

HERRAMIENTAS Y PROPUESTAS PARA LUCHAR CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO: ÉTICA, TRANSPARENCIA Y COMPLIANCE^(*)

José Luis Pellicer García
Diputación de Valencia. Servicios jurídicos

Lo esencial no es nivelar las fortunas sino hacer leyes y consolidar costumbres tales que el virtuoso no quiera ser injusto y el malvado no pueda serlo; para lo cual conviene dejar a éstos en minoría sin dejar de ser justos con ellos. (Aristóteles)

RESUMEN

En el presente trabajo se reflexiona desde una perspectiva ética sobre la base de que ninguna buena política de gestión pública puede prescindir de incluir medidas coherentes de prevención de la corrupción. Educación ética, transparencia, participación ciudadana y *compliance* se reafirman como herramientas eficaces para prevenir y luchar contra la corrupción y las malas prácticas, ayudando a que se vaya configurando una cultura de respeto al Derecho y a la Justicia, abriendo esa senda de la moralidad, prudencia y justicia en el uso y destino de los fondos públicos, desde esa libertad de tomar la iniciativa que tiene el ser humano y los principios de la Filosofía.

ABSTRACT

This paper reflects from an ethical perspective on the basis that no good public management policy can dispense with including coherent measures to prevent corruption. Ethical education, transparency, citizen participation and compliance are reaffirmed as effective tools to prevent and fight against corruption and bad practices, helping to shape a culture of respect for Law and Justice, opening that path of morality, prudence and justice in the use and destination of public funds, from that freedom to take the initiative that human beings have and the principles of Philosophy.

1. INTRODUCCIÓN

Si se preguntase a estudiantes de Derecho si tuvieran que prescindir de uno de estos dos delitos tipificados en el código penal, homicidio o hurto, ¿de cuál prescindirían? Absolutamente todos los alumnos dirían el hurto, porque no podemos prescindir del homicidio. Yo lo pongo en duda. Lo pongo en duda por un motivo: el 99% de la gente no mata por convicción y, en consecuencia, no necesitaríamos que estuviera en el código penal. Ello es así, porque tenemos interiorizado el valor de la vida y no matamos por convicción, porque no queremos matar. Ahora, el hurto, si tenemos garantías de que no vamos a ser detenidos y de que no vamos a ser procesados, probablemente muchos lo harían. En el fondo lo que quiero decir con esto es que hay un problema de valores, de interiorización de valores.

A partir de la ética de la «responsabilidad convencida» de Adela Cortina, los servidores públicos deben saber cuál es el fin y cuál la meta de su actuación: el interés general. Cuando se asume la responsabilidad por las consecuencias es teniendo en cuenta el fin que se persigue, no buscando el beneficio particular. Una de las más graves cuestiones que se plantean en el sector público y en general en nuestra sociedad, es la corrupción generalizada que padecemos, que no

es sino una de las manifestaciones de la degradación de los valores morales que azota a las sociedades, tan difícil, por no decir imposible, de superar con normas jurídicas. Los ciudadanos no sólo desean servicios eficientes y de calidad, también exigen moral, ética y valores cívicos.

Encontramos en el *Diccionario de los políticos o verdadero sentido de las voces y frases más usuales entre los mismos, escrito para divertimento de los que ya lo han sido y enseñanza de los que aún quieren serlo*, de Rico y Amat, cuya segunda edición data de 1855, el verdadero sentido de la palabra «moralidad», el cual, según su autor, es el siguiente:

Señora extraviada en la corte cuyo paradero se ignora, por más que se ha ofrecido un hallazgo al que la presente. Los que más aparentan buscarla le cierran la puerta cuando se presenta en sus casas y, aburrida de tanto desprecio, dicen que va peregrinando ahora por los pueblos pequeños, acompañada de su hermana la justicia, tan despreciada como ella. Probablemente tendrán que emigrar pronto de España sino quieren morir de una sofocación.

