

EL ESTADO DE DERECHO Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN PÚBLICA¹

JORGE FERNÁNDEZ PUNSET²

SUMARIO

- I. LA DIMENSIÓN DEL PROBLEMA.
- II. LA DEFINICIÓN DE LA CORRUPCIÓN PÚBLICA.
- III. EL URBANISMO Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA:
DOS FOCOS DE CORRUPCIÓN EN ESPAÑA.
 - 3.1. El urbanismo y las entidades locales.
 - 3.2. La contratación pública y la corrupción.
 - 3.3 Los mecanismos clásicos de control de la Administración en el marco de la contratación pública.
- IV. EL MARCO INTERNACIONAL CONTRA LA CORRUPCIÓN.
 - 4.1. La Organización de Naciones Unidas.
 - 4.2. El Consejo de Europa.
 - 4.3. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.
 - 4.4. La Unión Europea.
- V. LA PERSECUCIÓN PENAL DE LA CORRUPCIÓN PÚBLICA.
 - 5.1. El Código Penal.
 - 5.2. Los medios materiales y humanos en la lucha contra la corrupción.
- VI. CONCLUSIÓN.

1 Este artículo contiene las líneas generales de la conferencia pronunciada por el autor bajo el título *Corrupción pública y Estado de Derecho* el 15 de diciembre de 2014, en el Salón de Actos del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, dentro de las actividades de la Real Academia de Jurisprudencia de Asturias. Se han añadido nuevos contenidos y las oportunas notas y referencias bibliográficas.

2 Magistrado-Juez. Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia de Asturias.

RESUMEN

El autor muestra en este artículo cómo la corrupción pública es uno de los problemas que más preocupan a las sociedades contemporáneas, dados los efectos perjudiciales de toda índole que provoca. En este artículo se exponen las dificultades que surgen para combatirla debido a su compleja naturaleza, la extensión a distintos ámbitos y su creciente relevancia. Se hace un recorrido por su incidencia en España, especialmente en el urbanismo y la contratación pública, y se analizan los instrumentos jurídicos propios del Estado de Derecho para hacerla frente, con sus virtudes y sus insuficiencias. Todo ello con una especial referencia al marco internacional y a la Unión Europea.

I. LA DIMENSIÓN DEL PROBLEMA

La corrupción pública se ha alzado como una de las mayores preocupaciones de la sociedad española. Los reiterados casos que aparecen en los medios de comunicación muestran que se ha convertido en un problema social de enorme trascendencia. Lo cierto es que, además de los costes económicos y de los obstáculos que crea para el desarrollo de un Estado, la corrupción genera evidentes perjuicios sociales en las naciones democráticas ya que elimina el sentido de responsabilidad de los dirigentes políticos y socava la confianza ciudadana en sus instituciones. A todo ello debe sumarse el hecho de que los comportamientos corruptos pueden ser la vía propicia para la comisión de otros delitos graves o la aparición de delincuencia organizada, con una clara disminución de la seguridad ciudadana y el orden público.

Durante los últimos años ha sido, también, un problema creciente para el resto de los europeos, tal y como muestran las encuestas del Eurobarómetro referidas al año 2013. Dicha prospección ha sido realizada por la Comisión Europea entre la población de los Estados miembros, basándose en entrevistas personales. En el estudio, celebrado en los meses de febrero y marzo de 2013 con una muestra total de 27.786 encuestados, se preguntó a los europeos acerca de varias cuestiones relacionadas con la percepción de la corrupción de manera general, su experiencia personal y las actitudes ante favores y sobornos.³

Los resultados no son muy halagüeños. En Europa ha crecido la sensación de que la corrupción ha aumentado y la mayoría de los ciudadanos considera que es un problema fundamental para su país. La percepción de que la corrupción está extendida en el propio Estado obtiene una media del 76% de los europeos encuestados. No obstante, los datos son muy diferentes en unas naciones u otras. Así, alcanzan unos índices muy altos Grecia (99%), Italia (97%), Lituania, España, la República Checa (95%) o Croacia (94%). Por el

3 Para ver la encuesta completa: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb_special_399_380_en.htm#397.

contrario, en Dinamarca (20%) o Finlandia (29%) la percepción de la corrupción es significativamente baja.

Si bien es cierto que un reducido porcentaje medio de encuestados, (8%), afirma haber vivido o presenciado un caso de corrupción en los doce meses previos, en lugares como Lituania (25%), Eslovaquia (21%) o Polonia (16%), las respuestas positivas aumentan. Cuando se pregunta si el soborno y el uso de contactos es la mejor manera para obtener determinados servicios públicos, el 93% de los griegos, el 92% de los chipriotas o el 89% de los croatas responden afirmativamente. Dos de cada tres europeos convienen, asimismo, en que la financiación de los partidos políticos es oscura y que no tiene el adecuado control. Los españoles (87%) y los checos (81%) superan la media europea mientras que británicos (54%) o suecos (55%) se mueven en porcentajes inferiores.

En nuestro país, la percepción de mayor corrupción se fija en los partidos políticos, los propios políticos, los bancos e instituciones financieras y los funcionarios que resuelven concursos públicos o conceden licencias de construcción. En el ámbito de las empresas privadas, afirmaciones como las de que los lazos estrechos entre los negocios y la política conducen a la corrupción, que esta forma parte de la cultura empresarial o que la única manera de tener éxito en los negocios es tener contactos políticos son ampliamente mayoritarias. A la pregunta de si la corrupción afectaba a su vida diaria, en España un 63% de los encuestados contestó afirmativamente frente a un 26% de media de la UE. Los franceses o alemanes que expresaron esa percepción lo hicieron en un escaso 6%.

El 3 de febrero de 2014 se hizo público el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea.⁴ Se trata del primer informe que analiza el fenómeno de la corrupción en todos los Estados miembros y describe las medidas adoptadas para prevenir su aparición y luchar contra ella. El texto evidencia claramente que la corrupción, si bien afecta de forma diferente a unos y otros, es un fenómeno dañino en todos los Estados europeos. Pese a que dentro de la UE se dispone de instrumentos jurídicos e instituciones adecuadas, los resultados no son enteramente satisfactorios. El informe constata que no siempre se aplican las normas con voluntad política ni se adoptan soluciones estratégicas y que, en ocasiones, los Estados no despliegan la suficiente energía para alcanzar los objetivos con eficacia. Ya en 2011 la Comisión Europea advertía que «la aplicación del marco jurídico de lucha contra la corrupción sigue siendo desigual de un Estado miembro a otro y, en general, no es satisfactoria. No todos los Estados miembros han transpuesto la legislación de la UE contra la corrupción, y

4 El Informe está disponible en internet:
http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/index_en.htm.

algunos de ellos no han ratificado los principales instrumentos internacionales en esta materia. Lo que es más importante, incluso cuando existen organismos y leyes para luchar contra la corrupción, a menudo la ejecución no es suficiente en la práctica».⁵

Para la Unión Europea la corrupción pública genera evidentes perjuicios económicos ya que reduce los niveles de inversión y de las finanzas públicas y obstaculiza el funcionamiento de los mercados interiores. Acudiendo a datos de la Cámara de Comercio Internacional, Transparencia Internacional, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas o el Foro Económico Mundial, el Informe evalúa en un 5% el impacto de la corrupción pública en el Producto Interior Bruto mundial, pese a que no es fácil concretar certeramente con precisión sus costes económicos. En relación con la UE se calcula en 120.000 millones de euros el coste de la corrupción para las economías comunitarias.

