

Comisión de Ética Pública

Asunto 8/2016

ACUERDO RELATIVO A LA CONSULTA FORMULADA POR (...), DIRECTOR DE (...) DEL GOBIERNO VASCO, A PROPÓSITO DE SU CITACIÓN PARA DECLARAR EN CONCEPTO DE IMPUTADO EN LAS DILIGENCIAS PREVIAS QUE SE TRAMITAN ANTE EL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN (...).

1.- Mediante correo electrónico remitido a la Secretaría de la Comisión de Ética Pública (CEP) con fecha (...) de 2016, el interesado, director del Gobierno vasco, formula consulta a propósito de su citación para declarar en concepto de imputado en las diligencias previas que se tramitan ante el Juzgado de Instrucción.

2.- En un *mail* breve y conciso, el promotor de la consulta se limita a solicitar a esta CEP que evalúe el citado “proceso de diligencias previas”, ofreciéndose para “cuantas aclaraciones se estimen oportunas”.

3.- El correo lleva adjunta copia de la correspondiente cédula de citación, en la que se insta a el interesado a comparecer en la sede del Juzgado, “para ser oído en concepto de investigado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 486 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como responsable de hechos constitutivos, aparentemente, de delitos de prevaricación administrativa y malversación/estafa”.

4.- Una indagación más completa en torno a los antecedentes del caso pone de manifiesto que el interesado fue nombrado director (...), formalizó en tiempo y forma su adhesión al Código Ético y de Conducta aprobado por el Gobierno vasco el 28 de mayo de 2013 [en adelante CEC] y fue incorporado al catálogo de cargos públicos elaborado en aplicación del artículo 4.1 de la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos [en adelante LCCCI]: tanto al inicial, aprobado mediante Decreto 2016/2014, de 18 de noviembre, como al actualizado, incorporado como anexo al Decreto 49/2016, de 22 de marzo.

8.- En su virtud, haciendo uso de las herramientas telemáticas a las que se refiere el inciso segundo del apartado 16.4 del CEC, esta CEP ha adoptado por unanimidad el siguiente

ACUERDO:

I.- Antecedentes

1.- El Código Ético y de Conducta aprobado por el Consejo de Gobierno vasco el 28 de mayo de 2013 (CEC) nace del propósito de recuperar el sentido ético de la política y de la apuesta por restablecer la confianza de la ciudadanía en sus instituciones.

A tal efecto, el citado Código identifica las conductas, actitudes y comportamientos exigibles a los cargos públicos y asimilados que forman parte de la alta dirección ejecutiva del Gobierno vasco, con objeto de que sus acciones, tanto públicas como privadas, se mantengan en consonancia con los valores, principios y estándares de conducta previamente fijados en el mismo. Todo ello, con el fin último de promover la integridad y la ejemplaridad, salvaguardando la imagen institucional del Gobierno, reforzando su eficiencia y evitando que la confianza de la ciudadanía en sus instituciones sufra menoscabo alguno.

2.- El CEC se articula en torno a cinco valores básicos -la Integridad, la Excelencia, el Alineamiento entre la Política y la Gestión, el Liderazgo y la Innovación- y seis principios esenciales: la Imparcialidad y Objetividad, la Responsabilidad por la Gestión, la Transparencia y Gobierno Abierto, la Honestidad y Desinterés subjetivo, el Respeto y la Ejemplaridad.

En este marco de valores y principios, el Código incorpora un amplio catálogo de conductas, actitudes y comportamientos, que constituyen el parámetro de referencia con el que ha de operar esta CEP para dar respuesta a las cuestiones y dilemas éticos que puedan someter a su consideración, tanto los cargos públicos y asimilados voluntariamente adheridos al mismo, como terceras personas sinceramente interesadas en el efectivo cumplimiento de sus previsiones.

3.- A tal efecto, el apartado 16.3. del CEC establece en su inciso primero que la CEP, será el órgano competente para “recibir las quejas o denuncias, en su caso, sobre posibles incumplimientos de los valores, principios o conductas recogidos en el Código Ético y de Conducta y darles el trámite que proceda”.

