

GOVERN OBERT 2015

3

**La justicia penal
ante
la corrupción**

**Antonio
del Moral García**

GOVERN OBERT 2015

3

**La justicia penal
ante
la corrupción**

**Antonio
del Moral García**



Sumario

Introducción: La transparencia, una oportunidad para mejorar la calidad democrática

Comisionado para la Transparencia
y el Acceso a la Información Pública

7

La justicia penal ante la corrupción

Antonio del Moral

I. Deconstruyendo más mitos

25

II. Derecho penal sustantivo
y corrupción. Las reformas penales
de 2010 y 2015

31

III. Un objetivo: que el delito nunca
sea rentable

36

IV. Privilegios procesales

38

V. Arrepentidos

41

VI. Prisión preventiva:
una advertencia

44

VII. Eficacia procesal	47
VIII. Ministerio Fiscal y corrupción	51
X. Acción popular y corrupción	57
Bibliografía	62

Introducción: La transparencia, una oportunidad para mejorar la calidad democrática

Comisionado para la Transparencia
y el Acceso a la Información Pública

Transparencia, poder y democracia

Desde la Antigua Grecia hasta nuestros días, la filosofía y la ética han prestado especial atención al concepto de poder y a su ejercicio. A lo largo de la historia, han habido discrepancias e ideas contrapuestas sobre la naturaleza y la definición del concepto de poder, sus límites y reparto, la forma legítima de acceder a él o la relación entre individuo y poder.

Algunos debates como la discusión entre las virtudes de la democracia frente al mantenimiento de los regímenes autoritarios ya están superados. Otros se mantienen vigentes en algunos países y comunidades, como la relación entre los poderes político y religioso. También surgen debates nuevos, y actualmente destaca el debate en torno a la calidad democrática y, en especial, sobre los métodos para conseguir democracias más representativas y participativas.

Desde el origen de la teorización sobre el poder, ha habido quien ha defendido que los gobernantes pudieran ejercerlo con plena libertad y ha habido quien ha defendido la necesidad de controlar y limitar las competencias de los responsables políticos. Una manifestación de estos últimos fue la propuesta de Montesquieu de separación de los poderes legislativo (o soberano), ejecutivo y judicial.¹ Otros límites se han concretado en la sumisión del poder al Estado de derecho o en la introducción de controles internos como la intervención general. Sin embargo, todos estos controles, a pesar de ser útiles, se han demos-

1. Véase Montesquieu y su libro *El espíritu de las leyes*.

trado insuficientes para erradicar totalmente los abusos de poder y no han podido impedir la aparición de la sensación de impunidad entre la ciudadanía, normalmente provocada por el hecho de que esta ignoraba buena parte de las actuaciones públicas y la forma como los gobiernos tomaban las decisiones.

Ya en la antigüedad encontramos preocupación por las consecuencias de la opacidad en el ejercicio de poder, como es el caso de Platón en el Mito de Giges² –desarrollado en el segundo capítulo de este libro, y que plantea que la opacidad facilita el abuso de poder. A conclusiones similares sobre la bondad de la transparencia llegó el historiador y militar Tucídides³ cuando describía el ejercicio abusivo del poder por parte de los líderes democráticos como Pericles.

Estos conceptos se recuperaron en el siglo XVIII, cuando reaparecieron dos versiones contrapuestas sobre el ejercicio del poder en las instituciones de los Estados modernos, según prevaleciera la transparencia o la discrecionalidad. La posición inspirada en la transparencia se impuso en Suecia en el año 1766, cuando aprobó la Ley para la Libertad de Prensa, que tenía como objetivo abolir la censura política sobre las publicaciones escritas y otorgar a los ciudadanos, con límites, el derecho a acceder a los documentos gubernamentales. Esta ley todavía constituye un referente hoy día.

Por contra y en la misma época, la opacidad se imponía en el Congreso de Estados Unidos como respuesta a necesidades prácticas de seguridad y para evitar presiones externas a los legisladores, para que pudieran actuar de acuerdo con su conciencia.⁴ Algunos autores de referencia de la época, como Edmund Burke,⁵ justificaban esta práctica, aunque fuera de manera implícita. Así pues, se impuso la idea de que

2. *República*, Libro II, Mito de Giges.

3. *Historia de las Guerras del Peloponeso*.

4. Harold C. Relyea. 2003. *Government secrecy: policy depths and dimensions*. *Government Information Quarterly* 20 (2003) 395-418.

5. Discurso a los electores de Bristol, 3 de noviembre de 1774.

el secretismo y la discrecionalidad iban ligados a una buena gestión pública ya que facilitaban que los responsables políticos determinaran el interés general de manera eficiente y sin interferencias. Esta idea, a pesar de sus consecuencias negativas, respondía a una preocupación sincera y, actualmente, todavía hay ámbitos, como los tribunales judiciales o administrativos (oposiciones, concursos, mesas de contratación, etc.) en que se considera que la mejor forma de garantizar la independencia de los órganos decisorios es deliberar discretamente, sin interferencias externas.

De esta manera, la opacidad y el secretismo se consolidaron mayoritariamente en las deliberaciones gubernamentales para permitir que se tomaran decisiones a favor del interés general. Recordemos que en aquel momento el sufragio solía ser censitario porque se consideraba que la población en general no estaba preparada para participar en política debido al alto nivel de analfabetismo y por el prejuicio de que el ciudadano medio era presa fácil de rumores e informaciones sesgadas.

Afortunadamente, estas concepciones han quedado obsoletas y ha aparecido un nuevo paradigma de la gobernanza. Los antiguos súbditos ahora son ciudadanos gracias al sufragio universal y a su mayor capacitación, resultado de las mejoras en sus condiciones de vida y en el nivel educativo. Además, la globalización económica y el fin del fordismo, junto al reconocimiento de la diversidad cultural y de las formas de vida, hacen cada vez más compleja la gobernanza. Si en el siglo XIX ya era difícil sostener, como hacía Burke, que solamente existía un interés, el interés general, hoy día esta afirmación es insostenible y es uno de los motores de la llamada *desafección ciudadana*. Ahora, la relación de representación ya no se puede basar en la confianza ciega de la ciudadanía en los electos sino en una relación madura, en la que los electos deben rendir cuentas por las actuaciones para que la ciudadanía las pueda valorar correctamente.

En este contexto, las nuevas tecnologías, que permiten el masivo tratamiento de los datos y la transmisión inmediata de información, aportan

la capacidad instrumental necesaria para hacer posible la transparencia y el acceso a la información. Esta madurez democrática se va extendiendo progresivamente. El primer lugar donde fructificó fue en Estados Unidos, con la Freedom of Information Act (1966), que estipula que todo el mundo tiene derecho a acceder a los registros y a la información de las agencias federales, a pesar de algunas exclusiones y límites, orientación en la que el presidente Barack Obama ha profundizado, ya que quiso basar su política sobre las ideas de transparencia y de un ciudadano medio informado.

En el ámbito internacional, destaca la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción –Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003–, firmada para luchar contra la corrupción, especialmente en los países en vías de desarrollo, ya que considera que este fenómeno dificulta el crecimiento económico. Como herramientas preventivas, la Convención promueve la transparencia y la participación ciudadana. En la Unión Europea, las apuestas por la transparencia se producen tanto en el marco institucional comunitario como en los estados miembros, aprobando normativa de obligado cumplimiento.⁶

Finalmente, cabe destacar el papel de la organización no gubernamental Transparencia Internacional,⁷ que ha presionado a favor de estas políticas y que ha establecido diversos indicadores que son esenciales para evaluar la transparencia de manera estandarizada en todo el mundo.

En resumen, y dejando a un lado factores estructurales y de diseño institucional, como la separación de poderes o la dinámica gobierno-oposición, o los controles internos de la propia Administración, en la actualidad los instrumentos para moderar el ejercicio del poder con la intención de luchar contra la corrupción son el Derecho penal y el control ciudadano que facilitan las políticas de transparencia.

6. Destacan las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE que desarrollan el Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, 25 de junio de 1998.

7. <http://transparencia.org.es/>

Prevención y represión de la corrupción

Si dejamos de lado los controles propiamente administrativos, el Derecho penal, que analizaremos en el capítulo siguiente, era hasta hace poco el principal mecanismo legal para controlar el poder. Por esta razón, cuando se descubren casos de presunta corrupción, la respuesta inmediata que se produce en el imaginario colectivo de la población es recurrir al Código penal y pedir castigos ejemplares.

Sin embargo, el endurecimiento de las penas por sí solo no evita la comisión de este tipo de delitos, y lo que sería necesario es implementar una justicia más rápida que eliminara la sensación de impunidad existente. Además, la celeridad permitiría que nadie se mantuviera en el estatus de persona investigada durante años, hecho que perjudica a efectos prácticos su presunción de inocencia, y de rebote, la imagen del conjunto del sistema político y administrativo. Estas cuestiones relacionadas con la justicia serán tratadas por el magistrado Antonio del Moral García, que evita una visión simplista del Derecho penal como mero mecanismo corrector y sancionador, al tiempo que no renuncia a las funciones disuasorias y preventivas. Así pues, en este apartado nos limitamos a analizar la contribución de la transparencia a esta labor preventiva y, también, su contribución a la mejora general de la calidad democrática.

La emergencia actual de la idea de transparencia se explica por un cambio en la manera de entender la información que la Administración tiene en su poder. Si tradicionalmente se entendía que era un simple instrumento para gestionar servicios y tomar decisiones, actualmente se concibe como un bien público a disposición del ciudadano para beneficiar al conjunto de la sociedad. La apertura de los datos es una oportunidad para el crecimiento económico gracias a nuevos servicios (generalmente a través de Internet) producidos a partir de la reelaboración de datos públicos y el resultado de nuevas investigaciones científicas y, también, es una forma de dar información útil para mejorar la calidad de la vida cotidiana, facilitando información en tiempo real sobre el estado de los transportes públicos, la calidad del agua de las

playas, etc. Pero ahora nos centramos únicamente en el impacto que tiene sobre el sistema democrático.

El acceso a la información permite a la ciudadanía, de manera individual u organizada en asociaciones y redes sociales, observar y controlar a la Administración tanto para detectar disfunciones y errores como para valorar sus virtudes. Al control judicial se le suma de manera complementaria la prevención social de la corrupción, pero sus efectos van más allá y también inciden en la cultura política de la ciudadanía y del conjunto del sistema político y administrativo, dando paso a democracias más avanzadas, en las cuales los ciudadanos tienen un papel más activo, muy diferente de la pasividad que se les atribuía a comienzos del siglo XIX. Esta activación ciudadana se ha acentuado especialmente en los últimos años a causa del desprestigio que ha sufrido el ámbito político.

La necesidad de una Administración transparente en la actualidad

En los últimos años, en nuestro país, la confianza del ciudadano en la política ha decrecido de forma constante a causa de la crisis económica y del número de casos de corrupción difundidos a diario por los medios de comunicación. Solo en determinados momentos, que responden a decisiones y escenarios políticos concretos, parecía que esta tendencia cambiaba, pero la ciudadanía cada vez cree menos en la política como solución de sus problemas.

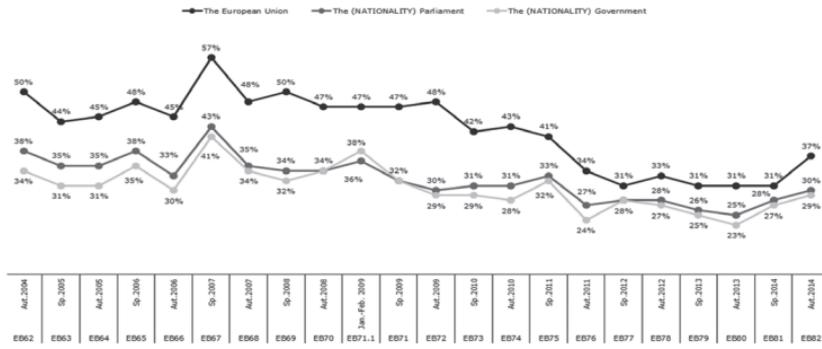
Indicador de confianza política

Fuente: CIS mayo 2015

Nos encontramos en un momento de preocupante desconfianza ciudadana hacia las instituciones públicas que, según indican los estudios sociológicos recientes, ha llegado a un grado tan elevado, especialmente en los países del sur de Europa, que dificulta desarrollar democracias avanzadas de alta calidad.

- Según el barómetro del CEO de marzo de 2015, el grado de confianza de los catalanes en los políticos es de 3,43, en un abanico que va de 0 (mínimo) a 10 (máximo).
- Según el barómetro del CIS de enero de 2015, el principal problema existente en España es el paro. Y la segunda posición, de acuerdo con la opinión del 55,5% de los ciudadanos, la ocupan la corrupción y el fraude.

Confianza en las instituciones siguientes: UE, Parlamento nacional y Gobierno nacional



Fuente: Eurobarómetro número 82, diciembre de 2014; Gráfico QA8a

Esta desconfianza no es un problema únicamente español o catalán. De acuerdo con el Eurobarómetro número 82, publicado en diciembre de 2014, a pesar de que la desconfianza dentro de la Unión Europea ha aumentado últimamente, el 65% de los ciudadanos europeos desconfían de los gobiernos, y el 62% de los parlamentos nacionales. Los encuestados del sur de Europa destacan por encima de la media, como en el caso de los portugueses, con una desconfianza del 76%; los españoles, con el 84%, y los griegos con el 85%. También la OCDE⁸ alerta de la desconfianza hacia los gobiernos a causa de la corrupción.

