

XXI SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

DERECHO PENAL GENERAL Y DE LA EMPRESA

Jueves 14- viernes 15/06/2018

ÁREA DE DERECHO PENAL UNIV. DE ALCALÁ / FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES

RELACIÓN SOBRE EL DEBATE DE LA PONENCIA: LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN ENTRE PERCEPCIÓN Y REALIDAD CRIMINAL, del Prof. Dr. D. ANDREA R. CASTALDO.

Viernes 15 de junio de 2018, 10-20 h.

Ponente: Prof. Dr. D. ANDREA R. CASTALDO.

Moderador: Prof. Dr. Dr. h. c. D. ÁNGEL SANZ MORÁN

Relatora: Profa. Dra. Dña. NATALIA TORRES CADAVID.



LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN ENTRE PERCEPCIÓN Y REALIDAD CRIMINAL

Ponente: Prof. Dr. D. ANDREA R. CASTALDO. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Salerno (Italia). Socio de la FICP.

Moderador: Prof. Dr. Dr. h. c. D. ÁNGEL SANZ MORÁN. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid. Patrono de la FICP.

Intervinientes en el debate: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA; Profa. Dra. Dña. INÉS OLAIZOLA NOGALES; Profa. Dra. Dña. MARÍA ÁNGELES RUEDA MARTÍN; Prof. Dr. D. VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN; Prof. D. JOSÉ MANUEL GARCÍA SOBRADO; Prof. Dr. Dr. h. c. D. JAVIER DE VICENTE REMESAL; Profa. Dra. Doña. MIRENTXU CORCOY BIDASOLO.

Relatora: Profa. Dra. Dña. NATALIA TORRES CADAVID. Profesora Contratada Interina de Sustitución de Derecho Penal de la Universidad de Vigo e Investigadora de la Universidad de León. Socia de la FICP.

Finalizada la ponencia del Prof. CASTALDO, el Prof. SANZ MORÁN, moderador del debate, interviene y agradece al ponente por su exposición. A continuación le concede la palabra al Prof. LUZÓN PEÑA.

El Prof. LUZÓN comienza su intervención felicitando y agradeciendo al Prof. CASTALDO por su brillante y sugerente ponencia y señala que realizará dos comentarios. El primero se refiere a la traducción de las palabras: soplón, confidente, agente provocador e infiltrado. En este momento el Prof. CASTALDO interviene y explica que actualmente en Italia hay una propuesta de ley en la que se propone introducir la figura del agente provocador en el ámbito de la Administración pública. Explica que hace tres meses en Italia sucedió un caso muy sonado en el que un periodista y un exjefe de la camorra se introdujeron en la habitación privada de un político con videocámaras para hacer una investigación periodística y, a todos los efectos, han actuado como agentes provocadores. Estos hechos han generado una investigación de la fiscalía, no obstante, el problema es que en Italia, hasta ahora, no es reconocido el papel lícito del agente provocador en el ámbito de los delitos contra la Administración pública (aunque sí lo está en otros ámbitos, como en el tráfico de estupefacientes). Por lo tanto, el periodista que hizo la entrevista está investigado como instigador a la corrupción.

El Prof. LUZÓN retoma la palabra y señala que su segundo comentario se refiere al ámbito de las entrevistas directas. Entiende que no tienen la misma fiabilidad las declaraciones del entrevistado cuando le preguntan si ha sido víctima de corrupción que cuando le preguntan si ha sido autor, partícipe o instigador de un intento de corrupción; porque por mucho que la entrevista sea anónima o prometa el anonimato, el entrevistado puede tener miedo de autodelatarse. El Prof. LUZÓN explica que la gente no va a reconocer que ha sido autor o partícipe de un delito de corrupción por miedo u otras razones. El Prof. CASTALDO responde al comentario brevemente indicando que está totalmente de acuerdo.

