

M.^a Mercedes Fernández Saldaña

Abogada del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Almería. Socia de la FICP.

~La corrupción y el futuro~

I. DELITOS DE CORRUPCIÓN EN DERECHO ESPAÑOL TRAS LA REFORMA EN EL CÓDIGO PENAL DE 2015.

En primer lugar, habría que especificar que en el CP no existe un “delito de corrupción” propiamente dicho. Lo que si aparecen tipificados en dicho código son los “Delitos contra la Administración pública”, entendiendo de esta manera que es esta referencia la que debemos tener en cuenta cuando se habla de corrupción. Además, no existe una sistematización relativa a la corrupción política, hecho que, por otro lado, dificulta la persecución de los delitos de corrupción política y hace ineficaz una lucha fructífera contra los mismos, existiendo, por otro lado, la cuestión de los aforamientos, como otra dificultad añadida a la problemática que ya de por si presentan este tipo de delitos. No es, pues, sencillo encontrar un concepto unívoco de corrupción¹. Ni siquiera la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción -EDL 2003/247395-, incluye su definición. proporciona un listado de conductas que los Estados partes deberán tipificar como delito por estimarse incluidos en el concepto de corrupción, comprendiendo, eso sí, definiciones de algunas de las figuras que se incluyen en ese concepto, como el soborno (activo) y extorsión (soborno pasivo), tanto de funcionarios (art.15) como en el sector privado (art.21); la malversación; la apropiación indebida como otras formas de desviación de bienes (art.17 y 22); el tráfico de influencias (art.18); el abuso de funciones (art.19) y el enriquecimiento ilícito (art.20).

Se pueden considerar delitos relacionados con la corrupción, los siguientes:

1. El delito de corrupción en los negocios o soborno del Artículo 286 bis CP. Sujeto activo del delito pueden ser los directivos, administradores, colaboradores o empleados de una empresa mercantil o sociedad, con la consiguiente derivación de responsabilidad civil o penal a la sociedad. Por primera vez se recogió este delito en el derecho español, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modificó al CP.

¹ MAGRO SERVET, V., Praxis de la respuesta judicial ante los delitos de corrupción política, Diario La Ley Nº 8557, Sección Doctrina, de 9 de junio de 2015, Ref. D-230, pp. 1-21.

2. Delitos relacionados con la Ordenación del territorio, urbanismo y patrimonio histórico de los Artículos 320 y 322 CP. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión y la de multa (art. 320 CP). También la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos (art. 322 CP), y la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio (art. 329 CP).

3. Delitos de Prevaricación de funcionarios públicos de los Artículos 404, 405 y 408 CP. Se castiga la conducta de la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo o cuando, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello. Son delitos especiales y las penas son también especiales (prisión y penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo).

4. Delitos de Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos de los Artículos 413, 414, 415, 416, 417 y 418 CP. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo, incurrirá en las penas de prisión, multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público. También se aplica cuando haya restringido el acceso a documentos, y que a sabiendas destruya o inutilice los medios puestos para impedir ese acceso o consienta su destrucción o inutilización. En caso de que revelare secretos o informaciones de los que tenga

conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público, pena que se puede agravar hasta la prisión.

5. Delitos de Cohecho de los Artículos 419, 420, 421 y 422 CP. Cohecho es considerada sinónimo de corrupción, es decir, recepción o solicitud, por parte de autoridad o funcionario público -y en provecho propio o de un tercero, por sí o por persona interpuesta-, de una dádiva, favor o retribución de cualquier clase, así como cuando acepta ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, sancionado con penas de prisión, multa e inhabilitación especial, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito. Los tipos atenuados se refieren a los supuestos de recepción o solicitud de dádiva para realizar un acto propio de su cargo, como recompensa del ya realizado, o simplemente en consideración a su cargo o función.

6. Delitos de Tráfico de influencias de los Artículos 428, 429 y 430 CP. El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión, multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, imponiéndose estas penas en su mitad superior si se obtuviere el beneficio perseguido.

