DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

LA CORRUPCIÓN ANTE EL DERECHO Y LA JUSTICIA*

di José Luis de la Cuesta Arzamendi**

Abstract. *Los esfuerzos de modernización penal y procesal contra la corrupción sólo serán efectivos si se ven acompañados de la dotación de unos medios de los que carece hoy la Administración de justicia. Resulta además imprescindible el abordaje integral de un fenómeno con ramificaciones mucho más extensas, en el que la responsabilidad política no debería ser una mera consecuencia de la condena penal, ni reconducirse simplemente al test electoral, y donde la autorregulación, basada en compromisos éticos colectivamente asumidos, se ha convertido ya en pieza clave.*

RESUMEN: 1. Algunas consideraciones criminológicas. – 2. Un concepto en expansión – 2.1. ¿Soborno o algo más? – 2.2. De la corrupción pública o administrativa, a la corrupción en el sector privado. – 2.3. La corrupción en otros ámbitos específicos. – 2.4. Hacia una figura común de corrupción. – 3. Corrupción y Derecho Penal. – 3.1. Iniciativas internacionales. – 3.2. Derecho español: últimas reformas. – 4. La corrupción ante la Justicia. – 5. Por un enfoque integral. – 5.1. Los tres niveles de interpretación criminológica: delito / delincuente / delincuencia. – 5.2. Una verdadera política criminal – y no sólo penal – contra la corrupción. – 5.3. Importancia creciente de la autorregulación. – 5.4. Responsabilidad penal-responsabilidad política.

1. Algunas consideraciones criminológicas

Que la distorsión que la corrupción produce en la vida institucional, social y política de los Estados, y en la propia economía, es grave y muy peligrosa no precisa hoy en día de mucha explicación. Estamos ante un fenómeno criminal que pone seriamente en riesgo el desarrollo económico, el funcionamiento de la democracia, la calidad de la vida política y la justicia social de un país. Sus prácticas clientelares y sus redes opacas y oscuras inciden de manera muy negativa[1], erosionando el capital social, determinando un peor funcionamiento institucional y actuaciones administrativas inadecuadas, distorsionando los mecanismos ordinarios de toma de decisiones y

* Lavoro originariamente pubblicato in Diario La Ley, nº 8153, 20 septiembre 2013, Año XXXIV (LA LEY 5149/2013), pp. 1-6.

** *Catedrático* in *Derecho Penal* e Direttore dell'*Instituto Vasco de Criminología*; Presidente della *Asociación Internacional de Derecho Penal* (AIDP-IAPL) e membro del *Consejo de Dirección* della *Sociedad Internacional de Criminología.*

[1] M.Villoria/F.Jiménez, "La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos", REIS 138, 2012, pp. 110.

Editore Luca Santa Maria | Direttore Responsabile Francesco Viganò (cc) BY-NC-ND 2010-2013 Diritto Penale Contemporaneo

aumentando el riesgo de decisiones públicas incorrectas, encareciendo a la postre el coste de los servicios públicos: quien paga un soborno acaba imputando esa cantidad al marco general de la intervención pública y, de otra parte, las cantidades que se dedican a pagar los sobornos no se pueden destinar a otro tipo de actividades o servicios básicos a los ciudadanos… La peligrosidad de la corrupción se presenta, además, de un modo especialmente agudo cuando se desarrolla de un modo sistemático, y en relación con el crimen organizado, cuyas iniciativas corruptas dirigidas a penetrar y a influir sobre los Estados o sobre su economía son permanentes y llegan a alcanzar a la propia legitimidad, seguridad y estabilidad, de aquí que generalmente se comparta que su adecuada prevención y control resultan elementales de cara al aseguramiento de una gobernanza más justa, eficaz y eficiente y, en general, para el progreso económico, social y político del país.

En realidad, la corrupción no conoce frontera alguna, pasa por encima de las diferencias económicas y viene a afectar a largo plazo a la mayor parte de las formas políticas, provocando unos costes sociales políticos y económicos difíciles de afrontar por casi ningún país; y se desenvuelve con soltura en el plano transnacional y globalizado, caracterizado por las facilidades en la comunicación, la masificación de las relaciones, el altísimo peso específico de los intereses económicos, superior no pocas veces a la capacidad de muchos Estados, y la concentración de los centros de decisión.

