



Revista de Fomento Social, 51 (1996), 469-484

Democracia contra corrupción

No es necesario ponderar la actualidad de este tema en España, ni la competencia de quien escribe estas páginas para tratarlo. Ahora bien, a pesar de las apariencias, la corrupción no es un fenómeno imposible de atajar. Pero para luchar eficazmente contra ella hay que comenzar analizando sus causas: porque en España nos hemos insertado en una economía moderna sin adaptar a ella desde el comienzo nuestra legislación y manteniendo una ética premoderna. Las consecuencias son fáciles de adivinar y se traducen en unos altos costes económicos, políticos, sociales y, sobre todo, morales. En el fondo, la corrupción constituye un atentado contra la esencia misma del Estado social y democrático de Derecho.

— Carlos JIMÉNEZ VILLAREJO (*) —

(*) Fiscal jefe de la Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción. Este texto reproduce la conferencia pronunciada en la inauguración de curso del Centro Universitario Francisco Suárez de Granada el día 17 de octubre de 1996.

I. Introducción: la Constitución como fundamento de la lucha contra la corrupción

Cualquiera que sea el concepto y la determinación de los rasgos esenciales de la corrupción, sobre todo en el sector público, pero también en el privado, hay ya una coincidencia global de que pone en cuestión, en peligro, el propio sistema democrático, entendido como el conjunto de instituciones que conforman el orden constitucional. Adelantemos, provisionalmente, un concepto de corrupción, deliberadamente formal, para afrontar el problema: es el que figura en el análisis de **Vito Tanzi** como «un incumplimiento deliberado de la obligación de ser imparcial en el ejercicio de sus funciones, con el objeto de obtener de esta conducta determinados beneficios para uno mismo o para personas cercanas» (1). Entre las muchas aproximaciones al concepto de corrupción hemos elegido éste por su similitud al elaborado por el Grupo Multidisciplinario sobre la corrupción creado en el Consejo de Europa; y, sobre todo, por las valoraciones contenidas en el proyecto de Programa de acción contra la corrupción (25-27.09.1995). La corrupción dice el Consejo de Europa es «sobre todo, un abuso de poder o una falta de probidad en la toma de decisiones». Asimismo afirma: «La corrupción comprende las comisiones ocultas y cualquier otra actuación que personas investidas de funciones públicas o privadas llevan a cabo con violación de lo deberes que les corresponden, a fin de obtener ventajas ilícitas de cualquier naturaleza ya para sí ya para terceros». Y termina afirmando que «la corrupción... debilita gravemente los valores fundamentales de una sociedad. Anula la buena fe indispensable para el funcionamiento correcto de las instituciones gubernamentales, políticas y comerciales» (2).

Y hay una amplia coincidencia en la incidencia gravemente negativa de la corrupción, y en particular de la delictiva, sobre el Estado democrático. Así, entre otros, lo hace constar en la doctrina española **Ernesto Garzón** cuando señala que «la corrupción se vuelve posible y prospera cuando los *decisores* abandonan el punto de vista interno y actúan *deslealmente* con respecto al

(1) «Corrupción, sector público y mercados», *Información Comercial Española*, n. 741 (mayo 1995) 15. Es un número monográfico sobre «Prácticas ilícitas en economía».

(2) CONSEJO DE EUROPA, *Project de Programme d'action contre la corruption*, Estrasburgo 1991.

sistema normativo», cifrando la gravedad de la corrupción en la ruptura de la *lealtad democrática* como «cuestión central de la democracia actual» (3). Al concepto de deslealtad también se refiere el trabajo de **A. Saban**, al que nos volveremos más adelante: «el componente anímico de la conducta corrupta es la *deslealtad*, entendida ésta como la actuación en contra de los intereses cuya defensa nos viene confiada...» (4). Este criterio es el que, referido expresamente a la corrupción en el ámbito público, asumió expresamente el Tribunal Supremo en la sentencia de 20.09.1990 cuando la definió como «una traición fundamental de los deberes de lealtad, probidad y fidelidad inherentes a la función pública».

