



Cátedra Jean Monnet
Derecho Administrativo
Europeo y Global



Centro de Estudios Europeos
Luis Ortega Álvarez

25
años

(ANTI)CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Miguel Beltrán
Giuseppe Piperata

Preprint No. 4/21

The European Commission support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents which reflects the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein.

(ANTI)CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN

Miguel Beltrán de Felipe

Giuseppe Piperata

Cita: Miguel Beltrán y Giuseppe Piperata, *(Anti)corrupción en la Administración*, 4/21 Preprints series of the Center for European Studies Luis Ortega Álvarez and the Jean Monnet Chair of European Administrative Law in Global Perspective, 2021.

En prensa en: *Revista General de Derecho Penal* 36 (2021).

(ANTI)CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN *

MIGUEL BELTRÁN DE FELIPE

Universidad de Castilla-La Mancha (España)

GIUSEPPE PIPERATA

Universidad de Bolonia (Italia)

Resumen: El trabajo tiene por objeto los nuevos órganos o agencias que se están creando en España y que están dedicados a prevenir o combatir la corrupción o el fraude en las Administraciones Públicas. Se estudian sus orígenes, su configuración institucional, sus potestades y herramientas de actuación, sus interacciones con otros órganos administrativos con cometidos similares, y se hace un balance crítico de sus primeros años de funcionamiento. En particular, el artículo profundiza en las no fáciles relaciones entre la nueva función que cumplen estos nuevos órganos y el derecho penal anticorrupción (tipos penales en blanco, sanciones administrativas, bis in idem, relaciones entre procedimientos administrativos y procesos penales, etc.). Se hace asimismo una referencia comparada a la ANAC italiana, que es una de las más relevantes de Europa y que posiblemente haya sido fuente de inspiración de estos nuevos órganos.

Palabras clave: anticorrupción, agencias, fiscalía, sanciones administrativas, denuncias, compliance

Summary: The article deals with the new Spanish anticorruption agencies. It analyses their origins, their institutional design, their powers and privileges, and their relationship with other agencies or bodies with similar purpose. It also includes a critic assessment of their first years of activity. Specifically, the paper refers to the important matter of the compatibility between those agencies and anti-corruption criminal law (definition of the crimes, administrative fines, double jeopardy, administrative and criminal procedures, etc.). The italian anticorruption administrative agency (ANAC) is used as a comparative reference which probably was taken into account by the legislatures which crafted the laws which created the new agencies.

Key words: anticorruption agencies, public prosecutor, administrative fines, reports and denunciations, compliance

* Miguel.Beltran@uclm.es. Piperata@iuav.it. Este trabajo es fruto de una estancia de investigación realizada por el Prof. Beltrán en la Universidad de Bolonia (Italia) en los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2020 y financiada por la UCLM. Se inserta asimismo en el proyecto *La responsabilidad penal de las empresas multinacionales por violaciones a los derechos humanos y al medio ambiente* (referencia DER2017-85144-C2-1-P) que dirige el Prof. Adán Nieto.

ÍNDICE

- I. Introducción**
- II. Derecho de la (anti)corrupción (1): definición, cuantificación y marco normativo internacional**
- III. Derecho de la (anti)corrupción (2): ¿Quién la combate y cómo?**
 - 1. Derecho administrativo sancionador y derecho penal en la anticorrupción**
 - 2. Prevención y represión en los nuevos órganos anticorrupción**
 - 3. Los nuevos órganos anticorrupción como órganos supuestamente independientes**
- IV. El combate contra la corrupción como nueva función para-administrativa: regulación, prevención, supervisión, control, investigación, represión**
- V. Las potestades, competencias e instrumentos de los órganos anticorrupción**
 - 1. Planificación y estrategia**
 - 2. Supervisión e investigación**
 - 3. Denuncias**
 - 4. Sanciones**
 - 5. Mecanismos de alerta y de legitimación procesal de los órganos anticorrupción**
 - 6. Regulación**
 - 7. Mediación y resolución**
- VI. Relaciones con otros órganos e instituciones similares**
- VII. Un primer balance provisional**
 - 1. Un mal y apresurado diseño y una inflación institucional**
 - 2. Burocratismo**
 - 3. Anticorrupción para-administrativa preventiva y Derecho penal represivo**
 - 4. ¿Puede o debe una Administración delinquir?**
 - 5. Corrupción dentro y fuera de la Administración**
- VIII. Bibliografía**

I. Introducción

No es ninguna novedad que la corrupción está presente en las sociedades occidentales, y en particular en países como España o Italia. En España venía siendo puesto de manifiesto desde antiguo, pero de manera más o menos aislada, y por ceñirnos al mundo del Derecho, por Nieto García (1997) o Sabán Godoy (1991), y naturalmente también por organismos internacionales públicos o privados. Acaso debido a un cierto espejismo provocado por el paso de la dictadura a la democracia, y por la bonanza económica, durante la transición y hasta entrado el siglo 21 la corrupción no parecía estar entre las preocupaciones de los españoles, a tenor de los datos demoscópicos. Sin embargo en los últimos años la percepción de la corrupción ha cambiado, probablemente a causa del afloramiento de casos en los que estaban implicados altísimos responsables políticos de los dos grandes partidos nacionales y de algún otro partido regional. Ahora es percibida como uno de los principales problemas colectivos¹. No se puede estar seguro de ello, pero es posible que esta circunstancia haya motivado algunas iniciativas en el derecho público y en la organización administrativa tendentes a prevenir y/o a castigar la corrupción. Hasta el punto de que se ha hablado, como se verá en seguida, de una relativamente nueva “*función administrativa de garantía*”, según la han bautizado autores como Piperata (2021), dentro la cual la prevención de la corrupción representa un “*nuevo paradigma*” (Nieto Martín 2020: 659).

El presente artículo tiene como objeto esta nueva función y los órganos que la sirven, al menos los que se han creado recientemente en España, haciendo alguna referencia a experiencias comparadas europeas como la italiana. Lo hemos hecho con una perspectiva muy concreta: no queremos repetir lo que otros ya han explicado, sino en ciertos casos matizarlo, o subrayar los aspectos problemáticos, o tirar de algunos hilos que consideramos se habían dejado a medias. Debemos asimismo decir que dado lo abundante de la bibliografía publicada sobre esta materia sólo hemos manejado una selección de obras, asumiendo de antemano las posibles críticas por la selección realizada.

II. Derecho de la (anti)corrupción (1): definición, cuantificación y marco normativo internacional

Lo primero que hacen casi todas las normas internacionales sobre anticorrupción y los estudios doctrinales es definir lo que se deba entender por corrupción. Capfdeferro (2016: 15) escribe que se ha impuesto una noción amplia, derivada de un documento del Banco Mundial del año 1997 y luego aceptada por la UE, conforme a la cual corrupción sería

¹ Hasta 2010 pueden verse los datos en Villoria y Jiménez (2012a, 2012b), y más adelante en Villoria (2015): entre 1997 y 2009 la corrupción era percibida como un problema por un porcentaje de encuestados que no superaba nunca el 3%, pero a partir de la crisis de 2008 subió hasta cerca del 12%, y a partir de 2013, con los escándalos de corrupción a nivel nacional en los que estaban implicados los dos grandes partidos, subió hasta el 20 o incluso el 25%. El último barómetro del CIS disponible en el momento de escribir estas líneas (septiembre de 2021) sitúa la corrupción como el cuarto problema de España tras el desempleo, la situación económica y el coronavirus, con un 20%. Los datos de otras encuestas como el Eurobarómetro de 2015 indicaban que cerca de un 90% de los españoles consideraba que la corrupción está extendida en el país (similarmente a Grecia, con un 99% e Italia con un 97% y lejos del 76% de respuestas afirmativas en la UE): datos disponibles en https://ec.europa.eu/comfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_397_en.pdf. Además, el 63% de la población española encuestada aseguraba que la corrupción afectaba personalmente en su vida cotidiana, el mismo porcentaje que Grecia y distante del 26% que marcó la media de la UE.

“el abuso del poder público en beneficio privado”². En realidad la cuestión no es solo nominal sino que tiene enorme trascendencia jurídica, como se dirá después. Según señala, entre otros, Queralt (2016: 3), lo mismo que la violación no aparece en el CP sino que se ubica en tipificaciones como abuso o agresión sexual, la corrupción como tal no es un delito, sino que es un término vulgar o no jurídico que es asumido por el CP desglosándolo en conductas específicamente tipificadas (prevaricación, cohecho, etc.). Tampoco es una infracción administrativa como tal descrita y tipificada. En alguna de las leyes anticorrupción que vamos a examinar en este trabajo no se define su objeto, o el mal que dicen querer combatir³, o se mezcla con cosas relativamente próximas como los conflictos de intereses, la transparencia, los grupos de presión o *lobbies*. Pero la más reciente de las leyes autonómicas sí que se adentra en la definición de corrupción (y de fraude): conforme al art. 2 de la ley antifraude andaluza de 2021,

“A los efectos de esta ley se entiende por: a) Fraude: Aquella actuación intencionada de engaño para obtener ganancias o beneficios ilegítimos, para sí o para terceras personas, mediante el uso o destino ilegal o irregular de fondos o patrimonios públicos. b) Corrupción: Abuso de poder para obtener ganancias o beneficios ilegítimos, para sí o para terceras personas, mediante el uso o destino ilegal o irregular de fondos o patrimonios públicos; la conculcación de los principios de igualdad, mérito, publicidad, capacidad e idoneidad en la provisión de los puestos de trabajo en el sector público andaluz, incluidas las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía; cualquier otro aprovechamiento irregular, para sí o para terceras personas, derivado de conductas que conlleven conflicto de intereses o el uso, en beneficio privado, de informaciones derivadas de las funciones atribuidas a las personas incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación definido en el artículo 4, apartado 1, párrafos a), b), c) y d)”

A esto debemos añadir que lo que las leyes, y la gente, entienden por corrupción deja fuera la corrupción entre particulares, estudiada en Italia por Foffani y Acquaroli (2003) y tipificada en España por el art. 286 bis del CP⁴; y que ese abuso del gobernante o del empleado en ocasiones no se produce en beneficio propio o “privado” sino en beneficio del gobierno o Administración a los que sirve, o en beneficio de su partido, que sólo es “privado” en un determinado sentido (en ningún caso en el de su financiación, por lo menos en España).

Dando por buena la definición cabe asimismo recordar las dificultades para cuantificar o medir la corrupción. Es algo que o está oculto o es ilegal, y que sólo aflora en contadas ocasiones, así que los datos de que se dispone, y que fundamentan el trabajo académico

² Nieto Martín y García-Moreno (2019) asumen dos definiciones: una “legal” (derivada del derecho internacional en materia de corrupción) y otra “material” (el abuso de poder por parte de funcionarios públicos). Queralt (2016: 3) habla de “*intencionada desnaturalización de las finalidades objeto de las instituciones públicas en beneficio patrimonial o simplemente de poder de un sujeto o grupo de sujetos*”.

³ La ley navarra 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción, cuando regula en el art. 6 las funciones de prevención del órgano anticorrupción, menciona la corrupción pero no dice en qué consiste, e incluso cuando en su art. 7 regula las funciones de investigación ni siquiera emplea ese término.

⁴ Acaso por ello algunos documentos internacionales (la CNUCC) tienden a prescindir del elemento del poder “público”, regulando tanto la corrupción pública como la privada (en su artículo 12). La CNUCC prescinde incluso de una definición de corrupción: su artículo 2 recoge las definiciones “*a los efectos de esta Convención*”, pero entre ellas no incluye la corrupción sino que la da por supuesta, o deja su definición en manos de cada país signatario. Véase el debate sobre las distintas nociones de corrupción en López Claros (2013: 11 y ss.).

y los “libros blancos”, no son una medición o cuantificación exacta sino que son fruto, en el mejor de los casos, de una estimación que deriva de encuestas que supuestamente reflejarían la percepción de la ciudadanía⁵. Ello da como resultado, como subrayan Cantone y Carloni (2018: 80), una fuerte distancia ente lo escaso de la corrupción “perseguida” (es decir, aquella constatada mediante resolución judicial) y lo elevadísimo de la corrupción “percibida” (la que reflejan las encuestas ciudadanas)⁶. En cualquier caso, ambas mediciones son equívocas, aquella porque efectivamente sólo detecta la punta del iceberg de la corrupción⁷, de modo que no es representativa, y esta porque refleja una impresión, un estado de ánimo y no la realidad, y tiende a la exageración. Este reflejo puede no estar basado en datos o circunstancias reales, o incluso conducir a situaciones poco deseables como por ejemplo esta: dar por buena la hipótesis de la corrupción puede mover a los legisladores a adoptar leyes excesivamente represivas o de emergencia⁸.

Esa definición de corrupción, tomada de una fuente como el Banco Mundial que ni siquiera es Derecho internacional estrictamente hablando, nos da pie a fijarnos, ahora sí, en las normas internacionales relativas a la corrupción o que han regulado las políticas anticorrupción. Como han sido estudiadas en otras ocasiones, nos limitaremos a mencionar por orden cronológico las que son de aplicación a España, estudiadas por Capdeferro (2017): el Convenio de la OCDE de 1997 lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, vigente desde 1999 y ratificado por España en enero de 2000 (le siguieron varias recomendaciones y exámenes a España en los años 2000, 2006 y 2012)⁹; los Convenios del Consejo de Europa penal y civil sobre la corrupción (números 173 y 174, de 27 de enero y 4 de noviembre de 1999), ratificados por España muy tarde (el primero en julio de 2010 y el segundo en marzo de mismo año), convenios que dieron lugar al conocido como GRECO (grupo de Estados contra la corrupción) cuyas evaluaciones vienen suponiendo, en ocasiones, censuras contra los Estados por no aplicarse en el combate contra su corrupción¹⁰; y finalmente la Convención de las Naciones Unidas contra la

⁵ Históricamente (en la década de 1980), los primeros datos los ofrecía el índice de *Business International (BI)*, a los que luego siguieron el de *International Country Risk Guide (ICRG)*, el del *Global Competitiveness Report (GCR)* amparado por el Foro Económico Mundial, y el de Transparencia Internacional, que parece haberse impuesto como el índice predominante junto tal vez a los índices de gobernanza del Banco Mundial, que incluyen el combate contra la corrupción.

⁶ Un análisis completo sobre lo que la autora denomina “*dualidad entre percepción y datos objetivos*” puede verse en Gutiérrez Pérez (2018: 108 y ss.).

⁷ Por ejemplo no incluye los casos flagrantes de corrupción en los que no recayó sentencia condenatoria por haberse anulado pruebas (el llamado caso Naseiro, que implicaba al PP nacional en la década de 1990) o por haber prescrito el delito. Desde enero de 2017 el CGPJ tiene un “Repositorio de datos sobre procesos por corrupción” (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Repositorio-de-datos-sobre-procesos-por-corrupcion/>).

⁸ Villoria y Jiménez (2012: 119) señalan que en España en 2010 el 5% de los encuestados afirmaba haber pagado un soborno, y el 7% haber tenido constancia directa de un fenómeno de corrupción, pero aun así el 88% estaba de acuerdo con la afirmación de que “*la corrupción es un problema importante en mi país*”. En la misma línea el Diputado Rivera Díaz, al defender en el Congreso de los Diputados la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes (en adelante PLI 2016) subrayaba que “*la segunda prioridad de los españoles es la lucha contra la corrupción*”: *BOCG, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, XII Legislatura, nº 32, 21 de febrero de 2017, pág. 5.*

⁹ El primer texto internacional fue la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la OEA en 1996.

¹⁰ Los informes correspondientes a la IV ronda de evaluaciones, publicados en 2016, 2018 y 2019 fueron bastantes críticos con la situación de la corrupción en España, constatando los dos primeros que España no

corrupción (CNUCC), de 31 de octubre de 2003, en vigor desde diciembre de 2005 y ratificada por España en julio de 2006¹¹.

De todo ello probablemente lo más destacable sea que la CNUCC, en su artículo 6, obliga a los Estados signatarios a “*garantizar la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción*” – órgano que, se entiende, no es la Fiscalía, ni el Tribunal de Cuentas, ni menos aun los Tribunales de Justicia, que son órganos que no previenen sino que castigan la corrupción y que aparecen mencionados en el artículo 11. El art. 5 de la CNUCC, bajo la rúbrica “medidas preventivas”, no las define sino que se limita a obligar a los Estados parte a dotarse de “*políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas*”. Los Estados parte en la CNUCC asumen pues la obligación de dotarse de un órgano no jurisdiccional, especializado e independiente, cosa que España aun no ha hecho a nivel nacional (sí lo han hecho algunas CCAA, como se dirá más adelante)¹². Pese a las dificultades del carácter verdaderamente vinculante de la CNUCC, se trata de algo completamente nuevo en el Derecho internacional, que hasta hace poco consideraba la corrupción, el fraude o los delitos en torno a las Administraciones como asuntos internos de cada país, sin más relevancia que la persecución internacional de tales delitos (extradición etc.).

III. Derecho de la (anti)corrupción (2): ¿Quién la combate y cómo?

En este apartado vamos a descender en el análisis, examinando los órganos destinados a combatir la corrupción así como las herramientas (administrativas o penales) para ello que hasta ahora existían. Comencemos por esto segundo.

había cumplido ninguna de las recomendaciones y considerando el nivel de cumplimiento “globalmente insatisfactorio”: véase <https://rm.coe.int/fourth-evaluation-round-corruption-prevention-in-respect-of-members-of/1680779c4d>. Sin embargo, esas evaluaciones se referían a la prevención de la corrupción respecto de miembros de Parlamentos nacionales, de jueces y de fiscales, únicos ámbitos en los que España concertó la supervisión con el GRECO. Quedó fuera la corrupción administrativa, que es lo que en este trabajo nos interesa.

¹¹ No vamos ahora a detenernos en la normativa de la UE, constituida esencialmente por el *Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea* (Diario Oficial nº C 195 de 25/06/1997), ni tampoco en la OLAF, la oficina antifraude de la UE, porque obedece a una razón de ser en buena medida distinta: la inexistencia en la UE de una fiscalía o de un órgano que acuse o impute conductas fraudulentas o corruptas a los sujetos obligados por las normas europeas (su sitio web se refiere al “uso inadecuado de los fondos del presupuesto o la evasión de los impuestos, derechos y aranceles que lo financian”). Sin embargo, más adelante sí nos vamos a referir a la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Sobre algunas de las iniciativas de la UE en materia de anticorrupción puede verse Camisón (2013).

¹² No es el lugar para entrar en detalles acerca del valor vinculante del derecho internacional de los tratados, y de la CNUCC en particular, para lo que nos remitimos a Capdeferro (2017: 125 y ss.), pero la CNUCC puede considerarse “derecho blando”, aun más “blando” que la ya de por sí debilitada fuerza vinculante o exigibilidad del derecho internacional. Los Estados signatarios se comprometen a “*adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas que sean necesarias, incluidas medidas legislativas y administrativas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la presente Convención*”. Los “mecanismos de aplicación” del art. 63 se limitan a una “Conferencia de los Estados Parte” a la que los Estados comunican la ejecución y el seguimiento del tratado, Conferencia que “*establecerá, si lo considera necesario, un mecanismo u órgano apropiado para apoyar la aplicación efectiva de la presente Convención*”.

1. Derecho administrativo sancionador y derecho penal en la anticorrupción

El primer paso es preguntarse quién (qué poder del Estado, qué Administración, qué órganos) puede o debe combatir la corrupción. No nos vamos a detener mucho en la constatación de que el principal poder que tiene esta tardea encomendada es el poder judicial, por medio de las leyes penales. De manera que en la represión penal de la corrupción no participa la Administración – por lo menos directamente. La pregunta que nos acabamos de plantear puede formularse de otro modo: ¿puede la Administración imponer sanciones por corrupción? Y en caso afirmativo, ¿a quién?: ¿a los funcionarios y resto de empleados públicos? ¿o también sanciones *ad extra*, es decir, a personas físicas o jurídicas que no sean funcionarios y se relacionen desde fuera con la Administración? Si se considera que la Administración no puede “sancionarse a sí misma”, ¿puede hacerlo un órgano “independiente”, por ejemplo que dependa de los Parlamentos, como sucede con los órganos anticorrupción recientemente creados en España?

Para dar respuesta es preciso comenzar examinando las tipificaciones del derecho administrativo disciplinario, contenidas en la legislación estatal básica y en las leyes de función pública de las CCAA. Y anticipando ya la conclusión – por otro lado suficientemente conocida – diremos que muchas de las tipificaciones de infracciones administrativas disciplinarias coinciden con las tipificaciones penales. Por consiguiente, dada la prioridad penal sobre el derecho administrativo sancionador, la Administración no puede imponer la sanción que correspondería. Veamos algunos ejemplos.

Las dos infracciones muy graves de los apartados e) y f) del art. 95.2 del EBEP¹³ coinciden en lo esencial con el art. 417 del CP (revelación de secretos o información). La infracción muy grave del art. 95.2 d) del EBEP (“*La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos*”) puede perfectamente coincidir con el delito de prevaricación, que sin duda añade un elemento doloso del que aquella carece, pero ambos comparten el núcleo, es decir, una ilegalidad administrativa “*manifiesta*” o “*evidente, patente, flagrante y clamorosa*”, que es lo que los jueces penales vienen exigiendo para las condenas por prevaricación.

La infracción muy grave del art. 95.2 j) del EBEP (“*La prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro*”) puede coincidir con el delito del art. 439 del CP¹⁴, y desde luego también coincide, pero en sentido inverso, con este tipo penal la infracción del art. 7.1 g) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (“*Intervenir en un procedimiento administrativo cuando se dé alguna de las causas de abstención legalmente señaladas*”). La coincidencia es absoluta en el caso del art. 7.1 c) del Reglamento de Régimen Disciplinario, conforme al cual son infracciones “*Las conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio o que causen daño a la Administración o a los administrados*”. Este es uno de los frecuentes casos de *bis in idem* automático, bendecido

¹³ “*La publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función*” y “*La negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por Ley o clasificados como tales, que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido*”.

¹⁴ “*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*”.

desde hace décadas por el TC y por la ley¹⁵, para cuya investigación previa la Administración evidentemente no es competente y para cuya posterior sanción deberá esperar a que recaiga la condena penal.

Para estos casos en los que el órgano anticorrupción detecte la comisión de una infracción administrativa (tipificada bien en la propia normativa anticorrupción bien en la legislación funcionarial general), las leyes de las CCAA prevén una de estas dos cosas:

a) si el órgano anticorrupción es titular de la potestad sancionadora respecto de los hechos detectados, se incoará expediente sancionador. Es el supuesto menos frecuente, porque como se verá en el apartado V 4, estos órganos disponen de pocas potestades sancionadoras.

b) si el órgano no puede sancionar, entonces remite la información a la autoridad competente: la ley de Castilla y León 2/2016 establece en su art. 2.4 que *“En aquellos casos en los que de las actuaciones se detecte la posible existencia de una infracción administrativa, la información reservada finalizará con la emisión de un informe que contendrá la propuesta de apertura de expediente sancionador y se remitirá al órgano competente para su incoación”*. Similarmente, la ley valenciana 11/2016 señala en su art. 16 que *“Una vez finalizada la tramitación, el director o directora de la agencia: [...] 4. Si en el curso de las actuaciones emprendidas por la agencia se observan indicios de que se hayan cometido infracciones disciplinarias, el director o la directora de la agencia lo deberá comunicar al órgano que en cada caso corresponda”*. Su art. 20.1 establece, de una manera excesivamente amplia, la posibilidad de que cualquier funcionario incurra en responsabilidad disciplinaria¹⁶, pero pensamos que lo más frecuente será lo que prevé el apartado 2, conforme al cual

“La agencia, cuando constate incumplimientos susceptibles de ser calificados como alguna de las infracciones previstas en este capítulo y que pueda derivar en responsabilidad disciplinaria, propondrá al superior jerárquico competente la incoación del procedimiento disciplinario. En este último caso, el órgano competente estará obligado a comunicar en la agencia el resultado del procedimiento. La competencia para la imposición de sanciones disciplinarias corresponderá al órgano que determine la normativa aplicable en la administración u organización en que preste servicios la persona infractora”¹⁷.

Pero insistimos en que la existencia de un comportamiento corrupto, o que recaiga dentro de las funciones de investigación de los órganos anticorrupción, que no sea potencialmente delictivo y sí constitutivo de infracción administrativa es bastante remota.

De todos modos hay quien sostiene que sí puede existir esa dualidad de castigo. Por ejemplo Carloni parte de una definición de corrupción administrativa más amplia que la

¹⁵ Artículo 31.1 de la LRSJP: *“Concurrencia de sanciones. No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento”*, que a sensu contrario significa que cuando exista distinto fundamento (o sea: bien jurídico protegido, según la dogmática penal) sí podrá haber doble castigo.

¹⁶ “Al personal incluido dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público, se le aplicarán las sanciones que correspondan de acuerdo con el régimen disciplinario que en cada caso resulte”.

¹⁷ Sin embargo, como es sabido la petición de iniciación de procedimiento no vincula al órgano que la recibe: Artículo 61 LPC. *“Inicio del procedimiento por petición razonada de otros órganos. 2. La petición no vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento, si bien deberá comunicar al órgano que la hubiera formulado los motivos por los que, en su caso, no procede la iniciación”*.

contenida en las normas penales, de modo que según él, entre otras cosas, habría corrupción con castigo administrativo y no penal¹⁸. Nos parece discutible que una “*incorrecta gestión de los recursos públicos*” pueda ser considerada, y castigada, como corrupción, o que – como parece sugerirse – también lo sea una infracción disciplinaria de un funcionario. No creemos que la “*mala administración*” deba ser también considerada corrupción. Pero incluso dando por buena esta bienintencionada premisa teórica, la realidad legislativa española, como acabamos de ver, la vendría a desmentir. En realidad esto es más relevante de lo que podría parecer: una noción amplia de corrupción, que con seguridad sería saludada positivamente por muchos porque así el radio de prevención o de castigo es más extenso, en realidad podría terminar de alguna manera desvirtuando la política anticorrupción. Más adelante volveremos sobre esto, pero digamos desde este momento que mezclar la anticorrupción con, por ejemplo, prevención o castigos en materia de declaración de bienes de los responsables públicos, o incompatibilidades, o transparencia, y ello sucede en mayor o menor medida en la ANAC italiana o, en España, en el órgano anticorrupción aragonés, tiene aspectos no siempre positivos. Por ejemplo puede crear problemas jurídicos de confusión de tipos infractores, y puede distorsionar la percepción social de lo que sea o no sea corrupción. Aunque sin duda centralizar en un solo órgano todos estos sectores, y su correspondiente castigo, puede tener efectos racionalizadores.

En cualquier caso, cuando hay coincidencia con un tipo penal la Administración no puede no ya sancionar, sino tampoco continuar investigando. Conforme a ello, los nuevos órganos anticorrupción – que no son Administración propiamente dicha - vienen obligados a hacer dos cosas. En primer lugar, deben comunicar al Fiscal aquellos hechos que conozca y que puedan ser constitutivos de delito (aunque también lo sean de infracción disciplinaria). Así lo indican la mayoría de las recientes leyes españolas de creación de los órganos anticorrupción. Véase el art. 28 de la ley aragonesa 5/2017 de creación del órgano anticorrupción:

*”1. La Agencia no podrá suplantar en su actuación a las autoridades judiciales, al Ministerio Fiscal ni a las autoridades bajo su mando. 2. La Agencia no podrá investigar hechos que estén sujetos a investigación de dichas autoridades y deberá cesar en su actuación tan pronto sea requerida por las mismas para ello o tenga conocimiento por cualquier medio de la iniciación por ellas de procedimiento para determinar la relevancia penal de los hechos de que se trate. En tal caso, la Agencia aportará de oficio toda la información de la que disponga y, si fuese requerida para ello, prestará la asistencia y colaboración precisa”.*¹⁹

¹⁸ Este autor (2017: 88) define la corrupción administrativa como “una dinámica que «contamina» la relación entre «principal» y «agente»: incluye, en particular, las conductas que infringen no solo las normas del Código Penal en materia de delitos contra la Administración (la malversación, la corrupción «propia» e «impropia», el soborno, la prevaricación, el «tráfico de influencias»), sino también las que se oponen a los deberes disciplinarios o a las reglas en materia de correcta gestión de los recursos públicos, con especial atención a evitar cualquier conflicto de intereses”.

¹⁹ Otras leyes vienen a decir lo mismo, con algún matiz o con mayor o menor precisión (art. 5.2 de la ley valenciana 11/2016: “La agencia no tiene competencias en las funciones y materias que corresponden a la autoridad judicial, el ministerio fiscal y la policía judicial ni puede investigar los mismos hechos que han sido objeto de sus investigaciones”). El art. 5.6 de la PLI de 2016 añadía la atribución al órgano anticorrupción de legitimación procesal: “Si de las actuaciones practicadas se apreciaran indicios racionales de la existencia de un posible delito, la Autoridad Independiente de Integridad Pública resolverá motivadamente el traslado de lo actuado al Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la posibilidad de la Autoridad de ejercer la acusación particular”.

En segundo lugar, quedan obligados a paralizar las actividades o procedimientos de investigación que esté llevando a cabo. La ley andaluza de 2021 así lo establece en su art. 12.2:

“La Oficina no podrá realizar funciones correspondientes a la autoridad judicial, Ministerio Fiscal y policía judicial, ni podrá investigar los mismos hechos que sean objeto de sus investigaciones. En el supuesto de que la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal iniciaran un procedimiento al considerar que existen indicios de responsabilidad penal de unos hechos que constituyeran, a la vez, el objeto de actuaciones de investigación de la Oficina, ésta deberá suspender dichas actuaciones y aportar toda la información de que disponga, además de proporcionar el apoyo necesario a la autoridad competente. Asimismo, de acuerdo con el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando la Oficina, en el curso de sus actuaciones de investigación, considerara que existen indicios de responsabilidad penal, deberá comunicarlo inmediatamente a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal, procediéndose conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior”²⁰.

Sin embargo, la suspensión o paralización de las actuaciones sancionadoras, cuando coincidan con investigaciones de la fiscalía o de los tribunales, no aparece como tal en la legislación general de procedimiento o de régimen jurídico. En efecto, ni la LPC ni la LRJAP recogen lo que disponía el hoy derogado reglamento de 1993, que sí preveía expresamente la suspensión²¹. Las únicas reglas son el art. 77.4 de la LPC, que dispone que *“En los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien”* y el art. 31.1 de la LRJSP, conforme al cual *“No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento”*. Este art. 31 no establece claramente que deban detenerse las actuaciones administrativas sino que no podrá imponerse la sanción, que no es lo mismo. Porque no creo que el deber de paralización de actuaciones pueda tenerse por implícito en el deber de comunicación a la Fiscalía, máxime cuando se permite el doble castigo cuando no concurra la denominada “triple identidad” (sujetos, hechos y fundamento o bien jurídico). Acaso ello explique que otras normas estatales importantes tampoco establecen taxativamente la obligación de paralizar las actuaciones sino sólo la de dar traslado a la

²⁰ El art 23.5 repite esta idea, diferenciando, con buen criterio, entre suspensión derivada de la apreciación de delito del propio órgano anticorrupción, y suspensión derivada de la actuación da la Fiscalía o del poder judicial que sea comunicada a dicho órgano.

²¹ Art. 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora: *“Vinculaciones con el orden jurisdiccional penal. 1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación. En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas. 2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial. 3. En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien”*.