II.- CUESTIÓN SOMETIDA A LA CONSIDERACIÓN DE LA CEP

1.- El presente caso se sitúa en la misma órbita de los que hemos resuelto en los Acuerdos 5/2015, 6/2015, 9/2015, 13/2015, 3/2016, 4/2016, 6/2016 y 7/2016. En todos ellos damos respuesta a consultas planteadas por diferentes cargos públicos del sector público autonómico vasco en el marco del apartado 15.5 del CEC.

2.- El apartado 15 del CEC, relativo a las “conductas y comportamientos relativos a la ejemplaridad y a otras manifestaciones externas” establece en su punto quinto que “la imputación de los cargos públicos y asimilados en cualquier proceso penal o administrativo sancionador, derivada de hechos vinculados al ejercicio de las funciones públicas de su cargo o por acciones de singular relevancia pública, se elevarán a la Comisión de Ética Pública para que emita la recomendación que estime oportuna en cada caso”.

3.- Como hemos hecho notar en los Acuerdos citados en el punto 1, fijando una línea argumentativa que, por obvios motivos de coherencia, vamos a utilizar también en la resolución del presente caso, los cargos públicos del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi que incurran en el supuesto de hecho que se describe en el apartado 15.5 del CEC -la imputación en un proceso penal o administrativo sancionador derivado de hechos vinculados al ejercicio de las funciones públicas que tiene asignadas o por acciones de singular relevancia pública- están obligados a “elevar” consulta a esta CEP. Una consulta para la que, sin embargo, el CEC no prevé respuesta expresa alguna, limitándose a establecer que, cuando se produzca tal hipótesis, la CEP adoptará “la recomendación que estime oportuna en cada caso”.

Nos hallamos, como se ve, de una regla incompleta, que se limita a definir un supuesto fáctico, sin establecer de un modo taxativo la consecuencia que se anuda a su realización. Es esta CEP la que, previa formulación de la correspondiente consulta por parte del cargo público afectado, ha de integrar el contenido de la regla, resolviendo lo que procede hacer en “cada caso”. Ello significa que la Comisión queda expresamente habilitada por el CEC para adoptar, sin más sujeción que la genéricamente debida a los valores y principios que lo inspiran, la decisión que considere más apropiada para “cada caso”.

4.- A lo reseñado en el punto anterior, el último inciso de la regla contenida en el apartado 15.5 del CEC añade que, “en el supuesto de haber procedido” al cese del cargo en cuestión, si en el curso del procedimiento “se confirmara la no existencia de responsabilidad”, el cargo cesado “será objeto de rehabilitación pública, reponiéndole en su cargo [...] o a través de los medios que procedan”.

Contra lo que pueda parecer en una primera y superficial lectura del pasaje, este mandato no sólo no desautoriza la interpretación que hemos esbozado líneas arriba, sino que la confirma. La expresión utilizada por los redactores del CEC al escribir este punto -“en el supuesto de haber procedido a su cese”-, refleja bien a las claras que el cese cautelar del alto cargo tan sólo constituye una opción -una más- del elenco de posibilidades que la CEP tiene a su disposición; en ningún caso la única alternativa posible. De ahí que la obligada rehabilitación pública del cargo preventivamente cesado al que finalmente no se le impone pena o sanción alguna, solo se prevea para ese concreto “supuesto”. No para los restantes. De ello se concluye que, aun cuando el CEC sólo hace referencia expresa al cese cautelar del cargo imputado en un proceso

penal o administrativo sancionador, esta medida no debe ser propuesta por el CEP más que cuando considere que ella -y no otra- es la “más apropiada en cada caso”.

