

Doctrina



“Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea”*

Miguel Ángel Iglesias Río *Profesor Titular de Derecho Penal.*

Teresa Medina Arnáiz *Profesora Ayudante de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho. Universidad de Burgos. España.*

SUMARIO: I. Planteamiento. II. Delimitación conceptual. III. Causas de la corrupción. IV. Efectos de la corrupción. V. La corrupción y las estrategias de lucha emprendidas en el ámbito de la Unión Europea. A. Estrategias anticorrupción de índole administrativo. B. Medidas educativas, culturales y pedagógicas. C. Medidas de orden procesal-penal: aproximación de las legislaciones de los distintos Estados e intensificación de la cooperación judicial y policial. Recapitulación.

I. Planteamiento

El fenómeno de la corrupción ha existido en todos los tiempos y es sobradamente conocido en todas las civilizaciones desde la antigüedad clásica y, aunque su significación ha variado sensiblemente dependiendo de culturas y de épocas¹, las fuentes históricas han puesto de relieve, desde siempre, su pernicioso influencia tanto en el correcto funcionamiento de las instituciones públicas, como en la alteración de los mercados del sector privado².

La enorme preocupación que actualmente despierta la corrupción —hasta el punto de convertirse en un tema de moda— se debe a su carácter sistemático y generalizado que va más allá de aquellos casos aislados o coyunturales que serían susceptibles de encajar fácilmente en algunas de las categorías tradicionales tipificadas de la Parte Especial de cualquier Código penal: delito de cohecho, prevaricación, malversación, tráfico de influencias, revelación de secretos, manejo de información privilegiada, blanqueo de capitales, fraude de subvenciones o delitos urbanísticos; pues, aun-

*El título de este trabajo coincide con la Conferencia pronunciada el día 24 de junio de 2002 en Bogotá, por M.A Iglesias Río, dentro del *Projekt Rechtsstaat und Demokratie in Lateinamerika. Konrad Adenauer Stiftung*. Deseo agradecer la invitación y el excelente trato recibido por su Director Jan Woischnik y su coordinador Manfred Steffen. Esta versión final escrita ha sido ampliada con la aportación de la Profa. Teresa Medina Arnáiz.

Este trabajo se enmarca en la ayuda concedida por la *Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Castilla y León*, dentro del *Programa de Apoyo a Proyectos de Investigación* (Orden de 30-1-01), bajo el título general “*La protección penal de bienes jurídicos de titularidad colectiva*”, que dirige la Profa. Dra. Dña. Susana Huerta Tocildo, Catedrática de Derecho Penal en la Universidad de Burgos.

1. H.J. KERNER lo califica como “el segundo oficio más viejo del mundo” y “tan antiguo como la existencia de la vida en comunidad”, cfr. “*Ist Korruption ein Strafrechtsproblem? Zur Tauglichkeit strafgesetzlicher Vorschriften gegen die Korruption*”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 1996, pág. 355 y ss., especialmente en pág. 395.

M. RAJOY BREY “El combate a la corrupción: Una perspectiva europea” dentro del Foro Iberoamericano sobre el combate a la corrupción, celebrado en Santa Cruz de la Sierra (Bolivia) en junio de 1998, cita una frase de Séneca “la corrupción es un vicio de los hombres, no de los tiempos”.

Otros ejemplos los encontramos, en F.J. LAPORTA “La corrupción política: introducción general”, en la obra colectiva *La corrupción política*, F.J. Laporta y J. Álvarez (editores), Madrid 1997, pág. 19, cuando siguiendo a NOONAN o PERELLI citan casos de corrupción del año 3000 a.C.

2. La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el pasado 31 de octubre la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. En su Preámbulo se alude a los efectos destructores que la corrupción entraña, y así se manifiestan “*preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley.*” www.unocd.org/unocd/en/crime_convention_corruption.html

Revista Penal

Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea

que a lo largo de este amplio elenco de figuras, se vislumbran criterios indicativos de las notas características que rodean a la corrupción, su repercusión e importancia es, sin embargo, más amplia que la de los mencionados delitos, siendo objeto de estudio, no sólo desde una perspectiva del Derecho penal, sino también desde un punto de vista socioeconómico³.

Precisamente, lo que quiere resaltar esta ponencia son los peligros que representan las prácticas corruptas como modelo de actuación estando, así, estructuradas e implantadas a lo largo de todo el mundo, en conexión con redes de criminalidad organizada. Tal consolidación de la corrupción evidencia, por desgracia, una manifestación sintomática de una enfermedad más profunda que puede llegar incluso a desestabilizar gravemente la salud ético-jurídica del sistema democrático, socavando los principios de solidaridad, igualdad, legalidad o de confianza pública en la justicia⁴. Recuérdense si no, a título de ejemplo, las convulsiones vividas en la última década en Italia, con el procesamiento de Bettino Craxi, Julio Andreotti en el denominado proceso *Tangentopoli*, impulsado por los Magistrados milaneses —*Mani pulite*—; el proceso en Francia fruto del escándalo Elf-Aquitaine que implicaba a los Mitterrand, padre e hijo, así como a otros Ministros de su Gobierno; la financiación ilegal de la CDU con Helmut Kohl a la cabeza en Alemania; los casos Roldán, Ollero, Urralburu, Gescartera, los Fondos de pensiones del BBVA o el oscuro entramado en el reparto de

Fondos europeos para desarrollar Programas Leader en España; el desastre económico producido por la quiebra de Enron en Estados Unidos; el binomio plenamente probado Fujimori-Montesinos, o la situación actual que padece Rusia, con un poder mafioso político y económico generalizado y entremezclado con las estructuras estatales oficiales⁵.

II. Delimitación conceptual

Cuando nos enfrentamos, pues, al tratamiento jurídico de la incidencia global de la corrupción y, en consecuencia, a la búsqueda de terapias neutralizadoras a este antisocial fenómeno, se hace preciso inicialmente, y desde un punto de vista metodológico, delimitar conceptualmente el alcance de lo que, originariamente y sin demasiada precisión, se denominó etimológicamente *corruptere* o, al menos, perfilar una imagen aproximativa provisional, para así, seguidamente, proceder a explicar la etiología de su aparición, efectos o costes y finalmente proyectar nuestras reflexiones y propuestas.

Por de pronto, conviene racionalizar el concepto de “corrupción” y, dado que no tiene un carácter técnico jurídico, desvincularlo de su potente carga emocional negativa; pronunciar esta palabra equivale a decadencia, desintegración o envilecimiento o crimen, y ello no siempre es así⁶. Tampoco es correcto asociar la idea de corrupción a la de sona-

“Los Estados miembros conceden una importancia especial a la lucha contra la corrupción tanto en el sector público como en el privado, por estimar que en ambos sectores constituye una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido”. Considerando noveno de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (DOUE L, n.º 192, de 31 de julio de 2003).

3. M. ÜBERHOFEN ofrece una panorámica de algunas de estas infracciones en *La corrupción en el Derecho comparado*, ed. Konrad-Adenauer-Stiftung, Buenos Aires 1997, *passim*; un interesante tratamiento, también en *Organisierte Kriminalität. Lagebilder und Erscheinungsformen. Bekämpfung und rechtliche Bewältigung*, Hrgs. C. MAYERHOFER y J.M. JEHLE, Heidelberg 1996, especialmente el trabajo allí incluido de W. VAHLENKAMP “Korruption im Rahmen wirtschaftlicher Betätigung und korruptive Einflussnahmen der Organisierte Kriminalität”, págs. 133-145. Finalmente, el monográfico *Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht. Ein rechtsvergleichendes Gutachten zu den Bestechungsdelikten im Auftrag des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz*, Hrgs. A. Eser, M. Überhofen, B. Huber, Freiburg im Breisgau 1993.

4. A. CORTINA ORTOS “La regeneración moral de la sociedad y de la vida política”, en la obra colectiva *Corrupción y ética*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, pág. 33, “otra consecuencia negativa [de la corrupción] es que acabamos pensando que todo el mundo tiene un precio, en la vida política o en cualquier otra (...) y al final nos dejamos llevar por una hermenéutica de la desconfianza (...)”. También J.M. MALEM SEÑA “El fenómeno de la corrupción”, *La corrupción política*, *op. cit.*, 1996, pág. 71; E.A. FABIÁN CAPARRÓS califica la corrupción como una “auténtica contracultura que se filtra en el tejido social”, cfr. “La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio”, *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, E.A. Fabián Caparrós (coord.), Salamanca 2000, pág. 18.

5. Sobre este último país, *vid.* la dramática información que proporciona el trabajo de A. STÜMPER “Kriminelle Gefahren aus dem Osten. Das Phänomenon der sogenannten Russen-Mafia”, *Kriminalistik 1998-3*, págs. 191 y ss. Con carácter general, *vid.* M.A. IGLESIAS RÍO “Panorámica comparativa sobre algunos problemas que presenta el fenómeno asociativo criminal en la actualidad”, *Las entidades sin fin de lucro: estudios y problemas*, Burgos, 1999, pág. 110.

6. J.M. LAPORTA “La corrupción política: introducción general”, *La corrupción política...*, *op. cit.*, 1997, pág. 21; también J. MALEM SEÑA “El fenómeno de la corrupción”, en la misma obra, pág. 93.

D o c t r i n a

dos escándalos públicos o políticos aunque éste sea un rasgo vivamente alimentado desde los medios de comunicación; de ahí que, en lo que aquí nos interesa, debemos reducir la preocupación de la corrupción a prácticas generalizadas cualitativa o cuantitativamente graves, referidas a la vida pública institucional o privada empresarial⁷.

La amplia y compleja diversidad tipológica que puede revestir el fenómeno de la corrupción, no predeterminada de antemano, presenta una inmanente equivoicidad, susceptible de un enfoque desde perspectivas diversas: vulgar, sociológica o moral pero también técnica, política, económica y finalmente jurídico-penal; lo cual, sumado al claro componente ideológico subyacente, contribuye a añadir notables dosis de relativismo y parcialidad que dificultan sensiblemente perfilar su alcance conceptual⁸.

Incluso, por paradójico que puedan resultar para las distintas ópticas de análisis, se ha llegado a sostener que, desde un punto de vista económico, la corrupción contribuye beneficiosamente a incrementar los niveles de eficiencia (soborno a un funcionario para superar obstáculos de carácter simplemente burocrático, facilitar o aligerar el trámite administrativo para el establecimiento de una empresa, sortear algún requisito formal, ofre-

cer dinero para que un funcionario ejecute —conforme a la ley— una orden judicial de embargo), o también a dinamizar el desarrollo de la vida económica y social, dado que los individuos corruptos disponen de más renta y necesitan hacer inversiones de blanqueo productivas en el mundo empresarial legal⁹; de hecho, se distingue tipológicamente entre una corrupción *negra* (que incluye las violaciones más graves, condenadas por todos sin paliativos), la corrupción *gris* (cuya reprochabilidad no resulta tan evidente) y la corrupción *blanca* (tolerada en general por la opinión pública)¹⁰.

En todo caso, la dificultad de perfilar un concepto unitario de corrupción que, junto a su utilidad práctica e interpretativa, pueda ser asumido por un amplio consenso doctrinal, se intenta suplir a través de la ya consolidada costumbre de enumerar un catálogo de indicadores de la misma y que se sitúan muy próximos al que rodea la noción de “criminalidad organizada”¹¹.

Pese a lo afirmado, existe un denominador común en las distintas aproximaciones al concepto de corrupción y así, sintetizado de forma abierta y sin pretensión agotadora, ésta supone la utilización de potestades para obtener beneficios injustificados¹². También, por razón de la connivencia

7. Un barómetro para medir los índices de percepción de la corrupción en el conjunto de un centenar de países realiza periódicamente la organización *Transparencia Internacional*, tomando básicamente como referencia la percepción del testimonio de empresarios, analistas de riesgo y público en general para analizar el grado de necesidad y aceptación de sobornos a funcionarios públicos para poder llevar a cabo operaciones comerciales o negocios internacionales en un determinado Estado. En el Informe del año 2000 España se sitúa en el número 20.

8. La dificultad por acercarnos a un concepto unívoco de corrupción es manifestada por la mayor parte de los autores que tratan este tema. P. GARCÍA MEXÍA reconoce que “prácticamente cabe afirmar que existen tantas nociones de ‘corrupción’ como autores deciden aventurarse a estudiarla. Como también ha de reiterarse que ninguna de las definiciones expuestas pueda darse por válida con exclusión de las demás. Si existe algún concepto esquivo a la sistematización científica, éste es el de ‘corrupción’”, cfr. *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Pamplona, Aranzadi, 2001, pág. 62; igualmente, E. GARZÓN VALDÉS “Acerca del concepto corrupción”, en la obra *La corrupción política*, op. cit., págs. 39-69; J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La dimensión ética*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 357; A. NIETO GARCÍA, *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997, págs. 76 y ss.; A. SABÁN GODOY, *El marco jurídico de la corrupción*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 13; J. MALEM SEÑA, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2002, pág. 35. En el panorama extranjero, vid. por todos, M. ÜBERHOFEN *Korruption und Bestechungdelikte im staatlichen Bereich. Ein Rechtsvergleich und Reformüberlegungen zum deutschen Recht*, Freiburg im Breisgau 1999, esp. sobre estas cuestiones conceptuales, págs. 29-51.

