alts costos. El segon factor implica que l'adopció d'una política porta a un procés d'autoalimentació d'aquesta. En el supòsit de la regulació ètica hi ha uns beneficis relatius en el manteniment i desenvolupament de la normativa que desaconsellen l'adopció de mesures distintes. En concret, Saint-Martin assenjala cinc arguments que sustenten aquesta tesi:²⁵⁰

1. La confiança dels ciutadans en la integritat pública mai no és suficient, per la qual cosa els polítics no tenen una altra alternativa que continuar millorant l'ètica pública.
2. En democràcia no és possible estar en contra de l'ètica pública.
3. Les regles ètiques molt sovint vénen empleades com a armes per al combat institucional, com a recursos que es mobilitzen per atacar i desacreditar els oponents.
4. Moltes vegades la normativa ètica es produeix arran d'escàndols i els polítics necessiten una reacció els efectes de la qual es vegin a curt termini abans que a llarg termini.
5. Sovint l'adopció de noves normes ètiques no té un cost polític directe, no porta a canvis reals sobretot quan la seva implementació és voluntària i es desenvolupen mitjançant fórmules d'autoregulació.

5.3. Les característiques del sistema d'integritat pública als EUA. Delimitació de l'àmbit d'anàlisi

El resultat de l'acumulació de quatre dècades de normes és una xarxa reguladora tensada per atrapar qualsevol forma i exemple de mala conducta per part dels empleats i càrrecs federals.

²⁵⁰ Saint-Martin, D., "The Watergate Effect. Or, Why Is the Ethics Bar Constantly Rising?" a Trost, C.- Gash, A.L. (Eds.), *Conflict of Interest and Public Life. Cross National Perspectives*, New York, Cambridge University Press, 2008, p. 52.

L'anàlisi que es desenvoluparà estarà centrat en normativa relativa al conflicte d'interessos i a l'abús d'ofici en l'àrea de l'executiu. Per tant, no es consideraran les lleis sobre finançament de les campanyes electorals, ni les activitats polítiques d'empleats de carrera regulades per l'*Hatch Act*²⁵¹; tampoc les pràctiques prohibides de personal sota la competència de l'*Office of Personnel Management* (OPM, Oficina d'Administració de Personal), de la *Merit Systems Protection Board* (MSPB, Junta per a la protecció del sistema de mèrit) o *Equal Employment Opportunity Commission* (Comissió d'igualtat d'oportunitats en l'ocupació); l'anàlisi enfocant el nivell federal deixa igualment fora del seu abast l'àmplia llista de regulacions ètiques a nivell estatal i local que reflecteixen i moltes vegades van més enllà de les polítiques federals.²⁵² A continuació es consideraran els aspectes fonamentals regulats per la llei: educació i formació; declaració financera; conflicte d'interessos; tràfic d'influència; representació de ciutadans particulars; regals; ocupació i activitats externes; ingressos externs; abús d'ofici; activitats post-ocupació, canvi de ban; limitacions a l'exercici d'activitats privades, limitacions relatives a àrees d'antiga responsabilitat; prohibició de personar-se; limitacions relatives a activitats amb l'exterior, aparença de conflictes d'interessos o d'actes deshonestos.

5.3.1. Educació i formació

L'educació ètica per als empleats federals comença amb la declaració de responsabilitats ètiques inclosa en allò que habitualment es coneix amb el nom de *Federal Code of Ethics*. De fet, molts codis federals de més d'un segle han precedit els actuals *Fourteen Principles of Ethical Conduct for Federal Employees*²⁵³. Aquesta declaració de principis originals és el punt

²⁵¹ L'*Hatch Act of 1939* és una llei federal la finalitat de la qual és imposar restriccions a l'activitat política dels empleats federals (*civil servants*). Així anomenada pel Senador Carl Hatch de New Mèxic, la llei es coneix principalment com «An Act to Prevent Pernicious Political Activities». Informacions pràctiques sobre l'*Hatch Act* poden trobar-se online a http://www.osc.gov/ha_fed.htm.

²⁵² En general, vid. Roberts, R., *White House Ethics: The History of the Politics of Conflict of Interest Regulation*, Greenwood Press, Westport, CT, 1988.

²⁵³ 14 principis de conducta ètica del personal federal.

(1) El funcionariat és un bé públic, que necessita empleats que atorguin lleialtat a la Constitució, a les lleis i als principis ètics anteposant-los al benefici privat.

de partida de l'educació ètica. Està penjada en la majoria dels llocs de treball federals i és explicat a tots els empleats al començament del seu servei federal. Però el codi no és més que una petita part dels esforços de formació i educació subjacents a la regulació ètica. L'*Office of Government Ethics* (OGE) i cadascuna de les agències i departaments duen a terme sessions regulars de formació i estan involucrades en una sèrie d'iniciatives destinades a recordar als empleats federals quines són les seves responsabilitats ètiques i a explicar el fonament de les esmentades responsabilitats.²⁵⁴

(2) Els empleats no podran tenir interessos financers que entrin en conflicte amb la realització meticulosa del seu treball.

(3) Els empleats no es veuran embolicats en transaccions financeres usant informació privada del govern o no permetran l'ús indegut de l'esmentada informació per promoure els interessos privats.

(4) Un empleat no sol·licitarà o acceptarà, a excepció de permís per part dels *Estàndards of Ethical Conduct*, cap donació o cap article de valor monetari de cap persona o entitat que intenti aconseguir una acció oficial de, fer negocis amb o conduir activitats regulades per l'agència de l'empleat o els interessos de la qual es vegin substancialment afectats per la realització o no de les tasques de l'empleat.

(5) Els empleats s'esforçaran realment per dur a terme les seves tasques.

(6) Els empleats no es comprometran a propòsit sense autorització o realitzaran promeses de qualsevol índole que poguessin comprometre al Govern.

(7) Els empleats no se serviran de l'ofici públic per al benefici privat.

(8) Els empleats actuaran de forma imparcial i no donaran tractament preferent a cap individu o organització privada.

(9) Els empleats protegiran i conservaran la propietat federal i no la usaran amb un altre propòsit que no sigui el d'activitats autoritzades.

(10) Els empleats no es veuran involucrats en ocupacions o activitats alienes, incloent les activitats de recerca i negociació d'ocupació que entraria en conflicte amb els deures i les responsabilitats oficials del govern.

(11) Els empleats denunciaran a les autoritats competents el malbaratament, el frau, l'abús i la corrupció.

(12) Els empleats satisfaran de bona fe les seves obligacions com a ciutadans, incloent-hi les seves obligacions financeres, especialment aquelles –com els impostos federals, estatals o locals- imposades per la llei.

(13) Els empleats s'adheriran a totes les lleis i reglaments que proporcionen igualtat d'oportunitats per a tots els ciutadans americans amb independència de la seva raça, color, religió, sexe, nacionalitat d'origen, edat o discapacitat.

(14) Els empleats intentaran evitar qualsevol mena d'acció que faci semblar que estan violant la llei o les normes ètiques establertes en els *Estàndards of Ethical Conduct*. Si és el cas que unes circumstàncies concretes ofereixen la imatge que la llei o les esmentades normes s'estan violant, una persona judiciosa amb coneixement dels fets rellevants determinarà si s'està o no davant d'un cas real de violació.

Font: U.S. Office of Government Ethics, *Do It Right: An Ethics Handbook for Executive Branch Employees*, Government Printing Office, 1995.

²⁵⁴ Sobre les eines de formació ètica dels empleats públics, vid. Steinberg, S.S. i Austern, D.T., *Government, Ethics and Managers. A guide to solving ethical dilemmas in the public sector*, Praeger, New York, 1990, pp. 141 i ss.

Cada agència i departament té el seu propi funcionari encarregat de l'ètica, el *Designated Agency Ethics Official* (DAEO)²⁵⁵, que treballa en col·laboració amb l'OGE en el desenvolupament de materials i sessions de formació adaptades a les necessitats i deures específics de l'agència. Al seu torn, als DAEO els ofereix formació contínua i reben periòdicament "DAEOgrams" de l'OGE amb informació sobre nous materials, canvis en normes i lleis, i interpretacions de les normes ètiques en casos específics. Aquesta funció de formació majoritàriament es realitza de manera no pública; no obstant això, és un component essencial del dia a dia de la regulació ètica.²⁵⁶ En aquest sentit, Dennis Thompson, de la Universitat de Harvard, destaca la vinculació entre la funció de formació i instrucció desenvolupada pels DAEO i les "*responsabilices democràtiques*" dels funcionaris federals:

*"The major role of ethics officials [...] is involvement in a continuous, positive and visible effort to educate government employees about their democratic responsibilities".*²⁵⁷

5.3.2. Declaració financera

Un dels objectius principals de la política ètica és el de mantenir els funcionaris federals allunyats de problemes. Amy Comstock, director de l'*Office of Government Ethics*, va comentar amb les següents paraules la *ràtio* de molts dels *ethics statutes*:

"Són preventius. Impedeixen que la gent hagi de decidir si estan fent allò que és correcte, si no estan prenent una decisió només perquè posseeixen accions d'una empresa. [...] Impedeixen que l'empleat hagi de decidir què és correcte o que lluiti per fer allò que és correcte

²⁵⁵ En l'àmbit dels negocis, vid. Israelià, D. i Vernís, A., "Promoting Ethics Through Ethics Officers: A Proposed Profile and an Application", a *Journal of Business Ethics*, vol. 17, núm. 11, agost 1998, pp. 1189-1196.

²⁵⁶ Sobre ètica administrativa i educació, vid. Richardson, W.D. i Nigro, L.G., "Administrative Ethics and Founding Thought: Constitutional Correctives, Honor, and Education", a *Public Administration Review*, vol. 47, núm. 5, setembre-octubre 1987, pp. 367-376.

²⁵⁷ Thompson, D.F., "Paradoxes of Government Ethics", a *Public Administration Review*, Vol. 52, núm. 3, maig-juny 1992, pp. 254-259.

[...] El que fem és, mitjançant un procés de declaració financera, revisar la participacions i la titularitat d'actius per determinar si estan incorrent en un conflicte d'interessos".²⁵⁸

Més de 280.000 empleats de l'àrea executiva estan obligats a fer una declaració anual de les seves finances personals. Aproximadament 21.000 d'aquests estan obligats a fer-ne una declaració pública²⁵⁹ mitjançant

²⁵⁸ *Interview with Amy Comstock*, director, Office of Government Ethics, Business of Government Tour, Endowment for the Business of Government, August 22, 2001, disponible online a través de l'enllaç següent: www.endowment.pwcglobal.com/radio/comstock_frt.asp#full.

²⁵⁹ Empleats federals obligats a fer una declaració pública anual de la seva situació financera:

- a. Candidats per a la nominació o elecció a l'oficina del President o Vicepresident.
- b. Nominats per la presidència per a llocs que requereixen l'assessorament i el consentiment del Senat, a excepció dels nominats per l'oficina judicial, o com a *Foreign Service Officer* (funcionari diplomàtic), o per nomenament a un lloc en els *uniformed services* (serveis uniformats) amb una categoria de pagament de O-6 o inferior.
- c. Els següents funcionaris de nova elecció o nomenament:
 - El President;
 - El Vicepresident;
 - Funcionaris i empleats (incloent-hi empleats especials del govern, com es defineix al 18 U.S.C. § 202) els llocs dels quals es classifiquen per sobre del GS-15 del *General Schedule*, o la taxa de pagament bàsic dels quals es fixa, a excepció del *General Schedule*, en una taxa igual o superior al 120% de la taxa mínima de la paga bàsica per al GS-15 del *General Schedule*;
 - Membres dels *uniformed services* que es trobin en una categoria de pagament O-7 o superior;
 - Funcionaris i empleats en altres llocs determinats per *the Director of the Office of Government Ethics* que tinguin una classificació igual a les superiors a l'anterior GS-15;
 - Jutges administratius;
 - Empleats en l'*excepted service*, en llocs de caràcter confidencial o de creació política, a menys que mitjançant un reglament els seus llocs hagin estat exclosos pel *Director of the Office of Government Ethics*;
 - *The Postmaster General* (director de Correus), *the Deputy Postmaster General* (sotsdirector de Correus), cada governador del *Board of Governors of the U.S. Postal Service* (Junta de governadors del servei postal dels Estats Units) i funcionaris o empleats del *U.S. Postal Service* o *Postal Rate Commission* (Comissió de tarifes postals) en llocs en què la taxa de paga bàsica és igual o superior al 120% de la taxa mínima de paga bàsica per a GS-15 del *General Schedule*;
 - El *Director of the Office of Government Ethics* i cada funcionari de l'agència sobre ètica que hagi estat designat; i
 - Empleats civils a *the Executive Office of the President* (a excepció dels empleats del govern especials) que ostenten comissions de nomenament del President.
- d. Funcionaris titulars que ostenten llocs als quals es fa referència en la secció II.c. d'aquestes instruccions si han estat durant 61 dies o més en aquest lloc durant l'any anterior.

l'Estàndard *Form 278*, un instrument complex amb onze pàgines d'instruccions. Aquests empleats han de reflectir el valor dels seus actius en una de les dotze categories de valor i les seves fonts d'ingrés en una de les onze categories. Els empleats que la fan de manera confidencial, utilitzen els *OGE Form 450* que es presenten anualment amb el DAEO de la seva agència.

La declaració, bé sigui pública o confidencial, està destinada a ser el primer pas d'un procés de consulta entre l'empleat i un funcionari encarregat de temes ètics. Durant aquest procés de consulta s'haurà d'identificar qualsevol actiu, participació, etc. que suposi un potencial conflicte d'interessos. Llavors l'empleat i el funcionari hauran d'arribar a un acord sobre la solució més apropiada (dispensa, desinversió, desqualificació, abstenció, etc.) per assegurar que s'ha neutralitzat el conflicte d'interessos.

El director de l'OGE, Comstock, va descriure aquest procés com a "preventiu". El seu propòsit és identificar el potencial conflicte d'interessos i eliminar-lo abans que aquest conflicte es faci realitat²⁶⁰. Si es pot aïllar els empleats de circumstàncies en què hagin d'enfrontar-se a un conflicte d'interessos, la teoria manté que, d'aquesta manera, els empleats tindran molt poques oportunitats de posar els seus interessos financers davant de les seves responsabilitats públiques quan prenguin decisions per al govern.

5.3.3. Conflictes d'interessos

Com explica García Mexía a la seva obra dedicada a l'estudi de la corrupció contemporània, "[...] en alguns països, la idea de 'conflicte d'interessos' gaudeix de tanta experiència com importància, així com d'una tradició doctrinal molt extensa: és el cas per excel·lència dels EUA,

e. Funcionaris que han acabat la seva ocupació després d'haver treballat 61 dies o més durant un any en un lloc al qual es faci referència en la secció II.c. i no hagin acceptat un altre lloc semblant en els 30 dies posteriors.

Font: Executive Personnel Financial Disclosure Report (SF-278).

²⁶⁰ Per a un estudi de la implementació de polítiques de financiació *disclosure* dirigides a prevenir situacions de conflicte d'interès, vid. Boyd, E.A.; Lipton, S.; i Bero, L.A., "Implementation Of Financial Disclosure Policies To Manage Conflicts Of Interest", a *Health Affairs*, 2004, vol. 23, núm. 2, pp. 206-214.

on tant la legislació del segle XIX com obres d'aquest segle considerades clàssiques allà –per exemple les de Cany²⁶¹, Perkins²⁶² o Manning²⁶³-, empren el concepte amb absoluta naturalitat”²⁶⁴, mentre a Europa gairebé no es percep la importància de la qüestió, i només des de fa pocs anys en certs estats, com Itàlia, el tema ha entrat a l'agenda política i al debat acadèmic a causa de la puntual (però patent) situació de l'expresident del Govern Berlusconi. La citada doctrina continua dient que

“Tant per a la legislació com per a la doctrina majoritària, les conductes que originen conflictes d'interessos són una varietat de corrupció. Una varietat de conducta corrupta que sorgeix tan aviat com un agent públic s'exposa al risc d'abusar del seu poder, subordinant l'interès general a interessos particulars”.²⁶⁵

Segons aquest plantejament, cal entendre per “agent públic” tant “càrrecs” elegits i designats com funcionaris i empleats públics. A més, els conflictes en qüestió són normalment de natura econòmica, la qual cosa es pot traduir en l'anomenat ànim de lucre pecuniari o en espècies. Finalment, la “corrupció” neix en l'instant en què l'agent públic incorre en el risc d'abusar del seu poder públic per aconseguir un lucre privat, es produeixi o no l'esmentat lucre.

“Certes disposicions de l'ordenament nord-americà, expressament abonades per la jurisprudència, arriben fins i tot més enllà, en exigir que el càrrec o funcionari eviti, no sols situacions de conflicte d'interessos, sinó també situacions que simplement *aparentin* ser-ho. La doctrina nord-americana ha batejat l'exigència com a ‘efecte de la muller de Cèsar’ (*Caesar's wife effect*) [...], perquè és sabut que Juli Cèsar, malgrat negar-se a testificar contra Publi Clodi, més que probable amant de la seva esposa Pompeia, va decidir divorciar-se'n al·legant aquesta raó: ‘considero que els meus han d'estar tan lliures de sospita com de culpa. [...] En resum: el retret social de les

²⁶¹ Cany, *Conflict of Interest and Federal Service*, Harvard University Press, Cambridge, 1960.

²⁶² Perkins, R., *The New Federal Conflict-of-Interest Law*, a *Harvard Law Review*, vol. 76, pp. 1113-1169.

²⁶³ Manning, B., *Federal Conflict of Interest Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1964.

²⁶⁴ García Mexía, P., *Els conflictes d'interessos i la corrupció contemporània*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 67-68.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 68.

conductes que generen conflictes d'interessos [...] és molt considerable, fins al punt de ser considerades com una varietat de corrupció, i per això mateix, sancionades penalment".²⁶⁶

En efecte, la *criminal statute* (lleï penal) prohibeix a un funcionari o empleat públic participar en un afer determinat en el qual hi tingui un interès financer.²⁶⁷ Ha de ser una situació en què una decisió tingui un efecte directe i predictable sobre els interessos financers de l'empleat.

Per exemple, un empleat federal que posseeix accions en una empresa que ven material d'oficina podria presentar un conflicte d'interessos si participés en la decisió de concedir un contracte a l'esmentada empresa perquè subministrés material a la seva agència. En la interpretació actual de la llei, també hi hauria conflicte d'interessos si la seva esposa o fill menor d'edat treballessin per a aquesta empresa o hi tinguessin interessos monetaris, encara que l'empleat no els hi tingués. I podria haver-hi un conflicte potencial si estigués negociant amb l'empresa per obtenir una feina futura mentre està prestant serveis per al govern. En qualsevol d'aquests casos, l'empleat estaria obligat a declarar el potencial conflicte d'interessos i abstenir-se o demanar una dispensa que li permetés participar en la decisió -en el cas que el seu interès sigui mínim o aïllat. Si l'empleat estigués en una de les categories de personal obligat a realitzar declaració pública o confidencial de les seves finances, l'interès a l'empresa s'identificaria en aquest moment i es procuraria cercar en l'esmentada seu la solució més apropiada.

5.3.4. Càrrecs públics i beneficis privats

Diverses normes, algunes d'aquestes penals i molt antigues, aconseguen dissuadir els empleats de treure profit del servei públic. Les més òbvies són les lleis contra el suborn que prohibeixen accions públiques a canvi de compensació privada -el clàssic acord *quid pro quo*²⁶⁸. Els empleats

²⁶⁶ García Mexía, P., *Los conflictos de intereses...*, op. cit., pp. 69-70.

²⁶⁷ 18 U.S.C. 208 (a). Per a una anàlisi del tractament penal del conflicte d'interès, vid. Chakrabarti, D.; Dausses, M.D.; i Olson, T., "Federal Criminal Conflict of Interest", a *American Criminal Law Review*, vol. 34, 1997 i recentment, Emig, K.; Greer, B.D.; i Zach, D., "Federal Criminal Conflict of Interest", a *American Criminal Law Review*, vol. 40, 2003.

²⁶⁸ 18 U.S.C. 201.

federals també han d'evitar l'exercici de la influència indeguda o tràfic d'influència. Això succeeix quan un empleat del govern amb interessos financers privats, però sense capacitat per prendre decisions i beneficiar amb elles aquests interessos, intenta exercir influència sobre un altre funcionari que té la capacitat necessària per actuar a favor de l'esmentat interès.²⁶⁹

Els empleats també han d'evitar prendre avantatge gràcies al prestigi o autoritat del seu càrrec públic o del coneixement que aquest els proporciona en benefici privat. La llista de possibilitats és interminable: usar paper d'escriure i sobres del govern per promoure que un banc li concedeixi un préstec al fill d'un empleat, promocionar un producte de consum usant el títol que un té al govern, rebre honoraris per un discurs en què un empleat descriu els resultats d'un estudi del govern, etc.

Les lleis federals també fa molt temps que prohibeixen les remuneracions complementàries.²⁷⁰ Suposem, per exemple, que un especialista informàtic de la *Nacional Aeronautics and Space Administration* (NASA), amb fills a la universitat, contempli la possibilitat de deixar el govern per una feina més ben pagada en el sector privat. Aquesta persona ha estat treballant en un important avanç en programació que podria accelerar significativament el temps de recondicionament de missions amb transbordadors espacials. El seu supervisor, esperant mantenir-lo al seu lloc, contacta amb una fundació privada que està disposada a donar suport a la innovació del govern i que li ofereix a l'empleat 20.000 dòlars anuals durant dos anys si roman en el govern per acabar el projecte en què està treballant. Potser això és un enfocament creatiu de gestionar al personal, però podria constituir un complement de sou il·legal.

5.3.5. Representació dels ciutadans particulars

La llei federal, ja des de la Guerra Civil, va prohibir la pràctica dels empleats del govern de representar particulars o interessos privats en demandes i reclamacions contra el govern.²⁷¹ Aquesta àmplia disposició

²⁶⁹ 18 U.S.C. 203 i 205.

²⁷⁰ 18 U.S.C. 209.

²⁷¹ 18 U.S.C. 203 and 205.

s'aplica fins i tot a demandes en àrees en què l'empleat no hi té competència. Tampoc importa si l'empleat rep compensació per aquest tipus de representació o si té lloc en el seu temps lliure: no representarà ningú en una demanda davant el govern federal sota cap d'aquestes condicions.

Els empleats ni tan sols poden ajudar indirectament a la preparació d'una demanda contra el govern. Les úniques excepcions a aquesta prohibició són aquelles que els permeten participar en denúncies presentades per membres de la seva família o en el cas que un empleat testifiqui sota jurament. No obstant això, els empleats no podran servir com a testimonis experts d'una part privada en cap procés davant un tribunal o agència dels Estats Units si els Estats Units representen una part o tenen un interès directe i substancial.²⁷²

5.3.6. Regals

Un regal pot ser la manifestació d'una relació d'amistat, estimació, etc.; malgrat tot, en algunes ocasions pot ser difícil distingir-lo d'una forma de suborn²⁷³ per influenciar l'actuació de l'administració.

²⁷² Mackenzie, G. C., *Scandal Proof...*, op. cit., p. 61.

²⁷³ *Vid. 18 U.S.C. § 201. Bribery of public officials and witness:*

(b) *Whoever—*

(1) *directly or indirectly, corruptly gives, offers or promises anything of value to any public official or person who has been selected to be a public official, or offers or promises any public official or any person who has been selected to be a public official to give anything of value to any other person or entity, with intent—*

(A) *being influenced in the performance of any official act;*

(B) *being influenced to commit or aid in committing, or to collude in, or allow, any fraud, or make opportunity for the commission of any fraud, on the United States; or*

(4) *directly or indirectly, corruptly demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally or for any other person or entity in return for being influenced in testimony under oath or affirmation as a witness upon any such trial, hearing, or other proceeding, or in return for absenting himself therefrom;*

shall be fined under this title or not more than three times the monetary equivalent of the thing of value, whichever is greater, or imprisoned for not more than fifteen years, or both, and may be disqualified from holding any office of honor, trust, or profit under the United States.

(c) *Whoever—*

(1) *otherwise than as provided by law for the proper discharge of official duty—*

(A) *directly or indirectly gives, offers, or promises anything of value to any public official, former public official, or person selected to be a public official, for or because of any*

Tots els empleats de l'administració federal es troben amb restriccions detallades a l'hora de rebre regals.²⁷⁴ Així, no s'hauran d'acceptar regals de

official act performed or to be performed by such public official, former public official, or person selected to be a public official; or shall be fined under this title or imprisoned for not more than two years, or both.

²⁷⁴ 5 U.S.C. § 7353. Gift to Federal Employees:

(a) Except as permitted by subsection (b), no Member of Congress or officer or employee of the executive, legislative, or judicial branch shall solicit or accept anything of value from a person—

(1) seeking official action from, doing business with, or (in the case of executive branch officers and employees) conducting activities regulated by, the individual's employing entity; or

(2) whose interests may be substantially affected by the performance or nonperformance of the individual's official duties.

(b)

(1) Each supervising ethics office is authorized to issue rules or regulations implementing the provisions of this section and providing for such reasonable exceptions as may be appropriate.

(2)

(A) Subject to subparagraph (B), a Member, officer, or employee may accept a gift pursuant to rules or regulations established by such individual's supervising ethics office pursuant to paragraph (1).

(B) No gift may be accepted pursuant to subparagraph (A) in return for being influenced in the performance of any official act.

(3) Nothing in this section precludes a Member, officer, or employee from accepting gifts on behalf of the United States Government or any of its agencies in accordance with statutory authority.

(4) Nothing in this section precludes an employee of a private sector organization, while assigned to an agency under chapter 37, from continuing to receive pay and benefits from such organization in accordance with such chapter.

(c) A Member of Congress or an officer or employee who violates this section shall be subject to appropriate disciplinary and other remedial action in accordance with any applicable laws, Executive orders, and rules or regulations.

(d) For purposes of this section—

(1) the term "supervising ethics office" means—

(A) the Committee on Standards of Official Conduct of the House of Representatives or the House of Representatives as a whole, for Members, officers, and employees of the House of Representatives;

(B) the Select Committee on Ethics of the Senate, or the Senate as a whole, for Senators, officers, and employees of the Senate;

(C) the Judicial Conference of the United States for judges and judicial branch officers and employees;

(D) the Office of Government Ethics for all executive branch officers and employees; and

(E) in the case of legislative branch officers and employees other than those specified in subparagraphs (A) and (B), the committee referred to in either such subparagraph to which reports filed by such officers and employees under title I of the Ethics in Government Act of 1978 are transmitted under such title, except that the authority of this section may be delegated by such committee with respect to such officers and employees; and

persones o organitzacions que intentin aconseguir una resolució o actuació material per part de l'agència de l'empleat, que negociïn o intentin negociar amb l'agència, que estiguin sotmesos a la potestat reguladora l'agència, que tinguin interessos que es puguin veure substancialment afectats en la forma en què l'empleat dugui a terme les seves tasques o donin el regal a causa de la posició oficial de l'empleat.²⁷⁵

La regla general per regalar queda clara i és dura. Els empleats no acceptaran regals que comportin conseqüències per part de cap persona o organització que es pugui veure afectada per les accions de l'empleat o per aquelles de la seva agència. Si per exemple un empleat de la *Federal Aviation Administration* fos convidat a dirigir una conferència d'executius de línies aèries per discutir nous mètodes de seguretat en la manipulació d'equipatges, i en arribar a l'hotel de la conferència es trobés una ampolla de xampany i unes entrades per valor de 200 dòlars a la seva habitació com a expressió de gratitud per la seva assistència, l'esmentat empleat no podria acceptar aquests regals.

5.3.7. Ocupació pública i activitats externes

Encara que els empleats siguin lliures, en principi, d'involucrar-se en un gran nombre d'activitats fora dels seus treballs, en la pràctica existeixen algunes incompatibilitats importants. Per exemple, un empleat federal potser no podrà ser membre d'una organització privada si aquesta afiliació requereix l'abstenció a l'hora de complir amb responsabilitats oficials i per tant perjudicar la realització de les seves tasques. Un empleat de la *Nacional Endowment of the Arts* (Fons nacional per a les arts) que prengui part en decisions d'atorgar subvencions que afectin les companyies de dansa,

(2) the term "officer or employee" means an individual holding an appointive or elective position in the executive, legislative, or judicial branch of Government, other than a Member of Congress.

²⁷⁵ Es deu al fet que molts empleats es relacionen de manera propera i habitual amb aquestes persones i organitzacions, i els àpats o intercanvi d'objectes de valor secundari són una pràctica normal de l'esmentada relació; hi ha algunes excepcions a la prohibició de donacions. Això inclou petits piscolabis no oferts com a part d'un àpat, targetes de felicitació, plaques i trofeigs, alguna cosa per la qual l'empleat pagui el seu valor de mercat i regals que no siguin en metàl·lic per valor de menys de 20 dòlars. Per a una descripció més àmplia de les normes sobre regals, vid. U.S. Office of Government Ethics, *An Ethics Handbook for Executive Branch Employees*, Government Printing Office.

potser no es podrà unir a una organització que patrocini el desenvolupament de la dansa moderna, per exemple.

Un empleat podria ensenyar, fer discursos o escriure articles però no podria rebre compensació per cap d'aquestes activitats si l'objecte de l'ensenyament, la xerrada o l'article formés part dels seus deures oficials; si la invitació per ensenyar, parlar o escriure es fes a causa de la posició oficial de l'empleat o perquè l'empleat es trobés en una posició en què pogués ajudar l'organització que el va convidar; o si l'activitat s'aprofités substancialment d'informacions reservades o estigués relacionada amb les activitats i la política de l'agència.

“Un empleat que sigui un comptable professional, per exemple, podria impartir un curs introductori de comptabilitat en un centre públic d'ensenyament superior per guanyar alguns diners extres. Però aquest empleat no podria usar el seu títol federal en els anuncis del curs, usar temes de les polítiques i programes de la seva agència o les tasques específiques de la seva feina com a part significativa del curs i no podria usar informació que va aprendre en el seu lloc de treball i que no està disponible al públic”.²⁷⁶

5.3.8. Ingressos externs

Les retribucions que els empleats federals puguin tenir d'altres fonts que no siguin les governamentals són, des de fa temps, objecte de preocupació i restricció per part de les lleis sobre ètica pública. El més important de tot això és la prohibició de suplementos salarials.²⁷⁷ Promulgada per primera vegada el 1917, la prohibició de suplementos salarials impedeix que els

²⁷⁶ Mackenzie, G. C., *Scandal Proof...*, op. cit., p. 63.

²⁷⁷ 18 U.S.C. 209:

Whoever receives any salary, or any contribution to or supplementation of salary, as compensation for his services as an officer or employee of the executive branch of the United States Government, of any independent agency of the United States, or of the District of Columbia, from any source other than the Government of the United States, except as may be contributed out of the treasury of any State, county, or municipality; or Whoever, whether an individual, partnership, association, corporation, or other organization pays, or makes any contribution to, or in any way supplements the salary of, any such officer or employee under circumstances which would make its receipt a violation of this subsection --

Shall be subject to the penalties set forth in section 216 of this title.

empleats rebin una altra cosa que no siguin els seus salaris federals com a compensació per a la realització de les seves tasques públiques. Així no podran rebre compensacions addicionals de part d'interessos privats, incloent empreses, organitzacions, fundacions o individuals.

Si una fundació volgués concedir una subvenció a un empleat federal del *Nacional Institutes of Health* per donar suport a la seva investigació sobre el càncer i la subvenció inclogués una remuneració per a l'empleat, s'estaria violant la norma de salari complementari.²⁷⁸

Llavors, els empleats podrien obtenir ingressos externs per qüestions no relacionades amb els seus deures oficials? Això ha constituït un tema d'enfrontament en els últims anys. Durant la major part de la història nord-americana, els empleats federals de tots els nivells podien exercir activitats que originaven ingressos al marge de les seves tasques oficials, sempre que no existís conflicte entre les dues. Això va començar a canviar en els anys seixanta, quan les noves lleis i decrets van començar a reduir els tipus d'activitats en què els empleats podien participar i a imposar límits en les quantitats que podien guanyar a banda dels salaris del govern.²⁷⁹

L'abril de 1989, el president George Bush va aprovar el Decret Executiu 12674, que prohibia tots els ingressos externs per a funcionaris presidencials en llocs *full-time*. Així mateix, aquesta llei prohibia a tots els empleats federals rebre honoraris, fins i tot per activitats que no tenien res a veure amb les seves tasques en el govern.

"Aquesta fou l'anomenada "restricció de l'apicultor" (*beekeeper restriction*), que prohibia als empleats aficionats a les abelles rebre honoraris pels discursos que havien de realitzar en una convenció d'apicultors".²⁸⁰

Aital prohibició va provocar les ires dels funcionaris de carrera i un dels seus sindicats la va impugnar per revocar-la. El 1995, en el cas *Nacional Terasury Employees Unió V. United Estatus*, la Cort Suprema va eliminar la part de la

²⁷⁸ Boyd, E.A. - Lipton, S. - Bero, L.A., *Implementation of Financial Disclosure...*, op. cit., pp. 206-214.

²⁷⁹ 5 C.F.R. 2635.

²⁸⁰ Mackenzie, G. C., *Scandal Proof...*, op. cit., p. 64.

prohibició dels honoraris que s'aplicava als empleats federals de carrera, declarant-la com una violació dels seus *First Amendment rights*²⁸¹. Quan la situació es va calmar, la resta de restriccions sobre els ingressos externs es van quedar on estaven: els càrrecs nomenats pel President no podrien rebre ingressos externs durant la durada del mandat.²⁸²

5.3.9. Abús d'ofici

Els empleats federals han de resistir un gran nombre de temptacions per no utilitzar els seus llocs públics per a propòsits diferents dels establerts. En alguns casos, aquestes temptacions són comunes per a gairebé tots els àmbits de treball: usar el material de l'oficina per a qüestions personals, redecorar el lloc de treball, usar el cotxe de l'empresa per fer compres pròpies, etc. Però els empleats del govern també han de fer front a temptacions que són pròpies del seu ambient. Una d'aquestes és usar la seva autoritat per aconseguir objectius privats. Per exemple, un empleat del Departament de Justícia podria escriure una recomanació destinada a la Facultat de Dret per al fill d'un veí amb paper i sobre oficials del Departament. O un empleat de la *Federal Communications Commission* podria desvelar el seu lloc oficial per intentar aconseguir tarifes més baixes i a llarg termini pel que fa al telèfon de casa seva. Tots aquests són exemples d'abús d'ofici.²⁸³

²⁸¹ 115 S.Ct. 1003 (1995).

²⁸² Mentre la resta d'empleats no de carrera pagats en excés del nivell GS-15 ja no tornarien a tenir cap altre ingrés extern en un any que el 15 per cent del salari base de l'*Executive Level II*. A més a més es van imposar prohibicions en els orígens i tipus d'activitats de què podrien procedir els esmentats ingressos externs. Per a més detalls, vid. U.S. Office of Government Ethics, *An Ethics Handbook for Executive Branch Employees*, pp. 29ff.

²⁸³ 5. U.S.C. 2635.702:

5. U.S.C. 2635.702:

(a) *Inducement or coercion of benefits.* An employee shall not use or permit the use of his Government position or title or any authority associated with his public office in a manner that is intended to coerce or induce another person, including a subordinate, to provide any benefit, financial or otherwise, to himself or to friends, relatives, or persons with whom the employee is affiliated in a nongovernmental capacity.

(b) *Appearance of governmental sanction.* Except as otherwise provided in this part, an employee shall not use or permit the use of his Government position or title or any authority associated with his public office in a manner that could reasonably be construed to imply that his agency or the Government sanctions or endorses his personal activities or those of another. When teaching, speaking, or writing in a personal capacity, he may refer to his official title or position only as permitted by §2635.807(b). He may sign a letter of

També hi ha restriccions per als empleats federals en la manera en què utilitzen la informació que obtenen a partir del seu treball oficial.²⁸⁴ Les lleis federals prohibeixen l'ús o revelació d'informació interna i confidencial. Un empleat de l'*Occupational Safety and Health Administration* (Administració de la seguretat i la salut ocupacionals) que sàpiga que una empresa està a punt de ser multada per vulnerar els estàndards de seguretat al lloc de treball, podia estar abusant del seu ofici si avisés la seva germana per tal que vengués les accions que té d'aquesta empresa abans que la informació es fes pública.

Hi ha d'altres restriccions dirigides a prevenir els supòsits de malversació. Els béns del domini públic no podran ser utilitzats per fins privats o "per a activitats que no hagin estat aprovades oficialment".²⁸⁵

recommendation using his official title only in response to a request for an employment recommendation or character reference based upon personal knowledge of the ability or character of an individual with whom he has dealt in the course of Federal employment or whom he is recommending for Federal employment.

(c) Endorsements. An employee shall not use or permit the use of his Government position or title or any authority associated with his public office to endorse any product, service or enterprise except:

(1) In furtherance of statutory authority to promote products, services or enterprises; or

(2) As a result of documentation of compliance with agency requirements or standards or as the result of recognition for achievement given under an agency program of recognition for accomplishment in support of the agency's mission.

²⁸⁴ 5 C.F.R. 2635.703:

(a) Prohibition. An employee shall not engage in a financial transaction using nonpublic information, nor allow the improper use of nonpublic information to further his own private interest or that of another, whether through advice or recommendation, or by knowing unauthorized disclosure.

(b) Definition of nonpublic information. For purposes of this section, nonpublic information is information that the employee gains by reason of Federal employment and that he knows or reasonably should know has not been made available to the general public. It includes information that he knows or reasonably should know:

(1) Is routinely exempt from disclosure under 5 U.S.C. 552 or otherwise protected from disclosure by statute, Executive order or regulation;

(2) Is designated as confidential by an agency; or

(3) Has not actually been disseminated to the general public and is not authorized to be made available to the public on request.

²⁸⁵ 5 U.S.C. 2635.704:

(a) Standard. An employee has a duty to protect and conserve Government property and shall not use such property, or allow its use, for other than authorized purposes.

(b) Definitions. For purposes of this section:

(1) Government property includes any form of real or personal property in which the Government has an ownership, leasehold, or other property interest as well as any right or other intangible interest that is purchased with Government funds, including the services of

D'una manera semblant, als empleats federals se'ls prohibeix ordenar als seus subordinats que s'involucrin en activitats que no estiguin relacionades amb les seves tasques públiques. Així per exemple no se li haurà de demanar a un secretari que passi a màquina una novel·la que el seu cap ha escrit en el temps lliure, és a dir: el temps oficial ha de ser ocupat en tasques oficials.²⁸⁶

“Mentre que l'abús d'ofici és una categoria que cobreix un gran nombre d'activitats, el principi nuclear és simple: els empleats haurien de traçar i mantenir una línia molt destacada que separés les seves tasques oficials i els recursos que aquestes comporten de les seves vides privades”.²⁸⁷

5.3.10. Activitats post-ocupació

Les activitats que els antics empleats i càrrecs públics realitzaven en deixar el servei federal van començar a atreure l'atenció dels reguladors ètics durant la Primera Guerra Mundial. Les seves preocupacions provenien de la pràctica dels oficials del Departament de Guerra que deixaven el govern, aconseguint feina amb contractistes militars i usant la informació que

contractor personnel. The term includes office supplies, telephone and other telecommunications equipment and services, the Government mails, automated data processing capabilities, printing and reproduction facilities, Government records, and Government vehicles.