5.- Como sostuvimos en el ya citado Acuerdo 5/2015, sobre la base de una argumentación más amplia que hemos de dar por reproducida aquí -particularmente en las consideraciones recogidas entre sus puntos 5 a 12-, de entre las tres alternativas básicamente existentes en torno al momento procesal a partir del cual el principio de Ejemplaridad hace incompatible el desempeño efectivo de un cargo público con la tramitación de un procedimiento penal o administrativo sancionador en el que la persona que lo hace es objeto de investigación -la que identifica ese momento con el de la imputación, la que lo hace coincidir con el de la apertura del juicio oral y la que lo retrasa hasta la fecha de emisión de la sentencia condenatoria o, en su caso, de la resolución sancionadora inhabilitante- parece oportuno, en principio y al margen de las circunstancias puntuales que puedan obligar a modular este criterio en cada caso concreto, optar por la segunda, que es la que mejor y más ponderadamente contribuye a conciliar las exigencias de la Ejemplaridad pública con el necesario respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos. Todo ello, por supuesto, en el bien entendido de que, cuando hubiera de producirse, el cese cautelar de un cargo público por hallarse encausado en un procedimiento penal en el que el tribunal competente ha dictado auto acordando la apertura del juicio oral, no constituiría ni una condena anticipada, ni el anticipo de una condena futura, sino una medida preventiva y estrictamente profiláctica, arbitrada con la exclusiva finalidad de hacer valer el valor de la Ejemplaridad y preservar, transitoriamente, la buena imagen de la institución a la que presta servicios, de manera que si “en el curso del procedimiento se confirmara la no existencia de responsabilidad” el cargo público cesado, tal y como expresa el apartado 15 punto 5 del CEC, “será objeto de rehabilitación pública, reponiéndole en su cargo [...] o a través de los medios que procedan”.

6.- La alternativa por la que opta la reciente Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado (LACAGE), que autoriza a mantenerse en el desempeño de un cargo público a las personas que se encuentren incurso en un procedimiento penal o sancionador administrativo hasta el momento en que el procedimiento en cuestión concluya con una sentencia condenatoria firme o con una resolución sancionadora inhabilitante, no puede cohonestarse con los requerimientos de un CEC riguroso y exigente, como el aprobado por el Gobierno vasco el 28 de mayo de 2013, que ha sido concebido para recuperar el sentido ético de la política y restablecer la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y los cargos públicos que prestan servicio en ellas.

7.- En el extremo contrario, la alternativa de fijar en el acto de imputación el momento procesal a partir del cual, el acceso a un cargo público o la permanencia en el mismo empiezan a resultar incompatibles con el principio de Ejemplaridad, puede constituir una exigencia desproporcionada y hasta cierto punto irrespetuosa con la cultura de las garantías penales y procesales que la citada reforma legal pretende salvaguardar. Riesgo que se percibe con más

claridad aún, si cabe, tras la aprobación de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica [BOE nº 239 de 6 de octubre de 2015] entre cuyos objetivos figura el de “eliminar determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley, sin ningún tipo de rigor conceptual, tales como imputado, con la que se alude a la persona sobre la que tan sólo recaen meras sospechas y por ello resulta investigado, pero respecto de la cual no existen suficientes indicios para que se le atribuya judicial y formalmente la comisión de un delito” (apartado V de la Exposición de motivos). Atribuir a la imputación una relevancia tan señalada como para proponer la sistemática destitución de todos los cargos públicos que sean judicialmente citados a declarar en concepto de tales, chocaría abiertamente con la decisión legislativa de rebajar la percepción social de su gravedad.

8.- La experiencia acumulada por esta CEP en los casos que ha conocido hasta la fecha, pone de manifiesto que este criterio que venimos manteniendo desde el Acuerdo 5/2015, es prudente, ajustado y equilibrado, porque evita que una excesiva precipitación en la exigencia de medidas preventivas de carácter profiláctico, pueda acarrear perjuicios irreparables a la imagen pública de las personas afectadas. El hecho de que en dos de los cuatro procesos penales que hasta la fecha han dado lugar a la formulación de consultas a esta CEP con motivo de la citación judicial de un cargo público para declarar en concepto de investigado –en los otros dos no se ha dictado todavía resolución alguna - el órgano judicial competente haya acordado el sobreseimiento de la causa y el archivo de las actuaciones, avala nuestra opción por operar en estos casos con un criterio exigente, pero prudente, y aconseja seguir operando con el mismo criterio. Como hicimos notar en el Acuerdo 7/2016, los dos asuntos en los que se ha acordado el sobreseimiento de la causa y el consiguiente archivo de las actuaciones son el resuelto por el Acuerdo 6/2015 y el recogido en el Acuerdo 9/2015.