Decimos cuanto antecede para destacar, por encima de cualquier otra consideración, que la lucha contra la corrupción es una exigencia fundamental del Estado social y democrático de derecho. Por una parte, todo el poder público, en sus variadas manifestaciones, está sometido al Derecho. Así lo establece taxativamente con carácter general el artículo 9 de la Constitución: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», sometimiento paralelo a «la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos», imperativo constitucional que tan claramente se perfiló en las Sentencias del Tribunal Constitucional de 20.07.81 y 03.08.83. Complementando dicho principio general, es exigido con carácter específico por la misma Constitución para el Gobierno en el artículo 97, para la Administración Pública en el artículo 103.1 y para los jueces en el artículo 117.1. Es, asimismo, un rasgo específico del Estado de Derecho, que fundamenta también el deber de cuantos integran la Administración de «servir con objetividad los intereses generales» y actuar con «imparcialidad en el ejercicio de sus funciones», norma fundamental para la prohibición y la sanción penal de las conductas corruptas.

Pero no termina aquí el fundamento constitucional de la lucha contra la corrupción. La definición del Estado como «social» obliga a entender que el reconocimiento de la «economía de mercado» y la «libertad de empresa» está complementado con previsiones en orden a garantizar no sólo las obligaciones propias de un Estado asistencial, sino la posibilidad «de transitar a formas superiores de solidaridad y convivencia» para realizar el valor constitucional de

(3) «Acerca del concepto de corrupción», *Claves de Razón Práctica* n. 56 (octubre 1995) 38.

(4) «El marco jurídico de la corrupción». *Cuaderno Civitas*, 15.

la «justicia» (5). Evidentemente, la caracterización del Estado como «social» obliga a plantearse como un objetivo fundamental la lucha contra la corrupción -pública o privada- ya que, como veremos, aquélla constituye un ataque a la concepción constitucional del orden socioeconómico y favorece el desarrollo de los elementos más negativos, por antisociales, de la economía de mercado.

En efecto, la Constitución establece un determinado modelo de «orden socio-económico», el que está comprendido bajo el concepto, con origen en la Constitución de Weimar, de *Constitución económica*, que no es otra cosa que «el marco y los principios jurídicos de la Ley fundamental que ordenan y regulan el funcionamiento de la actividad económica» (S. Martín Retortillo) y que ya asumió el Tribunal Constitucional, Sentencia 1/82, de 28 de enero, al decir: «En la Constitución española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX, y de forma semejante a lo que sucede en las más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la Constitución económica formal. Este marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad ésta reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo Preámbulo garantiza la existencia de «orden económico y social justo».

Este criterio que define la línea de un «orden socio-económico», característico del Estado social de Derecho, en el que, por tanto, el reconocimiento de «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» (art. 38 CE.) como eje del sistema económico está sujeto a un amplio conjunto de prescripciones constitucionales. Entre ésta cabe citar: la función social de la propiedad privada (art. 33,2) -que, como acertadamente sostiene Díez Picazo, no sólo «preserva a la propiedad en un sistema económico que continúa siendo capitalista» sino que «origina deberes para el propietario en función de intereses distintos y del interés público general» (véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/87, de 26 de marzo, sobre utilidad individual y función social de la propiedad privada)-; la subordinación de toda la riqueza del país al interés general (art. 128.1); la planificación de la actividad económica para atender a las necesidades colecti-

(5) V. A. GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, p. 91.

vas, equilibrarlas y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el conjunto de la renta y de la riqueza y su más justa distribución (art. 131.1), y, finalmente, por imperativo del artículo 9.2, el compromiso de los poderes públicos de promover la efectiva y real igualdad y libertades de los ciudadanos mediante la remoción de los obstáculos que se opongan a ello. Con ello la Constitución define un sistema social y económico, esencialmente dinámico, que se traduce en la función promocional del orden social que expresan los preceptos constitucionales según los cuales los Poderes Públicos deben promover, garantizar y asegurar los derechos que se integran en «los principios rectores de la política social y económica».

Desde este marco fundamental, podría sostenerse que el sistema, más que el modelo económico constitucional, está configurado por la libertad económica, cuyo núcleo es la empresa y el mercado (art. 38), completado por una activa ordenación de la actividad económica de los poderes públicos con el fin de «promover el progreso... de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida» (Preámbulo de la Constitución) que se concreta en los artículos 40, 45, 50, 54, 130, 131, etc., preceptos que no persiguen otra cosa sino equilibrar el desarrollo económico. Pero, en todo caso, debe reconocerse que la economía de mercado no sólo no excluye la intervención de los poderes públicos en la regulación de la misma, sino que -como ha explicitado la Sentencia del Tribunal Constitucional 88/86, de 1 de julio- el propio mantenimiento del mercado y la garantía de la competencia impone aquella intervención pública. Así lo reconoce formalmente la Ley 3/91, de 10 de enero, reguladora de la competencia desleal, al referirse en la Exposición de Motivos a los valores que han cuajado en nuestra «Constitución económica» para, a continuación, regular específicamente las conductas de competencia desleal.