9. M.^ºV. MURIEL PATINO, “Economía, corrupción y desarrollo”, en la obra *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca 2002, pág. 29; S. ÁLVAREZ “Reflexiones sobre la calificación moral del soborno”, *La corrupción política*, op. cit., 1997, pág. 91, con referencia a Tomas Carson: el soborno no transforma al sistema en menos eficaz que si no hubiera mediado (pág. 97).

10. A.J. HEIDENHEIMER, *Political Corruption: Readings in comparative Analysis*, New Brunswick 1978, pág. 17.

11. J. MALEM SEÑA, *La corrupción. Aspectos éticos (...)*, op. cit., págs. 23 y ss., define el concepto de corrupción en primer lugar de forma negativa, es decir, señalando aquello que no forma parte del concepto de corrupción, para después perfilar las características propias de los actos de corrupción y, de este modo, termina definiendo los actos de corrupción como “aquellos que constituyen la violación, activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en un marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera que sea su naturaleza”. El acierto de esta definición es que puede aplicarse tanto al sector público como al privado, pues la mayor parte de los conceptos que de corrupción se manejan aluden únicamente al sector público.

12. La Comunicación sobre la política de la Unión en materia de lucha contra la corrupción (COM (97), 192 final, de 21 de mayo de 1997) relaciona la corrupción con “los actos de abuso de poder o incorrección en el proceso de toma de decisiones cometidos por motivos indebidos”. Asimismo, el art. 2 de la Convención Civil sobre la corrupción, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1999, nos ofrece una definición de corrupción, ahora bien, limitada únicamente a efectos de dicha Conven-

Revista Penal

Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea

que existe entre corrupción y delincuencia organizada¹³, asociamos la corrupción a la existencia de un escenario altamente clandestino que trata de no dejar huellas visibles, en el que media una cuidadosa planificación estratégica y una refinada ejecución. Asimismo, normalmente estaremos ante un nutrido grupo de personas que forman una estructura permanente y suficientemente consolidada, hasta el punto de que los distintos miembros de la empresa criminal son intercambiables, fungibles, de modo que, detenido el jefe del clan, no desaparece por ello el entramado criminal; los codelincentes solicitan, ofrecen o reciben cualesquiera tipo de favores que les reportan sugestivas ganancias en beneficio propio o ajeno (dinero —genuino objeto de corrupción—, obtención de subvenciones, ascensos políticos o funcionariales, cargos públicos, contratos públicos, etc.), que se traducen en la adopción de una decisión antijurídica o en el desprecio de comportamientos ético-jurídicos, provocando, de esta manera, una distorsión en el correcto desempeño de las funciones públicas —sean éstas gubernativas, legislativas o judiciales— o, en su caso, causando una alteración indeseable en las normas que presiden la libre y transparente competencia en los mercados del sector privado.

De todas estas notas, la principal consecuencia que ya hemos puesto de relieve en un momento anterior, es que todo el amplio espectro de posibilidades criminales comisivas tienen, como nota immanente, el interés prioritariamente económico que confluye en las decisiones contaminadas por la corrupción; es decir, un actuar ilegal presidido por criterios empresariales de profesionalización en cuanto persiguen máxima rentabilidad y minimización de riesgos, a costa de una utilización abusiva de las estructuras institucionales o econó-

micas regulares y de una infiltración en los circuitos económicos con apariencia de legalidad¹⁴.

Política, economía y ciudadanos desleales se alzan, pues, como los elementos protagonistas de las prácticas corruptas. En suma, el ámbito fenomenológico en el que se mueve la corrupción no es otro que el marcado por las coordenadas de la delincuencia socio-económica, en un sentido amplio, y también de la criminalidad organizada¹⁵. Estos dos campos delictivos presentan, como es sabido, unas singularidades criminológicas bien diferenciadas respecto de la delincuencia tradicional: se trata de infracciones cometidas en el seno de una actividad profesional o empresarial de dimensiones incluso transnacionales, con una intachable apariencia legal en la forma de hacer negocios, cuyos directivos irradian incluso una aureolada imagen de honorabilidad, que tratan de ocultar su responsabilidad bajo el entramado artificial de las técnicas de ingeniería financiera, a través de personas jurídicas o sociedades interpuestas cuya dilucidación genera enormes problemas probatorios, acrecentados por la inexistencia de víctimas directas y perjudicados inmediatos dispuestos a denunciar estos hechos. Todo se mueve en la oscuridad —sobornador y sobornado— permanecerán en silencio, puesto que existe un mutuo interés por ocultar sus actividades. Ello facilita que el delincuente asuma el ínfimo riesgo de descubrimiento y que apenas les intimiden las amenazas penales tipificadas en la ley. Por lo que respecta a la criminalidad organizada, es evidente la íntima conexión que presenta con la corrupción; posiblemente, la corrupción es el lubricante, el humus, el corazón y lo que le otorga una nueva cualidad, de manera que la articulación de estrategias de erradicación, que deberán situarse en una misma línea de actuación, resulta enormemente complicada¹⁶.

ción y así "se entiende por corrupción el hecho de solicitar, de ofrecer, de dar o de aceptar, directa o indirectamente, una comisión ilícita, cualquier otra ventaja o la promesa de tal ventaja que afecte al ejercicio normal de una función o al comportamiento requerido del beneficiario de la comisión ilícita, de otra ventaja indebida o de la promesa de dicha ventaja indebida" (el texto que manejamos está en francés y su traducción al castellano es nuestra).

13. Manifestada en distintos foros y destacada en el Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada, adoptado por el Consejo de Europa el 28 de abril de 1997 (DOCE C, n.º 251, de 15 de agosto de 1997).

14. Con más detalle, vid. M.A. IGLESIAS RÍO, "Criminalidad organizada y delincuencia económica: aproximación a su incidencia global", *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios en Memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, págs. 1445-1473, donde precisamente se resaltan tres momentos —planificación y ejecución del hecho así como el manejo del botín— a los que debe estar atento el ordenamiento jurídico para articular medidas multilaterales de control, preventivas y represivas.

15. "Mientras haya delincuencia, seguirá existiendo el interés por utilizar sobornos como garantía contra el enjuiciamiento y el castigo y especialmente los grupos de delincuencia organizada preferirán reinvertir parte de las ganancias obtenidas ilícitamente en el pago de sobornos a correr el riesgo de que se les aplique la ley y enfrentarse, en consecuencia, a la privación de libertad y la pérdida de sus ingresos." En la Comunicación de la Comisión acerca de una política global de la UE contra la corrupción, [COM (2003) 317 final, de 28 de mayo de 2003, pág. 6].

16. Se suele describir a la corrupción como un delito sin víctimas directas en el cual raramente existe una parte afectada —que además de saber que es afectada— denuncie un caso concreto de corrupción, pues normalmente este tipo de actuación "se sella a través de un pacto de silencio entre sobornador y sobornado" COM (2003) 317 final, de 28 de mayo de 2003, pág. 12.

D o c t r i n a

III. Causas de la corrupción

La moderna sociedad del riesgo y de las nuevas tecnologías se caracteriza por su elevada complejidad, aderezada por la nota de la ciberglobalización económica que, salpicada por factores “corruptógenos”, propicia una corrupción asimismo globalizada¹⁷. Pues bien, dependiendo del ámbito corrupto en el que nos encontremos, las causas preponderantes serán unas u otras, pero, en todo caso, la oleada generalizada de corrupción que vivimos en el presente normalmente obedece a coyunturas muy diversificadas difícilmente reconducibles a un único factor.

La propia configuración del ordenamiento jurídico y del sistema político se convierten en no pocas ocasiones, en verdaderos aliados de la corrupción, si bien no puede afirmarse abiertamente que esta peste contemporánea sea el fruto de las lagunas del Derecho vigente ni necesariamente de la estructura arquitectónica de un régimen político de corte dictatorial o democrático, aunque es indudable que la corrupción tiene su campo abonado en el marco de estructuras débiles, que permiten la operatividad real de un subsistema sumergido paralelo al legal¹⁸; no obstante, y por ir anticipando alguna idea, si bien no puede probarse totalmente, desde un punto de vista empírico, la ecuación “democracia menor corrupción” y, viceversa, “dictadura mayor corrupción”¹⁹, no es menos cierto que la aplicación valorativa de los principios democráticos a la toma de decisiones en el ámbito de la función pública, contribuye a reducir las posibilidades de tomar acuerdos arbitrarios, y tanto es así que conceptos tales como integridad, transparencia y responsabilidad son

considerados prioritarios en la lucha contra la corrupción. En todo caso, en el seno de la sensibilidad democrática —en el marco de la división de poderes— los casos de corrupción llegan con mayor facilidad al conocimiento de la opinión pública y a los Tribunales²⁰.

Pero, insistimos, no hay que olvidar que estamos ante un “fenómeno universal” que ha extendido sus tentáculos con independencia de la modalidad del gobierno, alcanzando a países ricos y subdesarrollados, “más allá —resume MALEM SEÑA— de todo vínculo ideológico, político o impuesto por el desarrollo económico”²¹.

Entre las *causas generales* que fecundan prácticas de corrupción podemos señalar las siguientes:

- Los períodos de rápido crecimiento económico general internacional, así como el progresivo intervencionismo estatal en la vida económica, asumiendo un gran protagonismo en la prestación de servicios y en la ejecución de grandes inversiones públicas.
- Disonancia entre las expectativas sociales de aspiración al bienestar, comodidad o consumismo y las posibilidades reales para tener acceso a ellas; un factor clave es el de predominio de valores crematísticos, hedonistas, el culto al dinero y la falta de ética política, que conducen a medir el prestigio más por el éxito social, por la fama y el poder adquisitivo que por la formación académica e intelectual.
- Ansia por entrar en la vida política como vehículo para tener abiertas muchas puertas.
- El control político de la economía no ha ido acompañado de una adecuada modernización de su marco normativo²². Han sido las propias empresas las que han distorsionado las reglas

17. En este sentido, véase la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, cuando en su Preámbulo señala que: “*Convenciones de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías (...)*”. El texto de dicha Convención puede encontrarse en www.unodc.org/unodc/fr/corruption.html

También resultan de interés las aportaciones realizadas por F.J. LAPORTA y S. ÁLVAREZ en su presentación a la monografía colectiva *La corrupción política*, op. cit., 1997, pág. 16. Igualmente, en otro de nuestros trabajos sobre la materia, hemos empleado un símil terminológico para caracterizar esta situación de globalización a través del sentido que encierran las expresiones “*chicagoización*”, “*macdonalización*” o “*mafiaización*” en nuestra sociedad, cfr. IGLESIAS RÍO “Panorámica comparativa sobre algunos problemas que presenta el fenómeno asociativo criminal en la actualidad”, *Las entidades sin fin de lucro...*, op. cit., 1999, pág. 98; también en la aportación, “Criminalidad organizada y delincuencia económica...”, *El nuevo Derecho Penal Español...*, op. cit., 2001, pág. 1446.

18. Vid., S. ÁLVAREZ, “Reflexiones sobre la calificación moral del soborno”, *La corrupción política*, op. cit., 1997, págs. 102-103, donde contraponen sistemas con una “estructura instrumental fuerte” y “débil”.

19. E. GARZÓN VALDÉS, “Acerca del concepto de corrupción”, *La corrupción política*, op. cit., 1997, pág. 41.

20. N. LÓPEZ CALERA “Corrupción, ética y democracia...”, *La corrupción política*, op. cit., 1997, pág. 119.

21. J. MALEM SEÑA, “El fenómeno de la corrupción...”, 1997, págs. 71-90, en texto pág. 87. Un ejemplo de ello ha sido el proceso privatizador y de tránsito en los países del antiguo bloque del Este de una economía socialista a una capitalista que ha estado presidido por la nota común de las prácticas corruptas.

22. E. LAMO DE ESPINOSA, “Corrupción política y ética económica”, *La corrupción política*, op. cit., 1997, pág. 279. A pesar de ello, A. CORTINA ORTOS “La regeneración moral de la sociedad y de la vida política”, op. cit., pág. 35, sostiene que “el vacío legal no es nunca la causa de los desaguisados. Lo peor es el déficit moral, porque si los ciudadanos no nos convencemos de que hay determinados modos de conducta que valen la pena por sí mismos, (...) no hay leyes, controles y sanciones en el mundo capaces de resolver el problema”.