7. Delitos de Malversación de los Artículos 432, 433, 434 y 435 CP. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

8. Delitos de Fraudes y exacciones ilegales de los Artículos 436, 437 y 438 CP. La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión e

inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social. Otro tipo simular, dentro del mismo delito, es aquel en que incurre la autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada.

9. Delitos de Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función de los Artículos 439, 441, 442 y 443 CP. La autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión, multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. En cuanto al abuso en el ejercicio de sus funciones, será castigado con la pena de prisión e inhabilitación absoluta, la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior.

10. Delitos de Corrupción en las transacciones comerciales internacionales de los Artículos 286, 3º y 4º CP. Este tipo delictivo contiene dos modalidades de corrupción: la corrupción de funcionarios públicos extranjeros y la corrupción de funcionarios públicos de organismos internacionales.

11. Financiación ilegal de los partidos políticos del Artículo 304 bis CP (Título XIII bis CP, introducido por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo). Será castigado con una pena de multa del triplo al quíntuplo de su valor, el que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, es decir, que sean anónimas,

finalistas o revocables; que, procediendo de una misma persona, superen los 50.000 euros anuales o, siendo en especie, su valor exceda de dicho importe y no se haya expedido certificación en la que se haga constar, además de la identificación del donante, el documento público u otro documento auténtico que acredite la entrega del bien donado haciendo mención expresa del carácter irrevocable de la donación; o que procedan de personas jurídicas o de entes sin personalidad jurídica.

El bien jurídico protegido, según la doctrina, son las funciones constitucionales de los partidos políticos, que merecen una protección penal específica. Los art.304 bis y 304 ter CP, que se configuran como normas penales en blanco, contienen dos tipos penales: el de la financiación ilegal privada y el tipo específico de asociación ilícita con fines de financiación política.

Según OLAIZOLA NOGALES², no es el funcionamiento del sistema de partidos en sí mismo lo que constituye un bien jurídico merecedor de protección penal. El criterio para decidir cuándo una conducta de financiación ilegal merece reproche penal y cuándo no, debe venir derivado de las propias funciones constitucionales que ejercen los partidos políticos hacia los ciudadanos. Dichas funciones se recogen en el artículo 6 de la Constitución Española que indica que los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. El delito de financiación ilegal tendrá sentido sólo para proteger aquellas conductas que, no estando correctamente recogidas en los tipos actuales, perturben aquellas funciones de servicio a los ciudadanos que cumplen los partidos. Los partidos son los instrumentos necesarios para que los ciudadanos puedan participar en la vida política y canalizar a través de ellos sus intereses. Esa formación y manifestación de la voluntad popular debe producirse libre de injerencias extrañas que busquen favorecer intereses y voluntades particulares frente a la voluntad programática. Y este será el bien jurídico protegido en el delito de financiación ilegal. La corrupción hace que los sectores económicos sean los que impongan los reales programas políticos aunque no se publiciten. De la misma manera, determinadas conductas de financiación ilegal pueden hacer que el real programa del partido político no sea el que verdaderamente se ofrece y al que los ciudadanos votan,

² OLAIZOLA NOGALES, I., Las reformas legales relacionadas con la financiación de los partidos políticos en España, en *Corrupción Pública, prueba y delito: Cuestiones de libertad e intimidad*, Aranzadi. Navarra 2015; y *El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del CP*, en *Diario La Ley* N° 8516, Sección Tribuna, 10 de Abril de 2015, Ref. D-141, Editorial La Ley, pp. 253-258.

produciéndose una perturbación grave de las funciones de formación y de manifestación popular. Por tanto, concluye esta autora, no cualquier perturbación de la transparencia financiera de los partidos o de la igualdad entre las fuerzas políticas o de la democracia interna de los partidos será suficiente para ser tipificada penalmente a través de un tipo autónomo, sino que se sancionarán penalmente aquellas conductas que, trascendiendo del ámbito interno del partido, supongan una perturbación de la manifestación de la voluntad popular.

12. Alteración de precios en concursos y subastas públicas del Artículo 262 CP. Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión y multa, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años (art. 262 CP).