(2) Authorized purposes are those purposes for which Government property is made available to members of the public or those purposes authorized in accordance with law or regulation.

²⁸⁶ 5 U.S.C. 2635.705:

(a) Use of an employee's own time. Unless authorized in accordance with law or regulations to use such time for other purposes, an employee shall use official time in an honest effort to perform official duties. An employee not under a leave system, including a Presidential appointee exempted under 5 U.S.C. 6301(2), has an obligation to expend an honest effort and a reasonable proportion of his time in the performance of official duties.

(b) Use of a subordinate's time. An employee shall not encourage, direct, coerce, or request a subordinate to use official time to perform activities other than those required in the performance of official duties or authorized in accordance with law or regulation.

Per a d'altres exemples de conductes impròpies per a un empleat públic, vid. Steinberg, S.S. i Austern, D.T., *Government, Ethics, and Managers. A guide to solving ethical dilemmas in the public sector*, Praeger, New York, 1990, pp. 67 i ss..

²⁸⁷ Mackenzie, G. C., *Scandal Proof...*, op. cit., p. 65

havien obtingut en el govern per donar als seus nous caps avantatges per competir de forma deslleial per als contractes públics.

El 1919, el Congrés va promulgar una sèrie de restriccions sobre els empleats del Departament de Guerra que realitzaven activitats d'aprovisionament, prohibint l'ús d'informació interna per ajudar a entitats privades a aconseguir contractes militars. La prohibició duraria dos anys després que l'empleat deixés d'estar al servei del govern, però només era aplicable a aquells que havien servit a l'àrea executiva durant la Primera Guerra Mundial.

En anys posteriors, la regulació de les activitats post-ocupació es va convertir en l'objectiu comú d'aquells que intentaven expandir la xarxa reguladora. Però l'expansió major va sorgir com a part de l'*Ethics in Government Act of 1978*, que establia les normes bàsiques per a després del servei i que han estat esmenades en algunes ocasions des de llavors. Les normes post-ocupació estan guiades per diversos principis bàsics. Primer, els antics empleats no usaran informació o contactes obtinguts del seu servei al govern per proporcionar un avantatge deslleial a ens privats que denunciïn al govern o que tinguin algun contracte, concessió, etc. amb aquest. Segon, els antics empleats no es canviaran de ban després de deixar el govern. Tercer, participar en una decisió o activitat que involucri un possible "ocupador" suposa un conflicte d'interessos per a l'empleat que estigui pensant d'abandonar el govern.²⁸⁸

5.3.11. Altres limitis a l'activitat d'empleats i càrrecs públics

Hi ha una restricció permanent a l'hora d'actuar com a representant en "determinats afers" en què un individu participa "personalment i substancialment" com a empleat del govern.²⁸⁹ Aquesta és la prohibició

²⁸⁸ Sobre el fenomen del *revolving door* i de la captura del regulador pel regulat, recentment vid. Heyes, A.G., "Expert Advice and Regulatory Complexity", a *Journal of Regulatory Economics*, vol. 24, núm. 2, September 2003, pp. 119-133.

²⁸⁹ 18 U.S.C. 207 (a):

(a) *Restrictions on All Officers and Employees of the Executive Branch and Certain Other Agencies.*—

(1) *Permanent restrictions on representation on particular matters.*— Any person who is an officer or employee (including any special Government employee) of the executive branch of the United States (including any independent agency of the United States), or of

de l'anomenat "canvi de ban" (*switching sides*). La prohibició s'aplica a tots els antics empleats del govern, sense importar el rang, però es limita a certes circumstàncies de les parts. Segons la norma, se sancionarà qualsevol persona –funcionari, càrrec o empleat– que:

"knowingly makes, with the intent to influence, any communication to or appearance before any officer or employee of any department, agency, court, or court-martial of the United States or the District of

the District of Columbia, and who, after the termination of his or her service or employment with the United States or the District of Columbia, knowingly makes, with the intent to influence, any communication to or appearance before any officer or employee of any department, agency, court, or court-martial of the United States or the District of Columbia, on behalf of any other person (except the United States or the District of Columbia) in connection with a particular matter—

(A) in which the United States or the District of Columbia is a party or has a direct and substantial interest,

(B) in which the person participated personally and substantially as such officer or employee, and

(C) which involved a specific party or specific parties at the time of such participation, shall be punished as provided in section 216 of this title.

(2) Two-year restrictions concerning particular matters under official responsibility.— Any person subject to the restrictions contained in paragraph (1) who, within 2 years after the termination of his or her service or employment with the United States or the District of Columbia, knowingly makes, with the intent to influence, any communication to or appearance before any officer or employee of any department, agency, court, or court-martial of the United States or the District of Columbia, on behalf of any other person (except the United States or the District of Columbia), in connection with a particular matter—

(A) in which the United States or the District of Columbia is a party or has a direct and substantial interest,

(B) which such person knows or reasonably should know was actually pending under his or her official responsibility as such officer or employee within a period of 1 year before the termination of his or her service or employment with the United States or the District of Columbia, and

(C) which involved a specific party or specific parties at the time it was so pending, shall be punished as provided in section 216 of this title.

(3) Clarification of restrictions.— The restrictions contained in paragraphs (1) and (2) shall apply—

(A) in the case of an officer or employee of the executive branch of the United States (including any independent agency), only with respect to communications to or appearances before any officer or employee of any department, agency, court, or court-martial of the United States on behalf of any other person (except the United States), and only with respect to a matter in which the United States is a party or has a direct and substantial interest; and

(B) in the case of an officer or employee of the District of Columbia, only with respect to communications to or appearances before any officer or employee of any department, agency, or court of the District of Columbia on behalf of any other person (except the District of Columbia), and only with respect to a matter in which the District of Columbia is a party or has a direct and substantial interest.

Columbia, on behalf of any other person (except the United States or the District of Columbia) in connection with a particular matter, (A) in which the United States or the District of Columbia is a party or has a direct and substantial interest, (B) in which the person participated personally and substantially as such officer or employee, and (C) which involved a specific party or specific parties at the time of such participation".

No cal que subsisteixi cap factor venal, la prohibició s'aplica fins i tot en el cas que la representació no es vegi recompensada. Ara bé, aquesta restricció permanent no s'aplica quan l'antic empleat ha estat involucrat només en el disseny del programa general o en la creació de normes. L'èmfasi en aquest cas es fa sobre "certes" qüestions. Per exemple, un antic empleat del *Controller of the Currency* (Oficina controladora de la moneda) no podria representar un banc en una disputa amb aquesta agència si ha estat auditant els llibres del banc mentre treballava per a l'agència. Però sí que podria representar el mateix banc (després d'haver transcorregut un "període de refredament" d'un any) si la seva feina a l'agència ha consistit a crear procediments generals per als auditors del govern.

5.3.12. Període de refredament

Els antics empleats federals de cert nivell i càrrecs estan subjectes a una restricció d'un any en relació a les comunicacions que es facin amb intenció d'influenciar les seves antigues agències en un afer pendent davant d'aquestes²⁹⁰ (*One-Year Restrictions on Aiding or Advising*). Amb aquesta mesura (*cooling-off period*) s'evita que els antics empleats pressionin les seves antigues agències durant un any després d'haver deixat el govern. S'aplica a tots els afers particulars, fins i tot a aquells en què l'antic empleat no hi està personalment involucrat. La restricció s'aplica només a aquelles comunicacions que tinguin com a objecte exercir una influència, però no prohibeix el contacte social. Hi ha algunes excepcions, per exemple: els antics empleats podrien haver de respondre a peticions d'informació per part de les seves antigues agències. És més, els empleats que passen a treballar per al govern estatal o local, tribus índies, universitats

²⁹⁰ 18 U.S.C. 207 (b).

o hospitals estan exempts d'aquesta prohibició d'un any. En canvi, un antic empleat de *l'Internal Revenue Service*, per exemple, no pot pressionar (*lobbying*) l'IRS en matèria d'exempcions fiscals en benefici de les escoles religioses durant un any després d'haver deixat el càrrec, fins i tot sense haver tingut cap relació amb aquesta decisió quan estava al govern. Però un antic empleat de *l'Office of Management and Budget* podria exercir pressió sobre l'IRS respecte a aquest tema perquè l'IRS no ha estat la seva agència.

5.3.13. Àrees d'antiga responsabilitat

Les lleis prohibeixen als antics empleats, independentment del seu rang, representar qualsevol persona en afers que estiguessin dins l'àmbit de les responsabilitats oficials de l'empleat durant l'últim any del seu servei al govern; es tracta de les *Two-year restrictions concerning particular matters under official responsibility*²⁹¹. Aquesta restricció de dos anys s'aplica fins i tot a matèries amb què l'empleat no tenia una relació personal o substancial. Per als esmentats propòsits, les "responsabilitats oficials" vénen definides per les lleis, reglaments, delegació d'autoritat per escrit o descripció del treball.

Per exemple, un antic director regional del *Bureau of Alcohol, Tobacco, and Firearms* (ATF, Oficina d'Alcohol, Tabac i Armes de Foc) de Boston no podria representar una persona acusada de contraban d'armes durant els dos anys següents a la seva sortida del govern, si agents de l'ATF de Boston haguessin efectuat l'arrest, fins i tot si l'empleat no hagués treballat en aquest cas particular. L'empleat podria representar el contrabandista si hagués treballat a l'oficina de l'ATF de Los Angeles perquè l'afer no hauria estat sota la seva responsabilitat durant el seu últim any en el govern. Cal tenir en compte, no obstant això, que el període de refredament d'un any no li permetria la representació davant l'ATF durant el primer any com a exempleat.

5.3.14. Prohibició de personar-se

²⁹¹ 18 U.S.C. 207 (a)(2).

²⁹¹ 18 U.S.C. 207

Partint del principi que alguns antics empleats de rellevància podrien influenciar una decisió del govern només per estar presents en favor d'una part, hi ha una restricció, segons els supòsits, d'un o dos anys per a alguns funcionaris o càrrecs d'alt rang, que els impedeix personar-se en afers concrets en què van participar personalment i substancialment.²⁹² A l'excàrrec o funcionari no se li prohibeix ajudar a algú amb la seva aparició davant administracions òrgans o agències federals, etc., sinó que se li prohibeix aparèixer amb els primers davant els segons. L'*Office of Government Ethics* determina a quins empleats d'alt rang se'ls aplica aquesta prohibició, però sobretot s'ha aplicat als funcionaris presidencials.

Per exemple, un antic inspector de l'IRS no es podria asseure a l'estrada dels testimonis al costat del president d'una empresa per intentar que el Tribunal tributari ratifiqués una sentència que l'antic comissari ja hagués dictat mentre dirigia l'IRS, fins i tot encara que no digués res durant la vista. El comissari es podria asseure a l'estrada si el procés impliqués una sentència dictada pel seu predecessor abans que ell hagués entrat al govern.

5.3.15. Comerços, negociacions de tractats i assessorament de governs estrangers

L'*Ethics Reform Act of 1989* va imposar una prohibició d'un any a tots els antics empleats del govern que usessin informació privada sobre comerç o negociacions en tractats en què l'empleat hagués participat de forma personal i substancial per representar, ajudar o aconsellar intencionadament qualsevol persona diferent dels Estats Units. Això s'aplica a tots els antics empleats que participin personalment i substancialment.

En resposta a l'àmplia publicitat que se li va donar a un funcionari de l'antiga administració Reagan que va deixar el govern i immediatament va començar a exercir pressió a favor de clients estrangers, l'*Ethics Reform Act of 1989* va afegir una segona restricció post-ocupació. Es tracta d'una prohibició d'un any sobre els antics funcionaris o empleats de cert nivell que representessin, ajudessin o aconsellessin els governs estrangers amb la

²⁹²18 U.S.C. 207

intenció d'influenciar la decisió d'un funcionari o empleat dels Estats Units. Aquesta àmplia restricció no es limita només a afers particulars, a l'antiga agència d'una persona o a qüestions en què una persona participa personalment i substancialment.

5.3.16. Aparença d'actes deshonestos o de conflictes d'interessos

El 1965 el president Lyndon B. Johnson va promulgar el decret executiu 11222, que establia les anomenades "normes de conducta" per a empleats i càrrecs públics amb la finalitat de guiar el personal públic per evitar qualsevol acció, estigués o no específicament prohibida, pogués resultar en o donar lloc a l'aparença de l'ús de l'ofici públic en benefici privat, donés tractament preferent a una persona, impedís l'eficiència o l'efectivitat de l'acció de govern, perdés completament la independència o la imparcialitat, prengués una decisió governamental fora dels canals oficials o afectés adversament la confiança del públic en la integritat del govern.²⁹³

5.4. Solucions al conflicte d'interessos

García Mexía, en el seu estudi sobre corrupció contemporània, va deixar ben clara la visió nord-americana del problema que estem tractant:

"El terme 'corrupció' s'ha associat, en els EUA, exclusivament a les formes més odioses i evidents de venalitat i d'utilització en profit privat d'una funció o càrrec públic, reservant-se l'expressió 'conflicte d'interessos' per a les conductes de risc [...]".²⁹⁴

En el marc del present treball aquesta visió té una especial significació, no sols teòrica, sinó també pràctica, per conformar un model legal diferent respecte a la versió "bàsicament repressiva" de les conductes típiques de corrupció, fundada en l'intercanvi venal d'una prestació il·lícita efectuat per un agent públic. La regulació dels conflictes d'interessos transcendeix aquest model tradicional repressiu; sempre en paraules de l'autor esmentat:

²⁹³ 5 U.S.C. 2635.101, *Estàndards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch*.

²⁹⁴ García Mexía, P., *Los conflictos de intereses...*, op. cit., p. 71.

“La legislació sobre conflictes d'interessos [...] seria molt més ambiciosa, per ser especialment preventiva i dirigir-se a “evitar la temptació” que el conflicte brinda al càrrec o funcionari públic, i fins i tot, [...] a impedir la simple aparença de conflicte d'interessos. En una paraula, i també aquesta idea és crucial: la normativa específicament dedicada als conflictes d'interessos constituïria tot un *article de luxe*, un instrument legal que només es podria permetre una societat com la nord-americana, per haver superat la generalització de les més tosques expressions de corrupció”.²⁹⁵

Molts empleats federals, especialment els de rang de funcionaris presidencials, posseeixen actius o altres interessos financers que suposen un conflicte d'interessos. La majoria de les regulacions ètiques es materialitzen en tècniques dirigides a solucionar aquests potencials conflictes, de manera que no impedeixin que una persona entri o romangui al servei federal, o que compleixi amb tota la llista de les seves tasques oficials. Fins i tot hi ha hagut qui, com Culvahouse –va treballar com a assessor legal del president Reagan–, que ressaltant el tecnicisme d'aquestes normes, ha arribat a dir (possiblement extralimitant-se) que complir amb els preceptes legals sobre ètica “no té res a veure amb l'ètica i la moralitat ja que un aprèn això a l'església. És més aviat matemàtica”.²⁹⁶

Com algú pot evitar els conflictes d'interessos que poden acabar en transaccions o actes en benefici propi? El procés comença amb la “consulta” (*consultation*). Per als funcionaris presidencials i d'altres funcionaris governamentals de rang molt elevat, les consultes normalment involucren el *White House counsel's office* (Oficina d'Assessoria Jurídica de la Casa Blanca), a l'*Office of Government Ethics* i al DAEO de l'agència on el funcionari treballarà. Es revisen les formes de declaració financera de l'individu i s'identifiquen els conflictes potencials. Després els “funcionaris

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 72.

²⁹⁶ Mackenzie, G. C., *Scandal Proof...*, op. cit., p. 69. En canvi, a favor d'una conciliació entre ètica i dret, vid. Martínez, M. J., “Law versus Ethics. Reconciling Two Concepts of Public Service Ethics”, a *Administration & Society*, vol. 29, núm. 6, 1998, pp. 690-722.

²⁶⁶ Vid. Bowman, J.S., “Ethics in Government: A National Survey of Public Administrators”, a *Public Administration Review*, vol. 50, núm. 3, maig-juny 1990, pp. 345-353

²⁶⁷ Walter, J.J., “The Ethics in Government Act, Conflict of Interest Laws, and Presidential Recruiting”, a *Public Administration Review*, novembre-desembre 1981, pp. 662-663.

ètics" (DAEO) i el càrrec o funcionari discuteixen les possibles maneres de solucionar-los. Aquest procés es va desenvolupar en els primers anys després de l'aprovació de l'*Ethics in Government Act of 1978*. La llei proporcionava poca orientació sobre com cal resoldre els conflictes, i els primers que la van posar en pràctica van haver de crear procediments per si mateixos.²⁹⁷

J. Jackson Walter, elegit pel president Carter com a primer director de l'OGE i reelegit després pel president Reagan, va descriure el propòsit d'aquests procediments.

"En cert sentit, la revisió anticipada i el procés d'autorització de l'OGE se sumen a la possible aplicació de lleis penals exigint als funcionaris de prendre mesures preventives per estar fora de perill [...]. Les eines i tècniques disponibles per donar lloc a les solucions que estan avui de moda normalment resulten efectives per fer que els funcionaris compleixin amb les lleis de conflicte d'interessos [...]. En gairebé tots els casos ha estat possible crear remeis que els funcionaris i les seves famílies puguin acceptar. Els costos associats a aquests remeis, particularment en termes de responsabilitat fiscal i desbaratament del plantejament financer personal i familiar poden resultar elevats en casos específics. Les lleis sobre conflicte d'interessos es poden considerar en certes ocasions, per tant, com una limitació legislativa a la contractació per a la presidència perquè representen les normes fonamentals d'elegibilitat a un càrrec públic, càrrec que no totes les persones altament qualificades del país estarien disposades a acceptar".²⁹⁸

El primer assessor legal del president Reagan, Fred F. Fielding, descriu el procés tal com es va anar desenvolupant a la Casa Blanca el 1981:

"En aquesta Administració –la primera a experimentar una transició presidencial a escala completa sota la *1978 Ethics Act*– el costum pràcticament invariable ha estat tenir l'informe de declaració financera preparat i revisat en forma d'esborrany, tant per l'assessor legal del president com per l'OGE abans que la proposta avanci i la

versió final del formulari estigui formalment complimentada i disponible per al Senat, la premsa i el públic. Aquest procediment ens ajuda a assegurar-nos que l'informe final complirà totalment amb la llei i també ajudarà la Casa Blanca i l'OGE a centrar-se abans d'hora en qualsevol arranjament financer particular –per exemple, desposseïció o desinversió, o creació d'un *blind trust*– que sigui necessari en un cas determinat. També permet una visió en profunditat –l'última abans que el nomenament i els afers financers del candidat es facin públics– sobre si el futur candidat està financerament disposat i, a més a més, pot dur a terme els ajustos que requereix la llei com a condició per assumir el càrrec”.²⁹⁹

Quan s'identifica un potencial conflicte, hi ha diverses solucions possibles. En la majoria dels casos, l'opció elegida proporciona una solució “equitativa” entre un aïllament suficient del conflicte d'interessos i el menor impacte possible sobre les finances personals del subjecte afectat.³⁰⁰

5.4.1. Dispenses (*waivers*)

Ben sovint els òrgans encarregats de vigilar el compliment de les regulacions ètiques atorguen dispenses als agents públics quan la dimensió de la participació financera del subjecte és tan reduïda, o la possibilitat que es produeixi un conflicte tan remota, que resulta innecessari prendre qualsevol acció correctiva. La dispensa simplement permet que el funcionari dugui a terme normalment les seves responsabilitats sense la necessitat d'esquivar aquells afers que puguin suposar un possible conflicte d'interessos.

Hi ha dos tipus legals de dispensa³⁰¹: específiques o singulars i generals. L'agència o administració de l'empleat pot concedir dispenses *ad hoc* per

²⁹⁹ Fielding, F.F., “What to Do When the White House Calls”, a *Directors and Boards*, primavera 1983, p. 9.

³⁰⁰ Per entendre l'aproximació nord-americana al problema del conflicte d'interessos en relació amb l'estructura federal de divisió de poders, vid. Stark, A., “Public Sector Conflict of Interest drec the Federal Level in Canada and the U.S.: Differences in Understanding and Approach”, a *Public Administration Review*, Vol. 52, núm. 5, setembre-octubre 1992, pp. 427-437 .

³⁰¹ 5 C.F.R. 2635.401.

participacions financeres no tan ingents com per considerar que podrien afectar la "integritat" dels serveis que el govern espera d'aquest empleat. En canvi, el segon tipus implica l'elaboració per les agències o administracions de normes generals de dispensa de certes categories específiques d'interessos financers els titulars de les quals siguin empleats de les esmentades agències o administracions, en el supòsit que els interessos siguin massa remots o inseqüents per afectar la integritat dels serveis dels funcionaris o empleats del govern.³⁰² A més a més, la Llei d'ètica de 1989 autoritzava a l'OGE a establir algunes normes *de minimis* en tots els àmbits del govern per a les dispenses.

5.4.2. Abstenció (*disqualification*)

El menor impacte en les finances personals s'aconsegueix quan la solució satisfactòria ve de l'abstenció de l'agent públic, és a dir, sense que calgui l'alienació dels actius del càrrec o funcionari de l'administració. Al seu lloc, les autoritats o el personal accepten d'abstenir-se de qualsevol afer que es relacioni amb una companyia o organització en què tingui interessos financers personals. Normalment això es duu a terme mitjançant una declaració signada (*recusal statement*), però la llei no exigeix una forma en concret.

Les esmentades declaracions suposen una solució habitual per a potencials conflictes d'interessos que tenen relació amb temes determinats. Són especialment útils quan un individu posseeix un actiu financer relacionat de forma no immediata amb les seves responsabilitats en l'administració, la qual cosa rarament –o mai– podria suposar un potencial conflicte. Llavors l'empleat simplement haurà de mantenir-se allunyat de les decisions poc freqüents en què aquest *holding* suposi un conflicte.³⁰³

No obstant això els *recusal agreements* de vegades són problemàtics. Les participacions personals tendeixen a canviar amb el temps. Un pacte o conveni de recusació pot no ser vàlid permanentment, en concret en els supòsits de "carteres complexes". I una abstenció/recusació pot no resultar

³⁰² Vid. Jackson Walter, J., *The Ethics in Government Act...*, op. cit.

³⁰³ Vid. Walter, J.J., *The Ethics in Government Act...*, op. cit.

la solució més adequada en moltes ocasions en què la relació entre el *holding* i les responsabilitats principals de l'empleat és freqüent i directa. En aquests casos, una *recusal statement* podria impedir que l'autoritat o el personal públic complissin eficaçment amb les tasques del seu ofici ja que ben sovint apareixen conflictes potencials.

Per exemple, un candidat a la direcció del *Bureau of Land Management in the Interior Department* potser tindrà accions a la General Motors. Atès que el director no sol prendre decisions que afectin General Motors, podria ser raonable resoldre un potencial conflicte d'interessos mitjançant l'abstenció. El candidat acceptaria no participar en la presa de decisions –adquisició de vehicles per a l'agència, per exemple– en les quals el fet de tenir accions a GM podria suposar un conflicte d'interessos. Però si el candidat posseís accions en una gran empresa de bestiar amb moltes filials que arrenden drets de pastura en terres federals, probablement la sola abstenció no resultaria ser una solució eficaç o apropiada, sota pena de frustrar les polítiques de l'administració.

5.4.3. Desinversió o desposseïció (*divestiture*)

Quan un potencial conflicte d'interessos amenaça de ser massa gran com per solucionar-lo mitjançant la simple abstenció, l'opció més efectiva resulta vendre o desfer-se de l'actiu. En efecte, la llei en el supòsit de tinença d'interessos financers contempla dues solucions possibles:

"One is a disqualification requirement and the other is a prohibition on acquiring or continuing to hold specific financial interests".³⁰⁴

Als ulls de la llei, no pot haver-hi un conflicte d'interessos financer si l'actiu deixa d'estar en possessió del funcionari. Per exemple, un antic executiu de Boeing que passi a formar part del govern com a secretari ajudant de les Forces Aèries hauria de desfer-se dels 800.000 dòlars que posseeix en accions de Boeing, proveïdor clau d'avions per a les Forces Aèries, de manera que ningú podria evitar continus conflictes d'interessos mentre es duen a terme les tasques pròpies d'un càrrec de les Forces Aèries d'alt nivell si aquest subjecte té participacions importants a Boeing. L'abstenció no

³⁰⁴ 5 C.F.R. 2635.401.

seria solució en aquest cas perquè imposaria massa restriccions sobre el treball de l'autoritat pública. La desinversió, almenys des de la perspectiva pública, és una solució molt més eficaç.³⁰⁵

La desinversió (*divestiture*) és l'instrument més radical emprat per solucionar conflictes d'interessos. A més a més pot suposar diversos problemes. El primer és el fet que pot "sortir cara", especialment per als funcionaris presidencials que acabin d'entrar al servei del govern. En els supòsits en què aquests subjectes no tinguin més opció que la de desfer-se d'alguns actius, no controlaran el mercat de valors d'aquests actius en el moment de la desinversió. El preu d'una acció, per exemple, podria estar substancialment per sota del seu preu de compra. I comprar a preus alts i vendre a preus baixos no és una bona estratègia d'inversió; no obstant això, alguns càrrecs o funcionaris presidencials creuen que seguir aquesta estratègia és el cost que cal pagar per entrar al servei públic.

La situació contrària també pot presentar conseqüències problemàtiques. Un actiu pot tenir molt més valor en el moment en què s'ordena la desinversió que en el moment en què es va comprar. En aquest cas, la desinversió pot presentar impactes fiscals nefastos sobre els guanys de capital. Per a molts funcionaris o càrrecs que entraren a formar part del govern abans de 1989 des de treballs lucratis en el sector privat, aquestes càrregues fiscals no planejades apareixien simultàniament a un descens significatiu dels ingressos.

Una reforma de les regulacions ètiques el 1989³⁰⁶ va alleujar la càrrega d'algunes d'aquestes desinversions forçoses. Amb un mecanisme que ja s'aplica, per exemple, a tots els ciutadans quan venen el seu habitatge i reinverteixen per adquirir-ne un de nou, el pagament de l'impost sobre les rendes procedents d'aquestes operacions pot ser ajornat en el temps, sempre que es compleixin dues condicions: que els guanys generats per la

³⁰⁵ Vid. Walter, J.J., *The Ethics in Government Act...*, op. cit.

³⁰⁶ Sobre la reforma, vid. Murdock, E.J., "Finally, government ethics as if people mattered: Some thoughts on the ethics reform act of 1989", a *The George Washington University Law Review*, vol. 58, 1990, pp. 502-525.

²⁷⁵ Maskell, J., "The Use of Blind Trust By Federal Officials", a *CSR Report for Congress*, Congressional Research Service, 23 de setembre de 2005, p. 1.

²⁷⁶ 5 U.S.C. app. § 102(f)(3)(D).

venda forçosa es reinverteixin en instruments autoritzats (per exemple, títols de l'Estat) per l'*Office of Government Ethics* (OGE) en un termini fixat; i que l'OGE expedeixi un *certificate of divestiture* que l'interessat presentarà a l'*Internal Revenue Service* (administració tributària).

5.4.4. *Blind Trust* i *Diversified Trust*

Es registren, de vegades, casos d'alts funcionaris i autoritats públiques les importants riqueses dels quals –que inclouen rellevants participacions accionaries i actius– podrien resultar considerablement perjudicades per l'aplicació del remei de la *divestiture*; davant d'aquests supòsits ha sorgit la necessitat de cercar una altra solució legal que permeti conjugar la prevenció del conflicte d'interessos amb una certa garantia del patrimoni del subjecte titular dels *assets* controvertits. La solució proposada va ser *qualified blind trust* (*trust "cec"* qualificat) i el *qualified diversified trust* (*trust* diversificat qualificat), encara que “there is no federal statute which expressly requires that particular federal officials place assets into a ‘blind trust’ is one of several methods of conflict of interest avoidance under federal law and regulation”.³⁰⁷

En general, a través del *trust*, el patrimoni de l'interessat ve confiat a la gestió fiduciària d'un *trustee* o administrador, a certes condicions dirigides a assegurar la total independència de l'administrador de la persona que els ha encomanat el patrimoni. Per aquesta raó els béns hauran de ser lliures de càrregues per a la seva transferència o alienació i la part interessada no podrà exercir cap control sobre la gestió. El *trust* es diu “qualificat” pel seu sotmetiment a autorització prèvia (*prior approval*)³⁰⁸ per part de l'autoritat ètica competent (*supervisory ethics office*) que a més a més exercirà vigilància sobre el negoci jurídic a través dels informes periòdics de l'administrador i aprovarà les eventuais modificacions o l'extinció del propi *trust*.

La doctrina jusprivatista espanyola ha aclarit que “el *trust* és una figura jurídica pròpia del dret angloamericà i, com a tal, és una institució

desconeguda en el dret material espanyol”³⁰⁹, mentre “millor que qualsevol altra institució [demostra] les peculiaritats característiques del Dret angloamericà quant a les seves fonts de creació jurídica i la seva metodologia. [Aquest dret] tendeix a eludir la definició del *trust* per centrar-se fonamentalment en la seva estructura, efectes i funcions”³¹⁰.

En un recent estudi, Virgos Soriano destaca les següents característiques del *trust*:

- a) els béns del *trust* constitueixen un fons separat i no formen part del patrimoni del *trustee*.
- b) el títol sobre els béns del *trust* s'estableix en nom del *trustee* o d'una altra persona per compte del *trustee*;
- c) el *trustee* té la facultat i l'obligació, de les quals ha de retre compte, d'administrar, gestionar i disposar dels béns segons les condicions del *trust* i les obligacions particulars que la llei imposi.³¹¹

L'esmentat exemple del secretari ajudant de les Forces Aèries amb accions a Boeing resultaria ser ben diferent si el subjecte en qüestió fos president d'una empresa contractista de les Forces Aèries i de la qual en fos el fundador i l'accionista principal. Els possibles perjudicis d'una desinversió massiva no afectarien només el subjecte titular dels actius sinó comprendrien fins i tot nivells col·lectius: el propòsit de desfer-se de les participacions pot desbordar el mercat amb les accions de la seva empresa i, amb tota probabilitat, abaixaria el preu de les accions. Això podria tenir conseqüències perjudicials per als altres accionistes i potser per a la pròpia supervivència de l'empresa. Potser ni tan sols sigui possible vendre totes les accions, almenys no al mateix temps. En tals circumstàncies, la institució del *blind trust* proporciona eines per a una solució viable.

Un *blind trust* qualificat és aquell en què un funcionari disposa de certs actius que després són gestionats per un *trustee* independent.³¹² La

³⁰⁹ Virgos Soriano, M., *El Trust y el derecho español*, Civitas, Navarra, 2006, p. 11.

³¹⁰ Txeca Martínez, M., *El trust angloamericano en el derecho español*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1998, pp. 1-3

³¹¹ Virgos Soriano, M., *El Trust...*, op. cit., p. 15.

³¹² "The trustee must be a financial institution, a CPA, an attorney, a broker, or an investment advisor who is independent of the federal official or any person interested in

responsabilitat fiduciària del *trustee* consisteix a maximitzar el valor dels actius del *trust* d'acord amb polítiques de gestió financera prudentes. "El *trustee* és un fiduciari que ostenta la *titularitat* dels fons administrats [...]. En relació amb aquests fons, el *trustee* té tots els poders necessaris per desenvolupar el seu càrrec i complir amb els seus deures. [...] Aquesta propietat no respon enfront dels *creditors personals* del *trustee*".³¹³ Però el més important és que el *trustee* no ha d'informar el "fundador" del *trust* de les transaccions o propietats específiques del mateix. El *trust* és "cec" (*blind*) en el sentit que el càrrec públic no sap ni reté facultats en relació amb els *assets* i les propietats que componen el *trust*, en el cas d'incompliment "the Attorney General is authorized to bring civil action for violations of these laws concerning communications and disclosure between trustees and blind trust beneficiaries".³¹⁴

El *qualified diversified trust* es caracteritza per presentar "a widely diversified portfolio of readily marketable securities".³¹⁵ Tractant-se d'un instrument dirigit a prevenir un conflicte d'interessos ha de ser prèviament autoritzat pel Director de l'OGE (*qualified*). El *diversified trust*, a més a més, ha de satisfer uns requisits de diversificació (*diversification*)³¹⁶ i "comerciabilitat" (*marketability*)³¹⁷. Els primers són:

- 1) «The value of the securities concentrated in any particular or limited industrial, economic or geographic sector is no more than twenty percent of the total»;
- 2) «The value of the securities of any single issuer (other than the United States Government) is no more than five percent of the total».

the trust, and whose officers or employees are similarly independent. Such independence requires that the trustee and trust employees not be able to be influenced by the official or other interested parties in investment decisions, and not be "associated" or "affiliated" with, nor an employee, partner of or a relative of, the public official or any interested party to the trust. 5 U.S.C. app. §102(f) (3)(A), vid. Maskell, J., *The Use of Blind Trust...*, op. cit., p.6.

³¹³ Virgos Soriano, M., *El Trust...*, op. cit., p. 16-17. "The trust instrument must provide that the trustee of a blind trust has the freedom to be able to sell or dispose of any assets in the corpus of the trust at his or her discretion, unless a restriction on particular assets is expressly approved by the supervisory ethics office". 5 U.S.C. app. §102(f) (3)(B), vid. Maskell, J., *The Use of Blind Trust...*, op. cit., p.6.

³¹⁴ 5 U.S.C. app. §102(f) (3)(C)(vi).

³¹⁵ 5 C.F.R. 2634.404. (a)(1).

³¹⁶ 5 C.F.R. 2634.404. (a)(2).

³¹⁷ 5 C.F.R. 2634.404. (a)(3).

I els segons, ordenats per comprovar que els valors siguin realment comercialitzables:

- 1) «*Daily price quotations for the security appear regularly in newspapers of general circulation*»;
- 2) «*The trust holds the security in a quantity that does not unduly impair liquidity*».

La "gestió" dels quatre tipus de remeis al conflicte d'interès es realitza en "dos nivells". Per als empleats de nivell mig-alt, obligats a presentar declaració confidencial, la competència serà del DAEO, qui també serà responsable del control i de la vigilància de l'execució.

Els càrrecs nomenats pel President i sotmesos a aprovació per part del Senat constitueixen una categoria diferent. Això no sols a causa dels poders i responsabilitats inherents al càrrec, sinó perquè les mesures de prevenció dels conflictes d'interessos representen tràmits del mateix procediment d'aprovació, és a dir, requisits per ser confirmat en el càrrec. La implementació dels remeis ve sotmesa a control dins els 90 dies posteriors a l'aprovació per l'OGE, que formarà un expedient amb els documents i al·legacions produïts per l'interessat per demostrar el compliment de les condicions assumides; així igualment l'OGE assistirà les oficines legals de departaments i agències en l'elaboració de les dispenses, en la determinació de les desinversions o en l'elaboració de les complexes formes jurídiques del *trust*.

5.5. Els sentinelles de la integritat: agències, administracions i òrgans del sistema ètic nord-americà

Quan l'ètica es va convertir en un afer polític prioritari, i fins i tot atractiu, necessari en les dècades posteriors a 1961, el Congrés i el President van començar a construir la "infraestructura ètica" que existeix avui en dia. Però no n'hi havia prou d'afegir simplement normes noves, ni d'escriure milers de pàgines sobre aquest tema per la doctrina. Per assegurar l'*enforcement* independent i enèrgic d'aquestes regulacions ètiques va caldre reforçar el vessant institucional. En aquest sentit, en primer lloc es va

procedir a l'atribució de noves competències i funcions a les agències ja existents, com l'FBI, el Departament de Justícia i l'Oficina d'Assessoria Jurídica de la Casa Blanca (*White House Counsel's Office*). També es va produir una reorganització dels òrgans existents, com la substitució del *Civil Service Commission* (Comissió de Funció Pública) per l'*Office of Personnel Management* (Oficina d'Administració de Personal) i el *Merit System Protection Board* (Junta de Protecció dels Sistemes de Mèrits de Carrera). I es van instituir nous òrgans i agències, com els inspectors generals (*inspectors general*), els assessors jurídics independents (*independent counsels*) i l'*Office of Government Ethics*.

En definitiva, el sector de la funció pública i de l'ètica administrativa es va veure poblat per una varietat d'agències, cadascuna amb una part considerable de responsabilitat reguladora.

“La teoria operativa d'aquells que es van involucrar en aquest projecte de construcció institucional era que, amb prou detectius al poder, no quedés cap relliscada ètica sense detectar o castigar”.³¹⁸

5.5.1. *Federal Bureau of Investigation (FBI) i Public Integrity Section del Departament de Justícia*

L'FBI ha investigat crims des de la seva fundació el 1908. Alguns d'ells implicaven una violació de les normes penals de conducta dels funcionaris i autoritats públiques. Però, a partir el 1953, l'FBI va assumir un altre paper en el marc de les regulacions de l'ètica en l'Administració, quan el president Dwight D. Eisenhower va aprovar el decret executiu 10450 sobre requisits de seguretat per al personal del govern (*Security Requirements for Government Employees*).

Mentre, al principi, la preocupació de les normes reguladores dels conflictes d'interès fou la de tutelar l'Estat en relació als fraus en els subministraments i en les reclamacions de responsabilitat, a partir de 1945 la qüestió central passa a ser de quina manera es pot evitar que el procés de presa de decisions a nivell de govern resulti influenciat per interessos econòmics particulars. En aquest sentit, l'espectacular creixement de la

³¹⁸ Mackenzie, G. C., *Scandal Proof...*, op. cit., p. 69.

maquinària federal va impulsar les reformes normatives. Com il·lustra Roberts³¹⁹, el govern necessitava el *Big Business* per transformar un país agrícola en la més gran nació industrial del món. Alhora que el *Big Business* necessitava l'Estat per mobilitzar els recursos i fomentar projectes més enllà de l'abast de les *corporations*. Així que el desenvolupament del *Big Business* i del *Big Government* van crear problemes nous i complexos per als qui es preocupaven de tutelar la confiança pública en la imparcialitat i l'objectivitat de l'Administració. Un altre factor que va influir en l'evolució de l'àmbit de l'ètica pública va ser l'augment del poder i de la visibilitat de la Presidència en l'època, la qual cosa va dirigir, per consegüent, l'atenció de l'opinió pública cap als col·laboradors elegits per un president per integrar l'*Executive Office* de la Casa Blanca i per dirigir els Departaments i les agències governamentals. Aquesta atenció en el *top political appointees* es transformarà en un problema central per a la regulació del conflicte d'interessos. Per això, no és una casualitat que, després de la segona guerra mundial, els controls de *background* sobre els càrrecs públics, duts a terme per l'FBI, constituïran part essencial dels procediments de confirmació dels nomenaments presidencials. De manera que, segons el tenor literal de *l'executive order 10450*,

“Whereas the interests of the national security require that all persons privileged to be employed in the departments and agencies of the Government shall be reliable, trustworthy, of good conduct and character, and of complete and unswerving loyalty to the United States”.³²⁰

³¹⁹ Roberts, R.N., *White House Ethics: the history of the politics of conflict of interest regulation*, New York, Greenwood Press, 1988.