Fiscalía o al poder judicial: véanse por ejemplo el art. 332.6 de la LCSP²², o el art. 5.2 del RD 424/2017 por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local²³. Ello puede dar lugar a múltiples problemas de *bis in idem*, como se puso de manifiesto en la STC 177/1999, doctrina que anuló la STC 2/2003, y que en la jurisdicción laboral ha desembocado en la unificación de doctrina llevada a cabo por la más reciente STS 174/2019, de 6 de marzo.

Esta prioridad penal opera en principio en sentido inverso a las denominadas leyes penales en blanco, es decir, aquellos tipos penales para cuya determinación es preciso que previamente exista una ilegalidad administrativa (acaso también constitutiva de infracción disciplinaria). Por ejemplo los delitos urbanísticos o ambientales²⁴. Se las llama normas penales en blanco porque una parte de sus elementos típicos quedan fuera del Código Penal y se remiten a lo que disponga el Derecho administrativo. Sin embargo la prioridad administrativa en realidad no es tal, porque es el juez penal el que, atrayendo para sí el conocimiento de la totalidad del asunto, termina enjuiciando si se ha “*contravenido las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente*” o si “*la licencia es manifiestamente ilegal*”²⁵.

²² “*En el caso de que la Oficina tenga conocimiento de hechos constitutivos de delito o infracción a nivel estatal, autonómico o local, dará traslado inmediato, en función de su naturaleza, a la fiscalía u órganos judiciales competentes, o a las entidades u órganos administrativos competentes, incluidos el Tribunal de Cuentas y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*”. Del mismo modo, el art. 2.3 ley de la Castilla y León 2/2016 prevé el traslado al Fiscal o al órgano judicial competente, sin especificar la obligación de interrumpir las actuaciones.

²³ “*Cuando en la práctica de un control el órgano interventor actuante aprecie que los hechos acreditados o comprobados pudieran ser susceptibles de constituir una infracción administrativa o dar lugar a la exigencia de responsabilidades contables o penales lo pondrá en conocimiento del órgano competente, de acuerdo con las reglas que se establecen a continuación: a) Cuando los hechos pudieran ser constitutivos de delito, las responsabilidades se exigirán ante los Tribunales de Justicia competentes y se tramitarán por el procedimiento ordinario aplicable, sin perjuicio de que el Tribunal de Cuentas conozca, en el ámbito de sus competencias, de aquellos hechos que hayan originado menoscabo de fondos públicos*”.

²⁴ El denominado delito ecológico (art. 325 del CP) establece que “*Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior*”. El delito de prevaricación medioambiental (delito especial que sólo puede ser cometido por funcionarios) establece que “*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, será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años y la de multa de ocho a veinticuatro meses. Con las mismas penas se castigará a la Autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia*”.

²⁵ Una vez haya apreciado la existencia de delito, el juez penal no está en principio habilitado para, en la sentencia, declarar la nulidad del acto administrativo objeto del mismo, por exceder de las facultades que le otorgan el CP y la LECr. Sin embargo, en algunos casos sí está sucediendo, sobre todo en materia urbanística o contractual, como acredita Rebollo Puig (2019: 162 y ss., citando sentencias estudiadas por Bauzá Martorell y por Aymerich Cano)

En realidad si se examinan lo que la doctrina penal y la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS entienden por corrupción, se concluye que cuando la persona o institución a quien se imputa la conducta corrupta es funcionario o responsable público, prácticamente no existen “*infracciones administrativas de corrupción*” que puedan ser cometidas por dichas personas. Y en el caso hipotético de que pudiesen existir, se aplicarían con preferencia respecto de las posibles infracciones previstas en las leyes administrativas anticorrupción, que vendrían a quedar desactivadas en este aspecto²⁶. Veámoslo, haciendo una operación inversa a la anterior (antes señalamos que muchos de los tipos infractores del derecho disciplinario de los funcionarios públicos coinciden con los delitos de corrupción, y ahora vamos a partir de estos delitos para ver si hay coincidencia con las más graves ilegalidades administrativas y con aquellos tipos infractores).

Casi todos los delitos de corrupción que puedan ser cometidos por empleados públicos tienen o pueden tener su origen en infracciones administrativas, o en ilegalidades administrativas. El caso más claro de esto segundo es la causa de nulidad del art. 47.1 d) de la LPC (“*Son nulos los actos de las Administraciones Públicas que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta*”). Para lo primero, basta con comparar los delitos de corrupción con las infracciones funcionariales. Partiendo, como ya dijimos, que la corrupción como tal no es un delito, los delitos que encajan en la noción comúnmente aceptada de corrupción son, según el repositorio del CGPJ a que antes se aludió, los siguientes diez: prevaricación urbanística (artículos 320 y 322 del Código Penal), prevaricación administrativa general (artículos 404, 405 y 408), infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos (artículos 413, 414, 415, 416, 417 y 418), cohecho (artículos 419, 420, 421 y 422), tráfico de influencias (artículos 428, 429 y 430), malversación (artículos 432, 433, 434 y 435), fraudes y exacciones ilegales (artículos 436, 437 y 438), negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función (artículos 439, 441, 442 y 443) y corrupción en las transacciones comerciales internacionales (artículo 286, 3º y 4º).

Si se coteja este listado con las tipificaciones de infracciones administrativas, por lo menos con las más generales (las que contienen el EBEP o las leyes de empleo público de las CCAA) se aprecia que muchas de ellas coinciden. ¿Qué consecuencias prácticas han de derivarse de esta coincidencia? Pues que la Administración, en materia de corrupción, sólo podrá imponer sanciones por las poquísimas conductas de los funcionarios que no estén consideradas delito y que sí estén tipificadas como infracción. Para todas las demás deberá suspender sus procedimientos o averiguaciones y dar traslado al Fiscal y esperar a ver si hay condena penal o no. Así que muchas de las conductas potencialmente constitutivas de infracción administrativa sólo lo serán efectivamente a posteriori, pero no solo porque la Administración no puede sancionar cuando detecte indicios de delito y dé traslado al fiscal, sino porque debe esperar a la sentencia condenatoria que eventualmente recaiga, y si el caso es de lo que admiten doble castigo, impondrá al funcionario la sanción que corresponda. Piénsese en una modificación

²⁶ El art. 52.6 de la ley navarra 7/2018 lo señala claramente: “*No puede ser objeto de expediente sancionador que regula esta ley foral en ningún caso el hecho sancionado en causa penal o cuando sea de aplicación preferente la legislación laboral, fiscal o el régimen aplicable a los funcionarios públicos*”. Similarmente el art. 30.7 de la LTBG da prioridad a las tipificaciones “especiales”: “*Cuando los hechos estén tipificados como infracción en una norma administrativa especial, se dará cuenta de los mismos a la Administración competente para la instrucción del correspondiente procedimiento sancionador, suspendiéndose las actuaciones hasta la terminación de aquel. No se considerará normativa especial la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, respecto de las infracciones previstas en el artículo 28, pudiéndose tramitar el procedimiento de responsabilidad patrimonial simultáneamente al procedimiento sancionador*”.

contractual que incremente el precio del contrato. Tal posibilidad está expresamente prevista en la LCSP, y además es una garantía de flexibilidad y adaptación al surgimiento de nuevos costes. Que esa modificación sea o no una infracción administrativa o un delito derivará de circunstancias que sólo se podrán constatar a posteriori (por ejemplo por ser modificaciones ficticias, o por haber ido acompañadas de dádiva o promesa, o por causar alcance en los fondos públicos) y tras la intervención de la fiscalización contable o de la jurisdicción penal.

En realidad la cosa es más compleja de lo que parece. Sin pretender profundizar en ello, cabe apreciar dos tríos de conceptos que se combinan entre sí. El primer trío sería el que engloba a) las conductas constitutivas de infracción disciplinaria funcionarial; b) las conductas constitutivas de infracción anticorrupción – en aquellas leyes autonómicas que así las tipifiquen; y c) las conductas constitutivas de delito²⁷. Aunque hipotéticamente las tres son cosas distintas, y responden a lógicas y principios jurídicos distintos, en la práctica coincidirán, y el posible castigo sólo será uno (salvo en el caso de los *bis in idem* expresamente admitidos por la ley como el antes mencionado art. 7.1 c) del Reglamento de Régimen disciplinario). Por ello, las leyes deberán ser absolutamente escrupulosas a la hora de determinar los casos de conflicto y los mecanismos de resolución, como la previsión del art. 52.6 de la ley navarra anticorrupción de 2018 que se autocalifica de subsidiaria respecto del castigo penal – ello es evidente – y también del castigo funcionarial. El segundo trío de conceptos no alude a la tipificación de la conducta desde el punto de vista del *ius puniendi* sino a la ilegalidad cometida. Englobaría a) la ilegalidad administrativa (vulneración de la legislación de procedimiento, contractual, de incompatibilidades, anticorrupción, etc.); b) la ilegalidad constitutiva de infracción; y c) la ilegalidad constitutiva de delito. A su vez, la primera de las ilegalidades podría ser, o no, calificable de nulidad conforme al art. 47.1 LPC. Ambos tríos se parecen, y están entrelazados (lo dice expresamente el art. 47.1 d) LPC), pero podría perfectamente darse el caso de reacción separada y distinta en el órgano y en el tiempo.

Este panorama de práctica imposibilidad de imposición de sanciones disciplinarias por corrupción (o por conductas similares) comenzó a cambiar en España con la ley de transparencia y buen gobierno (ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en adelante LTBG) y siguió con la ley de altos cargos (ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, en adelante LAC). La primera de las dos reguló por vez primera en España las obligaciones de transparencia y el derecho de los ciudadanos de acceso a documentos públicos, y la segunda reguló los conflictos de intereses y las incompatibilidades de los altos cargos (Director General y cargos superiores). Y se creó en el Ministerio de Hacienda un órgano (la Oficina de Conflictos de Intereses). En la LTBG el papel de esta Oficina es limitado, pero en la ley de altos cargos es mucho mayor. Porque actuando “*con plena autonomía funcional en el ejercicio de sus funciones*” (art. 19.1 LAC), gestiona las declaraciones de bienes y de intereses y las situaciones de compatibilidad o no. Ambas leyes, para lo que aquí interesa, establecieron un régimen sancionador. Fue un paso adelante, que quedó enormemente limitado por la previsión de los arts. 31 LTBG y art. 27 LAC de que las sanciones no las impondría la Oficina sino el Consejo de Ministros, el Ministro de Hacienda o el Secretario de Estado de Hacienda. Así que se hace difícil que se verifique una sanción a un alto cargo impuesta por su propio jefe o por su superior jerárquico. Y que el Consejo de Ministros sancione a un Ministro

²⁷ Este primer trío no se aplicaría a aquellos órganos anticorrupción o de supervisión como la OAC o la OIRESC que no disponen de potestad sancionadora.

por ejemplo por no haber hecho correctamente su declaración de bienes o de intereses es pura ciencia ficción.

Además, importa destacar que la LTBG tipifica como conductas infractoras algunas que sí pueden perfectamente considerarse como corruptas, porque tienen que ver con los fondos públicos²⁸. Esto sí que es una novedad. Porque la normativa de régimen disciplinario tradicional solía tipificar infracciones o incumplimientos formales, pero no la mala gestión culposa de los dineros públicos²⁹.

El paso siguiente lo han dado las leyes anticorrupción de las CCAA. Desde la aprobación de la ley catalana creadora de la OAC de 2008 hasta el momento de escribir estas líneas (septiembre de 2021) seis CCAA han promulgado leyes anticorrupción que crean órganos que, contrariamente a la Oficina de Conflicto de Intereses de la LAC, sí disponen de la potestad sancionadora pero que no son Administración sino órganos independientes o parlamentarizados. Sobre ello volveremos *infra* en el apartado III 3, pero digamos desde este momento que se trata de un paso adelante no desdeñable, aun cuando, como veremos, esa potestad sancionadora “propia” no se suela referir, de nuevo, a conductas materialmente corruptas sino a incumplimientos más o menos formales de las propias leyes anticorrupción (por ejemplo: obstaculizar las investigaciones de la oficina anticorrupción).

Según se puede apreciar, en la represión de la corrupción la Administración tiene poco que decir. Pese a las novedades que acabamos de exponer, el derecho penal ha sido hasta hace muy poco, y en buena medida aun continúa siendo, la única herramienta con la que los poderes públicos combatían la corrupción. O sea, que se combatía con represión y no tanto con prevención. El Derecho penal consiste en castigos a posteriori, no de una acción preventiva, por mucho que la existencia del castigo penal, según los penalistas, lleve aparejada la denominada “prevención general”. El castigo penal no sólo tiene por objetivo la persona que ha delinquido, y que es condenada a pena privativa de libertad o a alguna otra, sino que tiene como finalidad mediata hacer saber a la sociedad que determinados comportamientos tipificados como delito serán castigados, y por tanto se supone que los ciudadanos se abstendrán de realizarlos y que de ese modo se prevendrá que se produzcan futuras conductas similares.

²⁸ El art. 28 LTBG establece 16 infracciones muy graves en materia de gestión económico-presupuestaria, que lo serán cuando sean culpables, o sea, cometidas por lo menos de manera culposa. A su vez el RD 424/2017 por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local prevé en su art. 5 la posibilidad de que las actuaciones de control económico-presupuestario detecten irregularidades, que se clasifican en tres grupos: las constitutivas de delito, las constitutivas de infracción conforme a la LTBG y las constitutivas de infracción conforme a la normativa del TCu. Nótese que, conforme a lo que venimos diciendo, este RD no contempla la posibilidad de que esas irregularidades puedan ser una infracción disciplinaria conforme a otras normas como el EBEP ni tampoco conforme al Real Decreto 33/1986 de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, de aplicación supletoria para los empleados locales conforme a su art. 3, ni tampoco conforme a los artículos 146 a 152 del TRRL. O sea, que en este sector de la gestión presupuestaria no parece haber colisión posible entre lo penal y lo disciplinario, porque no hay “infracciones disciplinarias de corrupción”.

²⁹ Esta situación tradicional fue mantenida dos años después por la LAC. Las infracciones que esta contempla no consisten en corrupción en sí misma, sino en el incumplimiento de las obligaciones que la propia ley establece en materia de declaración de bienes e intereses y de incompatibilidades (art. 25). Sin embargo, en esas tipificaciones se deslizó una conducta que sí podría considerarse corrupción propiamente dicha: el incumplimiento por los altos cargos de “*las obligaciones a que se refiere el artículo 18 en relación con la gestión de acciones y participaciones societarias*”, precepto que obliga a los altos cargos, a la hora de gestionar su patrimonio accionarial, a contratar a una empresa autorizada a prestar servicios de inversión y a depositar el contrato ante la Oficina de Conflicto de Intereses.

Para finalizar este apartado vamos a retomar algo que habíamos dejado apuntado. Se trata de preguntarnos por la posibilidad de que esta potestad sancionadora en materia de anticorrupción recaiga sobre personas ajenas a la Administración. O sea: que no se trate de derecho disciplinario de los funcionarios y empleados sino que se proyecte por ejemplo sobre contratistas o sobre beneficiarios de subvenciones. O sobre la persona que interponga denuncias falsas³⁰. En las leyes españolas esto no parece estar previsto, pese a que algunas de ellas sí contemplan que los particulares caigan dentro de su ámbito de aplicación³¹ y pese a que la capacidad de investigación en teoría les alcanza³². Y lo decimos porque el detalle de sus potestades investigativas (por ejemplo del art. 6.2 de la ley valenciana de 2016, que se repite en todas las leyes anticorrupción) está claramente pensado para ser aplicadas a Administraciones y entes públicos y no a particulares. La potestad administrativa sancionadora en materia anticorrupción no tiene fácil ejecución cuando se quiere proyectar *ad extra*, ni siquiera recurriendo a la vieja idea de las relaciones de sujeción especial, que era lo que se empleaba para justificar por ejemplo las sanciones a promotores de VPO, a taxistas, etc. Sea ello como fuere, lo cierto es que las leyes españolas no contemplan la posibilidad prevista en Italia de que la ANAC solicite al Prefecto (más o menos equivalente a nuestro Subdelegado del Gobierno) que en caso de iniciarse frente al contratista un procedimiento penal por corrupción, o de detectarse conductas ilícitas en la ejecución del contrato, intervenga las empresas adjudicatarias de un contrato público y disuelva los órganos societarios, nombrando al tiempo a un administrador o delegado que se haga cargo de la gestión y ejecución temporal del contrato (al respecto véase Racca 2018: 196).

2. Prevención y represión en los nuevos órganos anticorrupción

Como venimos diciendo, este monopolio penal del combate a la corrupción ha comenzado a cambiar con las nuevas leyes anticorrupción. Los órganos anticorrupción emplean una “*estrategia bifronte*” (Nieto Martín y García-Moreno 2018: 7), saliéndose del modelo previsto por la CNUCC, que los concibe como órganos sólo preventivos. Pese a que en la represión, como acabamos de ver, la Administración o los órganos parlamentarizados como los recientemente creados tiene poco espacio, esta vertiente represiva o pseudo-penal parece estar siendo la herramienta esencial en estos nuevos órganos, según se deduce de algunos autores (Gutiérrez Pérez, 2018; Nieto Martín, 2020) y sobre todo de la praxis y del enfoque general de dichos órganos.

³⁰ Lo cual plantea la relación con el delito de denuncia falsa del art. 456 del CP. Al respecto véase *infra* el apartado V 3, dedicado a las denuncias.

³¹ El art. 3 de la ley valenciana anticorrupción 11/2016 incluye en su ámbito de aplicación “*h) Las actividades de personas físicas o jurídicas que sean concesionarias de servicios o receptoras de ayudas o subvenciones públicas, a los efectos de comprobar el destino y el uso de las ayudas o las subvenciones*” y “*i) Las actividades de contratistas y subcontratistas que ejecuten obras de las administraciones públicas y de las entidades del sector público instrumental de la Generalitat, o que tengan atribuida la gestión de servicios públicos o la ejecución de obras públicas por cualquier otro título, con relación a la gestión contable, económica y financiera del servicio o la obra, y con las otras obligaciones que se derivan del contrato o de la ley*”.

³² Art. 6.1 de la ley valenciana anticorrupción 11/2016: “*Potestades de investigación e inspección. En el ejercicio de las funciones de investigación e inspección, la agencia puede acceder a cualquier información que se encuentre en poder de las personas jurídicas, públicas o privadas, sujetas a su ámbito de actuación. En el caso de particulares, la potestad de inspección se limitará estrictamente a las actividades relacionadas con las entidades públicas. En todo caso, el acceso a la información se regirá por los principios de necesidad y proporcionalidad, se deberá motivar la relación con la actividad investigada y se dejará constancia de ello en el expediente*”.

Esta dualidad prevención / represión en la política anticorrupción plantea problemas tanto prácticos como de enfoque general. Comencemos por los segundos. Ya hemos apuntado que en los más destacados órganos anticorrupción (la ANAC italiana o la OAC catalana, el más antiguo de los órganos españoles) se aprecia un evidente énfasis en la represión próxima a lo penal. Esta impronta penal está presente por ejemplo en su dirección: en el momento de escribir estas líneas (enero de 2021) tanto la ANAC como la OAC las dirige o preside un juez o un fiscal, como también sucede en la Oficina Anticorrupción del Ayuntamiento de Madrid³³. O también en su filosofía: las actividades de la OAC son, según su sitio web, la prevención y la investigación de conductas corruptas o fraudulentas, pero del propio sitio web y de las declaraciones en prensa de su director se deduce claramente que lo que prevalece es la investigación (o sea, una actividad similar o paralela a la de la fiscalía). Lo mismo señala Nieto Martín (2020: 662):

“En España, la presencia de las agencias anticorrupción no ha supuesto un aumento significativo en el número de administraciones públicas que se han dotado de programas de integridad. Este hecho, como después habrá de verse, quizás ha desenfocado un tanto su labor. En la práctica prima en ella su faceta de investigación de irregularidades, frente a su cometido de asesoramiento y encauzamiento de la prevención”.

Cantone y Carloni, hasta hace poco director y colaborador de la ANAC italiana respectivamente, escriben (2018: 67) que la intervención de las comunicaciones es indispensable en la actividad del órgano. Es decir: parecen seguir considerando esencial la represión penal, o por lo menos la intervención de los órganos jurisdiccionales, únicos habilitados para autorizar la intervención de las comunicaciones. Pese a ello, Cantone y Carloni (2018: 166) insisten en que la misión principal de la ANAC no es la represión sino la prevención, y que la ANAC no es estructural ni legalmente capaz de satisfacer “*la recurrente petición a su presidente de que arreste a todos los corruptos*”. De cualquier manera, es comprensible que los órganos anticorrupción tiendan a centrarse en la investigación y la represión. Las herramientas de prevención, como se dirá más adelante, sólo dan fruto – si lo dan – a medio plazo, y además no se ven, en el sentido de que sus efectos no son perceptibles por la ciudadanía porque consisten en una no corrupción. En cambio, la investigación y detección de conductas corruptas sí es inmediata, y se visibiliza inmediatamente si el órgano anticorrupción se encarga de comunicar a los medios dicha detección y o bien la imposición de una sanción o bien, como sucederá en la inmensa mayoría de los casos, el traslado de los hechos a la Fiscalía.

En cuanto a los problemas prácticos que puede causar el que estos nuevos órganos se centren en la represión, nos parecen igualmente claros. Ya se vio antes que si de la investigación, o de la auditoría, o de la información que los órganos anticorrupción recaben de las personas, administraciones o empresas sobre las que actúan se deduce algún tipo de conducta susceptible de ser considerada delictiva, deberán interrumpir su actividad y ponerlo en conocimiento de la fiscalía o de los tribunales, o de otros órganos administrativos. Esta obligación de dar traslado a la fiscalía es bien clara cuando el órgano anticorrupción no dispone de potestad sancionadora, como es el caso de la OIRESC o de

³³ No así en la Agencia Antifraude valenciana, cuyo director pertenece al cuerpo de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local (posteriormente ingresado en la función pública autonómica). La Oficina andaluza debe estar presidida por persona deberán que posea “*más de diez años de experiencia profesional acreditada relacionada con la prevención y lucha contra el fraude, la corrupción y el conflicto de intereses*” (art. 25.1 de la ley de 2021), lo cual prácticamente reserva el puesto a miembros de la carrera judicial o fiscal, y como mucho a personas que hayan trabajado en órganos de transparencia relacionados con los conflictos de intereses.

la OAC catalana, pero puede plantear algún problema cuando sí puede sancionar, como ocurre en el resto de los nuevos órganos anticorrupción. En este caso podría haber una colisión “interna” entre la capacidad sancionadora del órgano y la obligación que tiene de dar parte a la Fiscalía. Es cierto que ello sólo se dará en aquellos supuestos en que los tipos infractor y penal puedan tener algún tipo de coincidencia, pero ya dijimos más atrás que en la práctica existen bastantes casos dudosos (que serán más relevantes en un órgano celoso de su potestad sancionadora y deseoso de utilizarla). De cualquier manera, este más que probable solapamiento de investigaciones administrativas y de la Fiscalía no termina de ser solventado correctamente³⁴.

Así que en términos prácticos toda investigación sobre corrupción desemboca en la Fiscalía, o en el órgano de fiscalización contable. No hay delito de corrupción de funcionarios que no sea también constitutivo de infracción administrativa, o también como en seguida diremos, de ilegalidad administrativa. Lo penal es en la práctica la única vía de castigo de la corrupción, a) porque lo engloba todo (el delito de prevaricación parte de una manifiesta, grosera y deliberada ilegalidad administrativa, y así sucede con los demás delitos que sean normas penales parcialmente en blanco); b) porque tiene una amplísima legitimación procesal (incluso con la acción popular, y con la intervención de los partidos políticos) frente a las limitaciones de la legitimación por derecho o por interés del Derecho administrativo; y c) porque, en relación con el tradicional recurso contencioso-administrativo, tiene muchas más repercusiones mediáticas y efecto disuasorio frente al funcionario o a la Administración querellada. Pero no se debe perder de vista que tratar las ilegalidades administrativas más graves como casos de corrupción rompe la idea, del todo razonable, de que estas, sean o no constitutivas de infracción administrativa, no conllevan necesariamente la comisión de un delito³⁵.

Como conclusión de este apartado diremos que en los órganos anticorrupción lo que prima es una mentalidad penal, y ello tanto por razones sistémicas como por una tendencia más o menos inevitable, y pese a que la ley los configura con un carácter mixto, o sea, de prevención y de investigación. En su faceta investigativa, que es la que en ellos destaca, se convierten en auxiliares de la Fiscalía. No vamos a detenernos ahora en consideraciones más generales, pero siguiendo a Nieto Martín (2020) nos parece que ello

³⁴ La ley valenciana 11/2016, tras señalar en el art. 5.2 que el órgano anticorrupción no podrá investigar hechos que ya estén siendo investigados por la Fiscalía, establece como único cauce de coordinación una solicitud genérica de información (“La agencia solicitará a la fiscalía información periódica respecto del trámite en que se encuentran las actuaciones iniciadas a instancia suya”). No es descartable que dicho flujo de información no circule adecuadamente, o que tanto una como la otra parte sean celosas de sus funciones y, acaso comprensiblemente, deseen llevarlas a término de manera independiente y simultánea. Además, no creemos que esté clara la vinculación de la Fiscalía respecto de los hechos investigados y sedicentemente acreditados por las agencias anticorrupción (lo más normal será que vuelva a investigar lo ya investigado, cerciorándose de la veracidad o verosimilitud de los hechos tenidos por ciertos en vía administrativa). Véase, en materia de defensa de la competencia, lo que señala Marcos Fernández (2017), subrayando que en muchos casos lo que parece primar son las comunicaciones más bien informales entre los investigadores de la CNMC y la Fiscalía.

³⁵ En la prevalencia absoluta del derecho penal frente al derecho administrativo juega un papel muy destacado algo que podríamos considerar una originalidad hispánica como es el delito de prevaricación administrativa, que en otros países o bien no existe o es más limitado (pues vendría a consistir en una especie de abuso de poder). Como es sabido, la existencia de este delito, unida otros defectos estructurales del control de la Administración por los tribunales de lo contencioso (como su lentitud e ineficacia), ha conducido a la criminalización del control judicial de la legalidad del actuar administrativo. Ello tiene como consecuencia que los perjudicados por una medida administrativa centren sus esfuerzos impugnatorios en considerarla delictiva, hipertrofiando tipos penales como la prevaricación o la malversación. Al respecto puede verse Rebollo Puig (2019).

corre el riesgo de ser contraproducente. Crear una especie de “fiscalía” paralela (por paralela entendemos “no penal”) dedicada a investigar delitos que no puede castigar, o incluso infracciones administrativas que tampoco puede castigar como en el caso de la OAC catalana, con elevado riesgo de solapamiento con los otros órganos de control, y con algunas funciones burocráticas poco claras (la planificación) corre el riesgo de crear más problemas o de servir para poco, como se dirá más adelante.

3. Los nuevos órganos anticorrupción como órganos supuestamente independientes

En línea con la tendencia surgida a lo largo de los últimos años en los países europeos, en España han comenzado a proliferar un tipo muy singular de órganos, probablemente por influjo de ese “derecho blando” de origen internacional (CNUCC) y como consecuencia del aumento, en muchos países, de los índices de percepción de la corrupción. En nuestro entorno más o menos próximo cabe mencionar que se han creado órganos de este tipo en Francia (*Agence Française Anticorruption* en 2016, sustitutiva del *Service Central De Prévention de la Corruption*), en Italia (ANAC, *Agenzia Nazionale Anticorruzione* en 2013-2014), en Austria (Oficina Federal Anticorrupción o BAK, en sus siglas en alemán, en 2010, sustitutiva de la Oficina Federal de Asuntos Internos) y en Bélgica (la Oficina Central para la Represión de la Corrupción, OCRC, por sus siglas en francés, creada en 1910 en el seno del gobierno, fue en la década de 1960 convertida en un órgano policial, en concreto de policía judicial, auxiliar de la Fiscalía)³⁶. Holanda creó en 2016 un órgano de protección de los denunciantes (*Whistleblowers Centre*), que se asimila a las autoridades independientes y que contiene garantías procedimentales y de anonimato para quienes denuncien casos de posible corrupción. Incluso la UE, como ya vimos, tiene su órgano anticorrupción (la Oficina Antifraude, OLAF, creada en 2009). Otros países no han constituido órganos *ad hoc* para la corrupción sino que se han limitado a órganos de transparencia (por ejemplo España, con el Consejo de Transparencia previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno y creado por Real Decreto 919/2014 de 31 de octubre, aprobatorio de su Estatuto)³⁷.

Como eso ya lo han hecho otros autores, no es el caso ahora de entrar en detalles de estos órganos, ni siquiera de exponer sus principales características generales. Ahora nos vamos a detener en dos cosas que nos parecen esenciales: en las funciones que desempeñan (que examinaremos en el próximo apartado) y en su alegada posición de “independencia”, exigida por el art. 6.2 de la CNUCC. Comenzaremos por esto segundo. Una de las principales cuestiones que surgen en torno a estos nuevos órganos es su posición tanto respecto de la Administración (o Administraciones) que la crea como respecto de aquellas Administraciones, órganos o entes que están llamadas a controlar. Porque en el fondo se trata de que un órgano para-administrativo, si bien con dependencia o vinculación parlamentaria, controle a las Administraciones y sus órganos, y cuando ambos pertenecen a la misma Administración, es decir, cuando no hay alteridad entre el

³⁶ Naturalmente, estos órganos no han de confundirse con las Fiscalías especializadas en corrupción como existen en muchos países (España, Italia, Rumanía, Noruega, etc.), confusión que no es del todo infrecuente (está presente en algunos cuadros comparativos de TI, o en estadísticas de la OLAF).

³⁷ En España se tramitó sin éxito la PLI en 2017 y 2018, y actualmente existen o han existido otras iniciativas relativamente similares, es decir, tendentes a la creación de un órgano nacional anticorrupción (el mismo grupo político – Ciudadanos – que promovió la PLI de 2016 presentó en 2020 ante el Congreso de los Diputados una iniciativa muy similar, que no fue tomada en consideración). Grupos como Vox y Esquerra Republicana han presentado iniciativas relativas a la protección de los alertadores, sobre las que pueden verse los comentarios de Garrido Juncal (2019: 132 y ss.).

órgano anticorrupción y la Administración controlada, el control podría ser fácil (porque están próximos y no hay ninguna posición de autonomía que proteger) o en realidad tal vez difícil (en caso de no alteridad se hace complicado pensar en que una Administración va a vigilarse o denunciarse a sí misma ante la Fiscalía). Es el caso de la IGS de Castilla y León, que mencionaremos en seguida, y en buena medida de los órganos municipales creados en Madrid y en Barcelona. La paradoja se invierte cuando controlador y controlado pertenecen a distinta Administración (por ejemplo cuando desde la AGE o sobre todo desde un órgano parlamentarizado se investiga a entes locales, universidades, fundaciones etc.), en cuyo caso el control podría ser más difícil, porque podría haber una posición de autonomía que respetar³⁸ o por la lejanía institucional y ausencia de jerarquía, o por el contrario podría ser más fácil, porque no se trata de un auto-control. El dilema lo explica muy bien Canals Ametller (2018: 442):

“La pregunta clave es, en definitiva, si en términos de eficacia y eficiencia de la gestión pública es mejor una unidad administrativa adscrita a un departamento ministerial o bien una autoridad anticorrupción plenamente independiente – ya sea en materia exclusiva de contratación pública, ya sea con competencias transversales –, salvando las reservas que viene planteando la creación de este tipo de organismos supervisores, principalmente por cuestiones de legitimidad democrática”.