II. LA CORRUPCIÓN A NIVEL INTERNACIONAL.

1. Desarrollo internacional.

La normativa internacional más relevante en este aspecto internacional de la corrupción, la encontramos en la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*³, así como en la OCDE y su *Convención contra el Cohecho internacional*⁴ y en el Grupo de trabajo *GRECO*⁵, *Grupo de Estados contra la Corrupción* dependiente

³ Más información de la Convención de Naciones Unidas, texto completo: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf.

⁴ Ratificación española: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-13012, Para más información acerca del cohecho internacional y la Convención Anticohecho de la OCDE: www.oecd.org/daf/nocorruption.

⁵ Más información acerca de *GRECO*: <https://www.coe.int/en/web/greco/about-greco/what-is-greco>.

del Consejo de Europa⁶. Cronológicamente podemos establecer diferentes momentos relevantes en el desarrollo de la misma:

a) En 1988, en la Unión Europea, se crea la "*Unidad de Coordinación de la Lucha contra el Fraude*" (UCLAF) que colabora con los departamentos antifraude nacionales y ofrece la coordinación y la asistencia necesarias para luchar contra el fraude transnacional organizado. Sus competencias aumentan gradualmente de acuerdo con las recomendaciones del Parlamento Europeo.

b) En 1997, la OCDE aprueba el *Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales* (también conocido como "Convenio Anticohecho").

c) En 1999, se crea la OLAF que supone la creación de un nuevo organismo antifraude con mayores poderes de investigación, con una Oficina Europea de Lucha contra el Fraude con competencias de investigación independiente (Decisión 1999/352) y la elaboración de las normas generales para las investigaciones de la OLAF (Reglamento 1073/1999). La OLAF⁷, investiga las acusaciones de fraude y asiste activamente a todos los Estados Miembros e Instituciones de la UE. El proyecto Pluto fue creado para ayudar a la Dirección General de la Sociedad de la Información de la Comisión a mejorar sus capacidades de auditoría y funciones de control a través de potentes herramientas de análisis e información sobre los indicadores de fraude, basándose en la experiencia operativa de la OLAF.

d) En 1999, el Consejo de Europa, aprueba los Convenios penal y civil contra la corrupción así como la creación del grupo de trabajo GRECO (Grupo de Estados contra la Corrupción). El GRECO se creó con el objetivo de mejorar la capacidad de sus miembros para luchar contra la corrupción realizando un seguimiento mutuo del cumplimiento de los estándares anticorrupción adoptados por el Consejo de Europa. Es un proceso dinámico de evaluación mutua y presión social, que ayuda a identificar las deficiencias en las políticas nacionales anticorrupción, provocando reformas legislativas, institucionales y prácticas necesarias y es una plataforma para compartir las mejores prácticas en la prevención y detección de la corrupción.

⁶ Más información acerca de la Estrategia Integral Anticorrupción de la *Unión Europea*: - Comunicación donde se establece la Estrategia COM (2011) 308: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52011DC0308>.

⁷ Más información de la Estrategia conjunta con la OLAF y Programa PLUTO en: <http://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/200614>, p.6.

e) En 2005, la ONU celebra la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* y la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (UNCAC). Entró en vigor en diciembre de 2005, se estructura en cuatro capítulos fundamentales:

- 1) Prevención.
- 2) Penalización.
- 3) Cooperación internacional.
- 4) Recuperación de activos.

Sus herramientas de aplicación son la Conferencia de Estados parte de la UNCAC así como los servicios de la Secretaría General de la ONU. La Convención fomenta la participación de la sociedad civil en este mecanismo y para ello es clave el rol de la Coalición UNCAC, red global integrada por más de 350 organizaciones de la sociedad civil en más de 100 países, que han asumido el compromiso de impulsar la ratificación, la implementación y el monitoreo de la Convención de la ONU contra la Corrupción (CNUCC). Moviliza acciones de la sociedad civil vinculadas con la CNUCC en el ámbito internacional, regional y nacional así como la transparencia en las conclusiones las evaluaciones del mecanismo de revisión.