Entendemos como corrupción aquellas acciones u omisiones que tienen que ver con el mal uso y destino de los recursos públicos para beneficios particulares, a través de transacciones irregulares que implican la violación de algún modelo de comportamiento. Cuando hablamos de corrupción, nos estamos refiriendo tanto a la esfera pública como a la privada. Son inseparables. Y ello, porque la corrupción está estrechamente vinculada al poder, pero a todo el poder, al político y al económico, entre los que existe una íntima relación.

En este trabajo, vamos a reafirmar unas herramientas y propuestas que deben servir de hilo conductor al sector público para prevenir y luchar contra la corrupción y las malas prácticas, y abrir esa senda de la moralidad, prudencia y justicia en el uso y destino de los fondos públicos.

2. EDUCACIÓN ÉTICA PARA UNA CIUDADANÍA ACTIVA

La ética es un saber que tiene que ver con predisponernos a tomar *decisiones prudentes y justas*. El hecho de tomar decisiones prudentes y justas en el sector público ayuda a crear lo que Amartya Sen llama «una sociedad decente», que «es el sentido de lo económico». Es decir, se trataría, pues, de la adquisición del carácter necesario para responder a las expectativas legítimas de los afectados por ella de manera excelente. A diferencia de las normas, que prescriben una determinada conducta como obligatoria, los valores nos orientan en la acción dejando abierto un vasto abanico de posibilidades, nos permiten orientar y modificar la conducta de los diferentes implicados y afectados por la actividad institucional y empresarial. La *educación ética* consistiría en cultivar esas condiciones que nos preparan para degustar ciertos valores, de las predisposiciones necesarias para apreciarlos. Valores que proponen a las personas un mundo de sentido: proponen una identidad a los sujetos que forman parte de las comunidades y organizaciones, un sentido de pertenencia, unos valores compartidos, una tarea común, un bien común, e incluso un sentido de la excelencia.

Las instituciones y las organizaciones, en su actividad y meta a desarrollar, en las actuaciones en el día a día, van adquiriendo unos «hábitos», un modo de hacer las cosas, partiendo de su libertad para actuar y para tomar sus decisiones. Esta forma de hacer las cosas, este “carácter”, es precisamente lo que intenta orientar la ética, ayudando a que se vaya configurando una cultura de respeto al Derecho y a la Justicia. Existen diversos caminos para integrar la dimensión ética en las instituciones y organizaciones pero, se escoja el que se escoja, «la coherencia y consistencia» son las cualidades básicas de cualquier iniciativa que pretenda la mejora ética de las mismas. Existen, necesariamente, tres herramientas básicas: Códigos Éticos, los cuales expresan los valores en su ámbito de aplicación y los compromisos adquiridos, desde una reflexión conjunta, no impuesta, lo cual implica un proceso participativo y dialogado de toma de conciencia de responsabilidades; Comités de Ética, que responden a esos espacios de diálogo y deliberación para el seguimiento y control de los compromisos adquiridos en el código

ético; y, Auditorías Éticas: donde se mide la coherencia entre lo que dice y lo que hace, sometiéndola al criterio de un asesor externo.

La ética de la responsabilidad, por su parte, ordena tener en cuenta las consecuencias previsibles de las propias decisiones. «Somos lo que la educación ha hecho de nosotros», nos decía Kant con razón. Por eso, *el primer y más importante freno contra la corrupción es la educación*. Hoy en día la apenas residual y voluntaria formación ética que se imparte en primaria, secundaria y en la universidad, es la «maría» de siempre. «No hay que esperar que los reyes filosofen ni que los filósofos sean reyes, pero tampoco hay que desearlo, porque la posesión del poder daña inevitablemente el libre juicio de la razón», afirma Kant. Simplemente estamos diciendo que el representante del poder político escuche los principios del filósofo como *derecho de los ciudadanos a una buena administración*, reconocido en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Nadie discute que siempre harán falta más medios contra la corrupción. Pero las leyes poco pueden hacer si no encuentran una cultura previa para la cual la corrupción es degradante y vergonzosa, una mala práctica que acaba con cualquier reputación y democracia. Y en ello, la educación, es nuestro aliado.

