

OSCAR CAPDEFERRO VILLAGRASA

Universidad de Barcelona
Departamento de Derecho Administrativo
y Derecho Procesal

EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA

Prólogo de
Juli Ponce Solé

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

ÍNDICE

| | <u>Pág.</u> |
|---|-------------|
| PRÓLOGO , por <i>Juli Ponce Solé</i> | 7 |
| ABREVIATURAS Y SIGLAS | 17 |
| INTRODUCCIÓN | 21 |

CAPÍTULO I

LA CORRUPCIÓN PÚBLICA Y LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA

| | |
|--|----|
| I. EL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN | 33 |
| 1. La corrupción como concepto jurídico..... | 36 |
| 2. Las distintas aproximaciones terminológicas del Derecho | 37 |
| 3. La concreción al ámbito jurídico-administrativo de la corrupción: el objeto de estudio | 38 |
| A. El concepto: el elemento subjetivo..... | 41 |
| a) Empleados públicos y órganos directivos | 42 |
| b) Cargos de gobierno y órganos superiores | 43 |
| c) Otros sujetos que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos | 44 |
| B. El concepto: el elemento objetivo | 49 |
| C. La corrupción y su relación con otros conceptos jurídico-administrativos..... | 56 |
| 4. En particular, el concepto de corrupción urbanística | 61 |
| II. LA ENTIDAD DEL FENÓMENO EN ESPAÑA. LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA COMO PARTE SUSTANCIAL DE LA CORRUPCIÓN PÚBLICA: DATOS Y PERFIL..... | 69 |

| | <u>Pág.</u> |
|--|-------------|
| 1. Gravedad y extensión de la corrupción | 70 |
| 2. Los principales sujetos corruptos y su ámbito territorial | 82 |
| 3. Los principales sectores de la actividad administrativa donde radica la corrupción | 84 |
| 4. La corrupción española en el contexto europeo, con especial atención al ámbito urbanístico..... | 87 |
| 5. La corrupción en el urbanismo español contemporáneo: génesis, mutación y nuevos ámbitos de riesgo | 91 |
| A. La reciente notoriedad de la corrupción urbanística española | 92 |
| B. La corrupción en el urbanismo español desde 1956..... | 95 |
| C. Las principales manifestaciones de la corrupción urbanística más reciente. Ámbitos de riesgo | 102 |

CAPÍTULO II

LAS CAUSAS Y CONSECUENCIAS DE LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA

| | |
|---|-----|
| I. CAUSAS DE LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA | 111 |
| 1. Las distintas causas de la corrupción urbanística: factores generales y contingentes | 113 |
| 2. Las causas generales de la corrupción urbanística | 113 |
| A. El beneficio económico | 116 |
| a) El <i>boom</i> inmobiliario y los incentivos de la corrupción: el auge de la corrupción urbanística..... | 126 |
| b) El ocaso del sector inmobiliario español y la reducción de la corrupción urbanística | 134 |
| B. El deficiente control y la impunidad..... | 137 |
| a) Los controles administrativos y los controles externos especializados no judiciales | 142 |
| a.1) Los controles interadministrativos | 143 |
| a.2) Los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional..... | 154 |
| a.3) Los organismos especializados | 162 |
| a.4) El Tribunal de Cuentas..... | 167 |
| a.5) El Defensor del Pueblo | 171 |
| a.6) La huida del Derecho administrativo | 172 |
| a.7) La inactividad administrativa..... | 174 |
| b) El principal control externo sobre la Administración: el control judicial | 176 |

| | Pág. |
|---|------------|
| b.1) El control judicial y las licencias urbanísticas ilegales: inejecución de sentencias, impunidad y corrupción | 177 |
| b.2) El control judicial del planeamiento urbanístico: la discrecionalidad administrativa como medio para encubrir intereses corruptos | 189 |
| b.3) El control penal | 195 |
| b.4) Control judicial e impunidad: algunos avances relevantes | 198 |
| C. La falta de ética pública o integridad..... | 200 |
| 3. Algunas causas contingentes de la corrupción urbanística..... | 206 |
| 4. Conclusión y síntesis: la fórmula de la corrupción | 213 |
| II. CONSECUENCIAS DE LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA..... | 215 |
| 1. Consecuencias generales de la corrupción pública | 215 |
| 2. En particular, las consecuencias de la corrupción urbanística en España | 217 |
| A. Consecuencias jurídicas: la vulneración de derechos y principios contenidos en la Constitución y en las leyes, con especial consideración del principio de incorruptibilidad | 218 |
| B. Consecuencias de distinta naturaleza: los costes económicos y sociales de la corrupción | 224 |
| C. Especialmente, las consecuencias urbanísticas de la corrupción en el urbanismo en un contexto de boom inmobiliario | 227 |

CAPÍTULO III

EL DERECHO Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

| | |
|--|------------|
| I. LA OBLIGACIÓN JURÍDICA DE ACTUAR CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA TIPOLOGÍA DE MEDIDAS EMPLEADAS PARA SU CUMPLIMIENTO..... | 231 |
| 1. El ordenamiento jurídico y la obligación para los Estados de actuar ante la corrupción: en particular, el Estado español..... | 231 |
| 2. Los tipos de medidas contra la corrupción: medidas preventivas para reducir los riesgos de corrupción y medidas represivas para sancionar las conductas corruptas | 241 |
| 3. El papel predominante del Derecho penal en la sanción de la corrupción | 244 |
| 4. La preferencia por la prevención y el papel predominante del Derecho administrativo en la función preventiva | 246 |
| II. EL MARCO JURÍDICO ANTICORRUPCIÓN EN ESPAÑA | 249 |
| 1. La lucha anticorrupción, el descrédito del Derecho administrativo y la expansión del Derecho penal | 252 |

| | Pág. |
|--|------|
| 2. Los escándalos de corrupción y su vinculación con reformas del ordenamiento jurídico-administrativo..... | 256 |
| 3. En especial, las medidas adoptadas contra la corrupción urbanística: la Ley de Suelo de 2007 y la legislación urbanística de las comunidades autónomas..... | 261 |
| III. EL DESCENSO COYUNTURAL DE CASOS DE CORRUPCIÓN URBANÍSTICA Y LA INCIERTA EFECTIVIDAD DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS..... | 271 |
| IV. EL CAMINO POR RECORRER: LOS RETOS REGULATORIOS PENDIENTES..... | 274 |

CAPÍTULO IV

PROPUESTAS PARA PREVENIR LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA

| | |
|---|-----|
| I. LIMITACIONES DE LAS PROPUESTAS: EL PROBLEMA METODOLÓGICO Y LA FALTA DE ANÁLISIS ADECUADOS Y OFICIALES | 278 |
| II. ALGUNAS PROPUESTAS DE MAYOR ALCANCE QUE PODRÍAN TENER UN EFECTO POSITIVO EN LA REDUCCIÓN DE LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA..... | 282 |
| III. NUESTRAS PROPUESTAS | 288 |
| 1. La evaluación de riesgos de corrupción y su necesaria aplicación al ámbito urbanístico | 288 |
| A. Evaluación general e identificación de los principales riesgos de corrupción en las Administraciones públicas | 289 |
| B. La evaluación de riesgos particularizada | 293 |
| C. La forma de llevar a cabo las medidas de evaluación de riesgos de corrupción propuestas | 298 |
| 2. El reforzamiento de los controles de legalidad en el ámbito local y el papel central del Secretario | 308 |
| A. Los controles de legalidad preceptivos en los ámbitos sometidos a elevados riesgos de corrupción: su ampliación y refuerzo | 308 |
| B. El refuerzo del control de legalidad ejercido por las comunidades autónomas | 314 |
| C. El control político: reforzar el control ejercido por el Pleno..... | 315 |
| D. El control social: reforzar la transparencia | 316 |
| E. El control del privado que formula un plan urbanístico o participa en un convenio urbanístico..... | 318 |
| 3. La regulación de las medidas cautelares ante la impugnación de un acto administrativo sujeto a riesgo de corrupción..... | 324 |

| | Pág. |
|---|------------|
| A. Algunas soluciones posibles frente a las deficiencias detectadas | 328 |
| B. Nuestra propuesta para el impulso de las medidas cautelares ante casos de corrupción | 331 |
| C. Efectos y justificación de la reforma propuesta | 337 |
| D. Medidas cautelares y cuestiones prejudiciales: el papel de las jurisdicciones contencioso-administrativa y penal, y sus relaciones | 341 |
| 4. La promoción de los instrumentos necesarios para incrementar el acatamiento de las reglas de la ética pública y de la estricta legalidad en el ejercicio de funciones urbanísticas | 346 |
| A. Un código ético y de conducta urbanístico | 351 |
| B. La formación ética de los empleados y cargos públicos que ejercen funciones urbanísticas | 361 |
| C. Las consultas urbanísticas | 364 |
| D. Las cartas de servicios urbanísticos | 366 |
| REFLEXIONES FINALES. LA LIMITADA, PERO NECESARIA, COLABORACIÓN DEL DERECHO EN LA PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN EL URBANISMO | 371 |
| BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTOS CITADOS | 381 |

El Jurado del Premio Ferrer Eguizábal 2015 sobre Derecho Administrativo, reunido en la sede del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, el martes 26 de abril de 2016, adoptó por unanimidad premiar, *ex aequo*, la presente obra en la categoría de mejor monografía publicada o inédita.

El Consejo de Gobierno de la Universidad de Barcelona, reunido el día 13 de julio de 2016, acordó conceder a Oscar Capdeferro Villagrasa el Premio Extraordinario de Doctorado del curso 2014/2015 por su tesis titulada *El Derecho Administrativo y la prevención de la corrupción urbanística*.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Oscar Capdeferro Villagrasa
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6. 28037 MADRID
☎ 91 304 33 03
www.marcialpons.es
ISBN: 978-84-9123-090-8
Depósito legal: M. 29.823-2016
Fotocomposición: MILÉSIMA ARTES GRÁFICAS
Impresión: Elecé Industria Gráfica, S. L.
Polígono El Nogal, C/ Río Tiétar, 24
28110 Algete (Madrid)
Madrid, 2016



PRÓLOGO

En el principio fue el urbanismo. Y la burbuja inmobiliaria asociada.