f) En 2009, se aprueba la *Recomendación para reforzar la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros* en las transacciones comerciales internacionales y sus Guías de buenas prácticas y la *Recomendación sobre medidas fiscales* que son los instrumentos de la OCDE para obligar a los países miembros a luchar contra la corrupción de agentes públicos extranjeros, tipificándose a la vez el blanqueo de dinero como delito conexo al de corrupción. El Convenio estipula obligaciones para los países en cuatro aspectos: Penal, Contable, Blanqueo de Dinero; Asistencia legal mutua: *Penal*: El Convenio establece la obligación de definir como delito y castigar el cohecho realizado para la obtención de algún contrato internacional. Este instrumento también sanciona la complicidad. *Contable*: Establece recomendaciones a las empresas para prevenir el encubrimiento de algunos gastos en los registros contables. Se sancionan las omisiones, alteraciones, fraude y falsificaciones de registros, cuentas, estados financieros y libros con el propósito de ocultar el cohecho. *Blanqueo de dinero*: El detectar un pago de soborno ilegal relacionado con transacciones internacionales es suficiente para provocar la aplicación de la legislación

contra el blanqueo de capitales para que esos pagos puedan ser confiscados. *Asistencia legal mutua*: Si se utilizan canales financieros internacionales para ocultar o realizar el cohecho internacional, el Convenio obliga a los países signatarios a proveer el apoyo legal oportuno, además de establecer provisiones relativas a la extradición.

g) En 2011, la Comisión Europea adopta una *Estrategia Integral de lucha contra el fraude*, con el fin de mejorar la prevención y la detección del fraude, las condiciones para la investigación del fraude, la recuperación de activos y disuasión.

h) En 2014, se emite el *Primer Informe Anticorrupción UE*, como herramienta de control y armonización en la materia.

i) En 2015 se produce la Trasposición de las Directivas europeas sobre contratación pública, fruto de las orientaciones de la Comisión Europea en materia anticorrupción. Una herramienta de autoevaluación del riesgo de fraude es el sistema SALER. Realizada la evaluación del riesgo y puestos en marcha los controles atenuantes en el nivel del sistema, se recomienda a las autoridades de gestión que aborden las situaciones concretas que pueden originarse durante la ejecución de las operaciones, *desarrollando nuevos indicadores de fraude específicos* (indicadores de alerta) y garantizando una colaboración y coordinación efectivas entre todos los niveles administrativos implicados. La Prevención es una fase clave para reducir las posibilidades de cometer fraude⁸.

2. La corrupción internacional en España.

La corrupción en los negocios internacionales, también conocida como cohecho internacional, es un delito incluido por primera vez por la LO 3/2000, de 11 de enero, en nuestro ordenamiento. La inclusión de este tipo delictivo en nuestro ordenamiento no es casual, pues, en el año 1997, España suscribió el Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, impulsado por la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos). El convenio fue ratificado mediante Instrumento publicado el 22 de febrero de 2002 en el Boletín Oficial del Estado. Con la ratificación surgió la necesidad de incluir en el Código Penal dicho delito y, por lo tanto, se incluyó en el Código Penal el Título XIX bis “De los delitos de la corrupción en las transacciones

⁸ Más información sobre Orientaciones metodológicas para la Evaluación del Fraude y Anexos Herramienta de autoevaluación: http://ec.europa.eu/regional_policy/es/information/publications/guidelines/2014/fraud-risk-assessment-and-effective-and-proportionate-anti-fraud-measures.

comerciales internacionales” que contenía la primera versión del artículo 445 bis. Posteriormente, ha sido reformado por la LO 5/2010, dando lugar al nuevo art.286 ter CP, que introduce ciertas modificaciones de notable entidad respecto del precepto anterior.

El cambio de ubicación del delito del Título XIX (Delitos entra la Administración de Justicia) a la Sección 4ª del Título XIII (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico) no es trivial, sino que tiene que ver con el bien jurídico protegido o, más exactamente, como dice BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE⁹, con el bien jurídico que se estima más relevante, o el funcionamiento de la Administración o las relaciones económicas internacionales. Este cambio de ubicación ha sido acogido favorablemente por autores como PUENTE ABA, BENITO SÁNCHEZ, RODRÍGUEZ PUERTA, al considerarlo más respetuoso con las estipulaciones del Convenio OCDE, porque si bien en la conducta interviene un agente público, el núcleo del comportamiento se halla en la búsqueda de una ventaja competitiva en el desarrollo de transacciones internacionales.

