

Corrupción y delito. Aspectos de Derecho Penal Español y desde la perspectiva comparada.

Abraham Castro Moreno, Pilar Otero González (Dir.) y Ana M^a Garrocho Salcedo (Coord.)
(2017) Dykinson
Madrid, 274 pp.

Alejandro Coteño Muñoz
Universidad Carlos III de Madrid
alejandrocoteno@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4179>

La monografía que aquí se comenta, se articula como continuación de la publicada por los mismos directores en 2016, bajo el abrigo de la editorial Dykinson, con el nombre *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción pública y privada*. En ella, se analiza el fenómeno de la corrupción de manera global, tanto en la vertiente preventiva como en la punitiva. Es por ello que, toda vez que las líneas generales ya han sido postuladas, la presente obra se centra en diferentes aspectos concretos de este fenómeno a los cuales posteriormente se hará referencia.

Si bien los ocho artículos que forman la monografía estudian temas muy diferentes entre sí, de todos ellos se extrae la conclusión de que, aunque es necesario implementar ciertas modificaciones al Código Penal, como afirma Otero González (p. 249), “sobran reformas y falta efectividad de las que están en vigor”. En este sentido, todos los autores abogan por la promoción de la prevención y por la implementación de una cultura de cumplimiento normativo que complemente y aumente la efectividad de las normas penales en este ámbito.

Al tratar temas muy específicos, la obra no presenta un hilo común conductor. No obstante y sin seguir el orden de la monografía, las materias que se analizan se pueden dividir en tres unidades: una primera sección relativa a la corrupción urbanística, donde se pueden ubicar los capítulos 3 y 4; una segunda sección referente al análisis de fenómenos concretos, tales como el indulto o el blanqueo de capitales, donde se incluyen los capítulos 1, 2, 5 y 6; y finalmente una última, integrada por los capítulos 7 y 8, donde se analizan los ordenamientos penales noruego e italiano en relación con la corrupción.

En primer lugar, dentro del bloque relativo a la corrupción urbanística, en el Capítulo 3, se encuentra el artículo denominado *El Derecho penal como medio de prevención y sanción de la corrupción urbanística*, obra de Carmona Barber. En este se realiza un análisis de las decisiones que pueden dar lugar a un acto de corrupción urbanística y se examinan, tanto el provecho que los Ayuntamientos pueden sacar de la corrupción como la falta de control y la dificultad técnica del Derecho urbanístico, como posibles causas de este exacerbado fenómeno.

Teniendo en cuenta todo ello, se analizan las armas de las que goza el Código Penal para combatir esta corrupción urbanística y se determina que estas son suficientes, si bien, deben destinarse más recursos a la prevención. Asimismo, se recomienda efectuar un control más exhaustivo de la labor de los entes locales creando para ello la figura del inspector urbanístico y mejorando el sistema de financiación de las entidades locales.

En desarrollo del delito de prevaricación urbanística del art. 320 CP, al cual se hace referencia en el capítulo que se acaba de referenciar, se encuentra el capítulo 4, autoría de Garrocho Salcedo y denominado *El buen gobierno del territorio: una aproximación al delito de prevaricación urbanística*. Destaca de este la profundización en las distintas fases del proceso urbanístico. Así, se analiza tanto la tipicidad en la fase consultiva, donde los expertos informan sobre si debe o no aprobarse un determinado proyecto urbanístico; como la tipicidad en la fase decisoria, donde se resuelve la aprobación o denegación de los respectivos proyectos e instrumentos urbanísticos. Asimismo, se incluye un estudio de la modalidad de comisión omisiva de este delito, la cual aparece al silenciar las diferentes infracciones constatadas y al omitir la realización de las inspecciones que obliga la Ley.