La regulación del uso del suelo fue caldo de cultivo para la corrupción y el Derecho administrativo en el ámbito urbanístico fue incapaz de prevenir y controlar adecuadamente esta. Como señala con total crudeza la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009:

«(...) la desastrosa situación a que, a pesar de la normativa legal y administrativa, se ha llegado en España respecto a la ordenación del territorio, incluida la destrucción paisajista, justifica que, ante la inoperancia de la disciplina administrativa, se acude al Derecho Penal, como Última Ratio (...).».

El estallido de la burbuja inmobiliaria trajo la crisis a España, junto con otros factores, conocidos por todos. En el momento de escribir estas líneas esas circunstancias aún moldean la vida española en diferentes frentes: políticos, económicos, sociales, demográficos...

Y es en ese contexto en el que jóvenes investigadores como Oscar Capdeferro iniciaron, y aún continúan, con notables dificultades, su labor académica. En condiciones ciertamente complicadas, dado el contexto universitario, pero con una admirable tenacidad que, esperemos por el bien de la sociedad, dé finalmente sus merecidos frutos.

Es por ello un motivo de alegría para mí, precisamente, escribir aquí unas breves palabras introductorias a uno de esos frutos.

Este estudio que la lectora o lector tiene entre sus manos fue originariamente la tesis doctoral que el autor defendió en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona en 2015, ante un tribunal de expertos en la materia objeto de análisis, desde las perspectivas jurídicas y de ciencia política, compuesto por los profesores Joaquín Tornos, de la Universidad de Barcelona, reconocido administrativista español, María De Benedetto, de la Universidad italiana Roma Tre, y Manuel Villoria, de la Universidad Rey Juan Carlos, ambos expertos con reconocimiento internacional en el ámbito de la corrupción.

Las interesantes aportaciones realizadas por los mismos en el acto de defensa de la tesis y una fase de reflexión posterior del ya doctor en Derecho han conducido a la obra que tengo el placer de presentar y que estoy convencido que no decepcionará a quien se adentre en su lectura.

* * *

Se trata de un estudio notable que aborda uno de los problemas más graves hoy en día para la sociedad española en un ámbito sectorial especialmente sensible.

La corrupción es un grave problema de la sociedad española que pone en peligro nuestro Estado Social (dado que los recortes sociales vienen provocados en parte por una deficiente gestión de los caudales públicos provocada por la corrupción) y Democrático de Derecho. Desde luego, no es solo un problema de la sociedad española, puesto que se trata de un problema universal, como la conocida profesora de Derecho administrativo de la Universidad norteamericana de Yale, Susan Rose-Ackerman vuelve a poner de relieve en el prefacio a la segunda edición de 2016 de su prestigiosa obra sobre corrupción¹.

Pero sin duda —igual que señalaba Tolstoi al inicio de su obra Anna Karenina respecto al hecho de que todas las familias felices se parecen, pero las desdichadas lo son cada una a su manera— la corrupción en cada país tiene características propias, que en el caso español se asocian a la path dependency, a la dependencia del camino histórico que hemos transitado y nos ha traído hasta donde nos hallamos.

Nuestra historia, por diversas circunstancias, en las que ahora no podemos entrar, ha conducido a un contexto actual en el que el clásico caciquismo no ha muerto, transmutándose en clientelismo político,

¹ S. ROSE-ACKERMAN y B. J. PALIFKA, *Corruption and Government. Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge University Press, 2016.

económico, administrativo o académico, en amiguismo, nepotismo, endogamia (que ha sido objeto desde hace años de tratamiento en publicaciones tan sólidas como Nature, Science o The Chronicle of Higher education) y en un capitalismo de amiguetes, donde la meritocracia, en los ámbitos público y privado, tiene aún mucho camino por recorrer y donde las relaciones personales siguen siendo la clave de gran parte de los intercambios, a diferencia de otras sociedades más decentes².

* * *

Capdeferro opta además por estudiar la corrupción en un sector específico, el urbanístico. Creo que su elección es acertada, por, al menos, dos motivos.

En primer lugar, porque se trata de un sector ideal para contrastar reflexiones generales en la realidad de la actividad pública y privada de un ámbito específico, en un sector o ámbito de referencia clave para la investigación jurídica, a los que se refiere, por ejemplo, Schmidt-Assmann³.

En segundo lugar, porque, sorprendentemente, pocos son aún los estudios jurídicos académicos dedicados a la corrupción, tanto en el ámbito urbanístico internacional en general como en España en particular, salvo excepciones notorias, tanto en el ámbito jurídico como fuera de él, donde sobresale la labor desarrollada desde hace años por Fernando Jiménez, profesor de ciencia política y de la administración de la Universidad de Murcia.

Y ello pese a la importancia que la actividad urbanística tiene y la constancia de la relevancia de la corrupción asociada a la misma. Según datos de 2013 de la Comisión Europea, este sector en Europa supone al menos el 10 por 100 del PIB de la UE y veinte millones de puestos de trabajos directamente relacionados, cifras que son comparables con las de los países integrantes de la OCDE y organizaciones como Transparencia Internacional han destacado la presencia de

² Sobre el concepto de sociedad decente, A. MARGALISH, *La sociedad decente*, Paidós, 2010. Sobre la importancia de las relaciones personales en la sociedad española frente a otras como la inglesa, D. C. NORTH, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, FCE, México, 1993. En relación con el clientelismo político y la falta de meritocracia en general, vid. C. SEBASTIÁN, *España estancada*, Galaxia Gutenberg, 2016, p. 33, o R. JIMÉNEZ ASENSIO, «España. ¿un país sin frenos?», en M. VILLORIA, J. M. GIMENO y J. TEJEDOR (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, 2016, pp. 17 y ss. En relación a la endogamia universitaria, vid., por ejemplo, las diversas referencias incluidas en «La endogamia alcanza al 73 por 100 de los docentes», *El País*, 30 de noviembre de 2014.

³ E. SCHMIDT-ASSMANN, *Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, Marcial Pons, 2003.

*comportamientos corruptos importantes en este ámbito en todas las naciones*⁴.

* * *

Quizás encontramos en la falta de estudios sobre la corrupción urbanística —y en ocasiones, desde una perspectiva más general, en las menores referencias a problemas concretos y en la preferencia por reflexiones jurídicas académicas cuanto más generales y despegadas de la realidad— lo que Cailloise ha denominado «positivismo técnico» que impregna la doctrina universitaria y que podría resumirse de la siguiente manera: no se «sabría ser jurista» sin tener deliberadamente las palabras y las cosas jurídicas estudiadas a buena distancia de su contexto social⁵. Esto es, se sería mejor jurista académico cuanto más formalista y más abstracto se muestre el investigador y cuantos menos datos empíricos maneje, de acuerdo con algunas ideas, aún subsistentes en nuestra tradición universitaria.

Desde luego, este no es el enfoque de Oscar Capdeferro y creo que por ello le debemos estar agradecidos.

* * *

El autor de este estudio no se limita a analizar las causas y mecanismos de la corrupción urbanística en España y los defectos institucionales que han permitido esta. Da un paso más. Un paso decisivo, por cuanto del diagnóstico pasa a la prescripción, en positivo, de posibles mejoras del ordenamiento jurídico y de su aplicación que permitan prevenir los riesgos de corrupción y reaccionar frente a estos.

Puede parecer un paso pequeño, pero es un gran paso en el ámbito de la ciencia jurídica en general y del Derecho administrativo en particular, por cuanto demuestra que se está en condiciones de contribuir a la mejora de la actuación de los poderes públicos, al desarrollo de políticas públicas más adecuadas, al buen gobierno y a la buena administración, en definitiva, y no solo, aunque también, a la lucha contra la arbitrariedad, contra las inmunidades del poder, en la magistral y conocida formulación del maestro García de Enterría.

⁴ Sobre la escasa investigación en materia de corrupción urbanística y la importancia del sector, *vid.* F. CHIODELLI y F. MORONI, «Corruption in land-use issues: a crucial challenge for planning theory and practice», *The Town Planning Review*, vol. 86, núm. 4, 2015.

⁵ J. CAILLOSSE, «Droit administratif et sciences sociales», en M. RUFFERT (ed.), *The Transformation of Administrative Law in Europe*, Sellier, 2007, pp. 171 y ss.

*Es decir, este estudio es un ejemplo de cómo el Derecho administrativo debe intentar recobrar su posición en el concierto de las ciencias sociales, de la que ha ido quedando rezagado paulatinamente por su enfoque tradicional mayoritario meramente antidiscrecionalidad, ocupando el lugar que debe corresponderle si queremos evitar nuevos fracasos colectivos futuros en España*⁶.

Y en esa tarea de hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a una buena administración en el ámbito del urbanismo que permita prevenir y controlar la corrupción, Capdeferro sugiere diversas medidas concretas, esto es, se muestra como un jurista comprometido o, en expresión más informal, si se nos permite, se «moja», nadando y no guardando la ropa, porque si bien sus recomendaciones y sugerencias pueden ser, desde luego, discutibles, lo que pretende el autor es exactamente eso, que se discutan y que en un eventual futuro algunas de ellas puedan ser aplicadas.

La intención del autor no nos parece nada descabellada. Pues, como señalaba Einstein, locura es hacer la misma cosa una y otra vez esperando obtener diferentes resultados. Lo que es relevante tener en cuenta, cuando algunos ya aparecen como heraldos del supuesto fin de la crisis económica y otros pretenden una vuelta a los viejos buenos tiempos de la década prodigiosa que condujo a la burbuja inmobiliaria alimentada por la corrupción, cuya explosión aún ensordece a la población española.