Estamos, pues, ante un sistema de «orden socio-económico» que el legislador debe amparar y proteger frente a aquellas conductas que lo perturban gravemente.

Y, desde luego, desde este régimen de convivencia y sistema de valores, la actividad económica pública o privada necesita de límites de carácter punible, y los ciudadanos como sujeto colectivo de derechos y necesidades deben ser protegidos penalmente frente a conductas que, como las corruptas, lesionan o ponen en peligro gravemente sus intereses y los del propio sistema.

Desde la perspectiva expuesta, no en vano la Instrucción 1/96 de la Fiscalía

General del Estado afirmaba que la corrupción representa «un ataque pluriofensivo a los valores y bienes jurídicos esenciales del Estado democrático de Derecho». Y esto lleva a una grave consecuencia, claramente analizada en la relevante obra de **Luis María Díez Picazo** sobre la materia: cuando la criminalidad en forma de corrupción es protagonizada por los gobernantes, entendidos como cargos públicos de naturaleza ejecutiva, se «difumina la ecuación entre Estado y legalidad y, por consiguiente, tiende a deslegitimar el Estado ante los ciudadanos» (6). No es de extrañar que el Consejo de Europa haya calificado la corrupción como «una amenaza grave, hasta potencialmente fatal, para el buen funcionamiento de la economía y de las instituciones democráticas».

II. En torno al concepto de corrupción política

La irrupción pública en la sociedad española de casos evidentes de corrupción -Mariano Rubio, Fondos Reservados, Luis Roldán, Filesa, Renfe (San Sebastián de los Reyes), entre otros- ha obligado a una reflexión sobre las dimensiones de un fenómeno de la gravedad ya expuesta. son escasas las aproximaciones desde la doctrina española, que, en parte, sigue recurriendo a los conceptos de la doctrina norteamericana y, sobre todo, de la italiana.

Cabe destacar la definición contenida en el trabajo ya citado de **Ernesto Garzón**: «La corrupción consiste en la violación limitada de una obligación por parte de uno o más decisores con el objeto de obtener un beneficio personal extraposicional del agente que lo soborna o a quien extorsiona a cambio del otorgamiento de beneficios para el sobornante o el extorsionado que superan lo costos del soborno o del pago o servicio extorsionado» (7). O la de **Luis A. Alonso González**: «existe corrupción cuando un agente al que se le ha otorgado capacidad de decisión utiliza ésta en perjuicio de su principal beneficiando a un tercero -el corruptor- con el que su actividad le lleva a relacionarse, motivado porque el tercero beneficiado le ofrece algún tipo de recompensa personal» (8).

(6) *La criminalidad de los gobernantes*, Barcelona, Crítica, 14.

(7) *L.c.*, 31.

(8) «Ideas para un teoría de la corrupción», *Información Comercial Española*, n. 741 (mayo 1995) 72.

Ya en el ámbito estricto de la corrupción política, es interesante dentro de la doctrina norteamericana la aportación de **M. Johnston**: «La corrupción es todo uso indebido (abuso) de una posición oficial pública (de cargos y recursos públicos) para fines y ventajas privados», de donde concluye que hay corrupción si un titular de derecho y deberes públicos los aprovecha para ganar una posición de status, para una ventaja personal o financiera para sí, para su familia, para terceros o para el partido (9).

Pero es la doctrina italiana la que, paralelamente al desarrollo de la operación «*Mani pulite*», ha profundizado en el análisis llegando a conclusiones que, sin duda, pueden ser asumidas (10).

Merece especialmente nuestra atención las posiciones de **G. Pasquino** y de **F. Cazzola**. El primero de ellos la define como «el fenómeno por medio del cual un funcionario público es inducido a actuar de manera distinta a los estándares