³²⁰ Executive Order 10450, *Security Requirements for Government Employees*.

²⁹⁰ I a més a més, considerant que “*the American tradition that all persons should receive fair, impartial, and equitable treatment at the hands of the Government requires that all persons seeking the privilege of employment or privileged to be employed in the departments and agencies of the Government be adjudged by mutually consistent and no less than minimum standards and procedures among the departments and agencies governing the employment and retention in employment of persons in the Federal service*”, vid. Executive Order 10450.

³²⁰ Executive Order 10410, Sec. 3 (a) “L'objectiu de la investigació vindrà determinat en primer lloc segons el grau d'efectes negatius que pogués ocasionar el candidat que s'està cercant, en virtut de la natura del lloc en la seguretat nacional; no obstant això, la investigació mai inclourà menys d'una inspecció a una agència nacional (incloent-hi una investigació dels arxius d'empremtes dactilars de l'FBI) i investigacions per escrit a les agències locals d'ordre públic oportunes, antics supervisors i empleats, referències i centres d'ensenyament als quals va assistir la persona sotmesa a la investigació: sempre que a

Per aquestes raons³²¹ l'FBI, des del 1953, s'ocupa d'investigar el passat dels candidats a ocupar càrrecs públics. Encara que aquest control, dispostat en el clima de la "guerra freda", estava principalment dirigit a comprovar que no existís cap element o circumstància en el passat del subjecte investigat que constituís una amenaça per a la seguretat nacional.³²²

Les *full field investigations* normalment suposaven unes desenes d'entrevistes de camp amb coneguts, socis i veïns del funcionari. Es recopilaven les respostes de les entrevistes i l'arxiu amb informació en brut passava a l'assessor jurídic de la Casa Blanca perquè aquest el revisés. El decret 10450 atorgava als directors de departaments o agències la potestat de determinar quins eren els llocs dins el departament o agència que, per la seva naturalesa, podien ocasionar un efecte advers en la seguretat nacional (*a material adverse effect on the national security as a sensitive position*).³²³

Les pressions que per motius de seguretat a principis dels anys cinquanta van justificar la introducció d'aquests controls finalment van començar a desaparèixer, però no va ocórrer el mateix amb les investigacions de camp complet de l'FBI (*full field investigations*). Al revés, han romàs: fins avui han crescut sense parar. A la fi dels vuitanta, la investigació de camp complet normalment suposava 35 o fins i tot més investigacions, i aquesta obligació es va imposar en un nombre de candidats molt major que el 1953. A la fi del segle XX, una investigació de camp típica durava 25 dies. El que va començar essent una acreditació de seguretat nacional va evolucionar a

petició del cap del departament o l'agència en qüestió, l'Oficina d'Administració del Personal Federal (*Office of Personnel Management*) doni autorització, a la seva discreció, de realitzar menys investigacions atès que ja s'hagi complert amb les necessitats de la seguretat nacional respecte als empleats per dies, intermitents, temporals o estacionals o empleats estrangers de fora dels Estats Units. En el cas que aparegui, en qualsevol fase de la investigació, informació que indiqui que el treball de l'esmentada persona no hagi estat conseqüent amb els interessos de la seguretat nacional, s'aplicarà a aquesta persona una investigació a camp complet o una investigació menor si amb aquesta n'hi ha prou perquè el cap del departament o agència en qüestió pugui determinar si la permanència d'aquesta persona és conseqüent amb els interessos de la seguretat nacional".

³²⁰ Executive Order 10450, Sec. 3 (b).

quelcom molt més ampli i profund: una exploració exhaustiva de cada aspecte del caràcter i el passat d'un candidat.³²⁴

Com molts aspectes del procés de nomenament, les investigacions de camp complet de l'FBI s'han expandit i han canviat en funció de determinades circumstàncies. Per exemple, quan un elegit de Ronald Reagan en el Tribunal Suprem es va veure obligat a abandonar el seu lloc després que alguns dels seus antics estudiants de dret l'acusessin d'haver fumat marihuana amb ells, l'FBI va intensificar les seves investigacions pel que fa a l'ús de drogues per part dels subjectes passius de la investigació. Més tard, quan en el seu nomenament l'antic senador John Tower per ser Secretari de Defensa va haver d'enfrontar-se a la dura oposició del Senat a causa de les acusacions que denunciaven la seva afició a l'alcohol i la seva tendència a la infidelitat conjugal, l'FBI va ser acusat de no haver investigat prou aquestes circumstàncies, i per tant a partir de llavors les investigacions van començar a comprendre també aquests aspectes més personals. L'FBI va avisar abans de la transició presidencial del 2000 que la investigació mitja duraria trenta-cinc dies³²⁵. En realitat, en el 2000 la

³²⁴ "Els agents entrevisten les persones que coneixen el candidat, incloent referències, socis, superiors, supervisors, companys de treball, col·laboradors i veïns. Les principals àrees a què cal dirigir-se -comunament conegudes en la terminologia de l'FBI com CARL (A) B FAD- inclouen la lletra (C), l'actitud general d'una persona i la possessió de característiques com l'honradesa, la formalitat i la discreció, o la seva absència en tot cas; socis (A), tipus de persones, grups o organitzacions amb què una persona ha estat associada, amb interès particular en el fet que algunes d'aquestes associacions puguin haver estat de natura vergonyosa o deslleial; reputació (R), la posició general de l'individu en la comunitat; i lleialtat (L), l'actitud i la lleialtat de la persona envers els Estats Units. Alguns *Bureau of Investigation* també es fixen en l'habilitat substantiva del candidat (A) en l'àmbit del seu futur nomenament, per exemple, funcionaris judicials i persones afiliades al Departament de justícia. L'habilitat és la capacitat o competència de l'individu per realitzar correctament un treball o tipus d'ocupació. Altres àrees a les quals es para atenció són el prejudici/menyscapse (B), una actitud irracional dirigida contra qualsevol classe de ciutadans o qualsevol grup religiós, racial, de gènere o ètnic o les seves suposades característiques; responsabilitat financera (F), estil de vida o hàbits de consum d'acord amb els mitjans del candidat; abús de l'alcohol (A), ús excessiu de l'alcohol que té conseqüències en el comportament del candidat; i ús il·legal de drogues/ abús de la prescripció de medicaments (D), qualsevol ús de drogues il·legals o abús de la prescripció de medicaments", a Council for Excellence in Government and Presidential Appointee Initiative, *A Survivor's Guide for Presidential Nominees*, p. 49.

³²⁵ Council for excellence in government and presidential appointee initiative, *A Survivor's Guide for Presidential Nominees*, p. 48.

²⁹⁵Dades procedents d'un estudi intern realitzat per l'equip del Senate Governmental Afer Committee, el maig de 2001.

²⁹⁶ El 1976 Thornburgh era *Assistant Attorney General in charge on the Criminal Divisió*, i va servir al Departament de Justícia amb cinc presidents; per a més informacions vid. la seva

mitjana de durada de les investigacions de camp complet de l'FBI per a candidats a nomenaments presidencials era de 44,4 dies.³²⁶

El 1976, Dick Thornburgh³²⁷, llavors *Assistant Attorney General*, reorganitzant el Departament de Justícia nord-americà va instituir, en el marc de la Divisió Criminal, la *Public Integrity Section*, una secció especialitzada en la lluita contra la corrupció pública. Aquesta oficina actuava d'ofici o arran de les denúncies rebudes pels 94 *U.S. Attorneys* o pels inspectors interns de l'organització federal.³²⁸ L'FBI actuava amb la *Public Integrity Section* en el marc de tres programes dirigits a la persecució dels fraus a l'Estat, la corrupció pública i els mateixos delictes a les institucions financeres. El primer d'aquests és el *Government Fraud Program*, que investiga els fraus realitzats en els finançaments derogats pel govern federal. El segon és el *Public Corruption Program*³²⁹, per a la lluita contra la corrupció sistèmica en

autobiografia, Thornburgh, D., *Where the Evidence Leads*, University of Pittsburgh Press, Setembre 2003.

³²⁷ El 1976 Thornburgh era *Assistant Attorney General in charge on the Criminal Divisió*, i va servir al Departament de Justícia amb cinc presidents; per a més informacions vid. la seva autobiografia, Thornburgh, D., *Where the Evidence Leads*, University of Pittsburgh Press, September 2003.

³²⁸ Des de 1988 els funcionaris de la Secció i els fiscals de Districte disposen d'un manual que informa sobre les bases legals i tàctiques a seguir en els casos de corrupció pública, el *Prosecution of Public Corruption Cases*.

³²⁹ L'objectiu general del programa és "*Reduce the level of public corruption that has an impact in the United States*", i la seva justificació "*Public corruption poses the greatest single threat to the credibility of government institutions at all levels. Corruption by those controlling the nation's ports of entry and handling the issuance of visas and other identity documents opens our country's borders to potential terrorists and other criminal actors. The serious increase in cases of law enforcement officers forming or supporting drug trafficking enterprises threatens the safety and security of our streets. Corruption within correctional facilities undermines our criminal justice and judicial system. When military contracts involving vital defense and weapons systems become the subject of bribery and kickbacks, national security is directly weakened. Many major metropolitan areas have witnessed the indictment and conviction of public officials for corruption related activity, with public money being misused for private gain. Along with the increasing frequency of all types of corruption, the level of sophistication and complexity of this criminal activity present special challenges*", finalment, els objectius estratègics són: "(1) *Reduce law enforcement corruption within the United States to increase our country's public safety and national security*; y (2) *Reduce public corruption in the country's federal, state, and local governments and judicial systems to increase public confidence in our nation's government institutions*". Informació sobre l'activitat d'investigació anticorrupció disponible a la pàgina web de l'FBI: <http://www.fbi.gov/hq/cid/pubcorrupt/pubcorrupt.htm>.

²⁹⁹ "*The dramatic escalation of international crime affecting the United States has resulted in the FBI's expanded role in international investigations. This authority is granted by the*

l'àmbit federal, estatal i local. I el tercer, el *Financial Institution Fraud Program*.

Finalment cal esmentar l'activitat de cooperació internacional duta a terme per l'FBI arran del creixement desproporcionat de la criminalitat transnacional³³⁰ en l'era digital, que inclou, per descomptat, els diversos delictes de corrupció. En efecte, el volum, la intensitat i la caracterització d'aquest fenomen, han portat les diferents agències a considerar que

*"There is no proactivi initiative more effective than cultivating reliable early distant warning systems to prevent, disrupt, and defeat terrorism and international crime before it occurs".*³³¹

5.5.2. *Office of Government Ethics (OGE)*

L'estructura institucional de l'OGE ha canviat diverses vegades des de la seva creació. Al principi es configurava com una unitat de l'*Office of Personnel Management*. Després de l'*Office of Government Ethics Reauthorization Act of 1988*, es va convertir en una *executive agency* l'1 d'octubre de 1989.³³²

Des de la seva creació per l'*Ethics in Government Act* de 1978, l'*Office of Government Ethics* s'ha transformat en el centre gravitatori de la prevenció de conflictes d'interessos per al personal federal i de la seva formació ètica. I també ostenta la responsabilitat principal de revisar periòdicament i recomanar canvis en les regulacions ètiques.

congressional application of extraterritorial jurisdiction, executive orders, and presidential decision directives, and it is coordinated with the Department of State and other federal and international agency"; vid. King, L.E. i Ray, J.M., "Developing Transnational Law Enforcement Cooperation", a *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 16, núm. 4, novembre 2000, p. 387, per conèixer també els diferents programes i institucions de cooperació impulsats per l'FBI que tenen entre els seus objectius la lluita contra la corrupció pública.

³³¹ King, L.E. i Ray, J.M, *Ibidem*, p. 389.

³³² Ethics Reform Act of 1989, Pub. L. 101-194, 202, 103 Stat. 1716, drec 1724.

La "burocràcia de l'ètica" s'ha anat desenvolupant amb un caràcter descentralitzat. Per aquesta raó seran els directors i els caps de departaments i agències els qui designaran els funcionaris encarregats dels afers ètics, els anomenats *Designated Agency Ethics Official*, DAEO). Aquests subjectes seran els responsables de l'execució dels programes ètics propis de cada administració, fins i tot de la incoació de mesures de correcció i disciplinàries, sota la supervisió, l'assistència i el control de l'OGE. Aquesta configuració institucional justifica una estructura administrativa central lleugera: avui en dia, a la seu de Washington, en un edifici pròxim a la Casa Blanca, l'OGE compta amb una plantilla d'unes 80 persones. Seran especialment importants les funcions del Director de l'OGE, el mandat del qual dura cinc anys i que és nomenat pel President *by and with the advice and consent of the Senate*. Des d'un punt de vista organitzatiu, l'OGE es compon de cinc gabinets/oficines: el Gabinet del Director (*Office of the Director*), l'Oficina de Cooperació Internacional i de *Governance* (*Office of International Assistance and Governance Initiatives*), el Gabinet Legal i de Política Legal (*Office of General Counsel and Legal Policy*), l'Oficina de Programes (*Office of Agency Programs*) i l'Oficina d'Administració i Gestió de la Informació (*Office of Administration and Information Management*). Les competències del Gabinet legal impliquen una significació especial; així s'estableix que l'esmentat Gabinet:

*"Is responsible for establishing and maintaining a uniform legal framework of Government ethics for executive branch employees. This Office develops executive branch ethics program policies and regulations, interprets laws and regulations, assists agencies in legal and policy implementations, and recommends changes in conflicts of interest and ethics statutes".*³³³

El Gabinet Legal, per tant, duu a terme un conjunt de tasques complexament i políticament enrevessades que es tradueix en la responsabilitat d'interpretar les normes, facilitar directrius i elaborar informes a petició. En relació amb aquesta competència les àrees majorment afectades són aquelles que tenen relació amb els conflictes de natura

³³³ *Office of Government Ethics*, per a un resum dels aspectes inherents a l'organització i les funcions de l'agència, vid. http://www.usoge.gov/pages/about_oge/organ_functions.html.

³⁰³ Walter, J.J., *The Ethics in Government Act, Conflict of Interest Laws...*, op. cit., pp. 659-665.

financera, les relacions post-ocupació i, pel que fa als estàndards ètics, les qüestions inherents a regals o bé altres utilitats ofertes.

L'eficàcia de tot el sistema es fonamenta en una dinàmica *bottom-up*, es tracta d'un model que funciona "des de sota". És fonamental la capacitat de cada organisme, administració o agència de gestionar el seu propi programa ètic amb determinació i a través d'un personal igualment format. Els DAEO solen instituir-se a les oficines legals de les administracions i agències administratives i compten amb una plantilla per desenvolupar les seves funcions. En general és competència d'aquests funcionaris revisar les declaracions financeres, proposar solucions per als conflictes d'interessos detectats i incoar els eventuais expedients sancionadors, a més de sensibilitzar el personal en relació amb les normes sobre ètica³³⁴. En el desenvolupament d'aquestes tasques, els DAEO compten amb l'assistència de l'Oficina de Programes de l'OGE que, en funció de les competències concretes a què es proporciona assistència, s'articula en una Divisió de Serveis per als Programes i una Divisió d'Educació.

La supervisió central de les activitats dels DAEO ve realitzada per la *Program Review Division*, que pertany també l'Oficina de Programes. Aquesta activitat d'*enforcement* procedeix de la potestat del Director de l'OGE de sol·licitar que la possible violació de les normes sigui objecte d'investigacions tant penals com administratives; de revisar les investigacions dutes a terme a cada administració o agència i, per consegüent, sol·licitar la incoació d'un expedient sancionador dirigit a comprovar l'existència de responsabilitat disciplinària, de disposar i vigilar accions de correcció dels empleats o dels programes de les administracions i agències.

Finalment, la funció més destacada de l'OGE és la de revisar les declaracions financeres i patrimonials públiques i la gestió dels "acords ètics" pactats entre Administració i càrrec públic per resoldre el conflicte d'interès. Aquests acords no són "afers privats" entre govern i interessat. L'OGE els aprova, revisa la seva execució (normalment en un termini de 90 dies) i en el supòsit de nomenament sotmès a confirmació del Senat, expedeix certificació que, sobre la base de les informacions contingudes en el seu expedient, el designat compleix amb les disposicions normatives

vigents. Si no és així, no té lloc el procediment de confirmació. En realitat, la responsabilitat de l'OGE comença ja abans de la fase de *pre-nomination*, és a dir, abans que es formalitzi la designació, per la revisió prèvia de la declaració i la identificació de potencials problemes, en un procediment que es desenvolupa en paral·lel amb la investigació de l'FBI. Segons l'OGE, la diferència entre la natura d'aquests controls previs resideix en el fet que l'FBI s'ocupa del passat, mentre l'*Office of Government Ethics* pensa en el futur. Si no hi ha ambdues llums verdes, la Casa Blanca no procedeix, ja que la designació no prosperaria ni s'assoliria la seva ratificació.

5.5.3. Assessor legal del President

L'assessor legal del President (*Counsel to the president*) ha assumit un paper en creixent expansió pel que fa a l'aplicació de la normativa sobre ètica pública als funcionaris i càrrecs presidencials. Aquest paper és bastant informal ja que les lleis diuen molt poc sobre l'assessor legal de la Casa Blanca. Però atès que complir amb la declaració financera i els requisits per evitar el conflicte d'interessos són qüestions de marcat perfil legal i tècnic i ja que el personal de l'*Office of Presidential Personnel* (Oficina de personal presidencial) s'ocupa principalment de contractar els funcionaris presidencials i juga un mínim paper a l'hora de facilitar la seva transició a nous llocs de l'Administració, les preocupacions ètiques han recaigut per defecte en el *Counsel*.³³⁵

Aquesta funció en el procés de nomenament ha imposat una pressió creixent en la plantilla de l'assessor. Lloyd Cutler, que va servir com a assessor dels presidents Carter i Clinton, va declarar que

"en l'època de Carter, quan vaig entrar, hi havia 6 advocats comptant-m'hi jo mateix. Vint-i-cinc anys després, amb Clinton, probablement hi ha 40 o 50 advocats. Una part consisteix a ocupar-se

³³⁵ Vid. Rabkin, J., "Drec the President's Side: The Role of the White House Counsel in Constitutional Policy", a *Law and Contemporary Problems*, vol. 56, núm. 4, *Elected Branch Influences in Constitutional Decisionmaking*, tardor 1993, pp. 63-98.

dels atacs contra el President i aquestes enormes responsabilitats d'investigació que recauen sobre l'Assessor de la Casa Blanca" .³³⁶

Un vegada que un individu ha acceptat ser la persona designada del president per a un càrrec públic, aquest individu s'entrevista amb un advocat a l'oficina de l'assessor per discutir sobre les normes ètiques. Durant aquestes entrevistes se li donen al candidat els formularis i qüestionaris que ha d'omplir com a part del procés i que són nombrosos, detallats i complexos. Un vegada realitzats, el personal revisa els formularis i normalment es torna a entrevistar el candidat per fer un seguiment dels potencials problemes. Després els formularis de declaració financera passen a l'*Office of Government Ethics* per a l'auditoria oficial. Això pot portar a noves discussions en què hi estigui involucrat el personal de l'assessor.

L'assessor és la persona que rep els resultats de la investigació del candidat per part de l'FBI. Aquests també són revisats i poden portar a futures entrevistes amb el candidat. Quan s'anuncia formalment la designació a l'espera de la confirmació del Senat, l'assessor pot exercir un paper continu com a protector de la privacitat dels arxius de l'FBI i com a representant del President en les relacions dialèctiques amb el Senat que tinguin relació amb inquietuds ètiques sobre el designat.

5.5.4. Fiscals Independents (*Independent Counsels*)

Després de l'escàndol del *Watergate*, els reformadors van cercar una manera més efectiva d'investigar els crims que suposadament se'ls imputaven als alts funcionaris del govern.

"Les seves preocupacions provenien de l'antic problema de les guineus que guardaven el galliner. Per a ells, el *Watergate* va posar de manifest les deficiències d'un sistema en què els líders d'una administració eren investigats i perseguits per funcionaris del

³³⁶ Citat a Borrelli, M.A.; Hule, K. i Kassop, N., "The White House Counsel's Office", a *Presidential Studies Quarterly*, vol. 31, núm. 4, desembre 2001, p. 576.

Departament de justícia que formaven part de la mateixa administració".³³⁷

Per eliminar el que ells van considerar com el conflicte d'interessos *in re ipsa*, el legislador va proposar un procediment en què l'*Attorney General* que cregués en l'existència de proves suficients per iniciar la investigació d'un alt rang de l'àrea executiva pogués demanar el nomenament d'un fiscal independent per dirigir la investigació³³⁸. Aquest procediment va ser establert pel Títol VI de l'*Ethics in Government Act* de 1978.

Segons la normativa, el fiscal general realitzarà una investigació preliminar que no duri més de 90 dies en el cas que rebí informació que les lleis penals federals hagin estat violades pel president, vicepresident, ministre, alts càrrecs de la Casa Blanca, alts funcionaris del Departament de Justícia, Director o Sotsdirector de la CIA, Comissari de l'*Internal Revenue Service*, Director de la campanya nacional o President de la Comissió de Campanya de l'Administració o de l'anterior si aquesta estava controlada pel partit actualment en el poder. Si el fiscal general³³⁹ troba proves suficients per justificar una investigació posterior, haurà de sol·licitar a una unitat especial de tres jutges del *District of Columbia Circuit Court of Appeals* que nomeni un fiscal independent. Un vegada efectuat el nomenament, el fiscal independent ostentarà tots els poders per dur a terme les investigacions i l'acusació sota la garantia de la inamobilitat.

La previsió de primer fiscal independent estava limitada a cinc anys però el Congrés va tornar a renovar-la el 1983 i el 1988 durant cinc anys en cada ocasió. La disposició va expirar el 15 de desembre de 1992 però es va renovar el juny de 1994 sota l'impuls del President Clinton. Quan la previsió de l'autoritat va tornar a expirar el 1999, cap de les cambres del Congrés va aprovar normes noves³⁴⁰. El primer assessor independent va ser nomenat

³³⁷ Mackenzie, G.C., *Scandal Proof...*, op. cit., p. 80.

³³⁸ L'*Ethics in Government Act* denominava a aquesta autoritat *special prosecutor* (fiscal especial). Arran de successives reformes la seva denominació va canviar per la d'*independent counsel* (fiscal independent).

³³⁹ Vid. Mixer, S.C., "The Ethics in Government Act of 1978: Problems with the Attorney General's Discretion and Proposals for Reform", a *Duke Law Journal*, vol. 1985, núm. 2, Apr., 1985, pp. 497-522

³⁴⁰ Cfr. Schroeder, C.H., "Putting Law and Politics in the Right Places: Reforming the Independent Counsel Statute", a *Law and Contemporary Problems*, vol. 62, núm. 1, The Independent Counsel Statute: Reform or Repeal? Hivern 1999, pp. 163-185.

el mes de de novembre de 1979 per investigar els càrrecs que se li imputaven a Hamilton Jordan, cap de personal del president Jimmy Carter, per ús il·legal de drogues. L'últim assessor independent que es va nomenar fou el maig de 1998 per investigar els càrrecs contra el secretari de treball Alexis Herman per tràfic d'influències. En els anys que van transcórrer entre aquestes dates, es van dur a terme un total de vint investigacions per part d'un fiscal independent.³⁴¹

A continuació es presenta de forma esquemàtica l'estructura del sistema de garantia de l'ètica pública, en funció de les competències i de l'òrgan competent:

ESTRUCTURA DEL SISTEMA ÈTIC NORD-AMERICÀ³⁴²

Regulació	Agència responsable
Normes de conducta ètica per a empleats de l'àrea executiva; regulacions sobre la declaració financera pública i privada, límits per als empleats en afers exteriors, formació ètica, certs interessos financers i ocupació després del servei al govern.	<i>Office of Government Ethics</i> (OGE).
Normativa sobre conflicte d'interessos.	OGE, Departament de justícia (DOJ), Oficina de l'Assessor Legal.
Normativa de l' <i>Hatch Act</i> , <i>Whistleblower Protection Act</i> ; queixes sobre pràctiques personals prohibides.	Oficina del conseller especial; Oficina d'administració de personal (OPM; en relació amb algunes regulacions de l' <i>Hatch Act</i>).
Activitats criminals i restricció per a certes activitats.	DOJ; oficines de fiscals d'EUA.
Contractes públics; despeses de	<i>Comptroller general</i> (Secretaria

³⁴¹ Vid. Hall, J.S.; Pullen, N. i Rayos, K., "Independent Counsel Investigations", a *American Criminal Law Review*, vol. 36, 1999

³⁴² Elaborat sobre la base dels continguts de l'U.S. Office of Government Ethics, *U.S. Government Entities with Ethics-Related Authority*, disponible a: (http://www.usoge.gov/pages/forms_pubs_otherdocs/fpo_files/other_docs/odrelated_96.pdf)

viatges.	federal a càrrec de la comptabilitat del país), Oficina general de comptabilitat (GAO); <i>General Services Administration</i> (GSA, Administració de serveis generals) (regulacions en els beneficis dels passatgers freqüents).
Informes d'auditoria ètica.	GAO; OGE
Acusació per violació de les lleis penals de conflicte d'interessos.	DOJ, incloent la Secció d'integritat pública; oficines de fiscals d'EUA.
Restriccions sobre el joc; conducta "perjudicial per al govern".	OPM; GSA (restriccions sobre el joc).
Funció pública.	OPM.
<i>Government Employees Training Act</i> (Llei de formació als funcionaris del govern).	OPM; OGE (aspectes ètics).
Ús d'equipament i propietats del govern.	OPM; OGE (aspectes ètics).
Viatges oficials; ús dels vehicles del govern; regal o viatges que provenen de fonts no federals.	OPM; OGE (aspectes ètics).
Restriccions d'integritat en matèria de contractes públics.	Oficina de gerència i pressupost (OMB); Oficina de política de contractes federals (OFPP); <i>Federal Acquisition Regulatory Council</i> (FARC, Consell regulador d'adquisicions federals); Departament de defensa; GSA; Administració Nacional d'Aeronàutica i l'Espai; OGE (normes relacionades amb l'ètica).
Restriccions relatives a l'activitat de <i>lobby</i> de titulars de contractes, subvencions, préstecs federals, etc.	OMB; funcionari de la Cambra de representants, secretari del Senat.
Restriccions contra el <i>lobby</i> .	DOJ, Secció d'integritat pública.
Apel·lacions a causa d'accions disciplinàries per violació de les normes de conducta ètica.	<i>Merit System Protection Board</i> .
Fraus, despeses, mala gestió i abusos en agències federals.	Interventors de cada agència.
Acusacions de violació de les	DOJ, Divisió civil; oficines privades

restriccions sobre els ingressos externs i l'ocupació externa per a certs funcionaris sense carrera.	de fiscals dels EUA.
Acusacions per conductes criminals relacionades amb les declaracions financeres.	DOJ, Divisió civil i penal; oficines privades de fiscals dels EUA.
Nepotisme.	OPM.
Regals i condecoracions procedents de governs estrangers.	Departament d'estat, Oficina de protocol; GSA (regulacions sobre donacions i valor mínim).
Coordinació de les polítiques públiques per promoure la integritat i eficàcia i prevenir el frau, la despesa en excés i l'abús en els programes federals.	Consell presidencial sobre integritat i eficàcia (PCIE); Consell executiu sobre integritat i eficàcia (ECIE).

5.6. Altres lleis anticorrupció aprovades fins el 2000

El 1984 va ser aprovada la *Comprehensive Crime Control Act* (Llei integral de control del crim). Aquesta llei contenia una disposició sobre suborn bancari³⁴³ que incloïa qualsevol activitat “relacionada amb afers bancaris” que oferís o donés a un funcionari de banca o a terceres parts, o bé que el funcionari demanés o rebés per a ell mateix o per a terceres parts, “elements de valor” diferents del que normalment ofereix o dona el banc³⁴⁴. A aquesta normativa va seguir la *Financial Institutions Reform, Recovery and Enforcement Act* (FIRREA, Llei d'Execució i Recuperació de Reformes d'Institucions Financeres). En signar l'esmentada llei el 9 d'agost de 1989, el President dels Estats Units va dir:

³⁴³ 18 USC s. 215. S'han presentat quatre versions. Una s'aplica a delictes comesos abans del 12 d'octubre de 1984. La segona s'aplica a delictes que tenen lloc entre el 12 d'octubre de 1984 i el 2 de setembre de 1986. El tercer nivell s'aplica als delictes que van tenir lloc després del 2 de setembre de 1986. La quarta versió ha estat esmenada per la *Financial Institutions Reform, Recovery and Enforcement Act 1989* (FIRREA, Llei d'Execució i Recuperació de Reformes d'Institucions Financeres), *the Comprehensive Thrift and Bank Fraud Prosecution and Taxpayer Recovery Act 1990* (Llei integral de processament del frau a bancs i a l'economia i cobrament als contribuents; promulgada com a Title XXV of the Crime Control Act 1990 [Títol XXV de la Llei de control sobre el crim de 1990])

³⁴⁴ El concepte “Banc” inclou totes aquelles institucions financeres regulades federalment. L’“element de valor” ha de ser ofert o rebut “de forma corrupta” amb la intenció d'influenciar o recompensar l'empleat del banc.

“Aquesta legislació aborda de manera decisiva el problema dels nostres estalvis i de la indústria creditícia. Salvaguardarà i establirà el sistema financer nord-americà [...] Passos fermes? Jo diria decisius, i aquesta legislació arribarà fins i tot més lluny. Començant des d'avui mateix, les penes per delictes d'empleats i directors d'institucions amb suport d'una assegurança es veuran augmentades a un milió de dòlars per dia. I les penes criminals seran endurides, passant de l'estirada d'orelles d'ahir al grinyol de la porta de presó [...]”.³⁴⁵

Abans de l'aprovació de la FIRREA, la pena màxima que es podia imposar a una institució financera per suborn era de cinc anys de presó i una multa de 5.000 dòlars. Amb la FIRREA, la multa va augmentar fins a 1 milió de dòlars i 20 anys de presó. Tot, per descomptat, en relació amb els bancs i la conducta delictiva, per exemple el suborn, com a resultat dels escàndols de préstecs i estalvis. I cal esmentar que el frau a institucions financeres sota la FIRREA es va convertir en una infracció prèvia segons la definició de “activitats de xantatge” de la RICO (FIRREA s. 968 (1)) i per tant aquestes activitats estan incloses en les disposicions sobre decomis de la RICO.

En els articles 103 i 104 de la FCPA, es va tipificar un nou tipus de delictes per evitar el suborn dels funcionaris estrangers a les mans de negocis amb base als Estats Units. El text d'aquests articles és similar en contingut a parts de la RICO que, com s'ha vist anteriorment, s'ha utilitzat per extensió per posar fre a una àmplia llista d'activitats delictives, entre d'altres el suborn i la corrupció. Els coneguts elements de la RICO relatius al comerç interestatal s'usen novament a la *Travel Act 1994*³⁴⁶, segons la qual se sanciona “aquell que viatgi per qüestions de comerç interestatal o estranger, o usi el correu o qualsevol servei en el comerç interestatal o estranger amb la intenció de promoure, gestionar, establir, mantenir o facilitar la promoció, gestió, establiment o manteniment de qualsevol activitat il·legal [...]”.³⁴⁷

³⁴⁵ Vid. *Signing the Financial Institutions Reform, Recovery and Enforcement Act of 1989, 9th August, 1989, President Bill Clinton, 10.49 am, The White House*, que es pot consultar a la següent pàgina web: <http://bushlibrary.tamu.edu/papers/1989/89080900.html>.

³⁴⁶ Title 18, Part 1, Chapter 95, s. 1952: Interstate and foreign travel or transportation in aid of racketeering enterprises.

³¹⁶ Section 1952 (1)(a)(3). “Activitat il·legal” entesa com a extorsió, suborn, provocació d'incendis, s. (1)(b)(2).

³¹⁷ El 10 de novembre de 1998, el President Clinton va signar la *International Anti-Bribery and Fair Competition Act of 1998* (Pub. L. núm. 105-366, 112 Stat. 3302, Nov. 10, 1998). La llei implementa el Conveni OCDE *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials*

També cal fer esment de la *International Anti-Bribery and Fair Competition Act* (Llei en contra del suborn internacional i de competència lleial de 1998)³⁴⁸ que ha reformat la FCPA de 1977 i ha estat ja comentada en el capítol 3 de la primera secció del present treball.

Finalment, s'ha de fer referència a la *International Anti-Corruption and Good Governance Act (IAGGA)*, aprovada pel Congrés el 5 d'octubre de 2000 per "[...] la promoció del bon govern mitjançant la lluita contra la corrupció i la millora de la transparència i la responsabilitat" en països estrangers. Segons aquesta llei, els EUA poden prestar assistència a qualsevol país quan ho creguin necessari per ajudar a prevenir i detectar pràctiques corruptes. Els EUA foren el primer país membre de la ONU en criminalitzar el suborn internacional amb la FCPA i reconèixer que molts països no tenen capacitat per fer front per si mateixos a la corrupció.

Així doncs, la llei estableix que si subsisteix un interès econòmic dels EUA en tercers països si es detecta una situació de pràctiques corruptes continuades o si estan rebent ajuts, els EUA poden prestar assistència mitjançant programes específics amb la finalitat d'erradicar la corrupció i augmentar la responsabilitat del govern. Aquests programes d'assistència són duts a terme per agències nord-americanes. En aquest sentit, en el darrer informe presentat al Congrés sobre la IAGGA es pot llegir el següent:

"Numerous USG (United States Government) agencies -- including the USAID (United States Agency for International Development), the Department of State (USDOS), the Department of Justice (USDOJ), the USDOC, the Department of the Treasury (Treasury), and the Office of Government Ethics (OGE) - provide assistance to foreign governments and counterparts within the anticorruption assistance categories mentioned by the IAGGA. USG technical assistance programs are designed to strengthen legal and regulatory frameworks, to build institutions and enhance capacities through

in International Business Transactions reformant la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). "Because the 1998 amendments expand the scope of the FCPA, companies will need to revisit their policies to ensure compliance with the new provisions of the Act. Significantly, the new provisions empower the Department of Justice to subpoena witnesses and documents in the course of certain civil investigations".

regulations and enforcement. USG technical assistance programs also help to cultivate a viable civil society, creating a partnership between the public and private sectors to fight corruption. These programs promote transparency and accountability to ensure that the rule of law and market-based economics take root, thereby supporting democratic institutions and a sound private sector".

Els programes d'assistència anticorrupció més recents s'estan desenvolupant en dotze països: Bangladesh, Bolívia, Geòrgia, Hondures, Indonèsia, Irak, Kenya, Nigèria, Perú, Filipines, Rússia i Ucraïna. La implementació de la IAGGA és el resultat d'una estratègia composta d'iniciatives diplomàtiques, polítiques i programàtiques (General Policy Framework)

5.7.El desafiament ètic d'Obama: l'Executive Order 13490, de 21 de gener de 2009

Després dels anys de moralisme maniqueista de la Presidència Bush i els fets i acusacions de conflictes d'interessos, és molt significatiu que el primer acte del nou President dels EUA, Barack Obama, hagi estat el d'adoptar l'Executive Order 13490, de 21 de gener de 2009, d'obligacions ètiques del personal al servei del poder executiu federal. El nou decret d'Obama deroga l'anterior EO13233 de Bush i posa fi a una era caracteritzada pel secretisme i l'opacitat en les actuacions de l'administració. La norma endureix els requisits ètics i els límits per a les persones que serveixen en qualsevol dels departaments de l'administració. Especialment rígides són les disposicions en matèria de lobby con el fi de trencar la dinàmica del "revolving-door" que durant molt de temps ha caracteritzat les relacions entre govern i mercat a Washigton. El desafiament d'Obama consisteix a col·locar la barrera de l'integritat a un nivell molt més elevat que qualsevol altre president que el va precedir. A continuació, reproduïm un extracte del Decret 13490 amb els nous estàndards de conducta:

"Section 1. Ethics Pledge. Every appointee in every executive agency appointed on or after January 20, 2009, shall sign, and upon signing shall be contractually committed to, the following pledge upon becoming an appointee:

"As a condition, and in consideration, of my employment in the United States Government in a position invested with the public trust, I commit myself to the following obligations, which I understand are binding on me and are enforceable under law:

"1.Lobbyist Gift Ban. I will not accept gifts from registered lobbyists or lobbying organizations for the duration of my service as an appointee.

"2.Revolving Door Ban -- All Appointees Entering Government. I will not for a period of 2 years from the date of my appointment participate in any particular matter involving specific parties that is directly and substantially related to my former employer or former clients, including regulations and contracts.

"3.Revolving Door Ban -- Lobbyists Entering Government. If I was a registered lobbyist within the 2 years before the date of my appointment, in addition to abiding by the limitations of paragraph 2, I will not for a period of 2 years after the date of my appointment:

(a)participate in any particular matter on which I lobbied within the 2 years before the date of my appointment;

(b)participate in the specific issue area in which that particular matter falls; or

(c)seek or accept employment with any executive agency that I lobbied within the 2 years before the date of my appointment.

"4.Revolving Door Ban -- Appointees Leaving Government. If, upon my departure from the Government, I am covered by the post-employment restrictions on communicating with employees of my former executive agency set forth in section 207(c) of title 18, United States Code, I agree that I will abide by those restrictions for a period of 2 years following the end of my appointment.

"5.Revolving Door Ban -- Appointees Leaving Government to Lobby. In addition to abiding by the limitations of paragraph 4, I also agree, upon leaving Government service, not to lobby any covered executive branch official or non-career Senior Executive Service appointee for the remainder of the Administration.

"6.Employment Qualification Commitment. I agree that any hiring or other employment decisions I make will be based on the candidate's qualifications, competence, and experience.

"7.Assent to Enforcement. I acknowledge that the Executive Order entitled 'Ethics Commitments by Executive Branch Personnel,' issued by the President on January 21, 2009, which I have read before

signing this document, defines certain of the terms applicable to the foregoing obligations and sets forth the methods for enforcing them. I expressly accept the provisions of that Executive Order as a part of this agreement and as binding on me. I understand that the terms of this pledge are in addition to any statutory or other legal restrictions applicable to me by virtue of Federal Government service" .