3. TRANSPARENCIA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

A partir del principio de publicidad de Kant, donde «son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados», la relación de confianza nos debe mostrar el carácter público de la apuesta de las instituciones por el diálogo y el acuerdo, donde la confianza de los ciudadanos en las instituciones será proporcional a la capacidad de éstas para hacer públicas y justificar discursivamente sus acciones, estrategias y políticas. Esta apertura a la razón pública es necesaria para hablar de una ética como instrumento de gestión. Debemos asumir responsabilidades dentro de un juego recíproco de expectativas y basarnos en el principio de publicidad de Kant, donde la transparencia de nuestras decisiones responderá de nuestra forma de hacer las cosas, creando una cultura corporativa de las instituciones y organizaciones, para su reputación, en definitiva.

Nuestra apuesta es por una *democracia corresponsable*, por una *complementación entre el Estado y la sociedad civil*, porque es en el ámbito de la sociedad civil donde mejor podemos trabajar para recuperar el valor y la fuerza para transformar una realidad claramente injusta. Una complementación no es una sustitución. La función de la sociedad civil es trabajar codo con codo con las instituciones políticas, pero cada una debe respetar sus fronteras. Y para ello, *necesitamos una ciudadanía despierta, participativa*. Como profesionales, como ciudadanía comprometida con sus instituciones políticas y como miembros activos y participativos en las diversas esferas de la sociedad civil. En caso contrario, otros harán el trabajo sin argumentar nada más que aplicar la regla de mayorías y la lógica partidista.

Por tanto, es el momento de la corresponsabilidad para ir generando una sociedad justa, abriendo la puerta a una posible cooperación entre agentes económicos que logre superar las trabas del egoísmo e introducirse en un posible equilibrio donde los resultados sean óptimos o cercanos al óptimo para cada uno de los implicados. Lo que una sociedad tiene que generar es una situación de justicia en la que todos los que forman parte de esa sociedad vivan en condiciones de justicia. Para ello, cada poder debe asumir su responsabilidad: el poder político tiene que poner las condiciones básicas para que las gentes puedan llevar adelante sus planes de vida; el poder económico, es decir, las empresas y los bancos, también son agentes de justicia; y la sociedad civil, intentando que las cosas vayan a mejor. Decía Kant que «hasta un pueblo de demonios preferiría la cooperación al conflicto, preferiría la paz a la guerra», y añadía «con tal de que tengan inteligencia». La corresponsabilidad es necesaria para salir hacia el futuro. Pero siempre desde una responsabilidad ética para la recuperación del poder moral inherente a las personas y a las instituciones; actuando de una manera justa y correcta con los demás, de asumir

compromisos, de responder de aquello que se espera de nosotros; de estar a la altura, en definitiva.

4. ¿COMPLIANCE EN EL SECTOR PÚBLICO?

A partir del último cuarto del siglo XX, se empezó a cuestionar con fuerza el tema de la gobernabilidad, es decir, cuando las instituciones que ostentan el poder legítimo en una comunidad parecen incapaces de cumplir la misión que tienen encomendada. En tal sentido, se consideró esencial la generación de políticas de *integridad institucional* que asegurasen previsibilidad, seguridad jurídica, equidad e imparcialidad, como clave del desarrollo, incentivando conductas eficaces y honestas en los servidores públicos, y desincentivando conductas corruptas y carentes de ética en los mismos. Así, el Libro Blanco sobre Gobernanza en la Unión Europea (2001), definió al buen gobierno como aquel que fomentase la transparencia, la rendición de cuentas, la coherencia, la participación ciudadana, la integridad y la objetividad e imparcialidad en el servicio al interés general. Se trata, en definitiva, de establecer reglas que promocionen conductas íntegras y desincentiven conductas deshonestas. Si la ciudadanía tiene principios y valores éticos claros, y actúa conforme a ellos, requerirá de los servidores públicos un comportamiento honesto y eficaz, y sancionará duramente conductas corruptas e ineficaces.