Con el fin de intentar solventar estos problemas se llegó a la solución de, tal y como reclama la CNUCC, dotar a estos órganos de un estatus de independencia – al menos formal - respecto de la Administración que supervisan (o eventualmente en la que se ubican, como pretende la LCSP respecto de la OIRESC). Tres son los modelos en torno a los cuales se han ido creando estos órganos en las CCAA.

El primero es la parlamentarización, es decir, mediante su adscripción a la Asamblea autonómica. Fue el caso de la OAC catalana y de sus réplicas autonómicas aragonesa, valenciana, balear, navarra y andaluza. Conforme a la ley 14/2008 de creación de la OAC, su director o presidente es propuesto por el Gobierno de la Generalidad al Parlamento, y debe ser votado por el Pleno por mayoría de tres quintos. Si no obtiene la mayoría necesaria en la primera votación, deberá someterse a una segunda en la que bastará con mayoría absoluta. Su estatus de independencia se deriva de que el mandato del director es de nueve años no renovables, no puede ser cesado sino por causa tasada y, como es natural, no está sometido a órdenes de ninguna autoridad. Como se ha apuntado, los órganos valenciano, aragonés, balear, navarro y andaluz siguen este mismo patrón³⁹.

³⁸ Preservar la independencia de algunas de las Administraciones sometidas a los órganos anticorrupción está presente en las leyes que los han creado: art. 5.3 de la ley valenciana 11/2016 de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción (“*Cuando las investigaciones de la agencia afecten a Les Corts, las instituciones de relieve estatutario, la administración local, las universidades públicas valencianas y, en general, cualquiera que goce de autonomía reconocida constitucional o estatutariamente, se llevarán a cabo garantizando el debido respeto a su autonomía*”). Similarmente, arts. 10.3 y 11.2 de la ley andaluza 2/2021 (“*Las funciones de la Oficina previstas en los apartados 1 y 2 se desarrollarán respetando el principio de autonomía local previsto en la Constitución española y en el Estatuto de Autonomía para Andalucía*” y “*Las funciones de la Oficina previstas en el apartado 1 se desarrollarán respetando el principio de autonomía universitaria previsto en la Constitución española y en el Estatuto de Autonomía para Andalucía*”).

³⁹ Ley 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña; Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana; Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las

El segundo modelo es la inserción del órgano en órganos de control ya existentes. Galicia y Canarias han optado por añadirle a su OCEX competencias en materia de anticorrupción, creando en su seno un órgano o servicio *ad hoc*⁴⁰. La ubicación y funciones de estas dos secciones del OCEX revelan que tienen una misión y una posición institucionales supeditadas al TCU regional, que es el que desde su tradicional función de control monopoliza la nueva función anticorrupción.

Un tercer modelo es el de la CA de Asturias, que ha otorgado estas funciones anticorrupción a la Oficina de Buen Gobierno y Lucha contra la Corrupción de Asturias, creada por ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés. La Oficina se configura como un órgano, con rango de servicio, en el seno del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno regional. Estos dos modelos “esconden” la anticorrupción en otro tipo de órganos, que aparentemente tendrían las mismas garantías de independencia y extracción parlamentaria que en Cataluña, Aragón, Navarra, Baleares o Valencia.

Finalmente, y como cuarto posible modelo, la única CA que se ha apartado de estos tres modelos que podemos denominar de “independencia parlamentarizada” es Castilla y León, mediante la ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes de Castilla y León. Esta norma amplía las funciones de la Inspección General de Servicios, regulada en el Decreto 13/2009, de 5 de febrero: a las habituales funciones de auditoría (que se llevan a cabo mediante planes anuales de actuación) y de control (respecto de las compatibilidades y del registro de intereses de altos cargos) se añaden – y esta es la novedad introducida en la ley 2/2016 – funciones en relación con las conductas de cuya licitud se duda. Parece darse por sentado que la potenciación de organismos y funciones ya existentes va a ser más barato y menos burocrático que crear nuevas estructuras, o que la “proximidad” del órgano anticorrupción respecto de los órganos sometidos a control va a ser más eficaz para la finalidad perseguida⁴¹.

Islas Baleares; Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón; Ley 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra; la última de estas leyes es la Ley andaluza 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante.

⁴⁰ Ley 8/2015, de 7 de agosto, de reforma de la Ley 6/1985, de 24 de junio, del Consejo de Cuentas, y del texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, aprobado por Decreto legislativo 1/1999, de 7 de octubre, para la prevención de la corrupción de Galicia; Ley 5/2017, de 20 de julio, de modificación de la Ley 4/1989, de 2 de mayo, de la Audiencia de Cuentas de Canarias. La ley gallega añadió al Consejo de Cuentas una sección de prevención de la corrupción (similarmenete a lo que había sucedido en Portugal, que creó un Consejo de Prevención de la Corrupción en el seno del Tribunal de Cuentas). En Canarias las reformas han sido muy parecidas: la Audiencia de Cuentas de Canarias se reformó por ley 5/2017 para añadirle la competencia de “*informar y recomendar buenas prácticas administrativas, contables y financieras como medio de prevención de la corrupción en el ámbito del sector público de la comunidad autónoma*”.

⁴¹ Parece asimismo asumirse que este modelo de la IGS va a ser más eficaz que los modelos de órgano parlamentarizado (eficacia que, junto a la independencia, viene requerida por la CNUCC). En cualquier caso, Fernández Ajenjo (2019: 7) se muestra muy favorable a este modelo, por ser “*más ajustado a la tradición española*”, y parece que entiende por “*tradición*” la existencia de órganos con funciones relativamente similares (los Tribunales de Cuentas, la Intervención General, la Inspección de Servicios).

Finalmente, cabe reseñar que también los Ayuntamientos de Madrid o Barcelona se han dotado de órganos anticorrupción⁴².

Dado el a nuestro juicio escaso resultado que, en términos de independencia respecto del poder político y de los operadores económicos, han dado en España las Administraciones independientes, también conocidas como autoridades reguladoras, es comprensible que se sea bastante escéptico con la funcionalidad y sobre todo con la independencia real de estos nuevos órganos anticorrupción.

IV. El combate contra la corrupción como nueva función para-administrativa: regulación, prevención, supervisión, control, investigación, represión

Los órganos a que se acaba de aludir, a los que se ha sumar la OIRESC a la que luego nos referiremos, representan uno de los más destacados ejemplos de una relativamente nueva función administrativa desempeñada por órganos no administrativos, la que Piperata (2021) ha denominado “*función de garantía*”, y que otros han intentado ubicar en las nociones de control o supervisión, que enlazan con funciones o potestades más tradicionales como la vigilancia o la inspección. Parejo Alfonso (2016) ha explicado las razones del auge de esta función, anudándola a la liberalización y la re-regulación de sectores económicos, y Canals Ametller (2018: 413-414) ha intentado categorizar y diferenciar conceptos como control “inmediato” o inspección y supervisión (control más “remoto”), y señala que la función de supervisión que desempeña por ejemplo la OIRESC responde a la necesidad de “*verificar el cumplimiento efectivo de la normativa nacional derivada de la legislación europea*”.

Sin embargo, estas caracterizaciones basadas esencialmente en la noción más general o clásica de supervisión no son del todo satisfactorias para aprehender el sentido y la actividad de los nuevos órganos anticorrupción. Porque buena parte de lo que estos hacen es distinto, y más intenso o incisivo, que los conocidos órganos de supervisión o Administraciones independientes. La esencia de los órganos anticorrupción es por un lado la prevención del fraude o irregularidad con relevancia infractora, y por otro la reacción represiva de mismo, en los términos que luego se dirá. Y creemos que ello los diferencia de otros órganos supervisores como el Banco de España, la CNMC, la CNMV o incluso los OCEX, incluyendo el TCu. De modo que nos parece más correcto seguir la idea de Piperata, quien tras caracterizar de manera amplia esta “función de garantía”⁴³, señala (2021: 32) que su ámbito más característico es la contratación pública y que persigue tres objetivos esenciales: la promoción de la competencia, la prevención, detección y – hasta cierto punto - castigo de la corrupción y la racionalización y búsqueda de la eficiencia de los mecanismos de compra de bienes y servicios. Lo primero deriva de las directivas europeas de contratación de 2014, y se parece bastante a lo que hacen los órganos de defensa de la competencia; lo tercero tiene que ver sobre todo con la tecnología

⁴² Otros municipios han tanteado esta misma posibilidad: en Zaragoza se comenzó a tramitar un anteproyecto de Reglamento de la Oficina Municipal Contra el Fraude y la Corrupción, que fue sometido a consulta pública en 2017, sin que hasta el momento dicha oficina haya sido creada. Véase el anteproyecto en <https://www.zaragoza.es/contenidos/normativa/Rgto-Oficina-Fraude-Corrupcion-Anteproyecto.pdf>. Sobre estos órganos de ámbito municipal puede verse Ponce Solé (2016) y Cerrillo Martínez (2011).

⁴³ “*Si tratta di una garanzia offerta a tutti i soggetti che a diverso titolo compongono il quadro della negoziazione pubblica (le stesse Amministrazioni, gli operatori economici, i cittadini e gli utenti), avente ad oggetto la pluralità di beni che nelle dinamiche contrattuali vanno tutelati (il denaro pubblico, la concorrenza, l'imparzialità e la correttezza degli amministratori, ecc.) e realizzabile attraverso altre funzioni e molteplici strumenti (di regolazione, di controllo, di vigilanza, ecc.)*”: Piperata (2021: 31-32)

(contratación por procedimientos telemáticos, centrales de compras, perfil de contratista, etc.); de manera que en la práctica es en la prevención y detección de la corrupción (en materia de contratación) en donde encuentra su razón de ser esta “función de garantía”. De hecho Cantone y Carloni (2018: 85) no hablan de “garantía” sino que la denominan “*función de prevención*”. En realidad la “*garantía*” como finalidad y objetivo de la actividad de un órgano no es ninguna novedad. Muchos autores han calificado desde antiguo como “de garantía” la función realizada por los tradicionales órganos consultivos (véase por ejemplo Font i Llovet, citado por Capdeferro 2016: 27), pero no es asimilable a esta nueva función de garantía que desempeñan los órganos anticorrupción: ahora se trata de que un órgano activo (o sea, no consultivo) supervise o controle a la Administración en la que se inserta, o sea que se supervise a sí mismo, y garantice – o lo intente – que la actuación de esta se mueve no sólo dentro de la legalidad sino en concreto que dicha actuación no incurre en casos de fraude o corrupción. Creemos que ahí está la gran novedad de estos órganos anticorrupción.

Esta función de garantía se traduce esencialmente en medidas preventivas que, mediante instrumentos de búsqueda de información, supervisión o vigilancia, impidan o dificulten la corrupción en los poderes públicos. Que además la represión o castigo (bajo forma de imposición de sanciones administrativas) forme parte de la función de garantía es algo bastante debatido, y de hecho hay órganos anticorrupción que no disponen de potestad sancionadora (la OAC catalana, lo mismo que tampoco la OIRESC – pero este no es un órgano de prevención de la corrupción estrictamente hablando sino de supervisión de la contratación). Lo esencial de la función de garantía sería la prevención, porque el castigo ya existe, y lo ejercen la Fiscalía y los tribunales de justicia. Gran parte de los autores, incluidos los penalistas en relación con la denominada *compliance*, subrayan que la prevención es o debería ser igual de importante que la represión penal (Cantone y Carloni 2018: 80). Y así la prevención se convierte en el eje de esta nueva función de garantía, hasta el punto que Nieto Martín (2020: 659) considera que representa un “*nuevo paradigma*”⁴⁴.

Tomando como modelo la recién citada *compliance* penal, se percibe que un elemento esencial de la función de garantía encarnada por los órganos anticorrupción consiste en auto-responsabilizar a los propios órganos administrativos de su conducta, en lo que se ha llamado “*autoregulación interna*” (Nieto Martín 2020: 660). El combate contra la corrupción se ha venido hasta el momento haciendo o bien mediante órganos de control externos (TCu y OCEX) o mediante la jurisdicción penal, o tal vez mediante órganos administrativos especializados como la intervención (si es que puede considerarse que los órganos administrativos de intervención, auditoría y contabilidad son órganos anticorrupción, lo cual nos parece dudoso). De manera que hasta ahora los órganos activos no tenían que vigilarse ni que ser cuidadosos con los fenómenos de corrupción que su actividad podía generar, porque ya había alguien vigilando desde fuera. Con esta nueva lógica de la función de garantía, tomada en préstamo de la *compliance* privada – esencialmente penal - y del denominado cumplimiento normativo, se obliga a todos los

⁴⁴ La misión institucional de la ANAC italiana, que probablemente sea el modelo más avanzado o incisivo de órgano anticorrupción en Europa, es la “*prevenzione della corruzione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche, nelle società partecipate e controllate, anche mediante l'attuazione della trasparenza in tutti gli aspetti gestionali, nonché mediante l'attività di vigilanza nell'ambito dei contratti pubblici, degli incarichi e comunque in ogni settore della pubblica amministrazione che potenzialmente possa sviluppare fenomeni corruttivi, evitando nel contempo di aggravare i procedimenti con ricadute negative sui cittadini e sulle imprese, orientando i comportamenti e le attività degli impiegati pubblici, con interventi in sede consultiva e di regolazione*”.

órganos públicos o a las Administraciones a “generar anticuerpos”, ya que “*no se puede combatir la corrupción, o en general la mala gestión, poniéndose en contra de la Administración y sin utilizar lo mejor de las personas que forman parte de ella*” (Cantone y Carloni, 2018: 84).

Esta nueva perspectiva no deja de llamar la atención. A un órgano administrativo de construcción de obras públicas (que prepara y adjudica contratos, y vigila su ejecución) las leyes de contratos le encomiendan estas tareas, y naturalmente también, derivado del principio de legalidad, le encomiendan – si bien de manera no explícita, o no como un mandato concreto – que cumpla las normas que regulan dicha actividad. Y todo ello sin necesidad de ningún plan, programa o medida anticorrupción, ni de autoresponsabilizarse de no incurrir en corrupción. Ahora se le obliga además – por lo menos en Italia, y acaso pronto también en España - a establecer en su seno, como en seguida veremos, un “plan” anticorrupción que le indique expresamente que no debe corromperse y lo que debe hacer para no caer en ello. En España aun no existen los planes anticorrupción de los que deba dotarse cada Administración, pero en materia contractual desde la vigente LCSP sí existe esa obligación de autogestionarse y autocombatir la corrupción y el fraude en su propia actividad⁴⁵. Ello, se dice, representaría un paso adelante importante porque le responsabiliza de autovigilarse – además de continuar con su tarea ordinaria. Esta autovigilancia interna, normalmente bajo la supervisión y posible sanción de un órgano externo-independiente (sea el TCu o los nuevos órganos anticorrupción), es la esencia de la prevención en que consiste la función de garantía.

V. Las potestades, competencias e instrumentos de los órganos anticorrupción

A continuación vamos a detenernos en las potestades o herramientas más características de los órganos anticorrupción. Cabe clasificarlas y ordenarlas de varias maneras, incluso alguna ley lo hace⁴⁶. Podríamos hablar de competencias normativas, preventivas, consultivas, investigativas, sancionadoras, de coordinación, de registro, así como otras ancilares como de rendición de cuentas o de publicidad. Todas ellas son potestades administrativas tradicionales, pero con la novedad de que las ejerce un órgano que no es administrativo, en el sentido de que no está incardinado en la Administración sino en el poder legislativo. Las sistematizaremos en las siguientes siete categorías.

1. Planificación y estrategia

⁴⁵ Art. 64 LCSP: “*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*”.

⁴⁶ El art. 5 de la ley navarra 7/2018 le encomienda a Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra las siguientes funciones: a) La función de prevención. b) La función de investigación. c) La función de evaluación. d) La función de protección. e) La función de regulación y supervisión de la contratación pública.

Las leyes autonómicas anticorrupción suelen prever que los nuevos órganos elaboren un plan de actuación o plan anticorrupción⁴⁷. Sin embargo estos planes carecen de valor normativo, o de eficacia *ad extra*: se trata únicamente de que los órganos anticorrupción sistematicen y ordenen su propia actividad, estableciendo objetivos así como plazos y medios para su consecución. El más destacado de estos instrumentos es la Estrategia Nacional de Contratación Pública prevista en el art. 334 de la LCSP, que el art. 332.7 a) encarga a la OIRESC, y que tiene carácter vinculante para el sector público (habla de seguimientos, mejora de la supervisión, análisis, buenas prácticas, promoción de la formación, etc.). El contenido de estos planes de prevención de la corrupción es bastante heterogéneo⁴⁸, y en algunos aspectos no es fácil encontrarle valor jurídico-normativo, pese a que la LCSP señala enfáticamente el carácter vinculante de la Estrategia Nacional⁴⁹. Tal carácter es dudosamente predicable para la AGE, y lo es más aun respecto de otras Administraciones dotadas de autonomía política. En palabras de Canals Ametller (2018: 434),

“las estrategias nacionales no son instrumentos normativos. Son instrumentos de planificación o herramientas de coordinación de las instancias públicas implicadas en la implementación de una determinada política pública. Son un marco de principios y objetivos compartidos, a partir de los cuales implementar políticas o programar actuaciones entre distintas administraciones públicas, las cuales se vinculan políticamente. No poseen, en consecuencia, valor jurídico alguno, en el sentido de sujetar a las partes firmantes del documento a determinadas obligaciones de derecho”.

No se trata sólo de que estos planes y estrategias no tengan carácter vinculante o normativo, sino que no son planes y estrategias “internas”. Es decir: los elabora y aprueba el órgano de supervisión o anticorrupción, que se proyectan sobre otras Administraciones y otros entes y órganos. De modo que se trata de planes “externos” en el sentido de ajenos a la Administración concernida. Por ello, no responden a la antes referida idea de autoresponsabilización en que consiste la función de garantía⁵⁰.

⁴⁷ Una excepción es la ley andaluza de 2021, que no prevé nada respecto del planeamiento, más allá de la redacción de un código ético o de buenas prácticas, cuyo valor jurídico no se menciona, “*con la finalidad de prevenir el fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros*” (art. 9.1 d)

⁴⁸ El art. 32 de la ley asturiana de 2018 señala, como contenidos del Plan de Prevención de la Corrupción, el mapa de riesgos de la organización, la probabilidad de ocurrencia en las diversas áreas funcionales, distinguiendo su impacto en objetivos y la prioridad en la línea estratégica de cada Consejería, entidad y organismo, y las acciones de control propuestas para su reducción, añadiendo que al término del bienio correspondiente, el Plan de Prevención de la Corrupción será objeto de una evaluación por parte del Consejo sobre su grado de cumplimiento. Similarmente, pero añadiendo la formación y las memorias de actividad, véase el art. 22 de la ley aragonesa 5/2017.

⁴⁹ “*La Estrategia Nacional de Contratación Pública a la que se refieren el artículo 332 apartado 7 en su letra a) y el artículo 333 apartado 3, es el instrumento jurídico vinculante, aprobado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, que se basará en el análisis de actuaciones de contratación realizadas por todo el sector público incluyendo todos los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras comprendidas en el sector público estatal, autonómico o local, así como las de otros entes, organismos y entidades pertenecientes a los mismos que no tengan la naturaleza de poderes adjudicadores*”.

⁵⁰ No entraremos ahora en el complejo asunto del valor normativo de los planes de actuación que elaboran entes y órganos. Se trata del valor normativo respecto del propio órgano que los elabora: ¿Qué sucede cuando por ejemplo un órgano tributario no cumple su plan de inspección? Ello no tiene trascendencia anulatoria, sino como mucho es un indicio de mal funcionamiento administrativo (o de mala elaboración

¿Qué hacer para conseguir esta autoresponsabilización? Pues algo relativamente sencillo y que en España aun está por hacer (no así en Italia, como veremos en seguida): al igual que la *compliance* privada respecto de los denominados programas de cumplimiento, la ley podría obligar al sujeto a dotarse de un plan o programa anticorrupción mediante el cual se autovincule. Estos planes “propios” o “internos” que elabora cada Administración, ente u órgano, y no el órgano externo de supervisión o vigilancia, o bien son ignorados por las leyes españolas, o en el mejor de los casos aparecen vagamente previstos. Ejemplo de lo primero son las leyes aler 16/2016 de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción, o la ley antifraude andaluza de 2021, que no contemplan en absoluto ninguna herramienta de estrategia o de planificación no ya para el resto de Administraciones sino tampoco para el propio órgano anticorrupción. Ejemplo de lo segundo es la previsión laxa o indeterminada es el art. 334.8 LCSP, que habilita – no obliga – a las CCAA y a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla a “*elaborar una estrategia de contratación pública que deberá ser coherente con la estrategia nacional de contratación*”, o la ley aragonesa 5/2017 de Integridad y Ética Públicas, que se limita a otorgar al órgano anticorrupción funciones de recomendación y propuesta, y a prever la existencia de un código de buen gobierno y otro de buena conducta. Muy poca cosa, a todas luces insuficiente para juridificar de manera vinculante un deber u obligación de cada órgano o Administración de dotarse de un plan anticorrupción mediante el que se autoresponsabilice.

Sí vale la pena mencionar los planes anuales de control financiero previstos el art. 31 Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local. Es verdad que no se trata de planes anticorrupción en sí mismos sino que se refieren a la tradicional función de intervención, es decir, del control económico-presupuestario a nivel local. Pero se le parecen lejanamente, no sólo por su objeto sino también por su metodología (que como en seguida veremos incluye un análisis de riesgos). En lo que no se le parecen en nada es en sus efectos: el RD 424/2017 se limita a establecer un deber a cargo del órgano interventor, sin anudar ningún tipo de consecuencia jurídica a la omisión de mismo o a su no cumplimiento⁵¹

En Italia sí han dado el paso de dotar a los planes anticorrupción de cierta eficacia jurídica. Dotarse de este tipo de planes es una obligación para todas las Administraciones⁵². Su contenido ha sido ampliamente descrito por Cantone y Carloni (2018: 79 y ss.), por Piperata (2021: 40 y ss.) y por Nieto Martín (2020: 669 y ss), por lo que no nos vamos a detener demasiado en ello. Baste comentar un par de cosas. Por ejemplo, que la regulación italiana nos parece excesivamente compleja: existe un “plan nacional anticorrupción”, con periodicidad y validez bianual, que aprueba la ANAC y que contiene directrices e indicaciones para que a su vez cada Administración (general, regional, municipal)

de plan, que apuntó a objetivos poco realistas). Sólo apuntaremos a una hipotética posible colisión entre dos o más instrumentos de planificación administrativa: piénsese en un plan de inspección tributaria (destinado a detectar el fraude) o en un plan de comprobación del cumplimiento de subvenciones, con idéntica finalidad, y la posible colisión de ambos con un plan anticorrupción.

⁵¹ Los apartados 3 y 4 del art. 31 sólo indican que “*el Plan Anual de Control Financiero así elaborado será remitido a efectos informativos al Pleno*”.

⁵² La aplicación de la normativa de la ANAC y de los planes anticorrupción ha ido poco a poco extendiéndose a los entes instrumentales. En 2017 se previó una aplicación debilitada a las sociedades mercantiles públicas, a los entes de Derecho privado controlados por la Administración, a los entes públicos económicos y a los Colegios Profesionales. Las sociedades participadas y las entidades de derecho privado que no estén controladas por la Administración (asociaciones, fundaciones) quedan excluidas de las medidas anticorrupción (no así de las medidas relativas a la transparencia).

apruebe su propio plan de carácter trienal. Los más fervientes defensores de estas técnicas (Cantone y Carloni, 2018: 90) reconocen que *“lo que contiene el plan nacional son indicaciones [“indicazioni di indirizzo”], que fundamentarán las decisiones discrecionales que tomen las Administraciones a las que se dirige, constituyendo una herramienta que estas pueden utilizar o no, sin que vean su ámbito mermado”*.

También vale la pena aludir al a nuestro juicio excesivo énfasis que estos planes o programas (ya sean “externos” o de autoresponsabilización interna) ponen en el denominado *“mapa de riesgos”*⁵³. Sin duda, detectar y analizar los riesgos de fraude o corrupción es el fundamento de todos los sistemas de cumplimiento basado en la autoregulación (desde la prevención de riesgos laborales al blanqueo de capitales), de modo que sin saber dónde están los riesgos no se pueden elaborar medidas de prevención ni preparar a la Administración para reaccionar contra ello⁵⁴. Así que no estamos diciendo que no tengan su importancia. Lo que queremos decir es que no creemos que esa detección del riesgo, en lo que nos ocupa, sea del todo útil ni que revele o saque a la luz riesgos desconocidos. Salvo que estén recién llegados a su puesto o acaben de ingresar en la función pública, o sean almas cándidas, los gestores públicos (gobernantes y administradores) conocen perfectamente los riesgos de corrupción que están presentes en su actividad contractual, subvencional, urbanística, o de selección del personal⁵⁵. Y cuando la ley se ha puesto a definir los riesgos, lo ha hecho de una manera a nuestro juicio inútil e inoperante. Por ejemplo en Valencia la ley 22/2018, de 6 de noviembre, de la Generalitat, de Inspección General de Servicios y del sistema de alertas para la prevención de malas prácticas en la Administración de la Generalitat y su sector público instrumental prevé en su artículo 21.2 que *“es un factor de riesgo cualquier hecho o circunstancia presente en el contexto jurídico, material, humano u organizativo de la tramitación de un procedimiento administrativo, que aumente las probabilidades de aparición de malas prácticas o irregularidades durante la tramitación del mismo”*. ¿Se gana de verdad algo con poner esos posibles riesgos en un documento? ¿Tiene algún interés real que, como señala Carloni (2017: 92), el Plan Nacional Anticorrupción italiano *“identifique una serie de «áreas de alto riesgo», con respecto a cualquier administración pública: el área de*

⁵³ Ello está presente en las leyes españolas (salvo en la andaluza de 2021), que aunque no prevén la planificación anticorrupción, sí se refieren a los “mapas de riesgos”: el art. 5 c) 1 de la ley balear 16/2016 encomienda a la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción *“llevar a cabo estudios y análisis de riesgos previos en actividades relacionadas con los contratos, las ayudas o las subvenciones públicas”*. Y en idéntico sentido el art. 4 e) de la ley valenciana 11/2016, añadiéndose *“los procedimientos de toma de decisiones, en colaboración con los servicios de auditoría o intervención”*.

⁵⁴ En España el art. 31.2 del antes citado RD 424/2017 relativo al control interno en las Administraciones locales establece, como contenido del plan anual de control financiero, un análisis de riesgos: *“El Plan Anual de Control Financiero incluirá todas aquellas actuaciones cuya realización por el órgano interventor derive de una obligación legal y las que anualmente se seleccionen sobre la base de un análisis de riesgos consistente con los objetivos que se pretendan conseguir, las prioridades establecidas para cada ejercicio y los medios disponibles. A estos efectos, se incluirán en el Plan las actuaciones referidas en el artículo 29.4 del Reglamento. El concepto de riesgo debe ser entendido como la posibilidad de que se produzcan hechos o circunstancias en la gestión sometida a control susceptibles de generar incumplimientos de la normativa aplicable, falta de fiabilidad de la información financiera, inadecuada protección de los activos o falta de eficacia y eficiencia en la gestión”*.

⁵⁵ Capdeferro (2016: 26) escribe que *“Esta evaluación singularizada de riesgos de corrupción tendría por finalidad informar a los sujetos que deben tomar parte en el procedimiento con riesgos de corrupción de cuáles son específicamente las cuestiones que pueden comprometer en mayor grado el desarrollo de sus funciones de acuerdo con la ética pública y la buena administración, así como proponer las prácticas a seguir para evitar la aparición de casos de corrupción”*. Nos parece bastante ingenuo pensar que esta “información” a los gestores del procedimiento (no se dice si también a quienes en él figuren como interesados) de las circunstancias que les pueden comprometer desde la ética pública añade algo a lo que ellos ya conocen o a las obligaciones que la ley les impone.

contratación y promoción del personal, el ámbito de los contratos públicos, el área de las ayudas y subvenciones, el área de las medidas que producen indirectamente una ventaja económica (por ejemplo, autorizaciones o concesiones o permisos de obras y edificación)”?

Quienes se dedican a la *compliance* penal, que ha inspirado la reciente legislación anticorrupción, sostienen que sistematizar las posibles conductas corruptas, aunque añada poco o nada al “descubrimiento” de la corrupción, sí representa una explicitación de las obligaciones de respeto a la legalidad⁵⁶. Además, ese plan que detecta y explicita los riesgos suele llevar aparejada una cierta fuerza vinculante, porque dotarse del mismo es obligatorio – en Italia – y no hacerlo, o no aplicarlo o contravenirlo constituye una infracción administrativa, tal y como se dirá luego, y ello da pie a la intervención sancionadora del órgano anticorrupción. Además, estos planes anticorrupción no solo definen y “mapean”, como se dice ahora, en una primera fase los riesgos, sino que incluso establecen herramientas para gestionarlos, es decir, para minimizarlos o detectar prontamente los indicios de corrupción⁵⁷. Derivada de la experiencia de la *compliance* penal, se han creado incluso reglas y procedimientos ISO (Cantone y Carloni 2018: 88)⁵⁸. En todo caso, lo importante a retener ahora es que así como generalmente el análisis de riesgos sí está presente en la legislación española que regula este tipo de órganos, pero sin contenido jurídico concreto ni valor vinculante, la obligación de dotarse de un plan anticorrupción formalizado no lo está, y ello ha sido objeto de crítica, por ejemplo por Nieto Martín y García-Moreno (2019: 389) y por Ponce Solé (2016 y 2017). El resultado de todo ello es que la autoresponsabilización en España prácticamente no existe: *“Las agencias españolas anticorrupción aconsejan y ayudan a aquellos organismos públicos que deseen establecer políticas anticorrupción, pero en modo alguno elaboran una política común que deba ser implantada obligatoriamente por los organismos públicos y cuya implantación efectiva supervisan”* (Nieto Martín y García-Moreno 2019: 399).

2. Supervisión e investigación

Ya se anticipó que una de las principales actividades de los órganos anticorrupción es la investigación – pero no en todos ellos⁵⁹. Siguiendo a Nieto Martín, podemos hablar de dos tipos de investigación: aquella que se refiere a hechos ya sucedidos y aquella más propia de la noción de supervisión, o sea, de tipo preventivo. Se ha criticado la práctica ausencia de investigaciones o controles de tipo preventivo-supervisor, de manera que en realidad todas son de tipo reactivo, es decir, *“fruto de una sospecha o generalmente de una denuncia”* (Nieto Martín 2020: 667)⁶⁰. Las investigaciones “supervisoras” son las

⁵⁶ *“El análisis de riesgos es vital en cualquier sistema de cumplimiento porque asegura su racionalidad y el que la organización destine eficazmente sus recursos preventivos, centrándolos en aquellas actividades cuyo riesgo resulta más alto”*: Nieto Martín y García-Moreno (2019: 388)

⁵⁷ Véase una metodología para la elaboración de los planes en Nieto Martín y García-Moreno (2018: 32)

⁵⁸ Otra herramienta de la función de garantía, que se superpone con la siguiente potestad (la sancionadora) es la de los denominados “códigos éticos”, previstos por ejemplo en la ley antifraude andaluza de 2021 (art. 9.1 d). Como no vamos a detenernos en ella, nos remitimos a Capdeferro (2020), y a la bibliografía allí citada, así como a Nieto Martín y García-Moreno (2019: 384 y ss.)