Conviene advertir de entrada las dificultades a las que se enfrenta la adecuada medición de la extensión de un fenómeno altamente dependiente de causas estructurales, entre las que destacan mundialmente los importantes déficits políticos y de desarrollo, la falta de transparencia en el sistema político, deficientes condiciones económicas, los procesos de privatización mal concebidos y gestionados, una administración pública mal integrada y remunerada, la debilidad de la administración de justicia... Su propia clandestinidad, acentuada no pocas veces por la sofisticación de los medios empleados, la falta de claridad en torno a quiénes sean las víctimas directas, la escasa concienciación en cuanto al deber de denuncia de los hechos por cuantos participan en la administración pública o en las relaciones económicas, hacen igualmente que la corrupción se inscriba plenamente en ese conjunto de infracciones nada fáciles de detectar y que presentan una alta cifra oscura, lo que lleva a hablar hasta de una impunidad "de facto", pues a lo sumo se ve la punta del iceberg. De hecho, a pesar de su notoriedad en no pocos países, donde los pagos irregulares se exigen hasta para el logro de un simple permiso administrativo (incluso para el carnet de conducir), faltan datos empíricos sólidos, que, a partir del conocimiento de la realidad, permitan corroborar la impresión generalizada sobre su extensión e importancia.

Los informes periódicos de entidades, como *Transparencia internacional*, tratan de cubrir este vacío y ponen en evidencia cómo "en muchos países el soborno, el abuso de poder y los acuerdos secretos siguen estando muy presentes". Así, el índice de percepción de la corrupción (grado de corrupción en el sector público según la percepción de empresarios y analistas de país) de 2012 indica que dos tercios de los 176 países clasificados suspenden debido a su índice de corrupción y quedan colocados en la mitad inferior de la escala. En el mismo índice, España ocupaba el puesto 30, seguida

de cerca por Portugal (puesto 33) y lejos de Italia (núm.72) o Grecia (94)[2]; es de observar el preocupante descenso paulatino de la posición española, que en 2004 ocupaba el puesto 23 con una mejor puntuación. Según informaciones procedentes del Consejo General del Poder Judicial, en la actualidad hay en España 2.173 causas directa o indirectamente relacionadas con la corrupción (302 pueden considerarse macro-procesos), abiertas en 198 juzgados, las cuales tienen principalmente que ver con supuestos de corrupción política en el ámbito local –se dice que más de la mitad de la población española ha conocido un caso de corrupción en su municipio, en un 88% de los casos relacionada con temas de urbanismo o de adjudicación de contratos y obras públicas–, siendo en realidad comparativamente escasa la importancia relativa de la corrupción funcionarial en España[3].

Transparencia Internacional publica también (cada tres años) el Barómetro Global de la Corrupción, que busca reflejar la opinión del público en general. Conclusiones más relevantes del último barómetro son la muy extendida percepción mundial acerca del aumento de los niveles de corrupción del respectivo país, la consideración de los partidos políticos como la institución más corrupta, seguida por el funcionariado, el poder judicial (que mejora), y la policía, así como la poca eficacia de las medidas gubernamentales contra la corrupción, que se acompaña por una escasa confianza en las estructuras formales dirigidas al combate contra la misma.

El Barómetro 2010 expresa asimismo la distancia entre la realidad objetiva de la corrupción y su percepción por parte de la opinión pública. Así, curiosamente, en países con índices percepción bien satisfactorios (como Australia, Canadá, Chile, Hong Kong, Irlanda, Japón, Nueva Zelanda, el Reino Unido y Estados Unidos), para la opinión pública el grado de corrupción es muy elevado, mientras que en otros, como Afganistán, Azerbaiyán, Georgia, Irak, Marruecos y Vietnam –colocados en la parte más baja de la tabla y donde por definición la corrupción es estructural, institucional y absoluta–, probablemente por la misma opacidad de sus regímenes, la percepción social no es de una incidencia tan generalizada como la que afirman los expertos. La paradoja no resulta extraña para los criminólogos, los cuales han subrayado repetidamente el mismo efecto en relación con el miedo al delito y la percepción de inseguridad: estos no sólo no suelen coincidir con los índices objetivos de seguridad y delincuencia, sino que no pocas veces se presentan como completamente divergentes, llegando a crecer la percepción de inseguridad cuando el contexto objetivo de los delitos es claramente decreciente…[4]

Se diría en este sentido que existe una especie de "círculo vicioso de desconfianza que se autoalimenta"[5]: en un sistema informativo abierto la lucha contra la corrupción genera un importante flujo de noticias y determina una mayor presencia de los casos de corrupción en los medios; pero tal vez por la falta de respuestas

---

[2] *Cfr*. Índice de Percepción de la Corrupción 2012 de Transparency International 2012.

[3] M.Villoria/F.Jiménez, *op.cit.*, pp. 109 ss.

[4] C. San Juan/L.Vozmediano/A.Vergara, "Miedo al delito en contextos digitales: un estudio con población urbana", *Eguzkilore*, 23, 2009, pp. 175 ss.