II. LA DEFINICIÓN DE LA CORRUPCIÓN PÚBLICA

La corrupción es un concepto social, jurídico y político que puede encontrar dificultades a la hora de ser definido. Posee implicaciones de numerosa índole y sus contornos se muestran en ocasiones difusos. Dada la diversidad de Estados y culturas, lo que puede considerarse corrupción en una sociedad puede no coincidir con lo contemplado en otra. La complejidad del fenómeno provoca, asimismo, que no sea posible combatirla con soluciones aisladas. La persecución penal es ineludible pero, con ser determinante, no puede ser el único remedio. La corrupción pública afecta a la buena administración y las medidas preventivas son absolutamente necesarias. De este modo, conviene impulsar los mecanismos para favorecer el buen gobierno, evitar los conflictos de intereses y garantizar la integridad y la transparencia.

El Convenio Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa de 4 de noviembre de 1999⁶ define la corrupción en su artículo 2 como «el hecho de solicitar, ofrecer, otorgar o aceptar, directa o indirectamente, un soborno o cualquier otra ventaja indebida o la promesa de una ventaja indebida, que afecte al

5 *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la lucha contra la corrupción en Europa*, Bruselas, 6.6.2011. COM (2011) 308 final, p.4.

De conformidad con el artículo 10 del Protocolo núm. 36 sobre las disposiciones transitorias del Tratado de Lisboa, la Comisión puede emprender acciones legales contra los Estados miembros por no haber incorporado a su legislación las medidas adoptadas en virtud del Tercer Pilar del TFUE a partir del 1 de diciembre de 2014.

6 Instrumento de Ratificación del Convenio Civil sobre la Corrupción (número 174 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve. Publicado en BOE núm. 78, de 30 de marzo de 2010, pp.29967 a 29974.

ejercicio normal de una función o al comportamiento exigido al beneficiario del soborno, de la ventaja indebida o de la promesa de la ventaja indebida».

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) utiliza el concepto como abuso de poder que ha sido concedido a un agente público para obtener ganancias privadas.⁷ Y a la hora de perfilar qué es un agente o funcionario público, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003,⁸ considera en su artículo 2 como funcionario público tanto a quien ocupa un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad en el cargo, como a aquellas personas que desempeñan una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, presten un servicio público o sean definidas como funcionario público en el derecho interno de los Estados Parte.

Como se observa, todas las definiciones vienen a coincidir en que la corrupción implica a un funcionario, agente o responsable público que hace un mal uso del poder para lograr un beneficio fraudulento, ya sea directa o indirectamente, bien para sí bien para terceras personas. Dentro de nuestro país, autores como Villoria Mendieta catalogan la corrupción pública como «el conjunto de acciones u omisiones que tienen que ver con el uso abusivo de los recursos públicos para beneficios privados a través de transacciones clandestinas que implican la violación de algún modelo de comportamiento».⁹

Numerosos autores han tratado el tema de la corrupción, proponiendo definiciones similares, pero quizás sea Robert Klitgaard quien haya condensado de forma más simple los ingredientes de la corrupción, hasta reducirla a una fórmula fácil de recordar. Para este autor norteamericano: $C=M+D-A$. $Corruption=Monopoly+Discrecionalidad-Accountability$.

(Corrupción=Monopolio+Discrecionalidad-Rendición de cuentas).

Aparecerá la corrupción, con bastante probabilidad, cuando se concentre en pocas manos un gran poder de decisión, con altos perfiles de discrecionalidad y junto a él se limiten o anulen los controles y la transparencia.

Klitgaard, que ha analizado el fenómeno de la corrupción en distintos estados y épocas, reconoce que determinar lo que es legal e ilegal depende de los propios países y culturas. Ahora bien, si se trata de dar una definición de corrupción generalizada apuesta por entender que existe un comportamiento de esa naturaleza «cuando una persona, ilícitamente, antepone sus intereses personales sobre los de las personas y los ideales de las personas a quienes está comprometido a servir».¹⁰ Como señala acertadamente este autor, la corrupción

7 OECD, *Public sector integrity. A Framework for assessment*, Paris, (2005e).

8 Publicada en *BOE* núm. 171, de 19 de julio de 2006, pp. 27132 a 27153.

9 Manuel Villoria Mendieta, *La corrupción política*, Ed. Síntesis, Madrid 2006, p. 53.

10 Robert Klitgaard, *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema de fin de siglo*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1994, p.11.

se presenta de diversas y variadas formas, puede afectar al sector privado o al público, implicar todo tipo de decisiones políticas y administrativas, iniciarse en cualquier lugar o por cualquier persona, involucrar servicios lícitos o ilícitos. Lo cierto es que tiene efectos negativos en el mercado, reduce la confianza de los ciudadanos y hace perder legitimidad a las instituciones

Suele vincularse la corrupción pública con la generación de rentas públicas e instituciones débiles.¹¹ La oportunidad para corromperse va en aumento cuanto mayor sea el poder de decisión del responsable público y la ganancia a obtener y, además, los mecanismos de control sobre su actuación sean más débiles. Mario Caciagli, al describir las causas que facilitaron la corrupción en Italia y que dieron lugar al fenómeno de *mani pulite*, acude a la creciente intervención estatal en la economía, que genera un mayor volumen de recursos y mayores oportunidades de enriquecimiento. A nivel interno de la Administración critica el aumento de la libre designación de funcionarios por los responsables políticos, los procedimientos burocráticos que dificultan y demoran las decisiones, la mayor discrecionalidad de la Administración en el proceso de toma de decisiones o, directamente, la mala gestión pública. A nivel político describe el aumento del poder local y la descentralización, que han provocado la aparición de redes clientelares, y la falta de alternancia política, que genera con el paso del tiempo comportamientos antidemocráticos y claros abusos de poder. Subraya, además, que la actividad política se ha ido profesionalizando y describe cómo se ha creado una partitocracia, que ha derivado en una fuerte disciplina interna dentro de los partidos. Este fenómeno evita las críticas y la asunción de responsabilidades. El crecimiento de los costes de los partidos y la necesidad de buscar nuevas formas de financiación han contribuido a multiplicar los casos de corrupción.¹²

Muchas de estas notas se han ido reproduciendo en los últimos años en España.

III. EL URBANISMO Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: DOS FOCOS DE CORRUPCIÓN EN ESPAÑA

3.1. El urbanismo y las entidades locales.

En nuestro país los principales casos de corrupción han tenido que ver con el urbanismo y la contratación pública. Son espacios extraordinariamente sensibles, en donde existe un reducido número de personas que toma las decisiones, una elevada discrecionalidad y un considerable impacto económico.

11 Banco Mundial, *Helping countries combat corruption. The role of the World Bank*, Washington D.C., 1997, p.12.

12 Mario Caciagli, *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pp.67 y ss.

Si a esto añadimos la ausencia o el relajamiento de los controles tenemos los ingredientes perfectos para que surjan actividades ilícitas.