Sin embargo, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE o GARCÍA ALBERO, entienden desafortunada esta reubicación sistemática a la vista de la extensión del concepto de funcionario público del nuevo art.427, a) CP, al incluir a quienes ostentan cargo o empleo legislativo, judicial o administrativo de cualquier Estado extranjero, señalando GARCÍA ALBERO¹⁰ que, *“sin negar vinculación con la competencia en el mercado y la necesidad de evitar posiciones ventajosas en las relaciones económicas internacionales derivadas de las conductas de soborno a funcionarios extranjeros, esta pluriofensividad es consustancial a cualquier conducta de cohecho vinculada con la contratación pública”*.

La modificación más relevante de la reforma lo constituye la supresión de la expresión “extranjeros o de organización internacional” en relación con los funcionario públicos, expresión que singularizaba este comportamiento y lo distinguía del cohecho clásico. Por otro lado, el art.286 ter CP acude a la regla de la alternatividad para la solución de los problemas concursales que podría darse entre este delito y el de cohecho

⁹ CRESPO D. Dir./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., Corrupción y Derecho Penal. Condicionantes Internacionales y Reformas del Código Penal, Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica, Castillo de Luna Ed. Jurídicas, Madrid 2015, pp. 23-45.

¹⁰ QUINTERO OLIVARES, G. Dir./GARCÍA ALBERO, R., Corrupción en los negocios y modificación del cohecho, Comentario a la Reforma Penal de 2015, Aranzadi Navarra 2015, pp. 553-576.

(pago de soborno a un funcionario español si tiene como finalidad la obtención de un contrato en el ámbito de una relación internacional), diciendo que serán castigados por este tipo del art.286 ter CP “salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código”.

Pero la doctrina ha criticado esta solución. PUENTE ABA, según RAMÓN GARCÍA ALBERO¹¹, mantiene que “*esta solución no puede considerarse técnicamente correcta puesto que el principio de alternatividad es, atendiendo al artículo 8 CP, el criterio de cierre para las situaciones de concurso de delitos cuando no se ha podido determinar la existencia de otra relación más específica entre las figuras delictivas en concurso*”. Y como sigue diciendo esta autora, al igual que Benito Sánchez¹², “*lo que realmente existe entre el cohecho activo y la conducta del artículo 286 ter CP es una relación de especialidad, pues esta última es una modalidad del cohecho activo que se caracteriza por la particularidad de la finalidad perseguida: la consecución de determinadas ventajas en el ámbito de las actividades económicas internacionales*”. Para BENITO SÁNCHEZ¹³, ya que hay que considerar que es un delito especial, la solución al problema deberá ser la siguiente:

a) Si se trata de cohecho propio, tanto el artículo 286 ter CP como el art.419 CP prevén la misma pena, luego la regla concursal incorporada en el artículo 286 ter no es de utilidad y habrá de acudir a las reglas sobre el concurso de leyes del art.8 CP, debiendo resolverse por el principio de especialidad, siendo la ley especial la del artículo 286 ter CP.

b) Si se trata de un cohecho impropio, la pena mayor es la del artículo 286 ter CP, que, por consiguiente y conforme a la cláusula concursal que contiene, será de aplicación.

Esta norma no resuelve los problemas concursales en cuanto al cohecho activo y en relación al pasivo. Modifica también la finalidad del soborno, elemento subjetivo específico de tipo que cumple una doble función: señala cuál es el bien jurídico

¹¹ GARCÍA ALBERO, R., Corrupción en los negocios y modificación del cohecho, Comentario a la Reforma Penal de 2015, Aranzadi Navarra 2015, pp. 553-576.

¹² BENITO SÁNCHEZ, D., Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la Ley Orgánica 1/2005, de 30 de marzo, Estudios de Deusto, Enero-Junio 2015, pp. 205-228.