(9) Citado en la relevante obra de M. CACIAGLI, *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 54. En relación al trabajo *The political consequences of corruption: a reassessment in Corporative Politics*, 1986, 459-477. Dado el objeto del presente trabajo no se hace una amplia referencia a las teorías norteamericanas, analizadas por los especialistas en la materia que, como la de R.K. Merton y Huntington, estudian la corrupción desde una visión «integracionista» reconociéndole efectos positivos en cuanto, según tal criterio, es un medio, según el Profesor Caciagli «para la integración de las minorías y para el equilibrio de los sistemas presionados por ciudadanos que permanecen todavía al margen. En los sistemas subdesarrollados, la corrupción favorece la asimilación de las demandas y la distribución de los favores con las mismas funciones que *la máquina política* de las ciudades amenazadas», llegando a ser considerada como una alternativa a la violencia. Respondiendo a este planteamiento, el jurista Franco Cazzola, uno de los mejores especialistas en el tratamiento de la corrupción en Italia decía: «Puede ser cierta aquella aseveración si se entiende como corrupción la de un 'ladrón de gallinas', pero, aunque la metiéramos en un nicho, en cuanto fuese tolerada, comporta -en cuanto es un hecho ilegal y oculto- el surgimiento de otros medios ilegales de actuación y su necesaria vinculación con la criminalidad organizada». Cf. «I costi della corruzione», en la obra: *L'economia della corruzione*, Laterza, Bari 1994.

(10) Basta una breve referencia a los datos contenidos en la obra citada del Profesor Caciagli para advertir la relevancia y transcendencia de aquella operación: «En un solo año, entre abril de 1992 y febrero de 1993, 6.059 personas recibieron una notificación, entre ellas 438 diputados y senadores (de un total de 950), 873 empresarios, 1.373 funcionarios de partidos y 978 funcionarios de comunas, provincias y regiones; las órdenes de encarcelación fueron 2.993. En 1994, a la víspera de la disolución de las Cámaras elegidas en 1992, cerca de los dos tercios de los diputados y senadores habían recibido una notificación. Hasta el final de 1994, los procedimientos judiciales fueron casi 600; las condenas, cerca de 300».

normales del sistema para favorecer intereses particulares a cambio de una remuneración» (11). Se centra más en la dimensión que aquí más interesa, el criterio de la legalidad, la posición sostenida por **F. Cazzola** para quien la corrupción puede definirse por cuatro elementos constitutivos: «la violación de normas o reglas sancionadas normativamente», es decir, parte de una conducta ilegal; «el intercambio que se realiza de manera clandestina entre el marco político y el mercado económico», que otros califican como acto necesariamente secreto; tercero, «la finalidad de apropiación... de recursos de uso o de intercambio (dinero, prestaciones, influencias) provenientes del Estado para una utilización no prevista por la Ley»; y, en fin, «la consecuencia, querida o aceptada, de modificar de hecho las relaciones de poder en los procesos decisionales». Estos criterios expresan, a juicio del Profesor Caciagli «la preocupación del autor de colocar el fenómeno de la corrupción dentro del funcionamiento del sistema político y las relaciones de éste con el mercado económico» (12). Los elementos descritos corresponden a una *relación de complicidad* entre las autoridades y funcionarios públicos y los intereses privados, que es favorecida por el hecho de que quienes gobiernan disponen de los recursos propios del Estado, con una gran capacidad de información e influencia, y los corruptores (instituciones o agentes del sistema económico) aprovechan las graves lagunas del ordenamiento civil y mercantil para abusar de las sociedades mercantiles y de las formas contractuales dificultando el conocimiento y la investigación de las conductas corruptas. Es paradigmático el abuso de los negocios, simulados y en fraude de ley, que son la herramienta habitual de las conductas fraudulentas. Si a ello se une el secreto y el silencio con que se producen, estamos ciertamente ante una criminalidad que obliga a una respuesta tan rigurosa como contundente.

Y, precisamente por los rasgos que se han descrito, la corrupción necesita y genera formas de criminalidad organizada, sobre todo para la ocultación y el blanqueo del dinero de origen delictivo, que sólo pueden llevarse a cabo con la implicación de instituciones o personas relevantes del sistema político y económico, nacional e internacional. Afortunadamente, ya se aprobó la Ley 19/93, de 28 de diciembre, sobre prevención del blanqueo de capitales, y la correspondiente

(11) *Diccionario de Política*, Voz «Corrupción», Siglo XXI, México 1981.

(12) F. CAZZOLA, «La corruzione politica in Italia», *Rivista italiana di scienza politica*, XVIII/2 (agosto 1988).

reglamentación, instrumento sin duda útil para la localización de fondos de origen criminal. Pero también es un hecho cierto que la comunidad internacional acepta pacíficamente la existencia de los «paraísos fiscales» -48, según el Real Decreto 1080/91, de 5 de julio-, que amparan y protegen conductas delictivas a través de la confidencialidad, el secreto y el anonimato de los titulares de cuentas bancarias y de sus movimientos y de toda la actividad mercantil de las sociedades allí domiciliadas, además de la fuerte protección al secreto bancario y de serios límites a la información de los registros públicos (13).