El espectacular desarrollo urbanístico que se ha producido en España en las últimas décadas ha sido el caldo de cultivo perfecto para la extensión de prácticas corruptas. La administración local se ha mostrado como el principal campo de la corrupción urbanística. La fuerte demanda de viviendas y el sistema legal de financiación de los ayuntamientos, que hizo de la construcción su eje, motivaron que el urbanismo impulsara las oportunidades de corromperse. La cercanía de los encargados municipales del planeamiento a los especuladores, el limitado alcance de los controles de legalidad y oportunidad de las comunidades autónomas, la reducida eficacia de la jurisdicción contencioso-administrativa o el debilitamiento de la fiscalización interna han contribuido a ello. Las variables de la ecuación de Klitgaard se han demostrado correctas. Un mercado con notas de oligopolio, cuando no de monopolio, con bienes escasos y fuertemente demandados y una rentabilidad creciente, favorecedora de la especulación y de la consiguiente generación de una burbuja inmobiliaria. A ello se unieron amplios poderes administrativos discrecionales, concentrados en escasas manos, e insuficientes controles. Las oportunidades de enriquecimiento se multiplicaron y no se desaprovecharon. Como señalaba un informe del Círculo de Empresarios de 2005, «las administraciones locales han recurrido con cierta frecuencia a las calificaciones y recalificaciones de suelo como fuente extraordinaria de obtención de ingresos, desligando de este modo las decisiones urbanísticas de los objetivos de racionalidad, que teóricamente justifican la intervención pública en el suelo.

Las plusvalías extras que van a parar a manos de los ‘buscadores de renta’, y los ingresos municipales extraordinarios obtenidos por calificaciones y recalificaciones no son neutros, dado que repercuten en el precio final del suelo, trasladándose inmediatamente a los precios de las viviendas y de otros bienes inmuebles»¹³.

El fenómeno de la corrupción en las políticas de urbanismo y ordenación del territorio se ha reproducido a través de numerosas vías. El principio de autonomía local ha exigido, como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, «que se confieran a los municipios competencias relevantes y reconocibles en la ordenación y en el planeamiento urbanístico»,¹⁴ considerando como esenciales aquellas que se ejercen en las fases de aprobación inicial y provisional de los planes. El principio de autonomía local, de naturaleza estructural dentro de la Constitución Española, se configura como una garantía institucional del núcleo indisponible del gobierno local, que debe ser respetado por el Estado y las Comunidades Autónomas.¹⁵ Ahora bien,

13 Círculo de Empresarios, «La política de vivienda en España: una propuesta de futuro», Madrid, 26 de enero de 2005, p. 15.

14 *Vid.* STC 240/2006 de 20 de julio.

15 *Vid.* Sentencias del TC 32/1981 de 28 de julio y 213/1988 de 11 de noviembre.

el ejercicio de la autonomía local en el ámbito del urbanismo y la ordenación del territorio sin los adecuados controles internos o por las comunidades autónomas,¹⁶ ha propiciado que se produjeran numerosas irregularidades. El uso constante de reclasificaciones parciales del suelo, sin acudir a la modificación general del planeamiento, la utilización abusiva de los convenios urbanísticos para todo tipo de actuación urbanística o, directamente, como vía provocar la reforma de los planes de ordenación y repartir plusvalías, o la concesión de licencias de edificación sin cumplir los requisitos legales son meros ejemplos de esa forma de actuar que, tal y como hemos observado en numerosas ocasiones, enmascaraba, más allá de la irregularidad, casos de pura corrupción.

La limitada capacidad de la jurisdicción contencioso-administrativa para atajar comportamientos corruptos en este punto se puede fácilmente colegir desde el mismo momento en que los tribunales ejercen una revisión jurídica del acto administrativo pero no siempre se alcanza a ver detrás de ello la presencia de un comportamiento corrupto del responsable público. La corrupción pública puede considerarse una cualificación de la desviación de poder pero no toda desviación de poder implica que exista corrupción pública. Desde un punto de vista estadístico no son numerosas las resoluciones judiciales que han acordado demoliciones de edificaciones u obras. Las que así lo deciden sufren posteriormente el pesado lastre del procedimiento de ejecución de sentencia, en donde se plantean numerosos incidentes y recursos que provocan una irregular dilación en el tiempo en el cumplimiento de la resolución judicial. En otras ocasiones los tribunales se han visto en la obligación de declarar la imposibilidad de ejecutar el fallo, conforme prevé el artículo 105.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a consecuencia de la modificación posterior del planeamiento.¹⁷ Tampoco han sido moneda común las medidas cautelares de paralización de obras sospechosas de ilegalidad. Se construía y no se detenía la construcción, salvo casos muy flagrantes de contravención legal.

A nivel local, la fiscalización interna de los ayuntamientos ha sido otro de los puntos controvertidos en los últimos años. Como señala Cantero Martínez, «uno de los problemas que se han podido detectar durante estos años –y que se han visto incluso agravados con la crisis económica– ha sido el exíguo poder que tenían los habilitados y la escasa virtualidad que tenían la formulación de advertencias y los reparos de legalidad».¹⁸

16 Desde hace algunos años se han ido aprobando leyes autonómicas de ordenación del territorio que contienen un mayor control de la aprobación del planeamiento en aras a defender el medio ambiente. Así, por ejemplo la Ley 9/2002, de 30 de diciembre de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, urbanística valenciana o la Ley 5/2006, de 2 de mayo de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, entre otras.

17 *Vid.* Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1998 y 21 de enero de 1999.

18 Josefa Cantero Martínez, «Reforma Local y función pública. El nuevo régimen de los funcionarios locales con habilitación de carácter nacional», en *La reforma del Régimen Local*, obra colectiva, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014, p. 676.

Su independencia y la fortaleza de su función de control se han visto reforzadas con la Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que ha modificado la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local y el Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo. En el caso de los habilitados nacionales, su régimen jurídico ha pasado en buena medida del Estatuto Básico del Empleado Público a la Ley de Bases del Régimen Local. La nueva redacción del artículo 92 bis 6) de esta última norma encomienda al gobierno la regulación, mediante real decreto, de las especialidades correspondientes de la forma de provisión de puestos reservados a funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional. El precepto establece que en todo caso, el concurso será el sistema normal de provisión de puestos de trabajo, y perfila el ámbito territorial estatal como el marco del proceso selectivo. A los efectos de valoración de los méritos generales distribuye su puntuación entre la Administración del Estado, un mínimo del 80% del total posible, la Comunidad Autónoma, hasta un 15% de méritos correspondientes a sus especialidades, y limita a un 5% del total posible los méritos correspondientes a las especialidades de la Corporación local. Excepcionalmente permite acudir al sistema de libre designación solamente en los municipios de más de 75.000 habitantes o capitales de provincia. Para su cese será necesario en todo caso que haya un informe previo del órgano competente de la Administración General del Estado en materia de Haciendas locales.

En la Ley reguladora de las Haciendas Locales se refuerza el control interno en las entidades locales respecto de su gestión económica, de los organismos autónomos y de las sociedades mercantiles de ellas dependientes, en sus modalidades de función interventora, de control financiero, incluida la auditoría de cuentas, y control de la eficacia. Al respecto, su artículo 213 concede al Gobierno la competencia para establecer las normas sobre los procedimientos de control, metodología de aplicación, criterios de actuación, derechos y deberes del personal controlador y destinatarios de los informes de control. También se prevé con la nueva regulación que los órganos interventores de las Entidades Locales remitan a la Intervención General de la Administración del Estado un informe anual con el resumen de los resultados de esos controles, desarrollados en cada ejercicio. A su vez, el artículo 218 introduce los informes sobre resolución de discrepancias con la obligación del órgano interventor de elevar un informe de fiscalización al Pleno que contenga todas las resoluciones adoptadas por el Presidente de la Entidad Local contrarias a los reparos efectuados y un resumen de las principales anomalías detectadas en materia de ingresos. Dicho informe debe constituir un punto independiente en el orden del día de la correspondiente sesión plenaria. Además, como novedad se contempla también la remisión anual al Tribunal de Cuentas de todas las resoluciones y acuerdos adoptados por el Presidente de la Entidad Local y por el Pleno de la Corporación contrarios a los reparos formulados, así como un resumen de las principales anomalías detectadas en materia de ingresos.