9.- No creemos ocioso insistir una vez más en la idea de que este criterio debe ser considerado y modulado a la luz de las concretas circunstancias que rodeen cada caso, de suerte que la citación judicial para declarar a título de imputado podría exigir un juicio ético más severo que el aquí esbozado, cuando tuviera lugar por delitos muy graves o se produjese en condiciones que generan alarma social y, por el contrario, la apertura del juicio oral podría no merecer el reproche de esta CEP si estuviera provocada por actuaciones relacionadas con la legítima contienda política, ajenas, por su propia naturaleza, a nuestro ámbito de competencia.

10.- Contrariamente a lo que ocurría en los casos 4/2015 y 7/2015 -que se referían, respectivamente, a un procedimiento judicial de carácter mercantil y a un procedimiento de reintegro por alcance sustanciado ante el Tribunal de Cuentas del Estado- no cabe duda de que, en el caso que nos ocupa, concurren todos los elementos que definen el supuesto de hecho al que se refiere el apartado 15 punto 5 del CEC, cuando establece la obligación de “elevar consulta” a esta CEP: el autor de la consulta, que es un cargo público adherido al CEC,

ha sido citado a declarar como investigado en el seno de un procedimiento penal. Aunque desconocemos los detalles del procedimiento judicial en el que se ha producido la citación, ya que no nos han sido suministrados por el cargo público que promueve la consulta, parece claro que la investigación que está llevando a cabo el Juzgado de Instrucción, no guarda relación alguna con “hechos vinculados al ejercicio de las funciones públicas de su cargo”, sino con “acciones de singular relevancia pública”, que tuvieron lugar con anterioridad a su nombramiento y en el seno de una institución distinta del Gobierno vasco.

11.- En cualquier caso, el procedimiento judicial en el que el interesado ha sido citado a declarar en concepto de investigado, se encuentra todavía lejos de la apertura del juicio oral, que es, en principio, el hito procesal que hemos fijado en el punto 5 de este Acuerdo, como el momento a partir del cual deben empezar a hacerse efectivas las exigencias éticas derivadas del principio de Ejemplaridad, que hacen aconsejable el cese cautelar de los cargos públicos con objeto de salvaguardar la imagen de la institución a la que prestan servicios.

12.- Por lo demás, no resulta fácil ponderar la gravedad de los hechos investigados, sin incurrir en el riesgo de anticipar un juicio sobre el fondo de la cuestión planteada en el proceso penal en el que ha tenido lugar la imputación; algo que, ni nos corresponde realizar, ni está en nuestro ánimo hacer. Por otra parte, tampoco en este caso, la citación para declarar en concepto de imputado se ha producido en unas condiciones de alarma social irreconciliables con las exigencias de la Ejemplaridad. Todo lo cual, aconseja mantener en este caso, el criterio general sentado en el punto 5 de este Acuerdo.

13.- Ahora bien, hay un dato relacionado con las circunstancias temporales en las que se ha producido la consulta formulada a este CEP por el interesado, que no podemos ignorar en este Acuerdo, porque distingue y singulariza el caso al que se refiere, de todos los que hemos conocido hasta la fecha.

14.- En efecto, en todos los Acuerdos relacionados en el punto 1, las consultas formuladas por los cargos públicos del sector público autonómico, en el marco del apartado 15.5 del CEC, tuvieron lugar en un momento previo al de su comparecencia ante el Juzgado de Instrucción correspondiente, para declarar en concepto de investigados. Y es lógico que así sea, por dos razones.