Estos países, durante mucho tiempo, han tenido una imagen pública de permisividad con la corrupción y de despilfarro de caudales públicos. Así pues, en España se han registrado muchos escándalos de corrupción asociados a la burbuja inmobiliaria en un momento en que la recalificación de terrenos hacía ganar o perder fortunas a los propietarios del suelo. Si miramos los datos, en el año 2013, en todo el Estado español 1.588 personas⁹ fueron condenadas por delitos contra

8. Publicado en *El País* por Carlos Yáñez, el 2 de diciembre de 2014

9. Fuente: Explotación del INE del Registro Central de Penados

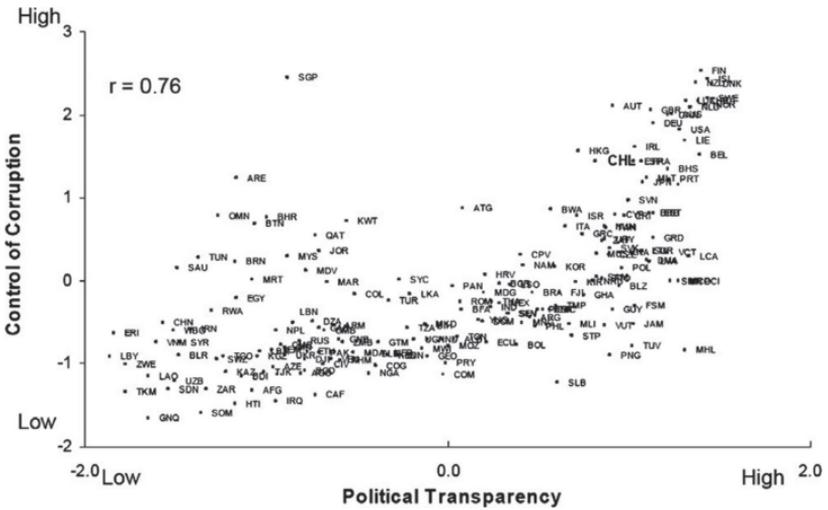
la Administración Pública (Título XII del Código Penal, que engloba delitos como la prevaricación, el tráfico de influencias o la malversación de caudales públicos).

Hay que preguntarse por qué esta desconfianza se acentúa ahora, si siempre ha habido corrupción. Los casos de corrupción están por encima de lo que sería deseable pero no parece que se haya incrementado en términos históricos. Apuntamos un par de causas posibles. La primera es que seguramente el umbral de tolerancia social ha disminuido y cada vez se exigen más responsabilidades políticas y jurídicas. La segunda causa es que cualquier caso de corrupción se dirime hasta la saciedad en los medios de comunicación, por lo que se multiplica el impacto sobre la ciudadanía. La lentitud judicial hace que se acumulen los casos nuevos y los antiguos, provocando que la sensación de corrupción sea aún más elevada de lo que indican los datos objetivos.

El problema es que, aunque los culpables no escapen de la aplicación efectiva de las penas correspondientes, estos casos tienden a asociarse en el imaginario colectivo del ciudadano con conductas endémicas de la Administración, hecho que afecta gravemente a su imagen y reputación. En un momento de desafección y desconfianza ciudadana hacia las instituciones a causa de la corrupción o abuso de poder en beneficio personal, en que el 90% de la ciudadanía¹⁰ considera que la corrupción es un problema grave y exige a los políticos investigados que dimitan, resulta esencial responder a las demandas de transparencia que la sociedad reclama.

Ante esta desconfianza, la ciudadanía exige cada vez más información en el ámbito público, a la vez que exige más oportunidades de participación y colaboración en la gestión. Y la opinión pública no va desencaminada, porque existe una relación entre la aplicación de las políticas de transparencia y el control de la corrupción.

10. Barómetro sobre la corrupción encargada por la Oficina Antifraude de Cataluña (2014).



Fuente: World Bank Institute, 2004

Una respuesta sería que los líderes políticos fueran tan ejemplares que tuvieran un comportamiento ético muy superior al de la media de la población, pero en democracia los responsables surgen de la propia sociedad y son su reflejo. Esta demanda maximalista no es realista, pero sí lo es establecer normas y mecanismos institucionales que garanticen la máxima honestidad en la gestión pública. Si la transparencia y el acceso a la información pública están presentes de manera recurrente en los discursos públicos es porque se espera que revertirán esta desconfianza gracias a un mejor control de las actuaciones públicas y, también, gracias a una mayor implicación ciudadana en la toma de decisiones.

La transparencia, puerta de entrada del gobierno abierto e instrumento de mejora de la calidad democrática

¿Ofrecer más información es sinónimo de transparencia? No se trata solo de la cantidad de información que se ofrece, sino que es importante que esta sea veraz, relevante, actualizada, estructurada y fácil

de localizar, y, además, debe ser comprensible y reutilizable. También debe hacerse posible cruzar los datos y llegar a conclusiones sobre el uso de los recursos públicos. Hacerlo de otra manera haría que la pretendida transparencia se acabara convirtiendo en una cortina de humo. No se trata de una formalidad consistente en crear un laberinto de información en que los ciudadanos se pierdan, sino de facilitar la implicación ciudadana.

En todo ello existen ciertas reticencias, porque si nos miramos el tema desde la desconfianza, la transparencia podría parecer una amenaza para los gestores; sin embargo, dado que la mayor parte de ellos desarrollan sus funciones de manera honesta, la transparencia los protegería porque se evitarían rumores malintencionados: cualquier insinuación se tendría que basar en hechos reales fácilmente contrastables, de manera que el secretismo dejaría de ser una circunstancia que permitiera acusar sin fundamento. Así pues, la transparencia, además de ser un mecanismo de vigilancia, control e identificación de aquello que es incorrecto, también preserva la honorabilidad de los gestores, que pueden defenderse de informaciones falsas, sesgadas o deformadas.

En un contexto en el que la confianza ha disminuido tanto, es importante ver quién actúa de forma ética y honesta pero, sobre todo, la transparencia se debe entender como una obligación de los gestores de fondos públicos que tiene como finalidad permitir a los ciudadanos conocer a fondo el funcionamiento de las instituciones, si esta es su voluntad. Así pues, un incremento de la transparencia en la actividad del Gobierno impacta sobre la esfera pública, porque activa la ética y la rendición de cuentas y repercute en una mejora en la calidad democrática.

a) La transparencia activa la ética en la gestión pública

Desde una perspectiva general, en un entorno en que la política y la gestión pública se perciben como vinculadas a la corrupción, la ineficiencia y el clientelismo, pasa a ser fundamental hablar de la rela-

ción entre la ética y la gestión pública. Si el capital ético de nuestros gestores públicos es lo suficientemente elevado, podemos esperar un incremento de la confianza suscitada por las instituciones que acabe haciendo de palanca para mejorar la credibilidad de los gestores e incrementar la eficacia y la eficiencia institucional. Recordemos que esta confianza generalizada acaba repercutiendo en la generación de riqueza y en el bienestar general de la población.

El comportamiento ético de los gestores tiene su origen en dos fuentes complementarias. Por una parte, depende de las creencias personales de cada individuo, característica que podemos considerar que está fuera del alcance del ordenamiento jurídico. Pero también deriva de las normas morales que son comúnmente compartidas por el conjunto de la población. Cuando las creencias personales fallan en el momento de garantizar una conducta honesta, la presión social actúa de corta-fuegos si la exigencia social es suficientemente alta.

Uno de los casos más conocidos de presión y alta exigencia social es el *affair* Toblerone, en el que se vio involucrada Mona Sahlin, que en el año 1995 era viceprimera ministra de Suecia y que aspiraba a convertirse en primera ministra. Sahlin utilizó la tarjeta de crédito del Gobierno destinada a gastos protocolarios sin que quedara del todo claro si aquellos gastos se podían clasificar como protocolarios o personales, hasta que la detección de chocolatinas en las facturas fue determinante para dictaminar que los gastos eran de carácter personal. A pesar de que Sahlin luchó por defender su inocencia, en un país como Suecia, donde la tolerancia con la corrupción es cero, la presión social la obligó a dimitir y a abandonar la política, aunque solo fuera temporalmente.¹¹

La transparencia ofrece una oportunidad para activar la exigencia social como incentivo para el comportamiento ético, ya que el mal uso de los recursos públicos, aunque sean perfectamente legales, tiene el riesgo de hacerse público en una sociedad hiperconectada por las redes so-

11. Klačnja, Marko, Andrew T. Little, y Joshua A. Tucker. 2014. Political Corruption Traps.

ciales y donde la agenda de debate y la determinación de los centros de interés ya no son monopolio de los grupos de comunicación. Esta mejora ética repercute positivamente en el conjunto de la población, ya que fomenta conductas que llevan a la mejora del servicio público, al uso racional y eficiente de los recursos y a la rendición de cuentas. El comportamiento ético de los gestores públicos incide en la calidad del trabajo y la competencia profesional de los gestores, que desarrollan su labor con mayor responsabilidad y practicando la buena fe en las relaciones con el ciudadano.

b) La transparencia fomenta la rendición de cuentas.

La regulación normativa, por sí sola, no asegura una gestión excelente, pero una buena regulación sí permite controlarla mejor y conocer las malas gestiones. En consecuencia, una buena regulación de la transparencia permite, si los ciudadanos así lo deciden, lograr una mejor Administración a largo plazo. Y es que además de facilitar la vigilancia de los gestores públicos administrativa y penalmente, la transparencia permite también un control político por parte de la ciudadanía, que puede exigir explicaciones y actuar en consecuencia con la información.

Con una buena regulación de la transparencia, la Administración no podrá evitar tener que rendir cuentas por su nueva responsabilidad y deberá actuar conscientemente ante las demandas de información. En caso contrario, correrá el riesgo de ponerse a la opinión pública en contra, si las conclusiones ciudadanas se basan en hechos objetivos y son metodológicamente sólidas.

Los beneficios de la rendición de cuentas producida gracias a la transparencia se pueden resumir en determinar mejor los impactos sociales, ambientales y económicos que producen las políticas públicas, incluido su impacto combinado, y en una mejora de la calidad democrática, que es lo que trataremos a continuación.

c) La transparencia mejora la calidad democrática.

La introducción de los conceptos de transparencia y datos abiertos tiene como consecuencia el refuerzo de la democracia y de su calidad. La publicación ordenada de información hasta el momento inaccesible al público, porque se consideraba confidencial, conduce a tener una ciudadanía más informada, hecho que cambia la manera de entender la esfera pública, porque no hay mejor forma de decidir en democracia que teniendo conocimiento de la gestión y una mejor comprensión del contexto social, económico y de las instituciones públicas. Cabe esperar un efecto positivo tanto en los mecanismos de participación política de carácter representativo, porque se escogerán los cargos electos con mayor conocimiento de causa, como en los procesos participativos de carácter deliberativo o en los referéndums.

A su vez, la práctica de la transparencia pide que la Administración esté predispuesta a escuchar las propuestas y sugerencias de la sociedad civil, no solo porque ha perdido el monopolio de la información, sino porque esta población más informada está más capacitada para proponer y decidir. Por ejemplo, si un ayuntamiento inicia el proyecto de construir un equipamiento, un ciudadano podrá obtener toda la información sobre su planificación y tramitación, y aunque no se apliquen instrumentos de participación demasiado sofisticados, al menos el portal de transparencia recogerá todos los comentarios y las sugerencias ciudadanas.

La transparencia promueve la aparición de diálogos permanentes y bidireccionales entre representantes (gobierno) y representados (ciudadanía), dando paso al llamado *Open Government*. La consecuencia es el establecimiento de mecanismos e instrumentos de participación y colaboración ciudadana en los asuntos públicos. Al estrechar los vínculos democráticos entre los ciudadanos y las instituciones, se genera confianza y disminuye la desafección ciudadana hacia la política, uno de los principales problemas políticos que, como ya hemos podido ver, tenemos sobre la mesa.

Aplicación de la transparencia en Cataluña

Desde la perspectiva del derecho comparado, tanto la Unión Europea como la mayoría de Estados miembros disponen en sus ordenamientos jurídicos de legislación específica que regula la transparencia. Cataluña sigue el mismo camino y, tomando como modelo los países de nuestro contexto, el Parlamento ha aprobado la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que es una de las más completas y exigentes de nuestro entorno, ya que hace extensiva las obligaciones de transparencia a todas las personas físicas o jurídicas que ejercen funciones públicas o potestades administrativas que desempeñan funciones públicas o que perciben fondos públicos para funcionar o para llevar a cabo sus actividades por cualquier título jurídico. Además, la Ley ha creado la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública para proteger que se cumplan las demandas ciudadanas si estas están bien fundamentadas.

Para entender esta nueva ley se debe conocer su origen. El presidente Mas situó la transparencia como uno de los ejes claves de la X legislatura, al presentar el documento «51 propuestas y reflexiones en materia de transparencia y regeneración democrática», fruto de dos cumbres con los máximos responsables del Parlamento de Cataluña, el Tribunal Superior de Justicia, la Fiscalía Superior, el Síndic de Greuges, la Sindicatura de Cuentas y la Oficina Antifraude de Cataluña. En el marco de este documento, el 29 de julio de 2013 se puso en funcionamiento el Portal de la Transparencia.