Revista Penal

Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea

de la economía de mercado, pues de la valoración que realizan de las ventajas de la corrupción sale un saldo positivo²³.

Entre las *causas específicas de la corrupción política y administrativa*, se incluyen, entre otras, los bajos salarios públicos, la interinidad constante de los empleados de las Administraciones Públicas, la escasa efectividad a la hora de imponer sanciones y dilucidar responsabilidades, el silencio corporativo o temeroso del resto de funcionarios o compañeros a denunciar este tipo de ilegalidades, bien por miedo a las represalias o bien por la ausencia de un reproche social ante la práctica de recomendaciones, regalos o favores; a ello hay que añadir la complejidad y lentitud de una Administración cada vez más burocratizada que intenta ser superada a través de sobornos; y, finalmente, la falta de suficiente control interno, jerárquico o funcional²⁴.

Desde otra perspectiva, pero en íntima conexión, LAMO DE ESPINOSA añade el cesarismo o presidencialización de los partidos políticos o la falta de alternancia debido a las mayorías absolutas, con lo cual se desactiva la oposición en nombre del consenso y reparto de poder entre los distintos partidos, con la excusa de no crispas demasiado la vida política, sucediéndose las mayorías y dejando oculto todo ello; asimismo, se actúa más por fidelidad política que por criterios de mérito y capacidad, intentando controlar aquellas instituciones que tienen poder de decisión²⁵. En esta línea, el *Proyecto revisado de Convención de las Naciones Unidas sobre corrupción*, al que ya hemos hecho referencia con anterioridad, dedica su artículo 10 a la financiación de los partidos políticos como uno más de los ejes en los que basar la lucha contra la corrupción²⁶.

Pues bien, no sólo las causas más relevantes favorecedoras de la corrupción deben de conocerse antes de elaborar las estrategias de lucha, sino también los efectos de la misma para tratar de articular un eficaz combate.

IV. Efectos de la corrupción

Por mucho que se trate de dulcificar, la corrupción siempre causa resultados perjudiciales para la sociedad, aunque éstos sean de diferente alcance y naturaleza; socava la legitimidad de las instituciones públicas e irradia su nocividad hacia el futuro más allá de la concreta ilegalidad funcional o empresarial; amenaza la preeminencia del Derecho y atenta contra la igualdad y la justicia social²⁷. Su alcance y dimensiones posiblemente son todavía tan desconocidas que, por el momento, ante la elevada cifra negra, sólo nos movemos con datos puramente especulativos sobre los que no existe acuerdo, aunque probablemente sea cierto que desafían a la imaginación. Por poner un ejemplo, Mark PIETH, Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Basilea, afirmó que "los sobornos mueven al año en el mundo unos 23 billones de dólares" y que "las comisiones en los grandes contratos públicos varían del 30% para armas al 5% para las infraestructuras"²⁸; a pesar de lo dicho, el montante procedente de la corrupción ofrecido por la ONU, FMI y el de otras instancias internacionales maneja sumas muy divergentes, pero normalmente no inferiores al billón de dólares anuales²⁹.

23. G. PECES BARBA, "La corrupción en las instituciones y en la sociedad civil", en la obra *Corrupción y ética*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, pág. 27 "(...) pueden existir aplicaciones de técnicas económicas, como la técnica del cálculo de costes, que es una técnica que puede ser y que de hecho está siendo muy utilizada en la valoración de las ventajas de la corrupción a través del cálculo de costes. Esto se produce cuando hay una relación de maximización que se produce con la utilidad personal que se obtiene de los beneficios económicos de la corrupción y sus costes morales y jurídicos. En muchos casos estos costes son nulos (...)".

24. Expresamente, sobre ello M. SÁNCHEZ MORÓN, "La corrupción y los problemas de control de las Administraciones públicas", *La corrupción política*, op. cit., 1997, pág. 209.

25. E. LAMO DE ESPINOSA, "Corrupción política y ética económica", *La corrupción política*, op. cit., 1997, págs. 284-286.

26. *Artículo 10. 1.* Cada Estado Parte adoptará, mantendrá y fortalecerá medidas y reglamentos relativos a la financiación de los partidos políticos. Esas medidas y reglamentos servirán para:

- a) Prevenir los conflictos de intereses ⁶⁴;
- b) Preservar la integridad de las estructuras y procesos políticos democráticos;
- c) Prohibir la utilización de fondos adquiridos mediante prácticas ilícitas y corruptas para financiar los partidos políticos; y
- d) Consagrar el concepto de transparencia en la financiación de los partidos políticos exigiendo que se divulguen las donaciones que superen un límite determinado.

27. Véase el *Preámbulo del Convenio penal sobre corrupción* aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 27 de enero de 1999 y que entró en vigor el 1 de julio de 2002.

28. Diario *El País*, de fecha 21 de febrero de 1999.

29. Se calcula que el coste global de la corrupción asciende, aproximadamente, a un 5% de la economía mundial. Los grupos de la delincuencia organizada utilizan hasta el 30% de su producto en sobornos a policía, fiscales, jueces y Administración Pública en general "para comprar la exención" de la aplicación de la ley [COM (2003) 317 final, de 28 de mayo de 2003, pág. 13].

D o c t r i n a

A pesar de todos estos datos y debido, fundamentalmente, a la forma en que se cometen los episodios de corrupción, la verdadera dimensión de sus consecuencias negativas sólo es reconocible para los expertos; la imperceptible invisibilidad de organizaciones criminales conduce a un desinterés por parte de todos los que no se sienten directamente afectados, de ahí que exista un distanciamiento importante entre el peligro real —que es muy elevado— y el sentimiento de peligro potencial reconocible en la población que no lo asume como tal. En cualquier caso, lo que sí podemos es distinguir una serie de perjuicios materiales directos, indirectos o espiritualizados, cuya repercusión social será mucho más intensa cuando la corrupción procede del sector público institucional en un sentido amplio (Gobierno, Partidos políticos, Universidad, etc.) que cuando está implicado el mundo privado³⁰.

En cuanto a los *perjuicios materiales directos*, traducidos en términos económicos y cuantitativos, el potencial de influencia de la corrupción puede llegar a ser tan fuerte como para desviar seriamente la toma de grandes decisiones macroeconómicas; rompe la confianza económica; distorsiona la asignación eficiente de bienes; desvía recursos hacia actividades improductivas; empeora la calidad e incrementa el precio y los costes de producción; afecta negativamente a la política exterior con numerosos Estados receptores de ayuda, provoca fallidas expectativas de inversiones nacionales y extranjeras por medio de la extorsión y la intimidación³¹. Por otro lado, tiende a eliminar la competencia, dado que los grupos corruptos bien consolidados aspiran a lograr una posición dominante, monopolista, tratando de desalojar del mercado al resto de competidores y a controlar todos los ámbitos de poder en un territorio; mina la moral general económica y la ética profesional de los empresarios, lo que les lleva a veces, para poder sobre vivir y competir, a recurrir también a métodos ilegales, con infracción de las normas de competencia, publicidad, sanidad, seguridad e higiene,

medio ambiente, propiedad intelectual o industrial, etc., hasta producir un “efecto resaca” o “contagioso” (*Ansteckungswirkung*) en el sentido de que, a su vez, cada persona o empresario que delinque se convierte en eje de una nueva resaca, forzando a terceras personas a cometer estos delitos, hablándose entonces finalmente de “efecto en espiral” (*Spiralwirkung*) o “reacción en cadena” (*Kettenreaktion*). Finalmente, por tanto, el hecho delictivo no afectará únicamente al perjudicado de forma directa sino que éste actuará como transmisor de una sucesión continua de quiebras, crisis, desempleos, etc.³². También respecto del resto de los ciudadanos honrados puede irradiar un efecto contagioso multiplicador que, desconfiando de unas instituciones estatales desacreditadas, se sentirán tentados a incumplir sus obligaciones legales; ello puede ser bien visible en el ámbito del Derecho tributario, con actitudes de resistencia al pago de impuestos y una devaluada mentalidad fiscal³³.

Los *perjuicios indirectos o espiritualizados* causados por la corrupción se traducen, asimismo, en una desestabilización del desarrollo social que puede llegar a remover los cimientos democráticos sobre los que descansa el Estado de Derecho (especialmente ante grandes escándalos políticos), así como el respeto a los derechos fundamentales, la igualdad y la justicia. De este modo, no sólo verifica un perjuicio para la seguridad y el orden público —en el sentido clásico del Estado de policía decimonónico—, sino que contribuye a consolidar una especie de metasistema que se mueve al margen de las normas, un subsistema social disfuncional, que desacredita y merma la potestad y presencia misma del Estado, que debilita la vigencia imperativa o coactiva del sistema normativo y que diluye, a su vez, la frontera delimitadora entre lo justo y lo injusto, tratando de escurar las posibles responsabilidades al amparo de asociaciones o estructuras que disfrazan sus ilegalidades con una falsa apariencia de legitimidad.

30. Pese a lo afirmado, la corrupción en el sector privado también ha despertado el interés del legislador europeo, y así, en 1998 se adoptó por el Consejo de Europa la *Acción común (98/742/JAI)*, de 22 de diciembre de 1998, sobre la corrupción en este sector (*DOCE L*, n.º 358, de 31 de diciembre) que ha sido derogada recientemente por la Decisión marco del Consejo de 22 de julio de 2003 (*DOUE L*, n.º 192, de 31 de julio). Asimismo, Dinamarca ha presentado una iniciativa de Decisión relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado que, entre otras medidas, pretende la tipificación como infracción penal de la corrupción, tanto activa como pasiva, en el marco de una actividad empresarial (*DOCE C*, n.º 184, de 2 de agosto de 2002).

31. Sobre la incidencia negativa y el incremento de costos de soborno, *vid.*, J. CARRERA HERNÁNDEZ, “La persecución penal de la corrupción en la UE”, *Cooperación Jurídica Internacional. Colección Escuela Diplomática*, n.º 5, Madrid, 2001, pág. 207.

32. Sobre ello y para lo que sigue, *vid.* M.A. IGLESIAS RÍO, “Criminalidad organizada y delincuencia económica...”, *El nuevo Derecho penal español...*, *op. cit.*, 2001, *passim*, esp. págs. 1450-1452.

33. M.A. IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria. (Un análisis de la “autodenuncia”, artículo 305-4 CP)*, Valencia, 2003, esp. Capítulo Primero.

Revista Penal

Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea

V. La corrupción y las estrategias de lucha emprendidas en el ámbito de la Unión Europea

Por lo que estamos viendo, sería una necedad negar la existencia de importantes focos de corrupción en los Estados miembros de la Unión Europea, de ahí que, ante la evidencia, no ha habido más remedio que reaccionar enérgicamente para intentar desterrar esta carcoma que se ramifica por todos los países del mundo. Igualmente, resultaría una equivocación adoptar una actitud fatalista y de resignación ante este fenómeno y considerarlo, de esta manera, un mal inevitable imposible de extirpar. Consciente de ello, el artículo 29 del Tratado de la Unión Europea enumera como objetivo de la Unión “ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia (...)” que “habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no” incluyendo, también, la corrupción³⁴.

Con anterioridad a este Tratado, ya se habían emprendido desde la Unión Europea tímidas actuaciones antifraude y anticorrupción en los años setenta, que, posteriormente, fueron intensificándose con un amplio repertorio de medidas, en coordinación muchas de las veces con distintos organismos internacionales (OCDE, ONU, OMC.) Estos esfuerzos han dado sus frutos en la aprobación de Programas especiales anticorrupción destinados a países de la Europa Central y Oriental, Programas OLTOP y SIGMA o MEDA para los países mediterráneos; asimismo, a finales de los años noventa, a título meramente ejemplificativo, podemos destacar el Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada³⁵ que ya abogaba por una política global de lucha contra la corrupción y los Programas destinados a juristas —GROTIUS I y II—, o FALCONE para la lucha contra la criminalidad organizada (1998-2002).

Después de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere en octubre de 1999 (básicamente la conclusión número 48), no hay duda de que la corrupción es un enemigo al que debemos vencer, y para lograr este objetivo los frentes de lucha deben ser diversos: acordando definiciones, inculpaciones y sanciones comunes. En este sentido, el recurso al Derecho penal resulta, por desgracia,

indispensable y, de hecho, toda Europa ha experimentado, en los últimos años, procesos legislativos de reforma criminal en esta materia. Sin embargo, la llamada necesariamente subsidiaria al *ius penale* es por sí sola insuficiente para resolver la compleja problemática que encierra la corrupción; a ello, además, hay que añadir un dato de capital importancia: las Comunidades Europeas no ostentan *ius puniendi* y ello, con independencia del reconocimiento cierto del Derecho comunitario —en base a los principios de primacía y efecto directo— en el Derecho penal nacional, impide a nuestro legislador interno regular la materia criminal en contra de la normativa comunitaria; asimismo, el Derecho emanado desde Bruselas penetra por vía de reenvío para completar los espacios de las normas penales en blanco y a través de la doctrina del interpretativa del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Otro recurso a considerar es el de la cooperación judicial y policial, puesto que además, el Derecho comunitario exige del legislador interno que asuma un papel cada vez más activo, especialmente en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal; un ejemplo evidente de lo dicho lo constituye el actual artículo 280 TCEE, al disponer, en su apartado segundo, que: “Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros”³⁶. Las sanciones, por lo tanto, deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. Esta simple imagen es reveladora de que Derecho penal y Derecho comunitario están condenados a entenderse y a coexistir.