3.2. La contratación pública y la corrupción.

La drástica reducción de la actividad del sector de la construcción, provocada por la crisis hipotecaria, y la caída de los ingresos municipales ligados a la actividad urbanística ha desplazado el foco de la corrupción a la contratación pública. Se trata de un campo especialmente sensible, en el que es necesario desarrollar normas e instrumentos que favorezcan la integridad en la actividad administrativa. La Unión Europea elaboró en 2013 un estudio para detectar las prácticas corruptas en materia de contratación pública, con el fin de evaluar los daños económicos y adoptar una metodología preventiva.¹⁹ A través del examen de numerosos procedimientos judiciales que finalizaron con sentencias firmes condenatorias, se elaboraron cuatro grupos de prácticas corruptas:

1) licitaciones fraudulentas, ya sea mediante supresión de ofertas, ofertas complementarias, rotación de ofertas y subcontratación, en aquellos casos en que se ofrece ilegalmente a un contratista la adjudicación del contrato.

2) sobornos, ya sea cuando el responsable público lo solicita o lo acepta en cualquier fase del procedimiento.

3) conflictos de intereses.

4) otras irregularidades, cuando los funcionarios públicos no realizan los controles adecuados o no siguen los procedimientos previstos y toleran o ignoran la manifiesta mala gestión dolosa por parte de los contratistas.

Ciertamente, las conductas corruptas se muestran, antes de llevar a cabo la adjudicación de la contratación pública, de múltiples formas. Se pueden redactar los pliegos de condiciones con criterios que favorecen a determinados licitadores o que perjudican injustificadamente a otros, se acude al fraccionamiento de los contratos para eludir la concurrencia competitiva y lograr la adjudicación a quien más interese o se abusa de procedimientos de urgencia para beneficiar a alguien en concreto. Otras veces se infringen los requisitos de publicidad o se elude la legislación en materia de conflictos de intereses, o bien se utiliza sin justificación adecuada el procedimiento negociado de adjudicación directa. Tras la adjudicación no son infrecuentes las modificaciones arbitrarias de los contratos que elevan el gasto público y el beneficio particular o las prórrogas sin causa real o al margen de los cauces adecuados.

La concentración de poder discrecional y la escasez de controles, unidos a un creciente gasto público, son ingredientes que han favorecido la corrupción en el ámbito de la contratación pública. Los sectores afectados a nivel europeo son variados (servicios, obras públicas, sanidad, defensa, energía o transporte) y todas las administraciones se han visto implicadas, si bien el grueso de la corrupción en España ha afectado a los niveles local y autonómico.

19 *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU – Development of a methodology to estimate the direct costs of corruption and other elements for an EU-evaluation mechanism in the area of anti-corruption*, Price WaterhouseCoopers y Ecorys, 30 de junio de 2013.

Con todo, la lucha contra la corrupción en el campo de la contratación pública viene de lejos en nuestro país. El Real Decreto de 27 de febrero de 1852 ya recogía en su Exposición de Motivos que se aprobaba «con el fin de establecer ciertas trabas saludables, evitando los abusos fáciles de cometer en una materia de peligrosos estímulos y de garantizar a la Administración contra los tiros de la maledicencia». Merced a dicha norma se estableció que los contratos se debían verificar generalmente por subastas y estas en pliegos cerrados. Su artículo 2 consagró el principio de publicidad en los anuncios de licitación cuando preveía que «toda subasta y remate para servicios y obras públicas se anunciarán con 30 días por lo menos de anticipación por carteles y por medio de la Gaceta del Gobierno y los boletines oficiales de las provincias respectivas». La sujeción a los pliegos de condiciones vino reforzada en el artículo 4 al establecer que «la adjudicación del remate recaerá siempre sobre la proposición más ventajosa, pero deberá estar exactamente arreglada a la forma que previamente se hubiere establecido para la subasta, presentada por escrito y en pliegos cerrados». Asimismo, el Real Decreto residenció en la jurisdicción contencioso-administrativa los litigios sobre contratación pública. El artículo 12 estipulaba que «ningún contrato podrá someterse a juicio arbitral, resolviéndose cuantas cuestiones puedan suscitarse por la vía contencioso-administrativa que señalan las leyes vigentes».

La legislación posterior, de casi un siglo, vino a reproducir las líneas generales expuestas en esta norma, con ligeras variaciones en relación con los controles administrativos. Así lo hizo la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911, que incluyó una detallada regulación sobre la selección de los contratistas, y a nivel local el Reglamento para la contratación para las obras y servicios de de las entidades municipales de 1924. Tras la guerra civil, tanto la Ley de Régimen Local de 1950 y el Reglamento de contratación de las corporaciones locales de 1953 como la Ley de Contratos del Estado de 1965 y su Reglamento de 1967, mantuvieron una línea similar en cuanto a los controles clásicos, estableciendo una regulación más detallada de los conflictos de intereses, las prohibiciones para contratar y las causas de nulidad de los contratos.

Ciertamente, el efecto jurídico más innovador vino dado por la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea en enero de 1986. El ingreso en las instituciones comunitarias obligó a que se adaptase la legislación de contratos del Estado a las entonces vigentes Directivas comunitarias sobre obras y suministros. Desde finales de los años ochenta del pasado siglo se ha producido una vorágine legislativa, al albur de los cambios que iban aconteciendo en el marco comunitario, con sucesivas Directivas, que no siempre han propiciado un marco estable y claro. Así, solamente a nivel legislativo en dieciséis años se aprobaron cuatro normas. La Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la Ley 30/2007, de 30 de octubre,

de Contratos del Sector Público y el Real Decreto Legislativo 3/2011, que aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Las constantes modificaciones legales y la tardanza en transponer las Directivas comunitarias, con reiterados requerimientos de las autoridades europeas y sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contrarias a España, han creado una evidente inseguridad jurídica en este campo y un debilitamiento de la eficacia de los controles. En concreto, ha sido la Directiva 2004/18/CE, sustento de la legislación actual, la que tanto trabajo de adaptación ha venido costando a nivel interno. Dicha Directiva, sin embargo, queda superada por las nuevas Directivas comunitarias sobre contratación pública. En efecto, el *Diario Oficial de la Unión Europea* del 28 de marzo 2014 procedía a la publicación de tres nuevas Directivas comunitarias sobre contratación pública, aprobadas por el Parlamento Europeo en la sesión celebrada el 15 de enero de 2014, y que sustituyen a las promulgadas en el año 2004 (Directiva 2004/17/CE y Directiva 2004/18/CE). Se trata de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. A ellas se une la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública. Todas obligarán a una nueva adaptación de la legislación interna; las tres primeras ya con el límite de abril de 2016 y la última a más tardar en noviembre de 2018.