Podemos afirmar que si algo ha caracterizado el desarrollo económico y administrativo en las sociedades contemporáneas del mundo occidental ha sido el decidido esfuerzo en buscar el *acercamiento entre lo público y lo privado*, buscando una mayor eficacia de lo público a través de instrumentos de mercado, lógicamente sin desprenderse de la aportación del valor público que representa servir con objetividad los intereses generales. En materia de corrupción es preciso reconocer y partir de que, aunque pocos sean los corruptos, todos somos corruptibles y que, consiguientemente, ninguna buena política de gestión pública puede prescindir de incluir medidas coherentes de prevención de la corrupción. Las políticas de *compliance*, por su parte, tienen su origen en el sector privado y han sido construidas preferentemente desde el Código Penal, a partir de las reformas de 2010 y 2015, donde un programa de *compliance* implica adoptar *medidas efectivas para prevenir, detectar y responder adecuadamente, con objetividad e imparcialidad, ante conductas inadecuadas* de cualquiera de los individuos que integran una organización. Con estos antecedentes, ¿es posible encontrar una convergencia entre los principios y políticas de *compliance* del sector privado y los pretendidos sistemas de integridad institucional del sector público?

En palabras de Jiménez Asensio, «[...] la idea-fuerza que emparenta a ambos modelos (*compliance* e integridad institucional) es construir *sistemas preventivos* sólidos que eviten el delito o las malas prácticas, pues en ambos casos se daña inevitable e irreparablemente la imagen o reputación institucional». La función de ambos modelos es clara y precisa: *prevenir la comisión de delitos o las malas prácticas y construir, reforzar y mantener una cultura ética de las organizaciones públicas y privadas que mejoren la reputación de las mismas*. Sin embargo, la ingente cantidad de normas en España que prevén políticas de integridad institucional en el sector público son muy poco exigentes y, a diferencia del *compliance*, no previenen, detectan y responden eficaz y adecuadamente ante malas prácticas e irregularidades. Tal vez deberían incorporar, tal y como ha hecho la Diputación Foral de Gipuzkoa en 2016, esa política de *compliance* como parte de su sistema integral, donde prevé además de la aprobación de diferentes códigos de conducta, los sistemas de prevención y difusión de integridad institucional así como los instrumentos de garantía, seguimiento y evaluación del mismo. El órgano de *compliance* lo que hace es vigilar la correcta ejecución del programa de *compliance* e integridad, alertando de riesgos, notificando incumplimientos e informando de posibles déficits que hagan ineficaz o deficitario el modelo adoptado. En definitiva, asegurar su eficacia, y por ende, el correcto uso de los fondos públicos.

Del estudio de la norma UNE-ISO 19600: 2014, que lleva por título Sistemas de gestión de *compliance*, podemos encontrar numerosas referencias a compromisos de buen gobierno corporativo, integridad institucional, fomento de buenas prácticas, gestión ética y relativa a las expectativas de la comunidad en general: «Las organizaciones cuya meta es tener éxito a largo plazo necesitan mantener una cultura de integridad y de *compliance*, así como tomar en consideración las necesidades y expectativas de las partes interesadas. Integridad y *compliance*, por tanto, no sólo son la base, sino también una oportunidad para una organización de éxito y sostenible. [...] *Compliance* también contribuye al comportamiento socialmente responsable de las organizaciones». No se excluye por ninguna parte al sector público como receptor de esta forma de gestión, al contrario, el fomento de las buenas prácticas a partir de una gestión ética y la prevención del delito, es cosa de todos, sector público, privado y sociedad civil.

Siguiendo el criterio establecido por la OCDE, en su Recomendación sobre Integridad Pública de 26 de enero de 2017, «el sector público debería implementar sistemas de integridad, promover una cultura ética y ejercer el liderazgo necesario en este ámbito y, por último, demostrar una rendición de cuentas real y efectiva», *utilizando modelos de control interno y de gestión del riesgo*, «de forma similar a la metodología utilizada por las empresas del sector privado cuando establecen y gestionan sus sistemas de *compliance*».