¹³ BENITO SÁNCHEZ, D., Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la Ley Orgánica 1/2005, de 30 de marzo, Estudios de Deusto, Enero-Junio 2015, pp. 205-228.

protegido y delimita su ámbito de aplicación. El elemento subjetivo con la nueva redacción es “para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales”, terminología más empleada en los instrumentos internacionales.

Se eleva, por otro lado, la pena de este delito, pasando de 2 a 6 años de prisión a 3 a 6 años de prisión, equiparándola a la pena del cohecho propio, lo que parece que responde a las exigencias del Convenio OCDE sobre la igualdad de tratamiento de la corrupción transnacional y la nacional (artículo 3 del Convenio -EDL 1999/79933-)¹⁴.

III. ¿ES NECESARIA UNA NUEVA LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN?

El 09/11/2017 se publicó en el BOE la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Esta ley introduce medidas de lucha contra la corrupción y conflictos de interés, así como el principio de integridad como aspecto fundamental para la consecución del objetivo pretendido que, junto a la transparencia y rendición de cuentas se erigen como aspectos fundamentales de todo el ciclo de la contratación. Se introduce un precepto exclusivamente destinado a la lucha contra la corrupción y los conflictos de interés (artículo 64¹⁵). Se obliga a los órganos públicos a tomar medidas concretas y adecuadas orientadas a la valoración y gestión temprana de riesgos, para evitar cualquier caso de fraude, favoritismo o corrupción. Además, insta a las personas tanto del órgano de contratación como de las empresas que opten a la licitación, a comunicar al primero cualquier posible conflicto de interés que se aprecie durante el proceso de contratación. Además, se exige como una “conditio sine qua non” para las

¹⁴ Art.3 Convenio OCDE, Sanciones. 1. La corrupción de un agente público extranjero podrá castigarse con penas eficaces, proporcionadas y disuasorias. La escala de penas será comparable a las aplicables a la corrupción de los agentes públicos propios de la Parte y, en el caso de las personas físicas, incluirá la privación de libertad en el grado suficiente para permitir una asistencia judicial mutua efectiva y la extradición.

¹⁵ Artículo 64 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses. 1. Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores. 2. A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación. Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación.

empresas licitadoras, la exigencia de transparencia y cumplimiento normativo. Se considerarán irregulares las ofertas que muestren indicios de corrupción o colusión (artículo 226¹⁶). Se crean dos instrumentos:

1. La Oficina Independiente de la Regulación y Supervisión de Contratación, que velará por la correcta aplicación de la legislación y elaborará un informe de supervisión respecto de la licitación pública y ejecución de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios que estén sujetos a regulación armonizada, que remitirá a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, incluyendo entre otras cuestiones, aquella información sobre la prevención, detección y notificación adecuada de los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la contratación, así como sobre los problemas de colusión detectados.

2. Y la Estrategia Nacional de Contratación Pública para establecer medidas que permitan combatir la corrupción y las irregularidades en la aplicación de la legislación sobre contratación pública.

Otras medidas adoptadas en materia de transparencia e información, son la Ley 9/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno que, entre otros aspectos, prevé la creación del Portal de Transparencia, o la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico financiera de los Partidos Políticos, por la que se modifica la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los Partidos Políticos, la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

¹⁶ Artículo 226 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: Adjudicación de los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición. 1. Cada contrato que se pretenda adjudicar en el marco de un sistema dinámico de adquisición deberá ser objeto de una licitación. 2. Los órganos de contratación invitarán a todas las empresas que hubieran sido previamente admitidas al sistema dinámico de adquisición a presentar una oferta en cada licitación que se celebre en el marco de dicho sistema, con sujeción a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 162 y en el apartado 2 del artículo 163. Cuando el sistema dinámico de adquisición se hubiera articulado en varias categorías de productos, obras o servicios, los órganos de contratación invitarán a todas las empresas que previamente hubieran sido admitidas en la categoría correspondiente. 3. El plazo mínimo para la presentación de ofertas será de diez días, contados a partir de la fecha de envío de la invitación escrita. 4. Los órganos de contratación adjudicarán el contrato específico al licitador que hubiera presentado la mejor oferta, de acuerdo con los criterios de adjudicación detallados en el anuncio de licitación para el sistema dinámico de adquisición. Cuando proceda, estos criterios podrán formularse con más precisión en la invitación a los candidatos. Según lo dispuesto en el artículo 167 letra e), se considerarán irregulares o inaceptables las ofertas que no se ajusten a lo previsto en los pliegos; aquellas que se hayan presentado fuera de plazo; las que muestren indicios de colusión o corrupción; las que hayan sido consideradas anormalmente bajas por el órgano de contratación; o aquellas cuyo precio supere el presupuesto base de licitación.