⁵⁹ Esta faceta investigativa está en el órgano de Galicia, que tiene funciones puramente preventivas, o en el mejor de los casos las desarrolla a través de la Cámara de Cuentas.

⁶⁰ Algunas leyes sí prevén esta función de prevención (art. 6 a) de la ley navarra 7/2018, que le atribuye al órgano anticorrupción *“identificar los riesgos de corrupción, detectar las conductas inapropiadas o contrarias a la integridad y a la ética pública. Para ello recogerá datos y elaborará estudios que permitan identificar las tipologías de fraude en el sector público, los ámbitos en los que se producen y las situaciones que facilitan su aparición”*, pero ello no parece llevar aparejado competencias de investigación propiamente dichas.

que corresponderían a la función de prevención porque no se refieren a una conducta determinada sino que analizan los riesgos, la implantación o no de medidas preventivas, etc., y pueden finalizar con unas recomendaciones o algún otro tipo de indicación. Llama la atención que el principal órgano supervisor de ámbito nacional en materia de contratación, y sólo indirectamente de anticorrupción (la OIRESC) no tenga prácticamente previstas en la LCSP herramientas para llevar a cabo dicha función supervisora, ni tampoco en su norma de creación y regulación (los arts. 332 de la LCSP y 12.15 del Real Decreto 1113/2018 por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda)⁶¹. Es evidente que ambos tipos de investigación (“supervisora” y “reactiva”) responden a lógicas distintas, y que pueden llegar a confluir cuando la primera, haciendo el barrido y evaluación general de la actuación administrativa, detecte irregularidades con relevancia penal.

Un singular ejemplo de esta supervisión preventiva es lo que en Italia denominan “*vigilanza collaborativa*”, regulada en materia contractual por el art. 213 del Código de los contratos públicos de 2016⁶². No es una investigación *ex post* de hechos ya consumados sino que tiene por objeto prevenir anticipadamente la comisión de irregularidades, pero no en general haciendo planes, programas y evaluaciones sino que se aplica a un procedimiento contractual determinado que esté en curso. Ello prevendría la corrupción y filtraría ilegalidades, evitando recursos jurisdiccionales. Esta vigilancia colaborativa no se produce de oficio por la ANAC sino que son las Administraciones y poderes adjudicadores las que la solicitan. Este añadido procedimental puede ralentizar y obstaculizar las licitaciones, y por eso no se aplica con carácter general sino únicamente a “*encargos de particular relevancia*”⁶³. El mecanismo no consiste tanto en una vigilancia fiscalizadora por parte de la ANAC sino en un apoyo o colaboración, que se produce en el marco de un “protocolo de acción” que suscriben la ANAC y la Administración solicitante⁶⁴. Y se traduce en intercambio de información y consultas entre el ente contratante y la ANAC, y sobre todo en la posibilidad de que, previamente a la adopción de una determinada resolución contractual, esta emita un informe previo que en su caso ponga de manifiesto posibles ilegalidades, sugiera la inclusión de ciertas cláusulas, etc. Este informe no tiene carácter vinculante: el ente contratante puede apartarse de él, siempre que lo motive y que lo comunique a la ANAC, y asumiendo la responsabilidad de eventuales consecuencias.

Yendo ya a la investigación en sí misma, o investigación “reactiva”, el punto de partida, según Fernández Ajenjo (2019: 5) es que los órganos de control interno de fondos públicos no han podido, sabido o querido hacer tareas de investigación:

⁶¹ Así lo señala Canals Ametller (2018: 437): “*Las funciones de supervisión que la LCSP le atribuye son extremadamente genéricas e indeterminadas, con lo que se desnaturaliza el carácter de órgano de supervisión y control de la oficina. Por lo demás, la LCSP no prevé regla alguna respecto de cómo se ejercerán tales funciones de control y supervisión sobre los sujetos obligados*”.

⁶² Al respecto véanse Piperata (2021: 51), Calzoni (2016) y Cantone y Carloni (2018: 179).

⁶³ Un reglamento de la ANAC pone como ejemplos grandes eventos deportivos (olimpiadas, campeonatos mundiales), culturales (expo de Milán de 2015) o religiosos (jubileos), así como desastres naturales, o contratos en los que estén presentes fondos europeos, o grandes infraestructuras estratégicas, o licitaciones masivas (centrales de contratación).

⁶⁴ En el web de la ANAC se relacionan los protocolos firmados. En 2020 figuran 22, con departamentos universitarios, municipios, entes de transporte, empresas públicas, ministerios, mutuas profesionales y laborales, etc., pero no todos ellos responden a la recién mencionada lógica de limitar esta técnica a las grandes operaciones contractuales: <https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Attivitadocumentazione/ProtocolliIntesa/ 2020>

“cabe resaltar la reiterada omisión de las instituciones de control de los fondos públicos, tanto en su versión interna en forma de intervenciones generales o auditorías internas, como en los ejemplos externos propios de los tribunales de cuentas o las contralorías generales. Bajo el lema de “los auditores no somos policías”, los auditores públicos se han declarado de forma mayoritaria incompetentes para ejercer la inspección administrativa del fraude al Erario Público”.

Tal vez ello explique el énfasis de las nuevas leyes anticorrupción en otorgar extensa capacidad investigativa a los órganos anticorrupción. Por ejemplo el art. 7.1 de la ley navarra 7/2018 señala las distintas vertientes o finalidades de la investigación⁶⁵. Similarmente a la regla general del art. 58 de la LPC, todas las leyes anticorrupción salvo la LCSP establecen que para realizar investigaciones el órgano anticorrupción puede actuar de oficio, a petición de otros órganos o autoridades, o tras haber tenido noticia de un hecho u omisión potencialmente corrupto, normalmente mediante denuncia, como en seguida veremos⁶⁶. Por lo que se refiere a las técnicas en las que se concreta dicha investigación, en ocasiones no aparecen demasiado bien sistematizadas o especificadas, pero algunas leyes las intentan detallar, la mayoría tomando como modelo el art. 17 de la ley de la OAC catalana 14/2008⁶⁷.

⁶⁵ “Las actuaciones de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra en materia de investigación comprenderán, entre otras, las siguientes actividades: a) Investigar sobre conductas irregulares que puedan suscitar conflictos de interés en autoridades, altos cargos y personal al servicio de las Administraciones Públicas o fundaciones y empresas públicas, con participación mayoritaria o dominio efectivo, independientemente de que se rijan por el derecho público o privado, que vayan en detrimento del Código Ético o que pudieran ser causa de perjuicio económico o de reputación para el sector público de Navarra, ya sea de forma directa o indirecta. b) Investigar el uso en beneficio privado de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público y el aprovechamiento en beneficio particular o de terceros de bienes y recursos públicos. c) Investigar la conculcación de los principios de igualdad, mérito, publicidad y capacidad en la provisión de los puestos de trabajo en el sector público, así como en las fundaciones y empresas públicas, con participación mayoritaria o dominio efectivo, independientemente de que se rijan por el derecho público o privado. d) Realizar el seguimiento y verificación de las ejecuciones de los encargos a entes instrumentales y contratos administrativos licitados y adjudicados por alguno de los sujetos previstos en el artículo 4.1, 2 y 3 de la presente ley foral”.

⁶⁶ Art. 11.1, párrafo segundo, de la ley valenciana 11/2016: “El inicio de las actuaciones de oficio se producirá bien por iniciativa propia, como consecuencia de una solicitud de Les Corts o de otros órganos o instituciones públicas, o por denuncia”. La LCSP, al referirse a la OIRESC, ni siquiera emplea la palabra “denuncia” sino que alude a “tener conocimiento”.

⁶⁷ Art. 15.2 de la ley navarra 7/2018: “la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción podrá personarse en cualquier centro de las Administraciones que conforman la Comunidad Foral de Navarra, así como del sector público instrumental, para comprobar cuantos datos fuesen necesarios, revisar documentación o expedientes y realizar las entrevistas personales que considere oportunas”. El art. 10.2 lo especifica algo más, al señalar que “El personal de la Oficina que tenga atribuidas funciones de investigación e inspección tendrá la condición de autoridad a efectos probatorios y podrá: a) Personarse, acreditando la condición de autoridad o agente de la Oficina, en cualquier oficina o dependencia de las Administraciones y entidades públicas o centro afecto a un servicio público, dentro del ámbito de esta ley foral, para solicitar información, efectuar comprobaciones in situ y examinar los documentos, expedientes, libros, registros, contabilidad y bases de datos, cualquiera que sea el soporte en que estén grabados, así como los equipos utilizados. b) Efectuar las entrevistas personales que se estimen convenientes, tanto en la correspondiente dependencia administrativa como en la sede de la Oficina. Los entrevistados tienen derecho a ser asistidos por la persona que ellos mismos designen, incluida la asistencia letrada. c) Acceder, en lo que la legislación vigente permite, a la información de cuentas corrientes en entidades bancarias en que se hayan podido efectuar pagos o disposiciones de fondos relacionados con procedimientos de adjudicación de contratos públicos u otorgamiento de subvenciones públicas, mediante el requerimiento oportuno. d)

Estas leyes anticorrupción en general ponen a disposición del órgano anticorrupción la colaboración de los demás órganos que desempeñan tareas similares⁶⁸. En efecto, las leyes suelen establecer expresamente que los miembros y empleados de las Administraciones y organismos sometidos a investigación están obligados a colaborar con los órganos anticorrupción y a cumplir sus requerimientos⁶⁹ (pero no pasan de esa declaración genérica), y para ello otorgan a los investigadores la condición de agente de la autoridad⁷⁰. En España no se llega hasta el extremo de la ANAC italiana, que puede valerse de las fuerzas policiales (“*guardia di finanza*”). La normativa española no tiene lo que los anglosajones denominan “*law enforcement*”, es decir, capacidad policial o pseudopolicial: los funcionarios de los órganos anticorrupción españoles no son agentes del orden ni policía judicial, y no pueden detener a nadie, ni privarle ejecutoriamente de sus bienes o de su libertad, ni tampoco sus funciones primordiales son la aplicación coercitiva de la ley⁷¹. Sin embargo sí son “agentes de la autoridad” y como tales deben ser obedecidos, y como es natural sus actas tienen presunción de veracidad o certeza en el sentido del art. 77.5 de la LPC. Finalmente, nos parece criticable que las leyes de creación de estos órganos no regulen con un mínimo detalle los procedimientos de actuación, remitiéndose a la legislación procedimental general⁷², o incluso los deslegalicen⁷³. Del mismo modo, sería deseable que las leyes autonómicas señalasen con más claridad en qué aspectos o procedimientos están facultados los órganos anticorrupción para intervenir: por ejemplo, no se especifica si pueden actuar en cualquier fase de una licitación pública (preparación, adjudicación, ejecución, liquidación), como ocurre con la ANAC italiana. Y siguiendo con el modelo italiano, tampoco queda del todo

Acordar, al efecto de garantizar la indemnidad de los datos que puedan recogerse, la realización de fotocopias adheradas de los documentos obtenidos, cualquiera que sea el soporte en que estén almacenados. e) Todas las actuaciones enumeradas en los apartados a) al d) del numeral 1 deberán llevarse a cabo con estricto respeto al principio de presunción de inocencia y al derecho fundamental de defensa, sin que pueda ocasionarse indefensión”. En línea prácticamente idéntica véanse el art. 24 de la ley aragonesa 5/2017 y el art. 10 de la ley balear 15/ 2016, relativos a las potestades de la agencia anticorrupción. La ley andaluza antifraude prevé en el art. 18 la potestad de inspección en términos casi idénticos, pero añade que “*En el supuesto de personas físicas o jurídicas privadas que no formen parte del sector público andaluz [por ejemplo concesionarios, contratistas, perceptores de subvenciones o licencias], será preciso el consentimiento de las mismas para el acceso a las dependencias o, en su caso, la oportuna autorización judicial*”.

⁶⁸ El art. 69.4 de la ley asturiana 8/2018 señala que “*Para el ejercicio de sus competencias la Oficina de Buen Gobierno y Lucha contra la Corrupción contará con la colaboración de la Inspección General de Servicios del Principado de Asturias, la Inspección Educativa, así como de la Intervención General del Principado de Asturias y resto de órganos de control interno*”.

⁶⁹ Art. 11 de la ley navarra de 2018: “*Deber de colaboración. A fin de poder desarrollar sus funciones, las Administraciones Públicas y entidades a que se refiere el artículo 4 de la presente ley foral deberán colaborar con la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de Navarra en todo aquello que esta necesite y esté en relación con hechos investigados por la misma*”.

⁷⁰ Art. 24.3 de la ley aragonesa 5/2017: “*Los funcionarios al servicio de la Agencia que tengan atribuidas competencias inspectoras tendrán la condición de agente de la autoridad*”. El art. 17.2 de la ley balear 16/2016 limita la condición de autoridad al presidente del órgano anticorrupción.

⁷¹ Fernández Ajenjo (2019: 7) señala que la OLAF europea, pese a llevar a cabo investigaciones de naturaleza administrativa, sí que dispone de poderes “cuasipoliciales”.

⁷² Art. 45 de la ley navarra 7/2018: “*Inspección. Todo expediente de investigación deberá ser tramitado e instruido por la inspección de acuerdo con la normativa establecida en la presente ley foral y, con carácter supletorio, en la normativa vigente reguladora del procedimiento administrativo común*”, siendo la regulación en ella contenida bastante escasa.

⁷³ El art. 23.1 de la ley aragonesa 5/2017, bajo la rúbrica “Procedimiento de actuación”, señala que “*La Comisión Ejecutiva [de la Agencia de Integridad y Ética Públicas] propondrá para su aprobación por el Pleno de las Cortes de Aragón el Reglamento de actuación de la Agencia, donde se establecerá su procedimiento de actuación, que deberá garantizar los derechos de los afectados y la posibilidad de que los órganos e instituciones sujetos realicen alegaciones antes de la formulación de conclusiones*”.

claro en la legislación española si los órganos anticorrupción, o la OIRESC, pueden desplegar su actividad de investigación respecto de las empresas adjudicatarias de los contratos⁷⁴.

3. Denuncias

La investigación puede iniciarse a raíz de una denuncia. Ello nos sitúa ante otro de los contenidos típicos de prácticamente todas las leyes autonómicas de creación de los órganos anticorrupción cual es el del estatuto y protección de los denunciantes o alertadores. Acaso ello explique que la materia haya sido estudiada por Bauzá Martorell (2015) y más recientemente por Benítez Palma (2018), por Pérez Monguió (2019), por Vestri (2019), por Garrido Juncal (2019) y por Serra Rodríguez (2020), entre otros. El punto de partida, como casi todo en la anticorrupción, es que el origen de esta regulación está en las normas internacionales, si bien sólo a título de mera recomendación⁷⁵. Respecto de las denuncias creemos que hay varios aspectos jurídicamente relevantes.

a) El primero es la situación procedimental o procesal de los denunciantes. O dicho de otro modo: las obligaciones que asume el órgano anticorrupción ante el que se formula la denuncia, y las posibilidades de reacción o impugnación de las que el denunciante eventualmente disponga respecto de aquellas decisiones u obligaciones. Como es sabido, la posición jurídica de quien denuncia una conducta potencialmente constitutiva de infracción administrativa es una de las materias más relevantes del Derecho administrativo, y que sin embargo a nuestro juicio no ha recibido la debida atención⁷⁶. Ha sido con ocasión de la creación de los órganos anticorrupción cuando los legisladores parecen haber dado un paso adelante. Desde el punto de vista procedimental lo más relevante nos parece si el denunciante puede o no considerarse interesado (o legitimado procesalmente) para iniciar un procedimiento en relación con la eventual inacción del órgano anticorrupción una vez que recibe la denuncia. Este es el aspecto esencial del asunto, como ya señalaron hace años Rebollo Puig o Cobreros Menzadona, y la respuesta es negativa, en aplicación de las reglas generales del procedimiento administrativo común⁷⁷, o del procedimiento disciplinario de los funcionarios (que sin embargo obliga a que se comunique al denunciante si se iniciaron o no actuaciones o procedimiento disciplinarios, así como que se le notifique la resolución que ponga fin al procedimiento: arts. 27 y 48.3 del Reglamento de régimen disciplinario de 1986).

Esta es la situación tradicional. El paso siguiente es plantearse cuál ha es la incidencia que sobre ella haya tenido la Directiva europea de 2019, si es que tiene alguna. Sus arts.

⁷⁴ Las leyes parecen preverlo con carácter general pero luego, al regular la parte más importante (las herramientas y poderes de investigación) guardan silencio al respecto. La ley valenciana 11/2017 incluye en el ámbito de aplicación del órgano anticorrupción, en los apartados h) e i) del art. 3 a los contratistas y subcontratistas y a los perceptores de subvenciones, y su art. 6.1 lo reitera, pero el art. 6.2, al concretar en qué se traducen las funciones de investigación o inspección, omite cualquier referencia a las empresas o a los particulares y sólo alude a las Administraciones. La ley navarra 7/2018, al establecer su ámbito subjetivo de aplicación, ni siquiera alude a los concesionarios, ni tampoco a los licitadores.

⁷⁵ El art. 33 de la CNUCC recomienda a los Estados “proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”. Similarmente, véanse los arts. 9 y 22 de los Convenios civil y penal sobre la corrupción (Convenios números 174 y 173 del Consejo de Europa). La Directiva 2019/1937 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión

⁷⁶ Con las excepciones de, entre otros, Rebollo Puig (1993) y Cobreros Mendazona (1995), y más recientemente de Sendín García (2019) y de Sahún Pacheco (2020).

⁷⁷ El art. 62.5 de la LPC es inequívoco al respecto: “La presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento”.

11.2 e) 11.3 y 11.4 señalan que “*las autoridades competentes notificarán al denunciante su decisión y la motivación de la misma*”. Así que ello aparentemente representa un cambio respecto de la LPC, cuyo art. 62.3 únicamente obliga a notificar al denunciante el curso dado a su iniciativa “*cuando la denuncia invocara un perjuicio en el patrimonio de las Administraciones Públicas*”, en cuyo caso “*la no iniciación del procedimiento deberá ser motivada y se notificará a los denunciantes la decisión de si se ha iniciado o no el procedimiento*”. Si, como es plausible, se considera que una denuncia de corrupción representa casi siempre un perjuicio patrimonial, entonces la regulación de procedimiento común sería acorde con la Directiva. Más adelante estudiaremos si a las denuncias anticorrupción reguladas en las nuevas leyes autonómicas les es de aplicación o no la LPC.

Las regulaciones autonómicas de las denuncias en las leyes anticorrupción son bastante parecidas entre sí. La ley valenciana 11/2016, que es la que con más detalle las regula, obliga al órgano anticorrupción a notificar al denunciante el archivo de su denuncia, si así se resuelve tras la tramitación de las actuaciones de comprobación o indagación (art. 16.2: “*El archivo será comunicado al denunciante o solicitante en escrito motivado*”). La ley andaluza de 2021 señala lo mismo (art. 21.3), así como la notificación de la resolución que acuerde iniciar el expediente sancionador (art. 23.3), y lo mismo para el traslado de las actuaciones a otro órgano o a otra Administración (art. 23.2). El art. 18.2 de la ley navarra de 2018 parece dar un pequeño paso más, al establecer que “*El archivo será comunicado al interesado mediante escrito motivado indicándole, en su caso, las vías oportunas para hacer valer sus derechos*”, pero como era de esperar no se dice que esas vías incluyan la condición de legitimado para la impugnación judicial del archivo.

b) La segunda observación tiene por objeto las denuncias anónimas. Están prohibidas por el art. 62.2 LPC y por otras normas administrativas como las normas de tráfico⁷⁸ o por normas laborales que son de aplicación a las Administraciones cuando empleen a trabajadores sometidos dicho régimen⁷⁹ (y también en materia penal: art. 266 LECr). Sin embargo esta prohibición está poco a poco siendo sorteada por los legisladores autonómicos, por algunos entes locales e incluso, indirectamente, por las propias Cortes Generales.

Comencemos por esto último. El art. 24.1 de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, relativo a los sistemas de información de denuncias internas en las empresas que hacen tratamiento de datos, prevé denuncias anónimas, lo cual es aplicable, pero sólo de manera principal, a los sistemas de denuncias internas que pudieran crearse en las Administraciones (art. 24.5). La defensa de la competencia es aplicable por tanto a las empresas y en principio no a las Administraciones como posibles infractoras, pero se tramita ante un órgano administrativo como la CNMC, y en ese ámbito existe un denominado “programa de clemencia” (procedimientos de exención y de reducción del importe de la multa previstos en los arts. 46 a 53 del RD 261/2008 por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia) que no contempla como tal el anonimato pero sí la “confidencialidad” del denunciante.

La más llamativa erosión al carácter nominativo de las denuncias ha venido de las leyes autonómicas anticorrupción que estamos examinando. La ley aragonesa 5/2017 contiene

⁷⁸ Art. 9.2 del Real Decreto 320/1994, de 25 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial

⁷⁹ Art. 20.5 de la Ley 23/2015 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

en su art. 46 la previsión de las denuncias, y bajo la rúbrica “Medios para garantizar la confidencialidad”, señala lo siguiente:

“No se admitirán denuncias anónimas. No obstante, la Agencia deberá establecer procedimientos y canales confidenciales para la formulación de denuncias que garanticen su estricta confidencialidad cuando el denunciante invoque la aplicación del estatuto regulado en este artículo. En particular, la Agencia creará una oficina virtual, que pondrá a disposición de los denunciantes para la presentación de denuncias y documentación asociada, así como para la comunicación con los denunciantes que así lo soliciten, de manera segura y confidencial. Dichos procedimientos y canales podrán ser también utilizados por quienes ya hubiesen actuado como denunciantes para comunicar represalias u otras actuaciones lesivas derivadas de la presentación de la denuncia”.

Por el contrario la ley valenciana 11/2016 no prohíbe las denuncias anónimas, ni dice que no surtirán los efectos de las nominativas, pero establece en su art. 11.2 que

“Cualquier persona puede dirigirse a la agencia para comunicar conductas que puedan ser susceptibles de ser investigadas o inspeccionadas por esta. En este caso, se acusará recepción del escrito recibido. La persona informadora puede solicitar que se garantice la confidencialidad sobre su identidad, y el personal de la agencia está obligado a mantenerla, excepto en el caso en que se reciba un requerimiento judicial”⁸⁰.

Adviértase que la ley valenciana no habla de “denuncia” o de “denunciar” sino de “comunicar” y de “informar”⁸¹. Como en seguida veremos, eso puede tener su importancia. La más reciente ley andaluza de 2021 admite las denuncias anónimas. Su art. 20 c) señala que

“Las denuncias, exceptuándose las anónimas, deberán expresar la identidad de la persona o personas que las formulan y el relato de los hechos que se ponen en conocimiento de la Oficina. Cuando dichos hechos pudieran ser constitutivos de una infracción administrativa o de un delito indicarán, cuando sea posible, la fecha de su comisión y la identificación de las personas presuntas responsables [...] El denunciante podrá solicitar de la Oficina que se guarde la confidencialidad sobre su identidad, así como respecto de cualquier otra información de la que se pueda deducir, directa o indirectamente, su identidad, estando el personal de la Oficina obligado a mantenerla, aun cuando la persona denunciada solicite conocer la identidad de la denunciante”.

Pero es en la Disp. Ad. segunda donde ello se ve más claramente:

“Disposición adicional segunda. Denuncias anónimas. 1. La Oficina estará obligada a admitir a trámite, así como a iniciar el procedimiento de investigación e inspección de las denuncias anónimas, siempre y cuando las mismas cumplan los requisitos establecidos en el artículo 20.1, previo análisis de la verosimilitud de los hechos denunciados o comunicados. 2. La Oficina está obligada a

⁸⁰ El art. 14.3 de la ley balear 16/2016 viene a decir lo mismo.

⁸¹ Sin embargo la Dirección de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de dicha Comunidad sí emplea la palabra “denuncia” en una Resolución del año 2018 reguladora de los canales de denuncias (“El Buzón de Denuncias incorpora mecanismos de interacción con informantes anónimos que están orientados a garantizar dicha colaboración”).

implementar una vía que garantice el derecho a la denuncia anónima, a través de la creación de un buzón o canal de denuncias anónimas”.

De modo que el modelo aragonés sería sólo aparentemente respetuoso con la LPC: no hay anonimato sino nominatividad seguida de solicitud para que se mantenga la confidencialidad, lo cual mantiene ficticiamente el anonimato. En los modelos valenciano o andaluz sí se permite el anonimato, lo cual no es compatible con la LPC.

A nivel local el Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción del Ayuntamiento de Madrid prevé las denuncias anónimas. Ello fue impugnado por la Delegación del Gobierno ante el TSJ, por considerarlo contrario al art. 62.2 LPC. En el FJ 10 de la sentencia 252/2018 el tribunal rechazó el argumento recurriendo a la idea de que lo que el Reglamento Orgánico prevé no es una denuncia “procedimental”, que si es anónima contravendría la LPC, sino una denuncia meramente “informativa”. Este fue el razonamiento:

“A la hora de interpretar adecuadamente el citado artículo 62.2 LPAC no debe perderse de vista que el artículo 62 lleva por título " Inicio del procedimiento por denuncia ", por lo que el mandato contenido en su párrafo segundo, exigiendo la identidad de la persona o personas denunciantes, debe forzosamente entenderse como requisito para que el órgano administrativo competente pueda acordar de oficio el inicio del procedimiento como consecuencia de una denuncia. Dicho de otra forma, una denuncia anónima en ningún caso será fundamento suficiente para que el órgano administrativo competente acuerde el inicio de un procedimiento administrativo. Esto es, una denuncia anónima no reúne los requisitos para su admisión a trámite.

Llegados a este punto, no debe perderse de vista que la Administración puede tener conocimiento de los hechos por cualquier medio, incluso por una noticia publicada en los medios de comunicación. Y desde esta perspectiva, nada impide que determinados hechos sean llevados al conocimiento de la Administración de forma anónima.

Cuando la Administración se encuentre ante una denuncia anónima, obviamente, no podrá, sin más, acordar en base a la misma el inicio del procedimiento. Ahora bien, nada impide que, cuando la denuncia presente ciertos signos de veracidad y credibilidad, la Administración pueda realizar una cierta investigación mediante la realización de determinadas actuaciones previas tendente a verificar, prima facie, los hechos irregulares puestos en su conocimiento.

En tales situaciones, el eventual acuerdo de inicio del procedimiento no vendrá amparado o fundamentado en la denuncia anónima sino en la información previa, que es la que verdaderamente determina el inicio del procedimiento sancionador. De esta forma, el acuerdo de inicio del procedimiento será adoptado por propia iniciativa, que es una de las modalidades de inicio de oficio de un procedimiento que se contempla en el artículo 58 LPAC (" Los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia ").

Y en este sentido es como debe ser interpretado el precepto ahora impugnado, máxime cuando el párrafo tercero del artículo 26 ROFC dispone que " La

denuncia no producirá otro efecto que el de poner en conocimiento de la Oficina la supuesta comisión de hechos irregulares ”.

En la medida en que la denuncia anónima no tiene otro efecto que el poner en conocimiento de la OMFC unos determinados hechos (que el denunciante anónimo considera irregulares), sin que de la sola recepción de la denuncia se derive la adopción de acuerdo alguno de inicio de procedimiento, deberemos concluir que el artículo 26.2 ROFC impugnado no vulnera el artículo 62.2 LPAC. En consecuencia, el motivo de impugnación debe desestimarse”.

El argumento es sencillo, pero engañoso. Se aprovecha de la falta de claridad conceptual entre “*inicio del procedimiento de oficio tras tener conocimiento previo*” e “*inicio del procedimiento de oficio tras denuncia formalizada conforme a la LPC*” para admitir por la puerta trasera lo que la LPC prohíbe expresamente. La denuncia anónima no crea ningún tipo de vínculo procedimental sino que se limita a habilitar a la Administración para iniciar, si lo desea, actuaciones informativas. Pero es que la denuncia formalizada y nominal del art. 62.2 LPC tampoco crea ningún tipo de vínculo procedimental en la práctica, de modo que en realidad ambas cosas (denuncia formal y denuncia anónima o “puesta en conocimiento de hechos”) vendrían a tener el mismo efecto. Eso es lo que señalan Bauzá Martorell (2015: 9) y, siguiéndole, Garrido Juncal (2019: 145), y coincide con lo que escribía Lozano en 2003: la denuncia anónima es una “fuente de información” que puede dar lugar a la iniciación del procedimiento sancionador a iniciativa de la autoridad (citada por Bauzá Martorell 2015: 9). Así pues, en términos prácticos la diferencia entre las “informaciones”, “comunicaciones”, “alertas” y las denuncias es puramente testimonial.

Ello nos conduce a profundizar en lo antes apuntado en relación con la terminología. ¿Es o no indiferente que las leyes autonómicas empleen los términos “denunciante”, “informante”, “comunicante” o “alertador” de manera aparentemente equivalente? Por ejemplo, el “informante” valenciano tiene a su disposición un “buzón de denuncias”, no un “buzón” o “cauce” de suministro de información anónima, lo cual permite dudar de que efectivamente estas leyes se muevan dentro del respeto al marco competencial del procedimiento administrativo⁸². Siguiendo con el caso valenciano, Garrido Juncal (2019: 144) trae a colación otra Resolución de la Dirección del órgano valenciano anticorrupción que mete en el mismo saco nominal (y aparentemente conceptual) a denunciantes, informadores, comunicantes, etc.: “*se considera persona denunciante a cualquier persona física o jurídica, que comunique hechos o conductas, presumiblemente fraudulentos o corruptos, que pueden dar lugar a la exigencia de responsabilidades legales, ante la propia Agencia o cualquier otro órgano administrativo, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial*” y se “*asimilan a las personas denunciantes, a estos efectos, todas aquellas que alertan, comunican o revelan informaciones de este tipo*”.

Hasta este momento hemos contrastado las regulaciones autonómicas con la prohibición del anonimato de la LPC. Pero es que no está claro que a la actividad de los órganos anticorrupción se aplique la LPC. Su E. de M. señala que “*se prevé la aplicación de lo previsto en esta Ley a todos los sujetos comprendidos en el concepto de Sector Público*”,

⁸² En otras ocasiones la ley es más precisa: el art. 11 de la ley valenciana 11/2016 distingue, por un lado, entre “El inicio de las actuaciones de oficio se producirá bien por iniciativa propia, como consecuencia de una solicitud de Les Corts o de otros órganos o instituciones públicas, o por denuncia” (apartado 1, del todo respetuoso con la LPC) y, por otro, “la persona informadora”: “*La persona informadora puede solicitar que se garantice la confidencialidad sobre su identidad, y el personal de la agencia está obligado a mantenerla, excepto en el caso en que se reciba un requerimiento judicial*”.

y el art. 2 a) señala que “*El sector público institucional se integra por cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas*”. Estando los órganos anticorrupción parlamentarizados, y con estatuto de supuesta independencia respecto de las Administraciones, y no teniendo “vinculación” con la Administración, no estarían incluidos en el ámbito de aplicación de la LPC. Sin embargo, la Disp. Ad, 5ª, titulada “Actuación administrativa de los órganos constitucionales del Estado y de los órganos legislativos y de control autonómicos”, prevé la aplicación “principal” de la LPC a estos órganos:

“La actuación administrativa de los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, se regirá por lo previsto en su normativa específica, en el marco de los principios que inspiran la actuación administrativa de acuerdo con esta Ley”.