El compromiso político del Gobierno se ha visto reforzado con la aprobación de la Ley 19/2014, elaborada mediante una ponencia conjunta de los grupos parlamentarios, y se ha traducido en la creación del Comisionado para la Transparencia y el Acceso a la Información Pública, adscrito al Departamento de Gobernación y Relaciones Institucionales, el cual, entre otras funciones, tiene la firme voluntad de hacer pedagogía y promover el debate del nuevo paradigma de la gobernanza democrática y que, ejecutando el mandato del artículo 95 de la Ley,

ha impulsado el Acuerdo del Gobierno de 7 de julio de 2015, de aprobación del Plan estratégico de políticas de transparencia de la Generalitat de Cataluña 2015-2017, que concreta los cursos de actuación necesarios para dar respuesta a las exigencias de la Ley y facilitar el ejercicio de los derechos que ésta concede a los ciudadanos.

En cuanto al contenido de la Ley, uno de sus pilares es la regulación de la transparencia en la actividad pública. El artículo 2.a) la define como «la acción proactiva de la Administración de dar a conocer la información relativa a sus ámbitos de actuación y sus obligaciones, con carácter permanente y actualizado, de la forma que resulte más comprensible para las personas y por medio de los instrumentos de difusión que les permitan un acceso amplio y fácil a los datos y les faciliten la participación en los asuntos públicos» y recoge las disposiciones relacionadas con la transparencia en dos títulos. El título II lo dedica a la publicidad activa y el Título III al acceso a la información pública.

Desde la perspectiva de la publicidad activa y de acuerdo con el preámbulo, la transparencia es de obligado cumplimiento por parte de la Administración, ya que debe facilitar de forma proactiva –sin que se necesite petición expresa– datos y contenidos de diversa naturaleza respecto a su organización, funcionamiento, toma de decisiones más importantes y la gestión de los recursos públicos. De esta manera, da cumplimiento al mandato del artículo 71.4 del Estatuto de autonomía, que obliga a la Administración de la Generalitat a hacer pública la información necesaria para que la ciudadanía pueda evaluar la gestión.

En este sentido, la Ley determina de manera amplia los diversos contenidos de la obligación de transparencia, desde la vertiente de la publicidad activa. Así, establece en su art. 8 que la Administración debe hacer pública la información relativa a la organización institucional y la estructura administrativa, la gestión económica, contable, presupuestaria y patrimonial, las decisiones y las actuaciones con una relevancia jurídica especial, la plantilla, la relación de puestos de trabajo y el

régimen retributivo, los procedimientos administrativos relacionados con el ejercicio de sus competencias, los contratos y los convenios, las convocatorias y el otorgamiento de las subvenciones y las ayudas públicas, los informes y los estudios, los planes, los programas y las memorias generales, la información estadística, la información geográfica, las materias y las actuaciones cuya publicidad se establezca por norma, cualquier materia de interés público, y las informaciones que sean solicitadas con mayor frecuencia por la vía de el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. También determina las reglas que garantizan su fácil acceso, consulta y comprensión, su neutralidad, su actualización, así como los límites que derivan de la protección de otros derechos.

De este modo, la principal novedad de la Ley es que se tendrán que hacer públicos datos hasta ahora reservados o poco accesibles. Y no solo eso, sino que los ciudadanos tienen el derecho a recibir la información que se publique de la manera más clara posible. Y este derecho se extiende a todos los aspectos que configuren los procesos de toma de decisiones: normas jurídicas, prácticas administrativas, usos y costumbres, etc. En este sentido la Ley 19/2014 prevé que toda esta información se haga pública a través de un portal de transparencia.

Pero aparte de la publicidad activa, la Ley también regula el derecho de acceso a la información, como derecho subjetivo que tiene la ciudadanía de dirigirse a cualquier administración pública y a otros sujetos obligados para pedirles la información que tienen en sus manos en virtud de la actividad que desempeñan. De esta manera, la transparencia queda doblemente reforzada al tener estas dos vertientes, la publicidad activa y derecho de acceso.

Por último, no podemos obviar que la Ley también regula la actividad de los grupos de interés y articula normativamente los conceptos de buen gobierno y de gobierno abierto, a fin de contribuir a mejorar el control y la participación ciudadana.

Conclusiones

Si a principios del siglo XIX la teoría política asumía como natural que la población estuviera desinformada y que, por tanto, era fácilmente manipulable, la tendencia contemporánea es la contraria, y pasa por potenciar, fomentar y facilitar la colaboración ciudadana en la toma de decisiones, que es la base del llamado gobierno abierto. Con él reaparece la idea de transparencia, que tiene sus raíces en la Antigua Grecia pero que se consolida en los últimos tiempos como un eje central de la actividad en la esfera pública.

Con las políticas de transparencia y participación se profundiza en el concepto de democracia, porque llenan de contenido la relación de representación entre los electos y sus votantes, de forma que la frontera entre las instituciones y la ciudadanía se vuelve más permeable y cercana.

Además, la transparencia tiene una función preventiva de las conductas poco adecuadas al interés general gracias a que la ciudadanía ejerce mayor control sobre las instituciones. Con una información veraz, contrastada, adecuada y de calidad, los sistemas de control y rendición de cuentas son más fáciles de ejercer por los ciudadanos, y las malas prácticas administrativas más fáciles de detectar. El resultado es que la actividad pública se ejerce en mejores condiciones y que se alcanzan servicios públicos de calidad y fácilmente evaluables.

En definitiva, un entorno institucional transparente transforma el funcionamiento de las administraciones, que ahora no tienen más remedio que tomar decisiones escuchando con actitud favorable las propuestas y sugerencias provenientes de la ciudadanía y rendir cuentas por las decisiones tomadas. En un contexto de profunda desconfianza ciudadana hacia las instituciones públicas, la aprobación y el desarrollo de nuevas políticas de transparencia en Cataluña ofrece una vía de salida para la consolidación y profundización de la democracia.

La justicia penal ante la corrupción¹

Antonio del Moral García

I. Deconstruyendo más mitos

La limitada eficacia del derecho penal

Si el bloque inicial de estas páginas se centraba en la transparencia como mecanismo efectivo y eficaz para prevenir fenómenos de corrupción, y aunque los horizontes de la cultura de transparencia son mucho más amplios y ambiciosos, en esta segunda parte se quiere desarrollar el papel en ese terreno de la justicia y el Derecho penal.

Adelantemos una idea básica: el Derecho penal está llamado a desplegar en esa lucha un papel subsidiario, más complementario que protagonista. El pensamiento de que la corrupción se combate exclusivamente con Derecho penal es tan candoroso como irreal. Sólo con derecho penal no se vence a la corrupción. Es más, se cierne el peligro de corromper los pilares de un derecho penal garantista. El Derecho penal debe ir precedido y acompañado de medidas preventivas tanto sociales como, singularmente, legales. Más rendimientos proporcionan esas herramientas extrapenales: la transparencia, controles eficaces previos profesionalizados, mecanismos de obligada dación de cuenta...

Desde esta premisa, resaltada en páginas anteriores, se realiza ahora un recorrido por algunas instituciones de derecho penal sustantivo,

1. Antonio del Moral García. En buena medida, las ideas que siguen a continuación fueron ya publicadas con distinto formato y mayor extensión en el artículo aparecido en la revista *Jueces para la Democracia (información y debate)* nº 80 bajo el título «Justicia penal y corrupción: respuestas, carencias, resultados, posibilidades».

procesal y orgánico para revisar sus déficits y posibilidades en la represión de conductas ligadas a la corrupción.

Antes no sobra recrear esta idea con algunas consideraciones sobre esos otros mecanismos más esenciales.

Cultura social de legalidad

La corrupción no se ataja ni solo ni principalmente con normas jurídicas. Es necesaria una batalla social no previa, pero sí simultánea. Si no se recuperan o se alcanzan determinados valores y se logra que impregnen la sociedad en sus diferentes capas o estratos, las normas jurídicas, la reacción esporádica o intermitente de la justicia penal, por contundente que sea, degenerarán en meras coartadas de conciencias adormecidas a las que importa más el *parecer* que el *ser*. Esa corrupción, real aunque no global, que se conviene socialmente en achacar con injusta generalización a la clase política, es en cierta manera última expresión y espejo bastante fiel de una mentalidad o sentir extendido socialmente, pero que solo escandaliza cuando alcanza ciertas cotas o se detecta en gobernantes o dirigentes. El combate contra la corrupción está condenado al fracaso si se renuncia a implantar una conciencia social colectiva más escrupulosa, menos permisiva con la corruptela (mecanismos para evitar el pago de multas justas, relajación de los horarios laborales, empleo para fines particulares de medios del Estado o de la empresa, elusión del pago de pequeños porcentajes de impuestos, favores a familiares o amistades con postergación injusta de terceros...), menos tolerante con la picaresca, el moderno caciquismo, la influencia o la permeabilidad ante la recomendación. Esa tarea no es fácil y es de todos.

Transparencia

Las políticas –legislativas y no legislativas- que fomentan la transparencia en el ejercicio de la gestión pública son una herramienta primordial en la lucha contra la corrupción. Sobre esa materia ha versado el desarrollo efectuado hasta ahora.

En el segundo libro de su *República*, Platón suscita un debate sobre el problema ético y político de la corrupción: el poder es fuente de iniquidad. Puede ser fácil fuente de iniquidad, debería matizarse. Esa pesimista premisa que enlaza con la famosa tesis de Lord Acton («El poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente»), viene acompañada de una enseñanza complementaria que sirve de esperanzador corolario: la transparencia mitiga las perniciosas consecuencias de la inicial constatación que anuda fatalmente poder y corrupción.

La «Historia de Giges», uno de esos cuentos con que el filósofo griego ilustraba sus tesis y que ya se mencionó en el pórtico de estas páginas, sirve de marco al diálogo. Giges es un pobre pastor que sirve al rey de Lidia. Un día se abre el abismo a sus pies y acaba en una cueva subterránea donde encuentra el cadáver de un gigante dentro de un enorme caballo hueco de cobre. Giges se apodera del único objeto que portaba el gigante: un anillo. Un día, en la asamblea anual de pastores descubre el poder que encerraba el anillo. Dispuesto de determinada forma, le hacía invisible. El, hasta ese momento, justo, honesto y buen ciudadano Giges inicia la senda de la corrupción amparado en ese poder: se hace elegir delegado de los pastores, accede a la corte, seduce a la reina, asesina al rey... Se convierte en un tirano. La invisibilidad lleva a la corrupción.

El dilema que suscita Platón queda formulado así: ¿el hombre invisible puede ser honesto?

Son muy matizables las conclusiones en clave puramente pesimista que a veces se han extraído de esos pasajes: habría una relación esencial y predeterminada entre lo invisible y la injusticia. El hombre no podría ser justo por sus propias convicciones, sino solo si es obligado por las leyes. Si actuamos correctamente es porque no se nos concede la oportunidad de cometer injusticias. Seguramente esa aseveración peca de exagerada. Pero eso no priva de ricas enseñanzas a la fábula de Platón. Singularmente en una sociedad en que parece importar más el parecer que el ser. El clásico adagio de que la mujer del César no solo debe ser honesta, sino además parecerlo, podría hoy invertirse –y

en esto soy consciente de que introduzco ciertas gotas de hipérbole retórica-: no basta con que el político *parezca* honesto, debe *serlo*.

Existen hombres que serán justos aunque descubran que pueden hacerse invisibles. Pero es más fácil ser justo (o mejor, obrar con justicia «objetivamente») si uno está expuesto al escrutinio público. Sócrates concluía que el justo es quien desea ser bueno y no solo parecerlo.

La enseñanza es sencilla y actual: la visibilidad dificulta la corrupción; la opacidad la favorece.

La ecuación de la corrupción

«La corrupción es un crimen de cálculo, no un crimen pasional. En verdad hay santos que resisten todas las tentaciones y funcionarios honrados que resisten la mayoría de ellas. Pero cuando el tamaño del soborno es considerable y el castigo en caso de ser atrapado es pequeño, muchos funcionarios sucumbirán», explica Klitgaard (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, 2 y 3). A este autor se debe una conocida y esclarecedora ecuación de la corrupción: $C=M+D-A$; es decir corrupción (C) será el resultado del nivel de monopolio de las decisiones (M), sumado al de la discrecionalidad que se atribuye a los decisores (D), con la disminución derivada de las impuestas rendiciones de cuentas (A). Un sistema en que las decisiones estén en pocas manos que actúan con grandes márgenes de discrecionalidad y sin excesivos controles o daciones de cuenta generará un marco muy proclive a prácticas corruptas. Ir a esas causas proporcionará más réditos que la huida al derecho penal. En esos tres campos durante años hemos perdido posiciones. Ha llegado el momento de reconquistarlas.

Leyes de transparencia rigurosas y sin agujeros negros, más controles, despolitizar la intervención, abordar de forma decidida el enquistado y mal resuelto problema de la financiación de los partidos, profesionalizar la gerencia y gestión pública evitando la colonización de la Administración por los partidos políticos, implementar códigos éticos de conducta.

Hay mucho que hacer fuera del derecho penal. Depositar todas las esperanzas en la justicia penal generará insatisfacción y honda frustración. Sería «una venta de ilusiones a través de las leyes penales» (RODRÍGUEZ GARCÍA, 248). La corrupción hay que atajarla en sus causas. Como en otras muchas materias, los frutos de la prevención son mucho mayores que los de la represión. En una estimación más bien intuitiva, puede sospecharse que el fracaso, o al menos los éxitos bastante limitados, en la lucha contra fenómenos corruptos en nuestro país radica en dotar de un excesivo protagonismo a las reformas de derecho penal sustantivo y olvidar otros mecanismos jurídicos de prevención que resultan notoriamente más eficaces (JIMÉNEZ VILLAREJO, 535).