Debemos, sin embargo, tener en cuenta que en España la corrupción pública no es realmente la corrupción administrativa, puesto que, en términos objetivos, la corrupción entre los funcionarios es baja. Por tanto, principalmente, la corrupción en nuestro país es esencialmente la política.

Por otro lado, íntimamente relacionada, debemos incluir la corrupción entre particulares. Fue la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modificó al Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, la que introdujo como novedad la tipificación de la corrupción entre particulares o corrupción privada, a través del artículo 286 bis CP. Hay que tener en cuenta que, sin duda, los actos de corrupción, sean cometidos por funcionarios públicos o por particulares, vienen caracterizados en los tiempos modernos por una alta sofisticación¹⁷, lo cual hace necesario que las diligencias y técnicas de investigación criminal para su prueba y posterior sanción, deban ser cada vez más sofisticadas, ya que nos encontramos ante un tipo de comportamiento “sistemático y generalizado” que afecta de modo tanto directo como indirecto a diferentes facetas como pueden ser, entre otras, la económica, la política, la administrativa, etc., y está presente en todas las sociedades. Según sostiene la doctrina, el término corrupción es más bien originario de la sociología y de la ciencia política¹⁸ y se ha ido incorporando “poco a poco (...) al Código Penal en ámbitos muy heterogéneos”¹⁹.

La pregunta, a continuación es clara: ¿Es suficiente o es necesario una ley específica contra la corrupción? ¿Están tipificados todos los hechos y se abarcan todas las conductas reprochables con la actual legislación? ¿Están previstos todos los controles a nivel nacional e internacional?

Ciertamente está en proyecto una *Ley Integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes*, conocida como Ley omnibus contra la corrupción, que se centra en tres aspectos fundamentales: la transparencia, la protección de los denunciantes y la regulación del lobby. Los organismos internacionales recomiendan sobre este asunto, que la denuncia esté unida al estatuto de protección de los

¹⁷ IGLESIAS RÍO, M.A./MEDINA ARNÁIZ, T., Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea, en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”, 2004, Tomo II, p. 906.

¹⁸ CUGAT MAURI, M., La desviación del interés general y el tráfico de influencias, Cedecs, Barcelona, 1997, pp. 31 y ss.

¹⁹ FERRÉ OLIVÉ, J.C., Corrupción y delitos contra la Administración Pública, Fraude y Corrupción en la Administración Pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa, Salamanca, 2003, p. 14.

denunciantes y a sus familias. En esa ley se debería integrar no sólo las denuncias que vienen desde el interior de la administración pública, sino también las hechas por los particulares. Respecto a las denuncias anónimas, es un asunto complicado y que habría de estudiarse si son o no válidas, ya que nuestro sistema jurídico debería dar la suficiente protección a los denunciantes para que no fuera necesario que las denuncias fueran anónimas.

Siguiendo a M^a DEL CARMEN GÓMEZ RIVERO²⁰, “... no de menor interés resulta tener presente la innegable relación que guarda la aplicación práctica que se reserve para aquellos principios en materia de corrupción con la previa delimitación del bien jurídico protegido por los respectivos tipos penales. En efecto, la atención al objeto de tutela de los relativos a la corrupción pública y privada resulta un punto de partida obligado para el posterior trazo de los límites con los que puedan reconocerse en el orden penal espacios de impunidad relacionados con el reconocimiento de la adecuación o utilidad social de la conducta así como con el principio de insignificancia, criterio que, como ya recordábamos líneas más arriba, requiere una labor exegética que normalmente va más allá de las pautas marcadas formalmente por el concreto delito para atender, desde un punto de vista sustantivo, al grado de afectación real del interés protegido”.

