

Revista Crítica Penal y Poder
2012, nº 2, (pp. 232)
Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos
Universidad de Barcelona



REFLEXIONES MARGINALES SOBRE LA CORRUPCIÓN¹

MARGINAL REFLECTIONS ABOUT CORRUPTION

Joan J. Queralt

Catedrático de Derecho penal, Universidad de Barcelona

RESUMEN

La corrupción, como fenómeno delictivo, previsto y penado en las leyes penales, no es nuevo; es un histórico fenómeno social y político. Sin embargo, es motivo de enorme preocupación. La razón estriba en que la corrupción, tanto la que tiene lugar en el sector público, como en el privado, y su cada vez más frecuente ligazón, corre el peligro de, por su reiteración, convertirse en sistémica, lo que le haría invulnerable a su erradicación y pondría en peligro la propia esencia de la sociedad actual. Por ello se hace necesario abordar desde una perspectiva político-criminal integral la lucha contra esta lacerante lacra que consume recursos humanos, sociales y económicos en una desmedida proporción. Así las cosas, se sostiene la tesis de que no es tan necesario la definición de nuevas infracciones -cosa relativamente simple-, sino que lo decisivo es abordar abiertamente desde las instancias implicadas este combate. Hará falta para ello, además de esta voluntad política y de los órganos de persecución (estrategias preventivas), una adecuación, reformulación y renovación de los diversos medios represivos con los que ya contamos (estrategia reactiva), de modo que las sanciones que se apliquen sean reales y efectivas y, por tanto, disuasorias, por un lado, de anuladoras de los efectos de la corrupción. Es esta tarea la que dista de ser un hecho en la realidad y que requiere su puesta en marcha cuanto antes.

Palabras clave: corrupción privada, corrupción pública, partidos políticos, penas, política criminal, prevaricación, soborno, urbanismo.

ABSTRACT

Corruption, as a criminal phenomenon foreseen and punished in criminal laws, is not new; it is a historic social and political phenomenon. However, it causes a great concern. The reason is that corruption (the kind taking place in the public, as well as in the private sector, and its increasingly tight bond) is a danger that, by repetition, becomes systemic. Systematic corruption is invulnerable to eradication, and it endangers the essence of today's society. To fight this gnawing curse which consumes human, social and economic resources in a disproportionate share, it is therefore necessary to adopt a comprehensive political-criminal approach. Here, I argue that it is

¹ Hipótesis centrales del Proyecto de Investigación I+D *Estrategias preventivas y reactivas contra la corrupción* (DER 2011-28122), financiado por Ministerio de Ciencia e Innovación.

not necessary to define new offenses –something relatively simple to do; on the contrary, what matters is that the bodies involved in its fight address this problem overtly. Hence, in addition to the political willingness and to the enforcement of the prosecution bodies (preventive strategies); it is required to undertake an adaptation, reformulation and renewal of the repressive means with which we already count on (reactive strategy). In this way, the penalties imposed will be effective and, therefore, deterrent; and, hence, they will be able to cancel the effects of corruption. This task is far from being a fact, and it requires being implemented as soon as possible.

Key words: bribery, criminal politic, misfeasance, politic parties, public corruption, private corruption, punishment, urban planning,

1. Introducción

Estas líneas parten de la base, tras una mirada atenta a la realidad circundante, de que la **corrupción**, también en los países llamados desarrollados u occidentales, corre el **riesgo de convertirse en sistémica** o, lo que aun sería peor, es una manifestación coherente con el sistema real de valores dominantes.

La corrupción, en principio de origen público (con la necesaria colaboración de particulares), se ha instalado también en las esferas privadas. Ya no se trata solo de una práctica patológica de ciertos servidores públicos, sino que se ha manifestado como un **mecanismo para generar negocios y pingües beneficios privados ilícitos**. No es ilógico, por tanto, ante este panorama que ambas corrupciones se integren en un único frente, aunque por razones analíticas, pueden ser separadas para sus estudio en algunas fases.

2. El castigo de la corrupción

Llama la atención, en primer lugar que, en Derecho español y en la mayoría de ordenamientos europeos, **no existan tipos penales específicos de corrupción**. Ello en principio **no es ni extraño ni inconveniente**; la corrupción se manifiesta mediante diversos comportamientos punibles desde el paradigmático cohecho activo y pasivo hasta otros más ocultos, pero no menos insidiosos, como la colusión o el blanqueo de dinero. Seguramente, crear un capítulo en el Código Penal que haga referencia específica a este tipo de infracciones englobadas bajo la rúbrica de corrupción no mejoraría su combate, pues sería **un cambio nominal, no necesariamente sustancial**.