En los últimos años empiezan a aparecer ya estudios sobre el papel que los lobbies tuvieron en la influencia, indebida en ocasiones y origen precisamente de la corrupción, en la denominada liberalización del suelo de los primeros años de la década pasada, promovida a partir de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones⁷. España tuvo 4,3 millones de nuevas unidades de vivienda durante los años 2003-2007, representando más del 17 por 100 del parque de vivienda existente. En la cumbre de la burbuja, se construyeron más viviendas (alrededor de 800.000 al año en 2006 que las construidas en Alemania, Francia y el Reino Unido juntos). Con los conocidos im-

⁶ Sobre ese proyecto antidiscrecionalidad que impregna aún la corriente mayoritaria administrativista, *vid.*, por ejemplo, J. PRATS, «Derecho y management en las Administraciones Públicas», *Ekonomia*: Revista vasca de economía, núm. 26, 1993 (Ejemplar dedicado a: *La Nueva Gestión Pública: Factor de competitividad*), pp. 130-143. Sobre la necesidad de un cambio de enfoque del Derecho administrativo para recuperar la importancia que nunca debió perder, S. CASSESE, «New Paths for Administrative Law: A Manifesto», *International Journal of Constitutional Law*, 2012 10 (3), pp. 603 y ss.

⁷ J. G. MONTALVO y G. DE CADENAS SANTIAGO (comps.), «Land Use Regulations and House Prices an Investigation for the Spanish Case», *Moneda y crédito*, núm. 23, Documento de trabajo 2010-9, FEDEA, F. SOLÉ OLLÉ y E. VILADECANS MARSAL, «The Influence Wielded by Land Developer Lobbies During the Housing Boom: Recent Evidence From Spain», *CESifo Dice Report*, 2013, vol. 11, issue 2, pp. 43-49.

pactos ambientales, sociales y económicos que el crecimiento urbano diseminado (urban sprawl) ha provocado.

En concreto, el aumento de hasta un 28 por 100 de la superficie urbanizable (medida en metros cuadrados) en España fue incapaz de contribuir a la bajada de precios de la vivienda, que, bien al contrario, aumentaron espectacularmente. El incremento de precios fue alrededor del 150 por 100 entre 1997 y 2006, debido a una serie de circunstancias económicas (el paso al euro, la demanda de segundas residencias para extranjeros o la inmigración recibida), de políticas públicas que incentivaron aún más la demanda (en el ámbito tributario, por ejemplo) y, no hay que olvidarlo, de expectativas irracionales, combinadas, además, con la corrupción, que bien estudia Capdeferro, que contribuyó a engrasar lo que ha sido denominado como la «máquina de crecimiento» (Growth Machine) en el clásico estudio de Molotch⁸.

* * *

Se dice que quien no conoce su historia está obligado a repetirla. Confiemos que trabajos como este nos lo eviten.

* * *

Desde luego, la mejora del marco institucional a través del Derecho que propone el autor tiene mucho sentido, como lo tienen futuros cambios políticos e incluso constitucionales en algún caso.

Pero, en mi opinión, todos estos cambios políticos y técnico-jurídicos, siendo imprescindibles, no serán suficientes, si no se emprende y culmina un cambio ético profundo, tanto individual como colectivo, en el que los juristas y los académicos en particular podrían también colaborar. Veamos, para terminar, algunos aspectos de lo que pretendo exponer con esta afirmación.

* * *

Como señala Zeldin, «los abogados que redactan los borradores constitucionales no suelen mencionar aspectos íntimos o personales», pero estos son relevantes para vivir una vida plena individual y social⁹.

⁸ H. MOLOTCH, «The City as a Growth Machine: Towards a Political Economy of Place», *American Journal of Sociology* 82 (2), 1976, pp. 309-332.

⁹ T. ZELDIN, *Los placeres ocultos de la vida*, Plataforma editorial, 2015, p. 225.

En ese sentido, debiéramos quizás preguntarnos por qué ha sido tradicional que nuestros planes de estudios en las facultades de Derecho en España no incluyeran asignaturas de ética, a diferencia de otros países, y qué se podría hacer en el futuro al respecto.

En este sentido, César Arjona explica magistralmente como existe una asunción implícita en nuestra cultura jurídica y en nuestras facultades de Derecho, relativa a «la existencia de una teoría o concepción dominante, lo que tomando prestado el término a los científicos podríamos llamar un paradigma» que él denomina la ética de la amoralidad, «un nombre que a pesar de su aparente paradoja no va de broma, sino que denota una posición que se pretende sólida, y que domina en lo académico (donde se la considera la concepción estándar de la ética jurídica) y en lo práctico (como se ha comprobado en multitud de estudios)». También es en su opinión, que comparto, «una posición extremadamente limitada y cuya extensión indebida tiene perniciosas consecuencias»¹⁰.

Estas consecuencias negativas tienen que ver, en primer lugar, con que «resulta sorprendente hasta qué punto la mayor parte de la discusión sobre ética jurídica se ha centrado en la figura del abogado en juicio. Sorprendente, y de consecuencias serias. Las acciones jurídicas que tienen que ver con la corrupción, esto es, que constituyen corrupción o son instrumentales a la corrupción, se producen más bien fuera del entorno propiamente litigioso. Hablamos de asesoría, de negociación, de toma de decisiones, de cosas que suceden en un despacho cerrado y no en el acto de un juicio con partes que miden sus fuerzas de manera pública y transparente delante de un tercero imparcial. Y en esos entornos del despacho cerrado se extiende indebidamente la justificación proveída por la amoralidad, que se utiliza así para excusar lo inexcusable».

Pero no terminan ahí los impactos negativos de la ética de la amoralidad dominante: «Una de las más claras es la concepción de la relación entre el abogado y el cliente como una relación de agencia, en la cual el principal, un lego con intereses jurídicos, recurre al experto-profesional cuyo mayor conocimiento y pericia le permite satisfacer aquellos intereses. Al agente no le incumben las cuestiones morales, y es en todo caso el cliente quien introduce en el sistema el elemento de valoración ética a través de sus decisiones. Esta imagen de la relación profesional resulta de nuevo muy limitada en cuanto a la visión que transmite del jurista. Si las profesiones en sentido clásico (la médica y la jurídica lo son por excelencia) se caracterizaban por la presencia de tres elementos, esto es, el conocimiento experto

¹⁰ C. ARJONA, «La ética de la amoralidad», *Blog de la Revista Catalana de Derecho Público*, 30 de mayo de 2013.

del profesional, su autonomía a la hora de ponerlo en práctica, y el servicio último a un bien público o valor social fundamental, el modelo de la agencia se centra solamente en el primero. Se reconoce al profesional una mayor expertise, pero se anula su autonomía, mientras que el valor último perseguido queda totalmente fuera de juego (en el caso del jurista, la justicia conforme a derecho, la cual sirve mediatamente a través de su rol en el sistema, por ejemplo, defendiendo los intereses del cliente). El modelo de la agencia limita así de manera indebida y grave la propia naturaleza de la profesión de abogado, la cual pierde aquello que en último término justifica y da sentido a la profesión qua profesión, por no insistir en que resulta simplemente inaplicable o sumamente distorsionador para las otras ocupaciones jurídicas».

Ello unido al positivismo formalista antes mencionado conduce a generar una falsa coartada para el jurista, pues «una vez encontrados los límites de lo legalmente posible el jurista puede moverse dentro de ellos sin preocupaciones morales (esas le corresponden, dice la retórica habitual, al legislador). Lo cual supone ignorar lo que sabe todo jurista con un mínimo de experiencia, esto es, que la principal tarea jurídica consiste en interpretar la ley, y que saber qué dice el Derecho y cuáles son sus límites es casi siempre el objeto de la controversia. El refugio en que la amoralidad se protege es en realidad muy poco seguro».

Otra asunción asociada a la anterior «consiste en creer que es posible distinguir entre la moral profesional (en la que el jurista, como jurista, se limita a trabajar amoralmente dentro de los supuestos límites legales) y la moral general o personal (en la que ese mismo jurista, cuando deja de actuar como tal, sí es capaz de realizar valoraciones morales sobre la ley, la causa de su cliente, o incluso su propia actuación, que sin embargo como profesional no le conciernen)».

Arjona subraya como «más allá de que esta sea una disociación difícil de sostener desde la teoría ética (manifiestamente contraria, por ejemplo, al principio de universalidad kantiano), está por ver que sea psicológica y neurológicamente posible. ¿Puede el abogado cambiar de moral con la misma facilidad con que abre y cierra la puerta del despacho, o se pone y se quita la toga? La teoría de la amoralidad se lo exige. Pero los estudios empíricos que sistemáticamente demuestran que la profesión de abogado concentra una cantidad desproporcionada de problemas mentales (adicciones, esquizofrenias, etc.), parecen indicar otra cosa».

Efectivamente, quedará para abordar, en otras obras futuras del propio autor o de otros autores, sin duda, el papel de los juristas en

general y de los abogados en particular, respecto de la corrupción y del sufrimiento colectivo y personal que esta genera. Cada vez son más los estudios empíricos existentes, especialmente fuera de España, en que se pone de relieve cómo esa ética de la amoralidad, entre otros factores, conduce a tener profesionales del Derecho con una notable falta de empatía, a un alto índice de psicópatas entre ellos y a altas tasas de depresión o de alcoholismo entre abogados, por ejemplo¹¹.

También será necesario plantearnos en el futuro cómo deberemos abordar en una sociedad moderna, que no depende del papel de la moral religiosa, que en España ha sido desempeñado históricamente por la católica, el problema que plantea la ética de la amoralidad, puesto que la libertad religiosa, incluyendo el derecho, por cierto, a no tener creencias religiosas de ningún tipo, no debería conducir, en expresión clásica castellana, a un «sindiós», como sinónimo de caos y del «todo vale».

Está por acordar y fomentar, entre todos, también en el ámbito de lo jurídico, una ética laica moderna que ayude a prevenir la corrupción y a incrementar el respeto de los demás y de lo colectivo. Lo que no se

¹¹ «Abogados: pesimistas y con alto nivel de estrés», *Expansión*, 10 de diciembre de 2014: «En la reunión mundial de la International Bar Association-IBA (la asociación más grande de abogados del mundo), celebrada el pasado octubre en Tokio, se pusieron sobre la mesa datos preocupantes sobre este tema. Los altos niveles de estrés han desembocado en que el 70 por 100 de los abogados —según un estudio realizado en Estados Unidos— es potencial candidato a problemas de alcohol en su carrera y el 26 por 100 ha consumido cocaína, el doble que la población en general (como referencia, en España el 18 por 100 de los jóvenes de dieciocho años lo había hecho en el último año)» (...).