3.3. Los mecanismos clásicos de control de la Administración en el marco de la contratación pública.

La creciente complejidad de la actividad administrativa, su diversidad y la permanencia de potestades discrecionales han hecho cada vez más complicada la resolución de uno de los problemas fundamentales del Derecho administrativo, el control de la Administración. Cuando la corrupción va penetrando cada vez más profundamente, la necesidad de revisión del sistema de controles se hace más acuciante. Ciertamente, en las sociedades democráticas confluyen una variedad de controles: el político, el de estricta legalidad, el de oportunidad, el de eficacia o el propio control social por la opinión pública. Su alcance y eficacia son muy diversos. Cada uno de ellos tiene una finalidad característica pero, a su vez, presenta evidentes limitaciones. El modelo francés que ha reproducido nuestra administración ha ido consolidando varios tipos de controles, ya sea por la propia Administración o por organismos externos. Sin embargo, la extensión de la corrupción debe propiciar un análisis profundo sobre lo que funciona y lo que debe reformarse, una reflexión acerca de lo que debe permanecer y de los nuevos mecanismos que se deben impulsar.²⁰

Dentro de los controles administrativos preventivos, la Intervención General de la Administración del Estado es un órgano señero, con siglo y medio a sus espaldas. El art. 140.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria le encomienda el control interno de la gestión económica y financiera del sector público estatal, con plena autonomía respecto de las autoridades y demás entidades cuya gestión controle. El control de integridad lo despliega bajo tres parámetros: la función interventora o de fiscalización previa, el control financiero permanente y la auditoría pública. La actividad de la Intervención General del Estado es una labor fundamental y de gran alcance a la hora de controlar el gasto público y la gestión económica y financiera del sector público estatal. Sin embargo, debe destacarse que su función interventora no alcanza los contratos menores ni los asimilados a ellos en virtud de la legislación contractual (art. 151a) de la Ley General Presupuestaria) y sus controles son, en ocasiones, reactivos e incapaces para detectar prácticas corruptas salvo que se muestren de forma muy grosera.

A finales de los años sesenta del siglo pasado la reforma de la administración pública amplió los mecanismos de control dentro de los diferentes ministerios. Nacieron así las Inspecciones Generales de Servicios, en el marco de la Administración General del Estado, como órganos especializados en el control interno y evaluación de los servicios de cada ministerio y sus organismos públicos independientes. Tras la creación del estado autonómico, se han ido creando órganos en las distintas comunidades que desempeñan funciones similares.

Actualmente las Inspecciones Generales de Servicios están reguladas en el Real Decreto 799/2005, de 1 de julio, y dentro de sus funciones preventivas contra la corrupción podrían destacarse las de inspeccionar y supervisar la actuación y el funcionamiento de las unidades, órganos y organismos vinculados o dependientes del departamento, para garantizar el cumplimiento de la normativa vigente, examinar actuaciones presuntamente irregulares de los empleados públicos en el desempeño de sus funciones y proponer, en su caso, a los órganos competentes la adopción de las medidas oportunas. Por último pueden promover actuaciones que favorezcan la integridad profesional y comportamientos éticos de los empleados públicos y de las organizaciones.

Con todo, debe acotarse la eficacia de su labor preventiva ya que no tienen capacidad decisoria sino meramente de elaboración de propuestas cuando se aprecian distorsiones o irregularidades. A día de hoy también han perdido competencias al no tener encomendados los Registros de actividades y de bienes y derechos patrimoniales, que han pasado a la Oficina de Conflictos de Intereses, conforme prevén los artículos 14 y 15 de la Ley 5/2006, de 10 de abril,

20 En este punto resultó innovadora la Oficina Antifraude de Cataluña, creada en 2008 como institución independiente adscrita al Parlamento autonómico para la investigación y evaluación del sector público catalán.

de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.²¹

Quizás sea el Tribunal de Cuentas quien ha tenido un papel creciente a la hora de identificar posibles casos de corrupción dentro del sector público. Concebido como supremo órgano fiscalizador de las cuentas y la gestión económica del Estado y del sector público, desarrolla dos funciones esenciales. Una primera fiscalizadora, dirigida a someter la actividad económica financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía, en relación con los programas de ingresos y gastos públicos, y una segunda jurisdiccional contable, de análisis de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos.

La función del Tribunal de Cuentas, y de los órganos de las comunidades autónomas que desarrollan funciones similares en su ámbito competencial, es esencial pero debe tenerse presente que sus informes de fiscalización o las propuestas de recomendaciones se detienen en poner el foco en la irregularidad económica, contable o administrativa pero no entran a valorar si han sido consecuencia de una desviación de poder, si se ha producido un claro conflicto de intereses o si ha habido un lucro personal de los responsables públicos.

En fin, el control a posteriori de la actividad administrativa, tanto en vía administrativa como judicial, tiene un alcance insuficiente. Ciertamente, la detección de prácticas corruptas a través del sistema de recursos no es especialmente abundante. La corrupción va adquiriendo una mayor sofisticación y se esconde bajo una apariencia de legalidad. Los recursos en vía administrativa son resueltos por la misma Administración actuante, salvo escasas excepciones, y los procesos en la jurisdicción contencioso-administrativa no permiten, salvo situaciones muy flagrantes, penetrar en el elemento doloso último del comportamiento corrupto. Evidentemente, el paso final debe darlo la investigación penal.

21 El objetivo primordial de esta Ley ha sido el de constituir un nuevo régimen jurídico regulador de la actuación de los altos cargos y perfeccionar el anterior de incompatibilidades. Contiene determinados artículos dirigidos a la prevención de situaciones de conflictos de intereses, consagra el principio de dedicación exclusiva del alto cargo a su puesto público y refuerza el control sobre los intereses patrimoniales que pueda tener, ampliándolo a sus familiares más cercanos. Asimismo, endurece el régimen sancionador y regula el desempeño de actividades privadas después del cese, prohibiendo a las empresas privadas que contraten a alguna de estas personas, incumpliendo las limitaciones legales, contratar con las Administraciones Públicas durante el tiempo en el que se mantenga la limitación para el alto cargo. Siguiendo la estela de otros Estados europeos se crea con plena autonomía funcional la Oficina de Conflictos de Intereses.

IV. EL MARCO INTERNACIONAL CONTRA LA CORRUPCIÓN

La lucha contra la corrupción se despliega en todos los Estados a nivel interno pero cada vez adquiere una mayor incidencia global. España forma parte de distintos organismos internacionales y ha ratificado varios instrumentos de especial relevancia jurídica. Su contenido ha servido para modificar el derecho interno y avanzar en la lucha contra la corrupción.

4.1. La Organización de Naciones Unidas.

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción fue aprobada por la Resolución 58/4 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 31 de octubre de 2003 y entró en vigor el 14 de diciembre de 2005. Su valor se evidencia por el ámbito global sobre el que se proyecta, ya que son más de 150 los Estados Parte, y la obligatoriedad de algunos de sus preceptos, amén de preverse en ella diferentes mecanismos que evalúan los compromisos de los firmantes y permiten controlar el alcance de la lucha contra la corrupción.

La Convención tiene una triple finalidad, como reconoce su artículo 1:

-promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;

-promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos;

-promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

Su articulado considera como corrupción el hecho de aceptar o pedir beneficios indebidos para sí mismos o para otros. Contiene una lista detallada de medidas para prevenirla y anima a la aplicación de políticas y prácticas preventivas y de creación de órganos al efecto. Interesa que se apliquen códigos de conducta para los funcionarios públicos y criterios objetivos para la promoción de los funcionarios y la adjudicación de los contratos públicos. A su vez, la Convención aconseja promover la transparencia y la responsabilidad en la gestión de las finanzas públicas así como en el sector privado, con el refuerzo de las normas de contabilidad y auditoría. Prevé que cada Estado Parte adopte las medidas necesarias destinadas a prevenir el blanqueo de dinero y aquellas otras dirigidas a garantizar la independencia del poder judicial, así como el fomento de medidas preventivas como la información del público y la participación de la sociedad.

Dentro de las Recomendaciones dirigidas a los Estados están las de que se adopten las medidas legislativas y otras necesarias para conferir el carácter de infracción penal a una larga lista de acciones:

-la corrupción de funcionarios públicos nacionales, extranjeros o de organizaciones internacionales públicas.