Lo que es necesario es una *adecuada política criminal cimentada sobre cuatro elementos centrales: correcta definición de los tipos penales, penas adecuadas, ejecución efectiva que robustezca tanto la prevención general como la especial y un sistema procesal que, sin merma de las garantías, no suponga una fuente de impunidad o de algo tan detestable: una fuente de castigos, de hecho, aleatorios.*

Si observamos el *panorama internacional*, el castigo de la corrupción pública se centra en el *soborno*; tal es el caso del cohecho internacional (art. 445 CP), introducido en nuestro ordenamiento por la LO 3/2000, consecuencia de la ratificación del Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, firmado el 17-12-1997. En efecto, siguiendo la estela del mencionado Convenio, la Convención de las NN. UU. contra la Corrupción (31-12-2003) no ofrece concepto alguno de corrupción, como, en la esfera estrictamente privada, tampoco lo ofrecen las disposiciones de la UE. En primer término, es incluso mencionada como objeto necesario de sanción en las normas constitutivas de la Decisión Marco 2003/568/JAI², con sus antecedentes y todo el acervo comunitario: Convenio de 26-1-1997, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea y los arts. 29 Tratado de Maastricht (1992, Niza, 2002) o 83 Tratado de Lisboa (2007). Común a toda esta normativa es que no ofrece *una definición legal de corrupción*. Mayor interés, por su concreción, presenta el Convenio penal sobre la corrupción de 27-1-1999, del Consejo de Europa, cuya ratificación española, efectuada en noviembre de 2009, tras haberlo firmado en 2005, no se ha publicado en España sino el 31-3-2010, es decir, *más de diez años después de su aprobación*.

3. Concepto de corrupción

En este contexto, no es de extrañar que el GRECO (*Group of States against Corruption*) no se muestre en sus informes muy conforme con el comportamiento anticorruptivo

² Cuya transposición dejó de ser obligatoria en virtud de la STJCEur 13-9-2005 (asunto C-176/03). Sobre la implementación a nivel estatal del primer pilar y la insuficiencia de la excusa de introducirlo vía tercer pilar, vid., críticamente, Ventura (2009, p. 490 ss.).

español³, *quejándose*, con los circunloquios diplomáticos ad hoc, más que de la existencia de mejor o peor normativa penal y procesal, *de la poca eficacia de la persecución*. En efecto, la persistencia de la corrupción, como los demás fenómenos delictivos, no se debe necesariamente a la falta de legislación al respecto; *se trata de saber si lo que falla es la (inexistencia de) normativa o su falta de aplicación*.

Parece olvidar el legislador, español en este caso, pero no sólo él⁴, que el soborno, público o privado, no es más que la manifestación de un *hecho en sí más grave y que afecta de raíz a nuestro sistema jurídico, económico y, en definitiva, a nuestra calidad democrática*, es decir, que *lo que realmente no se aborda es el hecho mismo de la corrupción*, esto es, la alteración en beneficio propio y de forma ilegítima del funcionamiento del sistema, aquí privado. Lo que supone *la corrupción es una perturbación tal del sistema* que deja de prestar las funciones –o las presta muy limitadamente- para las que fue diseñado, incluso, cuando fue diseñado para la generación de beneficios particulares, como es el sistema jurídico-económico de los negocios.

El fenómeno del apartamiento de los fines del sistema no queda resuelto con reformas como la que ha puesto en marcha el legislador. Para el legislador español, por ejemplo, tras la reforma operada en virtud de la LO 5/2010, siguiendo al alemán⁵, el *bien jurídico-penal protegido* en la corrupción privada es la *competencia justa y honesta*, expresión anglicista y moralista, objeto indefinido por definición, lo que vuelve a plantear graves problemas de persecución⁶. *No parece ser esa la solución*.

Visto lo anterior, llama *la atención tanto la falta de un concepto de corrupción como falta igualmente la certeza de si es posible reconducir bajo un mismo concepto y, sobre todo, tratamiento jurídico-penal, la corrupción privada y la pública*; ello sin olvidar la eficacia del tratamiento global o por separado y la correcta implementación de sanciones eficaces, no siempre a fortiori, penales. Se hace, por tanto, necesario seguir la corriente, no aun mayoritaria, pero que pretende situar la corrupción (cruce patológico

³ Vid., por ejemplo, GRECO, 2009. Este documento proviene de las recomendaciones efectuadas por GRECO a España con ocasión del informe de la segunda ronda evaluadora, de 20-5-2005 ([http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoEval2\(2004\)7_Spain_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoEval2(2004)7_Spain_EN.pdf), acceso 1-9-2010) que respondió al cuestionario de GRECO con notable retraso, superando los 18 meses de plazo.

⁴ Sobre el Derecho comparado, vid. Nieto (2002, p. 3 ss.); el mismo (2002^a, p. 55 ss.); Foffani (2006, p. 381 ss.).

⁵ Vid. Ventura, op, cit, loc. cit.