A pesar de la tendencia que parece existir actualmente en España de vincular la necesidad de establecer modelos de *compliance* fundamentalmente a una cuestión de responsabilidad penal de la persona jurídica, existen otras razones significativas que aconsejan su implantación en el sector público asegurando un *entorno de control y reacción*. Entre esas razones encontramos: sanciones por incumplimientos, impactos negativos en la reputación de las instituciones, la pérdida de confianza por el incumplimiento de la política de responsabilidad social y la responsabilidad penal de los servidores públicos. Sería deseable, por tanto, que se llevasen a cabo los desarrollos legales necesarios para que la utilización de modelos de *compliance* o integridad efectivos o eficientes y eficaces sea una realidad en todo el ámbito del sector público en España. La defensa del interés público merece contar con los estándares de integridad más altos. Es importante destacar que la Asociación Española de Compliance (ASCOM), tiene un grupo de trabajo específico en materia de *compliance* en el Sector Público.

En el ámbito jurisprudencial, la sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, 154/2016, de fecha 29 de febrero, define de una manera clara las líneas básicas que la jurisprudencia va a seguir en el futuro, cuando nos dice que debe analizarse si «[...] el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la *ausencia de una cultura de respeto al derecho*, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos [...]». En iguales términos se pronuncia el Tribunal Supremo en sus sentencias Nº 514/2015, de 2 de septiembre; Nº 98/2016, de 19 de febrero; Nº 221/2016, de 16 de marzo; Nº 516/2016, de 13 de junio; y Nº 744/2016, de 6 de octubre. Es decir, el Tribunal Supremo recalca reiteradamente que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, en la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la empresa, por la *ausencia de una cultura de respeto al Derecho o de ética corporativa*. *Se tiende a delinquir por no disponer en la organización de ese componente ético-social referido e implantarlo correctamente*, y en concreto por un beneficio o provecho.

Finalmente, tomando en consideración nuestro ámbito interno no penal, el Real Decreto 217/2008, regula la función del “responsable de cumplimiento normativo” en el ámbito de las empresas que prestan servicios de inversión; la Ley 10/2010, establece su “representante” ante el Servicio ejecutivo de la Comisión de prevención del Blanqueo de capitales e Infracciones

monetarias; la Ley del Mercado de Valores sobre las “unidades” que en las empresas que prestan servicios de inversión han de garantizar el cumplimiento normativo; la Comisión Nacional del Mercado de Valores y su Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas; y, finalmente, la Ley de Sociedades de Capital, en el funcionamiento de las mismas. Todos ellos, exigen *funciones de supervisión de los sistemas internos de control y gestión de riesgos* y que ésta sea asumida por un órgano interno quien se encarga de supervisar o vigilar la eficacia del modelo de prevención de delitos adoptado en la empresa de modo autónomo y con capacidad competencial suficiente. Lo importante es que las funciones de supervisión las ejerza un órgano autónomo con capacidad y competencia funcional suficientes para poder garantizar la eficacia de los sistemas de prevención. Al respecto, el Código Penal no impone modelo alguno.

¿Por qué compliance como sistema de prevención del delito?

Más allá de los beneficios que reporta el Derecho Penal a las sociedades mercantiles, incluidas las de capital público, *compliance* es una medida o modelo de prevención del delito que se le pide a los sectores públicos y privados para que lo pongan en marcha, siendo aprobado por *unanimidad del Parlamento español* a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuyos orígenes datan de principios del siglo XX en el mundo anglosajón y en la Europa occidental. Por lo tanto, su eficacia está probada a lo largo de un siglo, y en estos momentos, es en España donde se aplica. Esta Ley Orgánica es la columna vertebral desde donde parte la lucha contra la corrupción, más allá de la creación de otro tipo de organismos. La verificación de la eficacia de este instrumento es otorgada por el Parlamento español al Poder Judicial y a la Fiscalía Anticorrupción, y en este sentido, y sin perjuicio de la creación de otros organismos, es donde el poder político debería aumentar su capacidad financiera en la lucha contra la corrupción para *dotar de más y mejores medios a quienes tienen la competencia y experiencia en la lucha contra el delito*.