[5] M.Villoria/F.Jiménez, *op.cit.*, p.129.

punitivas inmediatas (en España la media es de más de 7 años desde las primeras diligencias hasta la apertura del juicio oral), esto, en lugar de reforzar la confianza en que se está luchando por reducir el problema, aumenta paradójicamente la preocupación de la opinión pública. Es más, el hecho de que sean precisamente los políticos los llamados a implementar mecanismos eficaces de respuesta a la corrupción (de aquí también el natural rechazo que suscita la falta de motivación e incluso la negativa a explicar los demasiado frecuentes indultos, que contrasta con la práctica de otros países de hasta restringir sus posibilidades de aplicación en estos casos), unido a la focalización que frecuentemente se da en torno a los escándalos, no tanto para su depuración sino más bien como estrategia mediática en el seno de una lucha política centrada en el desprestigio de los demás, acaban realimentando la desafección institucional y el desapego político, componentes culturales que, combinados con el conocido "efecto eco" ("todos son iguales", nadie cumple lo dispuesto en la ley…), contribuyen a cualquier cosa menos a frenar la corrupción.

Lo anterior no disminuye en modo alguno la urgencia de una eficaz prevención y combate. Es más, frente a quienes opinan que, por eso mismo, es mejor contener el flujo de información y, sin perjuicio de exigir la veracidad y la evitación del sensacionalismo, conviene insistir en la importancia de que la opinión pública esté adecuadamente informada en este plano, por ser muy relevantes los efectos que de ello pueden derivarse para la prevención y para la persecución de los hechos de corrupción, donde la información y denuncia de los hechos resulta insustituible.

2. Un concepto en expansión

A la idea de la creciente extensión de la corrupción contribuye también de algún modo, la propia evolución expansiva de este concepto[6].

2.1. ¿Soborno o algo más?

Núcleo central es, históricamente, en el Derecho continental europeo, el soborno, consistente de manera fundamental en el intercambio de una acción u omisión por una ventaja indebida, producido de manera irregular en el marco de una entidad de carácter público.

Ahora bien, el término corrupción hace tiempo que rompió los límites de los abusos de poder o irregularidades cometidos en un proceso de decisión (político o administrativo) a cambio de la obtención de una ventaja indebida, para alcanzar ya toda forma de aprovechamiento de una posición pública (o en general, de poder) para fines ilegítimos normalmente de carácter privado.

---

[6] J.L.de la Cuesta/I.Blanco Cordero, "Corrupción", en J.Boix Reig (Dir.), *Diccionario de Derecho penal económico*, Madrid, 2008, pp. 265 ss.

Recuerda en este sentido QUERALT[7] cómo en la constelación de figuras relacionadas con la corrupción, caracterizada por una casuística y variedad penológica no siempre justificadas, ha de distinguirse entre delitos capitales y delitos colaterales. Los primeros, en el caso de la corrupción en el sector público, se integran por las infracciones más graves del deber de imparcialidad, cohecho, tráfico de influencias y colusión, mientras que deben incluirse entre los colaterales, los hechos de prevaricación administrativa y judicial, malversación de caudales públicos y falsedades. En el ámbito comparado, también se consideran, a su vez, figuras a tener en cuenta en relación con la corrupción otras que se encuentran de algún modo en su periferia, como determinadas formas de apropiación indebida, ciertas infracciones contables, de obstrucción a la justicia etc., que pueden servir de barrera de contención de la corrupción, y, sobre todo, al blanqueo de capitales, orientado (como la confiscación) a la neutralización de las actividades de normalización de los productos del delito.

2.2. De la corrupción pública o administrativa, a la corrupción en el sector privado

Aún más, en realidad se está produciendo una "privatización de la lucha contra la corrupción"[8]. Esta ha superado el estricto ámbito de la administración (pública, de justicia etc) o de la política y abarca ya formas semejantes de abuso de poder aplicadas en las relaciones económicas nacionales e internacionales de carácter privado.

Surgida a partir del modelo USA de la *Foreign Corrupt Practices Act* (1997), la tendencia se ha extendido en el Derecho europeo (algunos de cuyos países castigaban ya desde antiguo el soborno de empleados de empresas privadas), fundamentalmente a partir de la Acción Común de 1998 y, sobre todo, de la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la corrupción en el sector privado. Base de partida es el entendimiento de que la interferencia de las maniobras corruptas en el sector privado es perjudicial, al fomentar la deslealtad en las relaciones económicas tanto hacia fuera (esto es, en relación con el resto de los competidores en el mercado), como hacia adentro: en cuanto al propio patrimonio de la sociedad, poniendo en peligro los intereses de inversores y accionistas.

Las dificultades surgen a la hora de su adecuada articulación. Prescindiendo de otras alternativas, tradicionalmente, la persecución de las prácticas corruptas en el sector privado ha girado en algunos países en torno a la tutela de la lealtad del empleado respecto de su empresario o empleador, de modo que si éste estaba de acuerdo (p.e. con la ventaja personal –comisión o regalo– ofrecida al empleado de otra empresa para conseguir un determinado contrato) no había infracción alguna. Frente a ello, la línea actualmente dominante considera que el bien jurídico a proteger prioritariamente es la libre competencia, afectada negativamente cuando en el marco

[7] "Reflexiones marginales sobre la corrupción", *Revista Crítica Penal y Poder*. 2012, nº 2, pp. 22 s.