⁶ Vid., por todos, la doctrina dominante en Alemania, Dannecker (2005, nn. mm., p. 4 ss.).

entre Política y Economía) *como un estado de cosas, más que como una infracción en sí.*

En efecto, la corrupción privada es de índole sustancialmente económica, mientras que la corrupción pública, puede comportar también ese aspecto, con beneficio ilícito mutuo para agente venal y corruptor, *pero, y más cuando se hace sistémica, adquiere un demoledor carácter político, demoledor de las instituciones básicas del entramado jurídico-público, que se desnaturalizan y pierden su seña de identidad como favorecedoras de garantía y fomento de libertad, prosperidad y seguridad.* No es, en fin, el análisis de este o aquel delito, sino el de un fenómeno criminal que parece que ha venido para instalarse a poco que no se el inquiete suficientemente lo que permitirá abordar el problema criminal en toda su dimensión.

De este modo, debe abordarse esta problemática desde una *planteamiento político criminal*: así, ello resulta obligado si *se entiende que la corrupción consiste en la desnaturalización de las finalidades institucionales para atender objetivos particulares de los sujetos, de modo habitual, permanente y mediante una organización más o menos establece y sólida.* No se trata, en fin, de la caída individual o puntual, por así decir, en la tentación de una operación o negocio fácil, sino en un *modo patológico de ejercer las competencias del sujeto*, ya sean destinadas a la función pública o al sector económico privado.

4. Manifestaciones delictivas y sus penas

Así las cosas, desde la perspectiva del *sector público*, los delitos comisibles, cabe dividirlos en dos esferas, por su relevancia: *delitos capitales y delitos colaterales.* Entre los primeros tenemos, *delitos contra el deber de imparcialidad, cohecho, tráfico de influencias y colusión*; en el segundo grupo cabe incluir, *prevaricación administrativa y judicial, malversación de caudales públicos y falsedades.* Estos delitos presentan múltiples variantes típicas, lo que supone una *casuística* que la última reforma penal española, de la mano de la Ley orgánica LO 5/2010, todavía *no ha superado*, y una *variedad penológica, no siempre justificada*, cuya falta de implementación real se apunta más abajo.

Desde la perspectiva del *sector privado*, los *delitos capitales* son *administración fraudulenta*, que de facto ha sido derogada por la jurisprudencia (STS 17-7-2006, caso

jubilaciones del Santander), y *la administración desleal, además en conflictiva relación concursal con la anterior por insuficiencias legislativas, la alteración de mayorías societarias, que en la práctica se ha mostrado inoperativa*, al igual que lo es la previsión civil en la mayoría de casos y, finalmente, la *corrupción privada*, que, *ante la inoperancia de la regulación precedente, se sobrepone a la misma y añade aun más confusión y, crea el terreno para la impunidad de facto*. Como infracciones colaterales se presentan, los *delitos fiscales, el blanqueo de dinero, la asociación ilícita, junto a los nuevos tipos de organización y grupos delictivos y las falsedades*: el delito recurrente.

Junto a la *deficiente tipificación* que ofrece el Derecho positivo, se presenta un *arsenal penológico* que *no contempla* el contexto en que se producen los delitos para adecuar las penas; además, como una muestra más de una gran ineficacia de las penas no privativas de libertad y pecuniarias, las sanciones penales aquí previstas se muestran inadecuadas y/o ineficaces; así, el recurso reiterado a la pena de prisión, que acaba siendo remitida, penas privativas o restrictivas de derechos de muy deficiente ejecución, comiso (sólo delitos públicos), a lo que hay que añadir que los delitos llamados de corrupción privada son, con exclusión de lo previsto en el art. 286 bis CP, sólo perseguibles, en principio, a instancia del ofendido, dejando la acción penal pública en muy segundo lugar o, simplemente, inactiva.

Conviene detenerse en este apartado relativo a la *penalidad real*. En primer lugar, topamos, ante la carencia de una ley de ejecución penal, con una *no distinción en la práctica entre pena de inhabilitación y pena de suspensión*; ello es importante cuando el condenado es un funcionario público, o se ejerce una actividad, como particular por cuenta o bajo autorización pública. Para los funcionarios públicos, a título de ejemplo deberemos:

- Proceder al análisis y valoración de la relación entre aquellas penas, las sanciones disciplinarias de carácter administrativo previstas con carácter general en el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril) y en la legislación sectorial, y de los requisitos y cauces para el acceso a la función pública.
- Establecer las soluciones que requiere la problemática que suscita la necesidad de distinguir entre la identificación del empleo o cargo respecto del que se produce la pérdida definitiva en la pena prevista en el art. 42 CP, y, por otra

parte, la identificación de los empleos o cargos análogos, respecto de los cuales la pena sólo produce la incapacidad para obtenerlos.