No se desvirtúe la idea: desde luego que sin el derecho penal y un derecho penal que dé respuestas contundentes a conductas graves no se puede combatir la corrupción. Pero si junto al derecho penal no se emprenden políticas de prevención, en el plano de la educación y la cultura, excitando la sensibilidad de la sociedad civil y arrinconando la tendencia a una comprensión de fondo; se fortalecen los mecanismos de control administrativo, y se reducen en cuanto sea factible los márgenes de discrecionalidad; si no se afronta con seriedad y rigor el tema de la financiación de los partidos políticos y de las corporaciones locales; si no se articulan en materia de contratación pública resortes que sirvan de filtros para prácticas que son el caldo de cultivo de la corrupción, solo con el derecho penal no se avanzará. Surgirán algunos escándalos de vez en cuando que morirán en los juzgados al cabo de los años, quizás con algunas sentencias condenatorias que llegan mucho tiempo después, y que lejos de generar ejemplaridad actúan a su vez como acicate (las condenas llegan tarde, si llegan); los electores seguirán votando a candidatos investigados, sin importarles que estén pendientes de uno o varios procesos judiciales; y los políticos seguirán buscando absoluciones en las urnas; e invocando en vano la presunción de inocencia como parapeto; una presunción de inocencia que es prostituida al enarbolarla en el terreno de la responsabilidad política, cuando se diseñó para encauzar la responsabilidad penal.

Necesidad del derecho penal

Ahora bien, no basta con más transparencia, ni son suficientes las políticas preventivas, ni puede caerse en la ingenuidad de confiar exclusivamente en la honestidad del ciudadano: las leyes existen en gran medida porque se desconfía de esa rectitud, Cuanto más poder se ostenta, más necesaria es esa desconfianza metódica. Leyes también penales.

El derecho penal es una herramienta necesaria en la lucha contra los fenómenos de corrupción. *Item* más, es un instrumento imprescindible. Pero no aisladamente. El derecho penal, solo, es insuficiente, muy insuficiente. Incluso desde perspectivas de análisis económico del derecho (RODRÍGUEZ LÓPEZ, 25-26).

El derecho penal es incapaz por sí solo de acabar con la corrupción pero sí que puede y debe contribuir a ello. Puede aportar mucho. Algo aporta. Y todavía podría aportar mucho más. Se pueden introducir mejoras también en derecho penal sustantivo. Pero las causas de la ineficiencia de la justicia penal para neutralizar de forma exitosa estos fenómenos no hay que buscarlas primariamente en las deficiencias de leyes sustantivas. En absoluto.

Analizaré sintéticamente algunas de las vertientes en que podría desplegarse esa contribución.

Pueden distinguirse dos planos: el de las normas de derecho sustantivo y el del derecho procesal. Ambas esferas sugieren consideraciones. Y los dos territorios –singularmente el procesal– son susceptibles de cambios que redundarían en una mayor eficacia de la justicia penal, eficacia que, hoy por hoy, es manifiestamente mejorable evocando una rancia expresión que tomo prestada de la legislación agraria del siglo pasado.

En derecho penal material pueden ser convenientes algunos ajustes. Aunque si el derecho penal no ha funcionado con la eficacia esperable en esta materia no ha sido tanto por cuestiones de legislación penal

sustantiva cuanto de agilidad y dificultades probatorias y procesales. La solución no es más cárcel. Ni se puede abusar del derecho penal ni se puede abusar de la justicia penal.

En el derecho orgánico y procesal sí se puede avanzar mucho más. Desde luego que una primera tarea sería superar las avejentadas estructuras de nuestros juzgados, que siguen estando infradotados para investigaciones complejas, y dotar de normas procesales que permitan agilizar estos grandes procesos facilitando el enjuiciamiento fragmentado.

Caben otras mejoras. Sin afán de exhaustividad, me detendré en algunos aspectos. Esos avances han de consistir en suprimir o reducir algunos privilegios, pero sin mermar las garantías bien definidas y no interesadamente engrandecidas hasta deformarlas; en reforzar la autonomía de las instituciones encargadas de la persecución, sin arrinconar la iniciativa ciudadana; en adaptar los caducos y desesperadamente lentos e ineficaces, para este tipo de delincuencia, cauces procesales.

II. Derecho penal sustantivo y corrupción. Las reformas penales de 2010 y 2015

Ideas generales

La criminología de la corrupción revela que sus protagonistas son delincuentes «por cálculo». Son delitos premeditados y planificados. La connivencia y complicidad entre quienes los presencian genera una opacidad que dificulta su descubrimiento. El derecho penal solo ejerce su papel disuasorio si en la estimación del corrupto la probabilidad de ser descubierto unida a la carga punitiva de la sanción es alta. Si son muchas las posibilidades de eludir la acción de la justicia o, en caso de ser descubierto, los beneficios obtenidos compensan la sanción que ha de sufrirse, la capacidad desincentivadora del derecho penal quedará muy mermada (RODRÍGUEZ GARCÍA, 270).

Los delitos relacionados con la corrupción no son fácilmente detectables. La cifra negra es alta. Para mitigar la erosión de la fuerza preventiva del ordenamiento punitivo que lleva aparejada esa realidad, la solución estriba en mejorar los mecanismos de control, de fiscalización, de transparencia; lo que supone costes y a lo que no siempre es proclive el poder político. El riesgo está en reaccionar acudiendo a la fórmula menos costosa pero, a la vez, menos eficaz: incrementar las penas. Así se lanza al electorado el mensaje de que algo se está haciendo; pero lo que se hace no solo es ineficiente sino que a veces arrastra efectos perversos: se acaba llegando a resultados penológicos nada ponderados, con afectación del principio de proporcionalidad y con desequilibrios en todo el sistema de penas.

Existe un error de política criminal muy habitual en el legislador consistente en creer que las penas más largas son las más efectivas, las más disuasorias. Ante la proliferación de algunos delitos o el clamor social por otros, la respuesta fácil, barata pero nada inteligente, suele ser la de incrementar las penas. Esa senda suelen seguir los primeros anuncios de los políticos tras algún escándalo de corrupción, buscando más apaciguar a una justamente indignada opinión pública que atajar realmente el problema.

Pero las penas más eficaces no son las más altas, sino las más inevitables. No han perdido actualidad las palabras que Lardizábal dirigiese a Carlos III: «No vale para nada amenazar con penas gravísimas que no se sabe si podrán ser aplicadas, y que lo único que en verdad hace temible a la justicia penal no es la dureza del castigo, sino la constancia, rapidez y la seguridad de su actuación». Es una idea clásica que ya se encuentra en Beccaria (el mayor freno de los delitos no es la crueldad de las penas sino su infalibilidad) y que con unas u otras palabras ha sido reproducida mil veces (como Silvela, que consideraba preferibles las penas cortas impuestas con prontitud y constancia que las penas de larga duración). Y parece que habrá que seguir repitiendo estas palabras ante la aparente sordera de los responsables políticos. Las estadísticas no mienten: el incremento de las penas no hace disminuir el número de delitos. La ecuación «más penas equivale a menos delitos» se ha revelado como rigurosamente inexacta.

En otro orden de cosas, no toda la corrupción ha de merecer una respuesta penal. Tan solo las manifestaciones más graves. El derecho penal ha de seguir manteniendo su carácter de *última ratio*. Eso no significa renunciar a erradicar, aunque con instrumentos proporcionados, otras prácticas que también se pueden encuadrar en el concepto global de *corrupción*. El derecho penal ha de quedar reservado para los comportamientos más graves.²

La respuesta penal ha de atender a parámetros de ponderación, ha de corresponderse con la gravedad social del comportamiento. Una reforma penal concentrada en incrementar las penas no resuelve un problema social. Gobernar es mucho más que legislar. Y en la legislación hay muchos estadios que son prioritarios al penal.

La reforma penal de 2010

En la reforma del Código Penal de 2010 los delitos relacionados con la corrupción vieron incrementadas las penas. Se creó un delito de corrupción entre privados. Puede ser acertado, aunque la nueva infracción seguramente se ha diseñado con unos perfiles excesivamente difusos. En 2015 se remodelan esos tipos.

Algunos organismos internacionales (GRECO)³ habían recomendado la revisión al alza de esas penas con toda razón. Pero la reforma del Código Penal en ese punto puede dejar tranquilos a los gobernantes: es absurdo pensar que el simple hecho de que la sanción, en lugar

-
2. Heidenheimer distingue entre la corrupción «negra» –cohecho, sobornos...–; la corrupción «blanca» –corruptelas como el uso de un teléfono oficial para hacer llamadas privadas; y la corrupción «gris» donde las fronteras entre lo tolerable y lo inadmisibles son más turbias (ahí se encuadrarían casos de conflictos de intereses como el fichaje de un ex alto cargo político por una empresa del sector en el que ostentó funciones públicas) (García Mexía, 38). Pues bien, ni sería adecuado, llevados de un puritanismo reactivo, llevar al derecho penal la corrupción «gris» o la «blanca» –eso deslegitimaría al derecho penal–, ni podrían quedarse conformes los poderes públicos prescindiendo de alguna reacción adecuada y proporcionada frente a esas corruptelas o prácticas no limpias.
 3. Informe de evaluación relativo a España aprobado en la 42 Reunión Plenaria, Estrasburgo, 15 de mayo de 2009.

de dos años de prisión, alcance los tres disuadirá al corrupto de su conducta.

En cualquier caso, ha de ser bienvenida la elevación de algunas penas en ciertos delitos relacionados con la corrupción, como el cohecho o el tráfico de influencias cuya penalidad hasta aquella reforma no corría pareja con su gravedad. Ese incremento punitivo merecía ser acompañado de mejoras en el principio de taxatividad: algunos tipos (y el tráfico de influencias es uno de ellos) tienen contornos demasiado vaporosos. De cualquier manera, en lo que es endurecimiento de la respuesta penal no se puede ir mucho más allá. No se puede incurrir en la ingenuidad de creer que con ese tipo de reformas –penas más altas– se diluirán los problemas de corrupción. Como tampoco con los nuevos tipos creados en 2012 (sanción de la mala gestión en el manejo de fondos públicos) o las modificaciones publicadas en el Boletín Oficial del Estado y que han entrado en vigor el 1 de julio de este año. El acento hay que ponerlo no ya tanto en incrementos punitivos como en instrumentar mecanismos eficaces de control que saquen a la luz con facilidad y rapidez los comportamientos delictivos. Así se desincentiva mucho más que a través del mero engorde de unas penas que se intuyen como una posibilidad lejana.

Una modificación de la amplia reforma penal de 2010 con una incidencia muy benéfica en el logro de mayor eficacia en la persecución penal de estos delitos es la elevación del plazo de prescripción. Muchas de las infracciones asociadas a fenómenos de corrupción prescribían a los tres años. Si se combina ese corto periodo con las dificultades objetivas para que muchos de estos delitos salgan a la luz se comprenderán las razones de las frustraciones sociales que han seguido a algunos procesos iniciados con gran aparato y luego finalizados con escasos resultados en bastantes ocasiones porque una buena parte de las infracciones estaban ya prescritas. El plazo de tres años era muy poco realista, especialmente si se piensa en determinado tipo de delincuencia (VALEJE, 41). Merece aplausos su ampliación: ahora ese plazo se sitúa en cinco años.

La reforma penal de 2015

En la reforma de 2015 –en periodo de *vacatio* en el momento en que se redactan estas líneas– hay que destacar la criminalización de las modalidades más graves de financiación ilegal de los partidos (arts. 304 bis y 304 ter)

El delito de corrupción entre privados sufre una no desdeñable transformación: se enriquecen los tipos que se engloban bajo la rúbrica *delitos de corrupción en los negocios*. Seguramente algunos resultados penológicos son excesivos (hasta nueve años de prisión: art. 286 *quater*).

En algunos delitos contra la Administración Pública se han introducido nuevas penas complementarias: la prohibición de obtener ayudas públicas o beneficios fiscales (delitos de información privilegiada, o cohecho de particulares en el ámbito de la contratación pública, así como tráfico de influencias), o la inelegibilidad durante lapsos relevantes de tiempo (pérdida del derecho de sufragio pasivo que se establece en los delitos de cohecho, en el delito de tráfico de influencias y en otros delitos contra la Administración Pública). Por esa vía indirecta de incrementar la duración de las penas de inhabilitación indirectamente se logran también incrementos en los plazos de prescripción, al igual que sucedió en la reforma de 2010, lo que es destacado en la Exposición de Motivos.

Por fin, en los delitos contra la Administración Pública pasan a ser punibles las resoluciones manifestadas: conspiración, proposición y provocación.

¿Delito de enriquecimiento ilícito?

Se plantea en el marco jurídico europeo la creación de un delito de posesión de bienes injustificados, de enriquecimiento ilícito. La figura roza alguno de los principios irrenunciables de un Estado de Derecho. No deja de ser un delito de sospecha. Por eso se contempla esa iniciativa con justificado recelo. Algunos defienden que debidamente diseñado

puede ser compatible con la presunción de inocencia (ASENCIO, 19; RÓDENAS, 18-19), especialmente si se pone el acento en la necesidad de tutelar como bien jurídico la transparencia en el desempeño de funciones públicas. Esta figura está recogida en el Derecho penal francés y en varios ordenamientos iberoamericanos. Nuestro legislador no ha considerado adecuada su importación.