Según el libro *La sabiduría de los psicópatas. Todo lo que los asesinos en serie pueden enseñarnos sobre la vida* (Ariel), publicado en 2012 por el profesor y psicólogo Kevin DUTTON, existen unas profesiones más proclives que otras a la aparición de psicopatías. Estos desórdenes de la personalidad o anomalías que patológicamente alteran la conducta social del individuo pueden ser una menor tolerancia al estrés, falta de empatía, insensibilidad, ausencia de culpa, egocentrismo, manipulación, irresponsabilidad, impulsividad y comportamientos antisociales, como un estilo de vida parasitario y criminalidad.

Según este libro, «la profesión de abogado es la segunda donde se pueden encontrar más psicópatas, tras la de director general. En tercer lugar, se sitúa el profesional de los medios de comunicación de radio y televisión, seguido del vendedor y del cirujano. Del quinto al décimo puesto de profesiones más proclives a desarrollar psicopatías se encuentran: periodista, agente de policía, clérigo, chef y personal de servicio doméstico» (...).

«Una de las consecuencias del tipo de trabajo, largas jornadas y del estrés intrínseco en la profesión legal es el difícil equilibrio para poder conciliar la vida laboral y personal que, en muchos casos, es más grande en las mujeres, quienes, según las encuestas, aún llevan el peso de la mayoría de los hogares y la educación de los hijos.

A menudo, estas circunstancias producen pérdidas familiares producidas por la ausencia en el hogar del letrado o letrada. La tasa de divorcio de los abogados, especialmente en las mujeres, es más alta que entre otros profesionales, según clasificaciones de Estados Unidos. En España, algunos grandes despachos se están esforzando por implantar medidas que faciliten la conciliación».

hará ni en un día ni a golpe de modificación normativa taumatúrgica (algo que, por lo demás, tenemos ya en abundancia), como es obvio¹².

* * *

En fin, no me queda más que felicitar al autor de este trabajo por su perseverancia y esfuerzo, agradecer a las personas que, dentro y fuera del ámbito académico, en el sector público o privado, ayudan a Oscar Capdeferro y a otros investigadores como él en el desarrollo de su labor, tan meritoria como difícil en los tiempos que corren, y animar a quien tiene ante sí este libro a que goce con su lectura y, en un ejercicio que nunca tiene fin e involucra a autor y lector, a que reflexione y contribuya a que la discusión informada sobre la lucha contra la corrupción y por el buen gobierno y la buena administración siga y conduzca a mejoras sociales reales en un futuro, esperemos, no muy lejano.

New Haven, abril de 2016.

Juli PONCE SOLÉ

¹² Sobre el peso de las diferentes tradiciones religiosas históricas en las relaciones entre ciudadanos e instituciones públicas, puede consultarse B. ARRUÑADA, «Protestants and Catholics: Similar Work Ethic, Different Social Ethic», *The Economic Journal*, 120 (547), pp. 890-918.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

| | |
|--------------------|--|
| A | Auto [puede incluirse precediendo alguna de las abreviaturas referidas a tribunales de justicia. Ej. ATS equivaldría a Auto del Tribunal Supremo]. |
| A.C. | Antes de Cristo. |
| AN | Audiencia Nacional. |
| AP | Audiencia Provincial. |
| ap./aps. | apartado/apartados. |
| APLU | Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística. |
| APMUN | Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural. |
| art./arts. | artículo/artículos. |
| <i>BOE</i> | <i>Boletín Oficial del Estado.</i> |
| Cap. | Capítulo. |
| Cdo. | Considerando. |
| CE | Constitución Española de 1978. |
| Cfr. | Cónfer. |
| CGPJ | Consejo General del Poder Judicial. |
| Cit. | Citada [obra citada]. |
| <i>C.I.V.I.T.</i> | <i>Commissione per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche.</i> |
| CNC | Comisión Nacional de la Competencia. |
| CNUCC | Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, de 31 de octubre de 2003. |
| COSITAL | Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios/as, Interventores/as y Tesoreros/as de Administración Local. |
| coord./cords. | coordinador/coordinadores. |
| CP | Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. |
| D./D. ^a | Don/doña. |
| DA | Disposición Adicional. |
| DF | Disposición Final. |
| dir./dirs. | director/directores. |
| DT | Disposición Transitoria. |

| | |
|--------------|--|
| EBEP | Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. |
| ed./eds. | editor/editores. |
| ej./p. ej. | ejemplo/ por ejemplo. |
| F | Fundamento. |
| Fasc. | Fascículo. |
| FD | Fundamento de Derecho. |
| FJ | Fundamento Jurídico. |
| GRECO | Grupo de Estados contra la Corrupción. |
| <i>Ibid.</i> | <i>Ibidem.</i> |
| LEC | Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. |
| LECRim | Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. |
| LJCA | Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. |
| LOFAGE | Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. |
| LPAC | Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. |
| LRBRL | Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. |
| LRJPAC | Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. |
| LRJSP | Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. |
| LS | Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana. |
| núm. | número. |
| OAC | Oficina Antifraude de Cataluña. |
| OCDE | Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. |
| ONG | Organización no gubernamental. |
| ONU | Organización de las Naciones Unidas. |
| p./pp. | página/páginas. |
| párr./párrs. | párrafo/párrafos. |
| PIB | Producto Interior Bruto. |
| Rec. | Recurso. |
| S | Sentencia [puede incluirse precediendo alguna de las abreviaturas referidas a tribunales de justicia. Ej. STS equivaldría a Sentencia del Tribunal Supremo]. |
| Secc. | Sección. |
| SEPBLAC | Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias. |
| ss. | siguientes. |
| TC | Tribunal Constitucional. |
| Tít. | Título. |
| TREBEP | 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. |

| | |
|-------------|---|
| TRLUC | Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo [de Cataluña]. |
| TRLS | Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo. |
| TRLSRU | Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. |
| TSJ | Tribunal Superior de Justicia. |
| UE | Unión Europea. |
| UNODC | Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, por sus siglas en inglés (United Nations Office on Drugs and Crime). |
| <i>vid.</i> | véase. |
| <i>vol.</i> | volumen. |
| VVAA | Varios Autores. |
| <i>VwGO</i> | <i>Verwaltungsgerichtsordnung.</i> |

INTRODUCCIÓN

OBJETO

Este trabajo se centra en el estudio de la corrupción desde la óptica del Derecho administrativo y toma como referencia sectorial el ámbito del urbanismo.

Con el objeto de identificar líneas para reforzar la política anticorrupción, se analizan las causas de la corrupción urbanística y la efectividad y margen de mejora de los principales instrumentos preventivos incorporados en el marco jurídico administrativo vigente, identificando las vulnerabilidades que abren huecos a prácticas corruptas, ante lo que se proponen, finalmente, medidas para reforzar la prevención de la corrupción desde el Derecho administrativo.

Puesto que en los últimos años uno de los sectores jurídico-administrativos que más parece haber sufrido la corrupción es el urbanístico, se toman casos de ese ámbito para ilustrar las argumentaciones y afirmaciones vertidas a lo largo de este trabajo, y se limita así también el objeto material de estudio. Algunas afirmaciones son válidas para cualquier forma y ámbito en que se dé la corrupción, mientras que otras referencias son específicas de este sector.

El objeto de este estudio se limita a la dimensión pública de la corrupción, y se excluyen todos aquellos supuestos de corrupción privada, exclusiva entre particulares. Subjetivamente, el estudio se centra en el fenómeno de la corrupción política y administrativa en el poder ejecutivo, entendida como aquella corrupción que afecta a los miembros de los gobiernos y altos cargos de las Administraciones, a los empleados públicos al servicio de las Administraciones, tengan la condición de funcionarios públicos o de personal laboral, y a aquellos particulares

que ejercen funciones públicas encomendadas a la Administración. Este subtipo de corrupción pública excluye, por tanto, la de los poderes judicial y legislativo; jueces, magistrados y parlamentarios quedarán fuera del objeto aquí estudiado.

En cuanto a los sujetos considerados, se trata tanto la posición del servidor público como la del particular que puede ser, en determinados casos, partícipe en la corrupción pública, sea como incitador o corruptor de empleados públicos o bien como víctima de las pretensiones corruptas del servidor público. No obstante, el tratamiento es desigual en la medida en que a lo largo del estudio se presta mucha más atención a cómo puede la Administración prevenir la realización de actuaciones corruptas de los cargos y del personal a su servicio, lo que no es de extrañar si partimos de la concepción que la capacidad que tiene el Derecho administrativo para incidir en este ámbito se concentra en el establecimiento de medidas organizativas de control y diseño de procedimientos con garantías de transparencia, participación e imparcialidad, que claramente se refieren a cómo puede el Derecho administrativo prevenir que los servidores públicos impongan la corrupción o se dejen llevar por ella. Sin embargo, como demuestran otras legislaciones sectoriales, como la contractual¹, o transversales, como la de transparencia², en ocasiones puede ser relevante tener en cuenta al privado que se relaciona con la Administración, por lo que, efectivamente, la posición del particular será tenida en consideración en el momento de aportar propuestas de lucha contra este fenómeno.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

No nos extenderemos ahora en detalles sobre las graves consecuencias de la corrupción, sea en su vertiente de daños económicos, sea en la de lesión de valores constitucional o legalmente garantizados, ya que a ello dedicaremos por entero un apartado del Capítulo II de esta obra. No obstante, como primera aproximación a la entidad que pueda tener en el Estado español el fenómeno de la corrupción, nos parece oportuno avanzar que no estamos, en absoluto, ante un problema irrelevante, pues supone un coste económico muy significativo³, genera un elevado

¹ *Vid.* art. 60 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, referido a las prohibiciones de contratar con el sector público.

