

JOAQUÍN GONZÁLEZ

**CORRUPCIÓN Y JUSTICIA
DEMOCRÁTICA**

**Introducción a una teoría
de la función judicial
en las sociedades en cambio**

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.

© Joaquín González

ISBN: 84-607-0540-4

Depósito legal: M. 18.492-2000

Fotocomposición: INFORTEX, S. L.

Impresión: CLOSAS-ROYEN, S. L.

Polígono Igarza. Paracuellos de Jarama (Madrid)
MADRID, 2000

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS UTILIZADAS	19
INTRODUCCIÓN	21

CAPÍTULO PRIMERO LA CORRUPCIÓN EN LA ERA DE LA MUNDIALIZACIÓN DEL CRIMEN

1. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO	29
1.1. Introducción.....	29
1.2. El carácter antidemocrático de la corrupción: el fracaso del estructural-funcionalismo como modelo teórico.....	32
1.3. La corrupción como fenómeno poliédrico	36
2. LA CORRUPCIÓN EN LA RED DEL CRIMEN MUNDIALIZADO	37
2.1. Introducción.....	37
2.2. Corrupción y criminalidad organizada.....	38
3. DEL MOVIMIENTO INTERNACIONAL ANTICORRUPCIÓN	48
3.1. Entre la universalidad del problema y la diversidad de fuentes de elaboración de medidas con que hacerle frente.....	48
3.2. La Organización de Naciones Unidas ante el problema de la corrupción.....	49
3.3. La Organización de Estados Americanos y el primer Convenio internacional sobre la corrupción	51
3.4. El Acuerdo sobre los Mercados Públicos de la Organización Mundial del Comercio.....	52
3.5. Las Reglas de conducta de la Cámara de Comercio Internacional.....	52

	Pág.
3.6. La perspectiva economicista del Fondo Monetario Internacional y la Banca Mundial	53
3.7. La política anticorrupción de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)	53
3.8. La perspectiva pluridisciplinar del Consejo de Europa.....	56
3.9. Transparencia Internacional, protagonista destacada del movimiento anticorrupción no gubernamental	59
3.10. La Unión Europea frente a la corrupción	60
3.10.1. El Derecho penal, competencia exclusiva de los Estados. Del fallido Proyecto de los años setenta, de protección penal de las Instituciones comunitarias frente a la corrupción, y del fracaso de otras iniciativas de comunitarizar determinadas parcelas del Derecho penal	60
3.10.2. La Unión Europea, adelantado del movimiento anticorrupción internacional y laboratorio jurídico en pro de un Derecho penal supraestatal	65
3.10.2.1. Medidas adoptadas por el Consejo. Especial referencia al Protocolo anticorrupción (al Convenio PIF) y al Convenio sobre la corrupción	65
3.10.2.2. El Parlamento Europeo ante la corrupción.....	72
3.10.2.3. La Comisión Europea ante la corrupción.....	73
3.10.2.4. La política anticorrupción de “tolerancia cero” propugnada por el Tribunal de Cuentas Europeo	75
3.10.3. La común determinación institucional de atajar la corrupción: la Oficina Europea de Lucha Antifraude (OLAF)	76
3.10.3.1. La corrupción, en la Comunidad Europea	76
3.10.3.2. El papel del Parlamento Europeo en la constitución de una Oficina Antifraude independiente .	76
3.10.3.3. La respuesta inicial de la Comisión Europea: el fallido Proyecto de creación de una Oficina circunscrita a funciones de investigación.....	78
3.10.3.4. La dimisión del Colegio de Comisarios	79
3.10.3.5. El proceso de creación de la Oficina Europea de Lucha Antifraude (OLAF).....	81
3.10.3.6. La OLAF, instancia comunitaria independiente de investigación de la corrupción	85
3.11. A modo de recapitulación sobre el movimiento internacional anticorrupción	88

CAPÍTULO SEGUNDO

PODER Y CORRUPCIÓN

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN.....	93
1.1. Introducción.....	93