III. Un objetivo: que el delito nunca sea rentable

Multas proporcionales

Queda bien expresada la idea que preside este tercer apartado con una añeja anécdota. Procede de la Roma imperial. Es Aulo Gellio quien la relata. El protagonista se llama Lucio Veracio. Aulo Gellio lo describe como un *homo improbus*. Se trataba de un personaje peculiar, agresivo, y de muy buena posición económica: un noble romano. Siempre se hacía acompañar en sus paseos por la ciudad por uno de sus esclavos, que en un pequeño saquito llevaba monedas y tenía el encargo de entregar 25 ases, sanción establecida en la época para tales hechos, a todo aquel a quien, por diversión, Lucio hubiera abofeteado por la calle, sin motivo alguno. Al llegar esto a oídos del Pretor, según nos cuenta Gellio, se vio obligado a sustituir la pena fija, convertida en ineficaz por la disminución del valor de la moneda, por la proporcional.

Pues bien, ciertamente en la delincuencia económica el desacierto en la respuesta penal provocaría la proliferación en pleno siglo XXI de Lucios Veracios dispuestos a asumir el riesgo de unas módicas sanciones a cambio de grandes beneficios económicos.

Un objetivo de primer orden de la respuesta penal a la corrupción ha de ser la confiscación de las ganancias derivadas de la actividad ilícita. Eso sí que tiene un claro efecto disuasorio: la legislación penal, y sobre todo su práctica, ha de lanzar el mensaje nítido de que es capaz de detectar y arrebatarse los beneficios económicos y patrimoniales. En eso se ha avanzado en sucesivas reformas legislativas, aunque todavía queda

mucho por hacer, sobre todo a efectos operativos. Las herramientas de derecho penal se han mejorado, pero hace falta mayor eficacia en su aplicación. El delito no puede ser provechoso (OTERO, 17).

Decomiso, penas pecuniarias y delito de blanqueo de capitales son tres instrumentos penales puestos al servicio de ese objetivo en los que la legislación supranacional europea ha fijado su atención buscando la armonización de disposiciones nacionales. El decomiso debe ser el prevalente. Las multas proporcionales son un instrumento más tosco, aunque suelen ser muy frecuentes en este tipo de delitos: la multa se fija atendiendo al beneficio obtenido. Seguramente a medida que el decomiso gane en eficacia, las multas proporcionales deben ir cediendo el paso a aquel para no duplicar los mecanismos.

Decomiso

El decomiso por equivalencia, propugnado por algunas disposiciones internacionales, se introdujo en nuestro ordenamiento en la reforma de 2003. Cuando no sea posible localizar los bienes producto del delito, el comiso puede dirigirse a otros bienes de valor equiparable, aunque se constate su origen lícito. De esa forma se eluden dificultades probatorias.

La reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio traspuso al derecho español la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005. Y la reforma de 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 15 de marzo) implementa la Directiva 2014/42/UE dedicada también al decomiso y embargo.

Junto al decomiso de equivalente (art., 127 septies) y en relación a determinados delitos (cometidos por grupos organizados, corrupción en los negocios, cohecho, malversación, entre otros, según el listado enriquecido en la reforma de 2015) se establece la posibilidad de decretar la confiscación a bienes no relacionados con el delito concreto objeto de condena que presumiblemente (se establecen algunas pautas para efectuar esa presunción: art. 127 bis en la redacción emanada de la

reforma de 2015) puedan proceder de actividades delictivas al ser su volumen desproporcionado con respecto a sus eventuales ingresos legales. Respecto de esos mismos delitos el art. 127 quinquies permite extender el decomiso a bienes procedentes de otras actividades ilícitas del sujeto distintas y anteriores a los hechos por los que se le condena y que no han sido objeto de prueba plena. Se quiere fundamentar en una prueba indiciaria que sería suficiente para el comiso, pero no para la condena penal por esas otras actividades ilícitas: no es una sanción penal. Se establecen unas presunciones que admiten prueba en contrario (art. 127 sexies).

El decomiso sin sentencia ya existía. En esas dos reformas legales se perfilan sus contornos.

La Ley Orgánica 1/2015 también retoca el decomiso frente a terceros.

A esta misma filosofía obedece la previsión que se ha introducido en el art. 90.5 en materia de libertad condicional: puede denegarse en los casos de delitos contra la Administración Pública cuando el penado ha eludido la reparación del daño ocasionado a la correspondiente Administración.

IV. Privilegios procesales

Suplicatorio

La necesidad de autorización de la cámara respectiva para proceder contra diputados y senadores es algo atávico desde el punto de vista teórico. Carece de razón de ser en Estados de derecho como el nuestro en que no es imaginable pensar que un poder disperso como es el judicial pretenda condicionar la actuación del poder legislativo a través de procesos penales. Es ridículo a la vista del funcionamiento real del sistema parlamentario articular mecanismos inspirados en el pensamiento de que el poder judicial no debe poder variar arbitrariamente las mayorías políticas mediante el encausamiento y condena de

algún diputado o senador. Es verdad que la inmunidad es una pieza constitucional que no consiente fácilmente su derogación. También es verdad que a impulsos de algunas llamadas de atención del Tribunal Constitucional (SS TC 243/1988, de 19 de diciembre y 9/1990, de 18 de enero, 90/1985, de 22 de julio, 206/1992, de 27 de noviembre), la práctica parlamentaria se ha decantado finalmente, no sin reticencias esporádicas, por la concesión casi automática de las autorizaciones que se reclaman desde los órganos judiciales para proceder contra un miembro del Legislativo. Pero no puede olvidarse tampoco que no están tan alejados en el tiempo (ahí están las actas del Senado del año 2000 para avalarlo) algunos casos de denegación de suplicatorios mediante voto secreto por hechos que revestían apariencia de delito (malversación de caudales públicos) en la última sesión de una legislatura con el perverso efecto de producir con arreglo a la norma procesal el sobreseimiento libre con fuerza de cosa juzgada: de forma que se deniega la autorización para proceder contra un senador que a su vez era alcalde para que el poder judicial no alterase la voluntad de una cámara que estaba a punto de disolverse (!!).

Hay que limitar al máximo legalmente esa institución poco armonizable con una cultura de control, fomentar esa ya arraigada costumbre parlamentaria de concesión sin discusión, que sin embargo ha tenido algunas excepciones. Las tentaciones del poder político para blindarse frente al judicial y crear una casta inmune a acciones penales están sobradamente demostradas y experimentadas. Basta volver la vista a algunos países vecinos o menos vecinos para descubrir plasmaciones reiteradas, multiformes y bien concretas de esos intentos por situarse por encima de la justicia penal respaldados muchas veces por mayorías parlamentarias y sociales.

La institución del suplicatorio no se cohonesto con facilidad con el principio constitucional de igualdad. Por eso vienen de antiguo las críticas a esta institución y los intentos de suprimirla o, al menos, reducir su eficacia. La dificultad de ensamblar armónicamente esta institución con los principios de igualdad y tutela judicial efectiva hace que deban ser recibidos con aplauso todos los esfuerzos encaminados a una

interpretación restrictiva del suplicatorio. Por eso la lectura del art. 754 LECrim, que ve en él la imposición de un sobreseimiento libre cuando se deniega la autorización reclamada de la cámara respectiva, debería ser revisada. Es verdad que los arts. 7 de la Ley de 1912 y 677 de la Ley Procesal Penal catalogan expresamente tal sobreseimiento como libre. Tal tipo de archivo, según la doctrina más extendida, aunque no pacífica, desplegará la eficacia de cosa juzgada e impedirá cualquier nuevo intento de enjuiciamiento: no será posible ni esperar a que el diputado o senador pierdan tal estatus, ni intentar nuevas solicitudes de suplicatorio. Esta exégesis, sin embargo, no es congruente con la vinculación de la inmunidad a la duración del mandato. Y se traduciría en que, en ocasiones, la punición o no dependerá de una circunstancia tan distante de la justicia como la paciencia o mayor o menor velocidad de los querellantes o de la tramitación judicial. Es posible una lectura en clave constitucional de esos preceptos para que la suspensión del procedimiento penal sea solo provisional, en tanto se mantiene la condición de integrante del legislativo. La interpretación contraria, que es la prevalente, ha llevado a alguna práctica parlamentaria ya aludida que pueden ser tildada de abusiva o corporativa: la denegación inmotivada de suplicatorios en la última sesión antes de la ya acordada disolución de las Cámaras, provocando un sobreseimiento libre de actuaciones penales seguidas contra senadores que en pocos días perderían esa condición. El episodio puede no tener más relevancia que la de una anécdota. Pero revela una mentalidad muy alejada de la transparencia y sometimiento al control judicial que debieran caracterizar a la clase política.

No faltan voces que consideran que esos preceptos son inconstitucionales porque desbordan totalmente las finalidades legítimas de la institución del suplicatorio y porque consideran que debe tratarse de un sobreseimiento provisional. No obstante la jurisprudencia constitucional, parece haber dado por bueno el criterio legislativo que impone el sobreseimiento libre («No cabe, por tanto la posibilidad de un nuevo procesamiento, pues tal sobreseimiento, que implica los efectos de cosa juzgada, así lo impide por sí mismo»: S TC 92/1985, de 24 de julio).

Fueros procesales

Sin embargo, pese a estar muy generalizada, también en el imaginario popular, la idea contraria, la proliferación de fueros procesales no interfiere necesariamente de forma negativa en la persecución de la corrupción. Puede considerarse –es difícil no dar por buena esta afirmación– que hay demasiados cargos con fuero procesal penal especial. Pero eso no dificulta ineludiblemente ni supone trabas para la persecución de estos delitos.⁴

V. Arrepentidos

La criminalidad de la corrupción se caracteriza, como se ha dicho, por una deliberada opacidad: esta aseveración es tópica. Se hace difícil adentrarse en sus entresijos. Incluso que salga a la luz.

Esa realidad hace que no sean infrecuentes los supuestos en que en el origen de una investigación o un proceso por delitos relacionados con la corrupción se encuentre una denuncia de un cómplice despechado o con deseos de venganza por no haberse atendido alguno de sus requerimientos; o un distanciamiento de estrategias políticas. Las declaraciones de arrepentidos o coimputados desempeñan un relevante papel. Desde *Filesa* a *Gürtel* se pueden rememorar toda una serie de famosos procesos que han sido activados a raíz de las revelaciones de quienes inicialmente se movían con absoluta normalidad en la tramoya de las conductas ilícitas y que a raíz de un choque de intereses han acudido a desvelar una trama con la que hasta ese momento convivían sin escrúpulo alguno.

Las declaraciones de los que podrían encuadrarse bajo la etiqueta general de *arrepentidos* son valiosas, e incluso muy valiosas: especialmente como detonante que sirve para desencadenar una investigación.

4. No faltan fundadísimas opiniones en contra que entienden que los fueros procesales también suponen una dificultad añadida en esa lucha, aduciendo la sospecha que puede emanar del origen del nombramiento de algunos cargos judiciales (Dolz, 367).

Ahora bien, no debieran relajarse las exigencias garantistas impulsadas por el rechazo a la corrupción (o a la delincuencia organizada, o al terrorismo, o al narcotráfico: en todas esas materias pueden aportar mucho las declaraciones de los arrepentidos). No puede desdeñarse ese elemento probatorio, pero hay que extremar las cautelas en su valoración sin perder un filtro crítico y sin otorgar sin más todas las bendiciones a esas manifestaciones, detrás de las cuales se mueven intereses muy distintos y normalmente no coincidentes con el esclarecimiento de los hechos para la sanción de los responsables. No se puede prescindir de esas declaraciones, pero siempre afilando el juicio crítico.

Son seguramente rechazables las tesis que tienden a imponer unos requisitos casi tasados para que determinadas pruebas que en principio eran sospechosas (así sucede con los coimputados o con los arrepentidos) puedan ser utilizadas. Hay que motivar especialmente la fiabilidad que se les otorga, pero no puede llegarse a un sistema que enlazaría con los superados estándares de prueba tasada en que sólo con determinados requisitos esas declaraciones podrían ser utilizadas.

La doctrina, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, en ocasiones se ha deslizado por esa pendiente, negando valor probatorio a determinadas declaraciones cuando no van acompañadas de algunos requisitos. Debe ser un tema de valoración caso a caso. Hay que apurar la motivación, hay que extremar la desconfianza, pero no puede descartarse que, en ocasiones –incluso en muchas ocasiones–, esas declaraciones aparezcan como prueba convincente que basta para superar el canon clásico que abre las puertas de una condena más allá de toda duda razonable. La reforzada necesidad de razonar la credibilidad de quien puede ser coimputado ha de acentuarse por exigencias del derecho a un proceso con todas las garantías cuando se trata de declaraciones de quien puede obtener beneficios personales con la misma. Hay que razonar convincentemente la fiabilidad del coimputado, pero no deben exigirse requisitos adicionales concebidos como condición *sine qua non*, de forma que sin ellos devenga inutilizable esa declaración.

Se entra así en un pantanoso terreno sobre el que en Italia se ha debatido hasta la saciedad: las declaraciones de los arrepentidos (*pentiti*). En el país vecino han sido muy utilizadas no solo en los procesos antimafia, sino también en las famosas investigaciones judiciales contra actividades de corrupción de políticos y empresarios emprendidas por la Fiscalía de Milán y agrupadas bajo la genérica etiqueta de *mani pulite* de comienzos de la década de 1990, que llevaron a la forzada jubilación a toda una generación de políticos.