Si lo anterior es relevante para los sujetos activos que ostenten la condición penal de funcionario público, el efectivo grado de realización de la prevención especial para un particular no es más halagüeña. Así, para un *particular*, condenado como extraneus en un delito de funcionarios o como autor de un delito propio, ante la falta de un sistema de ejecución penal, más allá de la formal remisión por el órgano sentenciador al Registro Central de Penados de la ejecutoria, se requiere un esfuerzo imaginativo para poder dotar a la sanción de la privación de una efectividad que supere lo ilusorio. Así, a título de ejemplo, la STS 9-6-2007, caso Turismo, que condena a los extranei como partícipes en delitos propios de funcionarios corruptos (malversación, prevaricación, falsedad), contiene un inusitado, por farragoso y extenso, fallo, refiriendo casi una veintena de instituciones a las que dirigir la comunicación de la condena a penas privativas de derechos. *Al no existir una autoridad central y por carecer de una ley general de ejecución penal, que controle la efectividad de las sanciones y lo comunique a los órganos judiciales de enjuiciamiento, la sospecha, ratificada por la realidad, es la de que apartados de las resoluciones condenatorias con penas privativas o limitativas de derechos, son, en la práctica, papel mojado*, con el consiguiente *efecto criminógeno*, destructor tanto de la prevención general como de la especial. Los órganos públicos de gestión, en consecuencia, carecen de información sobre la capacidad legal, salvo en el caso de que los condenados sean funcionarios públicos, de los sujetos privados con quienes se relacionan. Pese a la dicción del art. 60. 1 a) de la Ley Contratos del Sector Público⁷, la prohibición de contratar con las administraciones por parte de los sujetos condenados dependerá de una compleja y poco eficaz cadena de comunicaciones desde los tribunales a la Junta Consultiva de

⁷ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: “Artículo 60. Prohibiciones de contratar.

1. No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de asociación ilícita, corrupción en transacciones económicas internacionales, tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación y receptación y conductas afines, delitos relativos a la protección del medio ambiente, o a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio. La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas, o en las que concurran las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo.”

Contratación Administrativa del Estado y a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas. Tan poco cree el legislador sectorial en sus propios medios que se conforma con una prueba de no concurrencia de una prohibición de contratar aportada por el propio contratista administrativo, que, a falta de una inverificable certificación oficial puede sustituida por una declaración del interesado ante un organismo público⁸.

Con todo, algún avance parece abrirse camino. Así es, en el *plano penal*, una interesante muestra de este progreso legislativo se manifiesta en materia de corrupción urbanística. Solo desde el año 2010 se ha producido el reconocimiento del legislador del deber de *decomisar las ganancias* en el delito de construcción ilegal (art. 319. 3 CP), en el mismo precepto que regulaba ya desde 1995 confusamente la *obligación de demoler* lo ilegalmente edificado, por lo que parece que se implanta el programa penal de *demolición*⁹ y *comiso*. De esta suerte, si la demolición deviene imposible -lo cual es lo que habitualmente suele acontecer-, se acordará siempre y en todo caso por el tribunal sentenciador el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar el objeto del delito¹⁰. De este modo se confía, no tanto en reponer las cosas a su estado original sino, ante la fáctica imposibilidad de demoler construcciones ilegales en España, hacerlas económicamente inviables, lo cual si no se arbitran mecanismos de seguimiento de tales ganancias volverá a ser papel mojado. En la esfera penal sigue pesando cierta desidia por lo laborioso del procedimiento de ejecución de estas medidas, desidia que se manifiesta en la tolerancia judicial en la aplicación de la demolición y del comiso, cuya ejecución se dilata en el tiempo, y más aun si los aplazamientos los insta el condenado ante cierta pasividad de las administraciones públicas competentes.

⁸ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: “1. La prueba, por parte de los empresarios, de no estar incurso en prohibiciones para contratar podrá realizarse mediante testimonio judicial o certificación administrativa, según los casos. Cuando dicho documento no pueda ser expedido por la autoridad competente, podrá ser sustituido por una declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado.

⁹ Medida aceptada por STEDH, caso Saliba c. Malta, 8-11-2005.

¹⁰ De interés la cuestión que plantea Blanco Cordero (2011, p. 6), inclinándose por las primeras, tal como se inclina la mayoría de la doctrina y del Derecho comparado, con alguna reciente excepción en Alemania; vid. BGH 5 StR 224/09, Auto de 27-1-2010.

Esta situación material de difícil superación se ve agravada por el enriquecimiento injusto como causa de sanción, habilitación legal que con no poca razón los tribunales se resisten a desplegar en toda su extensión. Este instrumento ha planteado posibles problemas de constitucionalidad (como la inversión de la carga de la prueba para la fundamentación de responsabilidad penal). Debe señalarse que, atendiendo a la historia reciente, por lo general los intentos de *eludir las dificultades probatorias liberando a la acusación de sus deberes de probar el delito que se quiere imputar* (en este caso, el cohecho que enriquece al funcionario) debilitan las garantías penales a cambio de escasos éxitos. Sin embargo, la introducción de consecuencias jurídicas de tipo patrimonial y tributario con base en el concepto de enriquecimiento injustificado permitiría soslayar no pocas de esas objeciones.