[8] A.Nieto Martín, "La privatización de la lucha contra la corrupción", en L.Arroyo Zapatero/A.Nieto Martín (Dirs.), *El Derecho Penal Económico en la era* Compliance, Valencia, 2013, pp. 191 ss.

de las relaciones económicas se introducen elementos que no son los normalmente esperables por quienes toman parte en las mismas. Lo fundamental para la persecución penal ha de ser, en suma, la efectiva peligrosidad de la conducta para la libre competencia; de aquí que la violación de los deberes u obligaciones por parte del empleado, además de alcanzar cierta gravedad, debería apreciarse no desde el prisma de la lealtad o deslealtad con el empresario, sino por referencia a aquella.

En todo caso, también respecto de la corrupción en el sector privado cabe distinguir entre delitos capitales y colaterales, integrando los primeros, junto a la corrupción privada en sentido estricto, la administración fraudulenta, la administración desleal y la alteración de mayorías societarias, figuras que la han precedido en el Código y no se han mostrado nada operativas. Los delitos fiscales, el blanqueo, la asociación ilícita, los delitos de organizaciones y grupos delictivos y las falsedades se califican, en este caso, de infracciones colaterales.

2.3. La corrupción en otros ámbitos específicos

La persecución de la corrupción en el sector privado se postula asimismo respecto de personas pertenecientes a profesiones liberales (abogados) y, en general, entre personas que no se encuentran ligadas por relación laboral alguna. Este es especialmente el caso del deporte, tan atractivo para la delincuencia organizada por el dinero que mueve en sí mismo y a través de las apuestas.

También son de mencionar aquellas profesiones de las que se espera una actuación inspirada en la imparcialidad, como los auditores y las agencias calificadoras (p.e. de la deuda pública estatal o de productos financieros); todo ello sin perjuicio de que la falsedad en las informaciones hechas públicas pueda igualmente dar lugar a persecución por delitos de abuso del mercado.

2.4. Hacia una figura común de corrupción

Los desarrollos anteriores resultan de especial interés, como acertadamente subraya Adán NIETO[9], a la vista del proceso creciente y generalizado de privatización de los servicios públicos, al permitir continuar sancionando aquellos comportamientos (p.e. de soborno) hasta entonces punibles por la vía del cohecho tradicional.

Ahora bien, dependiendo de que el sujeto activo pueda ser o no tenido por funcionario público a efectos penales, será diferente la vía de persecución penal, algo que en algunos países comienza a ser evitado a través de la unificación de los delitos de corrupción de funcionarios públicos y de particulares, siguiendo el ejemplo de los países nórdicos recientemente asumido por la *Bribery Act* británica (2010).

---

[9] *Ibidem*, pp.200 s.

3. Corrupción y Derecho Penal

El desarrollo expansivo de la noción y de la fenomenología de la corrupción ha encontrado vivo reflejo en la normativa internacional y en el Derecho penal interno, objeto de repetidas reformas en esta materia en los últimos años.

3.1. Iniciativas internacionales

Cronológicamente, el inicio de los esfuerzos internacionales en relación con la corrupción se enmarca fundamentalmente en la última etapa del siglo XX[10]. Es entonces cuando desde organizaciones supranacionales se comienza a trabajar, primero, en el estudio del fenómeno de la corrupción y, luego, en la promoción y aplicación de medidas efectivas para su prevención y sanción.

Hitos relevantes son el *Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales* (1997) y, sobre todo, la *Convención de Palermo contra el crimen organizado internacional* (2000) y el *Programa* y la *Convención contra la corrupción* (2003) en el marco de las Naciones Unidas. En el ámbito europeo, junto a las resoluciones, recomendaciones y convenios del Consejo de Europa –en particular, el Convenio núm. 173, de 1999: *Convenio Penal contra la Corrupción* (completado por el *Protocolo* adicional de 2003)[11]– y los trabajos del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), destacan los textos aprobados por la Unión europea:

- el *Convenio Europeo de protección de los intereses financieros de las comunidades* (1995) y sus diversos *protocolos*, especialmente, el Protocolo adicional de 1996 sobre definición de la corrupción activa y pasiva contra los intereses financieros de las Comunidades Europeas y el llamado Segundo Protocolo;

- el *Convenio* de 1997 *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*; y, por último, aunque no en importancia,

- la *Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*, que fuera precedida por una *Acción común específica* (98/742/JAI).

