

SOBRE LAS III JORNADAS DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE LOS OCEX: RESUMEN DE LAS PONENCIAS.

PRIMERA PONENCIA

Titulada *“La corrupción en España: datos, percepción, efectos y prevención”*, fue impartida por el profesor Villoria Mendieta, catedrático de Ciencia Política y de la Administración en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Expuso en primer lugar la crisis de legitimidad que atraviesa nuestro sistema, dado que los ciudadanos detectan impunidad y abuso de poder, siendo así que esta percepción tiene efectos negativos sobre la confianza en las Instituciones, su grado de satisfacción con el gobierno y la democracia y la obediencia a las leyes. Las causas de esta crisis deben buscarse en la corrupción política existente. Según el eurobarómetro 2013, el país que ha percibido un mayor incremento de la corrupción ha sido España (77%). Asimismo, son datos oficiales que la policía y Guarda Civil han investigado en los últimos cuatro años 100 casos anuales de cohecho, 22 de tráfico de influencias y 70 de malversación de caudales, siendo así que entre 2011 y 2013, se ha abierto 4500 causas. Ante este panorama, el ciudadano observa la debilidad de sus instituciones de control. Por ello, para reducir la desafección democrática y relegitimar la acción de gobierno, la clave está en la buena gobernanza y el buen gobierno, aunque ello no basta pues es necesaria también la regeneración moral, la reducción del particularismo, el fortalecimiento de la cultura cívica y de la desigualdad, y sobre todo de la cultura de la legalidad. Es preciso además mejorar el diseño y el funcionamiento de las Instituciones, y para ello, la transparencia, la rendición de cuentas y la participación son claves.

SEGUNDA PONENCIA

La segunda ponencia versó sobre *“Transparencia y acceso a la información pública en el marco de la lucha contra la corrupción”*, y estuvo a cargo del catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla, D. Emilio Guichot Reina.

Comenzó el ponente citando la frase del Juez del Tribunal Supremo de Estados Unidos de América L. Brandeis: «la luz del sol es el mejor de los desinfectantes», en orden a resaltar la importancia de las Leyes de Transparencia aprobadas, afirmando que no es casual que los países pioneros en el reconocimiento y regulación del derecho de acceso a la información pública, se encuentren entre los más desarrollados del mundo desde una perspectiva democrática, social y económica.

A continuación, pasó a abordar los puntos clave de la normativa sobre transparencia aprobada. En primer lugar, se mostró crítico con la decisión del Gobierno de no derivar el derecho de acceso a la información del derecho fundamental a la libertad de información del art. 20.1 d) de la Constitución, sino del art. 105 b), en cuanto que con ello se desprotege el derecho, dado que no será ya susceptible de recurso de amparo, teniendo en cuenta además que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos así lo ha considerado desde 2009, y que la generación de una opinión pública libre e informada es el sustento último de la democracia. También resaltó cómo la determinación del ámbito subjetivo de la aplicación de la Ley fue la cuestión más debatida política, social y académicamente, abriéndose paso la idea de que todo el que recibe fondos públicos debe dar cuenta de su uso, lo que permitió su ampliación. En cuanto a la publicidad activa en su vertiente de información económica y presupuestaria la consideró clave en la lucha contra la corrupción. Criticó el régimen sancionador de la LTBG dada su parquedad, aun cuando muchas de sus carencias han sido suplidas por las Leyes autonómicas dictadas. Por último, en cuanto a la publicidad pasiva, el procedimiento diseñado le parece convincente y ágil, siendo esencial a estos efectos el papel del Consejo de Transparencia, pues las garantías del derecho deben responder a cuatro principios básicos: inmediatez, asequibilidad, independencia y efectividad.

TERCERA PONENCIA

El tercer ponente fue D. Eduardo Torres-Dulce, ex-Fiscal General del Estado, que disertó sobre *“La prevención de la corrupción en el Código penal: programas de prevención del delito y actuación de los gestores públicos”*.

Tras analizar las diferentes posiciones doctrinales existentes en orden al reconocimiento o no de responsabilidad penal a las personas jurídicas, pasó a continuación a explicar la naturaleza vicarial de dicha responsabilidad, así como la posición del Tribunal Supremo sobre el

particular, y la incidencia que de estos posicionamientos se derivan en materia de derechos y garantías de las personas jurídicas en sede procesal. Llamó asimismo la atención sobre el amplio listado de delitos que pueden ser imputados a las personas jurídicas y la inclusión de los partidos políticos y sindicatos en dicho ámbito de responsabilidad.

Por último, nos ilustró sobre la naturaleza, contenido y función de los programas de cumplimiento o «public compliance», en cuanto cláusula de exención penal de las personas jurídicas configurada en el art. 31 bis del Código Penal, y en concreto sobre su función preventiva en materia de sanciones tanto administrativas como penales, y sobre cuáles son los requisitos que se exigen a los programas de cumplimiento para que pueda operar dicha causa de exención.