Es evidente que la corrupción de cierto alcance no podría producirse de no haber estos espacios de impunidad que exigen una proyección de la corrupción en las relaciones económicas internacionales. Así, en efecto, se ha puesto de relieve en diversos procedimientos penales. Tales comportamientos son, por otra parte, posibles por los vacíos e insuficiencias de las legislaciones civil y mercantil nacionales, incluida la española, que toleran, entre otras cosas, las «sociedades fachada», sin objeto social real ni actividad alguna, creadas con el solo fin de dificultar el seguimiento y la investigación de las conductas punibles (14).

El problema ha sido objeto de atención por los organismos de Naciones Unidas y el Consejo de Europa, que ha destacado, no sólo el papel de la corrupción como determinante de formas de criminalidad organizada, sino el

(13) La gravedad de esta situación como obstáculo a la persecución de estos delitos ha llevado a varios jueces y fiscales europeos responsables de la lucha contra la delincuencia económica y la corrupción a hacer un llamamiento a los Gobiernos de la Unión Europea en los siguientes términos:

«A este fin, solicitamos a los parlamentarios y Gobiernos de las naciones:

- *Que ratifiquen la Convención de Estrasburgo de 8 de noviembre de 1990 relativa al blanqueo, a la ocultación, a la incautación y confiscación de los beneficios del crimen;*
- *Que revisen la Convención europea de asistencia judicial en materia penal, firmada en Estrasburgo el 20 de abril de 1959;*
- *Que tomen las medidas encaminadas a la aplicación de las disposiciones del Título VI del Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 y del artículo 209 A de dicho Tratado.*
- *Que se apruebe una convención que prevea la posibilidad de perseguir penalmente a los nacionales culpables de actos de corrupción, según el criterio de autoridades extranjeras. Con esta llamada, deseamos contribuir a construir, en el interés mismo de nuestra comunidad, una Europa más justa y más segura, donde el fraude y el crimen no se beneficien más de su impunidad y donde la corrupción sea realmente erradicada».*

(14) V. GONZÁLEZ MOTA, *Corrupción económica*. Ponencia presentada en el Congreso del UPF (Sevilla, octubre 1996).

empleo por ésta de la corrupción en la Administración y en los cauces legales de la economía (15).

III. Las causas de la corrupción

El crecimiento de conductas corruptas -en particular, en España durante los últimos años- tiene causas que pueden precisarse.

Señalaba **Clemente Auger**: «El Estado moderno asume en todas partes un importante papel en el gobierno de la economía, en el control indirecto (financiaciones, subvenciones) de bancos e industrias, y en el control directo si se trata de empresas públicas... Este gobierno de la economía -decía- elude, sustancial si no formalmente, el control democrático y el control jurisdiccional» (16). Y, ciertamente, es así; pero, además, concurren en los países de nuestra área otras causas de orden político, jurídico y económico. Así, el Profesor **Caciagli**, en la obra ya citada, se refería en el caso italiano, además de a la *intervención del Estado en la economía*, particularmente en las obras públicas, a los *procedimientos burocráticos administrativos*. En efecto, el predominio, sobre otros criterios, del de la eficacia, recurriendo a adjudicaciones directas, llevó a **Stefano Rodotà** a afirmar que «en nombre de una rápida decisión... han sido atacados sistemáticamente los controles formales e informales» (17).

También se refería a la *financiación de los partidos políticos*, afirmando que ha favorecido la corrupción produciendo una perversión en el funcionamiento de los mismos, valoración perfectamente aplicable a España, como se desprende del escrito de acusación del caso Filesa. Ciertamente, la relación entre los partidos políticos y el dinero al margen del funcionamiento público y regular institucional desconoce los procedimientos administrativos de decisión, la transparencia de la administración y la igualdad de oportunidades de los ciudadanos. En efecto, «la financiación de los partidos políticos efectuada de forma secreta,

(15) Informe presentado por Paolo Bernasconi al Consejo Multidisciplinario sobre la corrupción del Consejo de Europa: *Nouvelles normes pénales contre la corruption de fonctionnaires publics*. Referencia G.M.C. (95) 14. Estrasburgo.

(16) «La justicia ante el fenómeno de la corrupción», *Claves de Razón Práctica* n. 56 (octubre 1995) 40.