En cumplimiento de esta idea de cooperación, un vivo ritmo hacia delante se impone a partir de la firma del *Acta Unica Europea de 1986*, consolidándose progresivamente la idea de una Europa sin fronteras y de un “espacio judicial y de seguridad y justicia europeo comunes”, materializándose en el gran salto cualitativo que supuso el Tratado de Maastricht en 1992, con el respaldo definitivo de su actual inclusión en el Título VI del Tratado de Amsterdam de 1997 —cooperación policial y judicial en materia civil y penal (arts. 29 a 42)—. Alcanza, así, un gran protagonismo y un desarrollo sin precedentes el denominado Tercer Pilar, articulándose una decidida política anticorrupción armonizada en los países europeos,

34. Manejamos la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea después del Tratado de Niza que se encuentra publicada en el *DOCE C*, n.º 325, de 24 de diciembre de 2002.

35. Adoptado por el Consejo de Europa el 28 de abril de 1997 (*DOCE C*, n.º 251, de 15 de agosto de 1997).

36. Esta idea se recoge expresamente en la Convención de la UE de lucha contra la corrupción y el fraude comunitario, de 26 de mayo de 1997, sobre la base del artículo K 3.2.c), indicando además que los Estados deberán adoptar las “medidas necesarias para asegurar que las conductas constituyan ilícitos penales” (*DOCE C*, n.º 195, de 25 de junio de 1997).

D o c t r i n a

sostenida y diversificada a través de Programas de actuación que se han multiplicado de un modo casi desbordante en distintos frentes; destacadamente en la protección de intereses financieros, prevención y lucha contra el terrorismo, crimen organizado, tráfico de drogas, trata de seres humanos, desaparición de personas, explotación sexual infantil, represión de prácticas corruptas protagonizadas por funcionarios europeos, protección de datos, ayuda a víctimas, etc.³⁷.

A. Estrategias anticorrupción de índole administrativo

Llegados a la conclusión de que la corrupción debe ser atacada desde distintos frentes (normativo,

económico y social), vemos que desde el Derecho se nos ofrece distintas opciones de combate; a tal efecto, junto a medidas de carácter represivo —propias del Derecho penal— se articulan una serie de instrumentos de carácter preventivo que procuran evitar la lesión del principio de objetividad que debe regir la actuación de la Administración Pública (artículo 103 Constitución). De esta forma, dichas medidas preventivas se aplican con el fin de reducir las posibilidades de utilización de prácticas corruptas previniendo, así, potenciales conflictos de intereses desde estructuras administrativas guiadas por los principios de transparencia e integridad³⁸.

De entre las múltiples alternativas administrativas destacaremos las siguientes:

1.º *Que el órgano decisor sea colegiado*; esto se debe traducir en una desconcentración plural ad-

37. En concreto, por citar algunas de las manifestaciones legislativas más relevantes, destacamos el *Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades*, de 26 de julio de 1995 (DOCE C, n.º 316, de 27 de noviembre de 1995) y su primer Protocolo (DOCE C, n.º 313, de 23 de octubre de 1996), que entraron en vigor en octubre de 2002, y que inciden sobre cualquier acción u omisión dolosa en la que medie documentación falsa, inexacta o incompleta que menoscabe el presupuesto comunitario así como el desvío de fondos o fraude de subvenciones.

El *Convenio sobre la lucha contra actos de corrupción en los que están implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea*, aprobado el 26 de mayo de 1997 (DOCE C, n.º 195, de 25 de junio de 1997).

La *Resolución (97) 24*, adoptada por el Comité de Ministros el 16 de noviembre de 1997, acerca de *los veinte principios rectores de la lucha contra la corrupción*.

El *Plan de Acción de la Comisión Europea contra el fraude 2001-2003*, para coordinar las políticas y la normativa de los Estados miembros en esta materia [COM (2001) 254 final].

Destaca, asimismo, el *Corpus Iuris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea de 1997* y su segunda versión, el *Corpus Iuris 2000*, que tipifica ocho delitos, entre otros, fraudes a los intereses financieros de las Comunidades europeas, blanqueo, corrupción (artículo 5), malversación, abuso de funciones, revelación de secretos, etc. Pretende una armonización total del Derecho penal especial en materia de fraudes comunitarios y corrupción; contempla sanciones a personas jurídicas, a sus directivos, castiga la imprudencia *in vigilando* u omisión de controles por las personas encargadas de hacerlos, y recoge el principio de territorialidad europea en orden a los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio.

Igualmente, y por lo que se refiere a la protección de los intereses financieros de las Comunidades, se creó la *Oficina Europea de Lucha Antifraude* (OLAF, sustituyendo a la UCLAF creada en 1998) por la Decisión de la Comisión 1999/352, de 28 de abril de 1999 (DOCE L, n.º 136, de 31 de mayo de 1999) que se alza, de esta manera, como el interlocutor directo de las Instituciones comunitarias con las autoridades policiales y judiciales nacionales en casos de corrupción y lucha contra el fraude que afectan a otros intereses financieros.

En relación con la corrupción en el sector privado, el Consejo de Europa adoptó el 22 de julio de 2003 la *Decisión marco relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado* (DOUE L, n.º 192, de 31 de julio) que sustituye a la Acción Común de 22 de diciembre de 1998 (DOCE L, n.º 358, de 31 de diciembre de 1998).

En el marco de las Naciones Unidas, destaca la *Resolución 53/176*, de enero de 1999, para hacer frente a sobornos y comisiones ilegales en transacciones internacionales, en la que se contempla la asistencia mutua e intercambio de información tributaria, contable y bancaria sobre actividades de funcionarios y personas físicas o jurídicas; asimismo, merece recordarse el *Convenio contra la delincuencia organizada transnacional*, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 15 de octubre de 2000; cabe destacarse, igualmente, la entrada en vigor del *Convenio de Palermo sobre la lucha contra la delincuencia organizada*, el 29 de septiembre de 2003, y la conclusión de la Convención contra la corrupción que se adoptó por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 31 de octubre de 2003 en Nueva York y que se ha abierto a la firma por parte de los Estados Miembros en Mérida (México) en diciembre de 2003 (http://www.unodc.org/unodc/en/crime_convention_corruption.html)

Resultan, asimismo de interés, la *Convención civil sobre la corrupción*, que aprobó el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1998, y la *Convención penal sobre la corrupción*, aprobada por este mismo órgano el 27 de enero de 1999, y que entró en vigor el 1 de julio de 2002 (<http://www.greco.coe.int>). La *Convención penal sobre la corrupción*, incluye, en sus artículos 2 al 13, un total de trece delitos relacionados con la corrupción; acentúa la relevancia del sector privado como impulsor y beneficiario directo de estas prácticas, así como del tráfico de influencias, la creación de registros falsos, inexactos e ilegales.

También hemos de reseñar la *Convención Interamericana contra la corrupción*, aprobada por la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996 y la *Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción*, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana de 12 de julio de 2003.

38. Véase P. GARCÍA MEXÍA, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001; L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "Lo público y la acción administrativa: el fantasma de la corrupción" dentro de la obra *Don Luis Jorda-*

Revista Penal

Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea

ministrativa. En definitiva, que la decisión no se concentre en una sola persona y en un momento procesal único y que sea susceptible de revisión jerárquica, especialmente en asuntos de gran calado económico³⁹. Esta exigencia es un simple derivado del principio de división de poderes y compensación recíproca entre ellos⁴⁰.

2.º Reducir el margen de discrecionalidad de los responsables públicos que han de tomar decisiones importantes de materia económica; pues, aunque es bien sabido que la discrecionalidad no significa arbitrariedad, ésta debe estar limitada por razón de su exclusión, total o parcial, del control judicial⁴¹. Para ello, conforme a un escrupuloso respeto al principio de legalidad, deberán precisarse de antemano los criterios de toma de decisiones siendo éstos públicos, objetivos y transparentes; igualmente, se requiere motivación de aquellas decisiones que se tomen en virtud de potestades discrecionales⁴², articulándose, con todo ello, un amplio abanico de posibilidades que permitan detectar, investigar y superar la gran dificultad del descubrimiento de prácticas corruptas: auditorías, intervenciones públicas, control y rendición estricta de cuentas, tratando, en conjunto, de reforzar el sistema de certificación.

En el Derecho administrativo los requisitos del control de la adecuación de las decisiones admi-

nistrativas a los fines públicos que le son encomendados, se ha desarrollado a través de la institución de la *desviación de poder*⁴³.

Según el artículo 83.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio, la desviación de poder supone "*el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico*". El aspecto central, por lo tanto, de la desviación de poder es que las autoridades públicas se alejan de los objetivos fijados por el ordenamiento, lo cual nos lleva a pensar que la desviación de poder es una forma de corrupción⁴⁴, aunque bien es cierto que no todos los actos de corrupción constituyen un ejercicio desviado de potestades administrativas⁴⁵.

3.º Reforzar la imparcialidad e independencia en el seno de las instituciones públicas.

La regulación sobre incompatibilidades y las técnicas de la abstención y recusación están orientadas a evitar la injerencia de intereses privados en la gestión pública y, así con ello, reducir las posibilidades de actuaciones corruptas. Es por ello que, con esta normativa se intenta prevenir la producción de posibles conflictos de intereses que lleguen a desviar a los funcionarios, altos cargos o cargos electivos del interés público que los vincula⁴⁶; así las cosas, no resulta extraño que la normativa sobre incompatibilidades se erigiera como

na de Pozas, creador de ciencia administrativa en la colección "Maestros complutenses de Derecho, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Fundación BSCH, Madrid, 2000, págs. 79-91; J. MIGUEL ZARAGOZA, "Respuestas jurídicas a la corrupción", *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 1699, 1994, págs. 104-117; L. MORELL OCAÑA, "El principio de objetividad en la actuación de la Administración Pública", en la obra colectiva *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1993, págs. 147-160; R. RIVERO ORTEGA, "Instituciones jurídico-administrativas y prevención de la corrupción", en la obra colectiva *La corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*, op. cit., págs. 39-43.

39. Algunos añaden, en materias económicas y mercantiles, que el Estado no permita que un solo funcionario actúe con poder de mercado y se beneficie ilícitamente de posiciones de monopolio, de manera que esa potestad debe ser distribuida entre varios funcionarios o instituciones para generar "competencia" y se elimine o reduzca entre ellos su poder de dominio o control sobre el mercado, cfr., F. RODRÍGUEZ LOPEZ, "Introducción al análisis económico de la corrupción", *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, op. cit., 2000, pág. 21.

40. Medidas de esta naturaleza son denominadas por W. HASSEMER de "*prevención operativa o técnica*", tratando de incorporar instrumentos efectivos, no normativos, ni siquiera propiamente penales o de exasperación de las sanciones que con más frecuencia que la deseable, sólo se reducen en una agravación de la responsabilidad o en la introducción de métodos de investigación aún más restrictivos para los derechos fundamentales. Por eso, acentúa el protagonismo que deben revestir los instrumentos técnicos u organizativos como traslados, separación entre planificación, supervisión y ejecución, auditorías internas, etc., cfr. "Posibilidades jurídicas, policiales y administrativas de una lucha más eficaz contra la corrupción", *Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal*, n.º 1, 1995, págs. 150-152.

41. El Tribunal Supremo ha definido la discrecionalidad como "*la capacidad de opción, sin posibilidad de control jurisdiccional, entre varias soluciones, todas ellas igualmente válidas por permitidas por la Ley*" o también como "*concesión de posibilidades de actuación, cuyo desarrollo efectivo es potestativo y queda en manos de la Administración*", en R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo. Parte General*, Tomo I, Marcial Pons, 13.ª ed., Madrid, 2002, pág. 101.

42. Artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

43. C. CHINCHILLA MARÍN, *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 2.ª edición, 1999.

44. J. MALEM SEÑA, *La corrupción. Aspectos éticos...*, op. cit., pág. 25.

45. A. NIETO GARCÍA, *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997, pág. 79.

46. Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas; Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General

D o c t r i n a

uno de los pilares básicos —junto con la contratación pública— de los cambios legislativos que tuvieron lugar a principios de los años noventa para combatir la corrupción en España⁴⁷.