No parece que haya duda acerca de la inclusión de los órganos anticorrupción en las “instituciones análogas” al TCu que puedan crear las CCAA, así que sólo se les aplicará la LPC en modo principal, salvo que sus leyes de creación dispongan otra cosa. Y así parece hacer la ley andaluza 2/2021 en su art. 8:

“Artículo 8. Régimen jurídico. 1. La Oficina se regirá por lo dispuesto en la presente ley y en su normativa reglamentaria de desarrollo aprobada por el Consejo de Gobierno, en los términos indicados en la disposición final séptima, así como por lo establecido en el reglamento de régimen interior y funcionamiento previsto en el apartado 2, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa vigente en materia de régimen jurídico del sector público y procedimiento administrativo común”.

Por el contrario la ley balear 16/2016 no se remite a la LPC. Tras señalar que la Oficina está sometida “únicamente al ordenamiento jurídico” (art. 1.1), prevé que su organización y régimen jurídico se regulen “mediante un reglamento de régimen interior, cuya tramitación y la aprobación, en su caso, corresponderá al Parlamento de las Illes Balears, a través de la comisión correspondiente” (art. 7.1)⁸³. No se menciona, al contrario que en Andalucía, la LPC, pero esta reaparece en el art. 15, relativo al procedimiento sancionador⁸⁴.

Para concluir con este apartado del anonimato o no de las denuncias (o cosas asimiladas) baste con recordar lo señalado por Bauzá Martorell (2015: 2): “*A día de hoy todavía no se han alcanzado conclusiones claras y definitivas sobre la admisión o no de la denuncia anónima*”. Bauzá escribía a la luz de la LRJAPyPAC, pero las leyes de 2015 no quisieron

⁸³ El art. 12, sobre garantías procedimentales, tampoco menciona la LPC: “*El reglamento de funcionamiento y de régimen interno de la Oficina regulará el procedimiento para llevar a cabo las funciones inspectoras e investigadoras de modo que se garanticen los derechos a la defensa y a la presunción de inocencia de las personas investigadas y respetando en todo caso lo dispuesto en este artículo*”.

⁸⁴ Art. 34.4: “*El procedimiento sancionador se regirá por lo que dispone la legislación básica del Estado o la normativa propia de las Illes Balears en materia sancionadora, el Decreto 14/1994, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento a seguir por la Administración de la comunidad autónoma en el ejercicio de la potestad sancionadora, o normativa que la sustituya, con las especificidades que establece el Reglamento regulador del régimen de funcionamiento de la Oficina*”.

o supieron aportar novedad alguna – pese a la tajante prohibición del anonimato del art. 62.2 LPC.

c) Basándose en algunas experiencias italianas Vestri (2019) sugiere la posibilidad de que una denuncia incluso anónima tenga el efecto de suspender cautelarmente un procedimiento administrativo. No creemos que ello pueda tener la virtualidad que el autor pretende. En primer lugar, si la denuncia es anónima, no estaría prevista en la LPC, que como venimos diciendo requiere la identificación del denunciante, y sería del todo contradictorio que una denuncia que se sitúa extramuros de la LPC tenga efectos contemplados en la LPC. Una denuncia anónima no puede poner en marcha el art. 56 LPC, que requiere la actuación de oficio o a instancia de parte (y “de forma motivada”), y no por denuncia, y menos aun por “información” o similar. La modalidad a instancia de parte está descartada, por no ser una “parte” quien solicita, por mucho que la denuncia pueda incluir expresamente, y de manera motivada, una petición de suspensión cautelar de un determinado procedimiento. Y que una denuncia anónima, es decir no contemplada por la LPC, pueda válidamente poner en marcha una decisión de oficio, contradice tanto el carácter nominativo de las denuncias (art. 62.2 LPC) como la puesta en marcha del art. 56 únicamente de oficio o a instancia de parte. ¿Cabría entender que una denuncia válidamente interpuesta – es decir, no anónima – tiene capacidad para permitir la actuación de oficio? Veámoslo.

Partiendo del supuesto de que a los procedimientos (al menos a los sancionadores) que tramiten los órganos anticorrupción se les aplica la LPC (como en Baleares y en Andalucía), entonces si efectivamente la denuncia no es anónima, entonces habría que estar a lo que dispone el régimen general de las medidas cautelares de los arts. 56 y 117 LPC. Este último sólo entra en juego con ocasión de un recurso (el apartado 2 permite la actuación de oficio pero sólo en el marco de un recurso), de modo que no es aplicable. Admitiendo que una denuncia pueda desencadenar la actuación de oficio, pues pone en conocimiento de la Administración determinados hechos, podrían entrar en juego las medidas provisionales generales del art. 56 LPC. Su apartado 1 nos parece más operativo que el 2, porque se aplicaría cuando aparece una denuncia relativa, por ejemplo, a un procedimiento contractual o subvencional en curso (en cambio el 2 opera cuando aun no hay procedimiento). Las medidas que prevé el apartado 3 son las de la LEC, y no resultan en absoluto adaptadas a lo que parece pretender Vestri (suspender o paralizar un procedimiento en el que el denunciante aprecie la existencia de corrupción). Entonces, tras una denuncia nominativa de persona no interesada y que no solicite la medida provisional de suspensión ¿puede la Administración actuar de oficio y adoptar cualquier medida del art. 56.1 LPC como por ejemplo paralizar un procedimiento en curso? Para responder afirmativamente a ello hay que sortear el obstáculo de la finalidad de la medida. Porque el art. 56.1 LPC dispone que esta finalidad es “asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer”, o lo que es lo mismo, se mueve en la lógica de la suspensión de la eficacia del acto recurrido prevista en el art. 117.4 LPC. Esta lógica es muy distinta a la lógica de la hipotética suspensión que estamos aquí analizando. Existe un último obstáculo: no parece lógico que un denunciante nominal pueda obtener la suspensión cautelar un determinado procedimiento sin asumir las consecuencias de los daños que ello pueda causar. El art. 117.4 LPC prevé la prestación de caución o garantía. Es cierto que en este último caso se trata de un recurso formalizado, mientras que aquí estamos ante una simple denuncia, pero no parece que el art. 56.1 LPC pueda tener la virtualidad de poner al denunciante no interesado en mejor condición que al recurrente, y menos aun si se tiene en cuenta que las medidas del art. 56.1 LPC pueden adoptarse sin audiencia de parte.

Es cierto que, como subraya Marina Jalvo (2017: 185) las medidas provisionales de posible adopción conforme al art. 56 LPC no están tasadas y además están deslegalizadas, en el sentido de que no necesitan estar previstas en norma legal, como sucedía en la LRJAPyPAC. Así que la regulación es ahora más flexible, pero en cualquier caso insistimos en que es muy dudoso que una denuncia nominativa (las anónimas en ningún caso) pueda tener efectos desencadenadores de una medida provisional del art. 56.1 LPC. Por ello la propuesta de Vestri nos parece que no tiene cabida en el régimen general de los procedimientos administrativos que tramiten los órganos anticorrupción.

d) La cuarta cuestión importante es la atinente a la persona del denunciante (sobre ello puede verse extensamente García-Moreno 2020). ¿A quién consideran las normas anticorrupción, o de protección de denunciantes, como persona merecedora de protección? El art. 33 CNUCC (con el limitado valor vinculante que ya conocemos) habla de “*cualquier persona*”. El art. 9 del Convenio civil nº 174 del Consejo de Europa habla sólo de los funcionarios⁸⁵. Esta segunda es la opción por la que se decantó inicialmente el legislador italiano. La ley de 6 de noviembre de 2012 nº 190 o “*ley Severino*” de lucha contra la corrupción protegía como denunciantes sólo a los empleados públicos estatales. Posteriormente la ley de 30 de noviembre de 2017 nº 179 sobre el denominado “*whistleblowing*” amplió el ámbito de aplicación a todos los empleados públicos regionales o locales, de las autoridades independientes, de los entes instrumentales y de las empresas públicas, así como a personas ajenas a la Administración que trabajen para contratistas públicos. Este término medio, que no se limita a los empleados públicos pero que no engloba a cualquier persona, es el que ha recogido la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión⁸⁶. En ella no está muy claro sin embargo que el “denunciante funcionario” corresponda a lo que la Directiva denomina “denuncias internas”, y que el “denunciante ciudadano” corresponda a las “denuncias externas”⁸⁷.

Tampoco está muy clara la regulación española. La OAC catalana fue pionera en lo que Canals Ametller (2018: 422) denomina “*el auxilio del control social*”, y ello ha sido retomado y potenciado por las sucesivas leyes autonómicas. Por ejemplo la ley navarra 7/2018 asigna expresamente al órgano anticorrupción la función de protección a cualquier denunciante, sea o no empleado público (art. 9.2), y en el art. 9.1, referido a los empleados

⁸⁵ “Cada Parte establecerá en su derecho interno medidas de protección adecuadas contra toda sanción injustificada a los empleados que tengan motivos fundados de sospecha de corrupción y que denuncien de buena fe sus sospechas a las personas o autoridades responsables”.

⁸⁶ Su artículo 4, “Ámbito de aplicación personal”, señala que “La presente Directiva se aplicará a los denunciantes que trabajen en el sector privado o público y que hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral, incluyendo, como mínimo, a: a) las personas que tengan la condición de trabajadores en el sentido del artículo 45, apartado 1, del TFUE, incluidos los funcionarios; b) las personas que tengan la condición de trabajadores no asalariados, en el sentido del artículo 49 del TFUE; c) los accionistas y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos, así como los voluntarios y los trabajadores en prácticas que perciben o no una remuneración; d) cualquier persona que trabaje bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores”, y añade también a las personas que en el pasado hubiesen trabajado para estos entes, o a los que vayan a hacerlo en el futuro inmediato.

⁸⁷ Según el art. 5 de la ley aragonesa 5/2017 “denuncia interna” es “la comunicación verbal o por escrito de información sobre infracciones dentro de una entidad jurídica de los sectores privado o público”, mientras que “denuncia externa” es “la comunicación verbal o por escrito de información sobre infracciones ante las autoridades competentes”. De manera que el carácter “interno” o “externo” no haría alusión a la persona, funcionaria o no, que denuncia sino al órgano ante el que se formula la denuncia, que parecería ser un órgano jurisdiccional, o al menos el ministerio fiscal.

públicos, se limita a decir que el órgano “velará por que puedan desempeñar sus funciones en los términos legalmente establecidos”. Como además el art. 24, que concreta esa función de protección, se refiere a cualquier denunciante, parecería que el legislador autonómico está pensando más en el “denunciante ciudadano” que en el “denunciante funcionario”. Similarmente, la ley valenciana habla en su art. 14.1 de denunciante como “*cualquier persona física o jurídica que comuniquen hechos que pueden dar lugar a la exigencia de responsabilidades legales*”⁸⁸. En sentido opuesto, la ley aragonesa 5/2017 y la castellano-leonesa 2/2016 solo consideran denunciantes a los empleados públicos⁸⁹.

De cualquier manera, se observa una regulación confusa. Por ejemplo en lo atinente a los “denunciantes ciudadanos”, que no se sabe a ciencia cierta cuál sería su régimen, o a los deberes de protección. En el primer caso, porque no se entiende bien lo que señala la ley valenciana respecto por ejemplo de la situación laboral un “denunciante ciudadano”⁹⁰. En el segundo caso, porque el deber de protección en ocasiones no está bien perfilado del todo, o incluso no se sabe muy bien a quien corresponde: el art. 18 II 1 a) de la misma ley valenciana tipifica como infracción muy grave “*el incumplimiento de las medidas de protección del denunciante cuando la falta de colaboración haya causado un grave perjuicio al denunciante o a la investigación*”. De modo que según ello quien protege no es el órgano anticorrupción sino el órgano (público o privado) en el que trabaja el denunciante, órgano este que puede ser sancionado si no cumple las medidas de protección. Y efectivamente el órgano anticorrupción no tiene atribuidas dichas funciones de protección. Pero la ley valenciana sí le otorga una especie de deber de velar porque otros sí protejan: entre las funciones que enumera el art. 5 no se dice que el órgano “protegerá”, sino que “*velará para que estas personas [los denunciantes] no sufran, durante la investigación ni después de ella, ningún tipo de aislamiento, persecución o empeoramiento de las condiciones laborales o profesionales, ni ningún tipo de medida que implique cualquier forma de perjuicio o discriminación*” (art. 14.1 d). La regulación andaluza de la protección al denunciante distingue en su art. 38 entre la protección al funcionario, al empleado laboral y a los funcionarios y empleados de universidades o de

⁸⁸ También la ley andaluza 2/2021 recoge una noción amplísima de “*persona denunciante*”: “*Tendrán la consideración de denunciantes, a los efectos de esta Ley, las personas físicas o jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que formulen una denuncia ante la Oficina en los términos previstos en el artículo 20 c), sobre hechos que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros*”.

⁸⁹ Art. 45. “*Definición de denunciante. 1. Se considera denunciante a los efectos de esta ley a cualquier empleado del sector público de Aragón o de las instituciones y órganos estatutarios que pone en conocimiento de la Agencia de Integridad y Ética Públicas hechos que pudieran dar lugar a la exigencia de responsabilidades por alcance o penas por delitos contra la Administración pública*”. Adviértase que el campo de actuación de la denuncia se ciñe a los delitos o al quebranto patrimonial, lo cual vendría a corroborar lo dicho más atrás sobre el carácter esencialmente investigativo-penal de estos nuevos órganos. En el mismo sentido, las únicas personas a las que la normativa de Castilla y León considera “denunciantes” es a los propios empleados públicos de la Administración regional, y no a cualquier persona (art. 1 de la ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes).

⁹⁰ Art. 14.1 d): “*En particular, a instancia de la persona denunciante, la agencia podrá instar al órgano competente a trasladarla a otro puesto, siempre que no implique perjuicio a su estatuto personal y carrera profesional y, excepcionalmente, podrá también instar al órgano competente a conceder permiso por un tiempo determinado con mantenimiento de la retribución*”. No se dice que este artículo se aplique solo a los funcionarios, como parece deducirse, pero tampoco parece que pueda valerse de esta posibilidad un denunciante que trabaje para una empresa licitante o perceptora de subvenciones (expresamente incluidas en el ámbito de aplicación de la ley: art. 3 h) e i)), y que haya denunciado prácticas corruptas o colusorias. Lo mismo sucede, como se acaba de ver, en la legislación andaluza.

Administraciones locales, pero omite a las personas del art. 3 e), o sea, a licitadores, adjudicatarios, perceptores de subvenciones, etc.

e) ¿Existe una obligación de denuncia? Potenciar las denuncias, como están haciendo las leyes autonómicas, es sólo una pieza de la política de combate o prevención de la corrupción. Otra de las piezas es plantearse si las personas (sean o no empleados públicos) tienen o no un deber u obligación de denunciar ante la Administración – ante los órganos anticorrupción, allá donde los haya – las conductas corruptas o fraudulentas. La legislación general de funcionarios (EBEP: arts. 53 y 54, y 95 relativo a las infracciones disciplinarias) no prevé nada parecido a ese deber, ni tampoco sus equivalentes autonómicos. Sin embargo hay sectores en los que, debido a “la especial responsabilidad del funcionario sobre el correcto desarrollo de la concreta actividad encomendada” (García-Moreno 2020: 89), sí puede el legislador establecer dicha obligación. De hecho algunas leyes ya lo prevén – además de la vetusta LECr⁹¹. En materia de prevención del blanqueo de capitales el art. 48.1 de la ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, modificado por el RD Ley 11/2018, obliga a *“Toda autoridad o funcionario que descubra hechos que puedan constituir indicio o prueba de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, ya sea durante las inspecciones efectuadas a las entidades objeto de supervisión, o de cualquier otro modo”* a informar de ello al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, dependiente de la Secretaría de Estado de Economía, y se añade que *“Sin perjuicio de la posible responsabilidad penal, el incumplimiento de esta obligación por los funcionarios públicos que no sean sujetos obligados conforme al artículo 2 se sancionará disciplinariamente con arreglo a la legislación específica que les sea de aplicación”*. El art. 64.2 LCSP establece una especie de deber genérico de denuncia (bien es verdad que limitado a los conflictos de intereses en materia contractual y sin emplear el término “denuncia”): *“Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación”*. El art. 26 de la LTBG establece, pero sólo como “principio de actuación”, que las personas incluidas en el título II (miembros del gobierno y altos cargos) adecuarán su actividad al principio de que *“pondrán en conocimiento de los órganos competentes cualquier actuación irregular de la cual tengan conocimiento”*. La más reciente ley anticorrupción, la andaluza 2/2021, ha dado un paso adelante y tras establecer en su art. 35.2 un deber de denuncia que compete a todos los empleados públicos sometidos a su ámbito de aplicación⁹², cuyo incumplimiento el art. 45 c) tipifica como infracción leve.

⁹¹ Art. 259: *“El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal, o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas”*. Art. 262: *“Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante. Los que no cumplieren esta obligación incurrirán en la multa señalada en el artículo 259, que se impondrá disciplinariamente. Si la omisión en dar parte fuere de un Profesor en Medicina, Cirugía o Farmacia y tuviesen relación con el ejercicio de sus actividades profesionales, la multa no podrá ser inferior a 125 pesetas, ni superior a 250. Si el que hubiese incurrido en la omisión fuere empleado público, se pondrán además en conocimiento de su superior inmediato para los efectos a que hubiere lugar en el orden administrativo”*.

⁹² *“Deber de comunicar los hechos que conozcan y que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción, conflicto de intereses o de cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros”*.

Garrido Juncal (2019: 132-133) expone las diversas alternativas normativas y doctrinales, algunas de las cuales pasan por configurar la denuncia como un derecho para el denunciante-ciudadano y como una verdadera obligación para el denunciante-funcionario. Por su parte García-Moreno (2020: 88) niega que, a falta de tipificación específica como las que acabamos de ver, exista un deber genérico de denuncia, ni siquiera para el funcionario. ¿Podría esto remediarse mediante el establecimiento de premios o incentivos? En materia funcional sería complicado, pero no imposible. Y en todo caso el requisito esencial sería establecer mecanismos de protección del denunciante o alertador similares a los que están creando las leyes anticorrupción de las CCAA.

f) Finalmente, debemos hacer breve mención del objeto de la denuncia. ¿Qué es lo que debe contener una denuncia? ¿Qué tipo de datos o de información? Para empezar, una denuncia no es una “queja” o “sugerencia”, sino que es algo más. Es la puesta en conocimiento de hechos que se consideran contrarios al ordenamiento jurídico (Garrido Juncal 2019: 136). ¿Basta una ilegalidad, incluso una irregularidad no invalidante del art. 48 LPC? ¿O se requiere una ilegalidad cualificada, constitutiva de fraude o corrupción? Para esto no hay respuesta clara, debido a la indefinición de lo que es fraude o corrupción – salvo en Andalucía, donde como ya se vio el art. 2 c) de la ley 2/2021 da una definición normativa de corrupción. Sí parece claro que algunas normas autonómicas se pasan de frenada. La Resolución de 25 de abril de 2018, del director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana, por la que se crea el Buzón de Denuncias de la Agencia y se regula su funcionamiento (DOGV de 23 de mayo de 2018) establece dicho canal con el fin de

“facilitar, de forma identificada o anónima, a elección del denunciante, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, la comunicación de: a) Posibles casos de uso o destino irregular de fondos públicos y de conductas opuestas a la integridad o contrarias a los principios de objetividad, eficacia y sumisión plena a la ley y al derecho. b) Conductas del personal al servicio de entidades públicas que comporten el uso o abuso en beneficio privado de informaciones que tengan por razón de sus funciones, o que tengan o puedan tener como resultado el uso o el destino irregular de fondos públicos o de cualquier otro aprovechamiento contrario al ordenamiento jurídico. c) Actos u omisiones que pudieran ser constitutivos de irregularidades administrativas en la tramitación de expedientes, a cuyo efecto se podrá instar la incoación de los procedimientos que correspondan para depurar responsabilidades”.

Es claro que si una denuncia puede tener por objeto cualquier “irregularidad administrativa en la tramitación de expedientes” los canales de denuncia corren el riesgo de colapsarse. Por otro lado está el asunto de la verosimilitud, o contenido probatorio, que debe exigirse a las denuncias. Claro es que no puede exigirse prueba plena o definitiva, pero tampoco serían operativas denuncias no sustentadas en hechos mínimamente comprobables. En cuanto a las denuncias falsas, se trata de una cuestión no resuelta. No sólo porque no aparecen conectadas las leyes autonómicas con el delito de denuncia falsa del art. 456 del Código Penal, sino porque es posible que algunos disuasorios no sean suficientes. Por ejemplo el art. 18 II 1 d) de la ley valenciana anticorrupción de 2016 tipifica como infracción administrativa el presentar “denuncias manifiestamente falsas que causen graves perjuicios a la persona denunciada”, lo cual presenta un llamativo problema de *bis in idem* por la coincidencia con el art. 456 del CP. La exigencia de buena fe en la denuncia tampoco es filtro demasiado eficaz, ni está claro que una denuncia de

mala fe pueda o deba ser automáticamente considerada falsa. Sin duda, ante una denuncia dudosa entra en juego la capacidad de comprobarlas: por ejemplo el art. 21 de la ley andaluza 2/2021 prevé un “*periodo de información o actuaciones previas*” para verificar los hechos y la conveniencia o no de iniciar un procedimiento de investigación o inspección. Su art. 35.4 establece una presunción muy relevante:

“se considerará que los denunciantes no infringen ninguna restricción de revelación de información, así como que tampoco incurren en responsabilidad de ningún otro tipo en relación con la información suministrada en la denuncia, siempre que las personas denunciantes tuvieran motivos razonables para creer que la revelación de la información era necesaria para poner de manifiesto la comisión de hechos que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción o conflicto de intereses”.

Obsérvese que la denuncia se ciñe a corrupción o circunstancias similares, y además se añade que “*Los denunciantes no incurrirán en responsabilidad respecto de la adquisición o el acceso a la información que es comunicada, siempre que dicha adquisición o acceso no constituyera en sí mismo un delito*”. Así que se requiere buena fe, creencia razonable que los hechos denunciados son ciertos o que su revelación es necesaria para aflorar la corrupción. Más o menos en línea con los considerandos nº 101 y 102 de la Directiva de 2019, otras leyes autonómicas han intentado equilibrar el fomento de las denuncias con las cautelas ante su posible abuso por mala fe. La antes citada Resolución de la Oficina valenciana prohíbe “*formular comunicaciones con una finalidad diferente de la que prevé esta resolución o que vulneren los derechos fundamentales al honor, la imagen y la intimidad personal y familiar de terceras personas o que sean contrarias a la dignidad de la persona*”. La ley aragonesa de 2017 prevé algo posiblemente más efectivo, al señalar que a las denuncias “*de mala fe, que proporcionen información falsa, tergiversada u obtenida de manera ilícita*” no serán de aplicación los mecanismos de protección del denunciante.

En definitiva, lo que subyace bajo todo esto es el problema de fondo de la posición de la persona (llámese denunciante, informador, alertador o “*whistleblower*”) que pone en conocimiento de la Administración un hecho potencialmente constitutivo de ilegalidad, infracción o delito, que ahora se somete a la actividad de los nuevos órganos autonómicos anticorrupción. Esta posición estaba clara conforme a las reglas tradicionales del procedimiento administrativo (la denuncia no puede ser anónima, y no le atribuye al denunciante una condición de interesado que no tuviese ya por ser titular de un interés o de un derecho), pero esas reglas han empezado a ser excepcionadas por las propias leyes administrativas (al prever, en ciertos ámbitos como el medio ambiente o el urbanismo, legitimación popular o sin necesidad de interés, o al obligar a la Administración o bien a comunicar al denunciante si actúa o no, o incluso a motivar esta decisión). Y en todo caso en lo que a la anticorrupción se refiere, y en parte por obra del derecho europeo, parece que la regla tradicional del carácter nominativo de las denuncias está siendo arrumbada por la legislación anticorrupción, que ha creado cauces de información o comunicación alternativos a la denuncia tal y como la conocíamos en la legislación de procedimiento general.

4. Sanciones

Otra de las herramientas principales es la potestad sancionadora, prevista en el art. 8.6 de la CNUCC respecto de los funcionarios que infrinjan los códigos de conducta, así como

en el art. 26 CNUCC respecto de las personas jurídicas. Según dijimos más atrás, en este trabajo no vamos a abordar la cuestión de los códigos de conducta⁹³. La potestad sancionadora en materia de anticorrupción administrativa es una herramienta poco clara (Capdeferro 2016: 20), hasta el punto de que el más antiguo de los órganos anticorrupción español (la OAC catalana) no dispone de ella, y en esta misma línea se sitúan el órgano balear y los órganos municipales de Madrid y Barcelona. Por el contrario, acaso siguiendo la estela de la LTBG y de la LAC, los órganos valenciano, navarro, aragonés y andaluz sí tienen capacidad sancionadora, al igual que la ANAC italiana, que cabe considerar uno de sus modelos⁹⁴.

En efecto, la ANAC italiana sí dispone de una potestad sancionadora más incisiva respecto dos supuestos no previstos en España: no haberse adoptado o desarrollado el plan anticorrupción, y haberse cometido un delito. Lo primero está bastante claro: si la ley italiana obliga a las Administraciones a dotarse de un plan anticorrupción, que debe ajustarse a los criterios del plan nacional, es fácil y lógico tipificar como infracción administrativa y prever la correspondiente sanción para el caso de que dicho plan no exista. Lo segundo (la comisión de un delito como desencadenante de la potestad sancionadora de la ANAC) requiere alguna explicación. Según Nieto Martín (2020: 671) la ANAC utiliza su potestad sancionadora en dos casos, además de cuando no se aprueba el plan anticorrupción: cuando detecta comportamientos que obstaculizan sus investigaciones (lo mismo que sucede en la legislación autonómica española) y cuando se ha cometido un delito. En este caso, previsto en el art. 1.12 de la ley 190/2012, una vez dictada la sentencia condenatoria, la ANAC instruye un expediente sancionador no al funcionario o empleado condenado sino al responsable anticorrupción de la Administración de que se trate por no haber detectado a tiempo, o no haberla evitado, la conducta posteriormente considerada delictiva⁹⁵. Estos dos ámbitos sancionadores están interrelacionados: si hay obligación de dotarse de plan anticorrupción es que se presume que el ente o Administración cuentan con medios de prevención, detección y evitación de conductas corruptas, de manera que si estas se terminan produciendo es que algo falló, imputándose a la Administración (en la persona del responsable del plan anticorrupción) la comisión de una infracción administrativa *in vigilando* en caso de que no pueda demostrar que había puesto en marcha medidas anticorrupción – que pese a ello fallaron.

En España los órganos aragonés, valenciano, balear y andaluz pueden imponer sanciones a los responsables de otras Administraciones pero no por conductas corruptas en sí sino por falta de colaboración, por obstaculizar las investigaciones o por tomar medidas de represalia contra los alertadores, entre otros comportamientos⁹⁶. Entre las situaciones y

⁹³ Pero sí queremos recordar, siguiendo a Nieto Martín y García-Moreno (2019: 397), que “*la posibilidad de considerar que la infracción de códigos éticos o de conducta dentro de la Administración Pública puede sancionarse disciplinariamente no es tan clara*”.

⁹⁴ Los órganos anticorrupción insertados en los OCEX (en Canarias y en Galicia), o en el propio aparato administrativo interno (la inspección de servicios en Castilla y León) no disponen de potestad sancionadora.

⁹⁵ Nieto Martín y García-Moreno (2019: 402) señalan que la sanción no es automática, porque el responsable del órgano no resulta sancionado si acredita que “*implantó correctamente las medidas de prevención de la corrupción y supervisó su funcionamiento*”.

⁹⁶ El art. 18.1 de la ley valenciana anticorrupción 11/2016 tipifica como infracción, bajo el paraguas de “*Obstaculizar el procedimiento de investigación*”, lo siguiente: “*a) Negarse injustificadamente al envío de información en el plazo establecido al efecto en la solicitud del acuerdo de inicio del expediente de investigación. b) Retrasar injustificadamente el envío de la información en el plazo establecido al efecto en el acuerdo de inicio del expediente. c) Remitir la información de forma incompleta. d) Dificultar el acceso a los expedientes o documentación administrativa necesaria para la investigación. e) No asistir*”.

conductas tipificadas vale la pena destacar algunas que no son sustantivas sino más bien procedimentales, como por ejemplo la que se da cuando la institución destinataria del requerimiento para iniciar el expediente sancionador no contesta al mismo, que la ley navarra 7/2018 tipifica como infracción muy grave en el art. 49.1 e)⁹⁷. Así que el silencio administrativo, que nunca o casi nunca tiene consecuencias sancionadoras, aquí sí las tiene, y ello es una novedad con implicaciones potencialmente muy relevantes.

De estas infracciones nos parece reseñable que algunas de ellas son omisivas (la no comunicación de conductas corruptas o ilegales, la no protección del denunciante, o el recién mencionado silencio administrativo). Las infracciones administrativas, disciplinarias o no, de carácter omisivo eran en general bastante poco frecuentes, pero la LRJSP les dio un claro respaldo legal al establecer en su art. 28.2 que “*las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores podrán tipificar como infracción el incumplimiento de la obligación de prevenir la comisión de infracciones administrativas por quienes se hallen sujetos a una relación de dependencia o vinculación*”. De modo que la no prevención de la comisión de una infracción puede cabalmente ser considerada una infracción administrativa, lo cual abre un novedoso y prometedor panorama en la anticorrupción que permitiría aplicar en España una previsión similar a la italiana a la que se acaba de aludir.

Sin embargo cabe preguntarse si es verdaderamente viable que, por ejemplo, un órgano anticorrupción imponga sanciones a una Administración, o a un responsable público, por no alertar, denunciar o comunicarle irregularidades potencialmente corruptas, o, como señala el art. 28.2 LRJSP, por el “*incumplimiento de la obligación de prevenir la comisión de infracciones administrativas por quienes se hallen sujetos a una relación de dependencia o vinculación*”, o sea, por sus empleados o funcionarios. Tal posibilidad nos parece muy dudosa, incluso cuando hipotéticamente pre-exista un deber de denuncia e incluso cuando el tipo infractor requiera “mala fe”⁹⁸. En todo caso, como ya se vio más atrás, establecer dicho deber como obligación cuya omisión se consideraría en responsabilidad disciplinaria sería viable sólo si previamente al órgano de que se trate se

injustificadamente a la comparecencia comunicada por la agencia”, y añade las siguientes cuatro infracciones: “2. *Incumplimiento de las medidas de protección del denunciante cuando la falta de colaboración haya causado un perjuicio al denunciante o a la investigación*. 3. *No comunicar los hechos que sean susceptibles de ser considerados constitutivos de corrupción o conductas fraudulentas o ilegales contrarias al interés general*. 4. *Filtrar información en el curso de la investigación y/o faltar a la diligencia en la custodia del expediente*. 5. *Las denuncias manifiestamente falsas*”. La tipificación parece derivar del art. 23 de la CNUCC: “1. *Los Estados miembros establecerán sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias aplicables a las personas físicas o jurídicas que: a) impidan o intenten impedir las denuncias; b) adopten medidas de represalia contra las personas a que se refiere el artículo 4; c) promuevan procedimientos abusivos contra las personas a que se refiere el artículo 4; d) incumplan el deber de mantener la confidencialidad de la identidad de los denunciantes, tal como se contempla en el artículo 16*”. Tampoco la ley andaluza 2/2021 contiene infracciones administrativas por fraude o corrupción: sus arts. 42 a 45 tipifican conductas como no colaborar, coaccionar los funcionarios anticorrupción, las denuncias falsas, etc.