Siempre ha despertado polémica el otorgamiento de beneficios por la delación, y desde Beccaria a Ferrajoli transita toda una tradición de rechazo a esos métodos que encierran algo de inmoral por más que sean muy eficaces. Hoy por hoy, pese a esos recelos, es una herramienta de la que no podemos prescindir.

El problema, en primer lugar, afecta al legislador y no al intérprete. Admitida por la ley esa mecánica, el aplicador no puede sustraerse a ella por la vía indirecta del ámbito procesal. Varios preceptos del Código Penal –el 376 es paradigmático–, así como la interpretación jurisprudencial de la atenuante analógica en relación con la confesión (arts. 21.7 y 21.4 del Código Penal) demuestran que en nuestro derecho está admitida y favorecida esa forma de acreditación. El hecho de que se deriven beneficios penológicos de la delación ha de ser tomado en consideración, pero no necesariamente comportará negar valor probatorio a la declaración del coimputado. Ese dato puede empañar su fiabilidad. Pero si no basta para explicarlas y, pese a ello, se revelan como convincentes y capaces de generar certeza pueden servir para dictar una sentencia condenatoria. La posibilidad de beneficios penológicos no es suficiente por sí sola para negar virtualidad probatoria a las declaraciones del coimputado. Solo será así cuando de ahí quepa racionalmente inferir una falta de credibilidad (Autos TC 1/1989, de 13 de enero o 899/1985, de 13 de diciembre y SSTs de 14 de febrero de 1995, 29 de octubre de 1990, 28 de mayo de 1991, 11 de septiembre de 1992, 25 de marzo de 1994, 23 de junio de 1998 o 279/2000, de 3 de marzo).

En el campo de los delitos relacionados contra la corrupción también existen en el Código Penal aplicaciones de esa fórmula gratificadora que alienta la delación: su art. 426 exime de la pena que pudiera corresponderle 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». El precepto es casi inédito en la práctica.

El borrador de Código Procesal Penal de 2013 incluía también un supuesto de principio de oportunidad (posibilidad de archivo) cuando existe contribución relevante a la persecución del delito (sobreseimiento en relación al delator).⁵ Y en la última reforma del Código Penal se ha introducido un precepto similar al 376 para los delitos de malversación de caudales públicos (art. 434).⁶

VI. Prisión preventiva: una advertencia

Si el uso de las técnicas gratificadoras con arrepentidos es legítimo desde el punto de vista de los principios irrenunciables, aunque lo óptimo sería que se pudiese prescindir de ese tipo de fórmulas (hoy por hoy se antojan indispensables en materia de corrupción o de delincuencia organizada), el empleo espurio de la prisión preventiva

-
5. «Cuando el autor o participe en el hecho punible pertenezca a una organización o grupo criminal y sea el primero de los responsables en confesar el delito, si ha prestado plena colaboración con la Administración de Justicia y la misma ha sido de suficiente relevancia a criterio del fiscal general del Estado» o «cuando un particular denuncie un delito de cohecho o tráfico de influencias del que sea autor o participe y el sobreseimiento del delito cometido por el particular facilite la persecución del delito cometido por un funcionario público».
 6. «Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este capítulo... hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales impondrán al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados».

para doblegar voluntades no puede admitirse de ninguna forma. La tentación, siempre disimulada, de caer en esa estrategia –se mantiene la prisión, que se levanta cuando se confiesa o se implica a otras personas– no es de recibo y traspasa los linderos de lo admisible en un Estado de Derecho. Si la prisión provisional se utiliza para arrancar confesiones y declaraciones, se están resucitando formas de tortura que ya parecían superadas.

Pero ahí está la realidad que a veces hace sospechar del uso de esa medida cautelar con finalidades distintas de las legalmente establecidas y las constitucionalmente permisibles. La legítima y laudable tensión por acabar con la impunidad, unida a la obsolescencia de las herramientas judiciales para perseguir fenómenos delictivos vinculados a la corrupción, es campo abonado para que el instructor busque atajos que igualen las armas a blandir en un combate en el que una de las partes (imputados con abundantes recursos financieros y muchas veces con importantes apoyos políticos) aparece en un primer momento en situación de franca superioridad. El uso y abuso de las garantías procesales legítimas (inundar de recursos unos órganos judiciales no preparados para absorber esa premeditada y estratégica incontinencia forense), y la pulsión de otros resortes menos legítimos (utilización espuria de los poderes legislativos; blindaje más allá de las fronteras nacionales en paraísos fiscales de los rendimientos económicos del delito; manejo de los medios de comunicación; presiones más o menos sibilinas a testigos; activación de toda la capacidad de influencia mediática o política...) pueden provocar y provocan una comprensible tentación: solo si se dispone de medidas capaces de contrarrestar esa artillería pesada, el proceso penal podrá llegar a buen término obteniendo en un plazo razonable la reacción justa que determina el ordenamiento. Ejemplos de que no siempre se logran sobrepasar esos bien contruidos cortafuegos que el poder financiero, económico o político de personas implicadas en corrupción levantan delante de ellos vienen a la imaginación. En nuestro país y en países cercanos.

Dejarse arrastrar por ese empeño en dar una respuesta eficaz y ejemplar en el ámbito judicial a la corrupción puede arramblar con algunas

garantías y límites del Estado de Derecho que se ha tardado tiempo en conquistar. El uso desviado de la prisión preventiva con finalidades no admisibles es un ejemplo de lo que no debiera nunca suceder. En Italia, precisamente en los procesos de Tangentópolis (ZANCHETTA, 85 y ss) se rozaron, si no se traspasaron abiertamente en algunos casos, los fines legítimos de la privación de libertad provisional, incurriendo en excesos que seguramente, como apostilla Ferrajoli, no desmerecen en conjunto del mérito histórico (ZANCHETTA, 89) de haber restituido la vigencia del principio de sometimiento del poder público a la ley. Pero, de cualquier forma, la utilización instrumental que se hizo de la prisión preventiva para constreñir al investigado a colaborar⁷ no es un ejemplo a seguir, por más que estuviese alentado por razones de eficiencia y aunque exista capacidad para revestir argumentalmente en clave correcta, aunque de simple apariencia, esas decisiones.

Nótese como en ese punto se identifica un signo bien elocuente de la capacidad de reacción del poder político, que cuando se ve amenazado por procesos penales acaba volviendo la vista a las garantías procesales que tenía olvidadas y surgen leyes y jurisprudencia que afilan y refuerzan los derechos del sujeto pasivo del proceso penal. Es posiblemente algo más que una coincidencia que la reforma de la prisión preventiva en nuestro ordenamiento, introduciendo en ella el principio acusatorio, llegase en unos momentos en que proliferaban las causas contra personajes económica y políticamente importantes. Las matizaciones hasta el detalle de la prescripción y sus plazos e interrupción se ha generado al hilo de procesos concretos seguidos contra personas con apellidos nada vulgares. La jurisprudencia sobre la necesidad de cubrir un mínimo de garantías en las intervenciones telefónicas arranca del conocido *Auto Naseiro*. Hasta *Filesa* no existía

7. Era práctica común que el fiscal reclamase del juez de la investigación preliminar la medida de prisión provisional y, con posterioridad, el arresto domiciliario o la puesta en libertad tras modificar la negativa por una actitud de colaboración, de forma que el periodo de prisión que se sufría era más breve cuanto más rápida fuera la admisión de las propias responsabilidades y el descubrimiento de la identidad de otros eslabones (Zanchetta, 92), aunque externamente se argumentase, de forma muy poco convincente., que no era prisión para «hacer hablar», sino decaimiento de la necesidad de preservar los medios de prueba mediante la prisión, cuando se había confesado.

demasiada preocupación por la falta de garantías inherente a la inculpación implícita en el procedimiento abreviado (ANDRÉS, 108).

Sí es admisible, sin embargo, la posibilidad de inhabilitación para cargo público adoptada como medida cautelar. Así se preveía en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013, que de momento aguarda en los cajones del Ministerio de Justicia tiempos mejores para emprender una reforma global tan aplazada como necesaria.

VII. Eficacia procesal

Ineficiencia procesal

La ineficiencia de la justicia penal frente a los fenómenos de corrupción es patente. Llegan condenas, pero llegan muy tarde, tras largos y farragosos procesos. Las investigaciones se prolongan: se reiteran diligencias, las causas van engordando. A medida que aumenta su volumen se hacen más inmanejables y se ralentizan todavía más. Se acumula documentación cuyo examen y sistematización se hace engorroso. Lo que podríamos llamar «efecto cereza» es frecuente en estas causas: mientras se tira del hilo siguen apareciendo más conductas, y muchas veces más imputados. En las investigaciones iniciadas por la Fiscalía especializada en delitos relacionados con la corrupción se triplican las actuaciones: las declaraciones se efectúan primero ante el Fiscal, luego ante el Instructor y finalmente en el juicio. Muchas veces hay duplicidad de instrucción a causa del modelo procesal poco claro.

Todos esos factores eternizan la investigación y postergan el enjuiciamiento, con merma de otro de los elementos necesarios para hacer eficaz el efecto disuasorio del derecho penal: la prontitud (ROBINSON, 93). El efecto disuasorio de una pena no depende solo de su magnitud y de su probabilidad, también influye su proximidad temporal. La dilación entre la infracción y la sanción reduce drásticamente el efecto de prevención de la norma penal.

Por eso, la lucha contra la corrupción desde el ámbito penal no puede dejar de constatar esas deficiencias y tratar de buscar paliativos. Se ha dicho con razón (NIEVA, 1) que la configuración decimonónica de nuestro proceso penal es inservible para este tipo de delincuencia, y se han planteado propuestas que pueden parecer iconoclastas, como superar la estructura procesal tradicional borrando en estos casos la división entre instrucción y juicio oral. Se propugna una investigación plenamente contradictoria y judicializada, o al menos sin dejar en las exclusivas manos de la policía la investigación; y evitando reiterar las declaraciones grabadas y practicadas con todas las garantías, que se constituiría ya en material probatorio valorable (NIEVA).

Sin llegar a soluciones tan revolucionarias, aunque bien fundadas, sí es obvio que algo debe hacerse. Pueden sugerirse algunas ideas.

Conformidades

Aceptadas en nuestro ordenamiento procesal, pese las sombras que acompañan a sus luces, fórmulas de justicia consensuada basadas en pactos entre Fiscalía y acusados, ese régimen legal debe incorporar ciertas características. La conformidad debe ser:

- i) transparente y legal: los beneficios penales no han de ser clandestinos o fruto de voluntaristas propuestas, sino algo legalmente fijado y judicialmente controlado;
- ii) flexible desde el punto de vista subjetivo y objetivo, esto es, permitida también cuando es subjetivamente parcial y con independencia de la gravedad del delito;
- iii) cronológicamente encorsetada, es decir, privada de todo beneficio a partir de un momento que puede ser el del señalamiento del juicio oral. Estas tres ideas en general eran acogidas por el Borrador de Código Procesal Penal de 2013.

Sin duda, las conformidades incrementan la eficacia del sistema procesal en cuanto permiten llegar a soluciones más ágiles.

Macrocausas

Es urgente variar el régimen de investigación y enjuiciamiento de los delitos conexos. En la normativa actual, los delitos conexos han de enjuiciarse conjuntamente (arts. 300 y 17 LECrim). Eso implica que hasta que no se haya precisado toda la actividad delictiva, con todas sus derivaciones, y no se hayan esclarecido todas las responsabilidades (delimitados e identificados todos los autores), no se puede proceder al enjuiciamiento. En los delitos incardinables en el ámbito de la corrupción, la actividad criminal no suele ser puntual, sino tener múltiples derivaciones, y se desarrolla en un tiempo largo y con muchos implicados. Sucede con frecuencia que van apareciendo hechos muy claros con responsables muy evidentes, pero no se puede proceder a su pronto enjuiciamiento, aunque no sean necesarias ulteriores investigaciones en cuanto a esas conductas, porque quedan por ventilar muchas otras vinculadas o por identificar a otros implicados. El TS, ya en la sentencia de BANESTO (STS 29 de julio de 2002), llamó la atención sobre esto, invitando a flexibilizar la interpretación de esos preceptos de la Ley. Si no, las investigaciones se prolongan eternamente y además se diluyen: en los casos de delincuencia económica compleja, la sentencia aconseja separar, en la medida de lo posible, las distintas conductas delictivas, siempre que sea posible una valoración penal fragmentada, por obvias razones pragmáticas y de eficacia. Alguna resolución más reciente del TS se hace eco de esa recomendación (ATS de 26 de septiembre de 2012). En la jurisprudencia se ha llegado a distinguir entre una conexidad necesaria y una conexidad por razones de conveniencia (vid. STS de 5 de marzo de 1993 y en la misma línea de relativización de la necesidad de enjuiciamiento conjunto, STS 471/1995, de 30 de marzo o STS 578/2012, de 26 de junio). Si los arts. 17 y 300 LECrim responden a razones de agilización de trámites y celeridad, no debe procederse a esa acumulación o, al menos, ha de interpretarse restrictivamente el art. 17.5º cuando de la misma solo se van a derivar dilaciones. Siguiendo unas pautas que habían sido propuestas por el BCPP de 2013, la reforma de la LECrim que está en tramitación en el Congreso de los Diputados relativiza enormemente esa necesidad de enjuiciamiento conjunto, derogando el art. 300 de la vigente LECrim.

La regla general se invierte. Conforme un hecho o la responsabilidad de uno de los partícipes se esclarece, se ha de proceder al enjuiciamiento sin esperar a hacer acopio de todos los elementos. Cada delito dará lugar a la formación de una única causa. Los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa solo si de ello no surgen inconvenientes por razón de la excesiva complejidad o dilación que pueda derivarse de la acumulación.