Enfocados hacia el asentamiento de bases comunes para asegurar la cooperación penal internacional en la persecución de una práctica demasiado extendida (incluso en lo referente a la posibilidad de calificación como gasto fiscalmente deducible del precio de los sobornos), la ratificación de los textos

---

[10] J.L.de la Cuesta, "Iniciativas internacionales contra la corrupción", *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 17, 2003, pp. 5 ss; M.E.Torres Fernández, "Marco normativo internacional contra la corrupción", en L.Morillas Cueva (Dir.), *Urbanismo y corrupción política (Una visión penal, civil y administrativa)*, Madrid, 2012, pp.163 ss.

[11] También es de mencionar el *Convenio Civil* (núm. 174), centrado principalmente en asegurar la reparación y la defensa de las víctimas y perjudicados.

internacionales llevó a la inclusión en los códigos penales de referencias explícitas a los funcionarios públicos extranjeros, hasta entonces al margen de los tipos penales en muchos países dada la naturaleza del cohecho de delito contra la Administración. También atrajo el interés de los textos internacionales, particularmente a nivel de Naciones Unidas, la intensa ligazón entre las prácticas corruptas y las organizaciones criminales, así como la necesidad de su tratamiento unitario con otras figuras delictivas conexas, la corrupción en el sector privado o la posible responsabilidad de las personas jurídicas.

En el plano europeo, la asimilación en el tratamiento punitivo de los actos de corrupción con implicación de funcionarios europeos y los supuestos que involucran a funcionarios del propio Estado, así como la exigencia de responsabilidad de los altos cargos de la empresa (y/o de las personas jurídicas), centran el interés de los primeros instrumentos, que se ven inmediatamente seguidos por la asunción de la necesidad de trasplantar los mecanismos de transparencia y de lealtad exigibles en las relaciones con la administración pública al ámbito económico y de las transacciones económicas privadas, exigiendo por tanto a los Estados europeos la incriminación de la corrupción activa y pasiva en el sector privado (presente ya en el Convenio del Consejo de Europa). Estas deben ser castigadas con privativas de libertad con una "duración máxima de al menos de uno a tres años", así como, en su caso, con inhabilitaciones profesionales. Es más, según el Informe de la Comisión de 2011, desde 2010 los Estados tienen el deber de incluir entre los comportamientos delictivos el ofrecimiento de sobornos a directivos o empleados con el fin de que incumplan sus obligaciones, sin hacer depender la imputación típica de la afectación o peligro para la competencia, línea amplia ya propugnada por los Convenios de Naciones Unidas y del Consejo de Europa, que extiende excesivamente la intervención penal en contrariedad con los principios de necesidad y de *ultima ratio.*

Conforme a lo dispuesto por el artículo 83.1 del Tratado de Lisboa, la lucha contra la corrupción es, asimismo, uno de los ámbitos susceptibles de armonización penal[12], a través de las correspondientes directivas.

3.2. Derecho español: últimas reformas

Paralelamente a la evolución internacional e impulsada, especialmente en los últimos tiempos, por el rotundo rechazo naturalmente generado por los casos de corrupción política, son muchas las reformas penales que han incidido en la materia, configurando progresivamente un mapa punitivo integrado por múltiples figuras delictivas, no todas ellas calificadas explícitamente como corrupción, un término que el

[12] Junto al terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. J.L.de la Cuesta, "Armonización penal en la Unión Europea", en C.Arangüena Fanego/A.J.Sanz Morán (coords.), *La Reforma de la Justicia Penal. Aspectos materiales y procesales,* Valladolid, 2008, pp.135 ss.

Código penal sólo emplea en el caso de la corrupción en las transacciones comerciales internacionales y de la corrupción entre particulares.

El delito de corrupción "por excelencia"[13] sigue siendo el cohecho, comprensivo de un conjunto de tipos penales centrados en comportamientos funcionariales y/o referidos a funcionarios, que han sido objeto de una profunda reorganización y simplificación por parte de la reforma de 2010. Esta, además de ampliar significativamente el ámbito de los sujetos activos –incorporando a interventores designados judicialmente, jurados o árbitros[14], así como a los funcionarios de la UE y demás Estados miembros y otras personas que ejerzan funciones públicas sin ser funcionarios–, ha aumentado igualmente las distancias entre el cohecho activo y el pasivo, despejando las dudas de punibilidad en torno al cohecho activo impropio, lo que –sin perjuicio de las incoherencias y otras posibles críticas de carácter más técnico– ha de valorarse de manera positiva.

La reforma de 2010 también ha procedido a la inclusión en el Código Penal del delito de corrupción entre particulares (art.286 bis) en la línea exigida por la normativa europea; se echa en todo caso en falta la cobertura explícita de la corrupción transnacional en el sector privado.

Al hilo de esta última reforma se recoge igualmente en Derecho penal español la tipificación explícita de la corrupción en el deporte (art. 286 bis 4).