(17) «Su algune ragioni istituzionali della corruzione», en la obra ya citada: *L'economía della corruzione*, Laterza, Bari 1994, 26 y 27.

a veces, incluso, con violación del ordenamiento jurídico, puede ser considerada como una causa de efectos corruptores sobre el conjunto de la vida política, así como una fuente de otras conductas delictivas, como por ejemplo, la necesidad de ocultar el origen de las sumas ilícitamente recibidas por medio de técnicas sofisticadas -como el blanqueo-, que en ciertos casos puede ser asimilables, al menos, a las técnicas delictivas empleadas por las organizaciones criminales» según consta en el Informe presentado por el Ministro Italiano de Justicia en la 19 Conferencia de Ministros de Justicia europeos, Malta 14-15 de junio de 1994.

Por último, se refería a la *falta de alternancia en el gobierno* que lleva a los que ocupan el poder, en cuanto resultan inamovibles, «a aprovecharse del privilegio de la impunidad política para esperar la impunidad penal».

En el caso español, podría afirmarse que, paralelamente a la creciente intervención del Estado en la economía, el Estado no había creado los adecuados mecanismos de control sobre la actuación de la clase política y la Administración, lo que permitió el abuso de la función pública, el ocultismo y una gravísima complicidad institucional que explica por qué, en la mayoría de los escándalos que sacuden el país, la Administración actúa a remolque de los medios de comunicación. Ha sido especialmente grave la tardía regulación del régimen de incompatibilidades que, aún hoy, sigue sin resolver el trasiego entre la actividad pública y privada, como se desprende del reciente nombramiento por el Gobierno de personas relevantes de la empresa privada para la presidencia de empresas públicas, que propicia el uso de información privilegiada y el tráfico de influencias, tolerándose, además, determinadas formas de abandono de la función pública y excedencias que permiten eludir responsabilidades disciplinarias.

Por otra parte, la denuncia por la Administración de los presuntos hechos delictivos que debe conocer en el ejercicio de sus facultades inspectoras es muy escasa, con la salvedad, que debe destacarse, de la Comisión de Prevención del blanqueo de dinero del Banco de España.

Y, desde luego, si las instituciones de control no funcionan, ello, por sí sólo, ya constituye un canal de ocultación de la corrupción. Y, como consecuencia, se dificulta la colaboración cívica de los ciudadanos en la denuncia de los delitos de tal naturaleza en cuanto puede interpretarse la permisividad de la Administración como una tolerancia hacia conductas de cuya ilicitud puede dudarse. De esta forma, el Estado, no sólo carece de instrumentos aptos par combatir la corrupción, sino que, objetivamente, la favorece.

Prueba de ello es la forma precipitada y tardía en que el Gobierno va enviando al Parlamento sucesivos proyectos legislativos que permitirían afrontar una situación que ponía al descubierto la pasividad de la Administración. Enumeramos a continuación algunos ejemplos. La regulación de las incompatibilidades reforzando las garantías de neutralidad e imparcialidad de la Administración no se aprueba hasta la Ley 12/95, de 11 de mayo. Los fondos reservados, cuyo uso ilícito fue motivo de varias causas penales, no se regulan hasta la Ley 11/95, de 11 de mayo. La regulación actualizada de la contratación pública -ámbito donde, según el Consejo de Europa, la corrupción es más importante y donde se habría abusado manifiestamente de la contratación directa por razones de seguridad o de urgencia, como en el caso Roldán, para asegurar el cobro de comisiones ilícitas de determinadas constructoras- no se produce hasta la Ley 13/95, de 18 de mayo; y todavía es reformado posteriormente el artículo 20.a) para permitir que concurren a la contratación personas ya procesadas y acusadas por delitos reveladores de corrupción, lo que podría interpretarse como una clara cesión ante determinadas exigencias empresariales. Lo mismo podría decirse de la tardía regulación de la actividad de las sociedades mercantiles para exigir en la actuación de las mismas una aplicación más rigurosa de los principios de publicidad y transparencia. Y así en otros ámbitos.