⁹⁷ La redacción es llamativa, porque parece considerar que el silencio omisivo o la inactividad equivale la voluntad de desatender el requerimiento (constituye infracción grave “*El incumplimiento de la obligación de comunicar motivadamente a la Oficina el acuerdo de desatender el requerimiento de inicio de expediente disciplinario o en su caso sancionador*”). La ley andaluza de 2021 prevé algo relativamente similar en su art. 43 e), pero para considerar infracción muy grave “*la falta de respuesta a las comunicaciones practicadas por la Oficina con la finalidad de reparar las represalias y perjuicios sufridos por los denunciantes*”.

⁹⁸ El art. 49.2 d) de la ley navarra 7/2018 tipifica como infracción grave “*No comunicar con mala fe los hechos que sean susceptibles de ser considerados constitutivos de corrupción o conductas fraudulentas o ilegales contrarias al interés general*”.

le ha dotado de algún tipo de marco de actuación que concrete ese deber de denuncia o alerta, llámese plan o programa anticorrupción, o hasta “estrategia”, tal y como apuntan algunas leyes autonómicas.

En cualquier caso, como la Administración de momento, por lo menos en España, no puede delinquir, la condena no se le impone a la entidad, como sucede en la *compliance* privada, sino a la autoridad que en ella sea responsable de la prevención de la corrupción, que en España no está como tal determinada, de modo que se considera responsable al titular del órgano, cuando se trate de una conducta “institucional”, o a cualquier empleado o funcionario, cuando se trate de una conducta individual⁹⁹. Autores como Queralt (2016: 5-6) y Nieto Martín y García-Moreno (2019: 406), fijándose en la regulación italiana, han reclamado la regulación de lo que aquél denomina “*public compliance officer*”, es decir, la trasposición de la *compliance* privada al ámbito administrativo y la creación de un centro de referencia (y de imputación) de los programas de cumplimiento y de los mecanismos anticorrupción. Mientras no se aclare esta cuestión, las leyes anticorrupción españolas tendrán un flanco muy débil, porque ninguna persona de la estructura administrativa se hará responsable del incumplimiento de las normas y de la existencia de corrupción¹⁰⁰.

Pero, ¿y si no se trata de la comisión de delitos sino de la comisión de infracciones administrativas? ¿Puede una Administración cometerlas? Por ejemplo por no contestar a los requerimientos de la oficina antifraude, o por incumplir el deber de colaboración con esta (ambas cosas tipificadas como infracciones en leyes como la andaluza de 2021, art. 43 o en la ley valenciana de 2016, art. 18.1). Hay leyes anticorrupción que sólo prevén la comisión de infracciones por personas físicas (art. 27 de la ley balear de 2016: “cargos públicos y personal al servicio de las Administraciones”), pero hay otras que prevén expresamente la posibilidad de que esas infracciones sean cometidas por Administraciones. El art 41 de la ley andaluza de 2021 bajo la rúbrica “Responsabilidad” establece que

“Podrán ser sancionadas por la comisión de hechos constitutivos de las infracciones administrativas previstas en este título las administraciones públicas, instituciones, órganos, entidades y personas físicas y jurídicas privadas incluidos en el artículo 3, y las personas, incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley definido en el artículo 4, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”¹⁰¹

⁹⁹ El art. 47 de la ley navarra 7/2018 señala que “*Son responsables de las infracciones, aun a título de simple inobservancia, las autoridades, directivos y el personal al servicio de las entidades previstas en el artículo 4 [la Administración autonómica, la local de Navarra, las empresas públicas bajo la dependencia de cualquiera de ellas, las universidades públicas y, bajo ciertos requisitos, los partidos políticos y los sindicatos] que realicen acciones o que incurran en las acciones u omisiones tipificadas en la presente ley foral*”, de modo que la responsabilidad no se limita a los directivos sino que se extiende a todo el personal.

¹⁰⁰ Sin embargo, a nivel local la legislación parece estar apuntando a los secretarios, tesoreros e interventores no como responsables (ni siquiera como vigilantes) de una aun inexistente función de prevención y represión de la corrupción, pero sí como encargados de un instrumento de planificación (el plan anual de control financiero del RD 424/2017) que se refiere a materias como el control económico-financiero que están claramente emparentadas con la anticorrupción.

¹⁰¹ El art. 17 de la ley valenciana anticorrupción de 2016 no lo dice expresamente pero se deduce que puede imputarse la infracción a la Administración: “*Son responsables de las infracciones, incluso a título de simple inobservancia, las personas físicas o jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza, las autoridades, directivos y el personal al servicio de las entidades previstas en el artículo 3, que realicen acciones o que incurran en las omisiones tipificadas en esta ley, con dolo, culpa o negligencia*”.

La misma ley andaluza parece prever la posibilidad de infracciones que, en materia de subvenciones, sean cometidas por una Administración y sean sancionables por la Oficina Antifraude. Su art. 3 e) incluye expresamente en su ámbito de aplicación a las Administraciones Públicas que sean o hayan sido beneficiarios de subvenciones. Y como quiera que hay muchísimas subvenciones que una Administración otorga a otra Administración, entonces aparece la posibilidad – por lo menos en Andalucía – de imposición de sanciones administrativas en materia anticorrupción a una Administración¹⁰².

Como es conocido, la posibilidad de que se atribuya la comisión de una infracción por ejemplo a la Administración General del Estado, o a cualquier otra Administración, en lugar de al titular de sus órganos es muy debatida. Incluso si se admitiese tal cosa, como parece hacer la legislación andaluza, es más que probable que la *praxis* condujese a exonerar a la Administración y a imputar la infracción a la persona física. Sobre esto diremos algo más adelante.

5. Mecanismos de alerta y de legitimación procesal de los órganos anticorrupción

Como consecuencia de su actividad de investigación o simple análisis de la información prospectiva, el órgano anticorrupción puede considerar que se ha producido, o se está produciendo, o se puede producir en el futuro, una determinada conducta corrupta o fraudulenta. Se trata de tres momentos temporales y de tres cosas muy distintas, y en relación con ellas el órgano dispone, para la primera y la segunda, de la investigación y represión, y para la corrupción futura dispone de la prevención.

Centrémonos ahora en la primera, es decir, en conductas corruptas ya consumadas. En este caso, el órgano anticorrupción deberá aplicar una de estas tres calificaciones hipotéticas: a) ilegalidad (incluso grave a los efectos del art. 47.1 LPC); b) infracción administrativa¹⁰³; c) delito. Y deberá obrar en consecuencia, dependiendo por ejemplo de que considere que se da el supuesto para iniciar la revisión de oficio, o instar al órgano competente a hacerlo, o de que el órgano anticorrupción sea competente o no para sancionar, o de que se trate de un delito y no haya más posibilidad que la puesta en conocimiento de los hechos ante la Fiscalía o los tribunales penales. Hay pues muchas posibilidades de actuación.

¹⁰² A título de ejemplo de posible responsabilidad sancionadora de una Administración perceptora de subvenciones valgan estos: Real Decreto 1107/2020, de 15 de diciembre, por el que se regula la concesión directa de una subvención al Ayuntamiento de Sevilla para la financiación de las actuaciones necesarias para la exhumación de restos de personas desaparecidas víctimas de la Guerra Civil española y la Dictadura franquista, en la fosa de Pico Reja en el cementerio de San Fernando, de Sevilla; Real Decreto 1159/2020, de 22 de diciembre, por el que se regula la concesión directa de una subvención a la Agencia del Agua de Castilla-La Mancha para la ejecución de diversas obras y actuaciones de mejora del entorno socioeconómico de los núcleos colindantes con los embalses de Entrepeñas y Buendía; Real Decreto 1160/2020, de 22 de diciembre, por el que se regula la concesión directa de una subvención a la Comunidad Autónoma de Canarias para la financiación del funcionamiento de plantas potabilizadoras de agua situadas en su territorio.

¹⁰³ Distinguiéndose, al menos como hipótesis, entre aquellos pocos casos en los que la conducta corrupta esté tipificada como de infracción y no como delito y aquellos casos en los que la conducta es al mismo tiempo las dos cosas, en cuyo caso no podrá ni investigar ni castigar y deberá pasarle el asunto al juez o al fiscal.

En el sistema italiano, el art. 211 del código de los contratos públicos (tras sus reformas en 2016 y 2017) establece dos interesantes previsiones que otorgan legitimación procesal al órgano anticorrupción. La primera es lo que se conoce como “*parere motivato*”, es decir, informe o dictamen motivado:

L’ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del presente codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere é trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall’ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l’ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo.

Este “*parere motivato*” vendría a ser una suerte de revisión de oficio externa, cuyo plazo es problemático. Porque la ANAC dispone de 60 días desde que tuvo noticia, tras denuncia o investigación de oficio, etc. del hecho ilegal (que no necesita tener connotación de corrupción: basta con que se trate de “*graves violaciones del código de los contratos públicos*”), denuncia o investigación que aparentemente podrían referirse a hechos sucedidos mucho tiempo antes. Ello parece configurar una posibilidad de revisión jurisdiccional en cualquier momento, es decir sin plazo, como en el caso del art. 106.1 LPC. Piperata (2021: 52) describe la complicada evolución de esta previsión del “*parere motivato*”, nacida en 2006, suprimida en abril de 2017 y vuelta a introducir apenas unos días después, que se traduce en un poder de “recomendación cualificada”: la ANAC, si de oficio o tras denuncia aprecia la existencia de graves ilegalidades, se lo comunica a la Administración afectada, que se podrá ver llevada a juicio por la ANAC si no se aquieta al informe. Como decimos, en España la LCSP no contempla nada semejante, ni tampoco las leyes autonómicas anticorrupción¹⁰⁴.

La otra previsión del Código de los contratos públicos italiano es el apartado 1-bis del recién citado artículo 211, que se limita a atribuir legitimación procesal general a la ANAC para impugnar judicialmente ilegalidades en materia contractual – no necesitan ser ilegalidades cualificadas¹⁰⁵.

En cuanto a la corrupción que se detecte mientras se esté produciendo (por ejemplo en una licitación en curso), o que se producirá inevitablemente si dicho procedimiento llega a término, ni la ley italiana ni tampoco la legislación autonómica española parecen estar pensando en una intervención semejante – salvo lo que se dirá luego respecto de la competencia de la ANAC para la mediación y resolución. Posiblemente ello sea positivo, para no ralentizar aun más los ya de por sí complejos procedimientos contractuales, subvencionales o de acceso al empleo público. Pero desde el punto de vista de la eficacia

¹⁰⁴ A lo más que llegan es a habilitar al órgano anticorrupción a “*emitir recomendaciones e informes, así como instar comparecencias ante la comisión parlamentaria competente y proponer modificaciones normativas que contribuyan al cumplimiento de sus fines*” (art. 23.5 de la ley aragonesa 5/2017), sin decirse nada respecto del valor que el informe o recomendación tiene para la Administración objeto del mismo y naturalmente sin atribuir legitimación impugnatoria al órgano anticorrupción. Los arts. 6 d) de la ley navarra 7/2018 y 16.5 de la ley valenciana 11/2016 emplean la expresión “*informe motivado*” (la navarra lo hace en un contexto distinto a la corrupción: en el de la investigación de oficio de las declaraciones y del Registro de actividades e intereses, competencia de la que como ya hemos dicho en general carecen los demás órganos anticorrupción autonómicos).

¹⁰⁵ “*L’ANAC é legittimata ad agire in giudizio per l’impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*”.

o de la prevención de una corrupción inminente hubiese sido deseable alguna herramienta al respecto¹⁰⁶.

Naturalmente, para que un órgano anticorrupción pueda impugnar judicialmente actos de una Administración que recaiga bajo su ámbito de actuación debería estar personificado, al igual que lo están la CNMC o la AEPD – que como es sabido pueden actuar ante los tribunales. La situación de los nuevos órganos españoles es dispar. La ley aragonesa 5/2017 no personifica claramente a la Agencia de Integridad y Ética Pública sino que dice en su art. 8 que es un “ente público que dependerá directamente de las Cortes de Aragón”. En cambio en Cataluña el órgano sí está personificado, al igual que en Valencia, en Navarra, en Baleares y en Andalucía, y allá donde depende del OCEX, habrá de estarse a si el órgano de control contable está personificado (en Galicia no lo está). Pero es evidente que no basta con la personificación: es necesario además que las leyes le atribuyan la posibilidad de interponer recursos, pues sin esa atribución legal no parece que puedan hacerlo como titulares de un interés legítimo.

6. Regulación

Finalmente haremos breve mención de una posibilidad que no aparece expresamente prevista en las leyes españolas anticorrupción pero que podría estarlo en el futuro. Nos referimos a la potestad normativa o regulatoria. Sí existen funciones que podríamos denominar “para-normativas”, atribuidas de manera muy borrosa e imprecisa. El art. 4 f) de la ley valenciana 11/2016 habilita al órgano anticorrupción para enviar recomendaciones y propuestas a las autoridades competentes¹⁰⁷, lo mismo que hace la ley andaluza en su art. 9 j). Pero eso no sólo no es una función normativa sino que ni siquiera dice la ley si la recomendación o propuesta puede consistir en una iniciativa normativa (ley, reglamento, circular). El art. 9 c) de la ley aragonesa 5/2017 otorga al órgano anticorrupción la función de “Promover el establecimiento de criterios previos, claros y estables de control en todo momento de la acción pública en coordinación con los órganos y organismos de control interno y externo de la actuación administrativa”. Es claro que no se trata de funciones regulatorias ni de la potestad reglamentaria. En todo caso, hemos de preguntarnos por la extensión y el valor ordinamental de estas funciones para-normativas. ¿Qué valor tienen las “recomendaciones” que estos órganos pueden dirigir a los órganos y administraciones bajo su competencia? Aparentemente, ninguno. Las leyes guardan silencio al respecto¹⁰⁸. Hubiera sido muy fácil prever que el órgano o

¹⁰⁶ Lo único que parece preverse son medidas cautelares, pero sólo en procedimientos sancionadores, que como ya sabemos no tienen por objeto la corrupción en sí misma. Como los órganos anticorrupción por lo general no pueden sancionar infracciones genéricas de los funcionarios, sino que se limitan a instar la acción disciplinaria del órgano competente, la ley les habilita expresamente para solicitar una medida cautelar, que al estar innominada podría tal vez no limitarse a la suspensión del funcionario sino extenderse a paralizar procedimientos por ejemplo en materia contractual, si es que la acción disciplinaria llega a tiempo y se produce antes de dictarse resolución (el art. 15 de la ley valenciana 11/2016 establece que “Durante la tramitación de los procedimientos sancionadores y disciplinarios, el director o la directora de la agencia puede solicitar motivadamente al órgano competente que adopte las medidas cautelares oportunas, si la eficacia y el resultado de las investigaciones en curso o el interés público así lo exigen. El órgano competente, si lo cree conveniente, podrá acordar y mantener estas medidas hasta que el director o la directora de la agencia comunique el resultado de las actuaciones”).

¹⁰⁷ “Recomendaciones y propuestas a Les Corts, al Consell de la Generalitat y a las entidades incluidas en el ámbito de actuación en materia de integridad, ética pública y prevención y lucha contra la corrupción”.

¹⁰⁸ Ni el art. 23.5 de la ley aragonesa 5/2017, ni el art. 23.1 f) de la ley navarra 7/2018 precisan el valor y efecto de las “recomendaciones” que puede emitir el órgano anticorrupción (en este segundo caso se definen en el art. 32 como “Tendrán la consideración de Recomendaciones aquellas propuestas que realice la

las Administraciones destinatario de las recomendaciones quedasen obligados a contestarlas, informando al órgano anticorrupción si las han seguido o no. Lo único que se establece, como debilísima consecuencia jurídica, es que los órganos anticorrupción informarán a los parlamentos de los que dependen, mediante la Memoria anual, del seguimiento o no de las recomendaciones que han elaborado.

Mención aparte merece la OIRESC. Prevista en el art. 332 de la LCSP, es una novedad en España, y tiene funciones, como su propio nombre indica, de regulación y supervisión de la contratación pública. Y contrariamente a los órganos anticorrupción que venimos estudiando, la OIRESC sí es Administración, al estar incardinada en el Ministerio de Hacienda. Pese a que en su nombre aparece la palabra “regulación”, el art. 332.6 LCSP, que enumera las cinco funciones de que dispone, no contempla de manera expresa la función o potestad normativa, y sin embargo el apartado 7 c) le otorga, entre los instrumentos para el ejercicio de dichas funciones, la posibilidad de

“aprobar instrucciones fijando las pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de la contratación pública, así como elaborar recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación, si de la supervisión desplegada se dedujese la conveniencia de solventar algún problema, obstáculo o circunstancia relevante a los efectos de dar satisfacción a los fines justificadores de la creación de la Oficina. Las instrucciones y las recomendaciones serán objeto de publicación. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, las instrucciones de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación serán obligatorias para todos los órganos de contratación del Sector público del Estado”.

Ya dijimos más atrás que la OIRESC no es un órgano anticorrupción propiamente dicho. Es un órgano de supervisión. Sin embargo, entre las funciones que el recién mencionado art. 332.6 LCSP le atribuye está en el apartado e) *“detectar las irregularidades que se produzcan en materia de contratación”*, en relación con lo cual se añade a continuación que

En el caso de que la Oficina tenga conocimiento de hechos constitutivos de delito o infracción a nivel estatal, autonómico o local, dará traslado inmediato, en función de su naturaleza, a la fiscalía u órganos judiciales competentes, o a las entidades u órganos administrativos competentes, incluidos el Tribunal de Cuentas y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

De modo que, aunque la LCSP no emplee la palabra “corrupción”, sí se habla de *“detección de irregularidades que puedan ser delictivas”*. Si no estamos equivocados, la ley sólo emplea dicho término el regular el contenido del informe anual de supervisión, que deberá incluir *“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”* (art. 332.8 c)

Oficina, tanto de oficio como a instancias de cualquiera de los sujetos definidos en el artículo 4, y busquen mejorar aquellas situaciones de riesgo o conductas inapropiadas o contrarias a la integridad. Las peticiones realizadas a instancia de parte serán cursadas a través de Mesa del Parlamento de Navarra”, y se añade que tendrán que ser “motivadas”). El art. 24 de la ley valenciana 11/2016 establece que *“La agencia, a petición de las comisiones parlamentarias, podrá elaborar recomendaciones y dictámenes no vinculantes sobre asuntos relacionados con el fraude y la corrupción”*, lo cual es perfectamente redundante e irrelevante (es evidente que la recomendación que el órgano anticorrupción eleve a una comisión parlamentaria no vincula a esta).

de la LCSP). De modo que indirectamente la OIRESC sí tiene que ver con la corrupción, pese a que ni su prevención ni su represión esté entre sus fines o funciones.

¿Por qué es esto relevante? Porque las instrucciones que menciona el art. 332.7 c) LCSP deberán referirse a la *“interpretación y aplicación de la LCSP”*, que es su finalidad esencial, y no a las medidas anticorrupción. Es decir: si la ley que la OIRESC estuviese llamada a aplicar fuese una ley anticorrupción, sus instrucciones sí podrían tener dicho objeto. Pero no es el caso. ¿Podría interpretarse que *“los fines justificadores de la creación de la OIRESC”* a que alude el art. 332.7 c) LCSP son fines anticorrupción y que por consiguiente el órgano podría emitir instrucciones sobre dicha materia, y no sólo en el ámbito contractual? Creemos que sí.

En cualquier caso, la única instrucción en este momento existente se ha ceñido a la materia contractual (en concreto sobre los denominados contratos menores, fuente inagotable de problemas y escenario de muchísimos casos de corrupción a través de divisiones y fragmentaciones fraudulentas). Hasta la fecha (enero de 2021) la OIRESC ha aprobado una única instrucción, la nº 1/2019, de 28 de febrero de 2019 (BOE de 7 de marzo), que ha dado lugar a un debate doctrinal. Para empezar, está la crítica atinente al posible solapamiento de las funciones regulatorias de la OIRESC y de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Estado, realizada por Canals Ametller (2018: 436-437) fijándose en que el art. 328.3 d) de la LCSP atribuye a dicha Junta la potestad para *“Aprobar recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación que serán publicadas, si de los estudios sobre contratación administrativa o de un contrato particular se dedujeran conclusiones de interés para la Administración”*. Pero lo que más interés ha suscitado es la discusión acerca del valor vinculante de la instrucción no sólo para la AGE sino para todo el *“sector público del Estado”*, o sea, para todas las Administraciones. Gimeno y Moreno (2019), citando una obra de Betancor, defienden dicho carácter vinculante:

“el ámbito del “sector público” debe ser equivalente al artículo 3.1 de la LCSP y 2 de la Ley 40/2015, lo que significa que incluye (y, por tanto, obliga) a todos los niveles de la Administración territorial (estatal, autonómica y local) e institucional [...] y por ello sus Instrucciones tienen carácter vinculante y alcance general a todo poder adjudicador del sector público (estatal, autonómico y local). Instrucciones que, en tanto no fueran impugnadas y anuladas, despliegan plenos efectos jurídicos, que no pueden ser desconocidos ni inaplicados por los distintos operadores jurídicos”.

Del mismo modo, Martínez Fernández (2019) deduce dicho carácter vinculante del Derecho europeo: *“El carácter obligatorio de su contenido nos parece exigible por cuanto la misma recoge una doctrina consolidada de la doctrina del TJUE, los órganos consultivos y fiscalizadores españoles y de las exigencias de las instituciones comunitarias y para limitar la contratación directa, postura que de facto ya había sido asumida por muchos órganos de contratación”*.

En sentido contrario se han manifestado Díez Sastre (2019) y Jiménez Asensio (2019). Ambos se fijan en que la LCSP, en su escueta regulación de las instrucciones de la OIRESC, se aparta del régimen general de las instrucciones del art. 6 de la LRJSP, y consideran que tanto por razones competenciales como por razones sistemáticas las instrucciones no pueden ser vinculantes fuera de la AGE. Se trata de un debate sin duda relevante, sobre una cuestión no fácil y que carece de precedentes claros en España, y que

también tuvo lugar en su momento en Italia¹⁰⁹, y que a nuestro juicio debe decantarse hacia el carácter no vinculante que defienden estos dos autores. Un órgano no suficientemente independiente (es decir: no parlamentarizado) no debe poder dictar normas vinculantes para Administraciones constitucionalmente dotadas de autonomía. La OIRESC tiene un estatuto de cierta independencia, sí, pero dentro de la AGE, de modo que, como señala Jimenez Asensio (2019), “*es un órgano administrativo independiente, pero no una administración o autoridad independiente*” como podrían ser otras que sí pueden válidamente emitir normas vinculantes (Banco de España, CNMC, etc.). A la misma conclusión se llega si se tiene en cuenta que la propia LCSP autoriza a las CCAA a crear su propia OIRESC, y que en este aspecto el art. 332.12 LCSP no se aplica en la comunidad de Navarra. No es pues posible que una instrucción de la OIRESC prevalezca sobre otra instrucción dictada sobre la misma materia por el órgano de una Comunidad Autónoma¹¹⁰. Además, el hecho de que la Circular derive, según se dice, del Derecho europeo, no le puede atribuir valor vinculante por encima del reparto constitucional de competencias. En este debate no creemos que sean de aplicación los criterios tradicionales de la legitimidad derivada de la especialización técnica y de la independencia, y de la complejidad de la materia, avalados por el TC como justificativos de las potestades normativas de los órganos regulatorios como el Banco de España o la CNMC (al respecto véase Jover, 2020)¹¹¹.

7. Mediación y resolución

La ANAC, como señala Piperata (2021: 51 a 52), dispone de una herramienta singular, la de los “informes o dictámenes precontenciosos” (“*pareri precontenziosi*”). Según Sinisi (2019: 199) ello se asemeja mucho a lo que se denomina “resolución alternativa de disputas”, es decir, la mediación bajo forma de resolución. Se trata de que cualquiera de las partes que intervienen en una licitación, ya sea la Administración o un licitador, puede recabar el informe de la ANAC en relación con la interpretación de la normativa contractual, y este informe es vinculante para las partes, es decir, resuelve la controversia,

¹⁰⁹ En Italia se ha discutido muchísimo sobre el valor normativo de las instrucciones o circulares (“*linee-guida*”) de la ANAC en materia contractual (pueden verse Piperata 2021: 45-50 y Paolantonio 2018: 171-175). Fueron incluso objeto de una clasificación del Consejo de Estado, que distinguía entre las que se aprueban por Decreto del Consejo de Ministros (a instancias de la ANAC), las de la ANAC con eficacia *erga omnes*, y las que no tienen carácter vinculante. Calzoni (2016: 6) subraya que la lógica de lo que denomina “regulación flexible” es “*disponer de instrumentos regulatorios flexibles que sean fácilmente modificables y adaptables a las cambiantes exigencias del mercado y desvinculadas de rígidos formalismos para su aprobación*” y señala que otra circunstancia que justifica su existencia es la inexistencia, deliberada, de un reglamento del Código de Contratos Públicos.

¹¹⁰ Además, no sería descartable que los órganos anticorrupción aquí estudiados se pudiesen considerar “órganos de regulación y supervisión de la contratación” a los efectos del art. 332.12 LCSP, si así lo establecen sus leyes de creación, tal y como sucede en Navarra: el art. 5.1 e) de la ley navarra 7/2018 le atribuye al órgano anticorrupción la función de “regulación y supervisión de la contratación pública”, función que la Disp. Ad. 2ª señala que son las de la OIRESC en la comunidad de Navarra, a la que sustituye. De modo que ya existen “*mini-OIRESCs*” en aquellas CCAA que ya se hayan dotado de un órgano anticorrupción que tenga atribuidas este tipo de funciones y potestades. Ello añade, creemos, un argumento para descartar el valor vinculante de las instrucciones de la OIRESC extramuros de la AGE. Así lo ha entendido la CA de Aragón en la Circular 1/2019, de la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización, sobre el ámbito de aplicación de la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la OIRESC sobre contratos menores regulados en la Ley 9/2017 (disponible en <https://www.crisisycontratacionpublica.org/wp-content/uploads/2019/06/Arag%C3%B3n.-Circular-1-2019.InstrucOIRESCon.pdf>.)

¹¹¹ La OIRESC no se beneficiaría de estos criterios ni por la complejidad de la materia (pese a que la contratación pública ha devenido un ámbito de cambios normativos y de hiperespecialización jurídica) ni por su legitimidad de origen.

siempre que las partes hayan consentido previamente atenerse a él. El informe, al resolver el caso, tiene eficacia de acto administrativo y es recurrible judicialmente¹¹². Se trata de una posibilidad interesante, que sin embargo, al tener por objeto un procedimiento contractual en curso, si no se la rodea de las debidas cautelas corre el riesgo de demorar más de la cuenta dicho procedimiento. En España Capdeferro (2016: 27) se muestra favorable a este tipo de informes, que no aparecen regulados en las leyes de creación de los órganos anticorrupción pero, en el caso de Cataluña, sí en las denominadas NARI (*Normas de actuación y de régimen interior de la OAC*, de noviembre de 2009, DOCG de 9-12-2009), que en este aspecto complementan la no previsión de la ley 14/2008 de creación de la OAC¹¹³.

VI. Relaciones con otros órganos e instituciones similares

Una vez señaladas las principales potestades y herramientas de que disponen los nuevos órganos anticorrupción, pasaremos al que nos parece el principal reparo de su regulación en España. Nos referimos a su problemática convivencia con otros órganos. En realidad la cuestión no es sólo una posible confusión o colisión orgánica sino una cierta falta de claridad conceptual. Hasta la irrupción de los órganos anticorrupción en el año 2016, y con la excepción de la OAC catalana de 2008, la corrupción se habría venido combatiendo en manera que podríamos denominar indirecta, es decir recurriendo a conceptos como la transparencia o la regulación de los conflictos de interés y/o las declaraciones de bienes de los gestores y representantes públicos¹¹⁴. De hecho antes de la hornada de leyes anticorrupción de las CCAA y antes de la creación de la OIRESC prácticamente la única manera de prevenir o combatir la corrupción en la contratación pública era, como señaló Cerrillo (2014), construir un “principio de integridad” basándose en la por entonces recién regulada transparencia (LTBG de 2013 y directivas europeas de contratación de 2014) y en los conflictos de intereses de la ley de altos cargos (por entonces aun en fase de anteproyecto).

Efectivamente, uno de los sectores más próximos a la anticorrupción, y en general preexistente al surgimiento de los órganos que son objeto de este trabajo, es la transparencia y/o los conflictos de interés de los responsables públicos y/o los grupos de presión. Cada Comunidad Autónoma en su momento decidió incluir dichos sectores en el ámbito de aplicación de los órganos anticorrupción o, por el contrario, dejarlos en manos de otros órganos. En Cataluña la OAC no tiene competencias en materia de transparencia, y lo mismo sucede en otras CCAA que antes de crear su órgano anticorrupción ya se habían dotado de órganos de transparencia similares a los de la LTBG de 2013. En estos casos el órgano anticorrupción no suele tener competencias en materia de transparencia, acceso a la información, registro de bienes y de intereses, etc. Hay sin embargo modelos como el aragonés en el que la ley anticorrupción 5/2017 ha creado un órgano *ad hoc* y ha regulado los conflictos de intereses y el registro de *lobistas*, pero le atribuye a aquél pocas competencias sobre estas dos materias¹¹⁵. Otras leyes sí

¹¹² Además, en caso de que las partes no se atengan al dictamen, pueden ser sancionadas por la ANAC, y ello además incide sobre su reputación (la ANAC califica a los poderes adjudicadores en función de determinados parámetros, y este es uno de ellos).

¹¹³ Capdeferro (2020: 50) señala que se trata de una técnica “inexplicablemente olvidada” porque desde la creación de estos informes en 2009 hasta 2020 sólo se habían planteado en siete ocasiones.

¹¹⁴ Y antes aun a través de las tradicionales incompatibilidades de funcionarios y cargos públicos, si es que ello puede considerarse un medio para prevenir o combatir la corrupción.

¹¹⁵ No queda sin embargo claro qué sucede con las denuncias que se dirijan al órgano anticorrupción y que recaigan sobre estas materias sobre las que carece de competencias y que desde luego no puede ni investigar ni sancionar, conforme al art. 65 de la ley.

han ampliado el ámbito de aplicación del órgano: Navarra tiene uno de los casos más omnicomprendidos, pues sí se ocupa de esas dos materias, conforme señala el art. 6 de la ley 7/2018, además de tener competencias sobre contratos y sobre transparencia. La ley andaluza de 2021 no tiene ese alcance, pues la transparencia se asigna al Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía creado por la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, pero sí se encarga (art. 9 n) de las sanciones en materia de incompatibilidades de altos cargos y declaración de actividades, bienes e intereses.

No se vea esto como una crítica a la dispersión, o a la coincidencia, de los ámbitos materiales de actividad de los órganos de transparencia o anticorrupción. La cuestión importante es delimitar adecuadamente los dos sectores y las funciones y competencias orgánicas, que derivan – o deberían hacerlo – de una previa y meditada decisión acerca de si deben existir uno o por el contrario más órganos.