En el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 esa medida se combinaba con otras dos, también útiles, pero que no han sido asumidas por el prelegislador de 2015. De una parte, la introducción de un principio de oportunidad para prescindir de perseguir hechos cuando en los casos de pluralidad de delitos la repercusión penológica sería nula. De otra, una previsión en fase de ejecución semejante a la del actual art. 988 para aplicar todas las reglas concursales cuando el enjuiciamiento haya sido fragmentado, también las del delito continuado (art. 74 CP) y del concurso ideal (art. 77 CP), como mecanismo para ajustar las penas si se hiciese necesario.

Responsabilidades civiles

Por fin se ha propuesto, sin éxito de momento, arbitrar en la posibilidad de que la fijación de las responsabilidades civiles en ciertos casos se pueda diferir a un proceso no penal posterior (o, en su caso, a un incidente contradictorio en fase de ejecución). Mantenerlas anudadas de forma inexorable a la determinación de las responsabilidades penales, salvo reserva, hace a veces un flaco servicio a la justicia pues retrasa todo el enjuiciamiento. Los hechos penales pueden estar claros y puede disponerse de elementos sobrados para el enjuiciamiento de naturaleza penal, pero puede ser muy premioso y dificultoso determinar todo el alcance de las responsabilidades civiles. El único mecanismo de relajación de ese rígido sistema en nuestro proceso penal actual –art. 115 CP– es marcadamente insuficiente. Cuando el esclarecimiento de las responsabilidades civiles lastra el enjuiciamiento penal, debiera ponerse en manos del juez instructor la posibilidad de declararlo así motivadamente, para poder concluir la instrucción en los aspectos

exclusivamente penales, hacer una reserva a los perjudicados de oficio de las acciones civiles y proceder al enjuiciamiento penal. De esa forma no se atrasa este por una cuestión que a veces no va a tener de hecho trascendencia (pues resulta insolvente) y tampoco se causan tantos perjuicios. La sentencia penal llega pronto, con lo que ello tiene de ejemplaridad, y además servirá luego para un procedimiento civil que no será muy costoso, pues los hechos, en sus trazos gruesos, estarán ya fijados por la sentencia penal que vincula en esos términos al orden civil. Y si es insolvente, no será necesario, porque no compensa ni siquiera indagar sobre ello.

VIII. Ministerio Fiscal y corrupción

Introducción: fiscalías especiales

El Ministerio Fiscal y su principio de unidad de actuación puede ser útil para paliar algunos de los déficits que se atribuyen a los jueces de instrucción al investigar estos delitos y, en general, todos los relacionados con la delincuencia organizada y económica. El poder judicial es, por definición, disperso. Una lucha eficaz frente a algunos fenómenos de corrupción requiere coordinación y una visión integral y no fragmentaria, cualidades que un aislado juzgado de instrucción no está en condiciones de ofrecer. La intervención activa del Ministerio Fiscal, con una red de miembros coordinados y no encorsetados por la rigidez del partido judicial, en los que pueden impulsarse ámbitos de especialización, se revela como un instrumento más eficiente.

La creación tanto de la Fiscalía para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción (1996), luego convertida por mor de la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 2007 en Fiscalía Especial contra la corrupción y la criminalidad organizada; como la del fiscal coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo (Ley 10/2006, de 28 de abril) han representado un hito en la investigación y persecución de estas infracciones. Cada una de ellas tiene fiscales delegados en los distintos territorios.

La necesaria autonomía del Ministerio Fiscal

El problema del Ministerio Fiscal en materia de lucha contra la corrupción estriba en las dudas que genera una figura todavía demasiado asociada al poder ejecutivo. Un excesivo protagonismo, especialmente en materias que con facilidad tienen derivaciones políticas, genera suspicacias fundadas o no fundadas, pero reales. Sin una modificación más profunda de la estructura orgánica del Ministerio Fiscal que refuerce no solo su autonomía frente al Ejecutivo, sino también la percepción de esa autonomía por parte de la sociedad, no se está en condiciones de avanzar más por ese terreno. Otra vez puede buscarse el ejemplo de Italia: precisamente allí, desde el poder político se ha tendido a limitar la autonomía de los fiscales. A esos intentos no es ajena cierta inconfesada esperanza de que de esa manera se podrá controlar más eficazmente el poder judicial y manejar e influir en los procesos penales que se dirigen contra personas de la vida pública sobre cuya responsabilidad criminal surgen sospechas. El traspaso de las funciones de investigación de los delitos al Ministerio Público exige, por eso, algunas garantías, equilibrios y contrapesos. La asignación de las funciones de investigación al Ministerio Fiscal sería algo seguramente deseable desde la perspectiva de la eficiencia en la lucha contra fenómenos de corrupción: en esa dirección apunta inequívocamente el borrador de Código Procesal Penal de 2013. Pero exigiría, como paso previo ineludible, una profunda reforma estatutaria que tiene mucho que ver con el fortalecimiento de su autonomía en dos dimensiones:

- a) *Ad extra*, lo que significa blindar la institución como tal frente a injerencias de otros poderes del Estado, singularmente el poder ejecutivo. Es necesario impermeabilizar al fiscal general del Estado frente al Gobierno, creando mecanismos reales y efectivos que alejen la permanente sospecha de que sus actuaciones obedecen a criterios partidistas. Relaciones institucionales leales y receptividad frente a las indicaciones generales de política criminal que puedan exigir instrumentos procesales (la política criminal no se agota ni muchísimo menos en las actuaciones ante los tribunales) son com-

patibles con un reforzamiento de la autonomía del fiscal para que no sea percibido socialmente como una *longa manus* del ejecutivo.

b) *Ad intra*, lo que debe traducirse en la introducción de fórmulas que sin quebrar el principio de unidad de actuación y el de dependencia jerárquica, instrumental respecto de aquel, contrapesen las atribuciones del fiscal general del Estado. El poder interno del fiscal general del Estado no puede ser algo omnímodo, concebido al modo militar. El principio de jerarquía interna de rango constitucional (art. 124) es compatible con el establecimiento de pesos y contrapesos, y equilibrios en los mecanismos para zanjar las discrepancias en una carrera formada por profesionales del derecho a los que se exige una alta preparación técnica y que han de acoplarse a unas obligaciones de neutralidad e imparcialidad. Es necesario afianzar cierta autonomía de los integrantes del Ministerio Fiscal sin merma del principio de unidad de actuación. No puede abandonarse exclusivamente al buen criterio de quien en cada momento ostenta el cargo de fiscal general del Estado el respeto por esa autonomía. No se trata tanto de reducir los poderes del fiscal general del Estado, como de establecer equilibrios (potenciación de los órganos de asesoramiento, atemperación de sus facultades, cautelas para garantizar objetividad en la carrera profesional, sistema transparente en la atribución de asuntos...).

Estos puntos no eran abordados por el BCPP. Escapan de su marco puramente procesal y no orgánico. Sin embargo, el Anteproyecto de LECrim 2011 (conocido como Anteproyecto Caamaño) sí que creaba para dotarle de ciertas garantías la figura del fiscal encargado de cada asunto. No es fórmula desechable. El contenido de la regulación era acertado. No obstante es cierto que es materia no tanto de una legislación procesal general cuanto de la normativa orgánica.

Relaciones fiscal general/Gobierno

Uno de los puntos clave de esa deseable reforma complementaria estatutaria radicaría en las relaciones entre el fiscal general del Estado y el Gobierno que lo propone. Dentro de esa temática la piedra de

toque será alcanzar un sistema de nombramiento que garantice la autonomía del fiscal general del Estado y, como consecuencia de ello, de toda la institución del Ministerio Fiscal, frente al poder ejecutivo. A nivel de reflexión doctrinal predomina en nuestro entorno la idea de un Ministerio Fiscal desvinculado del poder ejecutivo. Así se plasmaba en la declaración de principios sobre el Ministerio Fiscal del MEDEL (Magistrados Europeos para los Derechos y las Libertades).

Los sistemas legales de estructuración del Ministerio Fiscal se apartan en muchos casos de ese ideal teórico. Precisamente eso ha llevado a la Recomendación (2000) 19 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal para intentar elaborar criterios que acerquen los diversos sistemas con el norte puesto, en todo caso, en dulcificar la eventual dependencia gubernamental e introducir garantías –transparencia, publicidad, motivación– que la hagan más tolerable.

El fiscal general del Estado es nombrado a propuesta del poder ejecutivo, oído el Consejo General del Poder Judicial. Tras la última reforma estatutaria (2007), la ligazón que se establece entre la suerte del Gobierno y la del fiscal general del Estado invita a presumir el interés de este en que aquel perdure el mayor tiempo posible, aunque, desde luego, la modificación, aunque se haya quedado corta, mejora mucho la situación precedente en que el Gobierno podía cesar al fiscal general del Estado en cualquier momento. El establecimiento de un plazo de mandato para el fiscal general del Estado en la reforma de 2007 ha sido un avance, pero insuficiente: siempre se anuda su suerte a la del Gobierno que propuso su nombramiento. La comparecencia ante la Comisión de Justicia e Interior, previa al nombramiento del candidato a fiscal general del Estado (art. 29 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: EOMF), es otro fruto de esa reforma. Tiene mucho de símbolo (lo que no significa minusvalorar los símbolos que son importantes en estos temas) y poco de efectividad en la profundización de la imparcialidad del fiscal general del Estado o la implicación real del Parlamento en su nombramiento. Los precedentes sobre ese tipo de comparecencias no son muy prometedores. No por ello creo que deba rechazarse esa

innovación, aunque sin poner en ella más esperanzas de las debidas: de ese trámite cabe esperar lo que cabe esperar y nada más.

El nudo gordiano estriba en el cese del fiscal general del Estado. La reforma de 2007 sentó la imposibilidad de renovación en el cargo del fiscal general del Estado y la fijación de un plazo de cuatro años de mandato. La modificación es acertada, apunta en la buena dirección pero debería haber ido más lejos. Es una garantía de independencia, pues evapora un subliminal deseo de complacer al poder ejecutivo acrecentado por la aproximación del término del mandato. Pero se desaprovechó una ocasión espléndida para acometer de verdad una reforma de la configuración de la Fiscalía General del Estado que reforzase de manera definitiva su imagen de imparcialidad. Para ello se antoja imprescindible fijar un plazo de mandato no coincidente con el de una legislatura. Una plausible propuesta consistiría en el establecimiento de un mandato de cinco años junto con la previsión de la censura parlamentaria como causa de cese (exigiéndose la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados).

Otro punto que tiene interés abordar es la regulación de la forma en que el fiscal ha de adoptar decisiones sobre las actuaciones interesadas por el Gobierno o en que aparezca implicado alguno de sus miembros. Formalmente, la reforma del EOMF de 2007 ha avanzado también en esta materia. Se mantiene la necesidad de que la Fiscalía General del Estado oiga a la Junta de Fiscales de Sala antes de resolver sobre las actuaciones interesadas por el Gobierno (art. 8 EOMF), aunque su criterio no sea vinculante. Además, se introduce otra garantía: la necesidad de esa previa audiencia también cuando el fiscal general del Estado vaya a impartir una orden o instrucción que afecte directamente a algún miembro del Gobierno.

El último informe de evaluación sobre España del GRECO (Grupo de Estados contra la Corrupción) emitido el 15 de enero de 2014 contiene algunas sugerencias que sintonizan bien con lo que se acaba de exponer: pide reconsiderar el nombramiento directo y periodo de mandato del fiscal general, y establecer procedimientos legales claros

para garantizar transparencia en las comunicaciones entre el Gobierno y la Fiscalía General.

Garantías de los fiscales

Hasta aquí lo relativo al reforzamiento de la autonomía de la institución considerada como tal, y frente a influencias externas. En otra dimensión se movería una paralela fortificación de las condiciones que garantizan la neutralidad e imparcialidad de cada fiscal. Esa línea de fuerza podría discurrir por tres frentes diferentes.

El primero, la potenciación de las facultades de los órganos colegiados, con la consiguiente reducción del poder cuasi omnímodo de la Fiscalía General del Estado en materia de nombramientos, lo que le confiere un ascendiente sobre los fiscales que es caldo de cultivo idóneo para posiciones dóciles en que no plegarse a una sugerencia de la Fiscalía General del Estado se convierta casi en una heroicidad o un suicidio profesional.

Las últimas reformas del Estatuto han expandido enormemente los criterios de discrecionalidad en la designación de cargos y, en general, en lo que es la conformación de la carrera profesional, combinados con la temporalidad de las jefaturas y la necesidad de su periódica renovación. En todos los casos, a pesar de que deba opinar el Consejo Fiscal, legalmente la Fiscalía General del Estado tiene absoluta libertad para el nombramiento o la renovación o no renovación. Aunque esta opinión no es compartida por muchos, se ha dicho con razón que el excesivo poder que depositó en el FGE y el Gobierno la reforma del EOMF de 2003 para el cese y nombramiento o renovación de jefaturas y la profundización que se ha hecho de eso en la modificación de 2007 por quienes se opusieron a aquella, ha generado efectos perniciosos. El sistema no crea un clima adecuado para un ejercicio independiente de las funciones fiscales, y está necesitado de paliativos que equilibren los poderes del fiscal general del Estado y del Gobierno de turno en ese sistema de nombramientos para evitar que responda a criterios ajenos a los profesionales, como los puramente políticos.