15.- En primer lugar porque, como venimos señalando en nuestros Acuerdos sobre la materia, el apartado 15.5 del CEC anuda el nacimiento de la obligación de consultar a esta CEC, a la “imputación de los cargos públicos y asimilados en cualquier proceso penal”; algo que, en puridad, tiene lugar en el momento en el que el Juez Instructor acuerda su citación judicial para declarar en concepto de imputado -o, más correctamente, de investigado, con arreglo a la terminología establecida en la ya citada Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre; de hecho, en la Memoria correspondiente a 2015 ya hemos propuesto al Gobierno vasco modificar el apartado 15.5 del CEC con el fin de sustituir la voz “imputación” por el término “investigación”-

16.- Y en segundo término porque, lo que la CEP ha de ponderar en el Acuerdo correspondiente es, precisamente, el modo en el que la citación judicial de un cargo público para declarar en concepto de investigado es conciliable con el principio de Ejemplaridad; algo que, obviamente, sólo puede hacerse con seriedad, rigor y garantías, antes de que tenga lugar la declaración ante el juez. Pues una vez realizada ésta, ya se ha producido, de existir, el eventual daño a la imagen institucional que con la consulta previa se pretende evitar. Dicho en otras palabras, o la consulta es previa, o pierde su naturaleza preventiva.

17.- En efecto,

- En el caso 5/2015, la consulta del cargo público se formuló el 27.03.15 y su declaración judicial tuvo lugar el 12.05.15
- En el caso 6/2015, la consulta del cargo público se formuló el 11.05.15 y su declaración judicial, originariamente prevista para el 10.06.15, tuvo lugar, finalmente, el 15.10.15.
- En el caso 13/2015, la consulta del cargo público se formuló el 10.11.15 y su declaración judicial tuvo lugar el 01.02.16
- En el caso 3/2016, la consulta del cargo público se formuló el 07.03.16 y su declaración judicial tuvo lugar el 22.04.16
- En el caso 4/2016, la consulta del cargo público se formuló el 11.03.16 y su declaración judicial tuvo lugar el 22.04.16
- En el caso 6/2016, la consulta del cargo público se formuló el 23.03.16 y su declaración judicial tuvo lugar el 22.04.16
- En el caso 7/2016, la consulta del cargo público se formuló el 12.05.16 y su declaración judicial tuvo lugar el 20.06.16.

Tan sólo en el caso 9/2015, tuvo lugar la declaración judicial antes de la formulación de la consulta. Pero hay que recordar que, en este supuesto, la consulta se produjo en unas circunstancias especiales, que justifican la diferencia: en el momento en el que se celebró la declaración judicial, la persona citada por el Juez de Instrucción para declarar en concepto de investigada no reunía aún la condición de cargo público, porque su nombramiento, acordado por el órgano competente, no había sido insertado todavía en el diario oficial. De hecho, la consulta fue formulada, precisamente, por el miembro del Gobierno responsable de ordenar la publicación oficial de su nombramiento, con el fin de conocer si con ello contravenía el CEC.

18.- En el caso que nos ocupa, por el contrario, aunque la cédula de citación judicial, fechada el (...), le convocaba a comparecer, para declarar en concepto de investigado, el día (...), el cargo público no ha formulado su consulta a esta CEP hasta el (...); es decir, hasta tres semanas y un día después de evacuado el trámite. Lo cual, es evidente que no permite llevar a cabo una ponderación mínimamente rigurosa de las circunstancias concurrentes en el caso, con el fin de emitir el juicio preventivo que requiere el CEC. De hecho, nuestro juicio ya no puede ser preventivo, sino *ex post*.

Por otra parte, la consulta se ha producido después de que, sobre la base de (...), un electo de la oposición interrogara nominativamente en el Parlamento vasco sobre la situación en la que se encontraba el autor de la consulta en punto al cumplimiento del CEC. Lo que permite inferir que su decisión de someter el asunto al conocimiento de esta CEP, no ha sido, como debía, un fruto espontáneo de su voluntaria adhesión a las pautas de conducta recogidas en el CEC, sino algo inducido por la acción parlamentaria de la oposición.