IV. CONCLUSIONES

Podemos concluir que, teniendo en cuenta que hay cuatro elementos fundamentales en el ciclo contra el fraude, cuales son, la prevención, la detección, la corrección y la actuación judicial, la combinación de todas ellas es fundamental para reducir el riesgo que supone la corrupción y así, conseguir un método disuasorio para el futuro. Como cualquier problema gravemente arraigado en la sociedad, necesita no sólo estrategias educativas que vayan desarrollando una cultura en contra del fraude y de la corrupción, sino que también son necesarios desarrollar todos los mecanismos, cooperaciones y reparto de responsabilidades de los diferentes Estados, organismos nacionales e internacionales y, en definitiva, de todos los resortes sociales que son los que tienen un papel fundamental en este aspecto. Se han hecho avances, pero no son suficientes. La visibilidad de los problemas derivados de la corrupción, si no va acompañada de una corrección en dicha actuación, hace que se corra el peligro de la

²⁰ GÓMEZ RIVERO, M.C., Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXVII, 2017, p. 11.

impunidad de cara a la sociedad, lo cual es un mensaje negativo para las futuras generaciones. En definitiva, la recuperación de valores democráticos y de responsabilidad, junto una legislación adecuada, dotando a los organismos competentes de las herramientas adecuadas, es fundamental. Por otro lado, el refuerzo del apoyo a los que se atreven a interponer denuncias, hechas con las suficientes garantías, también es un aspecto fundamental para que se produzcan mayores éxitos en la lucha contra la corrupción.

En el caso, por ejemplo de la corrupción de particulares, la legislación española ha tenido que ser introducida en nuestro ordenamiento, ya que había que adecuar nuestras normas a las comunitarias y, en consecuencia ha sido necesario recoger además de la corrupción de los funcionarios públicos y personas vinculadas con la Administración (ya establecidos desde antiguo en nuestro ordenamiento), la otra parte del problema, es decir, la corrupción de los particulares. El rechazo a la corrupción por parte de la sociedad entiendo que debe ser en todas su extensión, tanto en las parcelas públicas como en las privadas.

Por otro lado, la legislación aprobada al respecto debe ir siendo dotada de contenido a través de la jurisprudencia, ya que adolece de algunos defectos que se irán viendo en la práctica conforme se vayan instruyendo y juzgando los casos.

Esta solución del problema de la corrupción no puede ser la única, sino que tiene que venir acompañada de otras medidas. En primer lugar, la prevención es fundamental que se implante en la sociedad a través de medidas socio-educativas y pedagógicas. En segundo lugar, es necesaria una especialización por parte de los Juzgados a la hora de poner en práctica la aplicación de las normas penales. También es necesario un desarrollo normativo y jurisprudencial que homogenice la sanción y el reproche penal a nivel interno pero sobre todo a nivel internacional, siempre respetando los principios rectores de cada uno de ellos. No podemos olvidar que en el Derecho penal, uno de los principios básicos es el de intervención mínima y no son pocos los casos en los que, en virtud de dicho principio, son archivados procedimientos o ni siquiera admitidos a trámite.

Queda mucho camino por recorrer ya que, por ejemplo, es necesario desarrollar y tipificar de forma autónoma los delitos de corrupción política, establecer un código de conducta a cumplir por todos los cargos públicos que impida sobre todo la relación entre corrupción-política-urbanismo-dinero, un Pacto de Estado frente a la corrupción

política, desarrollar los mecanismos para conocer toda la información de los casos judiciales que afecten a políticos o gestores de la Administración exigiendo un plus de responsabilidad a los mismos, establecer la suspensión en el cargo u oficio del corrupto tras su imputación judicial e incapacidad para los cargos públicos, reformar la ley procesal penal para la agilización de los procesos (dotar de medios a la Administración de Justicia), establecer la prohibición de poder acceder a las listas electorales a los investigados o a los imputados, revisar a la baja los supuestos de aforamiento, especialización de los Juzgados tanto en instrucción como en el enjuiciamiento, etc.