A continuación interviene la Profa. OLAIZOLA NOGALES, que agradece al Prof. CASTALDO por la ponencia y advierte que hará dos observaciones. En primer lugar dice que está de acuerdo en que no existe un concepto de corrupción, lo cual genera ciertos problemas porque no se sabe exactamente qué es la corrupción. Pues bien, la Profa. OLAIZOLA propone tres posibles definiciones: 1) la primera es una muy estricta, que es la que entiende que acoge el Prof. CASTALDO, en donde hay un negocio entre dos partes, el sobornador, el que da, y el que recibe, el agente público; en esta definición quedarían como delitos de corrupción pública el cohecho y tráfico de influencias. 2) La segunda definición es la media, en la que no hace falta que hayan dos partes, sino que también se puede hablar de corrupción cuando el funcionario abusa de su papel y busca un enriquecimiento. 3) La tercera definición sería amplia, según la cual hay corrupción cuando hay un abuso de poder por el funcionario público, y entonces quedaría incluida la prevaricación.

La Profa. OLAIZOLA explica que realmente cuando a nivel popular se habla de corrupción, los ciudadanos incluyen mucho más que el cohecho: la malversación, la prevaricación, el blanqueo; y entonces pregunta, ¿con qué concepto quedarnos? A lo que responde que no lo tiene muy claro. Lo que sí sabe con claridad es que la corrupción tiene un efecto: el desencanto, la desconfianza, la desafección. Por lo tanto, entiende que cuando se restringe el concepto de corrupción, más nos alejamos de lo que entienden los ciudadanos como corrupción y lo que los ciudadanos entiendan es fundamental; por lo que la Profa. OLAIZOLA afirma que no sabe si es partidaria de un concepto de corrupción mínimo o si es mejor irlo ampliando para conseguir una mayor equiparación con la idea que tienen los ciudadanos.

En segundo lugar, la Profa. OLAIZOLA dice que el Prof. CASTALDO se pregunta: ¿podemos analizar el fenómeno desde la percepción? ¿La percepción se

corresponde con la realidad? Pues bien, en la opinión de la Profa. OLAIZOLA la percepción no está tan alejada de la realidad. Es verdad que si preguntamos aquí si hemos sido víctimas de corrupción, probablemente todos vamos a decir que no, porque en España ningún juez te pide dinero, ningún profesor te pide dinero, la policía no nos va a pedir dinero para quitarnos una multa. La corrupción en España está focalizada en un ámbito muy concreto, en el ámbito político, en concreto en la contratación pública. Si le preguntáramos a las empresas si han sido víctimas de la corrupción, muchas de ellas dirán que sí. Dirán que para adjudicación de obra han tenido que pagar un 3% o un 5%. La Profa. OLAIZOLA entonces entiende que esto es lo que perciben los ciudadanos y no cree que sea tan distante la percepción que tienen los ciudadanos con la realidad: que el ámbito de corrupción está en los partidos políticos y en el urbanismo, lo cual se está comprobando actualmente. Por último, señala que prefiere que no hablemos de soplón o chivato. Es un denunciante. Hay que quitarle el carácter peyorativo, el que denuncia es un ciudadano modélico, precisamente lo contrario a un soplón o a un chivato.

El Prof. CASTALDO interviene y comenta que comparte todas las opiniones de la Profa. OLAIZOLA. Explica que hoy en día en Italia tampoco se pide dinero, la corrupción clásica no es: “solicito dinero y hago esto”, es muy diferente, es por ejemplo la utilidad privada, el cuidado que tiene que asumir el amigo del político o del administrador público o el hacer una asesoría económicamente importante. Cambia también la ganancia, la utilidad y la modalidad. La corrupción significa no solo el acuerdo o el negocio, sino también, la alusión. Por ejemplo: “mira no hay tanta competencia”, “mira sí, se podría hacer algo más rápido”. ¿Esto qué es?, pregunta el Prof. CASTALDO, ¿es una instigación a la corrupción?, ¿y si no es aceptada?, ¿es una concusión?, ¿o es una tercera forma de inducción indebida? El Prof. CASTALDO explica que esta tercera forma ha sido introducida en Italia y que es algo muy interesante, criminológicamente hablando, porque la concusión en Italia era constricción, constreñimiento, es decir, violencia. Hoy la corrupción no será solo el acto sino también la función. El Prof. CASTALDO termina su intervención ejemplificando un caso de inducción indebida.