	Pág.
1.2. La corrupción analizada en su red semántica: la perspectiva de la Moral	96
1.3. Corrupción y práctica corrupta	97
1.4. La corrupción como violación de normas éticas jurídicamente protegidas.....	97
1.5. De la corrupción y sus clases.....	98
1.6. El clientelismo como práctica corrupta	100
1.7. Estructura morfológica de la corrupción	101
1.8. Definiciones de la corrupción	102
2. SOBRE LAS CAUSAS DE LA CORRUPCIÓN	107
2.1. Introducción.....	107
2.2. Corrupción y Estado de bienestar	109
2.2.1. La intervención del Estado en el mundo económico como factor de corrupción.....	109
2.2.2. La flexibilidad constitucional en materia económica y la corrupción	113
2.2.3. La corrupción y la crisis del Estado de bienestar.....	117
2.2.4. El debate sobre el tamaño del Estado y la corrupción.....	118
2.2.5. La corrupción, entre la utopía y la realidad en la sociedad del bienestar	120
2.2.6. Estado de bienestar, relaciones sociales y mundialización de la economía	122
2.2.7. La nueva relación entre la libertad y la igualdad	125
2.2.8. Manipulación económica y política en el Estado de bienestar..	127
2.2.9. Sobre la reducción moral del Estado de bienestar	129
2.3. La corrupción en el Estado de partidos.....	133
2.4. La eficacia como paradigma de la política y la corrupción.....	136

CAPÍTULO TERCERO

CAMBIO CULTURAL Y REGENERACIÓN DEMOCRÁTICA

1. ÉTICA, POLÍTICA Y DERECHO	143
2. REGENERACIÓN DEMOCRÁTICA Y CAMBIO CULTURAL	151
2.1. De la virtud política, el espíritu constitucional y la democracia	151
2.2. Una concepción ética de la función pública	153
2.3. En el pórtico de un distinto entendimiento de las relaciones entre Moral y Derecho: los códigos de conducta.....	154
3. ÉTICA Y NEGOCIOS: DE LA INCOMPATIBILIDAD A LA CONCILIACIÓN.....	157
4. UNA ÉTICA PARA UN NUEVO CONCEPTO DE EMPRESA	160

	Pág.
5. UNA APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	164
5.1. La revolución de COASE: el mercado como mecanismo de distribución de los costes de transacción	166
5.2. POSNER y el Análisis Económico del Derecho	168
5.3. BUCHANAN y la escuela de la "Public Choice"	169
5.4. Valoración y crítica del Análisis Económico del Derecho	173
5.4.1. Motivación moral y comportamiento humano: de la inaceptable limitación antropológica de este modelo teórico	173
5.4.2. Refutación del radicalismo economicista y parcial aceptación del modelo argumental	174

CAPÍTULO CUARTO

LA CORRUPCIÓN EN LA RED DE LA SOCIEDAD INFORMACIONAL: LA OPINIÓN PÚBLICA COMO ESTRATEGIA DE CRIMINALIZACIÓN

1. INTRODUCCIÓN	181
2. IMAGEN Y TECNOLOGÍA EN LA FABRICACIÓN DE LOS ESTADOS DE OPINIÓN	182
3. NUEVAS TÉCNICAS DE CRIMINALIZACIÓN PRIMARIA Y SECUNDARIA	185
4. LA CORRUPCIÓN EN LA RED DE LA CRIMINALIZACIÓN MEDIÁTICA: LA FABRICACIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA	186
5. EL ESCÁNDALO COMO TÉCNICA MEDIÁTICA DE CRIMINALIZACIÓN	191
6. INTERESES COMERCIALES Y DESBARAJUSTE AXIOLÓGICO	193
7. LA FUNCIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN ANTE EL PROBLEMA DE LA CORRUPCIÓN	196

CAPÍTULO QUINTO

DE LA LEGÍTIMA INTERVENCIÓN DEL SISTEMA PENAL FRENTE A LA CORRUPCIÓN POLÍTICA

1. EL DERECHO PENAL COMO SUBSISTEMA GARANTISTA DE CONTROL DE LA CORRUPCIÓN POLÍTICA	203
2. "ACTO POLÍTICO" Y "SECRETO DE ESTADO" COMO LÍMITES AL PODER DE LA JUSTICIA	209
3. LA EMERGENCIA DEL PODER JUDICIAL COMO INSTANCIA DE CONTROL DE LA CORRUPCIÓN POLÍTICA	213