-la malversación, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público.

- el tráfico de influencias.
- el abuso de funciones y el enriquecimiento ilícito.
- el blanqueo del producto del delito, el encubrimiento, la obstrucción de la justicia, así como la participación en malversaciones de bienes y corrupción y cualquier tentativa de cometer estos delitos.

Asimismo, el texto incita a los Estados Parte a que adopten las medidas necesarias para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, permitir el embargo preventivo, la incautación y el decomiso del producto del delito y proteger a los denunciantes, testigos, peritos y víctimas. A la hora de combatir las consecuencias de los actos de corrupción recomienda que se de a los perjudicados el derecho a iniciar una acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios a fin de obtener una indemnización. Considera necesario que se nombre personal o se creen órganos especializados en la lucha contra la corrupción encargados de la detección y la represión y que se fomente la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley. Cada Estado Parte deberá también adoptar las medidas necesarias por lo que respecta al procedimiento, fallo y sanciones contra los funcionarios públicos a fin de encontrar un equilibrio apropiado entre las inmunidades y sus infracciones y las consecuencias de las mismas.

La Convención dedica un capítulo a la cooperación internacional, en materia penal y encomienda a los Estados Parte a que impulsen las medidas necesarias para coordinarse en el campo de la extradición y traslado de las personas condenadas. Se regulan diferentes escenarios en el ámbito de la asistencia judicial y se contempla la necesidad de mejorar los canales de comunicación y cooperación en la realización de investigaciones, la remisión de actuaciones penales o el uso de técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica.

La recuperación de activos y su restitución es un principio fundamental de la Convención, que anima a las instituciones financieras a verificar la identidad de los clientes y de los beneficiarios finales de los fondos depositados en cuentas de valor elevado y a impedir el establecimiento de bancos que no tengan presencia real y que no estén afiliados a un grupo financiero sujeto a regulación. Se regulan, también, distintas medidas que deben adoptarse para la recuperación directa de bienes y los mecanismos de recuperación mediante la cooperación internacional. Además se promueve la creación de una dependencia de inteligencia financiera. Los Estados Parte deberán también desarrollar programas de formación específica y ofrecerse mutuamente la asistencia técnica más amplia. A tal fin se prevé la recopilación, intercambio y análisis de información sobre la corrupción, así como la asistencia financiera, material y técnica a los países en desarrollo.

Por último, se prevé la realización de conferencias de los Estados Parte en la Convención a fin de mejorar su capacidad y cooperación. La Convención también se abre a la firma de las organizaciones regionales de integración económica siempre que al menos uno de los Estados miembros de tales organiza-

ciones haya firmado la Convención. En este sentido, la Unión Europea adoptó la Decisión del Consejo 2008/201/CE, de 25 de septiembre de 2008, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. Mediante esta Decisión se aprobó, en nombre de la Comunidad Europea, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y se autorizó al Presidente del Consejo para designar a las personas facultadas para depositar el instrumento comunitario de confirmación formal, vinculante a día de hoy para la Unión.

4.2. El Consejo de Europa.

Dentro de los tratados internacionales que ha propiciado el Consejo de Europa deben destacarse dos instrumentos fundamentales contra la corrupción: el Convenio de Derecho Penal sobre la corrupción y el Convenio de Derecho Civil sobre la corrupción. Junto a ellos también se han aprobado el Código de Conducta de funcionarios públicos y las Normas comunes contra la corrupción en la financiación de los partidos políticos. España firmó ambos Convenios en 2005 pero no se ratificaron y no entraron en vigor hasta cinco años después.

El Convenio de Derecho Penal sobre la corrupción,²² hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, tiene por objetivo definir y unificar las conductas típicas entre los Estados miembros. Encomienda a los Estados miembros a que adopten las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente, tanto la corrupción activa como la pasiva de los agentes públicos. La primera de ellas la define en su artículo 2 como el hecho de proponer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a uno de sus agentes públicos, para sí mismo o para algún otro, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones. La corrupción pasiva, conforme al artículo 3, requerirá que sea el agente público quien solicite o reciba dichas ventajas indebidas para sí mismo o para algún otro, o de que acepte la oferta o promesa de esa ventaja, con la finalidad antes citada. El convenio define varios tipos de corrupción según los sujetos y el ámbito que afecte y prevé distintos mecanismos de asistencia y cooperación internacional.

El Convenio de Derecho Civil sobre la corrupción²³ tiene como objetivo que cada Parte establezca en su derecho interno procedimientos eficaces en fa-

22 Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, publicado en *BOE*, núm. 182, de 28 de julio de 2010, pp. 65780 a 65812.

23 Instrumento de Ratificación del Convenio Civil sobre la Corrupción (número 174 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, publicado en *BOE* núm. 78, de 31 de marzo de 2010, pp. 29967 a 29974.

vor de las personas que hayan sufrido daños resultantes de actos de corrupción, con el fin de permitirles defender sus derechos e intereses, incluida la posibilidad de obtener indemnización por dichos daños. Regula aspectos variados como la responsabilidad patrimonial del Estado, los plazos de prescripción de las acciones de reparación, no inferiores a tres años, la nulidad de los contratos que tengan por objeto actos de corrupción o la protección de los empleados denunciantes. No establece un elenco de procedimientos de cooperación sino que remite a los Estados a que los desarrollen, en particular en lo referente a la notificación de documentos, obtención de pruebas en el extranjero, jurisdicción, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y costas.

El seguimiento de aplicación de ambos convenios se ha encomendado al Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO). Su finalidad es mejorar el control de los estándares anticorrupción del Consejo de Europa. A tal fin lleva a cabo periódicas rondas de evaluación, promueve la realización de políticas y reformas legales contra la corrupción y favorece el intercambio de prácticas y experiencias entre los Estados miembros.

4.3. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

El Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997, es el principal instrumento jurídico internacional de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos contra la corrupción. Tiene por misión asegurar la libre competencia viciada de prácticas corruptas. España lo ratificó en 2002.²⁴

El Convenio establece la obligación de definir el delito de corrupción de agentes públicos extranjeros y castigar así la conducta de quien deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un agente público extranjero, para ese agente o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales (art. 1). Obliga a los Estados Parte a adoptar medidas dentro del marco de sus leyes y reglamentos en relación con el mantenimiento de libros y registros, la publicación de estados financieros y las normas de contabilidad y auditoría. Regula asimismo, el blanqueo de dinero y la extradición. Se prevén, además, determinadas medidas de asistencia legal mutua y se impide rechazar dicha asistencia acudiendo al secreto bancario.

24 Instrumento de Ratificación del Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997, publicado en *BOE* núm. 46, de 22 de febrero de 2002, pp. 7155 a 7159.

4.4. La Unión Europea.

El Convenio de la Unión Europea de lucha contra actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea entró en vigor el 28 de septiembre de 2005.²⁵ Se trata del instrumento jurídico más relevante para obligar a cada Estado miembro a tomar las medidas necesarias para que los comportamientos que constituyen actos de corrupción pasiva o activa cometidos por funcionarios, comunitarios o nacionales, sean sancionables penalmente, incluso con penas privativas de libertad que pudieran dar lugar a extradición.