El segundo, la objetivación de los criterios para atribuir asuntos a cada fiscal, sin perjuicio de mantener la capacidad de nombramientos *ad hoc* pero siempre con el respaldo del Consejo Fiscal, que asegurará la objetividad de esa elección (para lo que sería necesario dotar de mayor contenido a la audiencia que se otorga al Consejo Fiscal en el art. 23 EOMF).

Y el último sopesar y valorar mecanismos para evitar presiones sobre asuntos particulares: bien fomentando la transparencia (comunicación por escrito de las órdenes particulares del fiscal general del Estado sobre asuntos concretos en tramitación, especialmente las que supongan cancelar una investigación o no formular una acusación, dación de cuenta de las mismas al Consejo Fiscal), bien mediante otras posibles fórmulas, que en todo caso debieran ser matizables (como la limitación de la capacidad del fiscal general del Estado al dictado de órdenes generales pero no sobre asuntos concretos: tema este que en todo caso debiera ser meditado, pues puede suponer recortar demasiado el poder de dirección, que ha de tener en todo caso la Fiscalía General del Estado para no desvirtuar la naturaleza de la institución y hacerla derivar hacia modelos de independencia de cada fiscalía que el derecho comparado ha demostrado que tampoco son los ideales, aunque sin duda hayan reportado algunos efectos benéficos).

X. Acción popular y corrupción

Un contrapeso al poder de un Ministerio Fiscal con sutiles vínculos –o al menos apariencia de ellas– con el poder ejecutivo viene constituido por la acción popular, institución de honda raigambre española que desde 1978 ostenta rango constitucional. Ha jugado y juega un papel importante y nada baladí en asuntos de corrupción, representando a veces un acicate para el celo del Ministerio Fiscal; e incluso en ocasiones con clara función de suplencia de una aparente o real desidia investigadora de aquel.

Ciertamente, es mucho más abundante el número de ocasiones en que la acción popular es utilizada de manera abusiva, tratando de judiciali-

zar la vida política o alimentando a auténticos profesionales de la acción penal que presentan querrelas o denuncias inmediatamente ante cualquier noticia que aparece en un medio que, aunque sea remotamente, pueda guardar alguna relación con el Código Penal. La búsqueda de protagonismo y portadas, o incluso en algunos supuestos un sórdido ánimo chantajista (que también hay casos), constituyen las coordenadas en las que se sustenta realmente ese interés por la justicia.

Esos abusos han provocado el clima actual en que la acción popular está en horas bajas y desprestigiada entre autores y, sobre todo, entre políticos.

Pese a esa innegable realidad, no deja de ser un acierto de nuestro sistema ese «exotismo» de la acción popular. Su constitucionalización impone ciertos límites a la generalizada tendencia que se palpa en la actualidad para limitarla o reducirla a algo puramente simbólico, a rastras siempre del fiscal. Los beneficios de la institución son mayores que sus puntos negros, que habría que anotar en el debe, que no son pocos; y podrían ser paliados o corregidos.

Unas palabras del juez Holmes, aunque escritas en otro contexto, reflejan bien la idea que se quiere desarrollar: «Cierta grado de abuso es inseparable del uso adecuado de todo y en nada es esto más patente que en el uso de la libertad de prensa. Por ello, la práctica de los Estados ha decidido que es mejor dejar unas pocas ramas perjudiciales desarrollarse a placer que, podándolas, lesionar el vigor de las que dan frutos adecuados. Los funcionarios públicos, cuyo carácter y conducta están abiertos a debate y libre comentario de la prensa, encuentran sus remedios ante acusaciones en falso en procedimientos acogidos a las leyes de libelo y calumnia que prevén satisfacciones y castigo y no en procedimientos para limitar la publicación de la prensa».

La cita está entresacada de una conocida sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de comienzos de los años treinta que declaraba contraria a la Primera Enmienda toda limitación previa a la libertad de expresión. Evoca la parábola evangélica del trigo y la ciza-

ña. Aunque se está refiriendo a la libertad de prensa, el pensamiento sirve para romper una lanza en favor de la acción popular. Esa idea del legendario magistrado americano expresa bien que la constatación de los abusos no es argumento suficiente para abolir una institución que ha demostrado ser un eficaz contrapeso en algunos casos puntuales pero muy significativos.

La acción popular es una herramienta que contrapesa la eventual permeabilidad del fiscal general del Estado y, por derivación, del Ministerio Fiscal a los intereses del poder ejecutivo. La acción popular supone una muy relevante fórmula de control y también de complemento al poder de acusar del Ministerio Fiscal. Su presencia ha servido para alentar y estimular la investigación en esos procesos en que el fiscal puede verse inclinado a posturas más pasivas. Es verdad que son más bien escasas las ocasiones en que se ha llegado a una sentencia condenatoria a instancia exclusiva de la acusación popular y en contradicción con la petición absolutoria del fiscal. Algunas existen. Pero no son necesarios muchos esfuerzos memorísticos para que acudan a la cabeza asuntos de relieve social en que estaban implicados los aparatos del poder político –a veces de otros países– en los que ha sido la presencia de la acción popular la que ha permitido al instructor mantener el temple en la investigación y culminar con éxito la instrucción pese al perfectamente describable entusiasmo investigador del Ministerio Fiscal. No es aventurado pronosticar que en otras condiciones alguno de esos procesos no hubiese llegado a buen puerto, y se hubiese visto abocado al sobreseimiento. La personación de ciudadanos instando diligencia y haciendo de voz de la conciencia de la acusación pública ha dado buenos frutos democráticos, pues ha fortificado la independencia del poder judicial y, también indirectamente, ha servido para dotar de mayor autonomía al fiscal frente al poder ejecutivo. La acción popular blinda también en cierta medida al fiscal de presiones políticas.

De nuevo hay que decirlo: ¡claro que existen abusos! Pero sería lastimoso que por tratar de atajar esos abusos se acabase también con sus ricos beneficios.

Tratemos de reducir los abusos. Adviértase, por una parte, que nunca por la exclusiva voluntad de un acusador popular alguien puede sentarse en el banquillo. Siempre será necesario que un juez independiente decida que esa acusación es razonable y que una sala de justicia formada por tres magistrados haya avalado esa decisión si fue recurrida (el juicio de acusación es siempre exigible). Los acusadores no públicos pueden moverse en virtud de intereses políticos, de venganza, o económicos (como sucede cuando es la víctima la que quiere reclamar una indemnización). Muchos de esos intereses son legítimos. No son los que deben inspirar a la Administración de Justicia, pero nada se opone a que muevan a particulares a personarse en un proceso penal. Serán los jueces quienes resuelvan sobre si las pretensiones alentadas por esos intereses merecen acogida desde el punto de vista estricto de la justicia y de la legalidad. Si coinciden con las exigencias de la justicia penal, ¡bienvenida sea esa colaboración, cualesquiera que sean sus motivaciones! Y si una acusación popular –o particular– se adentra en el terreno de la mala fe (arts. 11 LOPJ y 247 y 4 LECivil), o del derecho penal (chantaje), reprímase esa conducta. Pero, queriendo acabar con el abuso, no asfixiemos el uso legítimo y benéfico.

Es verdad que la posibilidad de que el perjudicado por el delito ejerza la acusación sin limitación alguna subsiste. Pero también lo es que en muchos delitos –singularmente aquellos en que la acusación popular despliega un papel más relevante– no puede hablarse de perjudicado directamente por el delito (el delito urbanístico o los delitos relacionados con prácticas corruptas constituyen un buen ejemplo). Todos somos perjudicados: lo es la sociedad y no debía privarse a esta de esa posibilidad de suplir una eventual inactividad de su representante natural –el Ministerio Fiscal– ante los tribunales, que puede encontrarse en una situación de proximidad a los intereses del Gobierno a quien debe su nombramiento el fiscal general.

Si en los primeros años del régimen constitucional se tendió a alentar el ejercicio de esa acción (reconociendo legitimación a las personas jurídicas o resaltando que la fianza exigible para su ejercicio no puede ser desproporcionada), ahora parece haberse iniciado la trayectoria

inversa, comenzando a desandar el camino avanzado. El poder político constituido –al margen de cual sea su ideología– tiende a contemplar con buenos ojos toda medida que recorte iniciativas que escapan a su control, directo o indirecto. Ojalá que el buen trigo no quede sepultado por la incontrolada –y a veces interesada– obsesión por no consentir el abuso.

El Borrador de Código Procesal Penal de 2013 contenía una aceptable regulación de la acción popular, que no se pliega a las numerosas voces que quisieran confinar esta institución a un papel meramente simbólico: el mínimo imprescindible para que pueda argumentarse que se respeta su mención constitucional. Se reducen los legitimados (solo personas físicas, con exclusión expresa de los partidos políticos y sindicatos: art. 70 BCPP), y se reduce el campo de los delitos en los que puede operar. Pero en su funcionalidad, mantiene toda su operatividad. Constatado que en la lista de delitos se encuentran precisamente aquellos en que *a priori* la acusación popular puede desempeñar ese importante factor de contrapeso –entre los que destacan los delitos relativos a la corrupción de funcionarios públicos y los delitos de urbanismo o contra el medio ambiente– es asumible la regulación (art. 71 BCPP).

Estimular en lugar de dificultar las formas de participación directa de los ciudadanos en el ejercicio de los poderes es lo propio de una sociedad que quiere profundizar en la democracia. Será eso señal de que siguen presentes esas mínimas dosis de idealismo necesarias para creer en ciudadanos que por encima de sus propios intereses quieren contribuir a la realización de la justicia. Esa fe que hacía decir a Solón que la ciudad mejor regida es «aquella en que persiguen a los insolentes, no menos que los ofendidos, los que no han recibido ofensa». Apostillando al sabio de Grecia, añade Plutarco «Concedió indistintamente a todos el poder presentar querrela en nombre del que hubiese sido agraviado; porque herido que fuese cualquiera, o perjudicado o ultrajado, tenía derecho el que podía o quería de citar o perseguir en juicio al ofensor; acostumbrando así el legislador a los ciudadanos a sentirse y dolerse unos por otros como miembros de un mismo cuerpo».

Bibliografía

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. «*Tangentopoli* tiene traducción al castellano», en *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*. Trotta, Madrid, 1996.
- ASENCIO MELLADO, J.M., «El delito de enriquecimiento ilícito», *Notario*, julio-agosto, 2010, p. 16-21.
- DEL MORAL GARCÍA, A., «Justicia penal y corrupción: respuestas, carencias, resultados, posibilidades», en *Jueces para la Democracia (información y debate)*, núm. 80.
- DEL ROSAL BLASCO, B., «Corrupción y delincuencia Urbanística», en *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Dykinson-Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, 2008, p. 162-177.
- DOLZ LAGO, M.J., «El delito de tráfico de influencias ante la lucha contra la corrupción política en España», *La Ley*, Wolters Kluwer, 2014.
- ERICE MARTÍNEZ, E., «Prevaricaciones urbanísticas: accesoriadad y subsidiariedad del Derecho Penal», *Corrupción y Urbanismo (Cuadernos penales José María Lidón)*, 5, Deusto, Bilbao, 2008, p. 68-89.
- GARCÍA MEXÍA, P., «La corrupción en España», *Nueva Revista*, núm. 106, julio-septiembre 2006, p. 37-51.
- HEIDENHEIMER, A.J., «Perspectives on the Perception of Corruption», en *VVA Political Corruption, A. Handbook*, New Brunswick (citado por GARCÍA MEXÍA).
- HUBER, B., «La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional», *Revista Penal La Ley*. Núm. 11, enero, 2003, p. 41-52.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F., «La corrupción urbanística en España» en *I Jornadas de Delincuencia Medioambiental en Canarias*, enero, 2010.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, C., «Contra la corrupción: más transparencia, más prevención», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 9, 2006, p. 531-551.

- NIEVA FENOLL, J., «Proceso penal y delitos de corrupción», *InDret penal* 2/2013, marzo 2013. www.indret.com
- OTERO, P., «Posibles soluciones jurídico-penales ante el crimen organizado: narcotráfico y terrorismo», texto mecanografiado de un artículo en lengua inglesa facilitado amablemente por la autora.
- PRIETO DEL PINO, A. M.^a, «Aspectos criminológicos y político-criminales de la corrupción urbanística. Un estudio de la Costa del Sol», *Corrupción y Urbanismo (Cuadernos penales José María Lidón)*, 5, Deusto, Bilbao, 2008, p. 92-121.
- ROBINSON, P.H., «Principios distributivos del Derecho Penal (A quién debe sancionarse y en qué medida)», Marcial Pons, Madrid, 2012.
- RÓDENAS Molina, J., «Corrupción urbanística. El cohecho urbanístico» en *I Jornadas de Delincuencia Medioambiental en Canarias*, enero, 2010.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción» en *La Corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Ratio Legis, Salamanca, 2004, p. 241-272.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «¿Puede el derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del derecho?» en *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Ratio Legis, Salamanca, 2004, p. 15-26.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I., «Reflexiones sobre la eficacia de los delitos contra la administración pública en materia de corrupción urbanística» en *Corrupción y Urbanismo (Cuadernos penales José María Lidón)*, 5, Deusto, Bilbao, 2008, p. 35-59.
- WAA, *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar* (Coord. RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS. E.A.), Ratio Legis: Salamanca, 2004.
- WAA, *Cultura de la legalidad. Instituciones, procesos y estructuras*. (Coord. VILLORIA MENDIETA, M. y WENCES SIMÓN, M.^a I.), Madrid, 2010.