Dado el formato limitado de este trabajo, no vamos a entrar en la diferenciación, conceptual o aplicada, entre el género “anticorrupción” y las especies o sub-géneros “transparencia”, “imparcialidad-conflicto de intereses-puertas giratorias”, y últimamente también los grupos de interés o de presión, que algunos denominan *lobbies*. Nos limitaremos a recordar lo ya sabido: que sin lugar a dudas la corrupción se previene con la transparencia y obligando a determinados responsables públicos a hacer público su patrimonio y sus intereses, y eventualmente incompatibilizándoles *ex ante* o *a posteriori*.

Esta diversidad de conceptos se puede abordar institucionalmente sin superposición de órganos. Es decir, sin duplicaciones o atribuyendo dos o más ámbitos (transparencia, conflictos de interés, anticorrupción, etc.) a un único órgano. Pero no es eso lo que se ha hecho en España. La creación de órganos anticorrupción desde el año 2016, sobre todo a nivel autonómico, se ha ido haciendo con duplicaciones o solapamientos, de manera apresurada y con resultados problemáticos. Veámoslo.

Como se acaba de señalar, antes de la creación de los órganos anticorrupción existían órganos y entidades con funciones más o menos similares: los órganos de transparencia (el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno creado en España en 2014), los órganos de intervención como la IGAE y sus equivalentes autonómicos, y todos los órganos conocidos como OCEX, órganos de control externo contable, presupuestario o financiero. La existencia y funcionalidad de los OCEX autonómicos ha sido cuestionada. Gutiérrez Pérez (2018: 132) señala que el denominado informe CORA propuso en 2013 su integración en secciones territoriales del Tribunal de Cuentas, lo cual no era posible sin la voluntad de las CCAA porque los OCEX, guste o no, forman parte de su potestad organizativa¹¹⁶. Y hubo comunidades como Castilla-La Mancha que, en línea con lo sugerido por el informe CORA, suprimió su Sindicatura de Cuentas por ley 1/2014, de 24 de abril, asumiendo sus funciones el TCu. Pero nada más lejos de nuestra intención que apoyar esa idea, y menos aun si ello supondría reforzar una institución caduca y poco operativa como el TCu. Benítez Palma (2017: 13) sintetiza la situación señalando que había dos posibles modelos para mejorar el combate contra la corrupción: “o bien la ampliación de funciones de los Órganos de Control Externo, o bien la creación de nuevas Agencias públicas especializadas”. Y añade, naturalmente, que en el caso de convivencia

¹¹⁶ El informe CORA señalaba en 2013 (pág. 100) que “La existencia de numerosos OCEX ha dado lugar a ineficiencias como el bajo rendimiento de los recursos destinados a los mismos, la heterogeneidad en las estructuras, composición y resultados de sus funciones, así como la duplicidad en la rendición de cuentas de las Entidades Locales al Tribunal de Cuentas y al órgano autonómico”.

entre ambos órganos, es preciso establecer pautas y criterios que eviten el solapamiento de tareas y la descoordinación institucional.

Porque efectivamente, como ya se ha puesto de manifiesto (Benítez Palma, 2017; Gutiérrez Pérez, 2018) se pueden producir disfunciones, derivadas sobre todo del solapamiento orgánico o funcional. Y es que existen otros órganos nacionales o autonómicos con competencias de detección, prevención o represión de corrupciones y fraudes, sobre todo en materia contable y financiera de disposición de fondos públicos, que evidentemente es donde más y mejor anida la corrupción porque más posibilidad de lucro hay. Por ejemplo, todos los OCEX, incluyendo el TCu. O la Intervención General (IGAE), que en la AGE tiene entre sus funciones “*La coordinación de las acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Unión Europea contra el fraude de conformidad con lo previsto en la disposición adicional vigésima quinta de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones*”¹¹⁷ y que incluso cuenta con un órgano especializado como es el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (SNCA), que sin embargo carece de funciones de investigación¹¹⁸. Y desde luego los nuevos órganos de transparencia también pueden colisionar con la actividad de los órganos anticorrupción. A nivel de la AGE, ya se dijo que la OIRESC puede solaparse no solo con órganos como el TCu o la IGAE, sino con órganos en la propia materia de contratación. Cuando se crearon los órganos anticorrupción se era plenamente consciente de estos posibles solapamientos. Capdeferro (2016: 22) escribe que la posible fricción de este tipo de órganos con las funciones de otros órganos o instituciones ya existentes como los órganos de control externo (conocidos como OCEX), algunos de ellos con estatus constitucional (Fiscalía, TCu, policía judicial) fue una de las objeciones que el Consejo Consultivo de Cataluña puso en su día a la creación de la OAC¹¹⁹.

¿Qué remedios o mecanismos se han previsto para solucionar las fricciones y solapamientos? Pues se han establecido principios – pero sólo principios – de colaboración e intercambio de información¹²⁰, y se ha recurrido a la fórmula mágica “sin

¹¹⁷ Art. 13.1 l) del Real Decreto 689/2020, de 21 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

¹¹⁸ El SNCA fue creado por imperativo de la UE en el seno de la IGAE, previsto en la Disp. Ad. vigésima quinta de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones tal y como fue añadida por la disposición final séptima la Ley 40/2015 de RJSP y regulado por los distintos RD de estructura orgánica del Ministerio de Hacienda (desde el Real Decreto 802/2014, de 19 de septiembre). En él se inserta un Consejo Asesor (Real Decreto 91/2019, de 1 de marzo, por el que se regula la composición y funcionamiento del Consejo Asesor de Prevención y Lucha contra el Fraude a los intereses financieros de la Unión Europea).

¹¹⁹ En idéntico sentido, Benítez Palma (2017: 15) y Garrido Juncal (2019: 142) mencionan un Dictamen del órgano consultivo navarro en el que se alertaba respecto de la posible coincidencia funcional y competencial entre el órgano anticorrupción y el órgano de control contable. Esta autora añade que una sentencia del TSJ de Madrid, la nº 252/2018 de 3 abril de 2018, tuvo ocasión de haber sido más severa con la creación del órgano anticorrupción del Ayuntamiento de Madrid, declarando contraria a Derecho la invasión de competencias atribuidas a la Intervención General, a la Inspección de Servicios, y a la Asesoría Jurídica y por permitir las denuncias anónimas, pero finalmente se desestimó el recurso interpuesto por la Delegación del Gobierno.

¹²⁰ El órgano anticorrupción aragonés, creado en 2017, debe convivir con el Consejo de Transparencia regional, previsto en la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia Pública y Participación Ciudadana de Aragón y creado en 2016. El art. 22.1 de la ley 5/2017 dispone que el plan anual del órgano anticorrupción deberá incluir la colaboración con el órgano de transparencia y con el órgano competente en materia de incompatibilidades. Y el art. 27 prevé “protocolos y prácticas efectivas de colaboración”: “3.

perjuicio de”. El art. 5 de la Ley 11/2016 creadora de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana señala, bajo la rúbrica “*Delimitación de funciones y colaboración*”, lo siguiente:

“Se entiende en todo caso que las funciones de la agencia lo son, sin perjuicio de las que ejercen, de acuerdo con la normativa reguladora específica, la Sindicatura de Comptes, el Síndic de Greuges, el Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, la Intervención General de la Generalitat, la Inspección General de Servicios, los órganos competentes en materia de incompatibilidades y conflictos de intereses y los órganos de control, supervisión y protectorado de las entidades incluidas en el ámbito de actuación correspondiente, y que actúa en todo caso en colaboración con estas instituciones y órganos”.

Hubiese sido no ya deseable sino necesario establecer procedimientos de reenvío, de conflicto, etc., pero que sepamos ninguna ley autonómica lo ha hecho. Ciertamente, las colisiones y solapamientos entre órganos con un superior jerárquico o funcional pueden tener cauces informales de resolución (por ejemplo los que se produzcan en Castilla y León entre la inspección de servicios, encargada de la anticorrupción, y el órgano encargado de los conflictos de intereses). Pero en todos los demás casos en los que intervenga un órgano parlamentarizado, dotado de un estatus de autonomía - real o no – no habrá esos mecanismos “internos”, formalizados o no. Es lo que sucede respecto de todos los órganos anticorrupción de los que estamos hablando.

En algún caso la delimitación funcional y competencial se ha hecho de manera relativamente clara, por ejemplo desposeyendo al órgano anticorrupción de ciertas funciones en beneficio de otros órganos. En Aragón la ley 5/2017 que creó la Agencia de Integridad y Ética Públicas regula con esmero los conflictos de intereses, incompatibilidades, registro de bienes, intereses y actividades, entre otras materias, pero no es la competente para gestionar todo ello, ni para imponer las sanciones que correspondan, sino que lo es el Gobierno regional (Disp. Ad. 5ª: “*Las competencias en materia de conflictos de intereses e incompatibilidades corresponderán a la Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno de Aragón*”).

Lo más llamativo tal vez sea el solapamiento de los órganos anticorrupción con los órganos de supervisión de la contratación, particularmente con la OIRESC. Resulta indudable que una de las principales fuentes de corrupción administrativa y política es la

La Agencia impulsará el establecimiento y aplicación de protocolos y prácticas efectivas de colaboración funcional entre los órganos, organismos y entidades de control del sector público en Aragón ya existentes, tales como el Justicia de Aragón, la Cámara de Cuentas, la Intervención General de la Comunidad Autónoma, su Inspección de Servicios o los órganos equivalentes de las entidades locales aragonesas. 4. La Agencia colaborará con los órganos, organismos y entidades de control del resto del sector público que pudieran ostentar competencias en relación con su ámbito de actuación en el marco de lo establecido en la normativa estatal”. El art. 6.1 de la ley balear 16/2016 viene a repetir el mismo deber de colaboración con cualquier tipo de órgano de supervisión, deslegalizando los procedimientos de colaboración: “Delimitación de las funciones. La Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears actúa en cualquier caso en colaboración, y con el respecto a las funciones que les corresponden, con otros órganos y entidades públicas de las Illes Balears que ejercen competencias de control y supervisión de la actuación del Gobierno, de las administraciones públicas y del resto de entes del sector público. El reglamento de funcionamiento y de régimen interno de la Oficina regulará el procedimiento específico de actuación en los casos de ejercicio de funciones concurrentes con otros órganos”.

contratación pública¹²¹, y de hecho la actual ANAC italiana es heredera de la agencia encargada de prevenir la corrupción en ese ámbito específico. El legislador español, habiendo quebrantado la obligación, si es que existe, que la CNUCC le impone de dotarse a nivel nacional de órganos anticorrupción, parece haber de alguna manera haberlo intentado subsanar en 2017-2018 creando la OIRESC. Pero la OIRESC tiene varios inconvenientes. En primer lugar, no es un órgano anticorrupción general en el sentido más comúnmente aceptado. En segundo lugar, tampoco cumple las exigencias de independencia de la CNUCC¹²². Y en tercer lugar, como con toda razón señala Nieto Martín (2020: 664), *“desgajar de la anticorrupción general la materia más importante para la prevención como es la contratación pública carece desde luego de sentido”*¹²³. Además de estas tres circunstancias, la ubicación de la OIRESC en el entramado administrativo de la contratación de la AGE es muy mejorable¹²⁴.

En definitiva, no parece que la decisión de crear órganos anticorrupción (en Cataluña, Aragón, Navarra, Baleares, Valencia y Asturias, y más modestamente en Castilla y León, Galicia y Canarias), y a nivel nacional la decisión de crear la OIRESC, se haya tomado de manera ponderada y coordinada, sino lo contrario. Más bien parecería que, bajo el loable impulso de la regeneración y el combate a la corrupción, se ha respondido a

¹²¹ O por lo menos así es percibido por la ciudadanía italiana y española: véanse los datos, respectivamente, en Cantone y Carloni (2018: 150), y en el eurobarómetro especial del año 2013-2014, disponible en (https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_397_en.pdf). En ambos países la percepción de que la contratación pública es una fuente de corrupción es superior al 70 % (excediendo en más de 25 puntos la media de la UE). En España el índice había aumentado en cerca de 20 puntos entre 2011 y 2013, con toda probabilidad debido a los casos Gürtel y otros escándalos similares.

¹²² Siendo cierto que la “independencia” es una noción difícilmente mensurable, no lo es menos que, como señala Canals Ametller (2018: 427 y 432) *“poco o nada tiene que ver este organismo con una autoridad independiente de supervisión”*, porque la independencia se ciñe a la prohibición del libre cese y a la afirmación del art. 332.1 LCSP de que *“la Oficina actuará en el desarrollo de su actividad y el cumplimiento de sus fines con plena independencia orgánica y funcional”* y de que sus miembros *“no podrán solicitar ni aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada”*. El nombramiento gubernativo y el ubicarse dentro de un Ministerio impiden considerar que se trate de un órgano verdaderamente independiente.

¹²³ En Italia no tienen esos problemas. Porque no existen órganos anticorrupción regionales ni locales y sobre todo porque de una inicial dispersión normativa y funcional, se ha unificado todo en la ANAC. La autoridad de vigilancia sobre las obras públicas se creó en 1994 (rebautizada posteriormente como “sobre los contratos públicos de obras, servicios y suministros”), y convivió a partir de 2003 con el Alto Comisario para la prevención de la corrupción y de otras ilicitudes en la Administración (suprimido en 2008 y sus funciones transferidas al Ministerio de la Función Pública) y a partir de 2009 con la Comisión Independiente para la evaluación, la transparencia y la integridad de la Administraciones (CIVIT). En 2012 la denominada *“Ley Severino”* le añadió a esta Comisión competencias en materia de prevención de la corrupción, y en 2013-2014 se la reorganizó y rebautizó como Autoridad Nacional Anticorrupción a secas. La ANAC centraliza hoy competencias que por ejemplo en España o bien no existen a nivel nacional (anticorrupción) o están repartidas en dos órganos (la transparencia, encomendada al CTBG, y la contratación, a la OIRESC).

¹²⁴ Ya se vieron las objeciones que Canals Ametller hacía a los posibles solapamientos funcionales, autora que en lo referente a los conflictos de intereses en materia de contratación señala lo siguiente (2018: 423-424): el art. 332.6 e) atribuye a la OIRESC, entre otras, la función de *“Verificar que se apliquen con la máxima amplitud las obligaciones y buenas prácticas de transparencia, en particular las relativas a los conflictos de interés, y detectar las irregularidades que se produzcan en materia de contratación”*, y por ello la autora se sorprende de que la propia ley no establezca mecanismos de relación entre la OIRESC y el órgano gestor de los conflictos de intereses (la Oficina de Conflictos de Intereses prevista en la ley 3/2015 reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado), que además se ubica en el mismo Ministerio. En parecidos términos se muestra Garrido Juncal (2019: 142-142), escribiendo que antes de continuar con esta vorágine creativa de instituciones públicas habría que *“ejercer sobre las ya existentes una supervisión que permita evaluar el cumplimiento de los objetivos que ampararon su creación y cuestionar su mantenimiento cuando aquellos se hayan agotado o exista otra forma más eficiente de alcanzarlos”*.

impulsos electorales o mediáticos, de manera acumulativa y sin meditar debidamente su encaje funcional, orgánico o institucional y, por tanto, sin tomarse la molestia de deslindar ámbitos como la anticorrupción, la transparencia, el control contable, o la contratación pública, que tienen cada uno de ellos órganos *ad hoc* con riesgo de solaparse. Ello ha dado lugar a lo que Nieto Martín (2020: 676) denomina “*hipertrofia institucional*”, y Ponce Solé (2017: 10) bautiza como “*jungla de los controles*”, llegando aquél a la conclusión (2020: 663), que los órganos anticorrupción españoles “*tienen un grave problema de diseño institucional, pues existe el riesgo de solapamiento entre las funciones que desempeñan las agencias y las que desempeñan otros órganos como las oficinas de transparencia o de conflictos de intereses*”.

Entiéndasenos bien: la autonomía organizativa municipal o regional otorga libertad para crear cuantos órganos se consideren oportunos, y la legislación estatal no podría impedirlo si, como parece, no existe invasión de competencias estatales o de otras CCA, de modo que una cierta “*dispersión y heterogeneidad de propuestas*” (Benítez Palma 2017: 15) entra dentro de lo normal. Lo que no creemos que sea normal ni positivo es el apresuramiento, el solapamiento y la falta de delimitación entre, por un lado, “*anticorrupción*” y, por otro, ámbitos como el control y auditoría contables, la transparencia, los conflictos de intereses, las incompatibilidades del personal, los grupos de interés, el buen gobierno, conceptos todos ellos manejados bastante a la ligera en la legislación regional reciente. El resultado de todo ello corre el riesgo de caer, como se ha subrayado, en la ineficacia o irrelevancia, o sea en un lampedusiano mantenimiento del pasado¹²⁵.

VII. Un primer balance provisional

Con seguridad todavía es pronto para hacer una valoración de los órganos anticorrupción y de vigilancia de la contratación creados en España¹²⁶. Y además la valoración que se pueda hacer a buen seguro cambiará pronto, puesto que antes del 17 de diciembre de 2021 España deberá haber traspuesto la directiva europea de 2019 sobre protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. En cualquier caso, como por desgracia es habitual en España, apenas hay datos empíricos sobre sus procedimientos y menos aun sobre la efectividad de su actuación¹²⁷. Y es que detectar o medir dicha eficacia se explica en parte porque, como señalan Cantone y Carloni (2018: 180), los efectos de la prevención de la corrupción no se ven, dado que consisten en la

¹²⁵ Benítez Palma (2017: 12), citando a Sousa, señala que “*la creación de este tipo de agencias sin un plan de trabajo concreto y una hoja de ruta definida y aceptada puede llevarlas a la irrelevancia*”. Carloni (2017: 101) subraya un argumento interesante: en Italia, país en el que la percepción de la corrupción “*mafiosa*” es mayor que en cualquier otro país de la UE, se generaron enormes expectativas ante la creación de la ANAC, que pueden verse frustradas dado que la prevención es más bien una función que se ve sus frutos, si los hay, a medio plazo: “*El reto de la lucha contra la corrupción, en cuanto a la prevención, es un reto a largo plazo que requiere perseverancia y tiene como objetivo determinar los cambios organizativos y culturales que produzcan efectos a lo largo del tiempo: no obstante, existe el riesgo de crear desafección, como resultado de las altas expectativas generadas simplemente por la gran atención y visibilidad de la Autoridad Nacional y de las políticas contra la corrupción*”.

¹²⁶ A excepción de la OAC catalana, todos los demás órganos tienen pocos años de vida, y su efectividad no ha sido medida, por lo menos pública y oficialmente, salvo por los datos que contienen sus memorias anuales. La misma idea de dificultad de hacer balance, y por idénticos motivos, la expresan Cantone y Carloni (2018: 180).

¹²⁷ Las memorias anuales que elaboran estos órganos aportan información, sin duda, pero el desglose es mejorable, y su nivel de concreción lo es aun más. Y prácticamente no ofrecen datos respecto de si su actividad ha colisionado con otros órganos similares, o de su coordinación con órganos de ámbito nacional como el CTBG o la OIRESC.

prevención de un daño. Sin embargo sí nos parece posible avanzar algunas reflexiones sobre su diseño o su funcionamiento.

Existe visión que podríamos considerar optimista o favorable, que tienen autores como Cantone y Carloni, o en España los políticos que promovieron los órganos anticorrupción en las CCAA o a nivel nacional la OIRES (con la cautela de que no está claro de que se trate de un órgano anticorrupción), y también, si no les he entendido mal, autores como Capdeferro, Cerrillo, Betancor y otros. Se basa, entre otras cosas,

- a) en que la Administración es efectivamente capaz de controlarse y de vigilarse a sí misma (bien desde órganos con estatus de independencia y parlamentarizados como la ANAC italiana o los órganos autonómicos o municipales, o bien desde una OIRES que sí tiene dicha característica de estatalidad pero no de independencia ni de parlamentarización);
- b) en la complementariedad y viabilidad de la convivencia de la prevención (para-administrativa) y el castigo (penal);
- c) en la fe en la prevención o “*persuasión moral*” (Cantone y Carloni 2018: 179, Piperata 2021:47) que estos órganos pueden generar en los órganos administrativos activos;
- d) y sobre todo en que cualquier esfuerzo es bueno para combatir la corrupción, percibida socialmente como un problema muy grave.

Dado que sobre esta visión favorable se ha escrito bastante, ahora vamos a repasar algunos de los aspectos más discutibles o controvertidos. Efectivamente, una visión crítica, o no optimista, de las nuevas medidas anticorrupción se fijaría en unos cuantos datos como

- a) la indefinición jurídica de lo que se pretende combatir (o sea, la corrupción o el fraude);
- b) lo borroso de la “función de garantía” que desempeñan los nuevos órganos anticorrupción;
- c) lo poco aquilatado de las potestades y medidas administrativas que de ella se derivan;
- d) la potencialmente débil independencia de algunos de los órganos creados;
- e) el posible incremento de la burocratización;
- f) la no fácil convivencia con las funciones y competencias del poder judicial (fiscalía y tribunales);
- g) el probable solapamiento con otros órganos administrativos o parlamentarizados con similar función de control, inspección, fiscalización o garantía;
- h) la práctica omisión, en el ámbito de aplicación de las leyes anticorrupción y en las facultades de los nuevos órganos, del origen y del cáncer de la corrupción administrativa (que en España han sido y son los partidos políticos).

Veámoslo a continuación con más detalle.

1. Un mal y apresurado diseño y una inflación institucional

Nieto Martín (2020: 659) ha puesto de relieve cuál es el principal problema del diseño de los órganos anticorrupción, por lo menos en España. Partiendo de que ha estado ausente “*la reflexión acerca de cómo delimitar sus funciones de otros entes públicos como las oficinas de transparencia, de los órganos de control interno o de la inspección de*

servicios”, Nieto Martín concluye que “*el solapamiento de funciones o la hiperinstitucionalización puede convertirse en uno de los argumentos principales para considerar que constituyen un instrumento carente de utilidad y con poca relevancia práctica*”. Por su parte Canals Ametller (2018: 417), si bien refiriéndose a la contratación y no a la anticorrupción en general, expresa

*“dudas respecto de la efectividad de la actuación de los órganos que integran el sistema administrativo de control interno y de supervisión, para reducir o eliminar los conflictos de intereses y los favoritismos en la contratación pública española, principalmente por la superposición de tareas similares que poseen y la falta de independencia real de la unidad de supervisión”*¹²⁸.

Como ya se ha visto a lo largo del presente trabajo, el solapamiento a que aluden estos autores es evidente, y no parece que las leyes hayan establecido cauces para prevenirlo o para solucionarlo adecuadamente cuando se presente. Y la inflación institucional es uno de los males de nuestro tiempo: los responsables políticos suelen con frecuencia pensar que ante un problema de gestión pública lo mejor es crear un órgano o comisión que, sedicentemente, lo solucione, y además dictar algunas leyes y reglamentos, y con ello piensan haber hecho frente al problema. Tienden a olvidarse de lo importante, o sea, de la gestión diaria y de la correcta aplicación de las leyes, y de la medición o evaluación del resultado de estas. El que como sucede en muchos países (sobre todo los menos desarrollados) exista una intensísima regulación de, por ejemplo, derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, digitales de tercera cuarta o quinta generación, en absoluto garantiza que esas normas se apliquen y que esos derechos sean efectivos. No estamos diciendo que, como afirma Fernández Ajenjo (2019: 8), ello responda necesariamente a lo que denomina “*populismo cosmético*”, pero sí coincidimos hasta cierto punto con su diagnóstico¹²⁹.

2. Burocratismo

En segundo lugar, un dato que dificulta la labor de los órganos anticorrupción es que van a contracorriente de algunas de las tendencias en el derecho administrativo y en la organización de las Administraciones. Nos referimos, por un lado, a la proliferación de entes instrumentales, y por otro a la simplificación procedimental. Comenzando por esto segundo, nos parece que, si la intervención de los órganos anticorrupción no está cuidadosamente medida y delimitada respecto a otras instituciones, añadir un órgano a los ya existentes de tipo activo o de tipo consultivo o de control externo puede ser contraproducente. Pensemos en algunas funciones de la ANAC, aun no presentes en los órganos españoles, como puede ser el informe preceptivo, o las investigaciones sobre los órganos activos (por ejemplo los contractuales), o la proliferación de *linee guida* o de

¹²⁸ En (2018: 440-441) la autora añade que “*La creación por la LCSP de un órgano colegiado de carácter consultivo adscrito orgánicamente al Ministerio de Hacienda y Función Pública, como el resto de unidades administrativas competentes en materia de control de la contratación pública, no parece ser la opción legislativa más acertada para lograr los objetivos fijados por las instancias europeas en la prevención y la lucha contra la corrupción en este sector. La Oficina de Supervisión, por su ubicación orgánica, no parece constituir una auténtica cúspide del sistema institucional de gobernanza de la contratación pública. No ocupa el lugar que le correspondería a una autoridad verdaderamente independiente de supervisión y de lucha contra la corrupción*”.

¹²⁹ “*Las reformas deben evitar las soluciones meramente cosméticas, es decir, aquellas que tratan de acallar la preocupación de la opinión pública mediante medidas como la creación de instituciones con nombres relevantes y altisonantes que, por la ausencia de estudios previos sobre cómo encajan en el sistema institucional preexistente o la falta de dotación posterior de medios personales y materiales, quedan convertidos en organismos meramente ornamentales*”.

reglamentos o circulares internas. Si estas herramientas no están adecuadamente calibradas, se corre el riesgo de dificultar, cuando no de bloquear, la actividad de que se trate (la licitación de un contrato, la adjudicación de una subvención, la puesta en marcha de un proceso selectivo en el empleo público, etc.).

Este exceso de burocracia es justamente lo que algunas de las más recientes tendencias dicen querer evitar, con leyes de “simplificación”, “agilización”, etc., en línea con la denominada “*good governance*” o sencillamente buen gobierno (que no tiene nada que ver con lo que el legislador nacional español plasmó en el título II de la ley 19/2013 LTBG). Este “buen gobierno” tiene como uno de sus ejes la crítica a las reformas “incrementalistas”, que para hacer frente a un problema o situación no se plantean ver qué dentro de lo ya existente no ha funcionado, y arreglarlo, sino que añaden leyes y controles, y nuevos órganos, que en muchas ocasiones carecen de medios o de *auctoritas*. Esta “reforma permanente” y sin criterio no conduce en general a nada bueno, al revés: no sólo significa más gasto y más burocracia, sino que provoca en ciudadano (y en más de un funcionario) primero confusión y luego zozobra y desapego hacia lo público¹³⁰.

Por eso puede resultar contradictorio que, como señala Nieto Martín (2020: 671), uno de los objetivos que persigue la ANAC italiana sea la mejora de la calidad regulatoria con el fin de disminuir la burocracia dentro de la administración. No se disminuye la burocracia añadiendo burocracia, sino gestionando mejor y con leyes que lo permitan o lo favorezcan. Y en cuanto a la proliferación de entes instrumentales, es el sempiterno juego del ratón y el gato, o de “huida” del derecho administrativo. Ciertamente, el ámbito de aplicación de los órganos anticorrupción es amplio, e incluye potencialmente todo tipo de órganos y entes vinculados o dependientes de una Administración territorial o en los que se maneje dinero público. Pero también lo ha sido, por lo menos desde 2011, el ámbito de aplicación de las directivas europeas de contratos y de las sucesivas leyes españolas, y ello no ha parecido impedir disfunciones y corrupciones en la contratación pública, mediante “huidas” producidas con ocasión de la actividad de entes instrumentales, fundaciones, etc.

3. Anticorrupción para-administrativa preventiva y Derecho penal represivo

La visión penalista (o al menos “investigativa”) de los órganos anticorrupción tiene varios problemas, a los que ya aludimos al comienzo de este trabajo (vid. *supra* apartado III 2) y que no vamos a repetir ahora. La OAC catalana ha tenido tres directores desde su creación en 2009, y todos ellos han sido jueces o fiscales, y ello nos parece suficientemente revelador: el juez se mete en la Administración no para prevenir la corrupción o para mejorar sus procedimientos en evitación de esta, sino para castigarla. La esquizofrenia o dualidad de estos órganos, que son tanto preventivo-administrativos como represivos-pseudopenales, no tiene que ser en sí misma negativa. Para las Administraciones y entes sometidas a sus potestades tal vez sea bueno percibir que junto

¹³⁰ Entiéndasenos bien: no estamos diciendo que los programas de reformas administrativas sean en sí mismos perniciosos o inútiles. Lo que estamos diciendo es que en muchas ocasiones las reformas administrativas han devenido un fin en sí mismo, en un reclamo electoral que luego casi nunca conducía a nada (por ejemplo en Italia desde hace más o menos treinta años existe ininterrumpidamente, en la Presidencia del Consejo de Ministros, un “departamento para las reformas institucionales”, que ha convertido la reforma administrativa o institucional en un ámbito más de actuación administrativa o gubernamental permanente, o sea, en un mantra poco o nada operativo). Los omnipresentes carteles de “combatamos la burocracia” que Tomás Gutiérrez Alea filmaba en “*Muerte de un burócrata*” colgados en las paredes de enormes oficinas llenas de funcionarios cubanos ociosos podrían perfectamente aplicarse, salvando la hipérbole, a los programas de permanente reforma administrativa de países como España o Italia.

a la zanahoria está el palo. Lo que queremos decir es que lo que representa una novedad es la prevención (porque el castigo ya existe: TCu, tribunales penales), y sin embargo – por lo menos en España – en el diseño de los órganos anticorrupción la prevención parece estar postergada respecto de la represión. No es preciso volver a recordar lo ya dicho respecto de la práctica imposible de que exista una represión interna o administrativa de la corrupción mediante el ejercicio de la potestad sancionadora disciplinaria. En un balance final, los nuevos órganos anticorrupción se terminan configurando como una especie de “ministerio fiscal paralelo”, precisamente porque tienen como puerto de llegada la fiscalía, al poner en su conocimiento los resultados de su investigación cuando detectan contenido penal – que será sin duda lo más frecuente.

De modo que nos parece que existe una doble paradoja. En primer lugar, en el diseño de los órganos anticorrupción se ha sido consciente de que el campo del castigo o de la represión ya está ocupado por la Fiscalía y por la jurisdicción penal, de modo que se concibieron con funciones esencialmente preventivas, y sin embargo el eje de su actividad parece consistir en la investigación represiva, que de hecho está mucho más concretada por la ley que la función preventiva. Esta función de pesquisa y de castigo del corrupto, según Cantone y Carloni (2018: 75), es la que reclaman los ciudadanos. Pero es que, como segunda paradoja, esa actividad investigativa no puede llegar a término, es decir, está capada porque si los órganos anticorrupción detectan, precisamente, irregularidades fraudulentas o corruptas, no pueden castigarlas sino que deben limitarse a ponerlas en conocimiento del juez o del fiscal (y prácticamente nunca pueden imponer una sanción administrativa hasta que recaiga sentencia). Desde este punto de vista sería del todo razonable que un órgano anticorrupción como el gallego, o la OIRESC – si es que puede considerarse un órgano anticorrupción – no disponga de facultades para investigar conductas sospechosas de corrupción. Ello sería coherente con el hecho de que sólo pueda y deba investigarse aquello que puede y castigarse administrativamente, reservando todo lo penal (es decir, la corrupción) a la jurisdicción penal. Así que sería legítimo considerar que no puede haber “investigaciones administrativas de corrupción”: la investigación o es judicial o no es investigación.