De todo ello se concluye, como ya se ha indicado, que el problema de la corrupción urbanística y, en este caso, concretamente de la prevaricación urbanística, no es la ausencia de instrumentos penales para luchar contra ella. En este concreto ámbito, las dificultades en su lucha tienen su origen en tres factores: primero, la pluralidad de actores en las diferentes fases del proceso, lo cual puede provocar problemas de individualización de la responsabilidad penal; segundo, la necesidad de acreditar el dolo de los diferentes actores, ante lo que debe especificarse con mayor profundidad los conocimientos que deben exigírseles; y tercero, la contratación temporal y precaria que impide la adecuada labor de quienes deben impedir que se cometan estas irregularidades.

En segundo lugar, se encuentran una serie de capítulos destinados al estudio de fenómenos concretos dentro de la amplísima materia que es la corrupción. El primero de ellos, siguiendo el orden de la monografía, es el denominado *Corrupción política del injusto e indultos por delitos de corrupción pública*, obra de Doval País. El autor nos propone un juego de palabras en el cual se resume su análisis. Por un lado, estudia el uso que se ha realizado de la figura del indulto por los diferentes gobiernos, tanto de manera cualitativa como cuantitativa. De ello se concluye que, tanto la amplia utilización del mismo hasta hace unos años, como la proliferación de indultos que resultaron ser muy mediáticos, entre otros, los concedidos a los Mossos d'Esquadra condenados por torturas o al capitán y al comandante del Yak 42, han corrompido la razón de ser de esta institución.

Por otro lado, analiza los indultos aplicados a los casos de corrupción pública a fin de determinar si se han utilizado para crear lagunas de impunidad en la práctica política. En este sentido, tras comparar la proporción de indultos aplicados para diferentes clases de delitos, concluye que, en efecto, el ámbito de la corrupción ha

sido en el que más indultos se han concedido, lo cual no viene sino a afirmar la conclusión previamente alcanzada de que se ha corrompido la figura de este.

Así, finalmente, el autor determina que es necesaria una reforma de esta institución que afirme, por un lado, la obligación de motivar las razones de justicia, equidad e utilidad pública de la concesión del indulto para el caso concreto y, por otro lado, que disponga la necesidad de que el tribunal sentenciador revise y constate la existencia de estas circunstancias y que exija al Gobierno dar cuenta de los indultos concedidos.

El segundo de los capítulos de la monografía y, asimismo, de la sección que ahora se analiza, es el escrito por Bacigalupo Saggese, denominado *Tendencias de política criminal en la prevención de la corrupción y delitos económicos*. Aunque este texto analiza la inercia político-criminal en materia de delitos transfronterizos, sus conclusiones se pueden extender al conjunto de corrupción e incluso a los delitos económicos en el marco empresarial.

Debe destacarse la apelación que la autora realiza a la prevención como herramienta más adecuada y eficaz para la luchar contra la corrupción transfronteriza, habida cuenta del carácter excepcional y de última ratio del Derecho penal. Así, se concluye que es ineludible la promoción de una cultura de cumplimiento normativo basada en la gestión responsable y en la orientación más allá de la mera cuenta de resultados (p. 72). De esta manera, debe impulsarse y exigirse una mayor transparencia y rendición de cuentas por parte de los actores económicos transfronterizos. En aplicación de todo lo defendido, la autora propone un mayor desarrollo y promoción de los *whistleblowers* y las *hotlines* dentro del ámbito del *compliance*, la promulgación de una Ley de protección al denunciante de casos de corrupción y la regulación legal de la actividad de *lobby*.

El tercero de los capítulos de esta sección, y quinto de la monografía, es el denominado *Nuevas tendencias sobre el delito de blanqueo: ¿antebanqueo?, delito fiscal, blanqueo de capitales y regularización tributaria*, autoría de Castro Moreno. El análisis que en este se realiza dista de la mayoría de los estudios que se pueden encontrar en el resto de capítulos de la obra. El autor denuncia los excesos del legislador en materia de blanqueo de capitales al resultar punibles conductas como el antebanqueo y el blanqueo descubierto a partir de la regularización tributaria procedente de la famosa amnistía fiscal de 2012.