CUARTA PONENCIA

Por último, la profesora Jareño Leal, catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Valencia, nos habló sobre *“Corrupción pública, política criminal y delitos contra la Administración Pública”*. En su intervención resultó sumamente interesante comprobar que en los últimos años no sólo se ha incrementado el número de condenas en relación a los delitos sobre corrupción pública debido a la mayor actividad persecutoria, sino que al tiempo, puede hablarse de un cambio interpretativo a la hora de aplicar tales delitos. Podría así decirse que aunque las conductas «tipo» no han cambiado significativamente con el paso del tiempo, si ha cambiado la forma en que dicha jurisprudencia interpreta las necesidades típicas para castigar tal clase de conductas. Se detuvo en este punto la ponente en analizar esa evolución en delitos relacionados directamente con esta forma de proceder, y en concreto en los de prevaricación, malversación y administración desleal.

También resaltó que esa nueva sensibilidad social, ha alcanzado al ejecutivo en materia de indultos, siendo así que desde el año 2015, el número de los concedidos en los delitos contra la Administración Pública ha sido cero, frente a los 350 indultos concedidos en el año 2000 y los 225 del año 2006 en supuestos de condena por corrupción.

Concluyó la profesora Jareño señalando que a su juicio, el código penal debe operar con toda su contundencia cuando las medidas preventivas fallan, si bien que al momento presente no parece que se deba incrementar el número de delitos, aunque sí debería incluirse alguna racionalización en el sistema de penas y mejora de técnica legislativa.

Muy interesante fue también el debate que se suscitó a continuación, en el que Torres-Dulce abogó por la restricción del reconocimiento de la figura de la acusación popular, reseñando que es urgente acometer dicha reforma.

MESA REDONDA

A continuación se celebró la mesa redonda, en la que estaba previsto debatir sobre el papel de los organismos de control en la prevención de la corrupción.

En ella intervino en primer lugar, D. Alfonso Peña Ochoa, Consejero de la Cámara de Cuentas de Aragón. Su intervención se centró en analizar las características del sistema español de control externo del gasto público y las causas por las que no ha resultado plenamente útil en materia de prevención y detección de la corrupción. Y es que siendo un modelo formalmente incontestable, para la opinión pública mayoritaria el sistema de fiscalización no funciona bien o al menos, no ha producido los resultados esperados. También lo expresó así el Informe de lucha contra la corrupción en la UE de febrero de 2014 que en el capítulo relativo a España afirmó que los recientes casos de corrupción se deben «*a la insuficiencia global de los controles del gasto público a nivel autonómico y local*». El problema -continuó exponiendo-, no es que no exista control, sino que está mal configurado institucionalmente desde el momento en que tiene un carácter eminentemente formalista y ritual, con poca utilidad como instrumento para la prevención y detección de la corrupción. Por ello nuestro modelo debe fortalecerse para mejorar su rendimiento. Entre las medidas concretas reseñó la aprobación por ASOCEX el 18 de noviembre de 2015 de la Guía práctica *GPF-OCEX 1240: Responsabilidades del auditor en la fiscalización con respecto al fraude*, que adapta y proporciona orientaciones a los órganos públicos de control externo sobre la Norma Internacional de Auditoría relativa a las responsabilidades del auditor en la auditoría de estados financieros con respecto al fraude. Ello, no obstante, no lo estima suficiente, en cuanto convendría revisar globalmente nuestro desempeño, como ya se propuso en el VI Congreso de Auditoría Pública. A partir de aquí Peña propuso cuatro sencillas y económicas medidas que mejorarían la imagen de los OCEX como organismos útiles para la prevención de la corrupción:

- a) Mejorar el rendimiento, elaborando informes relevantes y oportunos. Se trataría de cuidar la fase de programación evitando las auditorías sobre actividades o entidades irrelevantes, sin riesgo alguno de corrupción o que ya han sido controladas por otros órganos de control independientes.
- b) Los informes deben ser además exactos y claros. Constató que muchos de nuestros informes son de imposible asimilación para el gestor, el control parlamentario o la opinión pública, y por supuesto, para los organismos encargados de prevenir o perseguir la corrupción (Policía, Fiscalía, Agencias ...). Como afirmaba Termes producen «desinformación técnica y desinformación por exceso». Fernández Asenjo propone dar publicidad clara y expresa en un apartado específico de los informes de los actos defraudatorios constatados, añadiendo el ponente que se debería reforzar y regular mejor la obligación de comunicación de las irregularidades a los órganos encargados de su investigación, siendo un buen modelo el de la UE.
- c) Es además preciso dar un nuevo enfoque de la fiscalización contra la corrupción. Las Instituciones de control basamos nuestras pruebas contra la corrupción en la verificación del cumplimiento de la normativa, y con este planteamiento en el mejor de los casos conseguimos destapar casos de corrupción ya cometidos. La corrupción es resistente al procedimiento, funciona bien sorteando procesos muy regulados en los que participan en distintas fases un buen número de funcionarios imparciales: el interventor, el facultativo, la mesa de contratación, etc. Por ello, deberíamos saber más sobre el marco en el que se desenvuelve la corrupción y hacer otro tipo de análisis más globales sobre los procesos para detectarla. Si solo controlamos actos aislados, las fases del procedimiento y a la cadena difusa de funcionarios que actúan en él seguramente no identificaremos correctamente los riesgos de corrupción.
- d) Reforzar la independencia política de los OCEX. Existe una amplia percepción de falta de independencia de los miembros de las Instituciones de control. Existe también un amplio consenso en endurecer las condiciones de acceso, exigiendo un perfil profesional adecuado y prohibiendo tajantemente la entrada de políticos. Mucho más incierto es el futuro de las propuestas de regular de otra manera la fase de presentación de candidaturas al Parlamento, cuyo monopolio ostentan

ahora los grupos parlamentarios, con la idea de evitar candidatos de los partidos y el control total de éstos de las designaciones.

D. Antonio Minguillón Roy, auditor-director del Gabinete Técnico de la Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana, puso de manifiesto como la detección del fraude, forma parte integral de la actividad fiscalizadora de las ICEX, tanto por mandato de las NIA-ES, como de las ISSAI. Es a partir de aquí que la Sindicatura de Cuentas de Valencia incorporó como sección de su Manual de fiscalización una guía de auditoría sobre *“Responsabilidades del auditor en la fiscalización con respecto al fraude”*, promoviendo al tiempo que el conjunto de instituciones de control externo aprobaran el fecha de 18 de noviembre de 2015, una guía de fiscalización común sobre *“Responsabilidades del auditor en la fiscalización con respecto al fraude”*, todo lo cual se suma al documento que ya fue suscrito con la organización EURORAI por todos los OCEX, titulado *“Buenas prácticas antifraude: impulsar el papel de los auditores de EURORAI en la lucha contra el fraude”*. Asimismo explicó que la Sindicatura está potenciado la fiscalización de determinadas áreas con riesgo alto de corrupción, tales como: contratación, reparos e informes formulados por la Intervención, obligaciones pendientes de aplicar al presupuesto de las entidades locales, o los acuerdos adoptados contrarios a los informes de los secretarios de las Entidades locales. Pero una vez expuesto este marco, Minguillón procedió a delimitar el papel de los OCEX, en el sentido de que en el esquema institucional reservado, no es su competencia probar el fraude, por ser ésta una tarea propia de los cuerpos y fuerzas de seguridad y del Ministerio fiscal, sin que se dispongan de medios materiales, y personales para ello. Tampoco es labor propia la de realizar calificaciones jurídicas expresas, dado que esta labor corresponde a los Tribunales. Pero si es su labor la de describir los hallazgos que se produzcan de la manera más clara posible, en orden a facilitar la tarea de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas. Por último, destacó la importancia de las instituciones de control en la lucha contra el fraude y la corrupción, siendo así la que mejor actividad de prevención de los OCEX es realizar su trabajo con el máximo rigor, independencia y profesionalidad, de acuerdo con normas transparentes y en tiempo oportuno, en forma tal que los gestores públicos tengan claro que los OCEX son implacables en la lucha contra el fraude.

Por último D^a Beatriz Rodríguez Fraga, Consejera Consello de Contas de Galicia, expuso las líneas fundamentales de la Ley 8/2015, de 7 de agosto, de reforma de la Ley 6/1985, de 24 de junio, del Consello de Contas de Galicia, 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. Se trata de una Ley, que atribuye específicamente al Consello de Contas, las competencias en materia de prevención de la corrupción en el ámbito de la actividad económico-financiera del sector público de la Comunidad Autónoma. Siguiendo el modelo portugués, el OCEX gallego asume la responsabilidad de hacer propuestas para elaborar códigos de conducta y manuales internos de gestión de riesgos, así como la de comprobar y analizar los distintos sistemas de prevención que se pongan en marcha por los distintos entes del sector público. Al tiempo, le corresponde también asesorar sobre los instrumentos normativos más adecuados para prevenir la corrupción, fomentando en la sociedad civil la transparencia y el comportamiento ético en sus relaciones con el sector público. Para todo ello, se ha modificado la estructura de funcionamiento del Consello de Contas, creando una nueva sección de «Prevención de la Corrupción».

Quedaron patentes así tres visiones distintas sobre el papel de los OCEX en materia de prevención de la corrupción, lo que posteriormente fue enriquecido en el debate.