Además se han incrementado las penas, que en la amplia mayoría de supuestos comprenden prisión o bien inhabilitación por tiempo superior a cinco años, por lo que la prescripción de esos delitos sólo tendrá lugar pasados los diez, pudiendo alcanzar los quince años cuando la pena de inhabilitación, como en el cohecho propio, supere los diez años de duración (art.131.1). El problema de su ineficacia deriva, sin embargo, de la carencia de una apropiada ley de ejecución penal que permita asegurar el efectivo cumplimiento de las penas privativas o restrictivas de derechos frecuentemente utilizadas como reacción punitiva para estos hechos delictivos. Falta asimismo más imaginación y contar con respuestas sancionadoras menos convencionales (como la publicación de la sentencia o la obligación de implantar programas de cumplimiento) que han demostrado su eficacia en otros sistemas jurídicos.

En todo caso, y dejando a un lado la reforma del delito de blanqueo perfectamente aplicable ya a todos los casos de corrupción, la inclusión en el art. 127 del comiso ampliado de ganancias procedentes de actividades delictivas (cometidas en el marco de un grupo u organización criminal) permitirá incidir de mejor manera en la privación de las ganancias de la corrupción, a lo que también contribuirá la Oficina de Recuperación de Activos.

Muy relevante en cuanto al castigo de la corrupción puede ser igualmente la nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas, vigente en España desde diciembre de 2010. Aun cuando la aplicación del sistema de responsabilidad penal

---

[13] I.Blanco Cordero, "La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2012: nuevos delitos y aumento de penas", *La Ley*, 15058/2010, pp. 23 ss.

[14] Dudosa es, con todo, la inclusión de los "*árbitros privados* que desempeñan su actividad en el contexto del arbitraje comercial" y "de los *jurados y árbitros extranjeros*", *ibidem*, p.25.

definido por el artículo 31 bis se refiera de modo exclusivo a "los supuestos previstos en este Código" y la reforma haya limitado en exceso el catálogo de delitos imputables jurídicamente a la persona jurídica[15], entre los delitos susceptibles de generar esta responsabilidad se encuentran el cohecho (art. 427.2), el tráfico de influencias (art. 430), la corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445.2) y la nueva figura de corrupción entre particulares (art. 288.1 en relación con arts. 270 a 286 bis). A su vez, la reforma de 2012 ha puesto fin a la inclusión de los partidos políticos y sindicatos en la lista de entidades excluidas de la responsabilidad penal[16], por lo que podrán ser ya declaradas declarados penalmente responsables por los hechos previstos en el Código penal en las condiciones legalmente exigidas.

La misma reforma en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social ha introducido un nuevo artículo 433 bis, dirigido a dotar de la máxima transparencia al sector público y a reforzar la garantía de veracidad de la información que refleja la situación económica de las administraciones y entidades públicas, sancionando el falseamiento (por autoridades o funcionarios públicos) de la contabilidad, documentos o información de relevancia económica, así como la facilitación a terceros de esa "información mendaz" si resulta idónea para causar un perjuicio económico a la Administración o entidad pública.

4. La corrupción ante la Justicia

La previsión y más completa y esmerada tipificación de las diversas figuras delictivas relativas a la corrupción constituye un presupuesto fundamental en la lucha efectiva contra este fenómeno delictivo. De poco sirve, con todo, si no se supera el grave déficit de aplicación, destacado por los informes del GRECO también para España[17], y que –junto a las resistencias de todo tipo procedentes de múltiples ámbitos de poder– tiene asimismo que ver con las dificultades probatorias inherentes a unos hechos caracterizados por el secretismo y la ocultación. Aunque se desconoce realmente su eficacia, la previsión de excusas absolutorias, como la del art. 426 CP –que exime de responsabilidad criminal al particular que, habiendo cometido cohecho, decide denunciarlo en un plazo no superior a dos meses (hasta 2010 el plazo era de diez días)– busca, este sentido, favorecer las denuncias, que en la práctica suelen ser escasas.

---

[15] J.L.de la Cuesta, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español", *ReAIDP-eRIAPL*, 2012, A-01.

[16] En la actualidad, las entidades de Derecho público y asimiladas (en particular, el Estado, las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, los Organismos Reguladores, y las organizaciones internacionales de derecho público) y las entidades estatales mercantiles que o bien ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas, o bien ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general (artículo 31 bis 5).