De una parte, se denuncia la sanción de conductas previas a la comisión del delito base del blanqueo de capitales, como puede ser la creación de empresas pantalla para la comisión del mismo, sin que el Código Penal establezca la tipicidad de los actos preparatorios del delito de blanqueo. Por tanto, se concluye que la punición del antebanqueo no es más que la proyección del ansia punitiva del legislador en este ámbito.

De otra parte, el autor, de acuerdo con la dicción que del art. 301 CP ha provocado la LO 7/2012 de 27 de diciembre de reforma del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, afirma que se otorga “a la regularización tributaria naturaleza jurídica de causa de atipicidad (sobrevvenida)” (p. 150), siendo así que el legislador considera a la regularización tributaria como un “acto de pleno retorno a la legalidad” (ibídem). Así, se alcanza la misma conclusión que para el caso del antebanqueo pues, al haber realizado la correspondiente regularización tributaria, no existe delito de blanqueo de capitales.

El último de los capítulos de la sección que se está analizando es el escrito por Corral Escariz, denominado *Las oficinas de recuperación de activos como instrumentos de lucha contra el crimen organizado y la corrupción*. En este texto, el autor, en primer lugar, realiza un recorrido por los diferentes instrumentos y estrategias de lucha contra la corrupción promovidas hasta la fecha tanto por la Unión Europea como por España. Posteriormente, se apela a la armonización legislativa, el reconocimiento mutuo y la cooperación internacional como los tres pilares para una efectiva lucha contra el crimen organizado y la corrupción.

En este sentido, finalmente, se concluye que, aunque España ha implementado todas las reformas que a nivel supranacional se le han exigido, debe desarrollarse “la arquitectura institucional necesaria para la ejecución de todo el acervo legislativo” (pp. 195-196). Como ejemplos de mejoras a realizar, se recomiendan dos reformas. Por un lado, la revisión de la distribución de competencias entre los diversos organismos al efecto al hallarse muchas de ellas solapadas y duplicadas. Por otro lado, ubicar la ORGA (Oficina de Recuperación y Gestión de Activos) dentro del ámbito del Ministerio Fiscal, aspecto en todo caso polémico por el carácter de defensa del interés general y no específicamente investigador del mismo.

En tercer lugar, en la tercera sección relativa al análisis de los ordenamientos penales noruego e italiano en materia de corrupción, se encuentran los capítulos séptimo y octavo. Estos dos textos presentan las dos caras de la moneda en el ámbito de la lucha contra la corrupción. Por un lado, el primero de ellos analiza el sistema noruego y lo presenta como un modelo a seguir, mientras que, por otro lado, el segundo analiza el caso de Italia identificando numerosos errores que impiden que exista un combate eficaz contra la corrupción en dicho país.

Como se acaba de mencionar, el capítulo séptimo estudia el sistema penal noruego en materia de corrupción y se denomina *La respuesta del Derecho Penal Noruego a la corrupción: un modelo a seguir*, obra de Otero González. La autora presenta el entorno noruego como muy propenso a la corrupción debido a la elevada importancia de la industria petrolera y a la necesidad de intercambios comerciales con muchos países, los cuales se caracterizan por mostrar cierta corrupción endémica, todo ello siendo agravado, como es lógico, debido a la globalización.

Sin embargo, lejos de representar un problema, estas circunstancias han avivado la preocupación del legislador noruego por la corrupción provocando la implementación de diversas reformas orientadas a la regulación extensa y profunda de la corrupción empresarial. De la misma manera, se está realizando un amplio esfuerzo para no dejar impunes casos de cohecho internacional que son perfectamente impunes en los países con los que este país comercia.

Tan elevado es el nivel de esta lucha que incluso han surgido diversas críticas en la doctrina denunciando el papel del Fiscal del Distrito, el cual debido a sus competencias para investigar y acusar, ha contribuido a que, en la práctica, se haya invertido la carga de la prueba en estos procesos. En este sentido, también han surgido críticas en relación con la elevada discrecionalidad de la que gozan los jueces en el cálculo de la pena debido a la extremada indeterminación de la misma.