Se debe seguir insistiendo, asimismo, en la necesidad de regular los conflictos de intereses⁴⁸; y obligar, finalmente, a una declaración anual o periódica del patrimonio, susceptible de comparación antes de tomar posesión del cargo y después de abandonarlo, puesto que la idea de “responsabilidad” en el puesto —especialmente de políticos, funcionarios (o empresarios significativos)—, haciéndose efectiva mediante la exigencia de rendir cuentas en el ejercicio de sus cargos a los ojos de la opinión pública, resulta fundamental en la lucha contra la corrupción⁴⁹.

4.º *Remuneración satisfactoria a empleados públicos*, previa selección de acuerdo a criterios constitucionales de mérito y capacidad⁵⁰.

5.º En conexión con lo hasta aquí dicho, ha de potenciarse el establecimiento de *códigos de con-*

ducta para la vida pública que devuelva la confianza ciudadana en las instituciones mediante el establecimiento de principios básicos de actuación como son los citados en el Informe Nolan: capacidad de asumir el interés público, integridad, objetividad, responsabilidad, transparencia, honestidad y capacidad de decisión⁵¹.

Asimismo, cabe destacarse que la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el 12 de diciembre de 1996, la Resolución 51/59, titulada “*Medidas contra la corrupción*” que incluye un Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos, y que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) publicó un estudio sobre la *Ética en el servicio público* que ahonda en la necesidad de acudir a principios éticos de actuación pública que limiten comportamientos corruptos⁵².

6.º *Eliminar la desgravación fiscal que pueda favorecer los sobornos a funcionarios extranjeros*. Este mecanismo proporciona a las empresas

del Estado. El régimen de incompatibilidades de los miembros de las Comunidades Autónomas se regula en sus respectivas leyes de Gobierno y Administración y, también, en específicas Leyes de Incompatibilidades. Por su parte los miembros de las Entidades locales, dado su carácter de cargos electivos, encuentran su régimen específico sobre incompatibilidades en la legislación electoral, Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Las técnicas de la abstención y de la recusación se encuentran recogidas en los artículos 28 y 29 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

47. Véase el Debate del Estado de la Nación del 19 y 20 de abril de 1994 (BOCG, Congreso, Serie E, n.º 55, de 21 de abril de 1994)

48. En la búsqueda de un concepto de conflicto de intereses, vid. P. GARCÍA MEXÍA *Los conflictos de intereses...*, op. cit., 2001, págs. 97 y 98. La Recomendación (2000) 10, acerca de los códigos de conducta para los agentes públicos, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de mayo de 2000, incorpora un artículo dedicado en su integridad a los conflictos de intereses (artículo 13). Su apartado primero establece que “un conflicto de intereses nace de una situación en la que un agente público tiene un interés personal que influya o aparente influir sobre el ejercicio imparcial y objetivo de sus funciones públicas”. Su apartado segundo consagra una noción amplia de conflicto de intereses, que rebasa la estrictamente lucrativas, pecuniarias o en especie, para abrirse a aspectos en general personales del agente público y que dice así: “El interés personal del agente público engloba toda ventaja para sí mismo/a o a favor de su familia, parientes, amigos y personas allegadas, o de personas u organizaciones con las que tenga o haya tenido relaciones de negocios o políticas. Engloba igualmente toda obligación financiera, o civil a la que el agente público esté sujeto”. (artículo 13.2) (El texto que manejamos está en francés, pero la traducción del mismo se puede encontrar en P. GARCÍA MEXÍA *Los conflictos de intereses...*, citado con anterioridad).

Merece, igualmente destacarse que la OCDE adoptó en junio de 2003 una Recomendación que contiene las directrices para gestionar los conflictos de intereses en la Administración Pública (OECD “Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Sector”) y que se puede encontrar en <http://www.oecd.org>

49. R. BUSTOS GISBERT, “La corrupción de los gobernantes: responsabilidad política y responsabilidad penal”, *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, op. cit., 2000, págs. 33 a 38.

50. F. LAPORTA “La corrupción política”, en *La corrupción política*, op. cit., 1997, págs. 27-32; N. LÓPEZ CALERA “Corrupción, ética y...”, en *La corrupción política*, op. cit. 1997, págs. 132 y ss.

51. El Informe Nolan sobre las normas de conducta en la vida pública se encuentra publicado por el INAP. *Documentos INAP*, n.º 9, octubre de 1996. Sobre el Informe Nolan, resulta de interés, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Reflexiones de urgencia sobre el ‘Informe Nolan’”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 11, diciembre 1997, págs. 149-163 y M. MARTÍNEZ BARGUENO, “Ética, corrupción y función pública”, *Actualidad Administrativa*, julio-agosto 2000, ref. XLV. Con carácter general, véase J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La ética en la Administración pública*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 2000, que considera que la corrupción es uno de los más graves atentados a la Ética en que puede incurrir un servidor público, aunque no sea el único, pág. 35; J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, “La ética en la modernización de las Administraciones Públicas”, *Actualidad Administrativa*, 1999, ref. IX; también de este mismo autor “Los principios éticos en el proyecto de Estatuto básico de la función pública”, *Actualidad Administrativa*, núm. 38, 1997, ref. lli.

52. “El denominado ‘déficit de confianza’ ha venido alimentado por escándalos muy aireados por los medios de comunicación, que abarcan desde actos indebidos de los funcionarios hasta casos de auténtica corrupción”, OCDE, *La ética en el servicio público. Cuestiones y prácticas actuales*, Ministerio de Administraciones Públicas – Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1997, pág. 27.

Revista Penal

Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea

exportadoras de esos Estados una ventaja desleal, tanto respecto de los competidores orientados al mercado nacional como respecto de las empresas de otros Estados miembros en los que no se autorice dicha desgravación⁵³. La Ley estadounidense sobre Prácticas Corruptas Internacionales de 1977 (*Foreign Corrupt Practices Act*), en conexión con la sección 162 *Internal Revenue Code*, excluye expresamente a las empresas norteamericanas así como a cualquiera de sus filiales la posibilidad de deducir fiscalmente los pagos realizados en calidad de clientes, socios o consumidores a funcionarios de Gobiernos extranjeros cuando los mismos sean ilegales⁵⁴. En el mismo sentido se manifestó la *Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a la deducibilidad tributaria de los sobornos a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales de carácter internacional*.

A pesar de lo dicho, hay que concluir este apartado afirmando que tras la Recomendación de la OCDE de 1996 y la Comunicación de la Comisión de 1997, todos los Estados miembros de la Unión Europea que todavía permitían o toleraban la desgravación fiscal de los sobornos a funcionarios públicos extranjeros han modificado su legislación con objeto de prohibir esta posibilidad⁵⁵.

7.º Excluir la participación en procedimientos de contratación pública a aquellos agentes económicos condenados por delitos relacionados con la corrupción.

La contratación pública es uno de los sectores, llamémosle sensible, a las prácticas corruptas⁵⁶;

es por ello que las medidas preventivas contra la corrupción debieran centrarse, igualmente, en este campo, y no sólo por la importancia económica que este sector tiene para la economía europea (los contratos públicos representan aproximadamente el 14% del PIB de toda la Unión Europea⁵⁷), sino también porque una de las quiebras de la confianza en lo público tiene mucho que ver con la contratación pública.

La vigente normativa europea sobre contratación pública⁵⁸ obedece a la idea de establecer unas normas comunes que disciplinen la fase de formación de los contratos públicos —preparación y adjudicación—, con el fin de garantizar, así, el respeto a los principios de transparencia, concurrencia y no discriminación que deben regir la institución contractual.

Pues bien, de acuerdo con estos principios —y con la base en el interés público que está presente en todo el proceso de la contratación—, la Administración tiene que seleccionar al contratista a través de determinadas actuaciones procedimentales (procedimientos de adjudicación abierto, restringido y negociado), y en virtud de una serie de requisitos de capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar, que determinan la idoneidad de todo licitador que pretende convertirse en contratista de la Administración⁵⁹.

Es en el momento de la selección del contratista donde se produce el mayor número de irregularidades⁶⁰ y debiera ser también en este momento donde se regulasen las medidas que permitan la exclusión en los procedimientos de contratación

53. *Comunicación a la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política de la Unión en materia de lucha contra la corrupción*, COM (97) 192 final, de 21 de mayo de 1997.

54. Cfr. M.ª J., VELARDE ARAMAYO, "Corrupción y transparencia en el ámbito financiero internacional", *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, op. cit., 2000, pág. 61.

55. Vid. Comunicación de la Comisión *Una política común de la UE contra la corrupción*, COM (2003), 317 final, de 28 de mayo de 2003, pág. 17.

56. En esta misma idea se manifiestan autores como L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER "Lo público y la acción administrativa: el fantasma de la corrupción", op. cit., pág. 82; también R. RIVERO ORTEGA "Instituciones jurídico-administrativas y prevención de la corrupción", op. cit., pág. 42: "Dada la envergadura del volumen de recursos que se maneja en este sector, y su incidencia sobre el funcionamiento del sistema económico, es indiscutible que estamos ante una pieza básica de la regulación preventiva del fantasma de la corrupción".

57. Dato extraído del Informe presentado por la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios del Parlamento Europeo a la Propuesta de Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras.

58. Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios (DOCE L, n.º 209, de 24 de julio de 1992); Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DOCE L, n.º 199, de 9 de agosto de 1993); Directiva 93/37/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DOCE L, n.º 199, de 9 de agosto de 1993).

59. No nos referimos únicamente a la Administración de carácter territorial, sino a todos los poderes adjudicadores obligados al cumplimiento de la normativa contractual.

60. Ejemplos de lo dicho, en nuestro país los encontramos en el Caso Ollero y Caso Urralburu; sin embargo, por su trascendencia a la opinión pública, el ejemplo más claro es el Caso Roldán pues, como manifiestan los hechos probados de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1999, durante su mandato como Director General de la Guardia Civil adulteró el mecanismo legalmente

D o c t r i n a

pública, de aquellos agentes económicos que hubieren perpetrado delitos relacionados con prácticas corruptas⁶¹.

A este respecto debe tenerse en cuenta que las Directivas comunitarias sobre contratación pública recogen, bajo el epígrafe “criterios de selección cualitativa”: *que podrá ser excluido de la participación en el contrato todo contratista: c) que haya sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que afecte a la moralidad profesional del contratista*⁶², lo cual incluye a la corrupción. No obstante, se prevén cambios legislativos en breve, puesto que, entre las Directivas en proceso de elaboración se encuentra la Propuesta sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras⁶³ que, además de refundir la legislación comunitaria relativa a la contratación pública en un solo texto⁶⁴, refuerza los instrumentos para combatir la delincuencia organizada, la corrupción y el fraude, al introducir, entre los citados criterios de selección cualitativa, un nuevo

apartado que prevé la exclusión obligatoria, por un período de cinco años, de la participación en el contrato de operadores económicos que hayan sido condenados por sentencia firme por determinados tipos delictivos, entre los que se encuentran la participación en una organización delictiva, el fraude, el blanqueo de capitales y también la corrupción^{65 66}.

También debe destacarse que, con un contenido prácticamente idéntico al que acabamos de señalar, el art. 93 del Reglamento 1605/2002 del Consejo, de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas⁶⁷, excluye de la participación en un contrato a aquellos candidatos o licitadores:

“e) *que hayan sido condenados mediante sentencia firme, con fuerza de cosa juzgada, por fraude, corrupción, participación en una organización delictiva o cualquier otra actividad ilegal que suponga un perjuicio para los intereses financieros de las Comunidades*”.

establecido para la contratación pública de las obras a realizar en dicho organismo, abusando del sistema de adjudicación directa. De esta forma decidía personalmente, con carácter previo a la formalización de los expedientes de contratación, las adjudicaciones de obras de la Guardia Civil, que se convertían en una simple cobertura de una decisión ya adoptada de antemano, exigiendo como contraprestación a las empresas constructoras, el pago de una comisión de un tanto por ciento del importe de la adjudicación.

61. La Comunicación COM (97) 192 final, de 21 de mayo de 1997, sobre una política de la Unión en materia de lucha contra la corrupción (pág. 10) y el Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada, adoptado por el Consejo Europeo de 28 de abril de 1997 (DOCE C, n.º 251, de 15 de agosto de 1997, apartado decimotercero) sugerían estas medidas como una de las posibles herramientas preventivas contra la corrupción.

62. Artículo 29 de la Directiva 92/50/CEE; artículo 20 de la Directiva 93/36/CEE y artículo 24 de la Directiva 93/37/CEE (antes citadas).

63. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras, COM (2002) 236 final, (DOCE C, n.º 203 E, de 27 de agosto de 2002).

64. A salvo, claro está, de los contratos realizados en los llamados sectores especiales —agua, energía, transportes y servicios postales— que tienen una regulación independiente en la Propuesta de Directiva COM (2000) 276 final/2, (DOCE C n.º 29 E, de 30 de enero de 2001) y su Propuesta modificada COM (2002) 235 final (DOCE C n.º 203 E, de 27 de agosto de 2002).