Para finalizar este apartado cabe resaltar la poca perspicacia del legislador que se revela en la deficiente percepción que posee de la realidad. En efecto, por lo general, no se tiene en cuenta en la descripción típica, más allá de una previsión para el art. 286 bis CP, la actuación grupal y organizada. Al margen de lo que se pueda concluir en orden a la conveniencia del castigo penal de las personas jurídicas, es una obviedad que lo grave de la corrupción es su tendencia a la organización y permanencia. Por ello, más que el objeto delictivo en sí en el cohecho y en la prevariación, por ejemplo, lo que debería primar en el castigo es la *integración en una trama corrupta*. Como la comisión o intento de comisión de un delito ya tiene, en todo caso, su castigo en sede concursal, lo que ha de ponerse en el frontispicio penal es el hecho mismo de la organización, que es una muestra lacerante de la *privatización de lo público o de lo mercantil para fines privados ilícitos*.

Sea como fuera, la *corrupción privada*, muchas veces entreverada con la pública, tiene una vida propia al margen de la política y se centra tanto en la *obtención de ilícitas ventajas competitivas como en el enriquecimiento sin causa, es decir, fraudulento, de los administradores societarios*. Por ello, estos tres ámbitos no pueden dejar de ser estudiados simultáneamente y descubrir su trabazón.

5. Especial mención a la corrupción en el ámbito local/partidos políticos

Una postrera observación. La corrupción de funcionarios en España tiene uno de sus principales focos en el *ámbito local*. El salto existente entre los niveles preventivos

existentes en la Administración central y los vigentes (de facto) en la Administración local es tan abismal que parecería que hablamos de las Administraciones de países distintos. Lo generalizado de la corrupción en ámbitos económicamente tan importantes como la administración urbanística o la gestión de la obra civil mina las bases de la democracia local de un modo tal que probablemente no será recuperable hasta pasado mucho tiempo.

En la **prevención de la corrupción** en el ámbito local, probablemente lo más urgente no sea acudir a innovadoras recetas sino quizá un mero retorno a prácticas de control ya conocidas, pero víctimas de una progresiva desactivación, como es, por ejemplo, la **intervención**, financiera, contable y de racionalidad. Sin olvidar recursos telemáticos para control de puestos de trabajo y acceso a documentación y expedientes. En este mismo ámbito de la gestión urbanística, la **extraordinaria proximidad entre los organismos gestores y los mecanismos supervisores** destruye toda posibilidad de aplicar el principio de **segregación de funciones**, pilar esencial de la prevención de la corrupción. Igual suerte habrán de correr los **convenios urbanísticos con la Administración local**, que deben ser objeto de una regulación más estricta.

Desde una **perspectiva más general**, llamativa es la carencia de **transparencia administrativa** en multitud de aspectos. Tal estado de cosas permite que los contactos mediados por corrupción se mantengan relativamente lejos del conocimiento del público. Es esta falta de transparencia la que permite métodos tan toscos como la fragmentación de contratos por debajo del límite que permite la contratación directa sin concurso. La insuficiente presencia de **terceros agentes ajenos a la administración concedente** en la supervisión de los asuntos o en la rendición de cuentas es uno de los principales problemas en este campo. Esto es **especialmente criminógeno** en el ámbito de la contratación de obra civil. Así, lacras como la autorización sistemática de ampliaciones presupuestarias que pueden llegar a multiplicar el presupuesto inicial no sólo resulta absolutamente injustificada (sin la suficiente comprobación de que **el desvío respecto del presupuesto inicial se debió a circunstancias previsibles por la empresa contratista**) sino, además, uno de los expedientes más habituales de acceso a las arcas estatales sin el más mínimo control.

En último término, esta corrupción pública tiene un destino no solo referido a los concretos agentes corruptos. Por un lado, la **corrupción no se centra sólo en el ámbito de las administraciones locales**. Algunas comunidades autónomas están transidas por la corrupción y también ha llegado, ocasionalmente al gobierno central, pero sobre todo, a

los *partidos políticos*¹¹. Como punto de partida, cabría aventurar que la corrupción en la esfera local tiende más, aunque no exclusivamente, al enriquecimiento mutuo de funcionarios y agentes públicos, mientras que a medida que se asciende en el grado de complejidad administrativa, *la corrupción se centra más en asegurar clientelismo político y ventajas de financiación partidista*. Esta corrupción no es, desde luego, ni despreciable por su volumen ni por su incidencia política: al contrario, política y jurídicamente, reviste mucho mayor calado.

6. La imagen de la corrupción

El estado actual de la cuestión, como se puede colegir, no resulta muy prometedor. La causa principal estriba, desde el punto de vista legislativo, en que no contempla un abordaje integral de la corrupción como fenómeno de criminalidad sistémica y organizada, es decir, no se aborda una *confección de conjunto de los tipos penales, de las penas y medidas a ellos anudados y de su ejecución*, junto con las previsiones de otras estrategias defensivas ante la corrupción. Ello hace que la doctrina no siempre enfoque el problema de modo global¹², lo que dificulta aun más el planteamiento en conjunto de estrategias anticorrupción.