No obstante, aunque, como se acaba de mencionar, han surgido algunas críticas a la regulación noruega en la lucha contra la corrupción, la autora defiende que esta es un ejemplo para la legislación española. Para demostrar la certeza de esta afirmación compara el sistema noruego con el español determinando que, además de numerosas reformas, como pueden ser el fraccionamiento de macrocausas, la dotación de autonomía e independencia *ad intra* y *ad extra* al

Ministerio Fiscal o el aumento del control financiero y contable de la inversión pública; lo más importante y lo que nos diferencia de Noruega, no deja de ser la ausencia de “una estrategia global” (p. 248).

En total contraposición con lo expresado en el capítulo anterior se encuentra el último texto de la monografía, obra de Viganò y que tiene por nombre *Los delitos de cohecho en el ordenamiento italiano de lege lata y ferenda*. A lo largo de todo el artículo, el autor analiza el sistema penal y las sucesivas reformas de 2012 y 2015 determinando que estas no han conseguido dotar al ordenamiento italiano de la necesaria plenitud y coherencia.

En este aspecto, se identifica como el principal problema del sistema italiano la existencia del delito de “concusión”, el cual impide la diferenciación entre el cohecho y el tráfico de influencias, ante lo que se determina que se deben calificar “sin ambigüedades todos los pagos ilegales de los particulares a los funcionarios como delitos de cohecho” (p. 267). De esta forma, sólo restaría determinar con precisión los casos de exclusión de pena para quien ilegalmente abona una cantidad al servidor público. Al fin y al cabo, el autor aboga por suprimir la legislación creada a partir de casos de laboratorio y comenzar a legislar sobre casos estadísticamente más frecuentes.

En atención a todo ello, de esta obra se concluye que es el ámbito de la prevención en el que deben implementarse más mejoras. La mayoría de textos de la presente monografía coinciden en que la represión de los delitos de corrupción se halla garantizada, a excepción de algunas medidas a implementar, si bien, el verdadero problema en este ámbito se halla en la ausencia de una cultura de cumplimiento normativo y una estrategia global que permitan prevenir la comisión de estos delitos.

En el ámbito de la estricta prevención y tomando como ejemplo positivo el ordenamiento penal noruego y como ejemplo negativo el sistema penal italiano, se recomienda que se implementen sistemas de control a las administraciones locales que garanticen: primero, el uso racional de los recursos públicos; segundo, que los funcionarios públicos se hallan perfectamente formados para la labor que han de realizar; y tercero, la ineludible transparencia. De la misma manera, se aboga por la limitación y racionalización de la figura del indulto, la promulgación de una Ley de protección al denunciante de corrupción y la adecuada distribución de las competencias y funciones entre el conjunto de organismos públicos a fin de evitar la duplicación y el solapamiento de competencias.

Por otro lado, en relación con la necesaria prevención, también debe destacarse la postura de Castro Moreno, frontalmente contraria a la utilización del Derecho penal para una punición desmesurada. Sus reflexiones en torno al anteblanqueo y el blanqueo descubierto a través de la regularización tributaria demuestran que el foco debe posarse en la prevención, pues en el ámbito represivo, el Derecho penal español goza de todas las herramientas necesarias para castigar los delitos de corrupción.

En consecuencia, esta obra, a través del desarrollo de las reflexiones incluidas en la publicada en 2016 bajo el nombre de *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción pública y privada*, ofrece un análisis mucho más detallado de diferentes delitos y aspectos dentro de la corrupción. Y es que, únicamente a través de un estudio detallado y pormenorizado como el que propone esta monografía, es posible articular medidas concretas de combate contra la corrupción, más allá de las habituales vagas alusiones a la prevención y la transparencia.