65. El art. 46 de la Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros, de servicios y de obras COM (2002) 236 final (DOCE C, n.º 203 E, de 27 de agosto de 2002): “Quedará excluido de la participación en un contrato público todo aquel candidato o licitador que haya sido condenado en sentencia firme, de la que tenga conocimiento el poder adjudicador, por uno o varios de los motivos que a continuación se enumeran:

- a) Participación en una organización delictiva, tal y como se define en el apartado 1 del artículo 2 de la Acción Común de 21 de diciembre de 1998.
- b) Corrupción, tal y como se define, respectivamente, en el artículo 3 del Acto del Consejo de 26 de mayo de 1997 y en el apartado 1 del artículo 3 de la Acción Común de 22 de diciembre de 1998.
- c) Fraude, según el artículo 1 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, establecido por Acto del Consejo de 26 de julio de 1995.
- d) Blanqueo de capitales, tal como se define en el artículo 1 de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, modificada por la Directiva 2001/97/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de diciembre de 2001.

66. Por lo que concierne a este tipo de medidas, el Comité de las Regiones considera muy positiva la propuesta de la Comisión para endurecer la lucha contra las actividades delictivas de los operadores económicos, pues en propias palabras del Comité, “no se debe permitir la participación en los procedimientos de adjudicación pública de operadores informales”. Dictamen del Comité de las Regiones a la Propuesta de Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras (DOCE C, n.º 144, de 16 de mayo de 2001).

67. DOCE L, n.º 248, de 16 de septiembre de 2002.

Revista Penal

Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea

Por su parte también, y haciendo una breve referencia a la legislación española sobre contratación pública, el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 2/2000, de 16 de junio, recoge una previsión similar en su artículo 20.a)⁶⁸, cuando prohíbe contratar con las Administraciones Públicas a quienes hayan “*sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de falsedad, contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, cohecho, malversación, tráfico de influencias, revelación de secretos, uso de información privilegiada, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores o por delitos relativos al mercado y a los consumidores*”.

8.º *Establecimiento de listas blancas y negras para identificar empresas, funcionarios, banqueros, abogados u otros profesionales, sospechosos o condenados por corrupción*⁶⁹. En relación con la herramienta anterior, la elaboración de estas listas facilitaría la aplicación de medidas tales como las prohibiciones de participación en una licitación pública, de obtención de subvenciones, etc. Junto a ello y con carácter general las empresas involucradas en corrupción deberán soportar medidas confiscatorias de los instrumentos del delito y otras de ganancias ilícitas, publicación de la sentencia condenatoria o difusión de estas noticias en los medios de comunicación⁷⁰.

También se contempla la *negativa de visados*, como ha hecho Estados Unidos respecto de más

de treinta funcionarios corruptos de Paraguay, Guatemala y Nicaragua; pero no deja de resultar si no cínico cuando menos irónico que en múltiples ocasiones Estados Unidos no ha dejado entrar a personas corruptas pero sí a dinero corrupto por medio de banqueros que actúan como cómplices.

9.º *Perfeccionar la exigencia de responsabilidad civil, tanto a servidores públicos como a empresas implicadas en corrupción*⁷¹. Precisamente, la ya citada *Convención civil sobre la corrupción*, aprobada por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1999, contempla acciones civiles a los Estados, dirigidas a reclamar la indemnización de los daños materiales emergentes, el lucro cesante y los perjuicios morales, causados por los agentes públicos en el ejercicio de sus funciones.

10.º *Reformar el ordenamiento jurídico mercantil a efectos de paliar los fraudes y abusos generalizados aprovechando la “desmaterialización” de las modernas transacciones contemporáneas*, caracterizadas por sustituir el dinero como medio de pago por títulos valores, órdenes electrónicas internacionales (brokers on line) que, sin demasiadas exigencias informativas, mueven permanentemente las inversiones y desinversiones de montantes fabulosos, dificultando el origen y seguimiento del dinero. Contrarrestar esta situación pasa por la prohibición de los pagarés al portador y del anonimato en el cobro de cheques y órdenes bancarias, así como la obligación de formular cuentas anuales y deposi-

68. Este Real Decreto trae origen en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. En la elaboración parlamentaria de esta Ley —concretamente en el Proyecto de ley del año 1992 y después en el año 1994— se puso de manifiesto, en numerosas ocasiones, la necesidad de garantizar una mayor transparencia en el ámbito de la contratación pública, y así se reconocía que “este proyecto de ley —creo que es algo evidente para todos— debería tener en su frontispicio algo esencial, algo que está hoy en día en la sociedad y que la sociedad reclama de esta Cámara: la lucha contra la corrupción”, BALTASAR ALBESA (*BOCG, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, IV Legislatura, n.º 237, de 10 de diciembre de 1992*). Hasta tal punto esta afirmación fue cierta, que la doctrina llegó a enumerar la lucha contra la corrupción como uno de los motivos de la Ley, *vid.*, J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, Centro de Estudios Ramón Areces, 2.º ed., Madrid 2000, pág. 192; R. PARADA VÁZQUEZ *Derecho Administrativo. Parte General*, 13.º ed., Madrid 2002, pág. 270; J.A. MORENO MOLINA *Nuevo régimen de contratación administrativa. Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tras el RDLeg. 2/2000, de 16 de junio*, La Ley, Madrid, 2.º ed. 2000, pág. 35; J.A. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ “Sobre la reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, *La Ley 2000-3*, quien manifiesta que “el proceso de elaboración y aprobación de esta Ley estuvo presidido por la urgencia de adoptar medidas que permitiesen un control más estricto en la contratación pública, bajo la presión de los múltiples casos de corrupción”.

69. Tal y como se propuso en la Cumbre de Monterrey; dichas listas contenidas en ficheros automatizados públicos, a través de un intercambio de información, con límite del respeto a determinados derechos fundamentales y bajo parámetros de proporcionalidad y subsidiariedad.

70. En el ámbito penal, el artículo 127 CP español ha ampliado las medidas de comiso con relación a las ganancias obtenidas de la perpetración de cualquier delito o falta dolosa. La importancia de las medidas de comiso para la lucha contra la delincuencia fue puesta de relieve en el Consejo de Tampere celebrado el 15 y 16 de octubre de 1999; e incluso en el *Corpus Iuris* de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la UE, se contempla como una pena.

71. Sobre ello, P.T. NEVADO BATALLA MORENO “Responsabilidad de los servidores públicos: rendimiento como garantía a la legalidad de la actuación pública”, *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, *op. cit.*, 2000, págs. 45-50. En esta materia, el artículo 146 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se ha modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero.

D o c t r i n a

tarlas en el Registro mercantil, previo levantamiento del velo de las personas jurídicas⁷².

11.º *Previsión de medidas legales gubernativas, asistenciales, institucionales de orientación victimológica*, tendentes tanto a paliar los perjuicios causados por episodios de corrupción o extorsión efectiva a los particulares cuanto contribuir a resistir o denunciar tales hechos. Así, la legislación italiana en materia de extorsión y chantajes ejercidos contra comerciantes puso en marcha en 1992 el *Fondo de sostenimiento para las víctimas de chantajes* a favor de quienes en el ejercicio de sus negocios se hayan negado a las demandas de dinero o sobornos. También en Estados Unidos se crea en 1990 la *New York State Organized Crime Task Force*, para evitar la corrupción y coacciones que sufren las empresas de la construcción (amenazas con causar retrasos en las obras, retribución de trabajos que en realidad no se han llevado a cabo, pago de cantidades a sindicatos para que garanticen un desarrollo rápido y sin incidentes de las obras, acuerdos ilegales entre empresas en procesos de adjudicación, etc.)⁷³.

12.º *Castigo efectivo a políticos y funcionarios nacionales, extranjeros o internacionales que participan en actos de corrupción*⁷⁴, bajo la idea de que las sanciones impuestas no sólo se cumplan, sino que además sean lo suficientemente gravosas

para desincentivar al contraste de motivaciones derivado de un cálculo econométrico coste-beneficio⁷⁵. Junto a ello, debe estudiarse detenidamente sobre la conveniencia político-criminal de ampliar el círculo de sujetos activos; por ejemplo, en el delito de cohecho, no sólo a funcionarios en sentido estricto sino también a particulares que, aun no siendo formalmente funcionarios, ejercen de hecho funciones públicas en empresas estatales monopólicas; esto está presente muy especialmente en los procesos de privatización material o en la gestión, puesto que en numerosos casos el Estado ostenta de algún modo la gestión, el control, supervisión de un servicio público prestado por una empresa privada por medio de conciertos, concesiones o arrendamientos⁷⁶; por eso estos procesos quizás merezcan la necesidad de una adaptación del Derecho penal. Incluso se ha contemplado la figura del cohecho en el sector privado⁷⁷.

En esta dirección se ha pronunciado la OCDE en el *Convenio contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales* de 21 de noviembre de 1997⁷⁸, cuyo acierto más sobresaliente reside en la importancia de colmar una laguna generalizada en las legislaciones penales nacionales (así como en la Convención General de la UE relativa a la lucha contra la corrupción en la que están implicados funcionarios

72. F. CARBAJO CASCÓN, "Aspectos jurídico-mercantiles de la corrupción", *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, op. cit., 2000, págs. 55-60.

73. Sobre ello, PAPA, M., "La nouvelle législation italienne en matière de criminalité organisée", *Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé* 1993, pág. 737; y H.J. SCHNEIDER "Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1993, pág. 736.

74. Con una referencia expresa, *vid.*, artículo 19 del Convenio ONU Anticorrupción. Alguna corriente doctrinal apuesta por la conveniencia político criminal de exasperar la responsabilidad criminal en esta materia, anticipando la incriminación al denominado ámbito previo, equiparación punitiva de la tentativa y la consumación, e incluso mantener un concepto unitario de autor a efectos punibles.

75. Sobre este particular, G. PECES BARBA "La corrupción en las instituciones y en la sociedad civil", op. cit. pág. 27 "(...) pueden existir aplicaciones de técnicas económicas, como las técnicas del cálculo de costes, que es una técnica que puede ser y que de hecho está siendo muy utilizada en la valoración de las ventajas de la corrupción a través del cálculo de costes. Esto se produce cuando hay una relación de maximización que se produce con la utilidad personal que se obtiene de los beneficios económicos de la corrupción y sus costes morales y jurídicos. En muchos casos estos costes son nulos (...). Por consiguiente, el cálculo de costes en estos supuestos ha sido favorable a los que se han arriesgado a hacer la corrupción. En otros casos, hay bajas posibilidades de sanción, y en otros sanciones muy pequeñas".

76. I. VALEIJE ÁLVAREZ, "Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública", *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 62, 1997, págs. 471 y ss.

77. La Ley portuguesa 108/2001, de 28 de noviembre, modificó el Código penal en materia de tráfico de influencias y corrupción, creando dos nuevos tipos penales —corrupción penal y corrupción administrativa— "en el sector privado" (artículos 41, B y C). Sin embargo, como señala A. NIETO MARTÍN, aún resulta extraño para nuestro Derecho penal tradicional tipificar la figura de la corrupción privada, *cfr.*, "La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)", *Revista Penal*, n.º 10, 2002, pág. 55 y ss., apuntando que el Derecho comparado aborda esta problemática desde la óptica del Derecho del trabajo y con relación a la tutela de la competencia desleal, con una finalidad preventivo-general de sancionar los comportamientos perjudiciales y las ineficiencias económicas generadas en el mercado para los administrados o consumidores. Pero, a juicio de este autor, la simple eficiencia del mercado o las reglas de la buena fe que deben presidir las relaciones comerciales no alcanzan el suficiente grado de importancia para ser bienes jurídico penales (págs. 56-59). Sobre esta materia, recientemente, J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI e I. BLANCO CORDERO, "Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales", *Revista de Ciencias Penales*, vol. 4, 2001-2002, págs. 9-31.

78. En vigor desde el 15 de febrero de 2002.

Revista Penal

Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea

de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la UE (*DOCE C, n.º 195, de 25 de junio de 1997*), tendente a proteger intereses financieros de las CEE así como en el sector privado), al sancionar ahora la corrupción de agentes o funcionarios públicos de otros Estados o de organizaciones internacionales, puesto que numerosos fondos comunitarios destinados a la cooperación internacional o a la ayuda al desarrollo son administrados por funcionarios de terceros Estados o incluso de ONG⁷⁹. La adhesión de España a esta normativa el 30 de noviembre de 1999 obligó a introducir en el Código penal, por medio de LO 3/2000, de 11 de enero, el artículo 445 bis que tipifica el delito de corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. Desde luego, puede contribuir a una aproximación de las distintas legislaciones y resolver problemas de doble incriminación en asuntos de extradición⁸⁰.

