

Corrupción, globalización y derecho penal económico

Lección de Apertura del Año Académico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), expuesta el día 26 de marzo del año 2015 en el Anfiteatro Monseñor José Dammert Bellido de la Facultad de Derecho de la PUCP

JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO*

Señor Decano de la Facultad de Derecho, doctor Alfredo Villavicencio Ríos, señor Director de Estudios, doctor Iván Meini Méndez, señora Secretaria Académica, magíster Gabriela Ramírez Parco, distinguidos colegas, señoras, señores, comienzo por agradecer el honor y la satisfacción que para mí supone la encomienda de pronunciar esta lección de apertura del curso académico en esta Facultad de Derecho en la que, en reiteradas ocasiones, he tenido la oportunidad de ocupar esta tribuna.

1.

Tal como sugiere el título de esta lección, el examen de la corrupción, si deseamos que sea científico, ha de ser abordado en su contexto político-económico —la globalización— y ha de abarcar el examen crítico de las respuestas con las que la afronta el sistema jurídico-penal. La hipótesis de partida es que hoy la corrupción solo puede entenderse como fruto de la economía globalizada: un mercado mundial único caracterizado por el crecimiento exponencial de las transacciones internacionales y el auge de los intercambios de divisas, por el desplome de los sistemas de economía planificada, por la desregulación de las finanzas —impulsada en su momento por Thatcher y Reagan— y su predominio sobre la economía real, por el ritmo acelerado de la innovación y la comunicación, o por la deslocalización de inversiones e iniciativas empresariales que se desconectan de cualquier referencia territorial. Estos son factores que identifican a la globalización, pero también explican el incremento de la corrupción y sus contenidos específicos.

Una corrupción que hunde sus raíces y despliega sus efectos en el marco globalizador, solo puede ser combatida en el plano estructural. Pero ahí, la política penal se revela insuficiente: en ese combate es necesario implementar políticas económicas dirigidas no ya a neutralizar las

* Doctor Honoris Causa de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España). Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Cádiz (España). Correo electrónico: juan.terrardillos@uca.es

manifestaciones epifenoménicas de la corrupción, sino, sobre todo, a superar las limitaciones del sistema que la alberga.

II.

Los diferentes significados de la corrupción comparten un denominador común: el etimológico. *Corruptio* es descomposición de una sustancia orgánica. A partir de ahí, el término da cobijo a contenidos muy distintos. El Código Penal del Perú, por ejemplo, a semejanza del español, lo emplea en el ámbito de los delitos contra la indemnidad sexual de los menores, del artículo 183. Pero también criminaliza, con *nomen iuris* propio, dentro de los delitos contra la Administración Pública, la «corrupción de funcionarios».

Como digresión hay que anotar que, en el Diccionario de la Real Academia Española, la corrupción de funcionarios se define como «práctica consistente en la utilización de las funciones y medios —públicos— en provecho de sus gestores». Es una «práctica», un modo de hacer las cosas, mientras que la «corrupción de menores» es, para los académicos de la lengua, un delito. La diferente calificación refleja la distinta valoración social, fuertemente peyorativa en el caso de la corrupción sexual del menor, pero resignada cuando afecta, como un mal menor naturalmente arraigado, a la gestión de la cosa pública.

Al margen de la corrupción de menores, las diferentes definiciones de corrupción se agrupan en dos categorías básicas, según incorporen, o no, la intervención de servidores públicos que actúan contra los intereses colectivos. Las definiciones que lo hacen van referidas a la corrupción política o pública; las que no lo hacen, son aplicables, también, a la privada o corrupción entre particulares. Aquí nos vamos a mover en el ámbito de la primera: de hecho es la que se maneja en los foros político-criminales.

Es cierto que la corrupción entre particulares tiene consecuencias que trascienden los intereses privados y que adquieren dimensión institucional-colectiva, lo que explica el creciente reconocimiento legal de la corrupción privada. Tipificada, por ejemplo, en los artículos 286 bis y 445 del Código Penal español, o en los 358 y 359 del Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal del Perú, presentado al Congreso de la República el 14 de mayo de 2014. Pero desde una perspectiva criminológica, se interpone entre ambas categorías una diferencia determinante: los objetivos del sector privado se limitan a la obtención de la máxima rentabilidad, mientras que, en el público, alcanzan la tutela de los derechos, intereses, principios e instituciones constitucionalmente consagrados. Esos son los objetivos que la corrupción pública supedita a los intereses particulares, desviando en su favor el funcionamiento de la Administración.