19.- Todo lo anterior evidencia que nos hallamos ante lo que el apartado 3.2. CEC califica de “cumplimiento insuficiente de las normas éticas y de conducta previstas en el Código”, sin que el hecho de que esta CEP haya adoptado varios Acuerdos en la materia, fijando una línea doctrinal clara, pueda eximir a los cargos públicos y asimilados del sector público autonómico, del cumplimiento del deber de consultar que resulta del apartado 15.5 del CEC cada vez que se produzca “la imputación” de alguno de ellos “en cualquier proceso penal o administrativo”. Como hemos señalado con suma claridad en nuestros pronunciamientos sobre la materia -y reiteramos en los puntos 5 y 9 del presente Acuerdo-, las “recomendaciones” que formule esta CEP en respuesta a las consultas planteadas por los cargos públicos, han de adaptarse a las circunstancias de cada caso concreto sin que la solución adoptada en uno -o en varios- de ellos, pueda trasladarse automáticamente a todos los demás. Interesa recordar a este respecto que, según previene el CEC, la recomendación de la CEP debe producirse “en cada caso”; lo cual, puede contribuir, también, a consolidar algo tan importante desde el punto de vista de la ética pública como una cultura de buenas prácticas entre los altos cargos, que forje hábitos saludables y genere convicciones. Por lo demás, como hemos señalado en los puntos anteriores, se ha de producir con carácter previo a la declaración judicial, para que esta CEP pueda desempeñar la ponderación preventiva que se contempla en el apartado 15.5 del CEC y emitir “la recomendación que estime oportuna en cada caso”.

20.- Tras la modificación operada por el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 2 de marzo de 2015, el apartado 3.2. del CEC establece que “una vez acreditada, de modo fehaciente, la contravención o el cumplimiento insuficiente de las normas éticas y de conducta previstas en el Código [...] la CEP propondrá al órgano competente para el nombramiento del cargo público en cuestión [...] el cese inmediato de la persona o personas implicadas, o la adopción de otras medidas, de carácter no sancionador, que guarden proporción con la gravedad de los hechos acreditados y resulten eficaces para enmendar, corregir y mejorar la actuación de los cargos públicos desde el punto de vista ético”.

21.- Esta CEP no considera que el “cumplimiento insuficiente” del CEC que se constata en este caso, deba dar lugar al cese del cargo público que ha promovido la consulta. Sería una medida claramente desproporcionada. Nos parece más ajustado al caso, que se le de publicidad al “cumplimiento insuficiente” mediante la inserción de una nota en el Boletín Oficial del País Vasco.

En virtud de todo ello, esta CEP

ACUERDA:

- 1.- Que el interesado debe seguir colaborando con la Administración de Justicia y atendiendo puntualmente todos los requerimientos que le sean formulados por el Juzgado de Instrucción, en relación con las Diligencias Previas, en las que ha declarado ya en concepto de investigado.
- 2.- Que a la vista de las circunstancias en las que se ha producido la declaración, y de acuerdo con las consideraciones formuladas a lo largo del presente Acuerdo, el autor de la consulta puede continuar en el ejercicio del cargo que ocupa, hasta que, en su caso, el juez o tribunal competente dicte auto acordando la apertura del juicio oral.
- 3.- Para el supuesto de que las actuaciones judiciales que se están llevando a cabo en el seno del citado procedimiento desemboquen en la apertura del juicio oral, esta CEP recomienda el cese cautelar del cargo público afectado, en los términos del apartado 15 punto 5 del CEC y de lo expresado en el punto 5 del presente Acuerdo.
- 4.- Como se ha producido un “cumplimiento insuficiente” de la obligación de consultar a esta CEP prevista en el apartado 15.5 del CEC, proponemos, de acuerdo con lo dispuesto en su apartado 3.2., la inserción en el Boletín Oficial del País Vasco de una nota que le de publicidad.

Josu Iñaki Erkoreka Gervasio
Presidente de la Comisión de Ética Pública

En Vitoria-Gasteiz, a 19 de julio de 2016