Capítol 6

LA REGULACIÓ ESTATAL DE LA INTEGRITAT PÚBLICA El model de Califòrnia i la Fair Political Practices Commission

*"For every choice, there is an echo. With each act, we change the world. One man chose a city, free of law, and God, but others chose corruption, and so the city fell" .
BioShock 2*

6.1. La regulació de la integritat als estats

Malgrat les importants diferències entre els Estats d'Amèrica del Nord, és possible apreciar de manera generalitzada esforços per millorar l'ètica i la integritat en l'Administració. La primera legislació en matèria va ser aprovada a Nova York el 1954, la resta dels estats van dur a terme, més o menys lentament, les reformes necessàries, i l'escàndol del Watergate va ser un poderós catalitzador en aquest sentit.³⁴⁹

La normativa ètica estatal difereix tant en els continguts com en l'abast, encara que tots els estats proporcionen algun tipus de protecció als empleats que denuncien supòsits de frau, malversacions i abusos. Així mateix en els cinquanta estats hi ha l'obligació de mantenir un registre de *lobbistes* i de despeses relacionades amb l'activitat del *lobby*. Les limitacions en tema de regals varien força, hi ha estats que els prohibeixen quan el seu valor supera els 3 dòlars mentre d'altres els permeten fins i tot si el seu valor supera els 500 dòlars. Trenta-sis estats preveuen uns límits al finançament de campanyes electorals i vint-i-set estats estableixen límits a les contribucions dels *lobbys*. A vint-i-sis estats hi ha restriccions en el sentit que els que hagin format part del legislatiu puguin participar en grups de pressió; a dinou d'aquests estats els antics legisladors no poden exercir l'esmentada activitat durant un any després d'haver deixat l'escó, mentre que a sis estats la prohibició de "porta giratòria" (*revolving door*) arriba als dos anys.³⁵⁰

Les competències de control de les regulacions ètiques normalment són assignades a agències l'òrgan rector de les quals sol ser una comissió o un consell. Normalment aquestes institucions actuen com a *regulatory watchdog*. A trenta-sis estats s'han instituït comissions encarregades d'administrar les regles i codis ètics dirigits a regular la conducta dels alts càrrecs i empleats estatals, i dels grups de pressió. El primer organisme estatal independent amb aquestes funcions va ser el de Louisiana, instituït el 1964. És molt difícil identificar un mínim comú denominador en aquestes institucions reguladores atès que, més enllà de la seva missió comuna, la defensa de la integritat pública, la seva estructura orgànica, les

³⁴⁹ Rosenson, B.A., *The Shadowland of Conduct: Ethics and State Politics*, Washington, Georgetown University Press, 2005, p. 91.

³⁵⁰ Aquestes dades han estat extretes d'OLR *Research Report State Ethics Organizations* i poden ser consultades a <http://www.cga.ct.gov/2004/rpt/2004-R-0881.htm>

competències i el pressupost canvien molt a cada estat. Per exemple, a Montana hi ha un òrgan rector unipersonal mentre a Virginia hi ha una comissió integrada per vint membres. El pressupost va dels 5.000 dòlars de Michigan als 7 milions de dòlars de Califòrnia. La competència de les agències ètiques es pot estendre també a l'administració local. Els àmbits materials assignats per la legislació a aquestes institucions solen comprendre la formació del personal i l'assessorament, la prevenció i la gestió dels conflictes d'interessos, encara que algunes agències disposen de competències especialment intenses com les d'investigació, sanció i citació de testimonis. Les resolucions adoptades per les agències estan sotmeses al control dels Tribunals de Justícia. En els estats en què les agències ètiques ostenten un perfil més marcat i competències més penetrants, té lloc el fenomen d' "autoalimentació" del qual ja hem parlat. Podem considerar el cas de la New York State Ethics Commission, el president de la qual reclamava que la comissió, com a gos guardià de la integritat pública necessitava tenir "dents" per sancionar les conductes prohibides.³⁵¹ Menzel fa palès que aquesta pretensió de major rigor es justifica quan es pensa que els càrrecs públics procuren escapolir-se de les malles sancionadores dimitint dels seus llocs.³⁵² És més, una de les llacunes jurídiques en aquesta matèria sol ser la paralització dels expedients oberts per les agències ètiques arran del cessament o la dimissió del càrrec de la persona involucrada en una infracció a la normativa en qüestió.

L'activitat exercida per les agències ètiques té una natura manifestament jurídica en el sentit que la gestió de la integritat pública és entesa com el compliment d'un procediment i d'uns requisits jurídics, denominada pels americans *rule-driven approach*. Això significa, per exemple, que la formació consisteix a proporcionar la correcta interpretació de les normatives ètiques, a saber què estableix la legislació en matèria i quines són les conseqüències en cas d'infracció.

En un estudi de Smith s'ha intentat arribar a unes conclusions sobre l'efectivitat de les agències ètiques estatals.³⁵³ Es van prendre en consideració les institucions de Connecticut, Florida i Nova York, que com

³⁵¹ Finn, R., "Albany's Ethics policeman Would Like More Muscle", *New York Times*, march 25, 2005.

³⁵² Menzel, D.C., *Ethics Management...*, op. cit. p. 135.

³⁵³ Smith, R.W., "Enforcement or Ethical capacity: Considering the Roli of State Ethics Commission drec the Millenium", a *Public Administration Review*, 63, 3, 2003, pp. 283-295.

watchdogs de la integritat són responsables de l'aplicació de la normativa en matèria. Totes van ser instituïdes arran d'un escàndol el 1978, 1977 i 1987 respectivament. Totes tres tenen competències en els àmbits de la formació, de l'assessorament i de la investigació, encara que la Comissió de Florida no pot iniciar per si sola investigacions ni imposar sancions, tan sols pot recomanar la seva adopció. La conclusió d'aquesta anàlisi evidencia que les comissions d'integritat exerceixen una funció molt positiva en el marc de les administracions estatals i que la seva activitat és un important factor de prevenció contra les transgressions ètiques. No obstant això, no tota la doctrina comparteix la mateixa postura, hi ha qui ressalta els problemes de les agències ètiques, en no considerar-les com vertaders reguladors, que per desenvolupar correctament les seves comeses necessiten un pressupost adequat, una gran autonomia operativa i "vigoroses" competències. Es cas de no complir-se aquestes condicions, les agències es transformarien en organitzacions febles i ineficients, abocades a tenir un paper merament reactiu i escassa capacitat d'incidir en la formació del personal al servei públic³⁵⁴. Més enllà d'això, apunta Menzel que la gestió de la integritat d'una organització pública no es redueix al conjunt de regles de conducta, normes organitzatives i procedimentals. Complir amb les prescripcions legals permet als empleats i càrrecs públics quedar fora de perill pel que fa a possibles procediments sancionadors, però això no exhaureix totes les possibilitats de la governança ètica.³⁵⁵

6.2. La regulació de la integritat a Califòrnia: la *Political Reform Act* de 1974 i la *Fair Political Practices Commission*

Després de l'escàndol nacional del Watergate, el juny de 1974 a Califòrnia es va aprovar per referèndum constitutiu (*California Proposition 9*) amb el 69,8% dels vots favorables la *Political Reform Act* (PRA), una llei amb la finalitat de proporcionar una àmplia regulació en aquelles matèries en què s'articula el concepte d'integritat pública com ara campanyes electorals i el seu finançament, *lobby*, conflictes d'interessos, conducta ètica en

³⁵⁴ Hermann, F.M., "Bricks without straw: the Plight of Government Ethics Agencies in United States", a *Public Integrity Annual*, 1997, pp. 13-22; Williams, R.L., "Controlling Ethical Practices through Law and Rules: Evaluating the Florida Commission Ethics" a *Public Integrity Annual*, 1996, pp. 65-72.

³⁵⁵ Menzel, D.C., *Ethics Management...*, op. cit. p. 144.

relació amb honoraris, regals i viatges. A continuació s'exposen els principals objectius de la *Political Reform Act*:

1. Assegurar que les administracions estatal i local serveixin els ciutadans d'acord amb el principi d'igualtat, sense discriminar per criteris d'estatus o riquesa;
2. Els empleats i càrrecs públics exerciran els seus deures amb imparcialitat, amb independència dels seus interessos financers personals i dels seus partidaris;
3. Els empleats i càrrecs públics revelaran els ingressos i béns que puguin ser afectats per la seva activitat pública i s'abstindran de participar en afers en què puguin tenir un conflicte d'interessos;
4. El finançament i les despeses de campanya seran totalment i fidedignament revelats de manera que els votants estiguin informats i les pràctiques impròpies siguin inhibides;
5. Les eleccions seran correctes;
6. Cap norma o pràctica s'adoptarà en benefici d'un càrrec públic;
7. Els fullets electorals estatals proporcionaran informació útil perquè els votants no depenguin de les informacions procedents de la publicitat electoral;
8. L'activitat de *lobby* serà regulada i el finançament procedent dels grups d'interès es farà pública per prevenir les influències indegudes en els empleats i càrrecs públics;
9. Es proporcionen als empleats i càrrecs públics i als ciutadans els mitjans per a un compliment estricte dels mandats legals.

Per administrar, interpretar i implementar les disposicions legals, va ser instituída una nova agència independent, la *Fair Political Practices Commission* (FPPC). La PER A estableix en § 83100 que la Comissió es compondrà de cinc membres dels quals un màxim de tres poden pertànyer al mateix partit polític. El President i un altre membre de l'FPPC seran nomenats pel Governador de l'Estat i no podran ser del mateix partit³⁵⁶. Els tres membres restants de la Comissió seran nomenats per l'*Attorney General* (Ministre de Justícia), pel *Secretary of State* i pel *Controller* (Interventor General). En el cas que les tres autoritats esmentades siguin del mateix partit polític, el President del comitè central de qualsevol altre partit amb més de 500.000 inscrits podrà presentar a l'Interventor

³⁵⁶ PRA § 83101.

General els noms d'almenys cinc persones qualificades per ocupar el càrrec a la Comissió.³⁵⁷ El President i els membres de l'FPPC estaran en el càrrec durant quatre anys sense possibilitat de ser reelegits.³⁵⁸ En el cas que hi hagi un lloc vacant, el substitut serà nomenat per la mateixa autoritat que havia nomenat qui anteriorment ocupava el càrrec. El substitut estarà en el càrrec pel temps restant del mandat del President o membre que ocupava el càrrec. La situació de vacant no afecta les facultats de la resta dels membres de la Comissió que podrà deliberar amb un quòrum de tres membres.³⁵⁹ El requisits per ser membre de la Comissió són els següents:

1. Tenir la condició d'elector;
2. Durant l'ocupació del càrrec en l'FPPC, els membres no podran exercir cap altra ocupació pública, ni tenir càrrecs en un partit o organització política, participar o contribuir en una campanya electoral, emprar o ser empleat d'un grup de pressió, ni cercar l'elecció a cap altre càrrec públic mentre estigui en la Comissió.

Els membres de la Comissió podran ser cessats per decisió del Governador, decisió en què participarà el Senat, a conclusió d'un procediment contradictori si es presentés una de les causes següents: negligència substancial en el compliment dels deures inherents al càrrec, incapacitat per complir els drets i els deures, falta greu en l'exercici del càrrec o violació d'allò que ha establert la llei.³⁶⁰ La comissió podrà nomenar un Director executiu que actuarà de conformitat amb les directrius de la Comissió i la normativa aplicable.

Des d'un punt vista estructural, la Comissió està organitzada en cinc departaments: legal, assistència tècnica, investigació (*enforcement*), administració i direcció. El departament d'investigació duu a terme les operacions d'inspecció i els procediments administratius sancionadors en els supòsits d'infracció a la PRA. En cas d'infracció el Departament d'investigació pot dirigir a l'interessat una carta d'assessorament o d'advertència, pot imposar una sanció administrativa o pot exercir una

³⁵⁷ PRA § 83102.

³⁵⁸ PRA § 83103.

³⁵⁹ PRA § 83104.

³⁶⁰ PRA § 83105.

acció davant dels tribunals per obtenir una condemna que suposi el pagament d'una quantitat monetària pels perjudicis ocasionats a causa de la conducta del responsable (*civil penalties*). Des de la seva institució, l'FPCC ha imposat sancions administratives per més de 12.6 milions de dòlars i ha aconseguit en 43 judicis condemnes per 3.3 milions de dòlars. Les competències del departament d'investigació comprenen: les auditories preceptives de certs càrrecs estatals i locals; la investigació de les denúncies que involucren càrrecs i empleats estatals i locals i grups d'interès; la comunicació a les autoritats i agències competents de les denúncies i dels fets que poden constituir conductes criminals (Fiscal General, Fiscal de Districte, FBI, IRS, etc.); l'assistència a les fiscalies en la investigació, l'anàlisi i l'acusació de les violacions de la PRA; la implementació de polítiques i procediments destinats a assegurar l'efectivitat, la puntualitat i la uniformitat en l'aplicació de la Llei, així com la recomanació a la Comissió de l'adopció de polítiques i la resolució de determinats casos per poder assolir els objectius esmentats; i el treball amb els departament legals i d'assistència tècnica per millorar les polítiques i els actes de regulació de la Comissió. El departament legal, dirigit per un advocat en cap, té encomanada la interpretació de la Llei, la formulació de dictàmens, advertències i la resposta a consultes sobre qüestions específiques, l'assessorament del Presidents i dels membres de la Comissió, la coordinació de l'exercici de l'activitat de regulació de l'FPCC i les estratègiques contencioses. El departament d'assistència tècnica rep 50.000 trucades anuals de consulta d'empleats i càrrecs públics, representants de grups d'interès i de ciutadans en general, organitza seminaris i *workshops* per a l'administració estatal i local i per a càrrecs electes en les matèries de competència de la Comissió, els lobbys, etc. Manté a més a més els registres públics d'interessos financers que contenen 21.000 declaracions d'empleats i càrrecs de diversos nivells administratius locals i estatals. L'FPCC té potestat d'exigir a totes les agències administratives estatals i locals l'adopció de codis de conflictes d'interessos en què s'identifiqui el personal obligat a presentar les declaracions periòdiques d'interessos financers. Els esmentats codis estan sotmesos al control i a l'aprovació de l'òrgan del departament d'assistència tècnica, aquesta competència s'exerceix sobre més de 650 agències administratives. La gestió dels recursos humans i els afers financers són responsabilitat del departament d'administració. El Departament de Direcció assisteix al President de l'FPCC en les seves funcions. Finalment cal

esmentar el Coordinador de desplegament normatiu, òrgan que té encomanades les funcions de desenvolupament de les propostes de reglaments i esmenes a la PRA, l'anàlisi de les propostes normatives en tràmit d'aprovació en el legislatiu i tota la normativa que pugui afectar les matèries de competència del l'FPCC; actua a més a més com a enllaç amb les administracions locals, altres agències d'ètica pública i les ONG.

6.2.1. La regulació i la gestió dels conflictes d'interessos a Califòrnia

La norma fonamental en matèria de conflictes d'interessos es troba al § 87100 de la PRA, on s'estableix:

" No public official at any level of state or local government shall make, participate in making or in any way attempt to use his official position to influence a governmental decision in which he knows or has reason to know he has a financial interest" .

Aquest estàndard de conducta ha estat al llarg del temps sotmès a un procés d'administrativització per transformar-lo en una sèrie de regles detallades i aplicables als casos concrets. En efecte, com exposen Getman i Karlan, la complexa regulació dels conflictes d'interessos es el resultat de la tensió entre la definició d'estàndards o de regles de conducta.³⁶¹

Les regles han estat redactades diverses vegades per cercar el millor equilibri entre una interpretació estricta i una interpretació àmplia. Si la norma s'interpreta de forma massa estricta pot ocórrer que un càrrec públic hagi de participar en determinats afers malgrat que existeixi un conflicte d'interessos actual. Al contrari, si la interpretació és massa àmplia, el càrrec es pot veure obligat a abstenir-se i no realitzar allò pel que ha estat elegit o nomenat. El fet que la regla s'ajusti més a la realitat farà disminuir la possibilitat d'error; no obstant això, regles massa ajustades poden esdevenir molt complexes i generar dubte en els càrrecs públics i en els ciutadans sobre el que constitueix un conflicte d'interessos. La

³⁶¹ Getman, K. I Karlan, P.S., "Pluralist and Republicans, Rules and Standards. Conflicts of Interest and the California Experience", a Trost, C. – Gash, A.L., *Conflict of Interest...*, op. cit., pp. 56-75.

reglamentació en matèria (*regulations*) elaborada per l'FPPC és molt àmplia però s'articula al voltant de sis principis:

1. Els conflictes que generen una obligació d'abstenció són conflictes que involucren interessos financers;
2. Els càrrecs i empleats públics estan obligats a declarar els interessos financers de manera extensiva;
3. La regulació es basa en criteris objectius abans que subjectius;
4. La regulació es caracteritza per una aproximació *ex ante*, centrada en si un efecte financer és raonablement previsible (*reasonably foreseeable*) en el moment en què l'interessat decideix participar en un determinat afer;
5. L'agència de regulació ètica desenvolupa una feina més preventiva que repressiva;
6. La regulació s'aplica de forma coherent i per igual en tots els nivells administratius.

Resultarà interessant comentar amb més atenció algunes qüestions sobre els principis que acabem d'enumerar. Quant al primer, la norma legal es refereix expressament als "interessos financers" considerats com la font de la prohibició dirigida a l'empleat o càrrec públic. Si bé ningú dubta que els diners representen una de les més grans temptacions en la vida pública, tampoc es pot desconèixer que hi ha altres interessos rellevants; no obstant això, el legislador opta pel criteri objectiu potser més simple. És a dir, la legislació californiana ignora altres fonts importants de conflictes d'interessos com ara la lleialtat al partit, a la família, als companys i als amics, les creences religioses, o l'interès del propi càrrec, per exemple, en un treball futur. Es tracta certament de factors que poden influir de la mateixa manera que els interessos financers en la decisió d'un subjecte, que pot desviar-se així dels interessos generals.

En segon lloc, cal destacar que Califòrnia posseeix una de les regulacions més extensives dels EUA sobre declaració d'interessos (*disclosure laws*). Això implica l'obligació de presentar una declaració d'interessos econòmics per a tots els empleats i càrrecs públics indicats a la Llei i per a tots aquells que tenen responsabilitat en un procediment administratiu o governatiu de presa de decisions. L'FPPC ha volgut que aquesta obligació afecti més de 100.000 californians des del Governador de l'Estat fins al supervisor dels

socorristes de la platja. Però, quin és el propòsit de la declaració d'interessos financers? Curiosament, cap norma estableix que les declaracions hagin de ser revisades per detectar algun conflicte d'interès actual o potencial. No obstant això, la publicitat dels registres fa que existeixi un "control difús" per part dels ciutadans i dels *mass media*, els quals normalment analitzen les declaracions dels alts càrrecs de l'Administració. Així mateix els escàndols o els indicis previs d'escàndols aguditzen aquest control difús, però des d'un punt vista juridicoformal l'obligació s'exhaureix amb la presentació de la declaració en termini, sense que es determini algun responsable pel control dels continguts de les declaracions. Aquesta circumstància afavoreix també la proliferació de denúncies particulars. D'altra banda, les declaracions són sempre retrospectives; es presenten cada primavera i es refereixen als dotze mesos anteriors a desembre de l'any anterior. Això significa que les declaracions no descriuen la realitat en temps real ni preveuen algun escenari de conflicte d'interès pròxim. Llavors la finalitat d'identificar potencials conflictes d'interessos està destinada a fracassar. Això se suma a l'error de gestió de la informació com a mitjà de control, en el moment en què el problema és desplaçat de l'administració de control competent al sistema polític en termes amplis (els partits, els mitjans de comunicació, les organitzacions ciutadanes, etc.)

En tercer lloc, hem dit que la regulació dels conflictes d'interessos és de tipus objectiu. En efecte, aquesta regulació es fonamenta en vuit criteris objectius, que es poden expressar mitjançant el test següent:

1. La persona és un "*public official*"³⁶² (empleat o càrrec públic)? Si la resposta és negativa, la conducta queda extramurs de l'àmbit d'aplicació de la Llei.

³⁶² La PRA defineix en el §82048 "*public official*" de la manera següent:

(a) "*Public official*" means every member, officer, employee or consultant of a state or local government agency.

(b) Notwithstanding subdivision (a), "*public official*" does not include the following:

(1) A judge or court commissioner in the judicial branch of government.

(2) A member of the Board of Governors and designated employees of the State Bar of California.

(3) A member of the Judicial Council.

(4) A member of the Commission on Judicial Performance, provided that he or she is subject to the provisions of Article 2.5 (commencing with Section 6035) of Chapter 4 of Division 3 of the Business and

2. L'empleat o càrrec públic, realitza, participa o té influència en alguna decisió de l'Administració?
3. Quin és l'interès financer involucrat?
4. L'interès financer està directament o indirectament involucrat?
5. L'impacte econòmic de la decisió pública en l'interès financer és substancial?
6. És raonablement previsible que la decisió pública tindrà l'esmentat efecte econòmic substancial?
7. És possible distingir entre l'efecte en els interessos financers de l'empleat o càrrec públic i l'efecte en el públic en general?
8. La participació de l'empleat o càrrec públic és legalment necessària malgrat el conflicte?

L'esquematzació dels criteris exposats no ha d'enganyar sobre la dificultat que pot suposar respondre les preguntes plantejades. En moltes ocasions les respostes dependran de la valoració de complexes circumstàncies. La conclusió parcial que es pot extreure és que s'ha optat per un plantejament objectiu perquè d'aquesta manera és possible reduir l'àmbit discrecional en l'apreciació de conductes que tenen lloc en esferes polítiques sensibles i, per aquesta raó, una aproximació subjectiva podria donar lloc a un ús partidista de les facultats públiques de control.

La quarta característica a considerar és el plantejament *ex ante* de la regulació dels conflictes d'interessos. El model parteix de la idea que és més sensat desenvolupar un règim legal destinat a evitar que els empleats i càrrecs públics participin en afers en què hi ha conflictes abans que un sistema que es basi només a sancionar aquells que no s'abstenen d'intervenir. A causa del gran nombre de càrrecs públics implicats i de les decisions en què constantment han de participar, l'opció de recusar s'ha de deixar, necessàriament, per als subjectes interessats abans que assignar-la a algun organisme administratiu centralitzat. Els càrrecs públics a Califòrnia podrien cercar orientació en el lletrat de la seva agència o en l'FPCC, que administra i aplica la normativa de conflicte d'interessos. En última instància, no obstant això, el càrrec públic ha de prendre la decisió

Professions Code as provided in Section 6038 of that article.

(5) A federal officer or employee serving in an official federal capacity on a state or local government agency.

amb perspectiva de futur, no preguntant-se si està influenciat o si la decisió en qüestió afecta els seus interessos financers, sinó si l'efecte és raonablement previsible en el moment en què pren la decisió de participar.

L'èmfasi en l'objectivitat fracasa gairebé completament, en canvi, quan es tracta de determinar si és "raonablement previsible" que una decisió concreta de l'Administració tingui un impacte financer material en els interessos econòmics d'un empleat o càrrec públic. Hi ha milers de regles i "respostes a consultes" emeses per l'FPCC orientades a individualitzar els factors objectius que intenten determinar la previsibilitat. En canvi, determinar si quelcom és raonablement previsible no es pot deduir només a partir de factors objectius. Es tracta d'una pregunta basada en estàndards i no en regles. Com l'agència mateixa ha reconegut, "la pregunta sobre si les conseqüències financeres sobre una entitat empresarial són raonablement previsibles en el moment en què es pren una decisió administrativa ha de dependre sempre dels fets de cada cas en particular. Les decisions controvertides són habituals, perquè les ments racionals poden divergir sobre el que és raonablement previsible. És més, la complexitat de les diferents estructures i la natura de l'anàlisi basada en els fets comporta que els empleats públics siguin contraris a actuar sense prova escrita que la seva conducta no serà posada en dubte en el futur. D'aquesta manera, de les milers de "respostes a consultes" emeses per l'FPCC cada any, més de la meitat es refereixen a potencials conflictes d'interessos.

En un intent per restaurar l'objectivitat del procediment, es prohibeixen certs interessos financers, fins i tot quan hi ha poca o cap possibilitat que tinguin un impacte raonablement previsible en les actuacions públiques del càrrec o empleat. Per exemple, alts càrrecs de l'Estat no poden acceptar un regal per sobre dels 390 dòlars d'altres persones que no siguin parents pròxims. En una ocasió això va suposar la investigació d'un empleat per permetre que el seu antic company d'universitat (que vivia en la Costa Est, no presentava vincles econòmics amb Califòrnia i era un milionari fet a partir del seu propi instint per als negocis) li condonés els últims 10.000 dòlars d'un préstec hipotecari. Malgrat que la infracció legal era clara, no es va multar l'empleat –l'FPCC va exercir la seva facultat discrecional de no incoar el procediment sancionador. D'aquesta manera, a Califòrnia, la discrecionalitat de l'agència sancionadora pot pal·liar el dany potencial

de les seves normes objectives i preventives (paradoxalment, justament el resultat que la imposició de normes objectives pretenia evitar). Les decisions de no iniciar un procediment sancionador no són públiques, per la qual cosa s'acaba soscavat l'objectiu de les lleis californianes sobre la transparència en els processos de presa de decisions públiques.

L'última concerneix la tipologia d'activitat duta a terme concretament per l'FPPC. Quan s'observa el conjunt dels casos de l'agència californiana, es podria arribar a la conclusió que els empleats públics rarament violen les normes. Cada any, l'FPPC investiga aproximadament 157 casos relacionats amb suposades violacions de la *Political Reform Act*, que regula les contribucions a les campanyes, conflictes d'interès i grups de pressió estatals. Només 10 d'aquests 157 casos suposen un conflicte d'interessos, uns 20 estan relacionats amb declaracions posteriors. Per què l'agència destina més del 50% dels seus recursos a respondre consultes relacionades amb conflictes, però només una petita part dels seus recursos es dirigeix a la investigació/sanció? Primer, hi ha l'opinió general que és millor prevenir la participació il·legal que perseguir després els infractors. Segon, és extremadament difícil investigar conflictes i tenir èxit, en concret en casos en què la previsibilitat és un afer controvertit.

El resultat és que l'FPPC ha desenvolupat dues visions diferents respecte a la previsibilitat dels conflictes. Una sorgeix a partir de la funció d'assessorament i regulació. En aquesta, la Comissió intenta tenir en compte tots els possibles escenaris en què un conflicte podria aparèixer, i crear normes o advertències prou àmplies com per englobar-los a tots. Això ha portat a una proliferació de normes i advertències sobre els conflictes i la feina de subjectes que publiquen guies destinades al procés de presa de decisió per ajudar els empleats i càrrecs públics a passar per aquestes complexes regulacions cada vegada que es plantegen participar en determinats afers.

El departament d'investigació de l'agència, no obstant això, té necessàriament una visió retrospectiva dels conflictes. Per a aquests investigadors la qüestió no és si un grup d'advocats que s'asseuen en una habitació poden imaginar-se com una decisió, algun dia i d'alguna manera, pot tenir un efecte material en l'empleat públic. És més, es pregunten si poden provar objectivament que l'impacte financer que va

aparèixer en última instància, en realitat era previsible. Els investigadors han de reconstruir el procés de presa de decisions, intentant posar-se al lloc de l'empleat públic "racional" que s'enfronta a les mateixes circumstàncies. En realitat, és probable que es puguin provar només els conflictes més evidentment i objectivament verificables, i només uns quants casos d'aquest tipus s'investiguen cada any, a causa de la gran quantitat de recursos que requereix una investigació dels fets. D'aquesta manera, mentre que les normes i les advertències projecten una àmplia xarxa sobre l'empleat públic, aquest serà perseguit per un conflicte només si es donen les circumstàncies més concretes.

Molts d'aquells que pertanyen a la comunitat ètica, incloent els que van participar en l'avantprojecte de la llei Californiana, accepten aquesta paradoxa. Creuen que és important evitar potencials conflictes aconseguint que els empleats públics pensin de cara al futur sobre si és previsible que ells mateixos puguin estar involucrant els seus propis interessos financers, i conseqüentment se n'abstinguin. Per a ells, l'objectiu és aconseguir que els empleats i càrrecs reflexionin sobre els conflictes i canviar el seu comportament per complir amb els amplis estàndards ètics de la llei.

Hi ha conseqüències negatives relacionades amb l'esmentat enfocament. En primer lloc, un empleat o càrrec públic responsable podria abstenir-se de participar en tots aquells casos en què existís la possibilitat que algú pogués qüestionar els seus interessos financers en la decisió, fins i tot si la seva conducta no derivés en un conflicte susceptible d'investigació. D'aquesta manera, alhora que es promou ostensiblement "el bon govern", paradoxalment les lleis de conflicte priven del dret a participar en l'administració a aquestes persones amb més freqüència del que haurien de fer-ho. En segon lloc, la confiança dels ciutadans en els *watchdogs* del govern queda afectada negativament per la creença que molts conflictes escapen de la investigació o sanció.

Capítol 7

EL CONTROL EXTERN DE L'ACTIVITAT DEL SECTOR PÚBLIC A CATALUNYA: L'OFICINA ANTIFRAU DE CATALUNYA

“Conscienciació ciutadana, canvi cultural, apaivagament de la tendència a la desafecció, a la displicència o a la resignació envers el fenòmen de la corrupció, com a reptes. Objectivitat, rigor, prudència, discreció, respecte al dret i a la seguretat jurídica, serietat i ponderació, com a principis rectors”

Memòria 2009, OAC

7.1. Introducció

L'Oficina Antifrau de Catalunya (OAC) sorgeix després d'un dilatat recorregut parlamentari que es va iniciar tres anys abans, el 2005, i de dos dictàmens del Consell Consultiu de la Generalitat, ara Consell de Garanties Estatutàries, que van declarar inconstitucionals alguns preceptes. La seva norma de creació és la Llei 14/2008, de 5 de novembre, que ja ha estat objecte de modificació dues vegades, i que és la conseqüència d'una demanda generalitzada (ciutadana i sectors públics i privats) per a enfortir les bones pràctiques i preservar la transparència i la integritat de les administracions i dels servidors públics de Catalunya. Es donava així compliment a la Convenció de les Nacions Unides contra la corrupció, aprovada a Nova York l'any 2003 (i ratificada per Espanya l'any 2006)³⁶³,

³⁶³ Anteriorment, la Carta dels Drets Fonamentals de la UE, aprovada a Niça el desembre de 2000, reconeixia el dret dels ciutadans a una bona administració (art. 41), elevant a la categoria de principi la necessitat que les actuacions de les institucions públiques comunitàries es fonamentin en una bona pràctica administrativa. De conformitat amb el precepte, totes les persones tenen dret que les institucions i òrgans de la UE tractin els seus assumptes de manera imparcial i equitativa i dins d'un termini raonable. En particular, aquest dret inclou: a) el dret de tota persona a ser escoltada abans que es prengui en contra seva una mesura individual que l'afecti desfavorablement; b) el dret de tota persona a accedir a l'expedient que l'afecti, dins del respecte dels interessos legítims de

que, entre les seves finalitats, apuntava a promoure i reforçar les mesures per prevenir i combatre la corrupció de manera més eficient i efectiva, a promoure, facilitar i donar suport a la cooperació internacional i l'assistència tècnica en la prevenció i la lluita contra la corrupció, i a promoure la integritat, l'obligació de retre comptes i la correcta gestió dels assumptes i béns públics (art. 1) i instava a la creació d'un òrgan especialitzat i independent encarregat de prevenir la corrupció (art. 6). La tradició europea i sobretot nord-americana és pròdiga en exemples, però la creació d'un organisme d'aquestes característiques a Catalunya situa la nostra Comunitat autònoma com a pionera a l'Estat espanyol en el disseny d'institucions *ad hoc* per a la defensa de les bones pràctiques i de l'ètica en les actuacions públiques i la lluita contra la corrupció.

Ningú desconeix que la classe política s'ha vist esquitxada per casos aïllats de corrupció que han tingut un ressò mediàtic important –no només l'espanyola, no oblidem per exemple el recent escàndol del Primer Ministre d'Irlanda del Nord Peter Robinson o dels seus veïns parlamentaris britànics que passaven com a despeses la rehabilitació de la casa de familiars o la compra de pel·lícules eròtiques. Òbviament, la actuació delictiva d'uns pocs no comporta la de tots, i per això entre la classe política catalana hi ha hagut un gran interès per afavorir, al marge de les funcions desenvolupades pels òrgans jurisdiccionals i el Ministeri Fiscal, la creació de mecanismes que cerquin la tolerància zero per a les pràctiques corruptes i per netejar la imatge d'un sector que ha estat especialment demonitzat per la premsa. El paquet de mesures endegat pel Govern català l'any 2009, amb iniciatives com donar més transparència als processos urbanístics, als

confidencialitat i de secret professional i comercial; i c) l'obligació de les administracions de motivar llurs decisions. Per la seva banda, l'article 43 preveu la possibilitat que els ciutadans denunciïn els casos de mala administració davant del Defensor del Poble de la Unió.

Altres instruments normatius que han advocat per la integritat de les administracions i contra la corrupció són, sense ànim d'exhaustivitat, la Resolució del Comitè de Ministres del Consell d'Europa sobre "Vint principis per a la lluita contra la corrupció" (1997); la Recomanació del Consell de l'OCDE sobre "Principis per a la gestió de l'ètica al servei públic" (1998); informes de l'OCDE sobre "Integritat al sector públic: un marc per a l'avaluació" (2005), "Orientacions per a la gestió dels conflictes d'interessos al servei públic" (2006), "Integritat en la contractació pública" (2007) i "Cap a un marc sòlid d'integritat: instruments, processos, estructures i condicions d'implementació" (2008); i la Comunicació de la Comissió Europea sobre "Una política europea integral contra la corrupció" (2003).

comptes municipals i les subvencions a les fundacions van en la mateixa línia.

7.2. Una alternativa als òrgans de control existents o un exemple de duplicitat de les funcions fiscalitzadores?

És sabut que per protegir o garantir una determinada situació l'ordenament jurídic ha previst tradicionalment mesures de signe repressiu, si bé en època més recent s'ha apostat per l'efectivitat de mesures de caràcter preventiu, que avancin el resultat esperat sense necessitat que la conducta no volguda s'arribi a produir. Efectivament, els gasius rèdits obtinguts en matèria de lluita contra la corrupció amb l'exercici del *ius puniendi* de l'Estat (que es manifesta, com reconeix el Tribunal Constitucional, en una potestat sancionadora penal i una altra d'administrativa, per a conductes més lleus) i la jurisdicció contenciosa administrativa³⁶⁴ i la multiplicació dels casos de corrupció del sector públic han portat a la creació o potenciació d'una sèrie d'organismes públics de control de l'activitat administrativa (*institutions of constraint*) dotats de poders de signe repressiu però també de funcions reguladores, formatives i de sensibilització envers l'ètica del sector públic. Es tractaria, doncs, d'una manifestació de l'anomenat control "horitzontal" d'una administració envers altres, en allò que la doctrina administrativa, com ara J.R. Parada, ha qualificat com una administració *especialitzada de control*. Segons l'autor, "La distinció del control sobre l'administració en extern i intern, que respon al lloc de radicació de l'òrgan que l'exerceix, ha de ser completada amb la divisió de l'activitat de control per raó de la finalitat perseguida. Aquesta perspectiva ens situa davant la realitat de dues formes molt diferenciades: el control que abasta els aspectes comptables i financers i el que incideix sobre l'adequació de l'activitat material de l'organisme amb els fins que té encomanats".³⁶⁵

A Catalunya, són diversos els organismes i entitats que desenvolupen funcions de *watch-dogs* però, a la vista dels resultats, s'han demostrat

³⁶⁴ Vid. els comentaris crítics a la situació de la jurisdicció contenciosa administrativa abans de la reforma operada per la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa a Tornos Mas, J., "La situación actual del proceso contencioso administrativo", a *Revista de Administración Pública*, núm. 122, 1990.

³⁶⁵ Parada Vázquez, J.R., *Derecho administrativo. Organización y empleo público*, vol. II, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 360.

insuficients per abordar certes patologies de la pràctica administrativa quotidiana, situació que ha esdevingut cabdal per a plantejar en seu parlamentaria la necessitat de "fer lloc" en l'univers juridicoadministratiu a un altre organisme dotat de funcions de control, l'OAC. Entre aquests organismes hi trobem:

1. La intervenció general de la Generalitat de Catalunya, que depèn del conseller d'Economia i Finances i s'encarrega del control preventiu i intern sobre el procediment de despesa pública.
2. La intervenció municipal, amb la comissió especial de comptes, òrgan obligatori en tots els ajuntaments integrat pels membres de tots els grups polítics de la corporació municipal, que s'encarrega de l'examen, estudi i informe dels comptes anuals d'aquesta. Aquests comptes queden integrats pel compte general del pressupost, el compte d'administració del patrimoni, el compte de valors independents i auxiliars de pressupost i els comptes d'entitats o organismes municipals de gestió (art. 58 del Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya). També s'han de tenir en compte les competències de control intern reservades a l'escala de funcionaris de l'administració local amb habilitació de caràcter estatal.
3. Les institucions estatutàries que depenen del Parlament (no s'inscriuen, per tant, dins del poder executiu) i realitzen un control de les administracions de caràcter diferent, el Síndic de Greuges i la Sindicatura de Comptes. El Síndic de Greuges –una figura que ha estat copiada a nivell local– persegueix la defensa dels drets i llibertats fonamentals i la supervisió de la negligència o de la conducta irregular de l'administració (arbitrarietat, discriminació, abús, error...). Mentre que la Sindicatura de Comptes s'ocupa del control financer i pressupostari de les administracions públiques en tota la seva extensió: administració territorial, institucional, universitats.... S'ha de recalcar que tant la institució de l'*ombudsman* com la Sindicatura compten amb el seu duplicat estatal (mimetisme institucional).

Una qüestió que es considera important per a aquest estudi és la comparació/confrontació de les funcions encomanades als organismes que duen a terme un control extern i que, en conseqüència, són més independents (Síndic de Greuges i Sindicatura de Comptes per una banda i l'OAC per l'altra), per verificar si estem davant d'una reiteració competencial que posa de manifest el potencial fracàs de l'actuació de les institucions ja consolidades o si, pel contrari, l'OAC ve a ocupar un buit que fins ara no havia estat objecte d'atenció.

7.2.1. L'ombudsman parlamentari: el Defensor del Poble i el Síndic de Greuges

El Defensor del Poble és un comissionat de les Corts Generals per a la defensa dels drets compresos en el títol primer de la CE (Dels drets i deures fonamentals), i per desenvolupar aquesta funció pot "supervisar l'activitat" de les administracions públiques, informant del resultat de les seves gestions a les Corts Generals (art. 54 CE). Les seves resolucions no tenen força vinculant però sí en canvi les peticions d'informació en el marc de les investigacions que duu a terme. Les administracions investigades i inspeccionades resten obligades a auxiliar-lo en aquestes tasques amb caràcter preferent i urgent (art. 19.1 de la Llei orgànica 3/1981, de 6 d'abril, del Defensor del Poble). En aquest sentit, el Defensor del Poble o la persona en qui delegui pot personar-se en qualsevol centre de l'administració pública, depenent de la mateixa o afecte a un servei públic per a comprovar les dades que es considerin necessàries, fer les entrevistes personals pertinents o procedir a l'estudi dels expedients i la documentació que calgui, sense que se li pugui negar l'accés a cap expedient o documentació administrativa o als documents que es trobin relacionats amb l'activitat o servei objecte de la investigació, sens perjudici del que estableix l'art. 22 de la Llei (documents classificats com a secrets). També se li reconeix al Defensor del Poble la possibilitat de fer suggeriments sobre la modificació de la normativa i dels criteris utilitzats per a la producció de les resolucions administratives, així com advertències, recomanacions i suggeriments adreçats a les autoritats i funcionaris per a l'adopció de noves mesures (arts. 28 i 30 de la LO 3/1981). És en relació amb aquesta funció que destaquen la promoció de les anomenades "cartes de serveis", que no són altra cosa que un recull de compromisos del prestador d'un servei

públic envers els usuaris del mateix per garantir uns determinats estàndards de servei.