En tercer lugar, el moderador le concede la palabra a la Profa. RUEDA MARTÍN. La Profa. RUEDA, tras felicitar al Prof. CASTALDO, formula dos preguntas: a) ¿Cómo se define materialmente y/o formalmente al sujeto activo de la corrupción en la legislación italiana? Y b) ¿si hay en la legislación italiana una previsión

específica en cuanto al castigo del *extraneus* de estos delitos o, si no lo hay, cómo resuelve la jurisprudencia estos casos en los que se cometen delitos que son, principalmente, especiales?

El Prof. CASTALDO responde que en Italia sí hay una definición de sujeto activo que es el “agente público”. No obstante, explica que dicha definición no es solo formal, sino también material. Es decir, si el sujeto no tiene formalmente la carga, pero realiza la conducta, en la práctica es considerado un oficial público o un encargado del servicio público. Ahora bien, en relación con la responsabilidad del partícipe indica que es difícil de contestar tanto en castellano, como en italiano. El tercero que no tiene esta carga (cualificación) puede ser castigado como partícipe o coautor, pero el art. 117 del CP italiano indica que el sujeto tiene que conocer o prever la posibilidad del hecho delictivo; porque si no lo hace, la jurisprudencia dice que sería un caso de posible responsabilidad objetiva. Entonces, el tercero sí puede responder pero hay una manera concreta de regularlo, respecto de su dolo, de su elemento subjetivo particular, tiene que conocer la carga pública, tiene que conocer el hecho ilícito y la pena puede ser atenuada.

En cuarto lugar el moderador le concede la palabra al Prof. GÓMEZ MARTÍN, quien, tras felicitar al ponente, indica que la ponencia del Prof. CASTALDO le ha suscitado dudas por ejemplo en relación con el propio concepto de corrupción. Considera que puede partirse de un concepto amplio o estricto. En un sentido muy amplio corrupción puede entenderse como romper entre varios las reglas del juego en beneficio propio y en perjuicio del interés general. También podría plantear problemas en los casos de la corrupción sistémica, cuando el Estado es un estado corrupto y frente a ese estado corrupto cabrían pactos colusorios en beneficio propio; entonces en este caso, pregunta, ¿se podría decir que se actúa en legítima defensa frente a la corrupción del Estado? El Prof. GÓMEZ advierte que es una pregunta un poco provocadora por lo que no se debe entender en sentido estricto y precisa, ¿sería corrupción aquella en legítima defensa de una corrupción sistémica del Estado?, ¿o podría entenderse como una especie de disminución del riesgo, en términos de imputación objetiva? Además, el Prof. GÓMEZ señala que tiene una intuición y es que todo esto es una cuestión económica, porque el coste añadido que representa la corrupción en términos de transacciones económicas para muchos países representa el 25% o 30% de su PIB. Por lo que se trata de un cáncer evidente para la economía de un país. Dice que en un país corrupto no se invierte y las empresas tienen incentivos también para la corrupción,

porque una empresa que invierte en los programas de prevención de la corrupción tiene unos costes que hacen que su actividad se ralentice o hacen que tenga que terminar desapareciendo. Por lo tanto, concluye que en la lucha de la corrupción no solo hay una parte regulatoria, sino también una cuestión económica. Para finalizar, comenta que en cuanto a la percepción de la corrupción él entiende que se está avanzando porque para la opinión pública la corrupción está dejando de ser algo oblicuo, en el sentido neutralizador criminológico. Indica que en España hay estudios que muestran que un 60% o 65% de los ciudadanos españoles residen en sitios con grandes problemas de corrupción, entonces uno de los riesgos sería ceder a algo sistémico y pensar que es normal vivir en un Municipio corrupto. No obstante, el Prof. GÓMEZ entiende que socialmente se está dejando de ver la corrupción como algo normal.