[17] Así, GRECO, *Second Evaluation Round, Addendum to the Compliance Report on Spain*, Strasburg, 2009 (http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoRC2(2007)10_Add_Spain_EN.pdf)

Por todo lo anterior y por la propia complejidad de los mecanismos (económicos y jurídicos) empleados, los hechos de corrupción no resultan fácilmente perseguibles por los órganos policiales y judiciales tradicionales, más acostumbrados a la delincuencia de la calle –la de los pobres y colectivos sociales desfavorecidos– que a los comportamientos sofisticados de quienes ejercen el poder económico y político o se mueven en sus aledaños. De aquí que, progresivamente, se hayan desarrollado en los diversos países instancias específicas de persecución –como las fiscalías anticorrupción españolas, y otro tipo de grupos o brigadas policiales especializada–, integradas por equipos estables más competentes y formados desde un punto de vista técnico para conseguir penetrar mejor en unas redes muy frecuentemente ligadas con el propio crimen organizado, ámbito en el que se encuentran ampliamente extendidas medidas específicas en relación con el comiso y la confiscación, el secreto bancario y para la protección de testigos, peritos y víctimas, así como el empleo de técnicas excepcionales de investigación como la provocación policial, los agentes encubiertos, inversiones de la carga de la prueba..., no todas aplicables, por fortuna, en el Derecho español.

Las dificultades presentan perfiles específicos cuando la persecución ha de realizarse en el plano internacional: a los obstáculos prácticos y operativos –que se ven agravados en sistemas como el judicial español, en el que no existe propiamente un censo oficial de casos ni de sentencias de corrupción y donde el déficit de medios materiales y personales es ampliamente conocido[18]– se añaden los problemas jurídicos, derivados de la disparidad en la definición de las conductas delictivas… Los textos internacionales subrayan por ello la urgencia del trabajo por la armonización de las legislaciones estatales, la intensificación y mejora de los procedimientos de extradición, entrega, auxilio judicial mutuo, transferencia de procesos y de personas, así como en el fomento de investigaciones conjuntas...

Punto de especial relevancia es el de los límites territoriales de aplicación del derecho penal. Siendo como es producto de la soberanía estatal, el principio de territorialidad se erige en criterio elemental a la hora de la aplicación espacial de sus previsiones normativas, muy en particular respecto de aquellas infracciones penales que involucran a funcionarios públicos. Frente a ello, proliferan en el derecho internacional y comparado las cláusulas de extensión de la competencia jurisdiccional, que permiten la persecución y sanción de todo hecho de corrupción (incluso si afecta a funcionarios extranjeros o internacionales): tanto cometido en el propio territorio (bastando simplemente que alguna parte del hecho haya tenido lugar en el mismo) como, sea cual sea el lugar de comisión, realizado por sus nacionales o, simplemente, si redunda en beneficio de una persona o entidad domiciliada en el territorio del propio Estado.

[18] Según el Servicio de inspección del Consejo General del Poder Judicial serían necesarios 64 nuevos jueces, 18 nuevos secretarios judiciales y 150 funcionarios adicionales, así como la constitución de una unidad permanente de peritos en la Audiencia Nacional. EFE, 25 de abril de 2013.

5. Por un enfoque integral

5.1. Los tres niveles de interpretación criminológica: delito / delincuente / delincuencia

Hace tiempo, en todo caso, que la Criminología destaca la insuficiencia del enfoque penal tradicional (centrado exclusivamente en el hecho concreto y en quien lo realiza) y reclama para la lucha contra los fenómenos delictivos importantes una verdadera política criminal, que añada a los anteriores –el delito y el delincuente– otros perfiles y consideraciones y, muy en particular, un tercer nivel de interpretación e intervención: el de la delincuencia[19], que se fija en el fenómeno delictivo en cuanto tal, como algo más que la mera suma de los hechos particulares e individuos. Lo anterior es plenamente aplicable a la corrupción: por su complejidad y por sus características propias (¿hasta sistémicas?) tampoco respecto de esta "enfermedad mortal de las democracias"[20] remitir los esfuerzos a la simple tipificación de hechos punibles y su persecución, por más eficaz que ésta sea, parece una postura razonable.

5.2. Una verdadera política criminal – y no sólo penal – contra la corrupción

Ciertamente, una adecuada política penal, centrada en la apropiada tipificación de los hechos delictivos y el aseguramiento de su más efectiva (y no aleatoria) persecución y proporcionada sanción es de todo punto imprescindible.