Igual que el Defensor del Poble estatal, el Síndic de Greuges és un comissionat del Parlament, designat per aquest per a la defensa dels drets i llibertats reconeguts a la CE i a l'EAC. Amb aquesta finalitat, i sense excloure la competència de l'òrgan constitucional³⁶⁶, se li reconeix una *funció instrumental*, que és la de supervisar l'actuació de les administracions. En aquest sentit, supervisa no només les activitats dels organismes de caràcter administratiu –amb independència de la seva submissió al dret públic o privat– sinó també la de les empreses privades que gestionen serveis públics o realitzen activitats d'interès general o universal i la de les persones que tenen un vincle contractual amb l'administració autonòmica.³⁶⁷ Gràcies a l'habilitació efectuada per l'article 35 de l'EAC de 1979, fou la Llei 14/1984, de 20 de març, modificada per la Llei 12/1989, la que creà aquesta institució. Actualment, la seva normativa fonamental està constituïda pels articles 78 i 79 de l'EAC de 2006, i per la nova Llei 24/2009, de 23 de desembre. La Llei estatal 36/1985, de 6 de novembre, regula les relacions entre el Defensor del Poble i les figures similars de les comunitats autònomes. També l'afecten la Llei 14/2005, de 27 de desembre, d'intervenció del Parlament de Catalunya en la designació de les autoritats i els càrrecs de designació parlamentària i sobre els criteris i els procediments per avaluar-ne la idoneïtat; els articles 159 i 160 del Reglament del Parlament de Catalunya i les Normes bàsiques del Síndic de Greuges, aprovades pel Parlament de Catalunya el 8 de novembre de 1985. El Reglament parlamentari català ha creat a més una Comissió de relacions amb el Síndic de Greuges.

³⁶⁶ Vid. Bermejo Vera, J., "El Defensor del Pueblo y las figuras similares autonómicas: alcance de la coordinación y cooperación", a *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 68, 1990.

³⁶⁷ De conformitat amb l'article 78 de l'EAC, el Síndic de Greuges supervisa amb caràcter exclusiu, l'activitat de l'Administració de la Generalitat, la dels organismes públics o privats vinculats o que depenen d'aquesta, la de les empreses privades que gestionen serveis públics o realitzen activitats d'interès general o universal, o activitats equivalents de forma concertada o indirecta, i les de les demés persones amb vincle contractual amb l'Administració de la Generalitat o amb les entitats públiques dependents d'ella. També supervisa l'activitat de l'Administració local de Catalunya i la dels organismes públics o privats vinculats o que en depenen.

La Llei reguladora del Síndic de Greuges estableix les condicions que s'han de reunir per poder ocupar el càrrec així com les causes d'incompatibilitat, que emfasitzen l'exigència d'independència per evitar futures pressions en l'exercici del càrrec. Cal destacar la impossibilitat que el Síndic desenvolupi simultàniament tasques docents universitàries, en la mesura en què les institucions universitàries són, com a administració pública, objecte del control de la institució. La Llei no esmenta la possibilitat de reelecció, fet que ha estat interpretat en el sentit que aquesta renovació és possible, com succeeix, per exemple, a Suècia i Finlàndia.

En tant que supervisor de l'administració *a fi de defensar els drets i les llibertats que reconeixen la CE i l'EAC*, s'ha de destacar l'amplitud d'àmbits susceptibles de ser investigats pel Síndic, pràcticament qualsevol acció o omissió administrativa, a nivell procedimental o formal. Per aquest motiu, les funcions del Síndic es poden topar amb les de l'OAC quan tinguin per objecte actuacions que vagin més enllà de simples omissions de tràmits administratius, producció de silencis administratius o retards en la resolució de les peticions, com ara conductes fraudulentament relacionades amb l'ús de fons públics o aprofitaments il·límits derivats de conductes que comportin conflicte d'interessos³⁶⁸, situacions que poden comportar la violació d'un dels articles regulats al capítol II del Títol I de l'EAC (Dels drets en l'àmbit polític i de l'administració) referit a l'accés als serveis públics i a la bona administració³⁶⁹ (plasmats a l'article 26 de la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de

³⁶⁸ Vid. la Llei 5/2006, de 10 d'abril, de regulació dels conflictes d'interessos dels membres del Govern i dels alts càrrecs de l'Administració General de l'Estat, en relació a la definició del conflicte d'interès. Aquesta qüestió, de gran rellevància per determinar l'àmbit d'actuació de l'OAC, és tractada en el capítol següent.

³⁶⁹ Per una anàlisi de la bona administració i de la qualitat administrativa com a paradigmes del dret administratiu, vid. Ponce Solé, J., "Procedimiento administrativo, globalización y buena administración" a J. Ponce Solé (coord.), *Derecho administrativo global. Organización, funcionamiento, control judicial*, INAP-Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 79-190.

L'article 30 de l'EAC estableix el dret d'accés als serveis públics i a una bona administració en els termes següents:

"1. Totes les persones tenen dret a accedir en condicions d'igualtat als serveis públics i als serveis econòmics d'interès general. Les administracions públiques han de fixar les condicions d'accés i els estàndards de qualitat d'aquests serveis, amb independència del règim de llur prestació.

2. Totes les persones tenen dret que els poders públics de Catalunya les tractin, en els afers que les afecten, d'una manera imparcial i objectiva, i que l'actuació dels poders públics sigui proporcionada a les finalitats que la justifiquen.

3. Les lleis han de regular les condicions d'exercici i les garanties dels drets a què fan referència els apartats 1 i 2 i han de determinar els casos en què les administracions

règim jurídic i procediment de les administracions públiques de Catalunya)³⁷⁰. Aquest seria el cas, per exemple, d'una resolució dictada per una autoritat administrativa competent amb prevalença dels interessos privats propis sobre l'interès general, que perjudica notòriament les expectatives de la persona peticionaria.

7.2.2. El Tribunal de Comptes i la Sindicatura de Comptes

El Tribunal de Comptes és un òrgan dependent de les Corts Generals i desvinculat del poder executiu que exerceix un control extern de naturalesa comptable i financera del sector públic amb plena independència i submissió a l'ordenament jurídic. L'article 136 de la CE el configura com el suprem òrgan fiscalitzador dels comptes i de la gestió econòmica de l'Estat i del sector públic, de manera que la seva competència abasta igualment el control econòmic i pressupostari de les comunitats autònomes i de l'administració local (arts. 153.d de la CE, 4 de la LO 4/1982 i 2 del Reial decret legislatiu 2/2007, de 28 de desembre, pel qual s'aprova la Llei general d'estabilitat pressupostària). La seva normativa reguladora bàsica ve constituïda per la Llei orgànica 2/1982, de 12 de maig, del Tribunal de Comptes i per la Llei 7/1988, de 5 d'abril, que fixa el seu funcionament, tot i que existeix normativa que fa remissions concretes a la funció de fiscalització externa que desenvolupa aquest òrgan (Llei 47/2003, de 26 de novembre, general pressupostària; Llei 30/2007, de 31 d'octubre, de contractes del sector públic...). La seva comesa és vetllar

públiques de Catalunya i els serveis públics que en depenen han d'adoptar una carta de drets dels usuaris i d'obligacions dels prestadors.”

³⁷⁰ El dret a una bona administració inclou, segons l'article 26:

- a) El dret que l'actuació administrativa sigui proporcional a la finalitat perseguida.
- b) El dret a participar en la presa de decisions i, especialment, el dret d'audiència i el dret a presentar al·legacions en qualsevol fase del procediment administratiu, d'acord amb el que estableix la normativa aplicable.
- c) El dret que les decisions de les administracions públiques estiguin motivades, en els supòsits establerts legalment, amb una referència succinta als fets i als fonaments jurídics, amb la identificació de les normes aplicables i amb la indicació del règim de recursos que escaigui.
- d) El dret a obtenir una resolució expressa i que se'ls notifiqui dins del termini legalment establert.
- e) El dret a no aportar les dades o els documents que estiguin en poder de les administracions públiques o dels quals aquestes puguin disposar.
- f) El dret a conèixer en qualsevol moment l'estat de tramitació dels procediments en què són persones interessades.

per la legalitat i l'eficiència de les actuacions que comportin el reconeixement de drets i obligacions de contingut econòmic, així com dels ingressos i pagaments que se'n derivin i, en general, de la recaptació, inversió o aplicació dels fons públics. Aquest control s'estén a les subvencions, crèdits, avals i altres ajuts procedents del sector públic i percebuts per persones físiques i jurídiques, així com al compliment dels objectius dels programes pressupostaris i memòries d'aquelles operacions i als contractes administratius celebrats pels organismes o institucions del sector públic.³⁷¹ Els dotze consellers que formen part d'aquest òrgan col·legiat es subjecten a les mateixes causes d'incapacitat, incompatibilitats i prohibicions establertes pels jutges a la Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del Poder judicial. Són escollits per un període de nou anys per meitat per cadascuna de les dues cambres parlamentàries amb majoria de tres cinquenes parts.

La Sindicatura de Comptes, per la seva banda, és definida per l'article 80 de l'EAC com l'òrgan fiscalitzador extern dels comptes, de la gestió econòmica i del control d'eficiència de la Generalitat, dels ens locals i de la resta del sector públic de Catalunya (enunciat reiterat per l'article 1 de la Llei 18/2010, de 7 de juny, de la Sindicatura de Comptes).³⁷² En la mesura en què el control extern de l'activitat de les administracions catalanes que genera despesa pública està reconegut tant al Tribunal com a la Sindicatura (STC 187/1988, de 17 d'octubre), les relacions de col·laboració entre ambdues institucions s'han d'establir mitjançant conveni, el qual ha de fixar els mecanismes de participació en els procediments jurisdiccionals sobre responsabilitat comptable. També es pot recórrer a solucions de delegació, com ara l'assenyalada per l'article 26.3 de la LO 2/1982 que preveu la delegació a la Sindicatura de Comptes (o a l'òrgan autonòmic que territorialment correspongui) de la instrucció dels procediments jurisdiccionals per enjudiciar la responsabilitat comptable en què incorrin

³⁷¹ Muñoz Machado, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo III, Iustel, Madrid, 2009, p. 913.

³⁷² L'article 3 de la Llei 18/2010 estableix que, a banda del sector públic de Catalunya (Administració de la Generalitat, Administració local, universitats públiques, partits polítics...), també resten subjectes al control de la Sindicatura les entitats regulades pel capítol V del títol II de l'EAC i les que depenen del Parlament.

les persones que tinguin al seu càrrec la gestió de cabdals o efectes públics.³⁷³

La Sindicatura de Comptes depèn orgànicament del Parlament i exerceix les seves funcions per delegació d'aquest i amb plena autonomia organitzativa, funcional i pressupostaria. És formada per set síndics designats pel Parlament per majoria de tres cinquenes parts que, a la seva vegada, elegeixen d'entre ells el Síndic Major (art. 81.1 EAC). Aquesta designació es realitza per un període de sis anys renovable una sola vegada (art. 18 de la Llei 18/2010).

Els resultats de la funció pública fiscalitzadora desenvolupada per la Sindicatura de Comptes es condensen en els informes anuals sobre els comptes generals de la Generalitat i de les corporacions locals i en els informes de fiscalització –que poden ser puntuals, relatius a qualsevol dels ens que formen part del sector públic de Catalunya i relatius a les funcions de fiscalització de la comptabilitat dels processos electorals així com de la comptabilitat i l'activitat econòmica i financera dels partits polítics, les federacions i les agrupacions d'electors que hi participin. També li correspon elaborar els informes que li siguin encomanats pel Parlament o acordi el Ple de la Sindicatura (art. 36 de la Llei 18/2010).

Per manament estatutari, la Llei 18/2010 (que deroga la Llei 6/1984, de 5 de març), estableix l'estatut personal, les incompatibilitats, les causes de cessament, l'organització i el funcionament de la Sindicatura de Comptes. Aquest òrgan col·legiat no es limita a exercir funcions fiscalitzadores sinó que exerceix també funcions jurisdiccionals i d'assessorament i consulta. D'acord amb l'article 3 d'aquesta norma, les funcions assumides per la Sindicatura de Comptes són les següents:

a) Fiscalitzar els comptes de la totalitat dels ingressos i les despeses del sector públic de Catalunya per mitjà de l'elaboració d'informes, a fi de determinar-ne la fiabilitat, i vetllar perquè els comptes s'ajustin a la legalitat i l'eficàcia de les operacions corresponents.

³⁷³ Vid. Gómez Sánchez, Y., *El Tribunal de Cuentas. El control económico-financiero externo en el ordenamiento constitucional español*, Marcial Pons, Madrid, 1981.

b) Examinar els comptes generals del sector públic que formen anualment les administracions que l'integren, per mitjà d'agregació o consolidació dels comptes de les entitats dependents de cada administració, en relació amb la situació econòmica, financera i patrimonial, els resultats de l'exercici, l'execució i la liquidació dels pressupostos i l'assoliment dels objectius.

c) Controlar, per mitjà d'auditories operatives, la legalitat, l'eficàcia, l'eficiència i l'economia de les activitats dels centres de gestió, dels serveis, dels programes pressupostaris i, en general, de qualsevol activitat de contingut econòmic i financer feta pel sector públic.

d) Avaluar el grau de compliment assolit pels ens subjectes a fiscalització respecte de llurs objectius pressupostaris, per mitjà de l'anàlisi de la gestió, els recursos, les activitats, els resultats, els costos i els impactes d'aquests ens, tot emprant criteris d'eficiència, eficàcia, economia, qualitat, equitat, gènere, sostenibilitat o altres criteris que es considerin adequats, i fent recomanacions sobre les possibles innovacions i bones pràctiques per millorar la gestió pública.

e) Fer el seguiment i retre compte del grau de compliment de les recomanacions aprovades pel Parlament derivades dels informes que emet.

f) Assessorar, emetre dictàmens i respondre a les consultes que, en matèria de comptabilitat pública i de gestió econòmica i financera del sector públic, li demani el Parlament.

g) Fiscalitzar la comptabilitat dels processos electorals l'àmbit dels quals se circumscriu a Catalunya, i també la comptabilitat i l'activitat econòmica i financera dels partits polítics, les federacions i les agrupacions d'electors que participen en aquests processos, d'acord amb la normativa reguladora del finançament dels partits polítics.

h) Fiscalitzar les associacions i les fundacions sotmeses al protectorat de la Generalitat i vinculades orgànicament a partits polítics amb representació al Parlament.

i) Exercir les funcions jurisdiccionals relatives a fets que poden ésser constitutius de responsabilitat comptable, en els termes que es deriven de l'article 80.3 de l'EAC.

j) Col·laborar amb el departament competent en matèria de corporacions locals en el disseny d'actuacions formatives en relació amb la documentació que s'ha de lliurar a la Sindicatura de Comptes, les quals han de tenir en compte les especificitats dels ens locals i, concretament, les que es deriven del nombre d'habitants.

k) Altres funcions que li delegui el Tribunal de Comptes.

Com es pot comprovar, l'activitat de control de la Sindicatura de Comptes abasta un àmbit subjectiu omnicomprensiu de tot el sector públic així com un àmbit material molt extens (comptes públics), coincident amb l'OAC en major mesura que no pas l'efectuada pel Síndic de Greuges. Conscient d'aquest fet, l'article 5.2 de la Llei 18/2010 assenyala que, per complir les tasques que té encomanades i en l'àmbit que li és propi, la Sindicatura de Comptes pot sol·licitar la col·laboració, l'assistència i l'intercanvi d'informació a l'OAC, establint-se per protocol o conveni els termes d'aquesta col·laboració. Un punt de contacte important el representa el *control dels processos electorals i del finançament dels partits polítics*. Precisament, aquest és un dels àmbits on la ciutadania espanyola detecta un major nivell de corrupció, coincident amb un moment d'intens descrèdit social de la política i dels polítics.³⁷⁴ Pérez Francesch fa notar que el finançament dels partits polítics presenta deficiències greus, com ara les pràctiques il·legals o al·legals, irregularitats que s'apropen en alguns casos a la corrupció, la voràgine de despeses en campanya electoral, la manca d'austeritat i de transparència o la gran dependència estructural del

³⁷⁴ Com apunta García de Enterría, "és un fet que, sens dubte, la corrupció ha cobrat nous aspectes en el nostre temps i una penetració més extensa, en bona part en virtut precisament del sistema d'Estat de partits (...). El finançament dels partits polítics i de llurs campanyes electorals, es troba, freqüentment, en els orígens del sorgiment de pràctiques corruptes, les quals s'estenen immediatament per si mateixes cap a posicions individuals. No obstant la reacció social cada vegada més forta contra aquestes pràctiques corruptes (...), els politòlegs i analistes socials, lluny de preveure el seu control i desaparició gradual, diuen que 'la corrupció s'incrementarà en el futur', facilitada per la mundialització de l'economia i el desenvolupament tecnològic". García de Enterría, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Thomson-Civitas, Navarra, 2009, pp. 96 i 97.

finançament públic.³⁷⁵ La Llei orgànica 8/2007, de 4 de juliol, de finançament dels partits polítics, que deroga la LO 3/1987, de 2 de juliol, intenta aportar una major transparència i control de les vies de finançament, però, com és obvi tenint en compte qui negocia els continguts de la Llei (els mateixos destinataris: els partits polítics), sense fer-les perillar. Entre les mesures més contundents figuren la subjecció de les fundacions i les associacions vinculades orgànicament als partits polítics al radi d'acció de la Llei (disposició addicional setena) i la supressió de les donacions anònimes, que es compensen doblement: d'una banda, amb un increment important de les subvencions públiques directes que es reben procedents dels pressupostos generals de l'Estat per al funcionament ordinari dels partits i, de l'altra, amb la possibilitat que les comunitats autònomes i les corporacions locals atorguin ajuts per a la despesa ordinària dels partits.³⁷⁶ Així mateix, s'ha desaprofitat l'ocasió per fixar un límit pel que fa al finançament públic –que sí s'ha determinat en relació a les donacions privades, que d'acord amb l'article 5.2 és de 100.000 euros anuals per aportacions realitzades per persones físiques o associacions (amb anterioritat era de 6.000 euros) que poden augmentar fins a 150.000 quan es destinin a fundacions lligades a partits polítics–³⁷⁷ com sí tenen establerts altres països. Aquesta situació és percebuda per la ciutadania com una “operació de maquillatge” en què la intenció dels partits polítics és escenificar de cara a la galeria una regulació i control adequats dels estats comptables dels partits. Àdhuc, la Llei estableix que aquests han de portar els llibres de comptabilitat de forma detallada, amb la possibilitat que en qualsevol moment es pugui conèixer la seva situació financera i patrimonial. Els comptes anuals consolidats s'estenen als àmbits estatal, autonòmic, comarcal i provincial, mentre que els comptes anuals consolidats de federacions de partits i coalicions han d'incloure la dels partits federats o coaligats. Els comptes anuals comprenen el balanç, el compte de resultats i una memòria explicativa d'ambdós, la qual ha

³⁷⁵ Pérez Francecsh, J.L., “La financiación de los partidos políticos en España. Consideraciones a partir de los informes del Tribunal de Cuentas y de la nueva Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio”, a *Papers*, núm. 92, 2009, p. 253.

³⁷⁶ Els recursos públics venen constituïts per subvencions per a despeses electorals; subvencions estatals anuals per despeses de funcionament i altres similars que puguin aprovar les comunitats autònomes i altres ens territorials com les corporacions locals; subvencions extraordinàries per a dur a terme campanyes de propaganda en cas de referèndum; i aportacions aprovades a les cambres parlamentàries per fer front a les despeses dels grups parlamentaris (art. 2 de la LO 8/2007).

³⁷⁷ Aquest límit no s'aplica a les donacions d'immobles ni a la condonació de deutes.

d'incloure la relació de subvencions públiques i de donacions privades procedents de persones físiques o jurídiques, amb identificació del donant i de la quantitat aportada. La memòria també ha de contenir un annex on quedin especificades de forma detallada les condicions contractuals dels crèdits o préstecs que el partit manté amb les entitats de crèdit, identificant l'entitat que els concedeix, l'import atorgat, el tipus d'interès, el termini d'amortització i el deute pendent al moment de tancament de l'exercici i amb indicació de qualsevol contingència rellevant sobre el compliment de les condicions pactades.³⁷⁸ Els comptes anuals consolidats degudament formalitzats s'han de presentar abans del 30 de juny de l'any següent al de l'exercici referit davant del Tribunal de Comptes/Sindicatura de Comptes³⁷⁹ (art. 14). El control d'aquests organismes s'estén a la fiscalització de la legalitat dels recursos públics i privats dels partits polítics així com a la regularitat comptable de les activitats economicofinanceres que realitzin.

Si bé, com s'ha vist, existeixen àmbits on les competències de l'OAC es troben amb les d'organismes de control extern preexistents, cal dir que la creació de l'OAC no implica la seva preeminència sobre aquells ni la disminució de llurs funcions precisament perquè en part ve a ocupar un espai buit –una “zona fosca” com s'ha dit en alguna ocasió– que abasta dimensions subjectives (els subjectes afectats) i temporals (l'actuació no necessàriament *ex post*, com s'esdevé per exemple amb l'autoritat judicial o la Sindicatura de Comptes). En qualsevol cas, les seves atribucions són complementàries a les de la resta d'organismes de control i fiscalització i per això la clau de la seva funcionalitat vindrà determinada per l'articulació i l'encaix institucional que realitzi, actuant de forma adequadament coordinada amb ells, intercanviant informació quan sigui necessari i també duent a terme actuacions conjuntes a través dels convenis i programes que s'arribin a formalitzar. No pot assumir, però, les competències reservades al Ministeri Fiscal, les autoritats judicials i la policia judicial ni tampoc pot investigar els mateixos fets que siguin objecte

³⁷⁸ Per al retiment de comptes dels grups parlamentaris de les Corts Generals, de les assemblees legislatives de les comunitats autònomes, de les juntes generals dels territoris històrics bascs i dels grups de les corporacions locals s'ha d'estar al que disposin els seus reglaments respectius o la normativa local específica (art. 14.6 de la Llei 8/2007).

³⁷⁹ L'article 16.1 de la Llei 8/2007 assenyala que el control de l'activitat economicofinancera dels partits polítics correspon en exclusiva al Tribunal de Comptes, sens perjudici de les competències atribuïdes als òrgans de fiscalització de les comunitats autònomes previstos en els respectius estatuts.

d'investigació judicial, amb la finalitat de no interferir en el procés judicial. Així, tal i com impera en l'àmbit del procediment sancionador administratiu general, si l'autoritat judicial o el Ministeri Fiscal han iniciat un procediment per determinar la rellevància penal d'uns fets que alhora són investigats per l'OAC, aquesta queda obligada a suspendre les seves actuacions i aportar immediatament tota la informació que hagi acumulat.

7.3. L'OAC

7.3.1. Naturalesa jurídica i designació parlamentària de l'òrgan directiu

A diferència del Síndic de Greuges i la Sindicatura de Comptes, l'OAC no és una institució prevista estatutàriament. Segons l'article 1 de la Llei 14/2008, L'OAC constitueix una entitat de dret públic amb personalitat jurídica pròpia i plena capacitat d'obrar, adscrita al Parlament de Catalunya, la qual cosa li garanteix una independència funcional absoluta respecte de la Cambra parlamentària i del poder executiu en tant que director de l'activitat de les administracions públiques. Gaudeix, així mateix, d'una autonomia institucional que, malgrat tot, no exclou una certa relació de dependència d'adscripció –òbviament, no de subordinació jeràrquica–, atès que és la Cambra parlamentària la que controla la seva actuació i la que escull el seu director a proposta del Govern, director que sustenta la seva legitimitat en un conjunt important de restriccions i incompatibilitats i en un procés valoratiu de la seva idoneïtat. És important, per exemple, que sigui políticament neutral i no tingui afiliació política, ja que aquesta pertinença a un partit polític concret podria arribar a plantejar un conflicte d'interessos entre el programari polític d'aquest partit i la tasca encomanada a la institució.

Aquest òrgan unipersonal de prevenció i lluita contra la corrupció no constitueix una administració pública *strictu sensu* ni tampoc, per la seva autonomia orgànica i funcional, un òrgan parlamentari intern.

Quant al nomenament del director, cal apuntar que sis mesos després de l'aprovació de la Llei de creació de l'OAC hi va haver una modificació que afectava al quòrum per a la seva elecció, atès que la Llei 14/2008 va oblidar-se de preveure un sistema de doble votació en cas que no es

donés la majoria requerida inicialment. Així, ara l'elecció es produeix per majoria de tres cinquenes parts del Ple del Parlament o en segona votació per majoria absoluta dels membres de la Cambra. Aquesta majoria reforçada, que també s'exigeix en el cas del Síndic de Greuges, posa de manifest la voluntat que l'elecció compti amb un suport parlamentari suficientment ampli com per poder encarar amb fermesa les investigacions que involucrin al Govern o als partits de l'oposició. La persona escollida ostenta la direcció de l'OAC per un període molt superior al reconegut al Síndic de Greuges (cinc anys) i als síndics de la Sindicatura de Comptes (sis anys), que és de nou anys sense possibilitat de renovació. La durada del mandat, que s'allarga més enllà de dues legislatures parlamentaries, i la no reelecció tornen a ressaltar el caràcter independent de la institució envers el Parlament, esdevenint immune a les pressions que es podrien portar a terme si el director de l'OAC pogués i volgués optar a un nou mandat. Manifestació d'aquesta independència són així mateix les declaracions del director de la institució, sr. David Martínez Madero, en relació a la inidoneïtat de crear una comissió d'investigació parlamentària impulsada pels partits que governen la Generalitat (PSC, ERC, ICV-EUiA) en relació al finançament irregular de CDC en el cas Palau de la Música.³⁸⁰

El director no rep instruccions de cap autoritat i no està subjecte a la possible remoció discrecional del poder executiu, ja que només pot ser cessat si concorre alguna de les causes previstes a l'article 11 de la Llei. Són causes de cessament la renúncia, l'extinció del mandat, la incompatibilitat sobrevinguda, la incapacitat declarada per decisió judicial ferma, la inhabilitació per a l'exercici dels drets polítics declarada per decisió judicial ferma, la condemna per sentència ferma per causa de delictes i, per últim, la negligència notòria i greu en el compliment dels deures i obligacions. Cal destacar que totes elles excepte la darrera són causes taxades que no admeten decisions discrecionals de l'òrgan parlamentari. Pel contrari, el nomenament podrà ser revocat pel Ple del Parlament per majoria de tres cinquenes parts per raó de la concurrència d'una actuació negligent que hagi estat valorada i motivada com a "notòria i greu", sense que pugui

³⁸⁰ Segons aquestes declaracions, les comissions d'investigació "no es creen per investigar l'oposició sinó el Govern (...) És una qüestió política. No cal ésser un erudit per veure que [la comissió] s'obre quan falten pocs mesos per les eleccions". Intervenció del director de l'OAC al programa de TV3 Els Matins, el dia 17 de juny de 2010.

influir en la decisió el desacord amb l'actuació desenvolupada per l'OAC.³⁸¹

En aquest sentit, i salvant les distàncies que impliquen la seva adscripció parlamentària, l'OAC podria assimilar-se a les denominades administracions independents superadores del model d'administració única jerarquizada d'influència napoleònica pròpia del sistema espanyol (Banc d'Espanya, Agència de Protecció de Dades, Comissió Nacional del Mercat de les Telecomunicacions, Comissió de Defensa de la Competència...). Aquestes autoritats independents suposen un pas endavant en el procés de descentralització funcional que va començar amb la creació d'organismes públics dotats de personalitat jurídica que assumien funcions pròpies fins aleshores de l'administració territorial matriu (organismes autònoms, entitats públiques empresarials, societats mercantils, fundacions públiques...).³⁸²

Els promotors d'aquestes noves estructures administratives, que busquen una especialització tècnica i allunyar-se del clientelisme polític, han estat essencialment els països anglosaxons, amb les agències federals nord-americanes i els *quangos* britànics. En el cas americà, les agències executives independents, creades per una llei del Congrés, han gaudit d'un poder d'acció que no s'ha vist sotmès a les interferències del President ni del Congrés per preservar la seva neutralitat. No és cert, però, que aquestes *independent agencies* no es trobin sotmeses a cap tipus de

³⁸¹ Aquesta previsió ha estat introduïda per la Llei 7/2009, de 13 de maig. En la seva redacció originària, el cessament del director de l'OAC havia de ser acordat per la majoria absoluta dels membres del Parlament a proposta de la comissió parlamentària corresponent en un debat al qual aquell tenia dret a assistir i fer ús de la paraula abans de la corresponent votació.

³⁸² La coneguda com a administració institucional o instrumental es regeix, doncs, pel principi d'especialitat en tant que les competències assumides no tenen un caràcter general sinó que es limiten a les necessàries per a dur a terme l'objectiu encomanat. La seva dependència de l'administració matriu es canalitza principalment a través de dues vies: 1) percepció dels recursos econòmics necessaris per dur a terme la seva activitat de l'administració matriu; 2) supervisió de la seva activitat per l'administració matriu, que pot proposar modificacions i directrius. Vid. al respecte de la seva classificació a nivell estatal la Llei 6/1997, de 14 d'abril, organització i funcionament de l'Administració General de l'Estat; la Llei 33/2003, de 3 de novembre, de patrimoni de les administracions públiques, la Llei 47/2003, de 26 de novembre, general pressupostària i la Llei 28/2006, de 18 de juliol, d'agències estatals per a la millora dels serveis públics. També Fernández Farreres, G., "Administraciones instrumentales" a *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, F. Sainz Moreno (dir.), INAP, Madrid, 2004; i Navajas Rebollar, M., *La nueva Administración instrumental*, Colex, Madrid, 2000.

control: a més del control que exerceixen les comissions especialitzades del Congrés i del control pressupostari de l'*Office of Management and Budget*, les agències independents no es lliuren de la fiscalització realitzat pel poder judicial, si bé es tracta d'un control *soft* (*hard look doctrine*). Pel que fa als *quangos* (*quasi autonomous non governmental organisations*) britànics, rebatejats posteriorment com a NDPB's (*non-departmental public bodies*), persisteix el mateix desig d'establir fórmules administratives que gaudeixin d'autonomia en relació al Govern central i que, en conseqüència, puguin actuar amb la màxima neutralitat possible. El que caracteritza aquesta plèiade d'organismes, molt nombrosos al Regne Unit, és la manca d'un règim jurídic unificat al qual han de sotmetre's tots els organismes no departamentals existents, que gaudeixen, per tant, de poders i atribucions i mecanismes de control³⁸³ de signe molt variat.

Aquestes entitats alienes a la nostra tradició d'organització administrativa, a les quals es reconeixen amplis poders per regular amb imparcialitat sectors econòmics concrets –lluny de les influències i pressions dels mateixos sectors regulats–, estan dotades d'un estatut d'independència que els permet estar formalment separades del poder executiu, encara que a vegades actuïn com a instruments de la seva política, de manera que es podria parlar d'una independència amb matisos.³⁸⁴ Una característica

³⁸³ A pesar de la seva manca de responsabilitat democràtica, els *quangos* responen davant una multitud d'òrgans i institucions, com ara dels ministres (que nomenen els seus directius, fixen el pressupost, aproven els plans anuals d'actuació...), del Parlament (a través de les preguntes adreçades als ministres respectius, de les compareixences davant dels *select committees*...), dels tribunals, l'ombudsman, l'Audit Commission, etc. The Constitution Unit, *Regional Government in England*, UCL i Joseph Rowntree Foundation, 1996, pp. 52-53.

³⁸⁴ Vid., entre d'altres, Betancor Rodríguez, A., *Las Administraciones independientes. Un reto para el estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1994; Cottier, B., "Les 'Independent Agencies' américaines: un modèle pour l'administration polycentrique de demain", a *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, núm. 2, 1985; Fernández Rodríguez, T.R., "Reflexiones sobre las llamadas Autoridades Administrativas Independientes" a *Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1994; Garcia Llovet, E., "Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho", a *Revista de Administración Pública*, núm. 131, CEPC, Madrid, 1993; Merusi, F., "Las administraciones independientes", a *Documentación Administrativa*, núms. 250-251, INAP, Madrid, 1998; Parada Vázquez, J.R., "Las Administraciones independientes", a *Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1994; Parejo Alfonso, L., "La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes. Apuntes para un estudio del fenómeno", a *Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1994.

evident d'aquesta manca de subordinació és, com s'ha apuntat, la impossibilitat de veto governamental, això és, el cessament del director si aquest no segueix unes premisses polítiques determinades. Perd vigència, per tant, el principi segons el qual l'òrgan que està apoderat per designar el càrrec públic ho està també per a revocar-ne el nomenament. A Espanya, aquestes administracions independents sorgeixen després de promulgar-se la CE amb l'objectiu d'accentuar el principi constitucional d'objectivitat (art. 103.1 CE), si bé no han faltat autors que han posat en dubte la seva legitimitat democràtica (i, per tant, la seva constitucionalitat) en descansar la seva creació en la necessitat de separació respecte del Govern que és qui dirigeix l'acció de les administracions públiques. En qualsevol cas, la seva legitimitat constitucional queda garantida per la participació del poder legislatiu en la implantació d'aquestes entitats: a diferència, per exemple, de les universitats, que tenen una autonomia constitucionalment garantida, la majoria d'organismes independents té una autonomia *configurada legalment* (creació i estatut organitzatiu) com ara el Banc d'Espanya (amb objectiu, en aquest cas, de garantir la independència de l'autoritat monetària davant la política econòmica del Govern). Com succeeix al Regne Unit, el règim de funcionament de cada autoritat independent és diferent, de manera que cal remetre's al seu estatut per determinar quina vinculació (major o menor) tenen amb el poder executiu que, en última instància, és l'encarregat de designar el president i els membres dels seus consells rectors.

7.3.2. Relacions amb el Parlament

L'OAC es relaciona amb el Parlament per mitjà d'una comissió parlamentària creada de conformitat amb el Reglament del Parlament de Catalunya.³⁸⁵ El nombre de membres és fixat per la Mesa en proporció al nombre de diputats de cada grup parlamentari i, pel que fa al règim de sessions, la convoca el seu president a iniciativa pròpia, a petició de dos grups parlamentaris o d'una cinquena part dels seus membres (arts. 36 i 38). Aquesta comissió parlamentària exerceix el control de l'actuació de l'OAC i valora els requisits exigits al candidat a director abans de ser elegit pel Ple

³⁸⁵ Aquesta comissió encara no ha estat creada. Les actuacions amb l'OAC es substancien, mentrestant, a través de la Comissió d'Affers Institucionals, com ara l'aprovació de les Normes d'actuació i de règim interior de l'Oficina.

del Parlament. Anualment, l'OAC ha de retre comptes a la comissió mitjançant la presentació d'una memòria descriptiva de la gestió realitzada, encara que quan els fets que hagin motivat una actuació de l'OAC siguin importants o tinguin rellevància social també es poden emetre informes extraordinaris, a iniciativa del director de l'OAC o per resolució del Parlament. La documentació lliurada per l'OAC permet a l'òrgan parlamentari rebre una valuosa informació que després ha de ser utilitzada per reconduir o millorar la producció legislativa, per la qual cosa l'OAC desenvolupa una important *labor de col·laboració* en l'activitat reguladora del Parlament. La memòria anual és pública i, per aquest motiu, no s'hi poden incloure les dades personals que permetin la identificació de les persones afectades fins que no hi recaigui una sanció penal o administrativa ferma. El que sí que han de constar són el nombre i el tipus d'actuacions que s'han portat a terme, amb la indicació dels expedients iniciats, els resultats de les investigacions practicades i l'especificació de les recomanacions així com els requeriments cursats a les administracions públiques, i també les seves respostes.

Res es diu en relació al règim de compareixences del director de l'OAC davant de la comissió parlamentaria, però entenem que ho pot fer en qualsevol moment, a requeriment de la pròpia comissió o a petició pròpia. Així mateix, també és possible que la comissió sol·liciti a l'OAC l'obertura d'investigacions en relació a qüestions concretes (com ara el dictamen encarregat per la comissió d'investigació del cas Palau de la Música en relació a la documentació i les compareixences efectuades en el marc d'aquesta), petició que aquella no està obligada a acceptar d'acord amb el principi d'independència d'actuacions que la caracteritza i la prohibició per part del Parlament de dictar-li instruccions. En qualsevol cas, és recomanable que si l'OAC declina aquesta petició no vinculant, motivi la seva decisió.

7.3.3. Àmbit competencial

Segons el preàmbul de la Llei, l'OAC ha de prevenir i investigar possibles casos d'ús o destinació fraudulents o il·legals de fons públics o qualsevol aprofitament il·lícit derivat de conductes que comportin conflicte d'interessos o l'ús en benefici particular d'informacions derivades de les

funcions que són pròpies del personal al servei del sector públic. Podríem dir que la investigació és la seva funció principal, la més visible. També li correspon assessorar i fer propostes i recomanacions (al Parlament, al Govern, a les administracions) per adoptar mesures contra la corrupció, les pràctiques fraudulentament i les conductes que atemptin contra la integritat i la transparència en l'exercici de les funcions públiques. Destaca el fet que no es limita a desenvolupar accions reactives (com la investigació) sinó que també està dotada de funcions preventives relatives a la detecció i avaluació d'àrees de risc i d'impuls de mesures per assolir la transparència en la gestió del sector públic, i de funcions formatives en l'àmbit de la seva competència, és a dir, la lluita contra la corrupció i les actuacions il·legals, adreçades al personal al servei del sector públic.

L'àmbit d'actuació de l'OAC és el sector públic català, que comprèn l'Administració de la Generalitat, els ens locals i les universitats públiques així com també els seus organismes, les entitats vinculades i les empreses públiques que en depenen. Ara bé, cal destacar que el nivell funcional de l'OAC, que va ser objecte d'un debat parlamentari intens sobretot pels recels de l'administració local al control provinent d'aquest organisme, no és idèntic sinó variable en funció de quin sigui el subjecte públic afectat. Pel que fa als ens locals i a les universitats públiques, es destaca el reconeixement constitucional i estatutari dels principis d'autonomia local i d'autonomia universitària que fa que minvi el grau d'intensitat de la funció interventora, com veurem, encara que al final les funcions de l'OAC en relació a les universitats són idèntiques a les exercides respecte de l'administració autonòmica. Pel que fa a la inclusió de les empreses públiques en l'espectre d'actuació de l'OAC, la llei aclareix que només es consideraran com a tals les empreses en què la Generalitat, els ens locals i les universitats públiques: a) tinguin la majoria de capital subscrit; b) disposin de la majoria de vots inherents a les participacions emeses per l'empresa; o c) puguin designar més de la meitat dels membres de l'òrgan administratiu o de direcció de l'empresa.