4. RESPONSABILIDAD POLÍTICA Y RESPONSABILIDAD PENAL.....	214
5. CONTROL DE LA CORRUPCIÓN POLÍTICA Y CORPORATIVISMO JUDICIAL.....	215
6. DE LA HIPOTÉTICA FUNCIÓN DE EMERGENCIA DEL PODER JUDICIAL EN EL CONTROL DE LA CORRUPCIÓN: JUSTIFICACIÓN Y RIESGOS	215
7. HACIA UNA TEORÍA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL EN LAS SOCIEDADES EN CAMBIO.....	216
8. DE LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DEL JUEZ PARA INFLUIR CON SUS DECISIONES EN LOS PROCESOS DE LA VIDA PÚBLICA.....	217
8.1. Sobre la carencia de legitimación democrática del modelo judicial tradicional para controlar la corrupción política	217
8.2. La crisis del modelo judicial tradicional.....	222
8.2.1. El agotamiento del modelo de progenie revolucionaria.....	222
8.2.2. El mecanismo judicial como aspiración imposible	223
8.2.2.1. La falacia de la perfección técnica de la Ley.....	223
8.2.2.2. La falacia de la perfección política de la Ley.....	226
8.3. La superación de la imagen positivista del juzgador	227
8.4. Del silogismo judicial al complejo proceso decisorio. El juez, en el centro de la tensión dramática entre “poder” y “deber”: la sentencia como racionalización del impulso sentimental	228
8.5. En el umbral de un nuevo paradigma judicial: el juez, como instancia de control social.....	231
8.6. El descendimiento del juez de la esfera sacerdotal al plano de la autoridad social.....	235
8.7. El juez, centro de solución de conflictos de naturaleza moral	235
8.8. El juez, instancia horizontal de poder social	239
8.9. Jueces y Estado de bienestar.....	240
8.10. El juez, pieza central del sistema democrático.....	242
8.11. Sobre el juez anglosajón y la tradición continental prerrevolucionaria	243
9. DEL CONTROL Y LA RESPONSABILIDAD DE LA FUNCIÓN JUDICIAL	246
9.1. La legitimación social del juez y el fundamento de sus decisiones	246
9.2. El garantismo penal en la función judicial.....	248
9.3. Neutralidad política y legitimación judicial en el control de la corrupción.....	249
9.4. De la inexistente responsabilidad política de jueces y magistrados	253
9.5. Contra el gobierno de los jueces.....	256

	Pág.
10. EL JUEZ, ANTE LA CRISIS DEL ESTADO-NACIÓN Y DEL MODELO DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL.....	263
10.1. De las causas del declive del Estado nacional.....	263
10.2. La crisis del modelo tradicional de cooperación internacional.....	265
10.3. Del mayor protagonismo del poder de la Justicia en el plano internacional.....	267

CAPÍTULO SEXTO

EN LA PERSPECTIVA DE LA REFORMA

1. INTRODUCCIÓN.....	273
2. EL CGPJ: DE LA PREVISIÓN CONSTITUCIONAL A SU DESNATURALIZACIÓN.....	274
3. EL MINISTERIO FISCAL ESPAÑOL Y EL PROBLEMA DE LA CORRUPCIÓN.....	278
3.1. Acerca de la crisis del Ministerio Público en España: el agotamiento del modelo gubernamental.....	278
3.2. Del monopolio de la Política criminal por el Gobierno como supuesta justificación de la aproximación del Ministerio Fiscal al Ejecutivo.....	281
3.3. La defensa de la legalidad como coartada para la protección de la Política.....	282
3.4. La sospecha de parcialidad del Ministerio Fiscal y el control de la corrupción política.....	283
3.5. Del Ministerio Fiscal como órgano de control de los jueces.....	283
3.6. Sobre la reforma del Ministerio Público español.....	286
3.6.1. De la necesaria aunque problemática reforma del Ministerio Fiscal.....	286
3.6.2. Hacia la independencia del Ministerio Público español respecto del poder ejecutivo.....	286
3.6.3. De la idoneidad de la persona designada como Fiscal General: la cuestión de la “legitimación de ejercicio”.....	287
3.6.4. La reforma del Estatuto en el marco del modelo constitucional.....	287
3.6.5. La reforma constitucional: el Ministerio Fiscal español, integrante del poder judicial.....	288
3.6.6. De la imprescindible autonomía funcional del Ministerio Público español: el poder de la Justicia como suma de los planos judicial y fiscal.....	290
3.6.7. La unificación de las carreras judicial y fiscal y el intercambio de destinos: hacia un magistrado del Ministerio Público.....	291
4. LA INMUNIDAD DE LOS PARLAMENTARIOS: DE SU JUSTIFICACIÓN HISTÓRICA A LA SINRAZÓN ACTUAL.....	293
4.1. La inmunidad como escudo del poder político frente al poder de la Justicia.....	293