Pero la contención del fenómeno de la corrupción, en cuanto tal fenómeno, requiere mucho más. Precisa de una adecuada política criminal que, partiendo de la más completa investigación de sus dinámicas y causas estructurales, integre de manera interdisciplinar los esfuerzos anteriores en el marco de un completo programa de lucha contra la corrupción y sus conocidos factores de riesgo. En el seno de estos programas, propugnados internacionalmente (v.gr. las Naciones Unidas), aspectos como el fomento de esa indispensable cultura social de tolerancia cero contra la corrupción y el fraude, tanto en el ámbito de lo público como en lo privado, deben combinarse con otros tipos de intervenciones dirigidas a asegurar la calidad del gobierno, la transparencia, la restricción y el control de los márgenes de discrecionalidad (tantas veces excesivos al permitir, p.e. en la contratación, la postergación de las mejores ofertas por nada transparentes criterios de oportunidad política o de conveniencia) y, en general, la conducta ética en los servicios públicos y corporativos, la formación, la limpieza y la transparencia de la vida política y administrativa (desde la selección de funcionarios a todo tipo de contratación), así como con el refuerzo de los indispensables mecanismos de pesos y contrapesos dirigidos a evitar la contaminación de intereses y asegurar cierta coparticipación política y funcionarial o entre diversos

---

[19] J.Pinatel, *Criminología*, 2ª ed., Caracas, 1974

[20] D.Szabo, "La corruption: aspects socio-culturels et études comparées des stratégies de prévention et repression", *Annales Internationales de Criminologie*, 39, 1-2, p.43.

niveles administrativos en los órganos de decisión. También ha de garantizarse el seguimiento, denuncia y evaluación eficaces, en su caso, por órganos técnicos (hasta internacionales) independientes, esto es, no sometidos al control político de las administraciones a las que sirven o de las que dependen.

Como en tantos otros ámbitos de la vida, tampoco respecto de la corrupción puede el Derecho penal ser el único parámetro no ya de lo social o políticamente admisible, sino incluso de la pura respuesta a la ilegalidad. Como instrumento de último recurso, al Derecho penal no le corresponde responder a cualquier infracción de la legalidad, sino sólo ocuparse de los comportamientos más gravemente atentatorios de los bienes jurídicos más trascendentales; es más, por su propia naturaleza y conforme al principio de subsidiaridad no debería aplicarse allá donde otros instrumentos jurídicos (como el Derecho administrativo o corporativo) pueden con sus normas y sanciones específicas garantizar suficientemente el respeto y protección de aquellos bienes.

Además, para el aseguramiento de la protección de los bienes jurídicos, al lado de las sanciones penales y, en su caso, administrativas (o de otro orden), son imprescindibles otras vías de intervención, particularmente en el plano de la contención y de corte preventivo.

5.3. Importancia creciente de la autorregulación

Esto es algo perfectamente conocido en el ámbito de las organizaciones donde proliferan los mecanismos de autorregulación.

La autorregulación (en su caso, regulada por el Estado en sus elementos más básicos), con sus procedimientos internos de prevención, de denuncia, de investigación y de control y otros elementos complementarios (como la *due diligence*) ocupa un espacio cada vez más extendido en las estrategias anticorrupción, como plasmación del compromiso de entidades y empresas en la prevención, detección y hasta denuncia de los comportamientos delictivos; y puede igualmente dar lugar a sanción, como en la *Bribery Act*, si no se cumple adecuadamente. La actualidad del debate sobre la autorregulación alcanza hasta al marco penal donde se discute acerca de la incidencia que el contar con programas de autorregulación (o *compliance*) puede alcanzar frente a la potencial exigencia de responsabilidad (hasta penal) a una persona jurídica por hechos cometidos por sus directivos, representantes o empleados en su provecho.

La administración pública no debería quedar al margen de lo anterior. Sería por ello muy recomendable que la legislación en materia de transparencia acompañara la formulación de postulados éticos y principios de actuación, de espacios de autorregulación por parte de las propias instituciones y/o servicios, abiertos a la implementación de estrategias e instrumentos específicos de responsabilización, así como para la prevención, denuncia y control efectivos de los comportamientos que los contradigan, aun cuando por su menor entidad no constituyan ilícitos penales, sino irregularidades de alcance hasta menor, que no por ello deben dejar de ser objeto de corrección.

5.4. Responsabilidad penal-responsabilidad política

La necesidad es hasta imperiosa en el plano político: hay que distinguir claramente entre responsabilidad penal y responsabilidad política. Ambas se rigen por principios y presupuestos diferentes, y ni tienen ni pueden tener las mismas consecuencias, sin que sea admisible la frecuente reconducción reductivista de la responsabilidad política al mero test electoral, gobernado por otros parámetros y variables.

En este sentido y sin perjuicio de que nadie deba ser considerado penalmente culpable hasta tanto no lo declare la Justicia, no parece aceptable que personas judicialmente imputadas con las debidas garantías, sobre las que penden por tanto acusaciones muy verosímiles de corrupción, continúen en el desempeño de sus altas posiciones (en el gobierno, en el parlamento, en la administración, en el propio partido político..) hasta que recaiga sentencia firme, máxime cuando la falta de condena penal no necesariamente tiene que ser sinónimo de honorabilidad e incluso puede derivar de la concurrencia de elementos o circunstancias muy relevantes en la esfera de lo punible, pero no desde el prisma de la consideración y rechazo social o político que han de merecer los hechos.