L'àmbit d'actuació també s'estén a les fundacions i consorcis en què les administracions i entitats que conformen el sector públic nomenen la majoria de membres dels òrgans de decisió o aporten més d'un 50% dels ingressos. Si l'aportació és inferior, l'OAC estendrà la seva actuació únicament al control de les activitats de gestió dels serveis públics,

d'execució de les obres públiques o a les funcions de recaptació que desenvolupin a compte del sector públic català.

Les funcions de l'OAC també poden ser exercides en relació a persones privades (físiques o jurídiques) que gestionin diner públic: els concessionaris de serveis o perceptors de subvencions públiques (per comprovar la destinació i ús de les subvencions rebudes) o els contractistes que executin obres públiques (de les administracions i les entitats que conformen el sector públic català) o que gestionin serveis públics o l'execució d'obres públiques pel altres títols jurídics (aquí, l'actuació de l'OAC es cenyiria a la gestió comptable, econòmica i financera del servei o l'obra i les altres obligacions que es deriven del contracte o la legislació aplicable).

Com dèiem, les competències oscil·len a l'alta o a la baixa en funció de quina és l'administració objecte de les actuacions de l'OAC. Mentre que en l'àmbit del sector públic de la Generalitat, les funcions de la OAC són essencialment "investigar o inspeccionar", pel que fa al sector públic local, aquestes es limiten a "examinar". Veiem-ho.

Les funcions en l'àmbit del sector públic de la Generalitat (i també de les universitats, encara que s'insisteix en què el seu exercici no pot afectar a la llibertat acadèmica³⁸⁶) són les següents:

a) *Investigar o inspeccionar* possibles casos d'ús o destinació irregulars de fons públics, així com les conductes que s'oposin a la probitat o contràries als principis d'objectivitat, eficàcia i submissió plena a la llei i al dret. L'article 17 de la Llei especifica les potestats d'investigació i inspecció que es poden dur a terme i que inclouen l'accés a qualsevol informació que es trobi en poder dels òrgans, els organismes públics o les persones físiques o jurídiques, públiques o privades afectes al seu àmbit d'actuació. Així, l'OAC: a) es pot personar en qualsevol oficina o

³⁸⁶ Vid. Embid Irujo, A., "La autonomía universitaria y la autonomía de las Comunidades Autónomas", a *La enseñanza en España en el umbral del siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2000; Leguina Villa, J., "La autonomía universitaria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", a *La autonomía universitaria*, Boletín de Información Universitaria, núm. 1, Consejo de Universidades, Madrid, 1989; Parejo Alfonso, L., "La autonomía de las universidades", a *Aspectos administrativos del derecho a la educación. Especial consideración de las universidades públicas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

dependència de l'administració o centre afecte a un servei públic per sol·licitar informació, fer comprovacions *in situ* i examinar els documents, els expedients, els llibres, els registres, la comptabilitat i les bases de dades així com els equips físics i lògics utilitzats; b) pot fer entrevistes personals, en les quals els entrevistats tenen dret a ser assistits per la persona que designin; c) pot accedir, si així ho permet la legislació vigent, a la informació de comptes corrents en entitats bancàries en què s'hagin pogut fer pagaments o disposicions de fons relacionats amb procediments d'adjudicació de contractes públics o d'atorgament de subvencions públiques, per mitjà del requeriment oportú; i d) pot fer fotocòpies adwerades dels documents obtinguts.

b) *Prevenir i alertar* en relació amb conductes del personal i d'alts càrrecs que tinguin o puguin tenir com a resultat la destinació o l'ús irregulars de fons públics o qualsevol altre aprofitament contrari a l'ordenament jurídic, que comportin conflicte d'interessos o que consisteixin en l'ús en benefici privat d'informacions que tinguin per raó de llurs funcions i l'abús en l'exercici d'aquestes funcions.

La Llei 16/2008, de 23 de desembre, de mesures fiscals i financeres, va modificar l'article 13 de la Llei per a introduir un apartat segon, segons el qual "En el cas que hi hagi implicats recursos pressupostaris de la Generalitat, se n'informarà al conseller del Departament d'Economia i Finances, que ha de designar les persones d'aquest departament que han de col·laborar en l'equip d'investigació". Cal dir que aquest apartat pot tocar la línia de flotació de la independència de l'organisme antifrau perquè, com diu la saviesa popular "no es pot estar a missa i repicant": l'Administració de la Generalitat no pot ser investigada i alhora intervenir en la investigació per més que aquest Departament sigui responsable de la Intervenció General de la Generalitat. Perquè si la justificació ve donada pel fet que realitza la mateixa funció, quin sentit té crear l'OAC? És una qüestió per reflexionar.

Si la Mesa del Parlament o el president del Parlament o els òrgans corresponents d'aquestes institucions li ho demanen, les funcions exercides en relació amb l'administració autonòmica també es poden estendre a l'activitat administrativa i de gestió patrimonial del Parlament i de les institucions que estableix el capítol V del títol II de l'EAC. A petició de les

comissions parlamentàries d'investigació i de la Comissió de l'Estatut dels Diputats, l'OAC també pot cooperar amb aquestes en l'elaboració de dictàmens sobre assumptes amb relació als quals hi hagi indicis d'ús o destinació irregulars de fons públics o d'ús il·legítim i en benefici privat de la condició de càrrec públic.

Les funcions de l'OAC en l'àmbit del sector públic de l'administració local es centren en:

a) *Examinar* l'actuació dels ens locals i, si es dóna el cas, instar a l'ens local corresponent per a què investigui i inspeccioni els possibles casos d'ús o destinació irregulars de fons públics, i les conductes oposades a la probitat o contràries als principis d'objectivitat, eficàcia i submissió plena a la llei i al dret, en exercici de les competències pròpies en matèria de control i fiscalització interna de la gestió economicofinancera i pressupostària.³⁸⁷ L'ens resta obligat a informar l'OAC dels resultats de la inspecció i la investigació. Examinar és segons el Diccionari de la Llengua Catalana de l'Institut d'Estudis Catalans: "1. Observar (quelcom) minuciosament, metòdicament, per conèixer-ne les qualitats, l'estat, etc.(...) 2. sotmetre (un candidat) a examen". Cal preguntar-nos quina diferència hi ha amb la funció d'investigació o inspecció de què pot ser objecte l'administració autonòmica: es tracta potser d'una investigació menys aprofundida –una actuació preliminar? Potser caldria considerar que s'ha intentat fer una tria acurada de la paraula per no ferir la susceptibilitat dels ens locals. És cert que es diu que examinarà l'actuació dels ens locals i si s'escau, els demanarà que investiguin i inspeccionin però en el fons no haurà ja investigat l'OAC? Cal tenir en compte amés la possible superposició o solapament de l'article 56.2 de la LBRL que estableix que les administracions estatal i

³⁸⁷ Segons l'OAC, d'aquest precepte se'n desprenen tres qüestions importants, que vénen avalades pel fonament 2.2.D) del Dictamen núm. 289 del Consell Consultiu:

1. L'examen no es refereix només a l'ús o destinació irregular de fons públics, sinó també a les conductes contràries als principis d'objectivitat, eficàcia i submissió plena a la llei i al dret, és a dir, al principi de legalitat.
2. L'examen de l'actuació de l'Administració local correspon necessàriament a l'OAC, pressupòsit necessari perquè, si escau, després de l'examen previ, s'insti l'Administració local per tal que investigui i inspeccioni a través dels seus òrgans de control intern.
3. La norma posa els funcionaris amb habilitació de caràcter estatal "a disposició" de l'OAC ja que són els destinataris de la instància que aquesta pugui fer per investigar o inspeccionar, havent d'informar l'Oficina dels resultats que obtinguin. *Memòria 2009*, OAC, pp. 68 i 69.

autonòmica (en concret, la Direcció General d'Administració Local) estan facultades, amb la finalitat de comprovar l'efectivitat aplicativa de la legislació estatal i autonòmica, per recavar i obtenir informació concreta sobre l'activitat municipal i poden sol·licitar l'exhibició d'expedients i l'emissió d'informes.

b) *Assessorar en la prevenció* de conductes contràries a la probitat o als principis esmentats més amunt (objectivitat, eficàcia i submissió plena a la llei i al dret).

També s'ha de destacar la col·laboració de l'OAC amb l'Administració de Justícia, en el marc de la qual el titular del Jutjat Central d'Instrucció número cinc de l'Audiència Nacional va acordar el nomenament de tres membres del personal de l'OAC, a proposta del director d'aquest organisme, per tal que actuessin com a administradors judicials de la societat pública municipal de Santa Coloma de Gramenet dedicada a la construcció d'habitatges públics i aparcaments, Gramepark, SA, implicada en les diligències prèvies del cas Pretoria. El director de l'OAC va considerar que aquesta funció formava part de les atribucions reconegudes a la institució per aplicació dels articles 118 de la CE i 15 de la Llei 14/2008 que preveuen, respectivament, l'obligació general de prestar la col·laboració requerida per jutges i tribunals i la cooperació de l'OAC amb l'autoritat judicial, amb l'obligació de prestar-li tot el suport necessari.

La normativa de creació, organització i funcionament de l'OAC és molt recent i per tant és impossible realitzar les valoracions que sí es poden efectuar en relació a la *Fair Political Practices Commission* californiana, amb quasi 40 anys d'experiència. Però en qualsevol cas, el que cal plantejar és si la inspecció, si l'examen és discrecional. No creiem que això sigui possible. El control individualitzat només es pot dur a terme per denúncia, com apunta la jurisprudència alemanya. En la resta de casos, cal advocar per una actuació planificada d'anduvi, per exemple, a través d'uns programes d'actuació objectivables, dissenyats a través de paràmetres objectius, a la manera de la modificació introduïda per la Llei 26/2009, de 23 de desembre, de mesures fiscals, financeres i administratives, que obliga a la Sindicatura de Comptes a aprovar un programa anual en el qual es determinin els ens locals, els ens associatius i les societats participades pels ens locals que han de ser objecte de fiscalització

economicofinancera, i els criteris emprats per a incloure'ls (actual article 8.h de la Llei 18/2010).

7.3.4. Estructura organitzativa

La Comissió d'Afers Institucionals del Parlament de Catalunya va aprovar el 25 de novembre de 2009 les Normes d'actuació i de règim interior de l'OAC³⁸⁸ en desenvolupament de la disposició addicional primera de la Llei 14/2008. De conformitat amb la mateixa, corresponia al director de l'OAC, en reconeixement de la potestat d'autoorganització, trametre al Parlament un projecte de reglament d'organització i funcionament perquè fos sotmès a debat i aprovació de la comissió parlamentària.

D'acord amb aquestes Normes, l'OAC s'organitza, sota la dependència del director (la direcció també té una estructura pròpia) en tres direccions funcionals: a) Direcció de Prevenció, b) Direcció d'Investigacions i c) Direcció d'Anàlisi.

L'actuació preventiva es desenvolupa en el marc de la Direcció de Prevenció, la qual s'ocupa de generar valors socials, marcs normatius, incentius i mecanismes de retiment de comptes que dificultin l'aparició de conductes contràries a la probitat i a la integritat institucional. També presta suport a organismes públics i privats en la implementació d'iniciatives de transparència i de bon govern. Entre les seves funcions, menys contundents que les d'investigació perquè tenen una finalitat bàsicament persuasiva i de conscienciació social, hi destaquen:

- 1.- Assessorar en el disseny de programes de prevenció i lluita contra la corrupció, en l'elaboració de codis ètics i en l'adopció de mesures de transparència i de bon govern.
- 2.- Formular propostes i recomanacions al director sobre disposicions normatives vigents o en tràmit d'aprovació perquè les elevi al Parlament, al Govern, als ens locals, etc.
- 3.- Fer el seguiment del resultat de les investigacions finides.

³⁸⁸ DOGC núm. 5522, de 9 de desembre de 2009.

4.- Proposar millores en procediments i pràctiques administratives per tal de garantir la transparència i reduir les oportunitats de frau.

5.- Conscienciar la ciutadania i enfortir el rebuig social envers la corrupció i altres conductes il·lícites i promoure la participació social i la col·laboració ciutadana en aquesta matèria.

6.- Fer anàlisis de prospecció de riscos i promoure estudis i recerques en relació amb el frau, les causes que l'originen i l'impacte social i polític que genera.

Aquesta actuació preventiva de l'OAC es podria interpretar com una funció de defensa de l'ordenament jurídic català davant regulacions que podrien alimentar o fomentar les pràctiques corruptes contra les que aquest òrgan actua. Les recomanacions no s'efectuen en un tràmit particular per a l'OAC sinó en el tràmit d'informació pública general obert a la ciutadania i a altres organitzacions interessades. Pel que fa al seu contingut, poden informar en positiu o objectar sobre una determinada proposta legislativa. La normativa no en diu res, però entenem que aquesta funció preventiva no s'ha de circumscriure exclusivament al procés de redacció de lleis i reglaments, sinó que pot aglutinar la formulació de suggeriments sobre la conveniència de dictar una norma determinada o de modificar les vigents.

La Memòria de 2009 es fa ressò que l'OAC ha informat un total de dos avantprojectes de llei, referits a l'ocupació pública i al règim jurídic i procediment de les administracions públiques de Catalunya, i un projecte de decret pel qual es regulen les entitats esportives de Catalunya.³⁸⁹

La Direcció d'Investigacions s'ocupa de documentar els casos en què es produeix un ús o destinació il·legal de fons públics o qualsevol altre aprofitament irregular derivat de conductes que comportin conflicte d'interessos o l'ús en benefici privat d'informacions derivades de les funcions pròpies del personal al servei del sector públic, i també les conductes oposades a la probitat o contràries als principis d'objectivitat, eficàcia i submissió plena a la llei i al dret. Entre les seves funcions podem destacar:

³⁸⁹ *Memòria 2009*, OAC, pp. 29 a 33.

- 1.- Exercir les potestats d'investigació, inspecció i examen atribuïdes a l'OAC.
- 2.- Proposar al director o directora de l'OAC la conclusió o la reobertura dels expedients d'investigació.
- 3.- Vetllar per la preservació de la indemnitat personal i professional de les persones denunciants o informants.

La Direcció d'investigacions s'estructura en les àrees d'especialització funcional següents: a) Parlament, Govern i Administració de la Generalitat i altres institucions de la Generalitat; b) ens locals, i c) universitats i empreses públiques, fundacions i consorcis.

Finalment, la Direcció d'Anàlisi s'encarrega de recollir, organitzar i tractar la informació que genera l'OAC. Algunes de les seves funcions són:

- 1.- Rebre i analitzar les denúncies i les comunicacions presentades per persones físiques o jurídiques, públiques o privades, i les sol·licituds raonades d'altres òrgans o institucions públiques.
- 2.- Portar a terme les determinacions prèvies de versemblança derivades de les denúncies i les comunicacions rebudes a l'OAC.
- 3.- Elaborar les propostes d'iniciar actuacions d'investigació, de derivar-les a l'òrgan competent o d'arxivar-les, i sotmetre les propostes a l'aprovació del director.
- 4.- Efectuar el tractament i l'anàlisi de la informació de què tingui coneixement que sigui susceptible de donar lloc a actuacions d'investigació.

Hom ha de retreure a aquesta regulació la manca de previsió d'una potestat sancionadora (amb mesures com la imposició de multes, la incoació de procediments disciplinaris...) que podria donar major contundència a la gestió de l'OAC, permetent-li assolir millors resultats.

7.3.5. Actuacions procedimentals

En aquest àmbit, s'ha de destacar el *deure de col·laboració* (comunicació d'informació...) envers l'OAC i la *cooperació institucional* d'aquesta en relació a altres òrgans de control amb els quals pugui intercanviar informació (art. 15.2 de la Llei 14/2008). Pel que fa al primer, s'estén tant a les administracions com a les persones físiques o jurídiques privades a què hem fet referència abans (concessionaris i contractistes). El personal al servei de l'administració, els alts càrrecs i els particulars que impedeixin o dificultin o obstrueixin les gestions de l'OAC o es neguin a facilitar la documentació o informació requerida, incorreran en responsabilitat. Aquesta previsió permetria a l'OAC instar davant l'administració corresponent l'obertura d'un procediment de responsabilitat patrimonial si es detecta l'existència de perjudicis a tercers a causa d'aquest comportament. Així mateix, tot i que l'article 26 de les Normes d'actuació i de règim interior de l'OAC no ho especifica, i tenint en compte que en queda exclosa la comissió culpable, podria ser aplicable el tipus penal del delictes de desobediència (art. 502.2 CP), tot i que el precepte el refereix en relació al Defensor del Poble, el Tribunal de Comptes i els òrgans autonòmics equivalents.³⁹⁰

La no col·laboració o la resistència a l'activitat investigadora, a més, comportarà que se'n faci referència en la memòria anual que s'ha de presentar al Parlament o en els informes extraordinaris que es puguin emetre, un cop es comuniqui aquest fet a la persona o l'òrgan afectats perquè al·leguin el que estimin més convenient. Aquesta mesura "de pressió" no representa cap novetat, ja que consta també a les lleis de creació del Defensor del Poble i del Síndic de Greuges (art. 24), si bé cal posar de manifest que sovint comporta efectes més reactius la publicació en algun mitjà de premsa dels noms de les persones i les administracions

³⁹⁰ D'acord amb el precepte, incorreran en el delictes de desobediència (arts. 410-412 CP) i, a més, se'ls imposarà la pena de suspensió d'ocupació o càrrec públic per un període de sis mesos a dos anys, l'autoritat o el funcionari que obstaculitzi la investigació del Defensor del Poble, Tribunal de Comptes o òrgans equivalents de les comunitats autònomes, negant-se o dilatant indegudament la tramesa dels informes que aquests sol·licitin o dificultant-ne l'accés als expedients o documentació administrativa necessària per a l'esmentada investigació.

que no han col·laborat, molt més accessible per l'opinió pública, que no pas en la memòria o en l'informe extraordinari que es remeti al Parlament.

Les actuacions de l'OAC se sotmeten al principi de *confidencialitat*. La tramitació "secreta" dels expedients per part de l'OAC ha de ser valorada molt positivament, tenint en compte que l'ús instrumental i mediàtic que es pot fer d'aquesta circumstància pot generar entre l'opinió pública un judici paral·lel i una condemna anticipada quan hi ha la possibilitat que la persona o institució investigada no sigui culpable dels fets imputats. Si resulta que l'OAC preveu la possibilitat que algun alt càrrec, directiu, funcionari o empleat d'un òrgan o institució de les sotmeses al seu àmbit d'actuació pugui estar implicat en un fet dels investigats, aquesta persona ha de ser informada d'aquest fet, llevat que en benefici de la inspecció s'acordi el manteniment de secret absolut sobre el cas.

Així mateix, cal dir que l'actuació de l'OAC s'estén a investigacions d'ofici, ja que no queda limitada pel principi rogatori, d'actuació a instància d'una part.

La Llei fa una "crida" a denunciar davant l'OAC els fets o conductes que presumptament es considerin corruptes, il·legals o fraudulentos i que afectin els interessos generals o la gestió dels fons públics. A diferència del que succeeix amb el Síndic de Greuges³⁹¹, la normativa reguladora de l'OAC no es pronuncia al respecte de l'admissió o inadmissió de les denúncies o comunicacions anònimes, però del contingut de la Memòria de 2009 es desprèn que aquestes denúncies són objecte d'admissió.³⁹² Qualsevol persona que denunciï o informi respecte de fets o conductes que siguin objecte de la competència de l'OAC pot sol·licitar que es guardi confidencialitat sobre la seva identitat, per exemple, per evitar possibles mesures repressives o intimidadores (com ara acomiadaments, remocions, trasllats, informes negatius...) i té dret a obtenir el compromís escrit que la

³⁹¹ De conformitat amb l'article 16.4 de la Llei del Síndic de Greuges, les queixes anònimes constitueixen una causa d'inadmissió i s'arxiven sense realitzar cap tràmit ulterior. Tot i així, es constata que en alguna ocasió el Síndic ha seguit actuacions d'ofici contra una queixa anònima quan s'ha tractat d'una infracció suficientment greu de l'ordenament jurídic i s'han aportat indicis raonables de la seva certesa o bé quan s'ha considerat que l'anonimat responia a la voluntat de protegir-se de represàlies eventuais. Bartlett Castellà, E.R., *El Síndic de Greuges*, IEA-Tirant lo Blanch, València, 2005, p. 283.

³⁹² *Memòria 2009*, OAC, p. 22.

seva identitat no serà revelada a terceres persones;³⁹³ llevat, és clar, que l'OAC rebi un requeriment judicial.

La legitimació per denunciar no és exclusiva de les persones físiques, sinó que s'estén a les jurídiques: qualsevol persona pot denunciar, però aquest "pot" es converteix en una obligació per a les autoritats i els responsables d'oficines i organismes públics, que "han" de comunicar immediatament els fets que detectin i puguin ésser considerats constitutius de corrupció o conductes fraudulentos o il·legals contraris als interessos generals, sens perjudici de les altres obligacions de notificació que estableix la legislació processal penal. La denúncia o comunicació es presenta per escrit³⁹⁴ però pel que s'ha comentat respecte de les denúncies anònimes, semblaria que res impedeix considerar que la informació que desencadena l'inici de l'expedient pugui ser transmesa de forma oral i fins i tot, telefònicament, com succeeix amb la FPPC californiana. L'OAC ha d'acusar recepció de l'escrit o la comunicació efectuades.

En el supòsit que fossin diverses les denúncies presentades en relació amb uns mateixos fets, es pot fer una acumulació d'expedients i dictar una única resolució (art. 73 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú).

El director acorda d'ofici la iniciació d'actuacions, un cop s'ha investigat i determinat que els fets o conductes de les quals té coneixement tenen aparença de ser certes (el que la Llei anomena "anàlisi de versemblança", una avaluació prèvia prevista al Decret 178/1993, de 9 de novembre, que regula el procediment sancionador de la Generalitat i, subsidiàriament dels ens locals. Aquesta anàlisi o comprovació no pot excedir de 30 dies hàbils des de la presentació a l'OAC de la denúncia o comunicació). L'acord es

³⁹³ Aquesta és una novetat important de la Llei 4/2008 que vol donar protecció al denunciador en la mesura que és una peça important en la lluita contra la corrupció, a imatge del que ja succeeix en l'àmbit internacional i europeu amb la regulació proteccionista de la figura del *whistleblower*, definit com el membre d'una organització (en actiu o jubilat) que denuncia pràctiques il·legals, immorals o il·legítimes dels seus superiors o companys a persones o organitzacions que estiguin legitimades per iniciar actuacions als respecte. *Memòria 2009*, OAC, p. 62.

³⁹⁴ La Memòria de 2009 de l'OAC fa constar que va rebre les denúncies presencialment (37,8%), per correu electrònic (33,3%), per correu ordinari (26,7%) i per fax (2,2%). *Memòria 2009*, OAC, p. 46.

pot produir per iniciativa pròpia, per denúncia o comunicació (persona física o jurídica, pública o privada) o per sol·licitud raonada presentada per altres òrgans o institucions públics. Altrament, si l'anàlisi de versemblança no donés resultats positius, s'arxivaran les actuacions d'investigació.

L'acord d'iniciació ha d'incloure la descripció dels fets coneguts i les persones implicades, sempre que puguin ésser identificades, i determina l'obertura de l'expedient corresponent i la possibilitat d'establir mesures cautelars (que també es podien establir en la fase de comprovació). Acordat l'inici, la durada de les actuacions d'investigació no pot excedir els sis mesos, llevat que les circumstàncies o la complexitat del cas facin indispensable una única prorroga de tres mesos, que el director ha de motivar davant la comissió parlamentària corresponent.

Ja s'ha dit que, si en el curs de les actuacions empreses per l'OAC es detecten indicis que s'han comès infraccions disciplinàries o fets presumiblement delictius, el director ho ha de comunicar a l'òrgan competent i també, de manera immediata, al Ministeri Fiscal o a l'autoritat judicial. Si no és el cas, es van realitzant actuacions per completar l'expedient d'investigació –actuacions que també es poden realitzar en la fase d'avaluació prèvia, si bé en aquesta s'acostuma a realitzar una investigació més superficial: informes, dictàmens, entrevistes personals... Cal posar de relleu que l'actuació investigadora de l'OAC és discrecional quant a la forma, en la mesura que pot utilitzar al seu criteri tots els mitjans que li reconeix la llei per esbrinar la veracitat de les denúncies o comunicacions.

Particularment interessant és la regulació de les visites d'inspecció. L'OAC es pot presentar, sense avisar prèviament a qualsevol oficina o dependència de l'administració o centre afecte a un servei públic, per obtenir informació que pugui resultar rellevant. Òbviament, degudament acreditats i lliurant una certificació de l'acord pel qual s'ha disposat la visita d'inspecció. La obstaculització de la visita pot comportar que l'OAC requereixi l'auxili dels mossos d'esquadra.

També es pot obtenir informació de les entitats bancàries o creditícies, que l'han de facilitar en relació amb comptes corrents, dipòsits d'estalvi i a termini, comptes de préstecs i crèdits, comptes de valors, productes financers i altres operacions actives o passives, etc. Aquestes dades

gaudeixen de la protecció de confidencialitat prevista legalment i només poden ser utilitzades per a les finalitats d'investigació de l'OAC i per a la possible denúncia davant les autoritats competents. Si l'entitat requerida no presenta la informació sol·licitada, s'interpreta que l'OAC ha de sol·licitar-la de nou, advertint que l'obstrucció o la no col·laboració poden comportar la publicitat d'aquesta omisió.

Un cop esgotada la investigació, el director pot acordar, de forma motivada:

- a) La denúncia davant l'autoritat judicial o el Ministeri Fiscal.
- b) La comunicació a l'autoritat administrativa competent perquè iniciï els procediments administratius sancionadors o els que corresponguin.
- c) La presentació d'un informe raonat a l'administració local corresponent, als efectes del que estableix l'article 6.a de la Llei 14/2008: o sigui, que investigui i inspeccioni.
- d) L'arxivament de l'expedient.

Finalitzades les actuacions, el director de l'OAC ha d'emetre un informe raonat que ha de trametre a l'autoritat competent. Aquesta disposa de 30 dies per informar-lo sobre les mesures adoptades o les raons que l'impedeixen actuar de conformitat amb les recomanacions que s'han formulat.

L'OAC té, doncs, competència per a instar un procediment administratiu o un procés judicial sancionador i actuar com a denunciant qualificat. També pot constatar eventuais irregularitats i desviacions de poder.

Per acabar, s'estableix una fase de seguiment per comprovar si les autoritats competents han aplicat les mesures administratives, financeres, legislatives, judicials o disciplinàries que l'OAC els ha recomanat. Així, pot adreçar recordatoris al màxim responsable de l'organisme afectat i sol·licitar-li la remissió d'un pla d'implementació de les recomanacions formulades en què es detallin les accions, els terminis i les persones responsables de cadascuna de les actuacions que cal portar a terme, o bé les raons que li impedeixen d'adoptar les mesures proposades. En cas que ni apliquin les recomanacions ni motivin la inaplicació, es farà constar en la memòria anual o en un informe extraordinari al Parlament, segons

que escaigui, prèvia comunicació a l'òrgan afectat a fi i efecte que al·legui el que consideri més adient.

A més, l'OAC gaudeix d'una potestat indicativa que li permet emetre recomanacions i propostes. Mitjançant les primeres, se suggereix la modificació, l'anul·lació o la incorporació de criteris que puguin evitar disfuncions o millorar determinades pràctiques, dins els supòsits i les àrees de risc de conductes irregulars que es constatin com a conseqüència d'actuacions portades a terme per l'OAC. Les propostes tenen per objectiu promoure i impulsar l'aplicació de mesures anticorrupció i contra les pràctiques fraudulentas. També pot contestar les consultes no vinculants (funció assessora) formulades pels ens públics en el termini d'un mes des de l'entrada de la sol·licitud en el registre general de l'OAC.

A pesar que la Llei de creació de l'OAC va entrar en vigor el mes de novembre de 2008, no és fins al darrer trimestre de 2009 que esdevé operativa, essent al desembre d'aquell any quan resulten d'aplicació les Normes d'actuació i règim interior. La Memòria d'activitats de 2009 és l'únic document que permet valorar estadísticament el conjunt d'actuacions desenvolupades per l'OAC. Així, en aquest període trimestral es va dur a terme l'avaluació prèvia de versemblança d'un total de 45 denúncies, de les quals nou van ser objecte d'investigació i la resta es van arxivar³⁹⁵. Les denúncies han estat presentades per particulars (73,3%), per grups polítics (13,3%), per empreses (4,4%), per altres entitats o institucions (4,4%) i la resta (4,4%) són anònimes. Pel que fa a l'àmbit material d'actuació, les irregularitats investigades es localitzen majoritàriament en matèria de contractació (33,3%), mentre que la resta (8 denúncies) es reparteixen en la mateixa proporció en obra pública (11,1%), subvencions (11,1%), concessió d'autoritzacions administratives (11,1%), cessió de solar (11,1%), incompatibilitat de càrrec públic (11,1%) i aprovació de planejament urbanístic (11,1%).³⁹⁶ És obvi que l'activitat desenvolupada en aquest curt període de temps no és representativa del nivell de denúncies que poden

³⁹⁵ La proposta d'arxiu es fonamenta pel fet de tractar-se d'assumptes que ja havien estat substanciats en via jurisdiccional (27,8%), de denúncies genèriques sense fonament fàctic ni argumentació que hi donessin suport (22,2%), de denúncies contra entitats privades que queden fora de l'àmbit competencial subjectiu de l'OAC (16,7%) i de denúncies que no ofereixen prou indicis o evidències de fet i de dret com per iniciar-ne la investigació (33,3%). *Memòria 2009*, OAC, p. 46.

³⁹⁶ *Memòria 2009*, OAC, pp. 43 a 46.

arribar a l'OAC en el període d'un any, de manera que per realitzar una valoració més realista de la tasca desenvolupada per l'OAC caldrà esperar a la memòria d'activitats d'enguany.

7.4. Competitivitat entre administracions

És un tret usual la coexistència d'organismes amb funcions similars en els Estats complexos, com és l'espanyol, on s'ha normalitzat la tendència a reproduir a escala autonòmica els òrgans previstos en la Norma Fonamental (Tribunal de Comptes, Consell d'Estat, Defensor del Poble), en base als seus poders d'autoorganització reconeguts estatutàriament.³⁹⁷

Tot i que fora de l'òrbita de les relacions Estat-comunitats autònomes, el debat sobre la duplicitat orgànica es pot portar a Catalunya: la creació d'un organisme, l'OAC, amb competències fiscalitzadores similars a les desenvolupades per alguns d'aquest òrgans fa que o bé encetem un debat sobre la necessitat o gratuïtat de crear un òrgan d'aquestes característiques amb les duplicitats i els problemes de coordinació que poden existir o, des d'un punt de vista més constructiu, esmentem la qüestió de la competència entre administracions.

L'experiència americana és sobradament coneguda, amb estats especialitzant-se en matèries concretes per millorar les condicions en les quals s'exerceix l'activitat econòmica (ajuts, estímuls, beneficis tributaris...), l'eficiència i prestació dels serveis públics o el benestar dels ciutadans integrats en el seu territori. Aquestes noves regulacions condueixen a una millora dels estàndards presents en els estats veïns, que és reconeguda i premiada pels ciutadans (la coneguda teoria del "vot amb els peus" de Tiebout³⁹⁸). El federalisme competitiu és fruit del replantejament del model

³⁹⁷ Com ha declarat la jurisprudència, l'existència dels comissionats parlamentaris autonòmics no pot constituir un menysteniment de les competències dels òrgans constitucionals en el territori de les comunitats autònomes.

³⁹⁸ Charles Tiebout va establir, a la dècada dels anys 50 del segle passat, la famosa teoria del vot amb els peus (*race to the bottom*) observant la competitivitat horitzontal que es produeix entre les administracions locals i prenent com a referència les relacions que es duen a terme en el mercat. Aquest autor va posar de manifest que la mobilitat dels ciutadans i la llibertat per escollir el seu lloc de residència forcen els governs locals a competir entre ells respecte d'una utilització més eficient dels recursos i una millor qualitat en la prestació dels serveis. Després de comparar, els ciutadans (consumidors de béns i

de federalisme cooperatiu i es caracteritza per la competència entre les diverses administracions per l'atenció i el sosteniment dels contribuents.³⁹⁹ La doctrina politicojurídica i fins i tot l'econòmica aposta per un model de federalisme competitiu o concurrencial, malgrat reconèixer que, a primera vista, el federalisme consistent en la cooperació entre governs és menys traumàtica. El fet de decantar-se per aquest nou model suposa posicionar de forma emergent en un primer pla no al polític/buròcrata sinó al ciutadà/contribuent, que està més interessat en què els governs conflueixin que no pas que cooperin: "Aquest discurs adquireix un 'bon sentit' si s'abandona el món dels fins superiors de la política i la connexa economia pública dels creixents *beni meritori* i es posa atenció en els subjectes polítics com a empreses que ofereixen els serveis requerits. Sens dubte, els ciutadans estan més interessats en què existeixin empreses concurrents, perquè és d'aquestes empreses de les quals, com a consumidors, els ciutadans adquireixen béns i serveis públics"⁴⁰⁰. Des d'aquesta perspectiva, el federalisme cooperatiu és només un acord entre productors, entre administracions, que no tenen en compte la valoració dels consumidors, és a dir, dels ciutadans.

La història ha demostrat que competició no s'oposa a cooperació, atès que totes les fórmules federalistes han suposat *de facto* un procés ininterromput i permanent de cooperació i competició. El que potser no havia estat teoritzat era l'aflorament dels aspectes positius que es deriven del procés de competició entre administracions, sigui aquesta horitzontal o vertical, atès que la competitivitat aporta noves idees i solucions innovadores, des d'una multiplicitat d'actors, a un sistema politicosocial sempre necessitat de millores.

Encara que el model de federalisme competitiu té les seves bases en molts dels principis d'*El Federalista*, obra dels pares de la Constitució federal Nord-americana, primordialment James Madison, reapareix sobre noves

serveis i votants en les eleccions municipals) fixen llur residència en el municipi que millor satisfà les seves necessitats. Aquest procés selectiu es veu facilitat com més comunitats existeixin i majors siguin les diferències entre elles. Tiebout, C., "A Pure Theory of Local Expenditure", a *Journal of Political Economy*, vol. 64, núm. 5, 1956.

³⁹⁹ Shannon J. i Kee, J.E., "La crecita del federalismo competitivo", a *Problemi di Amministrazione Pubblica*, a. XV, núm. 4, 1990, p. 641.

⁴⁰⁰ Eusepi, G. i Mallus, A., "Il federalismo concorrentiale come alternativa al federalismo all'italiana", a *Federalismo & Libertà*, vol. VI, núms. 1-2, 1999, p. 91.

bases i interpretacions: sorgeix quan la terminologia pròpia de la ciència econòmica s'introdueix en el camp de les relacions entre poders per explicar la rivalitat que es constata en els diferents nivells de govern i administració amb la finalitat d'aconseguir una sèrie d'objectius com són la millora de la seva economia i la satisfacció dels ciutadans, entre altres. Malgrat això, l'ús del terme "federalisme competitiu" no comporta *per se* una crisi permanent sinó, tot al contrari, una important dosi de treball en comú (*Zusammenarbeit*).

No és doncs una fal·làcia l'intentar traslladar els plantejaments del federalisme competitiu a l'àmbit autonòmic. Com afirma Muñoz Machado, la utilització dels drets dels ciutadans com un element de la competició entre territoris autònoms s'ha convertit en l'instrument més utilitzat pels estatuts d'autonomia, a partir de l'Estatut aprovat l'any 2006 a Catalunya.⁴⁰¹ L'oferta competitiva d'un major control de les institucions polítiques i administratives catalanes també pot ser vista des d'aquesta perspectiva i els organismes implicats no hi són aliens. Hem vist com algunes de les funcions dutes a terme per l'OAC i la Sindicatura son reiteratives. La raó de "continuar essent" d'aquests organismes es pot fonamentar en la competitivitat entre ells que es dirivi en un control més eficient i eficaç del funcionament i de les males pràctiques administratives i en una superació dels resultats obtinguts fins ara. Sense anar més lluny, el director de l'OAC va apuntar, fa uns mesos, la deficient tasca portada a terme per la Sindicatura de Comptes en relació amb el cas del Palau de la Música, per la demora en la tramitació d'un informe (de conformitat amb l'article 29 de la Llei 7/1988, de 5 d'abril, del funcionament del Tribunal de Comptes, que regula les relacions del Tribunal de Comptes amb els òrgans de control extern de les comunitats autònomes⁴⁰²).⁴⁰³

⁴⁰¹ Muñoz Machado, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo III, Iustel, Madrid, 2009, p. 263.

⁴⁰² Estableix aquest precepte que els òrgans de control extern de les comunitats autònomes han de coordinar la seva activitat amb la del Tribunal de Comptes mitjançant l'establiment de criteris i tècniques comunes de fiscalització que garanteixin la major eficàcia en els resultats i evitin la duplicitat en les actuacions fiscalitzadores. Tan aviat els tinguin aprovats o dins els terminis legalment establerts, aquells hauran de lliurar al Tribunal els resultats individualitzats de l'examen, la comprovació i la censura dels comptes de totes les entitats del sector públic autonòmic, així com els informes o memòries, mocions o notes en què es concreti l'anàlisi de la gestió economicofinancera d'aquestes entitats o de les subvencions, crèdits, avals o altres ajuts del sector públic percebudes per persones físiques o jurídiques. Els informes o memòries s'han de remetre acompanyats dels antecedents i del detall necessaris per a què el tribunal de Comptes els pugui examinar,

practicar les ampliacions i comprovacions que estimi pertinents i incorporar les seves conclusions a la memòria anual que s'ha de remetre a les Corts Generals o a les assemblees legislatives autonòmiques o a les memòries extraordinàries regulades a l'article 28.2 de la Llei.

Així mateix, i mitjançant acord plenari, el Tribunal de Comptes pot sol·licitar als òrgans fiscalitzadors de les comunitats autònomes la pràctica de funcions concretes de fiscalització referides tant al sector públic autonòmic com a l'estatal.