B. Medidas educativas, culturales y pedagógicas

Con una simple ojeada a la realidad actual, cualquier profano en la materia calificaría a las medidas legales de orden administrativo y penal tan necesarias como insuficientes para acabar con la lacra de la corrupción. Consecuentemente, además de las actuaciones legislativas, se hace necesario *potenciar la implicación de la sociedad civil y estimular a los ciudadanos a la práctica de comportamientos propios de una ética valorativa, solidaria o comunitaria*, insistiendo en terapias públicas pedagógicas, campañas educativas y de concienciación social e interiorización en valores de honradez, sin descuidar el difícil aspecto de la redistribución de oportunidades sociales⁸¹. Todo ello además, servirá para legitimar el sistema democrático y los principios que lo sustentan.

Estas estrategias resultan muy interesantes si tenemos en cuenta la íntima vinculación que mantienen las prácticas corruptas con las concepciones culturales y las valoraciones geantropológicas en una comunidad y un tiempo histórico determinado; dicha conexión ha sido uno de los

signos más característicos que ha rodeado a las diversas mafias italianas, a las tríadas chinas o a los cárteles colombianos de narcotraficantes.

La presión de la opinión pública puede servir también de adecuado control social informal para la exigencia de responsabilidades políticas, en orden a que las actuaciones de nuestros representantes estén presididas por la legalidad y, en definitiva, para alcanzar una "moralización común de la vida política", una democratización material, realmente vivida, sin necesidad de mayores amenazas normativas⁸². Una clase dirigente ejemplar es un buen espejo de referencia sobre el que se puedan reflejar códigos morales de actuación, consistentes a veces en imágenes muy simples pero, al mismo tiempo, muy plásticas: no asignarse dietas desproporcionadas, ni costear con fondos públicos estancias de lujo asiático para celebrar una reunión de trabajo, no abusar del uso de coches o residencias oficiales para pasar las vacaciones familiares, etc.

Este mismo esquema de remoralización de la sociedad civil como antídoto frente a la corrupción puede trasladarse a distintos sectores profesionales, de la economía privada y empresarial, asumiendo voluntariamente la adopción de medidas corporativas de autorregulación⁸³, códigos éticos de autocontrol con la participación de agentes privados y representantes estatales, basados en el principio de lealtad, confianza y respeto a las normas del mercado, y a una actuación transparente que evite además empañar el prestigio y la imagen de un determinado sector.

C. Medidas de orden procesal-penal: aproximación de las legislaciones de los distintos Estados e intensificación de la cooperación judicial y policial

1.º Revisión de las estructuras del Derecho penal y procesal clásico.

La lucha contra la delincuencia contemporánea sitúa al Derecho penal ante importantes desafíos,

79. CARRERA HERNÁNDEZ, "La persecución penal de la corrupción de la UE", *Cooperación Jurídica Internacional, op. cit.*, 2001, pág. 216. Este avance es contemplado también, con acierto, por la *Convención penal contra la corrupción*, en el seno del Consejo de Europa de 1999.

80. En 1999, el FMI recoge el llamado Código de buenas prácticas de transparencia en política monetaria y de funcionarios.

81. El artículo 3 de la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996, alude a fortalecer el "correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas".

82. N. LÓPEZ CALERA, "Corrupción, ética y democracia...", *La corrupción política, op. cit.*, 1997, pág. 126, titulando este apartado de su trabajo "menos corrupción: la democratización no jurídica".

83. A. CORTINA ORTOS, "Ética de la sociedad civil ¿un antídoto contra la corrupción?", *La corrupción política, op. cit.*, 1997, págs. 253 y ss., especialmente pág. 264; también de esta misma autora, "La regeneración moral de la sociedad y de la vida política", *Corrupción y ética, op. cit.*, pág. 35, "Si los ciudadanos no nos convencemos de que hay determinados modos de conducta que valen la pena por sí mismos (...) no hay leyes, controles y sanciones en el mundo capaces de resolver el problema".

D o c t r i n a

frente a los cuales los instrumentos clásicos de neutralización del delito aparentan un cierto carácter obsoleto. Sin embargo, bajo el pretexto de conseguir una mayor eficacia (en numerosas ocasiones más ficticia que real), los últimos tiempos son testigos de una excesiva expansión penal que redundará en una peligrosa injerencia en las libertades fundamentales de los ciudadanos. Frente a ello, hemos de abandonar posiciones unilaterales a favor de planteamientos que concilien las tendencias preventivistas y garantistas; en cualquier caso, no podemos aceptar los intentos de colmar un déficit de seguridad por un déficit democrático, a diferencia, precisamente, del talante exageradamente autoritario y represivo de algunas reformas procesal-penales promulgadas en el Derecho comparado a partir de la década de los años ochenta y noventa; por ejemplo, se han producido profundas revisiones sectoriales del modelo de persecución penal tradicional dando entrada, en el fondo, a un procedimiento excepcional cuando el objetivo se dirige a dismantelar tupidas redes de corrupción⁸⁴. Se intenta de este modo facilitar la investigación, el esclarecimiento y castigo de esta fenomenología criminal novedosa, enormemente compleja y con entramados internacionales que hacen casi inaccesible la averiguación del crimen y de sus autores, lo que obliga a recurrir a cualesquiera de las modernas técnicas de obtención de pruebas: interceptaciones de comunicaciones, cámaras de videovigilancia, entrega vigilada de droga, la figura del agente encubierto y provocador, etc.⁸⁵.

2.º *Revisión del principio de territorialidad*, coordinando a nivel internacional una eficaz persecución de delitos cometidos en el extranjero o de delincuentes refugiados en terceros países. De acuerdo con este planteamiento, se han ratificado diversos Convenios sobre *procedimiento de extradición*: el *simplicado* de 1995 y el *uropeo*, fir-

mado en Dublín en 1996, que tratan de atenuar la contradicción existente entre la idea permanente de potenciar un espacio europeo sin fronteras físicas ni técnicas y seguir manteniendo los inconvenientes y las limitaciones que presenta el principio de territorialidad, al menos en lo que supone de freno para la creación del tan ansiado “espacio judicial europeo”, contemplado además en el Título VI del Tratado de Amsterdam, sobre la base de su artículo 29.

Un paso interesante en esta dirección lo constituye el mandato europeo de detención y entrega —conocido coloquialmente como *Euroorden*— aprobado por el Consejo de Europa el 13 de junio de 2002⁸⁶, que será plenamente efectivo a partir del 1 de enero de 2004, si bien una serie de países, entre los que se encuentran España, Alemania, Reino Unido, Portugal, Bélgica o Luxemburgo, han asumido el compromiso de adelantar un año su entrada en vigor⁸⁷. La *Euroorden* descansa sobre un procedimiento simplificado de entrega, basado en la confianza recíproca, entre autoridades judiciales respecto de condenados o procesados pertenecientes a alguno de los Estados miembros; tendrá un ámbito de aplicación de más de treinta y dos infracciones penales consideradas graves o muy graves, castigadas con penas superiores a tres años de prisión; entre otras, delitos de corrupción, fraude, blanqueo, extorsión de fondos, sobornos, estafa, inmigración clandestina, etc.⁸⁸.

Precisamente, también con el apoyo que permite el artículo 29 del Tratado de Amsterdam, en aras a reforzar la cooperación judicial y policial en relación con tales delitos, perseguidos ahora por la Europol, y dado que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas carece de competencias penales, en el Consejo de Tampere, en el marco del Programa Eurojust⁸⁹, se ha propuesto crear la figura de un *Procurador General Europeo* independiente, que tenga facultades para instar la

84. Manifestaciones de esta índole, permitiendo intervenciones ante meras sospechas o débiles presunciones, se han observado en la legislación antimafia italiana desde 1982, en Alemania desde 1992 en normas para la lucha contra el delito y, de forma muy radical, algunos Decretos presidenciales en Rusia desde 1994 que conceden enormes prerrogativas a los órganos policiales, sin control judicial, ante simples sospechas de pertenencia a una banda criminal.

85. Sobre ello, *vid.*, P.M. ROHE *Verdeckte Informationsgewinnung mit technischen Hilfsmitteln zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität. Zugleich eine rechtsvergleichende Analyse der polizeilichen Abhörbefugnisse in den U.S.A.*, Frankfurt a.M. y otros, 1998.

86. Se trata de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DOCE L, n.º 190, de 18 de julio de 2002).

87. Por lo que se refiere a España, se han dictado dos leyes para dar cumplimiento a las obligaciones que establece la citada Decisión marco, así la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la Ley sobre la orden europea de detención y entrega y la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega (BOE n.º 65, de 17 de marzo de 2003), que entraron en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE.

88. Sobre ello, *vid.*, recientemente el volumen monográfico *Cooperación policial y judicial en materia de delitos financieros, fraude y corrupción*, J.C. FERRÉ OLIVÉ (Ed.), vol. IV, Salamanca, 2003.

89. Creado definitivamente en el Consejo JAI 28 de febrero de 2002 “para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia”.

Revista Penal

Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea

apertura de procedimientos penales y que actúe coordinadamente con jueces, fiscales y policías de cada Estado miembro⁹⁰. Las conclusiones de dicho Consejo de Tampere aprobaron, asimismo, modernizar los métodos de persecución existente; consagra el reconocimiento mutuo de sentencias, flexibilizar las normas de extradición, supresión del principio de doble incriminación (artículo 77) y el de una magnitud determinada mínima de la pena a partir de la cual se permita la entrega del extraditable.

3.º Articular medidas de protección de personas que denuncian casos de corrupción y determinar la obligación de denunciar el conocimiento de estos hechos. De forma acertada, la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, a la vista de los resultados positivos que tales Programas han tenido en el Derecho comparado contempla la figura del testigo protegido en su artículo 32⁹¹. La finalidad general que anima esta normativa consiste en asegurar el anonimato de las declaracio-

nes, establecimiento de medidas de protección personal y familiar, cambio de identidades, retribuciones económicas, exención del cumplimiento de obligaciones penales y civiles, etc.

4.º Potenciar los beneficios penológicos que permiten las figuras del arrepentimiento activo, causas personales de levantamiento de la pena o las excusas absolutorias a favor de quien denuncia hechos de corrupción⁹². Estas figuras dogmáticas están animadas por consideraciones fundamentalmente utilitarias y de oportunidad⁹³, pues no hay duda del importante papel que puede desempeñar el arrepentido que colabora eficazmente con la Administración de Justicia para esclarecer delitos cometidos o prevenir otros planeados en el futuro y desarticular así el entramado de redes ilegales⁹⁴.

5.º Inversión de la carga de la prueba y medidas antiblanqueo de capitales.

La mayoría de los países miembros de la Unión Europea han tipificado el delito de blanqueo de

90. La potenciación del papel que ha de jugar un Ministerio Fiscal a nivel nacional y europeo totalmente independiente del poder político es una medida muy recomendable en la lucha contra la corrupción; en este sentido, J.C. FERRÉ OLIVÉ, "Corrupción y fraude de subvenciones", *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción*, a cargo de J.C. Ferré Olivé, Salamanca 2002, pág. 18.

91. En España, además de castigar en el artículo 464 CP el empleo de violencia o intimidación para influir directa o indirectamente en testigos, abogados, procuradores, peritos o intérpretes, se ha promulgado en 1984 la Ley de protección de testigos y peritos en causas criminales. El Consejo de Europa desde 1994 ha adoptado alguna decisión en este sentido al igual que la Resolución no vinculante de la UE en 1995 "relativa a la protección de testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia internacional organizada". En Estados Unidos, se estima que unos diez mil criminales han sido condenados por los testimonios manifestados por estos testigos especialmente protegidos, comparativamente el doble de sentencias condenatorias que las dictadas en procesos análogos sin el régimen del sistema de protección de testigos. Con más amplitud, *vid.* IGLESIAS RÍO, "Panorámica comparativa que presenta el fenómeno asociativo criminal en la actualidad", *Las entidades sin fin de lucro: estudios y problemas*, *op. cit.*, 1999, esp. págs. 119 y ss.

92. Contemplado en la *Convención Interamericana Anticorrupción de 1996*; en la Comunicación de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento de 21 de mayo de 1997 y en la Convención civil contra la corrupción de 1999, aprobada por el Consejo de Europa.

93. Y, precisamente, ésta es la razón por la cual critica el Prof. F. MUÑOZ CONDE que la búsqueda unilateral de eficacia "puede llevar a convertir la política de cualquier Estado en un puro pragmatismo y, finalmente, en una cuestión de oportunismo político", que se compadece mal con el principio de legalidad, *cfr.* "Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada", *La criminalidad organizada ante la justicia*, F. Gutiérrez-Alviz Conradi (dir.), Sevilla 1996, págs. 144-147.