² *Vid.* art. 55.2 Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, referido a la extensión de los principios éticos y las reglas de conducta a contratistas y a beneficiarios de ayudas y subvenciones.

³ El profesor de economía austríaco Friedrich SCHNEIDER estimó que la corrupción en España era del 1 por 100 del PIB (cerca de 10.500 millones de euros anuales), *vid.* «El alto coste

número de casos de gran complejidad ante los órganos judiciales⁴ y supone una desnaturalización radical de la Administración tal y como viene garantizada por la Constitución Española en su art. 103.1, regida por el principio de objetividad y encaminada a la consecución de los intereses generales. La Administración diseñada constitucionalmente está en todo punto contrapuesta a la subjetividad encaminada a la obtención de beneficios privados del servidor público que se da en los casos de corrupción.

No obstante, y a pesar de la relevancia que tiene el fenómeno, la doctrina administrativista se ha prodigado poco en la materia. En el año 1991, Alfonso Sabán Godoy, magistrado de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya hizo notar en su pionero análisis jurídico de la corrupción la falta de estudios científicos al respecto⁵. Unos años más tarde, en 1997, Alejandro Nieto volvía a insistir en que «la vertiente analítica apenas se ha estado cultivando»⁶ tras la monografía de Sabán Godoy. Casi diez años más tarde, Ricardo Rivero Ortega apuntó que los estudios administrativistas en profundidad sobre corrupción eran muy pocos «en comparación con su importancia»⁷, e incluso las publicaciones más recientes de nuestra doctrina en la materia siguen mostrando su sorpresa ante la ausencia de un cuerpo bibliográfico suficiente⁸.

Ciertamente no se encuentra en la doctrina un análisis sistemático del régimen jurídico-administrativo de la anticorrupción en España, si bien hay muy notables contribuciones de eminentes administrativistas que abordan la corrupción desde algún ámbito sectorial⁹ o bien

del lado oscuro», *El País*, 11 de agosto de 2013. Otras estimaciones son bastante más elevadas, llegando a cuantificar su coste en más de 40.000 millones de euros, *vid.* COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, *Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia (PRO/CNMC/001/15)*, de 5 de febrero de 2015, p. 6.

⁴ CGPJ, *El CGPJ informa*, 25 de abril de 2013. Accesible en <http://www.poderjudicial.es>.

⁵ «Resulta difícil encontrar estudios o incluso opiniones que desde un punto de vista científico, y por ello distante, analicen específicamente, ya sea desde la óptica de la sociología, de la psicología social, de la ciencia política o, atendiendo más a los aspectos formales, desde la perspectiva jurídica, el significado y alcance del fenómeno de la corrupción», A. SABÁN GODOY, *El marco jurídico de la corrupción*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 13-14.

⁶ A. NIETO, *La corrupción en la España democrática*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 13.

⁷ R. RIVERO ORTEGA, «Derecho administrativo, reformas de segunda generación, desarrollo y control de la corrupción: proyecciones sobre el caso colombiano», *Ensayos del CLAD sobre reforma del estado y modernización de la Administración pública*, Caracas, 2004-2005, p. 1. Consultable en <http://www.clad.org>.

⁸ *Vid.* J. PONCE SOLÉ, «La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, de acceso a la información pública y buen gobierno). Reflexiones a raíz del actual proceso de reforma», *Anuario del gobierno local 2012*, Madrid, 2013, p. 95.

⁹ Por descontado, los dos ámbitos donde mayor concentración de corrupción ha habido (el urbanismo y la contratación pública) son también los que cuentan con las principales aportaciones de nuestra doctrina. Por citar solo algunas de las principales: J.-C. ALLI ARANGUREN,

que, sin hacer necesariamente una mención explícita a la corrupción, se encargan del estudio de instituciones jurídico-administrativas que operan también, y en esencia, como mecanismos preventivos de la corrupción¹⁰, con lo que podemos afirmar que la desatención doctrinal no es absoluta sino relativa, parcial. Tampoco se deben obviar algunas muy relevantes y completas obras colectivas que han cubierto las principales áreas del estudio de la lucha contra la corrupción desde una perspectiva multidisciplinar, con una significativa participación de administrativistas¹¹.

Creemos que parte de esta desatención se debe en gran medida a la total ausencia de una norma administrativa específicamente orientada a la prevención de la corrupción. Muy probablemente, la aprobación de una norma cuya finalidad fuera la lucha contra la corrupción desde el Derecho administrativo desencadenaría una oleada de nueva bibliografía comentando y analizando el marco jurídico anticorrupción a partir de las novedades introducidas en el ordenamiento, como ha sucedido en Italia, país donde, hasta diciembre de 2012, apenas dos volúmenes de ciencias jurídicas daban suficiente cuenta de los aspectos administrativos de la corrupción¹². Sin embargo, tras la aprobación de

«La corrupción mal endémico del urbanismo español», *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 257, abril-mayo de 2010, pp. 145-166; J. M. GIMENO FELIÚ, «La Ley de contratos del sector público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública», *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 147, julio-septiembre de 2010, pp. 517-535; B. LOZANO CUTANDA, «Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 172, enero-abril de 2007, pp. 339-361; L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Lo público y la acción administrativa: el fantasma de la corrupción», en VVAA, *Don Luis Jordana de Pozas, creador de ciencia administrativa*, Madrid, Facultad de Derecho y Fundación Banco Santander Central Hispano, 2000, pp. 79-91; L. PAREJO ALFONSO, «La contribución de la Ley 8/2007, de Suelo, al remedio del arbitrio urbanístico y su secuela de corrupción», *Cuadernos de Derecho público*, núm. 31, mayo-agosto de 2007, pp. 51-78. Mención aparte, entre los dedicados a la contratación pública, merece el muy recomendable y exhaustivo estudio A. CERRILLO I MARTÍNEZ, *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Navarra, Aranzadi, 2014.

¹⁰ Como la ética pública y sus instrumentos asociados (códigos de conducta, códigos éticos o códigos de buen gobierno), J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La dimensión ética de la función pública*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2013; la transparencia, A. CERRILLO I MARTÍNEZ, «Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local», en VVAA, *Anuario del Gobierno local 2011, 2012*, pp. 277-313; la imparcialidad en el procedimiento mediante la abstención, S. FERNÁNDEZ RAMOS y J. M. PÉREZ MONGUIÓ, *La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación*, Navarra, Aranzadi, 2012; o, entre otras, el régimen de incompatibilidades, M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, 6.ª ed., Madrid, Tecnos, 2011, en particular para esta materia, pp. 288-298.

¹¹ Al respecto, destaca M. VILLORIA MENDIETA, J. M. GIMENO FELIÚ y J. TEJEDOR BIELSA (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Barcelona, Atelier, 2016.

¹² Eran referentes la pionera obra B. G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2007, y la completa y sugerente obra colectiva F. MERLONI y L. VANDELLI (coords.), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli Editori, 2010. Poco más tarde se sumó otro interesante volumen, si bien solo

la llamada ley anticorrupción (legge n.190 del 2012, «*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*»), la sucesión de estudios sobre los aspectos de Derecho administrativo en materia de lucha a la corrupción no ha cesado¹³.

Dicho lo anterior, nos parece mérito de la doctrina española que, aun a falta de un sustrato normativo específico en la materia, se haya aventurado a analizar jurídicamente el fenómeno de la corrupción en artículos y monografías, demostrando así su sincero interés en la lucha contra la corrupción pública. A pesar del innegable valor de dichas aportaciones, creemos que la cuestión merece mayor atención desde la óptica del Derecho administrativo porque concurren una serie de circunstancias que así lo sugieren. En primer lugar, como ya se ha dicho, se trata de un fenómeno que causa grandes daños al erario público, origina muchos casos que acaban no solo en presunto delito sino además en procesos de especial complejidad y, además, aleja el actuar de la Administración de la consecución de los intereses generales cuya salvaguardia y satisfacción tiene atribuida constitucionalmente. En segundo lugar, creemos que el Derecho administrativo se presenta como una herramienta efectiva, al menos potencialmente, para hacer frente a la corrupción, máxime si tenemos en cuenta que, como se verá, algunas irrelevantes causas de la corrupción persisten gracias a ineficacias e ineficiencias radicadas en el ordenamiento jurídico-administrativo, tales como, por ejemplo, el diseño ineficaz de los controles de legalidad que pueden prestar en el ámbito local los funcionarios con habilitación nacional, o el control del Tribunal de Cuentas, como se tratará en su momento.

A la vista del estado de la cuestión descrito, nuestra propuesta busca ofrecer un análisis de las principales características fenomenológicas de la corrupción en el urbanismo, incluyendo un estudio crítico de los instrumentos y mecanismos aplicables a la lucha contra la corrupción, con especial referencia a la urbanística, para así identificar cuáles puedan ser los principales problemas que encuentra el ordenamiento jurídico-administrativo en el momento de prevenir la corrupción, y proponer cómo podrían, tal vez, reducirse esos resquicios abiertos a la corrupción pública mediante medidas adecuadas para hacerle frente.

está parcialmente dedicado a aspectos administrativos: F. PALAZZO (cur.), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, Firenze University Press, 2011.

¹³ Las obras son ciertamente muchas, y su enumeración en este punto resulta del todo innecesaria, si bien, a mero título ilustrativo, podrían referirse las obras A. P. ROSSI y G. CASARTELLI, *Le misure anticorruzione. Legge 6 novembre 2012, n. 190*, Giappichelli, 2013; y B. G. MATTARELLA y M. PELISSERO (coords.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, 2013.

METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA

La corrupción es un fenómeno que, por su propia naturaleza, tiende a permanecer oculto: generalmente solo lo conocen quienes participan en la corrupción y no suele generar víctimas directamente afectadas. Por tanto, como ha insistido unánimemente la doctrina, su medición precisa es imposible porque es imposible conocer todos los casos¹⁴.