A mi entender, el marco regulatorio está suficientemente desarrollado, pero la aplicación de las normas dista de ser la adecuada. Existe una institucionalidad informal en la que prima la desconfianza, la opacidad y la ineficiencia, lo cual hace muy difícil la implantación de normas que obliguen a lo contrario. Por ello, considero plantear una serie de recomendaciones:

1. Debe acabarse con la falta de recursos en la lucha contra la corrupción.
2. Es preciso el desarrollo de una contabilidad analítica y el cálculo y publicación de los costes reales de los servicios públicos.
3. Se deben crear comités de ética en los organismos que reciban fondos públicos con miembros externos y del mundo académico.
4. Debe regularse la actividad de lobby, de acuerdo con las guías de la OCDE. Al respecto del poder económico citado en la introducción, la Presidencia del Gobierno de Aragón ha aprobado la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Pública, la cual prevé en su capítulo IV un «Régimen de los lobbies», donde se definen estos grupos de influencias, se crea un registro público, se establece su régimen jurídico, se sujetan a un código de conducta y se establecen medidas en caso de incumplimiento.

Finalmente, considero prioritarias, las recomendaciones siguientes:

5. Introducción en los distintos niveles educativos de materias y contenidos éticos, de valores y contra la corrupción.
6. Crear un estatuto orgánico definido del órgano de *compliance* y una configuración legal clara y unificada sobre competencias y deberes, siendo obligatorio allí donde se utilicen fondos públicos.

7. Considerar como criterio de preferencia de los contratos del sector público la implantación de sistemas de *compliance* y exigir ciertas obligaciones en materia de *compliance* a los contratistas en las condiciones de ejecución de los contratos.
8. Elaborar una Directiva europea de protección de Whistleblowers.

5. PROTECCIÓN DE DENUNCIANTES O ALERTADORES (WHISTLEBLOWERS)

El pasado 24 de octubre de 2017, el Pleno del Parlamento Europeo aprobó el informe impulsado por la eurodiputada francesa Virgine Rozière, en el que se hace un llamamiento a la Comisión Europea para que, a finales de 2017 proponga normas, posiblemente una Directiva, que garanticen la protección a los «whistleblowers» (denunciantes de irregularidades) en los 27 estados miembros de la Unión, como uno de los caminos más efectivos para luchar contra la corrupción.

En el informe aprobado se propone a los países miembros que desarrollen mecanismos para facilitar el lanzamiento de alertas internas y para permitir que los denunciantes informen a las ONG y la prensa, incluida la posibilidad de hacerlo de forma anónima; protección contra represalias, incluidas sanciones contra aquellos que intenten evitar que los denunciantes hablen y medidas para desalentar las represalias; medidas de apoyo, como asistencia financiera y legal, apoyo psicológico e indemnización por daños a denunciantes en procesos civiles; y la existencia de organismos informadores nacionales e independientes, verificando su credibilidad y orientando a los denunciantes, así como la autoridad a nivel de la UE para facilitar la coordinación en casos transfronterizos. La resolución contempla una legislación de protección de alertadores fuerte y horizontal que abarque tanto los sectores públicos como privados y en favor de la lucha contra la corrupción y el fraude, la justicia, la salud, el medio ambiente y la democracia. A pesar de que la resolución del Parlamento Europeo es un documento no legislativo, marca una prioridad fuerte en las instituciones europeas por el desarrollo de una norma de protección de alertadores.

Sin embargo, la realidad en España es bien distinta. La Comisión Europea ha advertido hasta en tres ocasiones a las autoridades españolas por no proteger los «chivatazos» sobre situaciones de abuso de mercado al resistirse a trasponer la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado. Ha pasado más de un año desde que España hiciera oídos sordos a su obligación de incorporar la Directiva Europea sobre *whistleblowers* y la Comisión cree que ha llegado el momento de que sea el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el que determine la responsabilidad del Gobierno de España por esta cuestión, una responsabilidad que podría llevar acarreada una multa económica, remitiéndose finalmente el pasado 13 de julio el caso al Tribunal de Luxemburgo.