Sin más esperas, el moderador le da la palabra al Prof. GARCÍA SOBRADO, quien expresa que no está de acuerdo con la Profa. OLAIZOLA puesto que entiende que no es cierto que la corrupción este focalizada. Considera que la corrupción no es siempre “un pido y acepto”; dice que quizás se habla de focalización porque es lo que se ha dejado ver, pero que todos sabemos que hay un principio de derecho administrativo no escrito que dice “para mis amigos el acuerdo pertinente y para el resto la disposición vinculante”. Es decir, hay casos de actuación de la Administración en la que no hace falta pedir, porque la resolución va a ser favorable al amigo o al cliente. Precisamente, en opinión del Prof. SOBRADO, eso es lo que mantiene la corrupción: que la gente intente hacerse amigo, hacerse cliente, para que le alcancen los beneficios. Considera que, “de a pocos” todos somos corruptos, dice que todos aceptamos que nos dejen pasar de primeros en la fila porque el que está en la ventanilla es mi amigo, que me den la licencia más rápido porque le voto y es verdad. El Prof. SOBRADO manifiesta que cree que funciona así, no con el simple ejemplo de la proposición; que se trata de algo más sutil, funciona porque eres amigo y el tratamiento es diferente y por eso se mantiene. Por lo tanto concluye que mientras esto no cambie, la corrupción tampoco lo hará, por mucho que intentemos utilizar medidas quirúrgicas, bonificaciones de tipo legislativo, controles o el Derecho penal; quien fue objeto de ese beneficio no lo va a decir, no va denunciar; y como todo esto es una maraña de funcionamiento de la sociedad, “es lo que tenemos y somos lo que tenemos”.

Inmediatamente después interviene el Prof. DE VICENTE REMESAL, quien señala que la Profa. OLAIZOLA decía que, desde el punto de vista de la consulta que se les puede hacer a las personas, se puede llegar a un concepto de corrupción. No

obstante, indica que en su opinión el concepto de corrupción no ayuda a resolver, sino que, por el contrario, es un concepto que entorpece la discusión, puesto que engloba una serie de conductas que no se sabe lo que son. Se pregunta: ¿qué es lo que nos interesa?, ¿la corrupción o lo que se entienda por corrupción? Lo cual depende de lo que se quiera entender, de lo que cada país entienda por funcionamiento normal y definir si eso cabe o no en la “corrupción”. Para ello ejemplifica con dos casos que entiende comunes: el saltarse una fila en el médico porque se trata de un amigo o ante la pregunta de si desea pagar en una factura el IVA o no, optar por ahorrarse el dinero. Por lo tanto concluye que no nos interesa intentar definir la corrupción, eso no tiene sentido; por el contrario importa la tipificación concreta de los tipos penales: la prevaricación, la malversación, el cohecho, etc. y no un macro concepto: “la corrupción”.

Por las alusiones hechas a la Profa. OLAIZOLA, el moderador le concede de nuevo la palabra, quien expresa muy brevemente que si bien puede estar entre comillas de acuerdo con lo que dice José Manuel (GARCÍA SOBRADO) y Javier (DE VICENTE REMESAL) en el sentido de que hay ciertas conductas “habituales” que podrían definirse como “corruptas”, entiende que éstas cada vez son menos y cada vez nos parece menos normal. Dice que ella hace mucho no escucha que se pregunte si se quiere la factura con IVA o sin IVA, por lo que entiende que depende de uno dónde se esté moviendo, quizás de las zonas. En todo caso explica que lo que diferencia un país más corrupto de uno menos corrupto, es la no tolerancia social ante dichas cuestiones, por lo que, en este sentido, la Profa. OLAIZOLA considera que sí es muy importante el tema de la percepción. Es decir, ejemplifica, una vez todos nosotros percibamos que una factura sin IVA es una cuestión corrupta, en el sentido sociológico, en el sentido amplio, dejaremos de tener conductas tramposas o de fraude. Por todo lo dicho, la Profa. OLAIZOLA insiste en que sí es muy importante definir qué es corrupción, no tanto para que a nivel jurídico-penal nos sirva, porque para ello ya tenemos los delitos tipificados, sino para evitar ciertos comportamientos que están en el entramado social y deberían desaparecer. La Profa. OLAIZOLA concluye que, francamente, ella cree que sí hay menos conductas corruptas, porque, por ejemplo, en la actualidad hay maneras de evitarlas, y pone el ejemplo de los sistemas informáticos que impiden que el hijo de un rector de una Universidad pública que no tenga la nota para entrar a medicina, pueda estudiar en dicha Universidad esa carrera. Eso ahora no puede pasar, porque el sistema lo impide y, si pasa, como en el caso de la Universidad Rey Juan Carlos, pues todos nos escandalizamos. Por lo que cree que sí que es importante definir qué es corrupción y