Al tener presente lo anterior, decidimos estudiar el fenómeno de la corrupción a partir de dos grupos de fuentes: para conocer la corrupción descubierta y juzgada, se ha recurrido a una parte significativa de la jurisprudencia recaída en casos de corrupción en España, con particular atención respecto de aquellos casos relacionados con el ejercicio de funciones urbanísticas. Gran parte de las sentencias manejadas pertenecen a la jurisdicción penal, lo cual no es de extrañar si nos atenemos a la naturaleza delictiva de la mayoría de conductas que englobaría el concepto de corrupción; aun así, también es posible encontrar sentencias de notorio interés en la jurisdicción contencioso-administrativa o en la civil, que han sido manejadas en la elaboración de este estudio.

Para conocer la corrupción un poco más allá de lo plasmado en las sentencias, se han consultado entrevistas publicadas en medios de comunicación a especialistas de la lucha contra la corrupción y a profesionales que operan en un sector con altos riesgos de corrupción como es el urbanismo. También se han realizado entrevistas durante el desarrollo de esta obra a especialistas en materia de lucha contra la corrupción y a abogados en ejercicio con especial dedicación al sector urbanístico, a efectos de conocer hasta qué punto han tenido noticia de la corrupción en el ejercicio profesional.

El estudio teórico del fenómeno se ha obtenido mediante una amplia consulta bibliográfica interdisciplinaria, que incluye monografías y artículos nacionales e internacionales, tanto de ciencias jurídicas como de otras disciplinas, sin olvidar, por descontado, la preferencia y preponderancia que todo trabajo científico debe reservar a la producción propia de su campo. Por tanto, el núcleo bibliográfico es jurídico, y específicamente jurídico-administrativo, si bien accesoriamente se toman las contribuciones de otras ramas del Derecho, como el Derecho penal o el procesal, y también de otras ciencias, como la economía, la

¹⁴ «Los hechos que existen se verifican (es decir, se constata su existencia) y, en su caso, se miden. Pero hay fenómenos cuya existencia resulta muy difícil de comprobar, bien sea porque sus protagonistas se han preocupado de ocultarlos o porque así deriva de su propia naturaleza. La corrupción es uno de ellos. Quienes corrompen y se dejan corromper están igualmente interesados en que nada se sepa y, además, procuran borrar las huellas de lo que han hecho», A. NIETO, *La corrupción en la España democrática*, cit., p. 45.

sociología o las ciencias políticas, que sin duda ayudan a comprender un fenómeno amplio y complejo como es la corrupción.

El material utilizado se recoge al final de la obra, en la sección dedicada a la bibliografía.

A nivel organizativo, los contenidos se estructuran a partir de una división en cuatro capítulos, seguidos de unas conclusiones.

En el **Capítulo I** nos ocupamos de delimitar y caracterizar el problema de la corrupción, tanto en sus aspectos teóricos como en su relevancia práctica. Para ello, delimitamos conceptualmente la corrupción, determinando qué conductas la conforman y qué sujetos, al llevarlas a cabo, incurren en corrupción pública en general y, llevado al ámbito sectorial que aquí interesa, corrupción urbanística en particular. En base a esa previa delimitación de conductas y sujetos objeto de análisis, se ofrece a continuación un estudio de la entidad del fenómeno corruptivo en nuestra sociedad, refiriendo tanto su extensión como los sectores en que mayoritariamente se ha concentrado la corrupción, sectores entre los cuales ha destacado el urbanismo durante los últimos años, y al que se dedica un apartado específico para tratar cómo ha evolucionado la práctica de corrupción en dicho sector desde la configuración del urbanismo contemporáneo y cuáles han sido, en estos inicios del siglo XXI, los ámbitos de la función urbanística sometidos a mayores riesgos de corrupción.

La finalidad de este capítulo es poner de relieve que la corrupción pública es un fenómeno relativamente extendido en nuestro entorno sobre todo en algunos sectores muy específicos (entre ellos, el urbanismo) y en cargos y empleos especialmente vulnerables; asimismo, se busca determinar si el grado de rechazo y preocupación social que la misma produce entre la ciudadanía debe motivar mayores esfuerzos en su prevención y represión.

El **Capítulo II** lo dedicamos al estudio de las causas y consecuencias de la corrupción en el urbanismo. En el estudio de las causas distinguimos aquellas estructurales o comunes en la mayoría de casos, de las contingentes, y aunque se presta mayor atención al análisis detallado de las primeras, también dedicamos un apartado específico a abordar estas causas contingentes, que únicamente hemos detectado en una pequeña parte de los casos estudiados. También se analizan las consecuencias de la corrupción, haciendo mención específica de las consecuencias sobre el urbanismo y el territorio.

El objeto de este análisis es identificar el alcance de los daños producidos por la corrupción, especialmente la que tiene lugar en el ejercicio de funciones urbanísticas, y determinar qué parte de sus causas se ven favorecidas por ciertas deficiencias del ordenamiento jurídico,

las cuales podrían desaparecer, o cuanto menos reducirse significativamente, mediante la introducción de modificaciones o adiciones en el marco regulatorio, o bien con una aplicación más efectiva del mismo¹⁵ o con una interpretación distinta¹⁶.

En el **Capítulo III** analizamos el marco jurídico de la lucha anti-corrupción, identificando las obligaciones y también las posibilidades de actuación que tiene el Derecho frente al problema perfilado en los capítulos precedentes. En primer lugar se hace referencia a los principales compromisos de ámbito supranacional ratificados por el Estado español y a los principales instrumentos de seguimiento y evaluación del grado de cumplimiento de los mismos, y, junto con otros elementos del ordenamiento estrictamente interno, se perfila la obligación jurídica para los poderes públicos españoles de luchar contra la corrupción, previniendo en lo posible y castigando en lo descubierto este tipo de prácticas. A continuación se estudia la tradicional división entre medidas de represión y medidas de prevención de la corrupción, y se establece cuál es la rama del Derecho idónea para llevar a cabo cada tipo de técnicas: como se verá, resulta preferente el Derecho penal en la vertiente represiva o sancionadora, y el Derecho administrativo en la preventiva. Por último, se aboga por la preferencia de las medidas preventivas sobre las represivas, lo que presenta, al menos en nuestra opinión, al Derecho administrativo como el ordenamiento principal en el establecimiento de medidas de lucha contra la corrupción, tarea en la que a nuestro juicio debe jugar un papel central la identificación y gestión de los riesgos de corrupción, basada en la ya ampliamente difundida técnica de la planificación de riesgos. Seguidamente, se aborda de nuevo la cuestión del marco jurídico, pero limitada esta vez a las fuentes de Derecho internas y haciendo especial mención, una vez más, a la especialidad del sector urbanístico, señalando las principales reformas legislativas adoptadas para combatir este fenómeno.

A continuación, nos dedicamos específicamente a la prevención de la corrupción urbanística. En primer lugar, constatamos el descenso de los casos de corrupción que se ha observado en los últimos años y tratamos de discernir hasta qué punto la causa del mismo se ha debido al hundimiento del mercado inmobiliario y hasta dónde responde a la efectividad de las medidas adoptadas por la legislación vigente. En segundo lugar, y cerrando el capítulo, se apunta que, mediante la adop-

¹⁵ Por ejemplo, la dotación suficiente de medios personales y materiales para que los órganos de fiscalización puedan ejercer efectivamente sus funciones.

¹⁶ Sobre recientes líneas jurisprudenciales novedosas que han supuesto una mejora en la lucha contra la corrupción desde la vertiente de la interpretación del Derecho, *vid.* O. CAPDEFERRO VILLAGRASA, «Nuevas respuestas judiciales a la corrupción pública. Análisis desde el Derecho administrativo y el Derecho penal», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 112, 2013 (núm. 4), pp. 891-918.

ción de medidas adecuadas de Derecho administrativo, podría mejorarse la lucha contra la corrupción en este sector de la actividad pública.

La finalidad de este capítulo es localizar qué obligaciones imponen los ordenamientos jurídicos nacional e internacional a los poderes públicos en la lucha contra la corrupción, entre las que figura la obligación de prevenirla, es decir, de controlar los riesgos de corrupción. Otra finalidad de este capítulo es, justamente, establecer la preferencia e idoneidad del Derecho administrativo para llevar a cabo esa función preventiva.

El último bloque expositivo de este trabajo lo constituye el **Capítulo IV**, que dedicamos en exclusiva a la exposición de propuestas para luchar contra la corrupción urbanística. Se ha visto que la corrupción, la pública en general y la urbanística en particular, es un problema relevante y del que pueden identificarse algunas causas específicas, y que el propio Derecho administrativo constituye la rama idónea del Derecho para dar cumplimiento a la obligación de prevenir la corrupción, considerada esta la forma preferente de combatirla. A partir de esas premisas constatadas previamente, en este capítulo se proponen algunas soluciones jurídico-administrativas posibles, basadas en las causas identificadas, que darían cumplimiento a la obligación de carácter preventivo impuesta a los poderes públicos.

La corrupción no puede combatirse con una sola medida sino que es preciso adoptar en una gran cantidad de ámbitos una pluralidad de medidas distintas que, actuando conjuntamente y de modo efectivo, pueden controlar la corrupción¹⁷. Estas medidas pueden pertenecer a ramas del Derecho distintas a la administrativa, como el Derecho penal o el Derecho civil, e incluso algunas están extramuros del Derecho, como sería la formación y educación en valores éticos de la ciudadanía. Nos parecía inapropiado restringir este último apartado a un solo problema y a una sola propuesta: el fenómeno de la corrupción es complejo y también lo es su solución, por lo que hemos optado por presentar distintas propuestas, establecidas siempre en función de las principales causas de la corrupción identificadas y las deficiencias del ordenamiento advertidas.