Ello resulta paradójico, pues abundan contribuciones científicas¹³ al análisis de la regulación penal de las diversas modalidades de corrupción. Dicho en otras palabras: no interesa tanto en este contexto el análisis, por ejemplo, del cohecho activo/pasivo o de la autocontratación del administrador societario en perjuicio de su sociedad, *sino la impotencia de algunas construcciones jurídico-penales y de determinadas inercias*¹⁴,

¹¹ Vid. sobre la problemática de la corrupción y los partidos políticos en España, el informe del GRECO 2011; las recomendaciones se consideran en buena medida solo parcialmente implementadas.

¹² Una clara excepción, sin embargo, puede observarse en la propuesta legislativa efectuada por el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (2010: passim).

¹³ Vid., solo para el último lustro, por ejemplo, De la Mata (2006); Olaizola (2006); Pozuelo (2006); Rodríguez López (2007); Castro (2007); Delgado (2009); el mismo (2009a); De la Cuesta (2009); Rosas (2009); Rodríguez Fernández (2009); Lozano (2010); Pipaón (2010); Queralt (2010); Ventura Puschel (2010); Jareno (2011); Otero (2011); Vázquez –Portomeñe (2011).

¹⁴ Aparte de los informes del GRECO, vid., también, por ejemplo y para 2010 TRANSPARENCIA INTERNACIONAL 2010. *Índice de Percepción de la Corrupción 2010 de Transparency International* (http://www.transparencia.org.es/INDICE%20DE%20PERCEPCION%202010/TABLA_SINTETICA_DE_RESULTADOS_IPC.pdf, acceso 5-1-2012).

cuando no de tolerancias, que permiten que la corrupción se instale de forma estable en la sociedad y se vea casi como algo normal.

A este respecto dos datos significativos. Por un lado, en referencia a la ***tolerancia*** con el ***fraude fiscal***, consecuencia obvia de la corrupción, ateniéndonos a la Memoria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) del ejercicio 2009¹⁵ y comparándola con la de 2006¹⁶, resulta que los ingresos provenientes de las rentas del trabajo (IRPF) suponían el 62,34% de los ingresos; en cambio, los provenientes del impuesto de sociedades (IS) fueron tan sólo del 35,48%. Pues bien, para el ejercicio de 2009, los ***datos han empeorado***, abriéndose aún más la brecha; los ingresos del IRPF supusieron el 75,80% de los impuesto directos, mientras que los (IS) el 24,20%. Por otra parte, si se tiene en cuenta que en 2006 la ratio IRPF/IS era de 1,6, en 2009, esta se más que duplica, llegando a 3,16. A ello se añade, que los impuestos indirectos más importantes, que suponen un 95% de los ingresos en tal concepto, IVA e impuesto especial, impuestos que abona todo ciudadano al margen de su capacidad contributiva, presentan una ratio del 2,62 en relación con el IS. La crisis económica no explica esta tendencia, pues no sólo empeoran las cifras empresariales, sino las personales: el número de parados se ha disparado -y, por volumen de ingresos están exentos de IRPF-; quizás tenga que ver con mecanismos más o menos legales de optimización fiscal para las rentas más altas y con la constante desde el año 2002 y, por lo que se ve, no muy acertada rebaja impositiva. Esta ***contribución tan despareja a las cargas públicas***, en un sistema capitalista, no parece que sirva decididamente al interés general. Los efectos que pueda desplegar la L 36/2006 (de medidas para la prevención del fraude fiscal) habrá que determinarlos con el tiempo, en especial, si es una ley realmente represora del fraude fiscal o meramente recaudatoria, cuando no simbólica. Por ello no son de extrañar algunas de las respuestas dadas por los entrevistados en el informe del Instituto de Estudios Fiscales *Opiniones y actitudes fiscales de los españoles en 2009*, 2010, doc. nº 11/10¹⁷: dos terceras partes (el 67%)¹⁸ creen que el fraude ha empeorado, mucho o algo; el 75% piensa que los empresarios, profesionales liberales, autónomos y rentistas,

¹⁵ Vid. AGENCIA TRIBUTARIA, 2010.

¹⁶ Vid. AGENCIA TRIBUTARIA, 2007.

¹⁷ Vid. INSTITUTOS DE ESTUDIOS FISCALES (2010)

¹⁸ Vid. INSTITUTO cit. (2010, p. 36).

son los que más defraudan¹⁹; la razón del fraude estriba más en la impunidad que en si los impuestos son excesivos (un 26 y 19%, respectivamente²⁰); los empresarios y las personas entre 45-54 años son los que más justifican el fraude (50 y 49%²¹); o, finalmente, el 57% considera que el fraude fiscal es ilegítimo, mientras que el 34% lo justifica y un 9% lo considera consustancial, lo que eleva la admisión de la defraudación como no negativo al 43%²².