⁴⁰³ L'OAC va retreure a la Sindicatura que aquest organisme hagués tardat sis anys a enviar un informe traduït al castellà sobre la gestió del Palau al Tribunal de Comptes. El Sindic Major es defensava a través d'una carta enviada al President del Parlament de Catalunya i al director de l'OAC (a qui demanava una rectificació) dient que ja havien complert les seves obligacions lliurant el citat informe en català el 2003 i que no constava enlloc que l'informe s'hagués de remetre en castellà, passant d'aquesta manera la responsabilitat al Tribunal, que no l'havia llegit. Així mateix, al·legava que en el plenari que va aprovar l'informe (juliol de 2002) no es va fer constar que s'haguessin detectat irregularitats greus, atès que no apareixien indicis de responsabilitat comptable.

Arran d'aquesta situació, PSC, ERC, ICV-EUiA, Partit Popular i Ciutadans van acordar instar a la Sindicatura per tal que remeti al Tribunal de Comptes tots els expedients en què apareguin responsabilitats comptables o administratives en el termini de sis mesos posteriors a l'aprovació del dictamen, i que emeti un informe anual sobre el grau de compliment de les seves recomanacions (*El Periódico*, 30 de juliol de 2010).

Capítol 8

LA REGULACIÓ I GESTIÓ DELS CONFLICTOS D'INTERESSOS A CATALUNYA

“Eren, aquells, honestos, sense cap raó especial (no s’inspiraven en grans principis, ni patriòtics, ni socials, ni religiosos, que havien deixat de tenir valor); eren honestos per costum mental, condicionament del caràcter, tic nerviós, per tant no podien fer res per ser d’aquella manera”.

ITALO CALVINO

8.1. Introducció. Teoria de la captura, conflictes d'interessos i marc normatiu

Els esdeveniments de “corrupció” manifesten, parafrasejant a Albert Calsamiglia, la vulnerabilitat de la democràcia, que no acaba de generar en els seus membres prou lleialtat vers les institucions,⁴⁰⁴ Així, ha estat correctament observat que “el concepto de corrupción va íntimamente unido al concepto de crisis, puesto que como en ésta, el mal funcionamiento es imputable a disfunciones internas del sistema”.⁴⁰⁵ Llavors, la corrupció no coincideix només amb les conductes delictives tipificades pel títol XIX del Codi Penal (delictes contra l’Administració Pública), sinó que comença a les esferes administratives en les quals es posa en evidència aquells errors del sistema. Una política anticorupció que es proposi ésser eficaç ha de desplegar mesures de prevenció la dimensió de

⁴⁰⁴ Vid. Calsamiglia i Blancafort, A., “Corrupción y lealtad”, a *Cuestiones de lealtad*, Paidós, Barcelona, 2000, p. 23.

⁴⁰⁵ Cugat Mauri, M., *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 50.

les quals és precisament la correcció de les disfuncions i la implantació de les precaucions necessàries per evitar la desviació de l'interès general. Des d'una perspectiva econòmica institucional, el fenomen de la corrupció està relacionat amb el marc jurídic regulador, que conté tots els elements determinants de les regulacions de les institucions de control i supervisió, dels incentius i desincentius adreçats a garantir el correcte funcionament dels mercats i llur actors, i del règim jurídic dels sectors econòmics. Per aquests motius, compartim la tesi de Rivero Ortega, segons el qual "la prevención de la corrupción va a ser, en gran medida, una cuestión de Derecho administrativo, una cuestión de instituciones jurídico-administrativas".⁴⁰⁶ Des d'aquesta perspectiva, els dos problemes (relacionats entre ells) que ens preocupen són: la "captura del regulador" i els conflictes d'interessos. Ambdós expressen una forma sofisticada i nociva de corrupció. El primer té lloc quan el regulador s'identifica amb el regulat i afavoreix els seus interessos, mentre que el segon fa referència a aquelles conductes de risc abstracte en les quals la conducta corrupte "nace en el instante en que el agente público incurre en el riesgo de abusar de su poder en aras de un lucro privado, siendo perfectamente irrelevante que ese lucro llegue o no a producirse en realidad"⁴⁰⁷, subordinant l'interès general a interessos particulars. Aquesta idea de conflictes d'interessos "goza de tanta veteranía como importancia"⁴⁰⁸ en altres ordenaments⁴⁰⁹ i la corresponent regulació té entre els seus pilars bàsics l'anomenat "principi de la dona del Cèsar", segons el qual s'exigeix que el càrrec o empleat públic eviti no només situacions de conflicte d'interessos, sinó també situacions que simplement aparentin ésser-ho.⁴¹⁰ Les possibles solucions a aquesta 'crisi institucional' porten inevitablement a la qüestió de l'ètica pública, és a dir, aquella "ética aplicada a la función pública [que] tiene su eje central en la idea de servicio [la finalitat del qual] es la actuación al servicio de la colectividad y, por tanto, la conducta imparcial, objetiva e íntegra de los funcionarios en la gestión de

⁴⁰⁶ Rivero Ortega, R., *Instituciones administrativas, desarrollo y control de la corrupción. El caso colombiano*, UIM, 2006, p. 24-25.

⁴⁰⁷ García Mexía, P., *Los Conflictos de Intereses y la Corrupción Contemporánea*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 69.

⁴⁰⁸ *Ibídem*, p. 68.

⁴⁰⁹ L'ordenament nordamericà compta amb cent quaranta anys d'elaboració normativa, jurisprudencial i doctrinal.

⁴¹⁰ Perkins, R., "The New Federal Conflict-of-Interest Law", a *Harvard Law Review*, 76, 1963, p. 1118.

los asuntos públicos”.⁴¹¹ Tanmateix, no hi ha prou amb una crida als valors perquè pot quedar-se en termes d’estèrils aspiracions, sinó que cal plantejar regulacions efectives i eines d’implementació i organismes de control que es facin càrrec del problema.

A Espanya i a Catalunya aquests àmbits trobaven i troben el seu referent legal en el règim d’incompatibilitats que, malgrat comptant amb antecedents llunyans, exhibeix una controvertida trajectòria que manifesta una matèria “que ha sido regulada en mayor número de ocasiones, con incontables normativas especiales, fragmentadas, dispersas y casi indescifrables, circunstancia que contrasta con el desconocimiento e inaplicación de dicha normativa. Pocas veces ha coincidido tanto los excesos normativos en regular una materia en el pasado y las constantes referencias en torno a su trascendencia, con la ignorancia y falta de respeto a sus predicamentos”.⁴¹² Val la pena recordar que ni la Llei 12/1995, d’11 de maig, de “Incompatibilidades de los Miembros de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado” (LIAC)⁴¹³ ni la jurisprudència constitucional esmentaven “de modo más franco, no ya la necesidad de evitar los conflictos de intereses, pero sí al menos la de impedir que los cargos políticos se utilicen en provecho particular. [Així] tampoco en España [parafraçant a Meny] los conflictos de intereses se perciben como tales”.⁴¹⁴

Efectivament, el nou rumb a la regulació de l’ètica pública procedeix de reformes recents: va haver d’esperar-se fins al 2005 per a que el Govern espanyol aprovés el “Programa de Actuaciones para el Buen Gobierno”, amb la finalitat de dotar a les administracions no només dels mitjans materials i legals, sinó també dels valors i mecanismes que assegurin el seu compliment i per tal d’introduir “una regulació del funcionament ètic del propi Govern”, programa que, a més, impulsava un Projecte de Llei sobre conflictes d’interessos, aprovat finalment com la Llei 5/2006, de 10 d’abril, de regulació dels conflictes d’interessos dels membres del Govern i dels alts càrrecs de l’Administració General de l’Estat (LCI). Així mateix és recent —

⁴¹¹ Rodríguez-Arana Muñoz, J., *Principios de ética pública. ¿Corrupción o servicio?*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993, pp. 9-12.

⁴¹² Messeguer Yebra, J., *El régimen de las incompatibilidades de los empleados públicos*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 33.

⁴¹³ Vigent fins l’1 de 2006.

⁴¹⁴ García Mexía, P., *Los Conflictos de Intereses...*, op. cit., p. 124.

del 12 d'abril de 2007— la Llei que introdueix l'Estatut Bàsic de l'empleat públic (EBEP), on, com recita l'exposició de motius, "Por primera vez, se establece en nuestra legislación una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituye un auténtico código de conducta".

A nivell català, també l'any 2005, va ser promulgada la Llei 13/2005, de 27 de desembre, del règim d'incompatibilitats dels alts càrrecs al servei de la Generalitat (LIACG), que assumint la insuficiència i fragmentació de la regulació que existia en matèria, va voler "establir un nou regim propi d'incompatibilitats per a les persones que ocupen els llocs de màxima responsabilitat política, regim que ha d'esser equilibrat, proporcionat a les condicions dels llocs i adaptat a les peculiaritats de l'organització, i que ha de garantir un servei als interessos generals de Catalunya d'acord amb els principis constitucionals".⁴¹⁵ Malgrat això, més enllà d'un esforç de racionalització i de millora normativa, no pot apreciar-se en la reforma un salt qualitatiu cap a un sistema avançat de prevenció i gestió de situacions de conflictes d'interessos dels alts càrrecs de la Generalitat. La regulació de les incompatibilitats dels subjectes que no tenen la consideració d'alts càrrecs, segueix regint-se per la Llei 21/1987, de 26 de novembre, d'incompatibilitats del personal al servei de l'Administració de la Generalitat.

La situació no era millor a les corporacions locals, més aviat el contrari, s'havia apuntat que "deja de ser sintomática y empieza, más bien, a ser preocupante la escasez de normas en el ámbito local destinadas al establecimiento de estándares éticos de conductas para los responsables públicos".⁴¹⁶ Encara amb més força Carlos Jiménez Villarejo considerava inacceptable que "la ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanísticas, que quizás sea la competencia más importante de los municipios, no genere ningún tipo de incompatibilidad para los concejales y los alcaldes, máxime si a ello le añadimos los valores económicos tan elevados que mueve la actividad inmobiliaria y el alto grado de discrecionalidad de la actuación administrativa en materia de

⁴¹⁵ Vid. Preàmbul, Llei 13/2005.

⁴¹⁶ Messeguer Yebra, J., *Régimen de los conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la administración. Estudio comparado de las normativas estatal, autonómica y local*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 61.

urbanismo".⁴¹⁷ La situació s'ha collat a través de la Llei 8/2007, de 28 de maig, de sòl (LS), la disposició addicional novena de la qual ha reformat l'estatut dels membres de les corporacions locals pel que fa al règim de les declaracions d'interessos, activitats i causes d'incompatibilitats, i fixant uns límits postmanament que suposa l'aplicació directa de la norma estatal inclosa a l'LCl. De la mateixa manera es regula el règim de la "integritat" dels directius locals i dels funcionaris amb habilitació de caràcter estatal, a més d'augmentar la transparència en matèria de gestió i ordenació urbanística.

8.2. Les incompatibilitats

L'ètica de la funció pública suposa la materialització i la garantia de la integritat, imparcialitat, del respecte a l'ordenament i realització efectiva dels drets fonamentals⁴¹⁸. Aquesta funció de garantia és assignada tradicionalment, entre nosaltres, al règim de les incompatibilitats.

8.2.1. Els règims d'incompatibilitats: la dualitat entre càrrecs i treballadors públics

Qualsevol comentari sobre el règim de les incompatibilitats ha de comptar amb una observació prèvia relativa a la dualitat d'aquesta regulació. Efectivament, no hi ha un únic règim per a tots aquells qui ocupen un "lloc públic", sinó que a la història normativa espanyola, després confirmada pel propi text constitucional de 1978, s'ha considerat per separat el règim de les incompatibilitats dels membres del Govern i dels Alts Càrrecs de l'Administració, del règim aplicable als treballadors públics en general. Com recorda García Mexía: "La propia Constitución funda en bases dispares el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de la administración, frente al de los cargos políticos. Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, para el que la fundamentación del régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones ha de hallarse en el principio de imparcialidad, en los de eficacia e productividad, y en la política de empleo practicada por la

⁴¹⁷ Carlos Jiménez Villarejo, El País, 6 de desembre de 2000.

⁴¹⁸ Sobre l'ètica dels funcionaris públics, vid. Marina Jalvo, B., *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 58.

iniciativa pública en la actividad económica. Sin embargo, en el caso de los cargos políticos, el fundamento constitucional debe encontrarse en la separación de funciones y la búsqueda de objetivos propios, así como en el pluralismo político, la defensa y la promoción de la libertad, la justicia y la igualdad, y la transparencia pública en la gestión; principios a los que habría que agregar los aplicables a todo servidor de la Administración, es decir, dedicación, eficacia e imparcialidad. [En definitiva] las incompatibilidades de los altos cargos no son pues simplemente la 'versión' del régimen de incompatibilidades específicamente aplicable a los mismos, sin más variación sustancial que la de sus destinatarios. Son mucho más que eso. Son el plus de responsabilidad que se ha de exigir a quien disfruta de un plus de poder".⁴¹⁹

El règim d'incompatibilitats dels funcionaris és coetani de l'Estatut de Bravo Murillo, i es trobava a la Llei de 9 de juliol de 1855. Aquesta llei, amb altres normatives sectorials, va estar vigent fins el Reglament de Funcionaris de 7 de setembre de 1918, la qual afirmava el principi de dedicació exclusiva al servei públic. Després de la Guerra Civil, serà la Llei de 15 de juliol de 1954, sobre situacions funcionaries, la que reguli les incompatibilitats al sector públic, mentre que el Decret Llei de 13 de maig de 1955 estableix el règim aplicable a l'exercici de les activitats privades. Aquesta normativa va subsistir fins l'aprovació de la Llei de bases de 20 de juliol de 1963⁴²⁰ i el seu posterior text articulat, aprovat pel Decret núm. 315/1964, de 7 de febrer sobre funcionaris civils de l'Estat, després sotmès a la reforma pel Real Decret Llei 22/1977. Aquesta darrera normativa, malgrat configurar un règim complet, distava molt de ser satisfactòria, atès que els seus preceptes arbitraven els mecanismes suficients per permetre eludir l'efectivitat de les incompatibilitats que en ells s'establien.⁴²¹

Amb la Constitució democràtica de 1978 s'estableix expressament, al seu art. 103.3 que la llei regularà el sistema d'incompatibilitats. Així, respectant l'ordre constitucional de reserva de llei, es va dictar en un primer moment la Llei 20/1982, "esta Ley sería duramente criticada por el primer Gobierno socialista, elegido este mismo año, que la calificó de cómo una ley de

⁴¹⁹ García Mexía, P., *Los Conflictos de Intereses...*, op. cit., p. 123, 124 i 125.

⁴²⁰ Vid. Gil Ibáñez, J.L., "La evolución histórica de la regulación de las incompatibilidades de los funcionarios públicos", a *Actualidad administrativa*, núm. 14, 1994, pp. 221 i ss.

⁴²¹ Manzana Laguarda, R., *Derechos y deberes...*, op. cit., p. 481.

compatibilitats més que de incompatibilitats, en especial per la possibilitat de compatibilitzar dos sueldos cuando existiera autorización legal o los servicios se prestasen en jornada reducida, lo que llevó al Ministro de la Presidencia, Javier Moscoso, a afirmar que párrafos como éste convertirían en inútil el propósito inicial de la Ley".⁴²²

El Govern del PSOE, per tal de complir el seu programa en matèria de millora del funcionament dels serveis públics, de la credibilitat i imparcialitat de l'Administració, va elaborar sengles projectes de llei sobre incompatibilitats dels alts càrrecs i dels funcionaris públics; aquest darrer fou aprovat com la Llei 53/1984, de 20 de desembre, és a dir, la encara vigent Llei d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques (LI). La doctrina ha destacat el "component ètic" propi d'aquesta normativa que "ofrece distintas manifestaciones, que arrancan de lo que se ha llamado honestidad profesional o relación de lealtad del funcionario, en cuanto debe salvaguardar los supremos intereses de los poderes públicos".⁴²³

La garantia del principi d'imparcialitat, la intenció d'evitar la col·lusió d'interessos entre les activitats públiques i privades del treballador públic i la necessitat d'entregar tota la capacitat a la funció que es desenvolupa, constitueixen la *ratio* essencial de la LI, encara que també cal veure, com a finalitat secundària, el repartiment de treball, com a fonament econòmic laboral.⁴²⁴ Les normes generals de la LI són les següents:

1. El personal contingut al seu àmbit d'aplicació no pot compatibilitzar les seves activitats professional amb el desenvolupament d'un segon lloc de treball, càrrec o activitat al sector públic, per sí mateix o mitjançant substitució, tret de les excepcions contemplades a la pròpia Llei.
2. La llei estableix, també dins del sector públic, una incompatibilitat econòmica, que prohibeix percebre, tret de les excepcions contemplades per la norma, més d'una remuneració econòmica dels pressupostos del sector públic.

⁴²² Messeguer Yebra, J., *El régimen de las incompatibilidades...*, op. cit., p. 41.

⁴²³ Messeguer Yebra, J., *El régimen de las incompatibilidades...*, op. cit., p. 46.

⁴²⁴ Vid. també sobre el tema, Gil Ibáñez, J.L., "El fundamento de las incompatibilidades de los funcionarios públicos", a *Actualidad y Derecho*, 1993, 2, p. 285.

3. En tercer lloc, la llei protegeix la imparcialitat i independència del treballador públic i l'efectivitat de les seves obligacions, disposant que són incompatibles amb el desenvolupament d'un lloc de treball en el sector públic, l'exercici de càrrecs, professional o activitats, públiques o privades, que puguin impedir o menyscabar l'estricta compliment dels seus deures o comprometre la seva imparcialitat o independència.⁴²⁵

No s'entenen els motius pels quals el projecte de llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic no seguís la proposta formulada per la Comissió per a l'estudi i la preparació de l'EBEP que en el seu informe va assenyalar la conveniència que, per raons d'igualtat, major transparència i seguretat jurídica, la llei d'incompatibilitats fos derogada i que es refonguessin els seus continguts al text de l'Estatut.⁴²⁶ Un cop que la nova normativa, en el seu esforç de regulació global i bàsica de l'ocupació a les Administracions, anés a introduir un catàleg sistemàtic de deures dels treballadors públics que constituïssin un codi de conducta, no es comprèn perquè es descarta l'opció d'integrar al text una regulació com la d'incompatibilitats ineludiblement vinculada als principis ètics i funcionals. A més, la Comissió havia destacat que, malgrat la LI fos prou explícita respecte la preocupació d'assegurar els principis d'imparcialitat, neutralitat, objectivitat, honestat i integritat arrel de les cada cop més freqüents relacions d'interdependència entre les activitats públiques i el sector privat, la legislació vigent necessitava actualitzar-se, "desarrollada o completada adecuadamente, en ámbitos y sectores determinados del empleo público. Entre ellos debemos mencionar el de aquellos funcionarios o, en su caso, otros empleados, que realizan sus funciones en los órganos de unidades administrativas o de cualesquiera entidades públicas y privadas del sector público que tienen atribuidos 'poderes de adjudicación', no sólo de

⁴²⁵ Per a un ampli comentari sobre la llei, vid. Messeguer Yebra, J., *El régimen de las incompatibilidades...*, op. cit.

⁴²⁶ "El Estatuto Básico del Empleado Público debe recoger la regulación de las incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, en garantía de la igualdad de todos ellos, y con mayor ámbito posible de aplicación. [...] No cabe duda de que debe ser regulada por el Estatuto básico del Empleado público, incluso con cierto grado de detalle, para garantizar la igualdad de los empleados en este aspecto clave de la regulación de servicio". Informe de la Comissió d'experts, abril 2005, p. 207, disponible a

http://www.map.es/iniciativas/mejora_de_la_administracion_general_del_estado/funcion_publica/estatuto_funcion_publica/proceso/parrafo/0/document_es/Informe_de_la_comision_de_expe.pdf.

contratos públicos sino también de otros derechos a particulares, como autorizaciones, licencias o subvenciones. Debe asegurarse que estos funcionarios o empleados, en particular, quienes tengan facultades de decisión o de informe, no puedan compatibilizarlas incluso con posterioridad a su ejercicio, con el servicio a aquellos intereses o entidades privadas que se relacionen con sus funciones públicas. Un criterio semejante debe establecerse para los funcionarios o empleados públicos de determinado nivel que desempeñan sus funciones al servicio de las autoridades independientes de regulación. Por último, quienes realizan funciones inspectoras o de instrucción o resolución de expedientes sancionadores deben quedar afectados también por un régimen más estricto de incompatibilidad, inclusive *ex post*, con personas o entidades que tengan relación con el ejercicio de dichas funciones en la Administración, departamento, organismo o agencia correspondiente. La salvaguarda de la neutralidad de la Administración Pública en el ámbito de las relaciones económicas, así como de su función de supervisión y control de las mismas, ha de quedar reforzado con estas normas más estrictas de incompatibilidad".⁴²⁷ Finalment, el legislador va triar deixar intacta la LI de manera que les incompatibilitats constitueixen l'única matèria de la legislació general bàsica sobre funció pública no afectada per la important reforma estatutària del 2007.

La regulació de les incompatibilitats dels alts càrrecs i membres del Govern es remunta a l'aprovació de l'Acord de les Corts de 29 de setembre de 1810⁴²⁸, però la història normativa més significativa en matèria s'inicia amb l'aprovació del Decret Llei de 12 d'octubre de 1923 durant la dictadura de Primo de Rivera⁴²⁹, continua amb les lleis de 8 d'abril de 1933 i la de 7 de

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 210.

⁴²⁸ Vid. Messeguer Yebra, J., *Régimen de los conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 35.

⁴²⁹ Malgrat la doctrina ha observat que aquesta normativa "no puede estrictamente considerarse como consecuencia de un régimen inaugurado por la dictadura. Es producto de la dictadura en un sentido diferente. En la medida que el general había asumido públicamente la regeneración del país y sustancialmente de su vida pública y justificaba su mandato por el servicio que a tal causa podría prestar, se veía emplazado a poner límites a la escandalosa acumulación de mandatos, cargo y actividades, públicas y privadas, en los altos cargos de la nación. Fenómeno considerado como moneda de curso corriente en la fracasada monarquía", vid. Olías de Lima Gete, B., "Las incompatibilidades de los altos cargos", a *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm., 40-41, 1984, p. 127.

desembre de 1934 aprovades amb la Segona República⁴³⁰, després amb la Llei sobre situació dels Funcionaris de 15 de juliol de 1954 que afectava a les incompatibilitats públiques i el Decret Llei de 13 de maig de 1955 d'incompatibilitats de Ministres, Embaixadors, Subsecretaris, Directors Generals i similars⁴³¹ que introduïa un sistema general de compatibilitat amb activitats privades, articulats mitjançant les anomenades clàusules de derogació parcial, ambdues normatives van ser després refoses al text articulat de la Llei de funcionaris civils de l'Estat (LFCE) aprovat per Decret 315/1964, l'article 82 del qual obria una clara porta a la compatibilització en establir que el desenvolupament de la funció pública només seria incompatible amb els càrrecs, professions o activitats que menyscabien "l'estricta compliment dels deures del funcionari". En qualsevol cas, l'absència de democràcia desvirtuava el sentit d'aquesta legislació i, malgrat alguns van intentar cercar valors afegits a la normativa sobre incompatibilitats com el de "defensa i garantia de l'interés públic" no pot no coincidir-se amb l'opinió que aquestes virtuts preteses "en un règimen carente de la fundamentación democrática y de respeto de las libertades imprescindibles para poder reclamarse su legítimo defensor, no resultan sinceras".⁴³² Una millora real del sistema només va poder-se donar amb el Real Decret Llei 22/1977 de 30 de març.⁴³³

La Constitució democràtica de 1978 consagra la doble distinció entre "estatut jurídic" i règim de les incompatibilitats tant pel que fa als treballadors com als alts càrrecs públics.⁴³⁴ El 9 de juny de 1982 es va aprovar la Llei 20/1982 d'incompatibilitats en el sector públic, de la qual cal dir que les normes contingudes en els seus articles 2.1. i 3 sobre incompatibilitat amb activitats públiques i privades, no tenien realment altre efecte que no fos permetre un ampli marge de compatibilitat.

⁴³⁰ Observa Ollas de Lima que "El ejemplo de la Segunda República es característico de lo que en nuestro país ha venido aconteciendo con el régimen de incompatibilidades, ya que, en términos generales, puede afirmarse que ha habido una tendencia más pronunciada hacia el rigor o la benignidad, según accediese al Gobierno partidos de los tradicionalmente denominados de izquierda o de derechas, respectivamente", *Ibidem*, p. 127-128.

⁴³¹ "[...] cuya eficacia fue casi nula", segons Messeguer Yebra, J., *Régimen de los conflictos de intereses...*, op. cit., p. 35

⁴³² García Mexía, P. *Los Conflictos de Intereses...*, op. cit., p. 113.

⁴³³ Que establí una incompatibilitat absoluta, amb activitats públiques y privades, per als funcionaris que ocupessin el seu lloc en règim de dedicació exclusiva.

⁴³⁴ Vid. arts. 98.4 i 103.3 CE.

Després va venir la Llei 25/1983 sobre incompatibilitats d'alts càrrecs⁴³⁵, modificada per la Llei 9/1991, la qual tampoc fou lliure de crítiques, mentre s'aprovava la Llei 12/1995 d'incompatibilitats dels membres del Govern de la Nació i dels alts càrrecs de l'Administració General de l'Estat (LIAC) – l'última sobre la matèria que ens ocupa abans de la gran onada de reformes iniciades al 2005– que fou “tachada de suave y “facilona [...]. El propio grupo socialista reconoció en el debate de la Ley en 1995 que la anterior regulación presentaba importantes deficiencias, como la falta de datos en el registro de intereses, la inexistencia de mecanismos sancionadores más contundentes y de control eficaz a disposición de la Inspección General de Servicios”.⁴³⁶ La LIAC va suposar en aquest sentit una notable millora des de diversos punts de vista: s'introdueix una regulació d'incompatibilitats post-treball, es creen els registres d'activitats i de béns i drets, en els quals els alts càrrecs formulen les corresponents declaracions d'interès, es perfecciona el règim sancionador i es reforcen les funcions de control dutes a terme per la Inspecció General de Serveis de l'Administració. S'enregistra en general un major compromís cap a la lleialtat al servei públic.

Abans d'esmentar les reformes més recents, cal recordar que les normes que estem comentant fixaven la norma general de la inhibició, és a dir, el deure d'inhibir-se als membres del Govern i alts càrrecs davant el coneixement d'assumpes en el despatx dels quals haguessin intervingut o que interessos a empreses o societat a la direcció de les quals, assessorament o administració haguessin pres part ells mateixos, els seus cònjuges o persones de la seva família dins del segon grau civil. El remei de la inhibició s'ha de distingir, malgrat assemblar-s'hi, de l'abstenció⁴³⁷ i de l'instrument de recusació⁴³⁸, ambdós regulats per la Llei de Règim Jurídic i Procediment Administratiu Comú (LRJPAC). L'abstenció, tal i com l'explica la doctrina, representa una tècnica d'escombrada de situacions residuals en les quals la compatibilitat existeix teòricament.⁴³⁹ En altres paraules, “el propósito de las normas sobre abstención y recusación consiste en

⁴³⁵ Per a un comentari, vid. Olías de Lima Gete, B., “Las incompatibilidades...”, op. cit., pp. 125-144.

⁴³⁶ Messeguer Yebra, J., *Régimen de los conflictos de intereses...*, op. cit., p. 35.

⁴³⁷ Art. 28 LRJPAC.

⁴³⁸ Art. 29 LRJPAC.

⁴³⁹ Vid. García-Trevijano Garnica, J.A., “Las incompatibilidades de los funcionarios públicos (1810-1893)”, a *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 21, 1984, p. 117.

garantizar un capital principio procesal y procedimental: que nadie sea juez en su propia causa. Por el contrario, este propósito es sólo uno más de los que orientan la legislación sobre conflictos de intereses, uno de cuyos expedientes es el deber de inhibición. [...]. Dos consecuencias se desprenden de esta diferencia entre los deberes de inhibición y las normas de abstención y recusación: primera, la aplicabilidad simultánea de la normativa sobre abstención y recusación, y de la de conflictos de intereses; segunda, la normativa sobre abstención y recusación resulta aplicable en un 'trato sucesivo', es decir en supuestos concretos y aislados, mientras que la normativa sobre conflictos de intereses resulta aplicable en un 'trato continuo', al no limitarse a gobernar supuestos específicos que así lo requieran y desplegar sus efectos de modo tácito y dilatado en el tiempo".⁴⁴⁰

8.2.2. Les incompatibilitats dels membres de la corporació local. Primera aproximació

Com hem observat anteriorment, la regulació de les incompatibilitats dels càrrecs electes de les corporacions locals fins a dates molt properes, brillava per ser molt deficitària. A banda, la norma en matèria continguda a l'art. 178 de la LOREG⁴⁴¹, segons la primera redacció de l'LBRL (art. 75.1),

⁴⁴⁰ García Mexía, P., *Los Conflictos de Intereses...*, op. cit., p. 151. Així com Messeguer Yebra, J., *El régimen de las incompatibilidades...*, op. cit., p. 47, explica que: "La resolución autorizando o denegando la compatibilidad no es la que genera el deber de abstención sin perjuicio de que ésta quede reforzada al haberse producido aquélla por los efectos inherentes a la relación especial de sujeción existente entre la Administración y el funcionario (STS de 15 de octubre de 1994). Es más el hecho que se haya reconocido o autorizado la compatibilidad para el ejercicio de una actividad privada o segunda actividad pública no excluye la posibilidad de que en un caso concreto concurra un supuesto de tacha legal de los enumerados en el art. 28.2 de la ley 30/1992 [LRJPAC]. La resolución estimatoria de compatibilidad implica un juicio abstracto o en hipótesis, que considera una actividad compatible porque parece no impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes de aquél que ocupa un puesto en el sector público, sin comprometer su independencia y objetividad. El deber de abstención surge en la práctica cotidiana, el ejercicio ordinario de las funciones asignadas al puesto que desempeña, cuando la imparcialidad puede verse comprometida en un supuesto concreto y determinado".

⁴⁴¹ Article 178 de la LOREG:

"1. Las causas de inelegibilidad a que se refiere el artículo anterior lo son también de incompatibilidad con la condición de concejal.

2. Son también incompatibles:

el règim d'incompatibilitats s'entenia només com incompatibilitat entre les retribucions per l'exercici dels càrrecs amb dedicació (indiferentment parcial o exclusiva) amb qualsevol altra retribució amb càrrec als pressupostos de les administracions públiques. Alguna limitació s'introdueix amb la Llei 14/2000 que reformava l'art. 75, en primer lloc distingint els supòsits de dedicació i després regulant les retribucions dels membres que presten serveis a les corporacions en règim de dedicació parcial, i finalment, disposant la incompatibilitat de les retribucions rebudes en concepte d'exercici dels càrrecs amb dedicació exclusiva amb altres retribucions públiques, així com per al desenvolupament d'altres activitats en els termes de la Llei 53/1984 (LI).

Tanmateix, el Reglament 2568/1986 d'organització, funcionament i règim jurídic de les entitats locals (ROF), estableix al seu art. 13.3 que "El reconocimiento de la dedicación exclusiva a un miembro de la Corporación exigirá la dedicación preferente del mismo a las tareas propias de su cargo, sin perjuicio de otras ocupaciones marginales que, en cualquier caso, no podrán causar detrimento a su dedicación a la Corporación. En el caso de que tales ocupaciones sean remuneradas, se requerirá una declaración formal de compatibilidad por parte del Pleno de la entidad local"; dit d'una altra manera: l'exclusivitat no exclouria l'exercici marginal d'altres activitats retribuïdes sempre que no fos en detriment de la dedicació a la Corporació. Per tant, el problema es

-
- a. Los abogados y procuradores que dirijan o representantes a partes en procedimientos judiciales o administrativos contra la Corporación, con excepción de las acciones a que se refiere el artículo 63.1 b) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local.
 - b. Los directores de servicios, funcionarios o restante personal activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él.
 - c. Los directores generales o asimilados de las cajas de ahorro provinciales y locales que actúen en el término municipal.
 - d. Los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes.
3. Cuando se produzca una situación de incompatibilidad los afectados deberán optar entre la renuncia a la condición de concejal o el abandono de la situación que, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, de origen a la referida incompatibilidad.
 4. Cuando la causa de incompatibilidad sea la contenida en el punto b), del apartado 2, el funcionario o empleado que optare por el cargo de concejal pasará a la situación de servicios especiales o subsidiariamente a la prevista en sus respectivos convenios que en todo caso ha de suponer reserva de su puesto de trabajo.
 5. Los ciudadanos que sean elegibles, de acuerdo con el artículo 177, apartado 1, de esta Ley, estarán sujetos a las causas de incompatibilidades a que se refiere el presente artículo."

desplaça del camp normatiu a l'àmbit del control de compatibilitat que exerceix el ple.

8.3. L'impuls regulatori: de l'ètica pública nacional a la local

La promoció d'una nova regulació de l'ètica pública a nivell espanyol es deu al Programa d'Actuació per al Bon Govern. Adoptat el 18 de febrer de 2005, per Consell de Ministres mitjançant acord, es proposava dotar les administracions no només dels mitjans materials i legals, sinó també dels valors i mecanismes que asseguressin el seu compliment per tal d'aconseguir l'objectiu final general que la societat disposés dels instruments per a que els ciutadans poguessin controlar als seus responsables públics.⁴⁴² En aquest sentit el Ministre d'Administracions Públiques del moment, Jordi Sevilla, va evidenciar que la reforma legal prioritària en matèria de bon govern es traduïa en "la regulació del funcionament ètic del propi govern". És a dir, en una "*regulation-inside-government*", adreçada als membres del Govern i als Alts càrrecs de l'Administració General de l'Estat que concretament inclou: 1. Un Codi del bon govern amb els principis ètics i de conducta als quals aquells han d'ajustar les seves actuacions; 2. Una Llei de regulació dels conflictes d'interès.

Després d'això, el 2007, va venir l'EBEP que, com afirma la seva Exposició de Motius, per primer cop estableix a la legislació una regulació general dels deures bàsics dels treballadors públics. Aquests deures generals s'aplicaran a tots els treballadors públics, funcionaris de carrera i interins, personal laboral i eventual, inclosos els treballadors de les entitats del sector públic estatal, autonòmic i local que no estiguin compresos en l'àmbit d'aplicació d'aquest estatut.⁴⁴³

L'onada de la regulació ètica va arribar amb més força a les administracions locals –que, com hem vist, semblaven patir més que les altres entitats la proximitat al fenomen de la corrupció – gràcies a la Llei

⁴⁴²Vid. Programa d'Actuacions per al Bon, p. 7, a http://www.map.es/iniciativas/mejora_de_la_administracion_general_del_estado/funcion_publica/codigo_buen_gobierno/codigo_pdf/document_es/Codigo_Buen_Gobierno.pdf

⁴⁴³ Disposició adicional primera de l'EBEP.

8/2007 del Sòl. La nova normativa no afecta només l'estatut dels membres de la corporació (representants electes i membres de la Junta de Govern Local no electes) sinó que s'estén fins als directius i funcionaris amb habilitació de caràcter estatal.

8.3.1. La regulació dels conflictes d'interès

Mentre que als Estats Units la regulació dels conflictes d'interès compta, des del segle XIX, amb una àmplia elaboració legal i una igualment llarga reflexió doctrinal⁴⁴⁴, i es considera com una forma sofisticada de corrupció pública, a Europa el concepte de conflictes d'interès ha trigat molt a integrar-se entre les normes i els estudiosos del dret públic.⁴⁴⁵

Com hem vist, els remeis equivalents a l'ordenament espanyol es trobaven a la normativa en matèria d'incompatibilitats, però és amb la reforma introduïda per la Llei 5/2006, en actuació del Programa per al Bon Govern, quan finalment Espanya es dota d'una regulació més avançada en la qual, més enllà de les formes més grolleres de corrupció, la prevenció dels conflictes d'interès es planteja com una política de bon govern i de lluita contra totes les formes i variables de corrupció pública.⁴⁴⁶ En el preàmbul de la nova LCI s'estableix: "El objetivo de la Ley es establecer las obligaciones que incumben a los miembros del Gobierno y a los altos cargos de la Administración General del Estado para prevenir situaciones que puedan originar conflictos de intereses. 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* relativo a 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*".⁴⁴⁷ En aquest

⁴⁴⁴ Cany, *Conflict of Interest and Federal Service*, Cambridge, Harvard University Press, 1960, p. 3 i ss.; Perkins, R., "The New Federal Conflict-of-Interest Law", a *Harvard Law Review*, 76, 1963, pp. 1113-1169; Manning "The Purity Potlatch: Conflict of Interest and Moral Escalation", a *Federal Bar Journal XXIV*, núm. 3, 1964, pp. 243-249.

⁴⁴⁵ Meny, Y., *La Corruption de la République*, Paris, Fayard, 1992, p. 60.

⁴⁴⁶ Sobre la regulació dels conflictes d'interès como a artillugi de luxe de les societats modernes, vid. García Mexía, P., *Los Conflictos de Intereses...*, op. cit., p. 76-77.

⁴⁴⁷ Cursiva nostra.

sentit, l'LCI suposa un avenç respecte de la LIAC, primer perquè centra el focus de la llei en la prevenció i resolució dels conflictes d'interès, fenomen del qual a l'articulat se'n recull la següent definició: "A los efectos de esta Ley, hay conflicto de intereses cuando los altos cargos intervienen en las 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"⁴⁴⁸, és a dir, la conducta il·lícita consisteix en la simple intervenció en un assumpte en el qual coexisteixin interessos antagònics, sense cap necessitat que es produeixi una desviació de l'interès públic ni danys per a l'interès general. Es tracta, doncs, de prevenir un comportament de risc objectivat però abstracte i, per tant, la nova regulació es proposa detectar i solucionar qualsevol conflicte d'interès malgrat sigui senzillament aparent.⁴⁴⁹ La normativa vincula l'objectiu de la prevenció amb el llinar de risc de l'aparença, "ya que la regulación de los conflictos de intereses intenta explícitamente conseguir que esa anticipación en la definición del 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 ésta e *ictu oculi*, resulte evidente el predominio del interés público sobre el interés particular, lo que no equivale a deducir, sino en una interpretación desviada, una evaluación peyorativa de la legitimidad de los intereses privados".⁴⁵⁰ Nosaltres diríem que la titularitat d'un alt càrrec suposa una *major publicació* de la conducta personal que es reflecteix no només a una administració correcta i eficaç dels assumptes encarregats, sinó també una aparença de bona gestió i d'integritat.

La Llei estableix que els candidats a ocupar alts càrrecs hauran de comparèixer amb caràcter previ al nomenament davant una comissió del Congrés dels Diputats que els examinarà i establirà si hi veu existència o no de conflictes d'interès.⁴⁵¹ L'LCI consagra el principi de la dedicació exclusiva de l'alt càrrec al seu lloc públic, restringint totes aquelles activitats

⁴⁴⁸ Article 4.1 de la LCI.

⁴⁴⁹ La definició normativa de l'LCI sembla inspirada en el concepte de conflictes d'interès contingut a la Recomanació núm. R (2000) 10, de l'11 de maig de 2000, aprovada pel Comitè de Ministres del Consell d'Europa, en la qual el seu art. 13.1 afirma 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".