Lo resume claramente **E. Lamo de Espinosa**: «Es esta ética económica premoderna la que tiene que enfrentarse a la súbita modernización y desarrollo de la economía de los años ochenta. En estos años España entra en Europa, el Estado acrecienta su intervención y la ética económica simplemente no responde a aquello que tiene que regular. Nos encontrábamos con una economía moderna insertada en una ética premoderna. Algunos ejemplos de esta discordancia entre realidad y marco normativo serían: 1) La muy tardía regulación de tipos penales como el tráfico de influencias o la información privilegiada (*insider trading*). En España la actividad bursátil fue siempre *insider trading* sin que a nadie le asombrase. Sólo a comienzos de los noventa se prohibieron esas prácticas (Ley Orgánica 9/1991 de 22 de marzo). 2) La existencia de dinero negro y lo que esto suponía en términos fiscales. A mediados de los ochenta había varios billones de pesetas de dinero negro interviniendo en la economía y en gran parte alimentando el *boom* inmobiliario. Blanquear todo ese dinero negro ha costado muchos años (sin que sepamos en qué medida se ha conseguido). En cualquier caso, todos los que tenían dinero en los 80 tenían dinero negro y, por lo tanto, no lo declaraban.

Hoy, en los años 90, esto se percibe socialmente de un modo muy distinto. 3) La ausencia de un principio de responsabilidad de los administradores de sociedades y de la correspondiente obligación de realizar auditorías externas hasta la entrada en vigor de la Ley de Sociedades Anónimas de 1991. Anteriormente las cuentas que presentaban la empresas no eran en absoluto fiables y la desprotección del accionista resultaba casi total. 4) La administración desleal de una empresa ha sido tipificada como delito sólo en el Código Penal aprobado a finales de 1995» (18).

Ante un sistema político que carecía de efectivos controles y contrapoderes para descubrir y perseguir la corrupción, dejando vacío un espacio que es de su competencia, es lógico que esa función fuera asumida por la prensa y, muy en segundo plano, por el poder judicial

Pero, además del bloqueo de los controles institucionales, como ya se ha expuesto, la corrupción tiene lo que **A. Saban** llama «un sustrato fáctico» en el desarrollo por «la Administración Pública española de una ingente tarea económica como administrador, inversor e incluso agente económico con libertad de actuación» (19).

También se refiere a ello **Lamo de Espinosa** en el trabajo citado. En efecto, la Administración, inversora o consumidora, cuando actúa como Administración presupuestaria que presta servicios públicos, genera un poder de grandes proporciones a través de las concesiones y adjudicaciones que favorecen la conducta corrupta.

Igual relevancia tiene la actividad de la Administración en cuanto influye directamente en la actividad económica privada a través de los privilegios fiscales, la ordenación del crédito o las subvenciones, por no citar la ordenación de la entidades de crédito y, sobre todo, la gestión del urbanismo, siempre con un amplio cuadro de decisiones discrecionales que permita subordinar el interés general al particular. Constituye igualmente un canal para la corrupción del funcionamiento de las empresas públicas gestionadas con fórmulas mercantiles como la sociedad anónima -dada la manera de cubrirse en ellas los puestos de administración y dirección, generalmente por personas ligadas al partido guber-

(18) «Corrupción política y ética económica», en: AA. VV., *Entre dos siglos. Reflexiones sobre la democracia española*, Alianza, Madrid, 536.

(19) «El marco jurídico de la corrupción», *l.c.*, 19.

nante- por su posición privilegiada en el mercado y en cuanto pueden ser cauce de información privilegiada, así como por la posibilidad de ser favorecidas por decisiones administrativas discrecionales. Esto las sitúa, según **A. Saban**, «ante una quiebra esencial de las defensas jurídicas frente a la corrupción». En definitiva, «la implantación de fórmulas neoliberales sobre estructuras de Derecho Público puede que haya aumentado la eficacia (aunque cabe dudarlo seriamente), pero sin duda ha aumentado la discrecionalidad, cuando no la irresponsabilidad o la arbitrariedad de los gestores o administradores» (20). Y es oportuno recordar en este momento, con **Lamo de Espinosa**, que gran parte de la corrupción actual en Alemania está vinculada a procesos privatizadores y/o subvenciones para el desarrollo de la antigua República Democrática.

IV. Conclusión

La corrupción tiene unos gravísimos costes: costes económicos, en cuanto altera el correcto funcionamiento del mercado; costes políticos, en cuanto socava las instituciones quebrándose la confianza en la clase política; costes sociales, al redistribuir la riqueza y el poder hacia sectores privilegiados. Pero, sobre todo, tiene un gran coste moral, máxime si no se encuentra una adecuada respuesta represiva, ya que crea entre los ciudadanos, ante la tolerancia oficial respecto de la corrupción, dudas fundadas sobre lo que es lícito o ilícito, generando una profunda crisis moral y provocando una generalización y justificación de comportamientos cotidianos fraudulentos.