El Convenio prevé que los Estados miembros establezcan su competencia respecto a las infracciones que haya tipificado con arreglo a las obligaciones recogidas en el Convenio cuando:

- la infracción se cometa, total o parcialmente, en su territorio.
- el autor de la infracción sea uno de sus nacionales o uno de sus funcionarios.
- la infracción se cometa contra funcionarios europeos o nacionales o contra un Miembro de las instituciones de la UE que sea también un nacional de dicho Estado.
- el autor de la infracción sea un funcionario europeo al servicio de una institución, de una agencia o un órgano europeo, que tenga su sede en el Estado miembro de que se trate.

Se prevén en el texto mecanismos de cooperación en la investigación, las diligencias judiciales y en la ejecución de la sanción pronunciada y se reconoce el principio de *ne bis in idem*. En todo caso, se permite a los Estados que puedan adoptar disposiciones de derecho interno cuyo alcance sea mayor al de las obligaciones recogidas en el Convenio.

En caso de desacuerdo entre Estados miembros acerca de la interpretación o de la aplicación de este Convenio, se prevé el estudio del caso en el seno del Consejo según el procedimiento establecido en el título VI del Tratado de la Unión Europea. Si transcurrido el plazo de seis meses no se alcanzara una solución, cualquiera de las partes podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, quien será también competente si el desacuerdo se produce entre un Estado miembro y la Comisión Europea.

El organismo de la Unión Europea que investiga el fraude, la corrupción y otras actividades ilegales es la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, creada en 1999 para proteger los intereses financieros de la UE. Detecta e investiga casos graves relacionados con el desempeño de actividades profesionales por parte de sus miembros y su personal, que puedan dar lugar a procedimientos disciplinarios o penales, y colabora con las instituciones de la UE, en particular con la Comisión Europea, en la elaboración y aplicación de la normativa y las políticas de lucha contra el fraude.

25 Publicado en *BOE* núm. 74, de 28 de marzo de 2006, páginas 11804 a 11809.

Otro de los pasos dados por la UE contra la corrupción fue la adopción de la Decisión 2008/852/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008, mediante la cual se creó la Red Europea de Puntos de Contacto contra la corrupción. La Red está compuesta por diversas organizaciones de los Estados miembros, con plena implicación de la Comisión, OLAF, Europol y Eurojust. El objetivo de la red es facilitar y reforzar la cooperación con vistas a luchar de forma más efectiva contra la corrupción.

La Unión Europea también participa activamente en el GRECO y ha impulsado y financiado el proyecto ENIS, que consiste en la evaluación de los pilares del Sistema Nacional de Integridad (National Integrity System, NIS) tal como los define Transparencia Internacional. Esta evaluación permite identificar puntos fuertes y débiles de las diversas instituciones y organismos que constituyen los pilares del sistema, y hacer recomendaciones para su fortalecimiento y, en general, para el diseño de políticas públicas en favor de la transparencia y la lucha contra la corrupción. Esta evaluación se realiza simultáneamente en 26 países europeos, la mayor parte de ellos miembros de la Unión Europea. La última iniciativa relevante de la UE ha sido establecer a partir de 2013 como mecanismo de análisis de la corrupción el Informe Anticorrupción, a publicar cada dos años.

V. LA PERSECUCIÓN PENAL DE LA CORRUPCIÓN PÚBLICA

5.1. El Código Penal.

Como se ha señalado, la lucha contra la corrupción requiere de un conjunto amplio y diverso de medidas de muy diferente naturaleza. Indudablemente, la persecución penal de la corrupción pública es el remedio último y, probablemente, el más eficaz. En este campo existe una amplia variedad de conductas que pueden encajar en lo que entendemos por corrupción pública, dispersas en distintas ubicaciones del Código Penal. Muchas de ellas han sido revisadas por la reforma operada en dicho texto por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, cuyo análisis muestra el estado actual de los distintos tipos.

El capítulo XIV del Título XIII del Libro II se encabeza ahora con la rúbrica «De la receptación y el blanqueo de capitales», que sustituye a la anterior que se refería únicamente a la receptación y otras conductas afines. El artículo 301.1 castiga al que «adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos». Se incluyen, así, como nuevas conductas sancionables en el blanqueo de dinero la posesión y la utilización de bienes y se perfila el origen de estos, que antes de la reforma debían proceder de un delito y ahora de una actividad delictiva, co-

metida por el sujeto activo o por tercero,²⁶ con lo cual no se exige una condena previa por delito antecedente.

Conviene destacar que el último párrafo del precepto recoge ahora una agravación reforzada similar a la prevista para los delitos del tráfico de drogas estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 del Código ya que se establece que también se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V (cohecho), VI (tráfico de influencias), VII (malversación), VIII (fraudes y exacciones ilegales), IX (negociaciones prohibidas a los funcionarios) y X (corrupción en transacciones comerciales internacionales) del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI (delitos urbanísticos). Asimismo, en el número 2 del artículo 302 se recoge la posible comisión del delito por persona jurídica cuando, en los supuestos del artículo anterior, se den los requisitos establecidos en el artículo 31 bis del Código Penal.²⁷

De los «delitos sobre ordenación del territorio» hemos transitado a los «delitos sobre ordenación del territorio y urbanismo», ampliando la reforma el ámbito de punición. El artículo 319.1 del CP ha variado su descripción típica al castigar a «los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección» cuando antes el precepto se refería únicamente a «construcción no autorizada».²⁸

El artículo 319.2 agrava la pena de prisión –de uno a tres años– a «los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable» y permite novedosamente a los jueces o tribunales que motivadamente ordenen, a cargo del autor del hecho, no solo la demolición de la obra sino también la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. Asimismo se prevé que «En todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes

26 Cfr. Gonzalo Quintero Olivares, «Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 8 de marzo de 2010, núm. 12, p. 2.

27 *Vid.* Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado para interpretar este precepto y los posibles sujetos activos. A su vez, debe tenerse presente que el art. 31 bis 5. del CP fue reformado por la LO 7/2012 de 22 de diciembre, que eliminó la exclusión de responsabilidad penal como personas jurídicas de los partidos políticos y sindicatos. La Ley 37/2011 de 10 de octubre de medidas de agilización procesal también contiene importantes novedades procesales en torno a las personas jurídicas.

28 Sobre la lesión del bien jurídico protegido y los sujetos activos del delito, en especial la figura del «autopromotor», resultó trascendente la sentencia del Tribunal Supremo 1127/2009 de 27 de noviembre.

del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar». Se contempla también la responsabilidad de personas jurídicas, en la misma línea que otros tipos delictivos de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis del Código.

La prevaricación urbanística se castiga en una nueva redacción del artículo 320 del CP. Así, el número 1 del precepto estipula que «La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses». El precepto ve agravada la pena e incluye nuevas conductas como las de informar instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación o construcción y las de silenciar infracciones u omitir inspecciones. El artículo 320.2 castiga también con las mismas penas a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia.

Dentro de los delitos contra la Administración Pública se ha dado una redacción completa y nueva a los delitos de cohecho. Se recogen cuatro modalidades de cohecho pasivo, contempladas en los artículos 419 a 422, y se extiende la posible autoría a los jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública (art. 423). Al describir el cohecho activo se perfilan de manera más precisas las conductas y se modifica la excusa absoluta. En efecto, el artículo 424.1 sanciona al «particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función». La redacción anterior a la reforma solamente hacía referencia al «particular que corrompiere o intentare corromper».

La excusa absoluta recogida en el artículo 426, de más que dudosa eficacia por el escaso lapso que contempla, permite que quede exento de pena por el delito de cohecho al particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos.

En el artículo 427.1 del CP se prevé que lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a los funcionarios de la Unión Europea o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión. En su número 2 se recoge la responsabilidad de las personas jurídicas, al igual que en los delitos de tráfico de influencias, cuyas penas se han visto agravadas hasta un máximo de dos años de prisión en los casos de los artículos 428 y 429 del Código.