Que la función represiva termine privando sobre la preventiva se explica, además de por circunstancias estrictamente técnicas, por dos factores atinentes a lo que podríamos denominar el ambiente, o la tradición jurídico-institucional. Uno es la escasa cultura de la prevención que existe en España, donde en general ni los poderes públicos ni los ciudadanos anticipamos o prevemos cuánto de malo o negativo pueda acontecer sino que esperamos a que se verifique y entonces actuamos. La prevención, que tiene efectos – si los tiene – a medio o largo plazo no suele encajar fácilmente en Administraciones acostumbradas al día a día, o a no mirar más allá de los ciclos electorales. A esto se le debe añadir otro elemento que también tiende a reforzar el castigo penal. Nos referimos a lo explicado por Donini (2015: 138 y ss.) en relación con la ética pública: desaparecidas las éticas religiosas, morales o ideológicas, como ética pública solo quedaría la jurídica, y dentro de ella predomina abrumadoramente la penal. La misma idea la ha desarrollado con mayor extensión Maroto Calatayud (2015) en relación específicamente a España y a los partidos políticos: la rendición de cuentas colectivas y el reproche ético colectivo, y en definitiva la asunción de responsabilidades morales y políticas se subordina al resultado de un juicio penal. Juicio penal que si es exculpatorio, o de no condena por prescripción del delito o por otros motivos (pruebas ilegalmente obtenidas), eximen al político o gestor público de toda responsabilidad y rendición de cuentas.

Esta ética jurídico-penal funcionaría, en Italia, y también en España, como único reproche social o colectivo, de manera que, según Donini y según Maroto, un responsable político o un gestor público que no sea condenado penalmente queda libre de cualquier tipo de tacha moral (“*criminally innocent = politically correct*”), por mucho que sus conductas hayan sido inequívocamente reprobables, inmorales o corruptas-sin-condena-penal y que hayan sido percibidas por la ciudadanía como invalidantes para ejercer un mandato representativo o público. Si ello es así, y lo es en los dos países mencionados, entonces es comprensible que la dialéctica y la lucha políticas se terminen desplazando hacia la jurisdicción penal, porque es la única manera de eliminar por indecente o amoral a un adversario electoral¹³¹. Se ha dicho muchas veces, pero no por ello deja de ser importante reiterarlo: la judicialización penal de la política no sólo politiza la justicia sino que conduce a miserias morales colectivas de enormes y gravísimas consecuencias. Y, en lo que para este artículo interesa, conduce a que acaso inconscientemente la política administrativa anticorrupción se deslice excesivamente hacia lo penal.

4. ¿Puede o debe una Administración delinquir?

En cuarto lugar diremos que una de las principales razones por las que cabe dudar de que el sistema preventivo puesto en marcha a través de los órganos anticorrupción funcione es que le falla la premisa esencial. Por premisa esencial entendemos la misma premisa que se estableció respecto de la denominada *compliance* privada. La *compliance* privada tiene como punto de partida la posibilidad de que las empresas y personas jurídicas – y no ya sus dirigentes – puedan ser responsables penalmente de sus acciones u omisiones, tal y como sucede en España desde la LO 5/2010, de reforma del CP. La prevención de delitos (o irregularidades con relevancia penal) tiene su razón de ser en la evitación, precisamente, de que el sujeto (la empresa) delinca. Si, como sucede con las Administraciones, no puede existir imputación penal sino únicamente personal para sus gestores o responsables, entonces la prevención pierde en buena medida su sentido¹³².

¿Tiene sentido que las Administraciones no puedan delinquir? Parece haber coincidencia en que sí lo tiene. Sin embargo, la cosa no nos parece tan clara. Una Administración tiene derechos fundamentales (al menos los del art. 24 de la CE) y un pueblo (el pueblo judío, por ejemplo), un partido político, una asociación, o una empresa (incluso empresas públicas) son titulares del derecho al honor (entendido como honor “reputacional”)¹³³. Y las empresas públicas pueden delinquir, en determinadas circunstancias, según la reforma

¹³¹ Otro factor que coadyuva al crecimiento de la jurisdicción penal como vigilante de la legalidad del actuar administrativo es la lentitud, la falta de eficacia y los obstáculos de legitimación procesal de la jurisdicción contencioso-administrativa, que convierten al juez penal en el más rápido y efectivo (y mediático) modo de frenar a la Administración y de controlar su actuación: véase Rebollo Puig (2019).

¹³² Y vendría a explicar las dudas de Nieto Martín (2020: 660), cuando escribe que “*El cumplimiento normativo [en la denominada compliance privada] aumenta el valor y la competitividad de las empresas con buenos programas de cumplimiento, pero no tiene ningún impacto reputacional en las administraciones públicas, ni lo que es aún más sorprendente, en el de sus dirigentes. Prueba de ello es que entre las promesas electorales de responsables públicos, los programas de integridad o no aparecen o ocupan lugares residuales*”.

¹³³ Incluso hay países tan dispares como Nueva Zelanda, India o Bolivia que otorgan derechos a elementos de la naturaleza como ríos o montañas, pasando el medio natural no a ser objeto de derechos o de regulación por el poder legislativo o por la Administración, sino a ser sujeto mismo de derechos.

del CP operada en 2015¹³⁴. Y ya sabemos que la consideración de la Administración como delincente viene prevista en la CNUCC¹³⁵.

Por ello, el paso para reconocer que por ejemplo un Ayuntamiento pueda delinquir debería ser relativamente pequeño. De hecho, como es sabido, los Estados pueden ser sancionados por la UE, y en España todas las Administraciones u órganos constitucionales pueden cometer infracciones administrativas, y ser sancionadas por ello, en materia de protección de datos¹³⁶, de libre competencia¹³⁷ o, según vimos más atrás en el apartado V 4, también en materia de anticorrupción (no suministrar información a los órganos anticorrupción, no colaborar con ellos, represaliar a los denunciantes, etc.).

El obstáculo que tradicionalmente se alega para negar que la Administración pueda delinquir es que no puede ir a la cárcel, y que la otra posible pena (las multas) la termina pagando el contribuyente y no el culpable (es decir, la persona que estaba al frente de la Administración delincente). Algunas voces (Gutiérrez Pérez 2018: 136 y ss., o Nieto Martín y García-Moreno 2019: 405-406), al hilo de la singular evolución de la posibilidad

¹³⁴ El art. 31 bis del CP, en su redacción dada por la LO 5/2010, excluía de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a las Administraciones en general y también a las empresas públicas (“sociedades mercantiles estatales”). En 2012 el grupo GRECO emitió una recomendación en el sentido de que las empresas públicas debían ser penalmente responsables, de modo que el art. 31 bis de CP fue reformado por la LO 1/2015 reconociendo su capacidad delictiva (art. 31 quinquies, apartado 2), pero limitando las penas que le pueden ser impuestas a la multa y la intervención judicial (eso sí, al hablar de “sociedades mercantiles públicas” y no “estatales” como rezaba la redacción de 2010, incluye en la responsabilidad penal a todo el sector público empresarial español autonómico o local). Las fundaciones públicas no aparecen mencionadas en el vigente art. 31 del CP, por lo que quedarían exentas de responsabilidad criminal. Sobre la lucha contra la corrupción en las empresas públicas puede verse un documento de mayo de 2019 de la OCDE titulado *Directrices en materia de Lucha Contra la Corrupción e Integridad en las Empresas Públicas*, disponible en <http://www.oecd.org/daf/ca/Guidelines-Anti-Corruption-Integrity-State-Owned-Enterprises-ES.pdf>. Las directrices, entre otras cosas, invitan a los Estados a fomentar los sistemas integrados de gestión de riesgos en las empresas públicas, pero no se pronuncian sobre la responsabilidad criminal de estas, probablemente debido a la heterogeneidad de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la OCDE.

¹³⁵ La CNUCC alude a las personas jurídicas como destinatarios de sanciones penales o administrativas, sin precisar si se trata de personas privadas o públicas: art. 23.1 “*Los Estados miembros establecerán sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias aplicables a las personas físicas o jurídicas que: a) impidan o intenten impedir las denuncias; b) adopten medidas de represalia contra las personas a que se refiere el artículo 4; c) promuevan procedimientos abusivos contra las personas a que se refiere el artículo 4; d) incumplan el deber de mantener la confidencialidad de la identidad de los denunciantes, tal como se contempla en el artículo 16*”. Art. 26. “2. *La responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. 3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos. 4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo*”. Lo mismo hace el art. 28.1 LRJSP: “*Responsabilidad. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa*”.

¹³⁶ La legislación española ha querido seguir tímidamente el camino indicado por el RGPD de la UE, que en su art. 83.7 permite a los Estados imponer multas a las Administraciones. La LOPD no contempla multas para personas jurídico-públicas (sí para empresas públicas), y sólo permite a la AEPD imponerles apercibimientos. El apercibimiento es una sanción que se impone al Ayuntamiento, y no a las personas que en ellas se encarguen del tratamiento de los datos personales (pero es cierto que los casos son contados: por ejemplo mediante la resolución de 5 de junio de 2020 la AEPD sancionó al Ayuntamiento de Huércal, Almería, por no tener delegado de protección de datos: véase <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00001-2020.pdf>).

¹³⁷ La ley de defensa de la competencia de 2007 no lo excluye.

de que las empresas públicas delincan (excluida en la reforma del CP operada por la LO 5/2010 y parcialmente admitida por la sucesiva reforma de la LO 1/2015), están señalando, a nuestro juicio con razón, que poco a poco se va allanando el camino hacia la consideración de una Administración como delincuente, sin por ello perjudicar a los contribuyentes o a los usuarios de los servicios públicos. Ello se conseguiría, según Nieto Martín y García-Moreno, a través de medidas como la publicación de las sentencias y sobre todo la intervención judicial, con ciertos límites.

No se nos oculta que lo que subyace bajo esta cuestión es la radical diferencia que existe entre las empresas y la Administración en relación con el “cumplimiento de la ley”. Por razones evidentes, que no vamos a detallar, para una sociedad mercantil el “cumplimiento de la ley” no significa lo mismo que para una Administración. La vinculación de ambas a la ley y al Derecho es distinta. Acaso ello explique que recordarle a los responsables públicos, como medida preventiva, que no deben corromperse o dejarse corromper y que deben dotarse de mapas de riesgos o de planes anticorrupción, etc. podría no tener demasiado sentido. Menos aun cuando hasta el momento presente en España ello se ha hecho esencialmente mediante códigos o principios éticos o de conducta (por ejemplo los contenidos en los arts. 52 a 54 del Real Decreto Legislativo 5/2015 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público), que son claramente redundantes y demasiado genéricos. El responsable o gestor público ya está vinculado estrictamente al cumplimiento de la ley (lo cual al menos en teoría previene el delito antes de que ello suceda) y ya está controlado *ex post facto* por la jurisdicción penal y por la fiscalía (y en el caso de las empresas públicas participadas está sometido al control societario y corporativo). Si a ello añadimos los controles que el derecho administrativo y presupuestario ya conocen (de tipo contable o de auditoría), es legítimo dudar que tenga sentido, o que haya espacio para ello, trasladar a lo público los programas de cumplimiento característicos de la *compliance* privada, o por lo menos algunas de sus variantes como los canales de denuncia¹³⁸. Contrario al escepticismo que aquí expresamos se muestra Nieto Martín (2020: 661), al escribir que “*con frecuencia se escucha aún el argumento que en la administración pública la existencia de la ley y los controles que ella misma establece hace innecesario la implantación de medidas de autorregulación o el desarrollo de una ética pública*”. Pese a todo, pensamos que trasladar a las Administraciones la denominada *compliance* privada plantea muchos problemas tanto prácticos como conceptuales.

5. Corrupción dentro y fuera de la Administración

La última posible objeción al diseño de los órganos anticorrupción autonómicos y a la nonata proposición de ley de creación de órgano estatal (PLI de 2016) es que parecen estar pensados para un modelo que podríamos denominar “italiano”. Este modelo, como señalan Cantone y Carloni (2018: 59 a 65) parte de que la corrupción, o al menos su iniciativa u origen, está “*fuera*” de los gobiernos o de las administraciones, que serían

¹³⁸ Hay leyes que han abogado por la aplicación a la Administración de los canales de denuncia del sector privado. El art. 24 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales prevé la creación en las empresas de canales de denuncias en materia de datos personales (“*creación y mantenimiento de sistemas de información a través de los cuales pueda ponerse en conocimiento de una entidad de Derecho privado, incluso anónimamente, la comisión en el seno de la misma o en la actuación de terceros que contratasen con ella, de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la normativa general o sectorial que le fuera aplicable*”), y termina señalando en su apartado 5 que “*los principios de los apartados anteriores serán aplicables a los sistemas de denuncias internas que pudieran crearse en las Administraciones Públicas*”. Es un clarísimo ejemplo de la progresiva trasposición a las Administraciones de las medidas de *compliance* privada.

captados o corrompidos por redes de corrupción “*episódica, organizada o mafiosa*” bajo la veste de sociedades mercantiles, fundaciones, asociaciones, etc. Así que en Italia sería la mafia (u organizaciones pseudo-mafiosas) quien estaría infiltrada en las Administraciones, aprovechándose de ellas a base de sobornos, comisiones etc. (naturalmente, también utilizaría fórmulas societarias y asociativas, como tapadera para sus actividades).

La situación en España es bastante distinta. Porque la principal fuente de corrupción no estaría “fuera”, como en Italia, sino que estaría “dentro”, o sea, en las Administraciones o más bien en los gobiernos, o en todo caso en los partidos políticos a los que estos pertenecen y con los que los gobiernos tienen una proximidad evidente. En palabras de Nieto Martín y García-Moreno (2019: 392), citando a Villoria, “*en España el problema de la corrupción es sobre todo el de la corrupción política, muy por encima de la corrupción administrativa*”¹³⁹. En efecto, según ponen de manifiesto los principales escándalos de corrupción, y las sentencias respecto de ellos dictadas, en España serían los partidos y los responsables políticos quienes, en general para obtener financiación ilegal para su partido (y también para lucrarse ellos o para lucrar a empresarios amigos), habrían constituido y gestionado las redes mafiosas proyectándolas hacia fuera de la Administración o incluso del propio partido.

Se podría decir que si nos atenemos a las escasas condenas penales recaídas, o a la fiscalización del TCu, la corrupción no estaría en la Administración, y sólo parcialmente en los Gobiernos: estaría sobre todo en los partidos políticos y tendría por finalidad su financiación, y las personas condenadas o bien no eran funcionarios ni gobernantes, o cuando fueron condenadas¹⁴⁰ lo fueron no tanto por corromperse o dejarse corromper respecto de una determinada actuación administrativa sino más bien por financiación ilegal de su partido. Los principales escándalos de corrupción penalmente detectados (casos Gürtel, Palma arena, Púnica, Emarsa, y otros) sólo indirectamente se han correspondido con corrupción constatada y castigada en la Administración (en adjudicaciones, en subvenciones, etc.). Es decir, la adjudicación del contrato habría sido a priori correcta (naturalmente, predeterminando el resultado en favor de la empresa que financiaba al partido), de modo que en principio no se podía haber detectado ninguna irregularidad. No consta, porque no suele figurar en las sentencias penales ni ha aparecido en prensa, si a raíz de las sentencias recaídas en los casos de corrupción referidos se ha iniciado la revisión de oficio de las resoluciones dictadas en las licitaciones constitutivas de delito (los jueces penales que condenen por delitos a los gobernantes o a los funcionarios no tienen – en teoría – capacidad para anular el acto administrativo constitutivo de delito). No es preciso recordar que conforme al art. 47.1 d) LPC son nulos de pleno derecho los actos “*que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta*”, y son revisables de oficio o a petición de interesado conforme al art. 106 de la misma ley¹⁴¹. De manera que, desde este punto de vista, las leyes anticorrupción aprobadas en España desde la OAC en 2008 estarían disparando a un enemigo prácticamente inexistente como es la corrupción administrativa, o en cualquier caso mucho menor que con la corrupción política.

¹³⁹ Lo mismo escribe Queralt (2016: 7).

¹⁴⁰ Por ejemplo Presidentes o Consejeros de una determinada Comunidad Autónoma.

¹⁴¹ El art. 19.2 de la ley valenciana 11/2017 precisa que “*Serán nulos de pleno derecho cualquier acto o resolución adoptada como base de conductas corruptas o fraudulentas tipificadas como graves y muy graves*”, lo cual plantea la singular situación de acto no viciado con nulidad del art. 47 LPC pero sí viciado a nivel autonómico, y la no fácil compatibilidad de estos actos con la previsión del art. 47.1 d) (son nulos de pleno derecho “*Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta*”).

Es cierto que otros casos de corrupción tan graves como los recién mencionados (los denominados ERES o los cursos de formación, ambos en Andalucía) han sido distintos. Porque no tenían que ver con la financiación irregular de un partido, o al menos no aparentemente, sino que se trataba de corrupción administrativa propiamente dicha (subvenciones otorgadas a cursos no celebrados, ayudas al desempleo o expedientes laborales concedidas a personas que no trabajaban para la empresa). La pregunta que hay que hacerse es entonces si ese tipo de corrupción puramente administrativa hubiese podido ser detectada y acaso impedida a través de los mecanismos ordinarios de control (intervención, órganos de control externo, TCu). Si como es plausible la respuesta es negativa, por deficiencias estructurales y orgánicas de dichos mecanismos, por la opacidad de los procedimientos, o por una meticulosa ingeniería presupuestaria (las denominadas transferencias de financiación de los ERES), entonces ese espacio de no-control podría hipotéticamente haber sido ocupado por los nuevos órganos anticorrupción, que tal vez hubiesen podido intervenir a tiempo.

De cualquier manera, volviendo a nuestro argumento, habida cuenta de los principales casos de corrupción penalmente detectados, en España el objeto primordial de los órganos anticorrupción o antifraude estaría parcialmente desenfocado. Porque si miran “*hacia afuera*” no están incluyendo en su radio de actuación a los partidos políticos, que como ha señalado, entre otros muchos, Maroto Calatayud (2015), han sido hasta ahora el principal foco de corrupción en el ámbito público¹⁴². O bien cuando sí los incluyen, como las leyes navarra (art. 4.4) o valenciana (art. 3 j), en realidad dicha función terminará colisionando con el TCu estatal o con su homólogo regional¹⁴³ y carece de instrumentos realmente operativos o coercitivos. Es cierto que el legislador nacional ha ido dando algún paso hacia la consideración de los partidos como delincuentes. Como es conocido, la LO 5/2010, de 22 de junio introdujo en España la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero el art. 31 bis, apartado 5 del CP excluyó de ello a cualquier ente público:

“Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”.

Este art. 31 bis fue modificado por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, que reformó el Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, y eliminó del listado de sujetos excluidos a los partidos políticos y a los sindicatos. La E. de M. de esta ley decía que ello se hacía para “*superar la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política*”. Junto a los partidos políticos se hace penalmente

¹⁴² Lo habitual es que las leyes autonómicas anticorrupción no incluyan a los partidos políticos en su ámbito de aplicación (art. 2 de la ley aragonesa 5/2017, arts. 3 y 4 de la ley andaluza de 2021).

¹⁴³ El art. 4.4 de la ley navarra 7/2018 incluye en su ámbito de aplicación a “*Los partidos políticos, las organizaciones sindicales y empresariales y las fundaciones y asociaciones vinculadas en los términos a que hace referencia el artículo 4.1.e) de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos*”. Sin embargo, el control sobre los partidos está encomendado principalmente a otro órgano autonómico (la Cámara de Comptos de Navarra), por lo que es previsible que se produzcan solapamientos y disfunciones. La ley valenciana es mucho más clara, porque no limita o matiza la aplicación a los partidos (el art. 3 j. engloba dentro de su ámbito de aplicación a “*los partidos políticos, las organizaciones sindicales y las organizaciones empresariales*”).

responsables las fundaciones y entidades con personalidad jurídica que se consideren a ellos vinculadas (conforme a la LO 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos). De modo que poco a poco los legisladores nacional y autonómicos parece que están dando pasos hacia la fiscalización de los partidos y sindicatos y a atajar la corrupción en ellos generada.

Retomando el hilo, diremos que si los órganos anticorrupción miran “*hacia dentro*”, o sea hacia la propia Administración, que es la principal función de los nuevos órganos anticorrupción, estos tienen muchas probabilidades de colisionar no sólo con los propios órganos políticos que los nombran y financian, sino con los demás órganos o instituciones que ya existen para el control de la actividad de gobiernos, administraciones y partidos (el TCu, la Intervención General, y en menor medida el Defensor del Pueblo o incluso las Cámaras parlamentarias).

Concluiremos señalando que la nueva política anticorrupción que se viene aplicando en España y en Italia, y los órganos que se han creado sobre todo a nivel autonómico (incluyendo la OIRESC a nivel nacional, aunque en realidad solo a medias pueda considerarse un órgano anticorrupción), responde a la voluntad declarada de los poderes públicos de hacer algo más para frenar su propia corrupción, percibida socialmente de manera creciente como uno de los principales problemas colectivos – por lo menos en España y asimismo en Italia. Ello no puede ser criticado. Al contrario: sería un ejemplo positivo de respuesta de los responsables públicos y de la clase política ante un problema gravísimo. Lo que pasa es que tanto el diseño funcional y orgánico de estas nuevas políticas anticorrupción como su articulación práctica no permite en absoluto ser optimistas respecto a su eficacia. Aun a riesgo de incurrir en exageración, cabría afirmar que es del todo posible que estos nuevos órganos anticorrupción terminen por crear más corrupción. Pero no corrupción en el sentido lato sino en el sentido de distorsionar aun más el ordenamiento, de entorpecer aun más el actuar administrativo, de incitar a la Administración a estar a la defensiva y de crear disfunciones y complejidades burocráticas en relación con los demás órganos administrativos existentes y acaso con la fiscalía y con el poder judicial. Si ello fuese así, y hemos puesto de manifiesto alguna de estas disfunciones con la esperanza de que tal vez puedan ser evitadas, entonces todas estas leyes anticorrupción serían un ejemplo más de ley escaparate, inocua o inaplicada, en el sentido de ineficaz.

VIII. Bibliografía

Bauzá Martorell, Felio (2015): “Habeas denuncia. Identidad del denunciante en el procedimiento sancionador”, *Revista General de Derecho Administrativo* nº 40

Benítez Palma, Enrique (2017): “La convivencia entre los Órganos de Control Externo (OCEX) y las Agencias Autonómicas de prevención y lucha contra la corrupción”, *Auditoría Pública* nº 69, pp. 9-18

Benítez Palma, Enrique (2018): “El control externo y el *whistleblowing* (canales de denuncia)”, *Revista Española de Control Externo* nº 59, pp. 11-42

Calzoni, Roberto (2016): “Autorità nazionale anticorruzione e funzione di vigilanza collaborativa: le novità de Codice dei contratti pubblici”, *Federalismi.it* nº 23, en <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=32825>

- Carlioni, Enrico (2017): “El sistema de la lucha contra la corrupción en Italia. Características, tendencias y problemas abiertos”, *Revista de la Administración Local y Autonómica* nº 7, pp. 86-102
- Camisón Yagüe, José Ángel (2013): “El Informe Anticorrupción de la Unión Europea”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, pp. 373-388
- Canals Ametller, Dolors (2018): “El sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública”, *Revista Galega de Administración Pública* nº 55 pp. 409-446
- Cantone, Raffaele – Carlioni, Enrico (2018): *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Feltrinelli, Milán
- Capdeferro Villagrasa, Oscar (2013): “Nuevas Respuestas Judiciales a La Corrupción Pública. Análisis Desde el Derecho Administrativo y el Derecho Penal”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 112-4 pp. 891-918.
- Capdeferro Villagrasa, Oscar (2016): “Los organismos anticorrupción y el ejercicio de la potestad sancionadora: límites y propuestas para la prevención de la corrupción. En particular, el caso de la Oficina Antifraude de Cataluña”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 53 pp. 13-30.
- Capdeferro Villagrasa, Oscar (2017): “La obligación jurídica internacional de luchar contra la corrupción y su cumplimiento por el Estado español”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 13, pp. 114-147
- Capdeferro Villagrasa, Oscar (2020): “El paper de l’Oficina Antifrau de Catalunya en la lluita contra la corrupció en el sector públic català. Anàlisi i propostes de reforma amb motiu del seu 10è aniversari”, *Revista catalana de dret públic*, nº 60, pp. 35-64
- Cerrillo Martínez, Agustín (2011): “Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local”, *Anuario del Gobierno Local 2011*, pp. 277-313
- Cerrillo Martínez, Agustín (2014): *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Cizur Menor, Aranzadi
- Cobrerros Mendazona, Edorta (1995): “La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 41, pp. 761-794
- Donini, Massimo (2015): *Poder judicial y ética pública*, B. de F., Buenos Aires
- Fernández Ajenjo, José Antonio (2011): *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción. Especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado*, Civitas, Madrid
- Fernández Ajenjo, José Antonio (2019): “Problemas y soluciones frente al uso populista del estado de derecho: Agencias anticorrupción y servicios de coordinación antifraude”, *Revista Internacional de Transparencia e Integridad* nº 9
- Foffani, Luigi - Acquaroli, Roberto (2003): *La corruzione tra privati: note introduttive sull'esperienza italiana*, Giuffé, Milano

García-Moreno, Beatriz (2020): *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, Tirant lo Blanch, Valencia

Garrido Juncal, Andrea (2019): “La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* nº 12, pp. 126-151

Gimeno Feliu, José Maria (2019): “Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y de transparencia”, *Revista Internacional Transparencia e Integridad* nº 9

Gimeno, Jose María – Moreno Molina, José Antonio (2019): “La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OREISCon) como bóveda de la arquitectura de regulación y supervisión de la contratación pública”, en <http://www.obcp.es/opiniones/la-oficina-independiente-de-regulacion-y-supervision-de-la-contratacion-oreiscon-como>

Gutiérrez Pérez, Elena (2018): “Corrupción pública, concepto y mediciones. Hacia el *Public compliance* como herramienta de prevención de riesgos penales”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, nº 25

Jover, José María (2020): “La potestad normativa de la CNMC”, *Revista de Administración Pública*, nº 211, pp. 71-109

López Claros, Augusto (2013): “Removing Impediments to Sustainable Economic Development. The Case of Corruption, World Bank”, <http://documents1.worldbank.org/curated/es/102991468332344284/pdf/WPS6704.pdf>

Marcos Fernández, Francisco (2017): “Cesión e intercambio de pruebas entre investigadores de defensa de la competencia y procesos penales”, *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 186, pp. 131-161

Marina Jalvo, Belén (2017): “Las medidas provisionales administrativas. Novedades incorporadas por el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Revista Vasca de Administración Pública* nº 109 pp. 163-188

Marone, Francesco (2017): “Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 3/2017, pp. 743 y ss.

Maroto Calatayud, Manuel (2015): *Corrupción y financiación ilegal de partidos políticos: un análisis político-criminal*, Marcial Pons, Madrid

Martínez Fernández, Jose Manuel (2019): “La Instrucción vinculante 1/2019 de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación: ¿El ‘cerco’ definitivo a los contratos menores?”, en <http://www.obcp.es/opiniones/la-instruccion-vinculante-12019-de-la-oficina-independiente-de-regulacion-y-supervision>

Nieto García, Alejandro (1997): *Corrupción en la España Democrática*, Ariel, Barcelona

Nieto Martín, Adán y García-Moreno, Beatriz (2018): *Guía para para la prevención de la corrupción en las Administraciones Públicas de Castilla La Mancha*, Atenea

Nieto Martín, Adán y García-Moreno, Beatriz (2019): “De la ética pública al *public compliance*: Sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas”, en VV.AA. *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión* (J.L. Gómez Colomer, coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 379-409

Nieto Martín, Adán (2020): “Las agencias anticorrupción”, en VV.AA. *Guía práctica de compliance en el sector público* (C. Campos Acuña coord.), La Ley, Madrid, pp. 657-679

Paolantonio, Nino (2018): “Tipicità della determinazione amministrativa e fonti”, *Persona e Amministrazione. Ricerche Giuridiche sull’Amministrazione e l’Economia* nº 1, disponible en <http://ojs.uniurb.it/index.php/pea/article/view/1502>

Parejo Alfonso, Luciano (2016) *La vigilancia y la supervisión administrativas. Un ensayo de su construcción como relación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia

Perez Monguío, Jose María (2019): “Del chivato al cooperador: el whistleblowing”, *Revista Vasca de Administración Pública* nº 115, pp. 343-375

Piperata, Giuseppe (2021): “L’attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione”, en VV.AA. (F. Mastragostino, coord.), *Diritto dei contratti pubblici: assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo Codice, del Decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Giapichelli, Torino, 3ª ed.

Ponce Solé, Julio (2016): “Las oficinas y agencias locales anticorrupción como instrumentos para promover el buen gobierno y el derecho de los ciudadanos a la buena administración. Propuesta de una lista de comprobación de la calidad de su diseño”, *Anuario de Derecho Municipal*, nº 10 pp. 47-89

Ponce Solé, Julio (2017): “Las agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación de la calidad de su diseño normativo”, *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, nº 3

Queralt, Joan (2016): “*Public Compliance* y Corrupción: Análisis Conceptual y Propuestas”, *Revista Internacional de Transparencia e Integridad* nº 2

Racca, Gabriella (2018): “De la autoridad sobre los contratos públicos a la autoridad anticorrupción: un cambio de sistema” *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº 19, pp. 181-220

Rebollo Puig, Manuel (1993): “Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador”, *Poder Judicial*, nº 29 pp. 59-78

Rebollo Puig, Manuel (2019): “El control de la Administración por la jurisdicción penal”, *Revista Vasca de Administración Pública* nº 115, pp. 151-190

Sabán Godoy, Alfonso (1991): *El marco jurídico de la corrupción*, Civitas, Madrid

Sahún Pacheco, Rocío (2020): “El interés moral del denunciante perjudicado por una infracción y su legitimación para recurrir”, *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 203, pp. 187-204

Sendín García, Miguel Angel (2019): “Régimen jurídico de la denuncia, indefensión del denunciante e interpretación del derecho por la Administración pública” *Revista Gallega de Administración Pública* nº 57, pp. 311-345

Sierra Rodríguez, Javier (2020): “Anonimato y apertura de los canales de denuncia de la corrupción”, *Revista General de Derecho Administrativo* nº 55

Sinisi, Martina (2019): “Las reformas de transparencia y legislación anti-corrupción en Italia. Los contratos públicos y el papel jugado por ANAC”, *Cuadernos de Derecho Local* nº 50, pp. 184-205

Villoria, Manuel – Jiménez, Fernando (2012a): “*La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos*”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* nº 138, pp. 109-134

Villoria, Manuel – Jiménez, Fernando (2012b), “¿Cuánta corrupción hay en España? Los problemas metodológicos de la medición de corrupción (2004-2011)”, *Revista de Estudios Políticos* nº 156, pp. 13-47.

Villoria Mendieta, Manuel (2015): “La corrupción en España: rasgos y causas esenciales”, *Cahiers de civilisation espagnole contemporaine* nº 15, en <https://journals.openedition.org/ccec/5949>

Vestri, Gabriele (2019): “*Aproximación al sistema de «whistleblowing». Un nuevo desafío para la Administración Pública española*”, *Revista General de Derecho Administrativo* nº 51