ampliar el concepto de corrupción más allá de los tipos penales y trabajar para que la sociedad evite conductas corruptas.

Para finalizar este debate tan interesante, el moderador, el Prof. SÁNZ, concede dos últimas palabras: al Prof. CASTALDO y a la Profa. CORCOY BIDASOLO.

El Prof. CASTALDO explica que entiende que se debe distinguir la corrupción como fenómeno estrictamente delictivo de un concepto más amplio, sociológico, criminológico, de corrupción; que también debe existir y que es importante. Afirma que está convencido de que la opinión pública, el ciudadano común, percibe como negativo el fenómeno, y que es por tanto un concepto más amplio; el ciudadano común no tiene que distinguir entre tipos penales. El ciudadano tiene que tener una conciencia de la legalidad, y en este sentido está de acuerdo. Por lo tanto cree que el Estado debe invertir en la educación en la legalidad, que se hace a través de un sentido común de legalidad. Pero cuidado, advierte, esto no significa que cualquier ejemplo o conducta que “por provocar” se ha considerado hoy tiene que ser castigada penalmente, porque existen otras líneas de intervención paradójicamente más eficaces: se puede simplemente transferir de puesto al empleado público o si es una empresa privada, aplicarle sanciones administrativas. Y esas medidas administrativas son más eficaces porque la corrupción tiene una lógica económica, por eso se puede intervenir con castigo económico. Por todo lo dicho el Prof. CASTALDO opina que el Estado tiene que hacer un esfuerzo de simplificación administrativa, porque el problema de “yo no hago la cola porque soy amigo del empleado público”, no es la amistad, sino la cola. Y los demás ejemplos que se ponían de poder ver un certificado público dos veces, o de saltarse la cita médica, por amistad, significan, en los mejores casos, amistad, en los peores, corrupción. Para finalizar concluye que por esto no le gusta que Italia vaya en la línea de implementar más reglas en el plano de la corrupción, porque todo esto significa más normas más regulaciones y por tanto más incertidumbre normativa, y entonces, espera, solo peligro y no corrupción.

Finalmente, la Profa. CORCOY interviene, puntualiza, para apoyar a Inés (OLAIZOLA NOGALES). Dice que el foco de la corrupción está en donde la Profa. OLAIZOLA ha dicho, y luego hay otros aspectos que pueden estar cercanos a la corrupción como ahora ha repetido el Prof. Andrea CASTALDO. Pero entiende que hay que unirlo con la idea de desafección, porque si el ciudadano pide la factura sin IVA es porque no se cree lo que va a pasar con el IVA. Es decir, que si no hay esa corrupción en el foco básico de corrupción, es decir, en el funcionario, muchas veces no se trata de

los funcionarios, sino que son los asesores, los políticos directamente. Cuando el ciudadano cree que se va a utilizar correctamente su dinero, esa corrupción desaparece. Y como también muy bien ha dicho Andrea CASTALDO, añade, si funciona la Administración no son necesarias esas amistades, ese segundo nivel de corrupción. Para terminar, la Profa. CORCOY señala que está de acuerdo con lo apuntado con el Prof. Víctor GÓMEZ de manera un tanto provocadora, todo el mundo sabe que en determinados países si no se paga, no se entra y la gente. Dice que todos sabemos, por ejemplo, que si no se paga al Rey de Marruecos no se puede montar una industria en Marruecos, por lo tanto todo el que ha montado una empresa en Marruecos, ha pagado, punto.