Por su parte, del reciente estudio efectuado por el Centre d'Estudis d'Opinió de la Generalidad de Cataluña para la Oficina Antifrau, de 9-12-2010, que lleva por título *Els catalans i la corrupció: percepcions i actituds ciutadanes*²³ cabe extraer alguna conclusión como las siguientes: Los ciudadanos suspenden a los políticos en honradez, recelan de la legalidad del financiamiento de los partidos y creen que los medios no son objetivos en los casos de corrupción. El 85% de los catalanes cree que la corrupción está “muy extendida” entre los partidos políticos. La mayoría de los catalanes consideran que las administraciones públicas no son transparentes en su gestión. Más del 71% de los ciudadanos de Cataluña cree que los organismos administrativos de la Generalitat no cumplen con los niveles exigibles de transparencia e integridad, mientras que el 22,7% considera que son muy o bastante transparentes. En este sentido, se refleja la poca confianza de los ciudadanos en los cargos políticos: el 67,8% de los ciudadanos consideran que los políticos no actúan con honestidad, frente al 27,2%, que consideran que sí lo son, mucho o bastante.

Tomemos el ejemplo del *urbanismo*, que, recuérdese, está muy ligada a la *corrupción política*. Para hacernos una idea de la relevancia del *ámbito urbanístico* en cuanto a corrupción se refiere, es significativo el informe de 2006 de *Transparencia Internacional*: “*el ámbito donde la corrupción es más elevada en España es el del nivel local. En estos gobiernos, sobre todo en los situados en la costa o en las inmediaciones*

¹⁹ Vid. INSTITUTO cit. (2010, p. 40).

²⁰ Vid. INSTITUTO cit. (2010, p. 42).

²¹ Vid. INSTITUTO cit. (2010, p. 45).

²² *ididem*.

²³ Vid. OFICINA ANTIFRAU DE CATALUNYA, 2010.

de las grandes ciudades, la calificación del suelo urbano es el origen de los mayores casos de corrupción”²⁴.

La mayor parte de la corrupción ha coincidido, no por casualidad, con el auge de la urbanización descontrolada en España, especialmente intensa en el litoral. Esta situación ha llamado la atención más allá de los límites del Estado español. De entre todos los documentos internacionales que dan cuenta de esta situación, el más relevante es el llamado **Informe Auken**, aprobado por el Parlamento Europeo el 26 de marzo de 2009. En él, se da cuenta de la situación urbanística en España, y se señala que “*la actividad urbanística está suponiendo una grave amenaza para el medio ambiente*”; también se lamenta la cantidad de actuaciones judiciales contra funcionarios locales corruptos, se subraya el carácter inadecuado de la legislación reguladora de la actividad urbanística y vuelve a incidir, como Transparencia Internacional, en la alarmante avalancha de reclasificaciones del suelo no urbanizable a urbanizable “*para el provecho económico considerable del agente urbanizador y el promotor*”²⁵. Como resultado de lo antedicho, puede concluirse que “*el nivel local es el principal agente corrupto*”, y la materia preferida y de mayor magnitud de su corrupción, la urbanística.

Como **conclusión provisionalísima** ha de reiterarse el necesario cambio de paradigma, que ha de basarse, además de en un impulso político sin desfallecimiento, en un enfoque multifactorial jurídico. Así las cosas, es erróneo que **parezca que todo el peso de respuesta ante la corrupción sea la pena impuesta por el Código Penal**, pues el Derecho penal por definición siempre llega tarde. Así las cosas, las experiencias de la práctica del Derecho administrativo y del Derecho mercantil han de ser tenidas en cuenta por ser altamente instructivas y las consecuencias que se obtengan serán fruto de una intensa interacción entre todos los sectores jurídicos mencionados con el Derecho penal y viceversa. Si en algún campo el Derecho penal acentúa su carácter fragmentario y de última ratio es en el ámbito de la corrupción. No hay que renunciar, por supuesto al castigo criminal, pero no puede ser, de facto, la única respuesta estatal, que forzosamente llega en el proceso penal vehiculada por las ramas jurídicas mencionadas y por tanto con poca autonomía y poco espacio de actuación, pese a que el Derecho,

²⁴ Vid. TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, (2007, p. 4).

²⁵ Vid. Resolución del Parlamento Europeo (26-3-2009) sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas, Informe Auken, p. 6, ap. AF (2008/2248(INI) [<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2009-0192&language=ES&ring=A6-2009-0082> acceso, 1-10-2011]).

como orden jurídico global bien poco ha hecho en realidad para evitar que las cosas lleguen hasta el juicio oral. *La combinación de estrategia preventivo-reactiva*, en fin, *se impone*.