94. Los Códigos penales europeos no ofrecen un tratamiento sistemático de estas figuras; únicamente mantienen disposiciones tradicionales, salpicadas a lo largo de la Parte general (arrepentimiento espontáneo, desistimiento voluntario en la tentativa, reparación del daño, etc.) y en algunos delitos de la Parte especial (delitos contra la salud pública, contra la Administración pública, contra el medio ambiente, etc.). En Italia, el comportamiento de los *pentiti* ha merecido importantes beneficios legales penológicos (sintetizados en el iter: prisión provisional para "hacer hablar" —arresto domiciliario-puesta en libertad—), aunque sus declaraciones no hayan sido o sólo apenas eficaces para la obtención de pruebas en la lucha antimafia, siempre que demuestren haber roto con la asociación criminal. Estas medidas contribuyeron a partir de 1992 a detener a más de quinientas personas implicadas en organizaciones mafiosas, en torno al denominado proceso Tangentopoli, encabezado por los Magistrados milaneses Mani pulite, *cfr.*, ZANCHETTA, P.L., "Tangentopoli"; asimismo, cabe citar en Italia la Ley 13 de febrero de 2001 de reforma *della disciplina della protezione e del trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia nonché disposizioni a favore delle persone che prestano testimonianza*; sobre ello, *vid.* la monografía *Sequestro. Animafia e Amministrazione Giudiziaria. Consiglio Nazionale di Dottori Commercialisti*, Milano 2002. Entre perspectiva políticas y soluciones judiciales", *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, ed. P. Andrés Ibáñez, Madrid 1996, págs. 85-86.

A nivel comunitario, después de algunos intentos fracasados anteriores, la presidencia italiana consiguió aprobar en 1996 la *Resolución del Consejo relativa a los colaboradores con la justicia en el marco de la lucha contra el crimen organizado (DOCE C, n.º 10, 11 de enero de 1997)* tratando de crear un estatus particular a favor de los "colaboradores", consistente fundamentalmente en la "posibilidad de no ser perseguidos o condenados, beneficiarse de reducciones de penas o tener un acceso prioritario a la libertad condicional". Estas estrategias, no representan desde luego, una solución milagrosa porque la confesión sólo es un elemento más de prueba pero, por sí sola, no se convierte en un medio probatorio definitivo.

D o c t r i n a

capitales a lo largo de la década de los años noventa⁹⁵; incluso han anticipado el ámbito de incriminación a las denominadas formas de resolución manifestada, actos preparatorios de provocación, conspiración y proposición para delinquir, tal y como dispone el artículo 304 CP español.

El blanqueo de capitales constituye uno de los métodos más característicos destinados a transparentar los ingentes beneficios económicos obtenidos de las prácticas corruptas⁹⁶. Las libertades de movimientos de capitales en el marco de la UE, sumado a la posibilidad de rápidas transacciones bancarias electrónicas a nivel internacional acrecienta el problema y dificulta al mismo tiempo su persecución. Las estrategias de blanqueo permiten al grupo criminal infiltrarse en los circuitos económicos con apariencia de total legalidad. Pero, precisamente, esta necesidad de regularizar los importantes rendimientos delictivos, abre el camino para rastrear el itinerario de su salida y llegada; se convierte en su punto débil, en su talón de Aquiles⁹⁷.

La Unión Europea inició en 1991 una decidida campaña de persecución antiblanqueo después de la aprobación de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas “sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales”, modificada parcialmente por la Directiva 2001/97/CE con fecha de 4 de diciembre de 2001⁹⁸. Además del levantamiento del secreto bancario, autoriza el acceso a cuentas corrientes, y determina la obligación bancaria de

comunicar aquellas operaciones sospechosas de blanqueo o de identificación de estos clientes⁹⁹ y, después de la modificación de 2001, tales deberes se amplían a otras determinadas actividades y profesiones no estrictamente financieras que se consideran “vulnerables” a las pretensiones de los blanqueadores de capitales; entre ellas se incluyen interventores de cuentas, agencias inmobiliarias, notarios, profesionales del Derecho que efectúan operaciones financieras, asesores fiscales, tratantes de piedras y metales preciosos, marchantes de arte, transportistas de fondos o gerentes de casinos. Estas Directivas catalogan asimismo indicadores que fundan la sospecha en el blanqueo de dinero, la clase de documentos y el tiempo que han de conservarse así como el modo de acceso central a las informaciones¹⁰⁰.

Uno de los mayores problemas que entraña la persecución del delito de blanqueo de capitales y del opaco entramado que rodea a la corrupción en general, reside en su elevada dificultad probatoria. Para paliar esta situación y con una perspectiva unilateral de búsqueda de eficacia, son numerosos los ejemplos legislativos recientes que contemplan la *inversión de la carga de la prueba* o la *introducción de presunciones de culpabilidad* ante vagas sospechas o indicios no muy sólidos que naturalmente menoscaban el principio de culpabilidad y de presunción de inocencia¹⁰¹; se ha producido así el abandono de algunos de los postulados garantistas que tradicionalmente se venían considerando incuestionables, descalificados ahora por ser exce-

95. Estados Unidos inició ya en 1970 las primeras versiones en este sentido a través de la legislación RICO (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*).

96. Las cifras que manejan las distintas fuentes consultadas no son verdaderamente coincidentes. La valoración del Fondo de Garantía Internacional en 1997 indica que la criminalidad organizada en sentido amplio mueve una economía anual entre 450 y 750 miles de millones de dólares que necesitan ser blanqueados. La mafia italiana lavó anualmente entre 21 y 24 billones de dólares desde 1990.

97. K. KOTTKE *Schwarzgeld – was tun?*, Freiburg, Berlin, München 1997, *passim*.

98. Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (*DOCE L*, n.º 344, de 28 de diciembre).

99. Sobre la conveniencia de establecer imperativamente deberes de información, precontractuales o postcontractuales, en el ámbito de las relaciones de Derecho Privado, *vid.*, J.R. GARCÍA VICENTE, “Corrupción y Derecho privado: notas generales”, *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, *op. cit.*, 2000, págs. 51-54.

100. En esta materia, resulta sobradamente conocida la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes de 1988 que contempla medidas de comiso, asistencia judicial recíproca y prohíbe la invocación del secreto bancario; en una línea análoga discurre la Convención del Consejo de Europa sobre el blanqueo, identificación y comiso de los efectos económicos derivados del delito en 1990, incriminando incluso modalidades imprudentes respecto de quien debería haber presumido que los bienes sospechosos tenían origen delictivo. Se recoge igualmente en el art. 16 de la *Convención Interamericana Anticorrupción de 1996*.

101. Por esta razón, reconoce H.C. SCHAEFER que las propuestas de inversión de la carga de la prueba aunque puedan ser eficaces “los dogmáticos lo verán como un pecado mortal procesal-penal”, *cf.* “Organisierte Kriminalität aus Sicht der Justiz. Die unterschiedlichen Rollen von Polizei und Justiz in unserem rechtsstaatlichen Verfahrenssystem”, *Kriminalistik*, 1997 n.º 11, pág. 30; RISCH, H., “Europa und die innere Sicherheit. Ergebnisse eines Forschungsprojektes”, *Kriminalistik* 1997-2, pág. 84, en relación con la interceptación de las “ganancias ilegales”; por su parte, K.H. LENHARD considera “imprescindible” legislar en este sentido para hacer frente a la nueva criminalidad, *cf.* “Est ist fünf vor zwölf. Zur Organisierten Kriminalität und ihrer wirksamen Bekämpfung”, *Kriminalistik* 1989 n.º 4, pág. 196.

Revista Penal

Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea

sivamente formalistas y hacer impotente al proceso penal en materia de lucha anticorrupción¹⁰², a costa, claro está, de hacer “saltar determinados dogmatismos en nombre de un rudo empirismo”¹⁰³.

Con un carácter abierto y meramente ejemplificativo pero suficientemente ilustrativo de esta tendencia, baste mencionar el contenido del artículo 28 del Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción que dispone que “*el conocimiento, la intención o el propósito que se requieren como elemento de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas*” (prueba de indicios); entre los delitos a los que se refiere esta Convención se encuentra recogido, en su artículo 23, el blanqueo del producto del delito.

Otra de las novedades de esta Convención se dirige a la creación del “*delito de enriquecimiento injusto*”, obligando al funcionario público, agente de la autoridad o al particular a que demuestre que los regalos u otros efectos recibidos no guardaban ninguna relación con el desempeño de su función, así como a aportar una explicación convincente del origen lícito del espectacular incremento de su patrimonio, cuando fuera el caso¹⁰⁴. A nivel interno europeo, una presunción de esta naturaleza ha sido incorporada recientemente al Derecho portugués por Ley 5/2000, de 5 de enero¹⁰⁵; destaca también una Ley francesa antiblanqueo de 1996 cuyo contenido se ha reflejado en el nuevo artículo 222.39.1 CP, tipificando la imposibilidad de demostrar su elevado tren de vida respecto de sujetos relacionados con el tráfico de drogas y blanqueo de capitales (disposición análoga a la que ya existía en el ámbito del proxenetismo).

Recapitulación

Apuntadas todas estas posibilidades alternativas de lucha contra la corrupción, comienzan verda-

deramente los problemas para su inmediata y eficaz aplicación práctica. De un lado, porque se trata de fenomenologías criminales relativamente novedosas que plantean importantes desafíos a los instrumentos tradicionales de persecución del delito. De otro lado, porque nuestra moderna sociedad globalizada y del riesgo padece una criminalidad igualmente globalizada a la que hay que hacer frente con medidas de cooperación internacional y de naturaleza multidisciplinar en diversos frentes, sin descartar las tendencias a una sensibilización cultural y de educación ciudadana en valores ético-sociales de honradez y de respeto a la ley.

Este panorama se ha traducido en una preocupante expansión del Derecho penal y en una transformación profunda de los criterios clásicos de imputación procesal-penal, acentuando unilateralmente finalidades preventivas y de eficacia que tienen las connotaciones propias de una legislación de excepción, con el correlativo menoscabo del respeto a derechos fundamentales indeclinables en el contexto material de un Estado de Derecho. Las actuaciones deberán estar presididas, por tanto, por criterios de subsidiariedad y proporcionalidad frente a cualquier generalización indiscriminada de tipificación de conductas. En definitiva, el objetivo reside en el punto de equilibrio razonable entre la prevención y la garantía, dado que el Derecho penal no puede concebirse sólo como un instrumento represor, sino también como protector de libertades individuales.

Sin embargo, la compleja sociedad contemporánea no sólo está amenazada frente a posibles tentaciones abusivas o arbitrarias procedentes de las instancias públicas, en el sentido liberal decimonónico, sino también existen fuentes de peligro enormemente desestabilizadoras y potencialmente amenazantes para derechos y libertades públicas e individuales que proceden de las grandes multinacionales, mayorías ideológicas

102. Algunas críticas sobre ello, en H.-J. ALBRECHT “Organisierte Kriminalität und neuere Strafprozessreformen in Deutschland”, *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, A. Eser Hrgs., Baden Baden, 1998, págs. 311 y ss.

103. E. FASSONE, “La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada”, *64 CPC* 1997, págs. 117-118. También, M. PAPA “La nouvelle législation italienne en matière de criminalité organisée”, *RSCDPC*, 1993, págs. 726-734.

104. En concreto, su artículo 20 castiga como enriquecimiento ilícito “*el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él*”... Una variante complementaria a esta fórmula, era la propuesta por la Delegación de Filipinas, “En estos casos, se presumirá que esos bienes se han adquirido ilícitamente”. Una figura entendida en términos similares se ha incorporado al ordenamiento argentino por la Ley 16648, así como también en la legislación de Costa Rica, Colombia o Chile, respecto del castigo a funcionarios y empleados públicos en caso de imposibilidad de demostrar la procedencia del enriquecimiento después de acceder a su cargo, cfr., FERRÉ OLIVÉ, “Corrupción y fraude de subvenciones”, *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción*, op. cit., 2000, págs. 19-20; y, con una gran amplitud informativa, la panorámica que ofrece la *Revista Penal* n.º 3, 1999, págs. 127 y ss.

105. Sobre ello, vid., E. DAMASO SIMÕES, “Principais instrumentos legislativos para a prevenção e represão da fraude e da corrupção em Portugal”, *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción*, op. cit., 2000, pág. 178. También la legislación italiana ha experimentado recientes procesos de reforma a través de la Ley n.º 409 de 23 de noviembre de 2001 y el Decreto Ley antiblanqueo de 22 de febrero de 2002.

D o c t r i n a

de gran influencia, mafias macrocriminales que controlan la vida socio-política y económica en determinados espacios territoriales, etc. Esta situación se identifica recientemente con la expresión “soberano privado supraestatal” que, opera de hecho, como una más de las fuentes formalizadas de poder y que obliga quizás a un replanteamiento de los postulados ilustrados y de los

parámetros que enjuician las formas de legitimación en la intervención estatal; el coste pasaría por hacer compatible la renuncia a una pequeña parcela de autonomía o libertad individual a favor de una protección del Estado, como mal menor ante el mayor precio que quizás habría que saldar frente a los grupos criminales organizados.