En concreto, el tipo de propuestas se ha limitado a cuatro, los cuatro que hemos creído más relevantes, para ofrecer así una perspectiva ajustada a la naturaleza compleja del fenómeno sin renunciar por ello al tratamiento más detallado y pausado de los aspectos que hemos creído de mayor interés para la lucha anticorrupción. En nuestra opinión, esos cuatro aspectos más relevantes para la mejora de la lucha anticorrupt-

¹⁷ En ese sentido, desde distintos foros internacionales se ha adoptado la aproximación holística al fenómeno de la corrupción, lo que ha dado pie a conceptos como el «marco de integridad» (OCDE) o el «sistema nacional de integridad» (Transparencia Internacional).

ción son: 1) la aplicación de la evaluación de riesgos de corrupción en los sectores vulnerables, y específicamente en el urbanístico, 2) el reforzamiento de los controles de legalidad en el ámbito local, 3) el impulso de las medidas cautelares, y, finalmente, 4) la promoción de la ética pública mediante medidas tales como códigos de conducta y la formación ética de los cargos y empleados públicos.

Terminada la exposición de la investigación, siguen las **Reflexiones finales**. Las conclusiones propiamente técnicas para la orientación de la política anticorrupción que pueden extraerse de cada uno de los apartados de este estudio se incorporan, en su caso, al finalizar la exposición del respectivo apartado. Por ello, el capítulo conclusivo no incluye las conclusiones técnicas sino que cierra el volumen con unas reflexiones finales valorando el grado de efectividad que pueden llegar a tener las medidas anticorrupción que proponemos, a la luz de la realidad del urbanismo español y de las dos principales, y enfrentadas, concepciones teóricas que fundamentan mecanismos para luchar contra la corrupción.

Tras las reflexiones finales se incluye la **Bibliografía** con los textos citados durante el cuerpo de la obra, incluyendo los informes elaborados por distintas instituciones que sean asimismo citados en el cuerpo de este trabajo.

AGRADECIMIENTOS

Esta obra deriva de la tesis doctoral del mismo título, dirigida por el Prof. Juli Ponce Solé y tutorizada por el Prof. José Esteve Pardo, que fue leída en la Universidad de Barcelona el día 10 de julio de 2015 ante un tribunal compuesto por los Profs. Joaquín Tornos Mas (Universidad de Barcelona), Manuel Villoria Mendieta (Universidad Rey Juan Carlos) y la Profa. María de Benedetto (Università Roma Tre). Al tribunal debemos agradecer su disponibilidad para evaluar dicho trabajo, así como la generosidad y amabilidad con que lo valoraron. Sus observaciones, qué duda cabe, han enriquecido el texto que ahora se publica.

Con carácter previo a la evaluación por parte del tribunal, dos expertos internacionales evaluaron la tesis: el Prof. Jean-Bernard Auby (Sciences Po, París) y la Profa. Nicoletta Rangone (Università di Roma LUMSA). También a ellos agradecemos su disponibilidad y el esfuerzo de leer e informar favorablemente sobre la tesis, así como la generosidad de los comentarios vertidos sobre la calidad científica de la misma en sendos informes favorables.

La elaboración y conclusión de la tesis fue posible gracias a la colaboración, consejo y comprensión de muchas personas, a quienes no quisiéramos dejar de agradecer su apoyo.

En primer lugar, a los Profs. Juli Ponce y José Esteve, director y tutor de esta tesis, respectivamente, quienes, además de hacernos partícipes del entusiasmo por el Derecho administrativo ya desde los tempranos años de la licenciatura, han tenido la paciente amabilidad de dirigir y orientar con rigor esta investigación. Por descontado, cualquier acierto que pueda contener este trabajo debe atribuirse a sus observaciones y esfuerzos en la dirección.

También hay que reservar una mención destacada al Prof. Tomàs Font y al Prof. Luciano Vandelli, a quienes quisiéramos expresar nuestra más sincera gratitud por sus consejos y por haber facilitado que este estudio, y su autor, se hayan nutrido de los avances en materia de lucha contra la corrupción experimentados en los últimos años en el Estado italiano gracias a una provechosa estancia en la Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica (SPISA). Además debemos agradecer a la Profa. Marzia de Donno el tiempo dedicado a ayudarnos en la localización de bibliografía y jurisprudencia italiana de interés en nuestra materia.

El trabajo aquí presentado se ha servido también de la intensa actividad investigadora llevada a cabo por los miembros del Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Universidad de Barcelona, dirigido por el Prof. Alfredo Galán, y muy particularmente de los seminarios del área de Derecho administrativo, coordinados por el Prof. Joaquín Tornos, en los que hemos tenido ocasión de discutir sobre cuestiones directamente relacionadas con aspectos tratados en las páginas de este estudio. A todos los compañeros del área, que con tanta calidez nos han acogido, se hace extensivo este agradecimiento.

En especial, quisiéramos dar las gracias al Prof. Josep Maria Moltó, quien aceptó de buen grado ser miembro suplente del tribunal evaluador de la tesis y quien, además, nos hizo acertadas sugerencias para mejorar el texto originario de la misma.

Asimismo, el trabajo también se ha nutrido de las actividades desarrolladas en el marco de los proyectos de investigación «Estrategias preventivas y reactivas contra la corrupción» (IP: Prof. Joan Queralt), «Estrategias reguladoras y de aplicación del Derecho Público más allá del aparato administrativo del Estado» (IP: Prof. José Esteve) y «Regeneración democrática, buena administración e integridad pública: el papel del Derecho administrativo ante la crisis de las instituciones públicas» (IP: Prof. Juli Ponce), y del PRIN «Corruzione e pubblica amministrazione», en la unidad Roma Tre «Corruzione e controlli» (resp. Profa. Maria de Benedetto).

Tampoco quisiéramos olvidar la relevante ayuda proporcionada por los Profs. Fernando Jiménez, Endrius Cocciolo y Carmen Demelsa

Benito, gracias a los cuales ha sido posible acceder a obras de gran relevancia que habrían sido, de otro modo, de muy difícil acceso.

En busca de una mejor comprensión de la corrupción quisimos contar con la opinión de profesionales que se dedican tanto a prevenir e investigar la corrupción como a la práctica jurídica en el ámbito urbanístico. Por su tiempo invertido en las entrevistas y por las interesantes reflexiones compartidas, nos gustaría dar las gracias a Jordi Tres, Lara Baena, Montse Justribó, Lourdes Parramon, Carles Pareja, Lluís Cases, Mònica Fernández, Oleguer Prat y Juan Ignacio Soto.

También debemos agradecer y reconocer la labor del Prof. Enric Argullol, quien, además de brillante maestro, fue el primer tutor de este trabajo, cuando estuvimos preparando el proyecto de tesis en la Universitat Pompeu Fabra.

Finalmente, agradecemos enormemente las muestras de apoyo y ánimo constante de familiares y amigos; sin ellas, la realización de este trabajo habría sido infinitamente más ardua.

* * *

El día 26 de abril de 2016, la presente monografía fue reconocida con el Premio Ferrer Eguizábal 2015 sobre Derecho Administrativo, en la categoría de mejor monografía publicada o inédita. Queremos expresar al Jurado de dicho premio nuestra más sincera gratitud, por haber considerado a la presente obra merecedora de tal distinción.

CAPÍTULO I

LA CORRUPCIÓN PÚBLICA Y LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA

I. EL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN

La delimitación conceptual de la corrupción es el primer obstáculo con el que topa todo estudio sobre la misma. Tanto es así que incluso se ha llegado a sostener que parte de las deficiencias comprensivas del fenómeno de la corrupción derivan de la falta de uniformidad de criterios definitorios seguidos por los investigadores que lo han abordado¹.

Dicha cuestión no es en absoluto pacífica. A la mera tarea definitoria se ha empeñado gran parte del tiempo de conferencias y reuniones sobre corrupción², se le han dedicado exclusivamente múltiples obras doctrinales y, además, casi cualquier autor que ha querido estudiarla se ha visto en la necesidad de tener que delimitarla con carácter previo³.

¹ M. W. COLLIER, *Explaining political corruption: an institutional-choice approach. Paper presented at International Studies Association 40th Convention*, Washington, p. 4, según se recoge en A. K. JAIN, «Corruption: a review», *Journal of economic surveys*, vol. 15, núm. 1, 2001, Oxford, pp. 71-121, en especial p. 104, nota 11.

² V. TANZI, «Corruption around the world. Causes, consequences, scope and cures», *International Monetary Fund Staff papers*, vol. 45, núm. 4, diciembre, 1998, pp. 559-594, en especial p. 564.

³ Sobre estas cuestiones se pueden consultar, entre otros, los siguientes trabajos, que citan además bibliografía ilustrativa: M. VILLORIA y F. JIMÉNEZ, «¿Cuánta corrupción hay en España? Los problemas metodológicos de la medición de corrupción (2004-2011)», *Revista de estudios políticos*, núm. 156, abril-junio, 2012, pp. 13-47, en especial pp. 14 y 15, y A. K. JAIN, «Corruption: a review», cit., p. 104, nota 11. En nuestro ámbito, algunos autores han tratado de sistematizar las distintas definiciones o acepciones de la corrupción, como E. E. COCCILO,

Tal disparidad conceptual parece propiciada por la multidisciplinariedad que caracteriza al análisis de la corrupción, perfilándola como un objeto de estudio idóneo desde diferentes ópticas científicas, como las ciencias jurídicas⁴, económicas⁵, políticas⁶ o antropológicas⁷. A pesar de la tan variada y en ocasiones enfrentada literatura científica en la materia, creemos, siguiendo a autores como Arvind K. Jain o Alberto Vannucci, que se puede identificar un núcleo conceptual de la corrupción sobre el que habría unanimidad. Ese concepto consensuado entiende la corrupción pública como el abuso de poder público para beneficio privado del agente público con contravención de las normas⁸, lo que se asienta sobre la popular y simple definición que dio el Banco Mundial sobre la corrupción pública, que entendía como tal «el abuso de poder público en beneficio privado»⁹.