Bibliografía

- 1.- AGENCIA TRIBUTARIA, 2009- 2010),
(http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Informacion_institucional/Memorias/MEMORIAS_DE_LA_AGENCIA_TRIBUTARIA/2009/Memoria_Agencia_2009.pdf, acceso, 1-9-2010).
- 2.- AGENCIA TRIBUTARIA, Memoria 2006, 2007
http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Informacion_institucional/Memorias/MEMORIAS_DE_LA_AGENCIA_TRIBUTARIA/2006/Memoria2006.pdf, acceso, 1-9-2010).
- 3.-Blanco, G., 2011. El comiso de ganancias ¿brutas o netas? *Diario La Ley*, núm. 7569.
- 4.-Boldova, M., 2007. *Los delitos urbanísticos*. Valencia: Tirant Lo Blanch
- 5.-Castro, A., 2007. *El abuso de información privilegiada en la función pública*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- 6.-Dannecker, G., 2005. „§ 299 En: *NOMOS-Kommentar zum Strafgesetzbuch* .
- 7.-De La Cuesta, P. M., 2009. Urbanismo y corrupción. En *Fundamentos de derecho urbanístico*. Pamplona: Aranzadi., pp. 1380-1398
- 8.,De La Mata , N., 2006. “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 17, pp. 81 – 192.
- 9.- Delgado, A., 2009. *Delitos cometidos por funcionarios públicos*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

- 10.- Delgado, A., 2009. Sobre el bien o los bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la Administración Pública. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. LXII, pp. 357- 424.
- 11.- Foffani, L., 2006. La corrupción privada: Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización. En: *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo*. Universidad de Castilla- La Mancha, pp. 381-392.
- 12.- GRECO, *Second Evaluation Round, Addendum to the Compliance Report on Spain*, 44^a Sesión plenaria, Estrasburgo, 6-8/10/ 2009 ([http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoRC2\(2007\)10_Add_Spain_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoRC2(2007)10_Add_Spain_EN.pdf), acceso: 1-9-2010).
- 13.- GRECO Third Evaluation Round Compliance Report on Spain “Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)”: “Transparency of Party Funding”, Straßburg, 1.4.2011, 2011 ([http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoRC3\(2011\)5_Spain_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoRC3(2011)5_Spain_EN.pdf), acceso: 1-10-2011).
- 14.- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, 2010. *Una regulación alternativa contra al corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas*. Málaga: Grupo de Estudios de Política Criminal.
- 15.- JAREÑO, A., 2011. *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación*. Madrid: Lustel Publicaciones.
- 16.- Lozano, B., 2010. Delitos contra la ordenación del territorio y prevaricación urbanística. *Diario La Ley*, núm. 7534.
- 17.- Nieto, A., 2002. La corrupción en el comercio internacional (o como la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo). *Revista Penal*, núm. 12, pp. 3- 26.

- 18.- Nieto, A., 2002. La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del derecho comparado. *Revista penal*, núm. 10, pp. 55-69
- 19.- INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES. *Opiniones y actitudes fiscales de los españoles en 2009, 2010* (www.ief.es/publicaciones/documentos/doc_11_10.pdf. acceso, 1-9-2010).
- 20.- OFICINA ANTIFRAU DE CATALUNYA, *Els catalans i la corrupció: percepcions i actituds ciutadanes2010*, http://www.antifrau.cat/images/stories/documentos/publicacions_estudis/estudis_integricat/estudis_integricat_01_enquesta_corrupcio_catalunya_2010_cat.pdf, acceso 1-9-2010).
- 21.- Olaizola, I., 2006. Los delitos contra la administración pública. En: *Nuevas tendencias en política criminal*. Madrid: Reus Editorial, pp. 361-403
- 22.- Otero, P., 2011. La corrupción en el sector privado: el nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1, 2 y 3 del Código Penal. *Revista La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm.87, pp. 3.
- 23.- Pipaón, 2010. El cohecho y el delito fiscal: concurso de normas. *Revista La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 67, pp. 3.
- 24.- Pozuelo, L., 2006. El delito de prevaricación administrativa en los supuestos de aprobación o modificación arbitraria de planes urbanísticos. LH-González-Cuéllar (DÍEZ-MAROTO, J., coord.) pp. 713-724.
- 25.- Queralt, J., 2010. Notas sobre la corrupción privada en el proyecto de código penal. *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 147, pp. 15 – 19.
- 26.- Rodríguez, P., 2006. Administración y Derecho penal. Barcelona: vLex

- 27.- Rodríguez, I., 2009. *Demolición por delito: el restablecimiento de la legalidad urbanística en la vía penal*. Granada: Editorial Comares.
- 28.- Rosas, J., 2009. Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España. *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 99, pp. 94 – 123.
- 29.- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, Informe global de la corrupción 2006 <http://www.transparencia.org.es/INFORMES%20ESPECIFICO%20SOBRE%20ESPAÑA%202006-2007/Informe%20TI-España%202006.pdf>, acceso, 1-9-2010.
- 30.- Vázquez – Portomeñe, F., 2011. Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado "cohecho de facilitación". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, pp. 151 – 180.
- 31.- Ventura, A., 2009. Sobre la tipificación de la mal llamada ‘corrupción entre particulares’ (o de cómo la pretendida política criminal común de la Unión Europea entiende la competencia en el mercado). En: *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión europea. La política criminal europea*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 487 - 514.
- 32.- Ventura, A., 2010. Corrupción entre particulares (art. 286 bis,1, 2, 3). En: *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 319 – 330.