Estamos en una situación muy difícil. En España la mayoría de casos destapados por alertadores son casos de corrupción, y los casos de corrupción son *revelados en su mayor parte por la sociedad civil y no por las instituciones*. La corrupción es un problema moral, jurídico y político pero también un *problema técnico* y como tal puede también ser abordado pragmáticamente para ser resuelto de manera concreta y eficaz. Se está tramitando en España una “Proposición de Ley Integral Contra la Corrupción y para la Protección del Denunciante”, propuesta por el Grupo de Ciudadanos en el Congreso de los Diputados, y cuya tramitación ha sido aprobada por todos los partidos a excepción del PNV, y que descarta específicamente la posibilidad de denuncia anónima, limita los canales de alerta, solo prevé la protección del funcionario, la carga de la prueba recae sobre el alertador y no cuenta con protecciones suficientes para los alertadores frente a las amenazas y persecución legal, laboral y física, por lo que acaba siendo una legislación que criminaliza y controla en lugar de proteger a los alertadores. Respecto del *anonimato*, el cual queda implícitamente excluido en la reiteración de la idea de «confidencialidad», es la *única protección real que puede ofrecerse a un alertador*,

siendo reconocido como un canal justo y necesario para los procedimientos de denuncia ante la Fiscalía en España y por organizaciones como la ONU. Lo contrario supone el inicio de historias de acoso, persecución, depresiones y vidas rotas: Encarnación Cortés, Itziar González, Joan Llinares y Ana Garrido.

Por último, considero que *el requerimiento de «buena fe» del alertador es un absurdo*. Una información que pueda revelar casos de corrupción, abusos o malas prácticas tiene, a mi juicio y siguiendo a los activistas de Xnet en su intervención en la “*Roundtable on Whistleblowers Protection*” en Bruselas, quienes trabajan entre otros campos la lucha legal, técnica y comunicativa contra la corrupción y la defensa del uso de internet como herramienta para la mejora de la calidad democrática, *«el mismo interés público sea cual sea la intención inicial del alertador»*. Además, supone una carga de prueba que recae en el alertador siendo esto el opuesto de lo que se quiere proteger y además entorpeciendo la posibilidad de usar en tiempo útil las pruebas aportadas por los mismos.

6. COMPLIANCE EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

Respecto a la contratación pública socialmente responsable, a través de la cual los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, la nueva Directiva de Contratación Pública 2014/24/UE, aprobada por el Parlamento Europeo y el Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, señala en su considerando nº 2 que:

[...] la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, siendo uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un *uso más eficiente de los fondos públicos*, facilitando la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública y permitiendo que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes.

Resulta necesario que nuestro sector público utilice la contratación pública, no sólo como eficaz instrumento de lucha contra la exclusión social, de generación de empleo de calidad, de impulso de la igualdad efectiva de hombres y mujeres y de preservación del medio ambiente, sino también de lucha contra la corrupción y las malas prácticas. *Compliance* es, sobre todo, una herramienta ética, jurídica y de integridad institucional al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento de sus fines y valores fundamentales.

A partir de la sentencia 5294/2012, del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, de 17 de julio de 2012, el legislador ha querido introducir una serie de medidas de «discriminación positiva» que favorezcan la incorporación laboral y profesional de la mujer, dando un mandato a las Administraciones en tal sentido. Pero incluso en el ámbito Comunitario, deben ser traídas a colación las Directivas 2002/73, 76/207 o la 2004/113. En consecuencia se sigue el criterio de *adjudicación no a la mejor oferta económica sino a la más ventajosa para los intereses generales*, estableciendo también como *criterio de preferencia para decidir la ejecución entre proposiciones iguales desde criterios objetivos*, determinándose por lo prioritario de las políticas Comunitarias en materia de lucha contra la corrupción, que dentro de los mismos cabe preferir a empresas que tengan implantado un programa de *compliance*. Lo mismo ocurre respecto de las *condiciones que podríamos establecer para la ejecución de un contrato del sector público*, como puede ser la exigencia de formación a su personal en materia de prevención de la corrupción. Esta corresponsabilidad entre el sector público y el privado (contratistas) es fundamental para el desarrollo de las sociedades modernas. El mismo Código Penal así lo pide a los sectores económicos, a quienes empuja para que se auto-regulen, lo cual es una necesidad para luchar contra la corrupción e impedir, dificultar y disuadir de prácticas fraudulentas. Es una oportunidad que tenemos desde el