	Pág.
4.2. El fuero especial de los parlamentarios como razonable garantía frente al ejercicio de acciones penales infundadas.....	299
5. LA DESCONFIGURACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL SECTOR DE LA DELINCUENCIA SOCIOECONÓMICA.....	300
5.1. Acerca de la policía judicial como condición de la independencia del poder de la Justicia	301
5.2. La inexistencia de una policía judicial en el sector de la delincuencia socioeconómica.....	304
5.2.1. De la ausencia de correlación entre la Justicia y las Administraciones sancionadoras	304
5.2.2. De la ausencia de coordinación entre los distintos cuerpos, como oscura tendencia que debilita el poder del Estado y dificulta la investigación de la corrupción.....	305
5.2.3. El modelo portugués de la UCLEFFA como remedio a la falta de coordinación.....	307
5.2.4. La volatilidad y la fugacidad como notas distintivas del <i>corpus delicti</i> de la corrupción	307
5.3. Un distinto modelo de investigación acorde con las actuales necesidades: el Ministerio Fiscal como centro del sistema y síntesis de legitimidad y eficacia.....	308
5.3.1. Un distinto modelo de investigación	308
5.3.2. La Fiscalía Especial Anticorrupción. Hacia un Ministerio Público basado en la independencia y la dirección de la policía judicial	311
6. SOBRE LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS RESPONSABLES DEL CONTROL DE LA CORRUPCIÓN POLÍTICA	312
7. HACIA UN DISTINTO MODELO JUDICIAL EN EL PLANO SUPRANACIONAL.....	315
7.1. De la necesidad de un marco jurídico de cooperación judicial propio de la Unión Europea.....	315
7.1.1. Acerca de las insuficiencias del Tratado de Maastricht y sus causas.....	315
7.1.1.1. De la inexistencia de un sistema de cooperación judicial penal de la Unión	316
7.1.1.2. Cooperación judicial en materia penal y voluntad política	318
7.1.1.3. La configuración de un proyecto asimétrico: el marco institucional único	320
7.1.1.4. De los instrumentos previstos: entre el predominio de la Política en posiciones comunes y acciones comunes y la falta de ratificación de convenios.....	322

	Pág.
7.1.2. Los progresos de Amsterdam en el ámbito de la cooperación judicial: un nuevo Tratado más acorde con las actuales necesidades de la Justicia penal en Europa.....	325
7.1.2.1. El gran objetivo común de la Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia.....	326
7.1.2.2. La integración del acervo SCHENGEN y la comunitarización singular de ciertas materias.....	328
7.1.2.3. De los nuevos instrumentos normativos previstos en Amsterdam	329
7.1.2.4. El marco institucional único en el Tratado de Amsterdam	330
7.2. De los magistrados de enlace, la red judicial europea y otras iniciativas	332
7.3. La asistencia de la Oficina Europea de Lucha Antifraude (OLAF) a las autoridades judiciales nacionales	333
7.4. Hacia la constitución de un espacio penal común europeo.....	337
7.5. El Consejo Europeo de Tampere abre una nueva etapa en la cooperación judicial europea	339
7.6. El espacio judicial penal común como suma de un distinto modelo de cooperación, de una efectiva armonización penal y procesal y de órganos judiciales europeos	341
7.6.1. El <i>Corpus Juris</i>	342
7.6.2. El Derecho penal comunitario y el art. 280 del Tratado CE.....	348
7.6.3. El espacio judicial penal común europeo, ante la crisis de la soberanía del Estado-nación	354
7.6.4. La adecuación del Derecho penal común a la Unión Europea como forma peculiar de organización política: el Estado reticular	356
7.6.5. De la inmediata creación de un Ministerio Público Europeo: las bases de un proyecto faseológico	362
7.6.6. La constitución de un Tribunal Penal Europeo	369
7.7. Hacia una Unión Europea como Comunidad de derecho: la defensa de los valores comunes y la responsabilidad de jueces y magistrados ...	371
EPÍLOGO: ENTRE EL ESCEPTICISMO Y LA ESPERANZA	373
BIBLIOGRAFÍA CITADA	377