⁴⁵⁰ Consell Consultiu de Galícia, dictàmen núm. 121/2001, de 8 de juny.

⁴⁵¹ Article 2 de la LCI.

que puguin pertorbar el desenvolupament de les seves funcions; en aquest sentit, s'elimina per als alts càrrecs la percepció de qualsevol retribució o assistència per participació als òrgans rectors o consells d'administració de les empreses amb capital públic⁴⁵² i es delimita la compatibilitat amb activitats privades.⁴⁵³ La Llei reforça el control sobre interessos patrimonials⁴⁵⁴ i preveu el recurs al *blind trust* com a fórmula de gestió dels actius financers dels càrrecs públics.⁴⁵⁵ L'art 7 regula i coordina els deures d'inhibició i d'abstenció. L'art 8 estableix un període de "refredament" postlaboral de dos anys, acompanyat de l'obligació de realitzar una declaració d'activitats prèvia a l'inici d'aquestes; a més, durant aquest període els alts càrrecs afectats "no podrán celebrar por sí mismos o a través de sociedades o empresas participadas por ellos directa o indirectamente en más del 10 % contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con las Administraciones Públicas, directamente o mediante empresas contratistas o subcontratistas".⁴⁵⁶ Tanmateix s'ha de coincidir amb la doctrina que apunta que la redacció d'aquest article és força insatisfactori: "según la formulación [del art. 8] ningún alto cargo estaría impedido, por ejemplo, para prestar sus servicios en cualquier empresa que operase en mismo ámbito sectorial en el que ejerció su responsabilidad, siempre que ésta se constituyera después de su cese en el cargo. [...]. También quedarían fuera de la prohibición aquellos casos en

⁴⁵² Article 9 de la LCI.

⁴⁵³ Article 10 de la LCI.

⁴⁵⁴ Article 6 de la LCI: "Los titulares de los cargos [...] no podrán tener, por sí o junto con su cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial, o mediante persona que conviva en análoga relación de afectividad, así como a través otros miembros de su unidad familiar, participaciones directas o indirectas superiores a 10% en empresas que 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. 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. En el supuesto de que la persona que sea nombrada [...], poseyera una participación en los términos citados, tendrá que desprenderse de ella en el plazo de seis meses. Dicha participación y posterior transmisión tendrán que declararse en los Registros de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales".

⁴⁵⁵ Article 13 de la LCI. Malgrat això, no tots els alts càrrecs compresos a l'àmbit subjectiu de la llei estan obligats a realitzar un "fideïcomís cec", sinó que aquesta obligació recau, a més dels membres del Govern i els secretaris d'Estat, en aquells alts càrrecs que ostentin competències reguladores, de supervisió o de control, sobre societats mercantils que emetin valors i altres actius financers negociables a un mercat organitzat.

⁴⁵⁶ Article 8.3 de la LCI.

los que el ex alto cargo hubiera adoptado decisiones que, aunque no hubieran tenido como destinataria concreta la empresa o sociedad que contratará sus servicios una vez cesado, hubieran podido afectar a sus competidoras (subvenciones, ayudas, resoluciones sancionadoras, etc.)".⁴⁵⁷

Igualment dubtós sembla l'apartat segon del mateix art. 8, en permetre a l'alt càrrec la reincorporació a l'empresa privada en la qual hagi exercit la seva activitat professional, quan l'activitat a desenvolupar en aquesta no estigui relacionada amb les competències del càrrec públic ocupat, i quan el lloc de treball no hagués pogut resultar afectat per les decisions que haguessin pogut prendre's durant l'exercici del càrrec. Aquesta norma rebaixa per als alts càrrecs el nivell d'exigència imposat pel règim de la LI als treballadors públics: "Mientras que para cualquier empleado público resulta decisivo, para conocer las posibilidades que tiene de simultanear su puesto con una actividad privada, el Departamento al que figura adscrito y las competencias que éste gestiona, para un alto cargo, al que se le presupone mayor vínculo, dedicación, compromiso y responsabilidad con la organización pública a la que sirve, es suficiente que no haya dictado resolución respecto de la entidad privada en la que va a prestar sus servicios o que, habiéndolo hecho, ocupe un puesto en ella que no esté relacionado con las competencias del cargo público".⁴⁵⁸

La gestió d'aquesta regulació de la "integritat" dels alts càrrecs es realitza per l'Oficina de Conflictes d'Interès (OCI) adscrita orgànicament al Ministeri d'Administracions Públiques i que exerceix les seves competències amb plena autonomia funcional⁴⁵⁹. Tampoc sembla convèncer el disseny institucional d'aquest nou òrgan per dues raons: primer, hagués estat preferible crear un organisme realment independent dotat de personalitat jurídica pròpia i adscrit al Congrés dels Diputats⁴⁶⁰, que ja segons la pròpia Llei ha d'intervenir en el procés de nomenament de certs alts càrrecs per tal d'avaluar l'existència o no de conflictes d'interès; i, segon, l'OCI es configura com a òrgan instructor i de gestió, però les competències aplicadores de sancions s'assignen al Consell de Ministres, al ministre

⁴⁵⁷ Messeguer Yebra, J., *Régimen de los conflictos de intereses...*, op. cit., p. 143.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, 146.

⁴⁵⁹ Article 15 de la LCI.

⁴⁶⁰ És a dir, el model que ha estat adoptat per la Llei 14/2008, del 5 de novembre, que institueix l'OAC.

d'Administracions Públiques i al Secretari General per a l'Administració Pública.

8.4. El nou "estatut de la integritat" dels membres i directius de les corporacions locals entre (poques) llums i (moltes) ombres

La LS ha incidit de manera pesada en la regulació de l'estatut dels membres de les corporacions locals, tal com resulta de la nova redacció de l'article 75, apartats 7 i 8 de l'LBRL, i de la disposició addicional aatorzena que amplia l'esfera de la garantia de la integritat als directius i a una part dels funcionaris amb habilitació de caràcter estatal. Tanmateix, la normativa, malgrat enfortir les mesures adreçades a prevenir els possibles casos de conflictes d'interès, no deixa de ser una mica confusa i presenta alguna mancança que hauria de millorar-se *de lege ferenda*. Però encara més insatisfactori ens sembla l'estat de la regulació catalana dels registres d'interès continguda a l'article 163 del Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya (TRLMRLC). L'article 75.7 de la LBRL estableix que:

"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 como cuando se modifiquen las circunstancias de hecho".

Mentrestant, la formulació de l'article 163.1 del TRLMRLC⁴⁶¹ és més sintètica i fa referència a un únic registre d'interès en el qual s'inscriuran les

⁴⁶¹ Segons l'article 163.1 del TRLMRLC, tots els membres de les corporacions locals estan obligats a formular, abans de prendre possessió del càrrec i quan es produeixin variacions en el curs del mandat i amb ocasió del cessament, una declaració dels béns i de les activitats privades que els proporcionen o els puguin proporcionar ingressos econòmics o

declaracions de béns i activitats dels membres de la corporació que els proporcionen o poden proporcionar ingressos econòmics o que afecten a l'àmbit de les competències de les corporacions, però no diu res sobre les informacions relatives a les participacions socials i a la liquidació d'impostos.

Per altra banda, s'aprecia no simple omisió, sinó discrepància pel que fa a la determinació de l'òrgan responsable del registre. Segons l'article 30 del ROF, la custòdia i direcció del Registre correspon al secretari, però el 163.3 del TRLMRLC diu en canvi que el registre d'interessos està sota la responsabilitat directa del president de la corporació o del membre en qui delegui. Pot considerar-se el precepte reglamentari com a normativa bàsica de l'Estat, d'acord amb la doctrina del Tribunal Constitucional que estableix que la normativa bàsica de l'Estat ho és quan regula aquestes qüestions, independentment del rang normatiu del precepte que conté aquesta regulació⁴⁶², ja que encara que les bases es trobin en normes legals, això no exclou que siguin contingudes en normes reglamentàries, en aquells supòsits en els quals el desenvolupament normatiu amb eficàcia a tota la nació s'exigeixi per a la vigència efectiva de les bases establertes per llei.⁴⁶³ Aquesta diferència (i d'altres semblants) queden resoltes en aquest sentit, a més, la del propi TRLMRLC afirma que els seus preceptes són automàticament modificats en el moment en el qual es produeixi la revisió de la legislació bàsica estatal.⁴⁶⁴

Certament no seria cap garantia que l'instrument del control dels conflictes d'interès dels càrrecs electes locals fos en el primer d'ells, el president de la corporació. Tot i això, s'hauria de veure si l'òrgan idoni per gestionar el registre d'interessos fos realment el secretari, a causa de les relacions (a vegades) difícils entre polítics i funcionaris habilitats, per bé que és cert que aquesta atribució, dins de l'Administració local, no podria ser d'algú diferent del secretari⁴⁶⁵, qui exerceix les funcions de control i fiscalització del funcionament municipal.

que afectin a l'àmbit de les competències de les corporacions. Les declaracions s'han d'inscriure en un registre d'interessos que ha de constituir cada corporació local.

⁴⁶² STC 35/1982, de 14 de juny.

⁴⁶³ STC 42/1983, de 20 de maig.

⁴⁶⁴ Vid. la disposició adicional primera del TRLMRLC.

⁴⁶⁵ Als municipis de gran població la competència correspon al Secretari General del Ple segons la disposició adicional vuitena, lletra c, de la LBRL.

Segons l'article 75.7 de la LBRL, els subjectes obligats a declarar hauran d'aportar anualment, per publicar-les, les declaracions de renda, patrimoni i societats; això és el que s'entén interpretant la llei, malgrat que en aquest punt no sigui clara, però si hom assumeix que les declaracions d'incompatibilitat, activitats, béns i participacions "se llevarán a cabo antes de la toma de posesión, con ocasión del cese y al final del mandato, así como cuando se modifiquen las circunstancias de hecho" i mirem paral·lelament el text de l'LIAC, no podem interpretar cap altra cosa. Per bé que serà al reglament orgànic on s'haurà de regular aquesta qüestió.

És interessant observar el que a continuació estableix la norma: les declaracions de possibles incompatibilitats, activitats, béns i drets patrimonials, que han d'inscriure's als corresponent registres d'interessos, que tindran caràcter públic (*sic!*). És això possible? Recordant allò establert a l'LIAC, on es deia que el registre d'activitats té caràcter públic mentre que el de béns i drets patrimonials és reservat, la disposició pot semblar estranya. O bé es tracta d'un *lapsus calami* del legislador, o efectivament el nou règim dels registres d'interessos locals és més sever que el corresponent al dels membres del Govern i Alts Càrrecs de l'Administració General de l'Estat, la qual cosa bé podria ser (i així es llegeix a l'LBRJ) si es considera que els escàndols de corrupció local poden haver dut a "collar" als càrrecs de les entitats locals.

Una novetat important introduïda a la LBRL per la LS és la norma continguda a l'apartat 8 de l'article 75, on es regulen les incompatibilitats postcàrrec que estableixen un "període de refredament", en els següents termes:

"Durante los dos años siguientes a la finalización de su mandato, a los representantes locales a que se refiere el apartado primero de este artículo que hayan ostentado responsabilidades ejecutivas en las diferentes áreas en que se organice el gobierno local, les serán de aplicación en el ámbito territorial de su competencia las limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en el artículo 8 de 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".

La tècnica legislativa emprada no és del tot adient, perquè deixar caure una norma des de dalt sense adaptació no és un bon exercici legislatiu; en qualsevol cas, sembla gairebé dibuixar-se un "dret únic de la integritat pública". Al capdavant, amb el límit de l'àmbit territorial propi de cada corporació local, s'aplicaran als membres de l'entitat les limitacions a l'exercici d'activitats privades amb caràcter posterior al cessament, previst per l'LCI, que després de ser adaptades al nou context, serien les següents:

1. No podran desenvolupar els seus serveis a empreses o societats privades relacionades directament amb les competències del càrrec desenvolupat. A aquests efectes, es considera que existeix relació directa quan es doni qualsevol dels següents supòsits de fet:
 - a) Que els membres de les corporacions locals o els titulars dels seus òrgans dependents, per delegació o substitució, haguessin dictat resolucions en relació amb les esmentades empreses o societats.
 - b) Que haguessin intervingut a sessions d'òrgans col·legiats en les quals s'hagués adoptat algun acord o resolució en relació a aquestes entitats.
2. Els representants locals, que amb caràcter anterior a ocupar els seus càrrecs haguessin exercit la seva activitat professional a empreses privades, a les quals volguessin reincorporar-se, no incorreran en la incompatibilitat prevista a l'apartat anterior quan l'activitat que desenvolupin sigui a llocs de treball que no estiguin directament relacionats amb les competències del càrrec públic ocupat, ni puguin adoptar decisions que l'afectin.
3. Durant aquest període de "refredament" de dos anys, no podran celebrar per si mateixos, o a través de societats o empreses participades per ells directament o indirecta en més del 10% dels contractes d'assistència tècnica, de serveis o similars, amb la corporació local a la qual havien estat escollir directament o mitjançant empreses contractistes o subcontractistes.
4. Els membres de la corporació hauran d'efectuar, durant el mateix període de dos anys, davant el Secretari, declaració sobre les activitats que realitzin, amb caràcter previ al seu començament. En

el termini d'un mes, el Ple es pronunciarà sobre la compatibilitat de l'activitat a realitzar se li comunicarà a la persona interessada, i a l'empresa o societat a la qual hagués anat a prestar els seus serveis.

5. Quan el Ple estimi que l'activitat privada que volgués dur a terme una persona que hagués ocupat un alt càrrec, vulnera allò previst a l'apartat 1, se li comunicarà a ell i a l'empresa o societat a la qual hagués anat a prestar els seus serveis, els qui formularan les alegacions que creguin convenientes. Analitzades les alegacions, el Ple declararà el que estimi procedent.
6. Durant els dos anys posteriors a la data d'acabament del govern, aquells qui reingressin a la funció pública i prestin serveis retribuïts mitjançant honoraris, aranzels o qualsevol altra forma de contraprestació econòmica a persones físiques o jurídiques de caràcter privat, s'inhibiran a totes aquelles actuacions privades que guardin relació amb les competències del càrrec exercit.

Aquestes limitacions pequen dels problemes ja esmentats en comentar la LCI:⁴⁶⁶

1. Immediatament després de deixar el càrrec, un representant local podria sense cap impediment prestar serveis per a una empresa constituïda després del seu govern que operés al mateix àmbit en el qual exercia les seves responsabilitats executives.
2. Quedarien formalment fora dels límits de les prohibicions, els casos de participació a decisions que afectin, no ja a l'empresa a la qual volgués prestar els seus serveis, sinó a les seves competidores.

A més, la pròpia normativa estatal per adaptar-se al context local comporta un esforç de regulació que té el seu focus al reglament orgànic de l'entitat on, per exemple, s'haurà d'establir com es produeixen els diversos pronunciaments i els controls que suposa la LCI.

Finalment, cal comentar que la disposició addicional quinzena de la LBRL, sempre per impuls de la LS⁴⁶⁷, amplia l'esfera de les garanties contra els

⁴⁶⁶ Vid. l'epígraf 3.1.

conflictes d'interès a altres dues categories de subjectes: el personal directiu local, i els funcionaris amb habilitació de caràcter estatal. La solució triada es caracteritza un cop més per no tallar un estatus a mesura sinó més aviat un vestit d'arlequí. Així, els directius locals⁴⁶⁸ estaran sotmesos, generalment, al règim de les incompatibilitats dels treballadors públics establerts per la Llei 53/1984 (LI), però pel que fa a les limitacions a l'exercici d'activitats privades successives, sí s'aplicarà la normativa dels alts càrrecs prevista a l'article 8 de la LCI, a banda d'haver de realitzar les mateixes declaracions d'activitats, béns i participacions a les quals estan obligats els membres de les corporacions locals per l'article 75.7 de la LBRL.

De la mateixa manera, estaran obligats a formular aquestes declaracions "los funcionarios de las Corporaciones Locales con habilitación de carácter estatal que, desempeñen en las Entidades locales puestos que hayan sido provistos mediante libre designación en atención al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad que asuman". Per bé que pot justificar-se que aquests funcionaris, a causa de la transcendència de les competències que tenen assignades, hauran d'estar subjectes també a un règim de controls i transparència, no sembla que la norma sigui molt encertada: els secretaris nomenats per lliure designació declararan en el mateix registre que haurien de dirigir i guardar, i llavors: *Quis custodiet ipsos custodes?*

Així doncs, el nou estatut de la integritat dels membres de les corporacions locals persegueix finalitats importants i intenta prevenir les situacions de conflicte d'interès, però sense tenir en compte l'especificitat de les situacions locals; a més, el seu disseny pot conduir a un curtcircuit intern final. Com que no està del tot (o gens) ben acabada la definició dels òrgans de gestió, vigilància i control, les entitats locals hauran d'encarregar-se, en el seu reglament orgànic, d'una profunda regulació sobre la matèria.

⁴⁶⁷ Vid. la disposició addicional novena.5 de la LS.

⁴⁶⁸ Definitos com "los titulares de órganos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la Corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices generales".

8.5. El règim d'incompatibilitats dels alts càrrecs al servei de la Generalitat

El règim d'incompatibilitats dels alts càrrecs de la Generalitat pateix dels problemes evidenciats en els anteriors nivells administratius territorials analitzats. En primer lloc ha d'observar-se negativament que el legislador català no ha introduït en cap lloc del text legal el concepte de "conflicte d'interessos" optant pel tradicional règim d'incompatibilitats. És més, en l'article 6.1 de la Llei 13/2005 (LIACG), duu a terme una operació tan simplista com establir que "Els alts càrrecs al servei de la Generalitat s'han d'abstenir d'intervenir en els casos que estableix la normativa del procediment administratiu comú". D'aquesta manera s'ha renunciat a fixar un estàndard d'integritat i s'ha elegit refugiar-se en les regles d'incompatibilitat que, com hem observat anteriorment, descriuen un àmbit més limitat de les més àmplies situacions de risc que són els conflictes d'interessos. Els principis generals identificats en la LIACG, a saber, dedicació absoluta, retribució única, deure de lleialtat, deure d'abstenció, prohibició d'intervenir en activitats privades després del cessament, inclouen les qüestions a tractar per una regulació moderna en matèria de conflictes d'interessos, però les normes no acaben proporcionant un plantejament realment satisfactori. Més enllà dels límits intrínsecs a l'instrument de l'abstenció/recusació, podem observar, per exemple, que en l'article 4.3, la Llei afirma que:

"Els alts càrrecs al servei de la Generalitat no poden tenir, individualment o juntament amb llurs cònjuges, convivents d'acord amb la normativa d'unions estables de parella o altres familiars de primer grau de consanguinitat o afinitat, la titularitat de participacions que representin un percentatge igual o superior al 10% del capital en empreses que tinguin concerts, convenis o contractes de qualsevol mena amb el sector públic estatal, autonòmic, comarcal o local".

La norma hauria de tenir en consideració la teoria econòmica dels nucleopolis per preveure que no sols una participació al capital d'una empresa en un percentatge igual o superior al 10% constitueix una situació de conflicte d'interessos, sinó també qualsevol altra que atorgui el control o una influència determinant.

Seria oportú ampliar el concepte de lleialtat institucional definit a l'article 5: "Els alts càrrecs al servei de la Generalitat han de complir llur funció amb lleialtat institucional i no poden invocar la condició pública d'alt càrrec ni fer-ne us, per a ells mateixos o per a persones interposades, en l'exercici de cap activitat mercantil, professional o industrial o de cap altra activitat lucrativa" -en el sentit d'introduir un criteri d'"aparença" per a la conducta d'un alt càrrec, malgrat ser lleial, no influeixi de forma negativa en la confiança de la ciutadania en la integritat de l'Administració. No n'hi ha prou amb practicar la lleialtat institucional sinó que cal fer-la visible a tots. En aquesta línia valen les mateixes consideracions desenvolupades sobre la publicitat dels registres d'interessos en l'anterior apartat sobre l'administració local.

L'aspecte més decebedor de la vigent normativa en matèria d'incompatibilitats dels alts càrrecs és el corresponent als òrgans competents en matèria de gestió, control i sanció. En aquest àmbit l'OAC constitueix certament una ocasió desaproveitada per donar coherència i rigor al sistema català d'integritat pública. L'art. 16 de la LIACG estableix que:

"La Secretària d'Administració i Funció Pública és l'òrgan administratiu competent per instruir i resoldre els expedients relatius a les declaracions d'activitats i patrimonial i d'interessos dels alts càrrecs, i també pel que fa als aspectes relatius a la inscripció en els registres corresponents".

I l'article 20 de la LIACG apunta que:

"1. El Govern, a proposta del conseller o consellera del departament competent en matèria de funció pública, ha de declarar els incompliments d'aquesta llei i els ha de comunicar al Parlament.

2. L'òrgan competent per a la incoació del procediment sancionador és el conseller o consellera del departament competent en matèria de funció pública, llevat que l'alt càrrec afectat sigui membre del Govern, cas en el qual la incoació del procediment correspon al mateix Govern".

En un sistema democràtic avançat, la gestió, el control i la potestat sancionadora en matèria d'ètica pública no poden recaure en les mateixes estructures departamentals o en els òrgans polítics de govern de l'administració, és necessari un esforç per dotar de neutralitat les esmentades funcions, de la mateixa manera que determinats mercats o àmbits sensibles de la regulació estan encomanats a administracions independents. El legislador català no ha sabut ser conseqüent amb la creació de l'OAC, en establir en l'article 1.2 de la Llei 14/2008 que "La finalitat de l'Oficina Antifrau de Catalunya és prevenir i investigar possibles casos concrets d'ús o destinació il·legals de fons públics o qualsevol altre aprofitament irregular derivat de conductes que comportin *conflicte d'interessos* o l'ús en benefici privat d'informacions derivades dels funcions pròpies del personal al servei del sector públic"; s'hagués hagut de dotar de competències reals de gestió i sanció a l'OAC. Perquè la funció prevista en l'art. 4.b de la Llei 14/2008, és a dir: "Prevenir i alertar amb relació a conductes del personal i d'alts càrrecs que tinguin o puguin tenir com a resultat la destinació o l'ús irregulars de fons públics o qualsevol altre aprofitament contrari a l'ordenament jurídic, que comportin conflicte d'interessos" queda bastant desvirtuada per la falta de competència de gestió, per la qual cosa és molt difícil que l'OAC pugui prevenir, si la LIACG ha estat reformada només quant al dret d'accés al registre de béns patrimonials que ara ostenta també el Director de l'esmentada oficina. Sense dir que la mera possibilitat d' "alertar", sense potestat sancionadora, projecta una imatge de l'OAC semblant a la d'un "toothless watchdog".

Capítol 9

CONCLUSIONS

"Management is doing things right; leadership is doing the right things"

Peter F. Drucker

9.1. La integritat pública com a àmbit de regulació

La "qüestió ètica" ha estat sempre un factor destacat de la vida pública, no obstant això avui en dia, en una època de crisi econòmica i institucional ha adquirit un significat clau per reformar els governs i els mercats. Durant massa temps el sistema polític ha perseverat en la "tendència rousseauniana" que considera que qui ha estat elegit, per ser dipositari de la confiança popular, està exempt d'altres controls distints dels controls dels electors. No obstant això, l'opinió pública considera que els aparells públics han errat en la seva missió de defensar els interessos generals i en la generació de lleialtat dels seus servidors cap als principis democràtics, per aquestes raons, la confiança popular s'ha esmicolat i és necessari crear nous instruments per assegurar la legitimitat de les estructures del poder públic. Aconseguir aquest objectiu suposa garantir la integritat del sector públic, perquè si no hi ha integritat no pot haver-hi bona administració ni bon govern; és a dir, aquell govern que, des de la fidelitat i el respecte a la normativa constitucional, elegit democràticament després de l'expressió honesta de la seva concepció del que entén com a positiu per al seu territori i societat, executa de forma eficaç, eficient i responsable el seu programa, per a la consecució dels interessos generals. Però què és la integritat pública? I és possible regular-la?

Parlar d' "integritat pública" significa fer referència a un concepte ampli (que pot coincidir amb la idea d'ètica pública) que comprèn la promoció i la garantia de la lleialtat institucional, l'ús racional i econòmic dels recursos públics, la determinació dels criteris d'imparcialitat i objectivitat en l'actuació pública i la seva tutela, l'efectiu establiment dels criteris de mèrit i capacitat com a requisits per accedir a la funció pública, la prevenció i denúncia de la corrupció, la recerca constant dels interessos generals, la promoció d'un alt estàndard de formació professional. Definida en aquests termes, la integritat pública representa un àmbit de regulació, sobretot si es va més enllà de la visió que ha considerat els afers ètics d'alguna manera com si estiguessin extramurs dels factors institucionals, com si es tractés d'afers gairebé exclusivament personals. Des d'aquesta perspectiva la regulació de la integritat s'insereix en el debat sobre els mecanismes de control horitzontal i descriu una dimensió de la regulació el contingut de la qual és assegurar la correspondència de les actuacions públiques al Dret, prevenir les desviacions de poder, detectar i detenir les conductes inapropiades.

9.2. La necessitat de regular la integritat

La investigació comparada ens ha permès apreciar com en ordenaments que tenen una llarga trajectòria de regulació de la integritat pública es produeixen dos fenòmens: el primer és el constant augment de la normativa ètica tant en la seva vessant quantitativa com qualitativa. Segons els estudiosos, l'increment regulatiu es deu a dos factors, la "Path Dependence" (dependència de la trajectòria) i el "Self-Reinforcing Processes" (processos d'autoreforç). El primer suposa que quan un país adopta certes mesures al llarg del temps es defineix una trajectòria que resulta difícil d'abandonar; en altres paraules, les eleccions inicials constitueixen condicionants que no poden ser reversibles sense alts costos. El segon factor implica que l'adopció d'una política porta a un procés d'autoalimentació d'aquesta, en el sentit que en la regulació ètica hi ha uns beneficis relatius al manteniment i desenvolupament de la normativa que desaconsellen l'adopció de mesures distintes. Però és molt interessant observar també el segon fenomen en què la legislació ha produït reformes institucionals centrades en la creació d'algun element independent en el sistema de regulació de l'ètica. És interessant perquè en els últims anys,

també en el nostre ordenament s'ha produït un augment de la legislació en matèria de bon govern i ètica pública, però a més a més Catalunya amb la creació de l'Oficina Antifrau (OAC), mitjançant la Llei 14/2008, s'ha situat en la dinàmica de les democràcies més avançades que han posat en marxa solucions institucionals independents. En la nostra investigació hem observat que les regulacions ètiques poden ser emprades com a armes per al combat institucional, com a recursos que es mobilitzen per atacar i desacreditar els oponents; no obstant això en països com els EUA, la Gran Bretanya o el Canadà, el desgast institucional del mal ús de les regles ètiques ha estat contrarestat mitjançant la creació d'un element extern al procés, com una comissió o una autoritat independent de control la funció de la qual –que encaixa perfectament en la teoria de la regulació– és despolititzar la regulació de la integritat. Pot llegir-se en la institució d'una entitat de dret públic independent com l'OAC adscrita al Parlament de Catalunya -i la finalitat essencial del qual “és prevenir i investigar possibles casos concrets d'ús o destinació il·legals de fons públics o qualsevol altre aprofitament irregular derivat de conductes que comportin conflicte d'interessos o l'ús en benefici privat d'informacions derivades de les funcions pròpies del personal al servei del sector públic” - justament aquesta dinàmica en curs als països amb una experiència reguladora de la integritat més madura, en què els objectius són: millorar la credibilitat del sistema polític mitjançant la independència dels organismes de control; reforçar l'eficiència del sistema polític a través de l'expertise dels organismes de control. La qüestió a Catalunya és comprovar si les esmentades reformes s'han implantat de manera coherent.

9.3. L'experiència americana, la legalització de l'ètica pública i els seus límits

En la nostra hipòtesi de treball l'estudi de les institucions i de la legislació nord-americana ha estat indispensable per entendre la nova dimensió reguladora de l'ètica pública que s'està implantant en l'àmbit internacional, regional i estatal. Amb aquest propòsit hem analitzat l'evolució de la normativa en matèria, les característiques del sistema constitucional administratiu nord-americà i les mesures dirigides a lluitar contra la corrupció i moralitzar la vida pública; això ens ha permès extreure tres característiques fonamentals sobre l'experiència nord-americana:

1. La primera és l'aproximació "macro" a la qüestió de la integritat pública. És a dir, la legislació no es preocupa només de sancionar penalment les conductes més bastes de corrupció com els suborns o la malversació, sinó que articula un sistema que comprèn: les pràctiques corruptes en les relacions internacionals a través de la Foreign Corrupt Practice Act de 1977, una veritable llei anticorrupció global que va ser presa com a model per a la Convenció OECD; la "corrupció organitzada" a través de la Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act de 1970 el sistema dual de la qual suposa l'auge de l'Estat Administratiu a causa del protagonisme de les administratives procuris; la regulació de l'ètica dels càrrecs i empleats públics mitjançant la legalització d'estàndards i regles de conducta en relació amb els conflictes d'interessos, el finançament i les despeses de campanyes electorals, els regals i les retribucions.

2. La segona concerneix la centralitat de teoria de la "captura de l'Estat" com a causa que ha fomentat el desenvolupament de la normativa en matèria de conflictes d'interessos. Inicialment la regulació d'aquests conflictes consistia en poques lleis que es remuntaven a la Guerra Civil, però després de l'escàndol del Watergate, amb l'aprovació de l'Ethics in Government Act de 1978, s'ha implantat un complex sistema de prohibicions, instruments de gestió i prevenció i, si escau, sanció. Aquesta normativa té dues característiques: d'una banda, col·locar sentinelles ètics no sols a les entrades sinó gairebé a cada porta i finestra del sistema federal. D'altra, regular les "relacions perilloses" entre Estat i Mercat a través de la prevenció dels conflictes d'interessos, de la regulació de campanyes i regals. En efecte, cal observar que en realitat l'única mesura immediatament relacionada amb el Watergate va ser la creació del Fiscal Independent (special prosecutor), mentre que tota la resta de previsions de la llei (conflictes d'interessos, campanyes, lobby, etc) estaven pensades per evitar el fenomen de la "captura" del regulador pel regulat" considerada la forma més subtil de corrupció.

3. La tercera és que la regulació de la integritat pública s'articula de forma coherent entre tots els nivells administratius: el federal, l'estatal i el local. Malgrat les importants diferències entre els Estats d'Amèrica del Nord, en el nostre estudi hem pogut apreciar de forma generalitzada esforços per millorar l'ètica i la integritat en les administracions estatals. La primera

legislació en matèria va ser aprovada a Nova York el 1954, la resta d'Estats van dur a terme, més o menys lentament, les reformes necessàries i l'escàndol del Watergate va ser un poderós catalitzador. Hem analitzat amb més atenció el sistema californià, elegit en funció dels paràmetres següents: la importància econòmica de l'Estat, l'antiguitat de la normativa i de l'organisme competent (1974), el vast àmbit competencial i el pressupost de l'esmentat organisme.

La investigació realitzada ens ha permès igualment detectar alguns límits de la regulació americana:

1. Les normes es refereixen als "interessos financers" considerats com la font de la prohibició dirigida a l'empleat o càrrec públic. Pel que fa a la legislació sobre conflictes d'interessos ignora altres importants fonts de conflictes, com la lleialtat al partit, a la família, als companys i amics, les creences religioses, o l'interès del propi càrrec, per exemple, a una futura ocupació. Es tracta certament de factors que poden influir de la mateixa manera que els interessos financers en la decisió d'un subjecte, que pot així desviar-se dels interessos generals.

2. Al davant d'importantes obligacions de declaració d'interessos financers, no hi ha un esforç de control igualment intens per part dels organismes competents; de fet, gràcies a la publicitat dels registres d'interessos, són els ciutadans i els mitjans de comunicació els qui realitzen un control difús.

3. La doctrina americana considera que l'excessiva legalització de l'ètica comporta a la identificació de l'ètic amb el legal, per la qual cosa els càrrecs i empleats públics poden rebaixar el nivell ètic de les seves conductes a la consideració que el que no està prohibit pel dret és correcte (that if it's legal, it's ethical). No obstant això, la construcció de la integritat en les organitzacions públiques no s'exhaureix en el simple compliment de normes i procediments legals.

9.4. El sistema català: entre la innovació i les incoherències

La demanda generalitzada de la ciutadania d'enfortir la transparència, integritat i responsabilitat de les administracions i dels servidors públics, ha

rebut a Catalunya una resposta important amb la Llei 14/2008 que institueix l'Oficina Antifrau de Catalunya (OAC). El paquet de mesures endegat pel Govern català l'any 2009, amb iniciatives com donar més transparència als processos urbanístics, als comptes municipals i les subvencions a les fundacions van en la mateixa línia. La creació d'aquesta nova entitat independent de control dóna compliment a la Convenció de les Nacions Unides contra la corrupció, aprovada a Nova York l'any 2003 (i ratificada per Espanya l'any 2006) que, entre els seus finalitats, apuntava a promoure i reforçar les mesures per prevenir i combatre la corrupció de manera més eficient i efectiva, a promoure, facilitar i donar suport a la cooperació internacional i l'assistència tècnica en la prevenció i la lluita contra la corrupció, i a promoure la integritat, l'obligació de retre comptes i la correcta gestió dels assumptes i béns públics i instava a la creació d'un òrgan especialitzat i independent encarregat de prevenir la corrupció. La tradició europea i sobretot la nord-americana és pròdiga en exemples, però la creació d'un organisme d'aquestes característiques a Catalunya situa la nostra Comunitat autònoma com a pionera a l'Estat espanyol en el disseny d'institucions ad hoc per a la defensa de les bones pràctiques i de l'ètica en les actuacions públiques i la lluita contra la corrupció.

No obstant això, la innovació institucional introduïda per la Llei 14/2008 ha estat objecte de crítiques en ser considerada una reiteració de competències ja existents i exercides per altres organismes de control extern, com el Tribunal/Sindicatura De Comptes i el Síndic de Greuges. És això cert? S'ha creat un organisme les competències del qual es repeteixen i, per tant, entraran en conflicte amb les d'altres "watchdogs" o al contrari l'OAC ocuparà un espai en què els controls tradicionals eren deficientes? Respondre a aquestes preguntes significa, d'una banda, dibuixar un mapa del sistema de control del sector públic a Catalunya, i després contrastar aquest mapa amb l'emergent regulació de la integritat pública per observar si hi ha coincidències o algun àmbit de la vida pública requereix una nova i diferent forma de control.

A Catalunya, en el marc teòric dels mecanismes de control horitzontal extern, existeixen dues institucions estatutàries que depenen del Parlament (no s'inscriuen, per tant, dins del poder executiu) i realitzen un control dels Administracions: el Síndic de Greuges i la Sindicatura dels Comptes. El Síndic de Greuges –una figura que ha estat copiada a nivell local– persegueix la

defensa dels drets i llibertats fonamentals i la supervisió de la negligència o de la conducta irregular de l'Administració (arbitrarietat, discriminació, abús, error...). Mentre que la Sindicatura de Comptes s'ocupa del control financer i pressupostari de les administracions públiques en tota la seva extensió: administració territorial, institucional, universitats... S'ha de recalcar que tant la institució de l'ombudsman com la Sindicatura compten amb el seu duplicat estatal (mimetisme institucional).

Ara bé, quan parlem de "regulació de la integritat pública" ens referim a un àmbit material de control extern més ampli o parcialment diferent del que resulta de la suma de les competències de les institucions estatutàries esmentades. En l'àmplia experiència nord-americana que hem estudiat, i especialment en la de l'Estat de Califòrnia, els objectius de la legislació sobre integritat pública són:

1. Assegurar que les administracions estatal i local serveixin els ciutadans d'acord amb el principi d'igualtat, sense discriminar per criteris d'estatus o riquesa;
2. Garantir que els empleats i càrrecs públics exerciran els seus deures amb imparcialitat, amb independència dels seus interessos financers personals i dels seus partidaris;
3. Establir que els empleats i càrrecs públics declararan els ingressos i béns que puguin ser afectats per la seva activitat pública i s'abstindran de participar en afers en què puguin tenir un conflicte d'interessos;
4. Establir que el finançament i les despeses de campanya seran total i fidedignament publicats de manera que els votants estiguin informats i les pràctiques impròpies siguin inhibides;
5. Assegurar que els processos electorals es desenvolupin de forma correcta;
6. Garantir que cap norma o pràctica s'adoptarà en benefici d'un càrrec públic;
7. Regular l'activitat de lobby i el finançament procedent dels grups d'interès i publicar la corresponent informació per prevenir les influències indegudes en els empleats i càrrecs públics;
8. Proporcionar als empleats i càrrecs públics i als ciutadans els mitjans per a un estricte compliment de normativa en matèria d'ètica.

Aquestes competències vénen encomanades a una agència administrativa independent l'actuació de la qual és especialment preventiva però que ostenta també importants facultats d'inspecció i investigació que poden desembocar en la iniciació d'un procediment sancionador i en la imposició de sancions administratives o petició de danys davant els Tribunals de Justícia.

De la comparativa es pot llavors derivar que l'OAC està justificada des de dues perspectives: la primera, la de la tipologia del control sobretot en la seva vessant preventiva, mentre que les altres institucions estatutàries duen a terme necessàriament un control ex post facto. Però encara més important és evidenciar que una esfera complexa de la regulació de la integritat, que són els conflictes d'interessos, vindrien a recaure en l'àmbit competencial de l'OAC. No obstant això justament en aquest aspecte fonamental, el legislador català no ha demostrat coherència. En efecte, considerem que està destinada a tenir molt poc èxit l'assignació de competència que la Llei 14/2008 fa en el seu art. 4.b a favor de l'OAC sense dur a terme una àmplia reforma de la normativa en matèria de conflictes d'interessos i incompatibilitats dels alts càrrecs, empleats i membres de les corporacions locals. La normativa vigent a Catalunya atribueix les competències en matèria de gestió, control i sanció als òrgans superiors o directius de les administracions en què serveixen les persones que poden tenir el conflicte d'interessos. En altres paraules, en l'ordenament català, la defensa dels drets i llibertats fonamentals i la supervisió de la negligència i conducta irregular de l'Administració, d'una banda (accountability for rights), i el control pressupostari i financer del sector públic (economic accountability), d'una altra, estan encomanades a organismes de control extern, respectivament el Síndic i la Sindicatura, mentre que la tercera pota del sistema de control, l'(ethical accountability) segueix substancialment vinculada al control intern malgrat que hagi estat creat l'organisme independent que hauria d'assumir les corresponents competències. La nostra conclusió final és que el legislador hauria de completar la seva tasca mitjançant una llei d'ordenació dels controls destinats a assegurar la integritat del sector públic, actualitzant la normativa desfasada en matèria d'incompatibilitats, fent un esforç d'aclariment de les competències mitjançant la determinació dels objectius de control, assignant clares i més contundents potestats de gestió i sanció a l'OAC.