Derecho. El Código Penal nos dice «vamos a probar algo que está funcionando en el mundo y en distintos sectores». A mi juicio, los programas de *compliance* son un buen instrumento de responsabilidad y cultura de respeto al Derecho y a los ciudadanos.

7. CONCLUSIÓN

Firmemente, creo que las instituciones públicas deberían incorporar esa política de *compliance* como parte de su sistema de gestión, para prevenir y luchar contra la corrupción y para generar buenas prácticas que le ayuden a recuperar la confianza de los ciudadanos en sus instituciones. En el proceso, será necesario un cambio de mentalidad, superar la crisis de valores, fomentar el pensamiento crítico y un desarrollo basado en el bien común para prevenir y erradicar el fraude y la corrupción de las instituciones y para el impulso de la integridad y la ética pública, facilitando la innovación y el uso de la tecnología como herramienta, y no como fin.

Con estas herramientas se pretende servir mejor a la sociedad y ayudar a construir una sociedad mejor, una «sociedad decente», y para ello, es imprescindible contar cada vez más con la participación de las instituciones, servidores públicos, organizaciones y la sociedad civil.

BIBLIOGRAFÍA

- Aristóteles (2015): *Política*. Alianza, Madrid.
- Conill, J. (2007): *El poder de la mentira*. Tecnos, Madrid.
- Cortina, A. (2009): *Ciudadanos del mundo, Hacia una teoría de la ciudadanía*. Alianza, Madrid.
- Cortina, A. (2016): “La responsabilidad ética de la sociedad civil”, en ETNOR, Saliendo de la crisis, pp. 8-24, Valencia.
- De La Mata, N. (2017): “El órgano de cumplimiento en la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Blog El Derecho, 17 de septiembre de 2017.
- García, F.; Palomar, A. (2013): *La Gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades*. Aranzadi, Pamplona.
- García-Marzá, D. (2004): *Ética empresarial. Del diálogo a la confianza*. Trotta, Madrid.
- González, J. (2014): *Corrupción, Ética y Moral en las Administraciones Públicas*. Aranzadi, Navarra.
- Hernández, E. (2017): <https://www.compromisoempresarial.com/rsc/2017/05/compliance-en-el-sector-publico-opcion-u-obligacion/>, 4 mayo 2017.
- <https://xnet-x.net/ca/ridicula-proposicio-llei-proteccio-denunciants-corrupcio-catalunya/>
- <https://xnet-x.net/mesa-redonda-proteccion-alertadores-union-europea/>
- Jiménez-Asensio, R. (2017): <https://rafaeljimenezasensio.com/2017/06/11/compliance-e-integridad-institucional-1/>, 11 de mayo de 2017.
- Kant, I. (2012): *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Alianza, Madrid.
- Kant, I. (2013): *Crítica de la razón práctica*. Alianza, Madrid.
- Kant, I. (2016): *La paz perpetua*. Alianza, Madrid.
- Lesmes, S.; Álvarez, L. (2014): *Compra Pública Responsable*. Reas Euskadi, Bilbao.
- Ortega y Gasset, J. (2014): *La rebelión de las masas y otros ensayos*. Alianza, Madrid.
- Rodríguez-Arana, J. (2012): *El ciudadano y el poder público: El principio y el derecho al buen gobierno, y a la buena administración*. Reus, Madrid.
- Villoria, M. (2016): *La corrupción política*. Síntesis, Madrid.

(¹) La presentación del contenido de este artículo ha recibido financiación a través de la convocatoria pública de la Generalitat Valenciana (DOGV 8064, de 16-6-2017) relativa al Sistema de alertas rápidas en la lucha contra la corrupción.