En el tipo del artículo 436 del Código Penal –defraudación– se castiga novedosamente al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público, a quien se le impondrá la misma pena de prisión que a estos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años. En el caso de negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios, se ha añadido a la anterior pena de multa la de prisión de 6 meses a 2 años (art. 437 CP).

Por último, el tipo penal de corrupción en las transacciones comerciales internacionales del artículo 445 sustituye la incriminación de la conducta de corrupción mediante dádiva o presente por la de «ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase», agravando las penas previstas anteriormente. Se recoge, además, un subtipo agravado si el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad, en cuyo caso las penas previstas se impondrán en su mitad superior.

5.2. Los medios materiales y humanos en la lucha contra la corrupción.

Uno de los problemas que la realidad ha venido mostrando con mayor asiduidad es la presencia de tramas corruptas que implican a numerosas personas con roles y cometidos diversificados. La lucha contra la delincuencia organizada exige complejas investigaciones que requieren mayores medios materiales y humanos e indudablemente una regulación legal adecuada. Solo de esa forma se podrán obtener resultados eficaces.

Nuestro Código Penal, en este sentido, distingue claramente entre la organización criminal y el grupo criminal. La primera, prevista en el artículo 570 bis, se define como la «agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas». Frente a ella, el grupo criminal se presenta cuando existe la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal, tiene por finalidad u objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.

El artículo 127.1 del Código Penal, merced a la nueva redacción dada por la LO 5/2010, de 22 de junio, impone ahora al Juez o Tribunal la ampliación del

decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. Y señala, oportunamente, que «a estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas».

Por otro lado, a los fines de investigación, el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM) permite al Juez de Instrucción competente, o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, que actúen bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por periodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. Sin embargo, los delitos de corrupción no están entre los mencionados en el artículo 282 bis 4 de la LECRIM, y sería preciso realizar una modificación que los incluyera a fin de facilitar las investigaciones cuando se pueda estar en presencia de tales tramas delictivas.

No es el único defecto que se deriva de la vetusta LECRIM, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 y objeto de incontables reformas parciales. No podemos obviar que en muchas de las diligencias de investigación han sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo o la doctrina del Tribunal Constitucional, cuando no la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las que han perfilado sus contornos. Así, las escuchas telefónicas adolecen de una regulación insuficiente en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incompatible con todas las garantías reconocidas en reiteradas resoluciones judiciales.²⁹ La regulación de la diligencia de entrada y registro es lejana en el tiempo, confusa y no está plenamente actualizada a la doctrina constitucional.³⁰ Las entregas vigiladas, los agentes encubiertos, las diligencias de obtención y contraste de ADN han sido incorporadas mucho después de que los jueces de instrucción las necesitaran. A día de hoy tampoco se contempla una adecuada mención a las denominadas escuchas ambientales. Ha tenido que ser el Tribunal Constitucional quien nuevamente haya fijado sus límites merced a la reciente sentencia n.º 145/2014 de 22 de septiembre. La necesidad de un

29 Los requisitos exigidos por la jurisprudencia se pueden apreciar en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 12 de marzo de 2004, entre otras.

30 El artículo 560 hace referencia todavía al Ministerio de Gracia y Justicia, que cambió dicho nombre en 1931. El artículo 575 castiga al que se niegue a exhibir objetos y papeles con una multa de 125 a 500 pesetas, tal y como se estableció en 1955.

nuevo texto de enjuiciamiento criminal, adaptado a los tiempos actuales, es más que evidente.

La extensión de los casos de corrupción en los últimos años ha llevado al límite los esfuerzos personales en la lucha contra este tipo de delitos. La necesidad de refuerzo de las plantillas y de ampliación de medios es clara. Un análisis de los medios materiales y humanos en la lucha contra la corrupción no puede obviar que los últimos años han visto un incremento de la actividad de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, cuya autonomía y capacidad han sido reforzadas desde su creación en 1995 en el seno de la Fiscalía General del Estado. Según el informe de actividad de 2012 del Ministerio Fiscal, disponía en el año anterior de 40 fiscales, con respaldo de unidades de la administración tributaria, la Intervención General de la Administración del Estado y la Policía Nacional y la Guardia Civil. El número de procesos judiciales en los que ha intervenido ha ido aumentando con el paso del tiempo. De los 88 en 2000 a 266 en 2011. A la lucha contra la corrupción debe añadirse la creación de secciones de Medio Ambiente en las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales, especializadas en delitos contra la ordenación del territorio.

A nivel policial, cabe destacar la Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal (UDEF). Creada en 2005 tras una reestructuración de todas las unidades relacionadas con delitos económicos de la Policía Nacional, con ella se unificaron las investigaciones y se consiguió una mayor coordinación y eficacia. Actualmente la componen cinco brigadas: Central de Investigación de Blanqueo de Capitales y Anticorrupción, Delincuencia Económica y Fiscal, Inteligencia Financiera, Investigación del Banco de España y la Unidad adscrita a la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada.

Dentro de la Guardia Civil, la Unidad Central Operativa (UCO) es el órgano central del servicio de Policía Judicial, encargado de la investigación y persecución de la delincuencia y crimen organizado, ya sea delincuencia nacional o internacional. Entre sus funciones está también la de dar apoyo a las distintas unidades territoriales de Policía Judicial por falta de personal, medios o por la extensión delictiva. En 2005 se crearon dentro de su seno los equipos contra el crimen organizado y 2007 fue el año que vio nacer el grupo de delitos urbanos.

VI. CONCLUSIÓN

Como recordaba el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 3 de febrero de 2014, los Estados, pese a disponer de instrumentos jurídicos adecuados, no han alcanzado resultados totalmente satisfactorios en su lucha contra la corrupción pública. Las soluciones deben venir de un enfoque transversal, unido a una verdadera voluntad para erradicarla. De manera inmediata, el citado Informe de la UE recomienda a España que preste mayor atención a numerosos aspectos. Entre ellos están los de supervisar adecuada-

mente la financiación de los partidos políticos, mejorar los controles financieros internos y los efectuados por el Tribunal de Cuentas y organismos similares y establecer un régimen de sanciones reforzado. Se interesa especialmente que se hagan evaluaciones del riesgo de corrupción y que se refuercen los mecanismos de control a nivel local y autonómico, las normas sobre publicidad patrimonial y la capacidad de la Oficina de Conflictos de Intereses para llevar a cabo verificaciones de forma independiente y eficaz y aplicar sanciones disuasorias. Para la Unión Europea es imprescindible que España garantice el marco de aplicación de la nueva Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, incluya un mecanismo de supervisión independiente y un sistema de sanciones disuasorias. Y a nivel de la contratación pública recomienda que se realicen evaluaciones independientes de los grandes contratos de obras públicas y de las decisiones de planificación urbana a escala regional y local, con el fin de identificar los factores de riesgo de corrupción, así como aumentar los controles sistemáticos y oportunos de los contratos públicos en estos niveles.

Hemos visto, no obstante, que las necesidades, jurídicas, humanas y materiales, van más allá de estas últimas recomendaciones de la Unión Europea. En este sentido, la tarea que queda por realizar en nuestro país sigue siendo mayúscula e ineludible. Por ello, el riesgo que se corre si no se actúa contra la corrupción pública de manera eficaz y con prontitud es evidente: la lesión a nuestro Estado social y democrático de Derecho puede resultar de considerable magnitud.