Ciertamente, ante la corrupción cabe reclamar un conjunto de medidas legales. Algunas de ellas ya hemos visto que se han adoptado. El nuevo Código Penal contiene un catálogo preciso y suficiente de tipos penales, tanto en los delitos contra la Administración Pública como en los delitos socioeconómicos y de falsedad. Pero no basta. Y no sé si la estrategia a adoptar pasa solamente por lo que **Robert Kligaard** llama «freír al pez gordo», es decir, «dar publicidad a los nombres de los grandes corruptos y castigarlos» (21). Ciertamente debe hacerse, y sobre todo en el ámbito penal. Pero es necesario, aunque parezca una

(20) E. LAMO DE ESPINOSA, *Corrupción política y ética económica*, l.c., 532.

(21) «Estrategias para combatir la corrupción», *Información Comercial Española* n. 741 (mayo 1995).

pretensión más moderada, que funcione eficazmente la facultad inspectora de la Administración, la mejor forma de romper el pacto de silencio que rodea a las conductas corruptas porque es la forma de eludir una de las máximas dificultades en la persecución de estos delitos que es, precisamente, su descubrimiento. Es necesario también que, efectivamente, se haga uso de las facultades de denuncia de hechos punibles ante la Administración de Justicia que se contemplan, entre otras disposiciones, en el Reglamento de disciplina Urbanística (Real Decreto 2187/78, de 23 de junio); en la regulación de los Tribunales Económico-administrativos (Real Decreto 1999/81); en la Ley de Incompatibilidades, que obliga a pasar tanto de culpa al Fiscal General del Estado; en la regulación del Tribunal de Defensa de la Competencia (Decreto 538/65, de 4 de marzo); en la Ley de contratación pública, que contempla en el proceso de clasificación de las empresas supuestos evidentes de falsedad documental; en el ámbito del seguro privado, según la Ley de 8 de noviembre de 1996; y en el activo ejercicio de sus competencias por la Autoridad monetaria y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, según establecen, respectivamente las Leyes 26/88, de 29 de julio y 24/88, de 28 de julio.

Cualquier estrategia anticorrupción, que ya cuenta con un amplio respaldo de las organizaciones internacionales -pese a que no se traduzca en normas efectivas de los correspondientes Estados-, debe sustentarse como dice **M. Carmona Ruano** en la «transparencia de la vida política y económica y, dentro de ella, de modo especial, cuando se trata de corrupción que puede afectar a los funcionarios públicos -que no es, ni mucho menos la única posibilidad- de la gestión y contratación administrativas» (22).

Ciertamente está por ver, si las iniciativas adoptadas en tal sentido van a dar el resultado esperado, que no puede ser otro que el de impedir que se consolide en España un sistema corrupto». Porque, en efecto, dichas medidas y hasta la respuesta penal -no exenta de problemas. no serían suficientes.

En el marco del proceso penal, hay innumerables dificultades para el esclarecimiento de dichos delitos y, sobre todo, para la determinación de la

(22) «Medidas para hacer frente a la corrupción en el seno de la Administración Pública», *Información Comercial Española* n. 741 (mayo 1995). En este trabajo se analizan las diversas medidas legislativas adoptadas en España en 1995 y las iniciativas en este ámbito por las organizaciones internacionales.

responsabilidad penal, dado el constante empleo de testaferros y el abuso de sociedades interpuestas, lo que genera problemas en la atribución concreta del hecho punible a los auténticos responsables. El presupuesto necesario es afrontar una profundización del sistema democrático -lo que sería ya objeto de otra reflexión-, que hunde sus raíces en el Preámbulo de la Constitución y en su artículo 9.2, cuando fija como objetivo la libertad y la igualdad «real y efectiva» de todos los ciudadanos.

Con esta perspectiva -que exige, entre otros objetivos, el establecimiento de formas más efectivas de control de lo público y una superación de la oligarquización y clientelismo de los partidos, muy alejados de lo que preconizaba de ellos el artículo 6 de la Constitución- debe analizarse la corrupción en todas sus formas como un *disvalor*, como una contradicción radical con un concepto ético de la política en tanto que medio para el gobierno de la cosa pública, frente a una concepción de la política como instrumento de patrimonialización del poder.

Porque la corrupción se opone a principios de justicia pero, sobre todo, deslegitima la actividad política y a los partidos que la dirigen y, en ese sentido, debe plantear no sólo a la Administración y al Estado, sino a todos los ciudadanos, una actitud beligerante para exigir unas reglas de la ética pública y una concepción de la política que la impida o, al menos, la reduzcan a un fenómeno marginal.