El mismo problema que ha tenido la doctrina científica lo han tenido también aquellas instituciones que han querido regular la problemática de la corrupción. El ámbito supranacional ofrece dos ejemplos significativos: en el marco de la elaboración de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, el vicepresidente del Comité Especial encargado del capítulo que incluye las definiciones de los

«Las mutaciones del concepto de corrupción. De la ambigüedad de las sociedades arcaicas a la complejidad en la época del Estado regulador y de la sociedad del riesgo», *Revista de llengua i Dret*, núm. 50, 2008, pp. 17-51, en especial pp. 34-36, y J. A. FERNÁNDEZ AJENJO, *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*, Pamplona, Aranzadi, 2011, pp. 52-58. Sobre el concepto de corrupción también resulta de particular relevancia la voz «*administrative corruption*» en M. DE BENEDETTO, *Administrative corruption*, en J. G. BACKHAUS (ed.), *Encyclopedia of law and Economics*, Springer, 2014.

⁴ Entre otros, J. PONCE SOLÉ, «La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración», cit., y S. ROSE-ACKERMAN, «The law and economics of bribery and extortion», *Annual review of law and social science*, 2010, vol. 6, pp. 217-238.

⁵ Entre otros, F. AMISANO, «La corruzione amministrativa in una burocrazia di tipo concorrenziale: modelli di analisi economica», *Economia Pubblica*, 2003, fasc. 5, pp. 31-59.

⁶ Entre otros, M. VILLORIA, G. G. VAN RYZIN y C. F. LAVENA, «Social and political consequences of administrative corruption: a study of public perception in Spain», *Public administration review*, vol. 73, 2012, pp. 85-94.

⁷ Entre otros, T. K. SISSENER, *Anthropological perspectives on corruption*, series CMI Working papers, núm. 5, Bergen, Chr. Michelesen Institute, 2001.

⁸ Entre otros, A. K. JAIN, «Corruption: a review», cit., p. 73; y A. VANNUCCI, «L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto», en F. MERLONI y L. VANDELLI (coords.), *La corruzione amministrativa*, cit., pp. 37-68, en especial p. 37.

⁹ «*The abuse of public power for private benefit*», según recoge y cita V. TANZI, «Corruption around the world», cit., p. 564. Cuando en la definición se ha querido abarcar también aquellos supuestos de corrupción privada, se ha reducido la fórmula a «*abuse of power for private gain*», forma que ha sido manejada por el Programa global contra la corrupción de Naciones Unidas y del que se hace eco la misma Comisión Europea (vid. COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo y el Comité Económico y Social Europeo, COM (2011) 308 final, Lucha contra la corrupción en la UE*, de 6 de junio de 2011, p. 3).

términos relevantes en la Convención creó *ex professo* un grupo de trabajo oficioso para llegar a un acuerdo sobre la definición de corrupción, que había sido objeto de largos debates¹⁰; el otro ejemplo, más reciente, tuvo lugar en junio de 2013 en el seno de la Unión Europea, cuando el Parlamento Europeo pidió a la Comisión que elaborara «una definición común de corrupción con el fin de desarrollar una política global y coherente contra la corrupción»¹¹.

El presente apartado lo dedicamos, precisamente, a esa tarea definitoria, con el fin último de trasladar a las categorías jurídicas administrativas el concepto de corrupción. Para ello, analizamos brevemente si podemos considerar la corrupción como un término también jurídico, y en caso afirmativo, desde cuándo podemos considerar que lo es. A continuación, examinamos los modos en que el Derecho se ha aproximado al término, para, en último lugar, identificar a la luz del Derecho internacional de referencia en la materia cómo debe entender nuestro Derecho administrativo interno el concepto de corrupción pública. Esta tarea es relevante a efectos de poner de relieve que la corrupción puede

¹⁰ Este grupo finalmente acabó determinando que lo mejor era prescindir de una definición genérica, la cual dividía y enfrentaba a los Estados participantes, para poner el énfasis en la tipificación de conductas que se debían considerar corruptas. Tal y como se lee en los trabajos preparatorios de la Convención de Naciones Unidas:

«En el sexto período de sesiones del Comité Especial, el Vicepresidente encargado de este capítulo del proyecto de convención pidió al representante del Pakistán que coordinara la labor de un grupo de trabajo oficioso con el objeto de redactar una nota para los *travaux préparatoires* sobre el concepto de "corrupción". Los resultados de las deliberaciones de ese grupo de trabajo figuran en el documento A/AC.261/L.248. Se aclaró que el grupo de trabajo oficioso había suspendido su debate acerca de las definiciones del término "corrupción" después de que se reconociera que ese debate estaba relacionado con ciertas cuestiones básicas que planteaban una marcada división que el grupo no estaba facultado para abordar. El presidente (Pakistán) propuso el siguiente proyecto de nota para los *travaux préparatoires* relativa a la definición del término "corrupción" como base de ulteriores consultas: "El término 'corrupción' se utiliza en la presente Convención para referirse a los actos penalizados en el capítulo III y a los actos que los Estados Parte puedan penalizar o ya hayan penalizado"» [UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime), *Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Nueva York, 2012, p. 52].

Un caso similar sucedió en España en 1988 cuando se planteó la incorporación del concepto de «tráfico de influencias» a nuestro ordenamiento. Se creó la Comisión de investigación sobre incompatibilidades y tráfico de influencias para estudiar el concepto de tráfico de influencias y proponer medidas legislativas para prevenirlo. En el dictamen de conclusiones y propuestas de dicha comisión, publicado por el Congreso de los Diputados, se advierte que es preferible no abordar la definición de un concepto como el de «tráfico de influencias» [y lo mismo podría decirse de la corrupción], que es «más sociológico que jurídico», y en su lugar entiende que para prevenirlo es suficiente con la «regulación de las incompatibilidades en su sentido más amplio, de forma que se refuerce la garantía de transparencia en el ejercicio de funciones públicas», *vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 30 de junio de 1988, Serie E, núm. 117, pp. 3295-3297.

¹¹ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de junio de 2013, sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero: recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo* (informe provisional) [2012/2117(INI)], ap. 4.

y debe ser abordada como un problema específico por el ordenamiento jurídico, y debe ser abordada, además, de forma directa y explícita, de tal modo que no es suficiente con hacer referencia a otros conceptos con mayor arraigo en nuestro ordenamiento.

1. La corrupción como concepto jurídico

El término de corrupción no es en origen un término jurídico sino que se forja en la filosofía, disciplina en la que recibe la atención de sus principales autores, «de Platón a Rousseau»¹². Por ello, al no serle propio, no es de extrañar que el término haya sido ajeno al Derecho durante siglos, y haya habido que esperar hasta el siglo XXI para considerar que la corrupción es, también, un término generalmente aceptado por el Derecho.

Por cuanto respecta al Derecho positivo, y en particular al Derecho positivo de la sociedad internacional, este término no aparece hasta las postrimerías del siglo XX, cuando encontramos las primeras normas que se refieren explícitamente, tanto en su denominación como en su articulado, a la corrupción¹³. Se trata de instrumentos multilaterales de ámbito regional que reconocen, para el ámbito territorial de sus respectivas regiones, que la corrupción es un problema singular que debe ser abordado por el Derecho. A pesar de la gran cantidad de tratados contra la corrupción que proliferaron en ámbitos regionales, en nuestra opinión el término no se consolida a nivel internacional como un término jurídico hasta algo más tarde y ya entrado el siglo XXI, con la aprobación del primer tratado universal en la materia: la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, de 31 de octubre de 2003 (en adelante, citada también como CNUCC). Este tratado fue aprobado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la principal de las organizaciones internacionales denominadas universales, y a febrero de

¹² M. DION, «What is corruption corrupting? A philosophical viewpoint», *Journal of money laundering control*, vol. 13, núm. 1, 2010, pp. 45-54, en especial p. 47.

¹³ Los principales instrumentos, ordenados cronológicamente, son: la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996, el Convenio 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, aprobado mediante Acto del Consejo de la UE de 26 de mayo de 1997, el Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales aprobado por la OCDE el 21 de noviembre de 1997, el Convenio penal sobre la corrupción (núm. 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 y el Convenio civil sobre la corrupción (núm. 174 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999. Posteriormente, ya entrado el siglo XXI, se sumaría la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana el 12 de julio de 2003.

2016 cuenta con 178 Estados parte, lo que supone, a nuestro parecer, el impulso definitivo para que el término «corrupción» pueda ser también considerado como un término propio del lenguaje jurídico, generalmente aceptado y empleado por la comunidad internacional.

Esta aceptación internacional manifestada en los tratados impulsó la incorporación del término en el Derecho interno de aquellos Estados adheridos que hasta el momento lo habían dejado al margen de las normas jurídicas, como sucedió con el Estado español, que incorporó por primera vez el término en el Código Penal (CP) en el año 2000, al castigar la corrupción de funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales (actualmente en el art. 445 CP), delito que se incorporó en cumplimiento del convenio de la OCDE de 1997 antes citado¹⁴. Sin embargo, otros Estados ya tenían consolidado el término en su Derecho, como por ejemplo el ordenamiento italiano, que incluía ya desde 1930¹⁵ la *corruzione* entre los delitos castigados en su Código Penal. En definitiva, podemos decir que la aceptación del término en los foros internacionales supuso la puerta de entrada del término en el ordenamiento interno de algunos Estados, mientras que para otros las obligaciones adoptadas internacionalmente en materia anticorrupción no derivaron en una innovación de la terminología jurídica.

De lo expuesto podemos concluir que el concepto de corrupción se ha incorporado al Derecho sobre todo a partir de iniciativas internacionales, aunque algunos Estados, como el italiano, ya lo contemplaban en su ordenamiento. Nos corresponde ver ahora cómo ha sido tratado el término por el Derecho, teniendo en cuenta tanto fuentes de origen internacional como nacional.

2. Las distintas aproximaciones terminológicas del Derecho

Teóricamente, el Derecho puede aproximarse al concepto de corrupción de dos modos: 1) estableciendo una definición genérica de lo que se debe entender por corrupción; o bien, 2) recogiendo un listado de conductas de lo que constituye corrupción, pero sin llegar a incorporar explícitamente una definición.

¹⁴ Incorporación operada por la Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, que da cumplimiento en el Estado español al Convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, firmado el 17 de diciembre de 1997.

¹⁵ Aunque ha sufrido numerosas reformas desde entonces, como la introducida en 1990 por la *Legge 26 aprile 1990, n. 86, Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*.