13

CORRUPCIÓN,
GLOBALIZACIÓN Y
DERECHO PENAL
ECONÓMICO

Esta última, de acuerdo con el artículo 103 de la Constitución española, «sirve con objetividad los intereses generales y actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho»; a lo que el artículo 39 de la Constitución Política del Perú añade que los funcionarios y trabajadores públicos «están al servicio de la Nación». En consecuencia, el sistema punitivo debe responder a las conductas que entren en contradicción extrema con estos principios.

Una vez situados en el plano de lo público, procede distinguir entre la mera corrupción del político, manifestada paradigmáticamente en los delitos de abuso de autoridad, en los de cobro indebido o en los de peculado —artículos 376, 383 y 387 del Código Penal peruano— y los propios delitos de corrupción política —los que aquí interesan—, en los que concurren intereses e incentivos privados: es el particular quien, con su poder económico, corrompe al servidor público. Estas conductas, por otra parte, son las que suscitan una mayor inquietud social. En España, la corrupción política constituye la preocupación fundamental de un 63% de los ciudadanos. Y a ella van referidos los informes más reconocidos en la materia, por ejemplo, los índices de percepción de la corrupción elaborados por Transparencia Internacional.

Permítaseme otro dato, aparentemente contradictorio: el 94% de los españoles mantiene que ningún funcionario público le ha solicitado nunca compensación alguna para acelerar o determinar la resolución de un asunto. Es decir, una población que percibe la corrupción pública como un mal sistémico, no acumula experiencias de deshonestidad en los funcionarios de a pie con los que trata. Su preocupación se centra en quienes, en el organigrama administrativo, ocupan la jerarquía y pueden, en consecuencia, tomar decisiones de la mayor trascendencia económica, social y política. Preocupa la corrupción grave, que no es la propia de servidores públicos con competencias subalternas, sino la que solo puede ser protagonizada por autoridades políticas de alto nivel. Es en este ámbito en el que conviene centrar la lupa político-criminal.

La corrupción política no es, empero, solo la que implica a autoridades y funcionarios públicos. Conciérne también a quienes, sin serlo formalmente, tienen *de facto* posibilidades reales de decidir sobre los asuntos públicos. Es el caso de la cúpula directiva de empresas privadas que, cada vez en mayor medida, gestionan servicios públicos. Para que estos sujetos no queden a cobijo del derecho penal, se puede proceder a nuevas tipificaciones *ad hoc* de corrupción entre particulares, o, más razonablemente, se puede ampliar el concepto de funcionario, hasta abarcar las situaciones de hecho, tal como se ha entendido en la mayoría de convenciones internacionales.

Entre los poderes públicos *de facto*, ameritan una especial consideración los partidos políticos. A tenor del artículo 35 de la Constitución Política

del Perú, «concurrer a la formación y manifestación de la voluntad popular». El artículo 6 de la Constitución española, añade «son instrumento fundamental para la participación política». Se trata, así, de organizaciones de derecho privado con funciones de trascendencia pública, pues, cuando sus militantes acceden a las instituciones, traducen en resoluciones de diverso orden —desde leyes orgánicas a actos administrativos singulares— las decisiones políticas del partido.

De este modo, la mayoría de los casos de corrupción pública reflejan decisiones de las cúpulas partidarias, que, así, integran, en lo criminológico y en lo normativo, la lista de eventuales sujetos activos de estos delitos. De hecho, en su *Barómetro Global de la Corrupción 2013*, Transparencia Internacional refleja que en 51 países se considera a los partidos como la institución más corrupta. En el caso de España, los datos dan pie a la desconfianza ciudadana. El Fiscal Jefe del Tribunal de Cuentas concluye, en su informe sobre el año 2012 —el último hecho público— que «todos los grandes partidos, [...] han cometido, supuestamente, delitos fiscales y/o de falsedad documental», por medio de «condonación ilegal de deudas, cuentas sesgadas en las que no se computan los gastos e ingresos reales, extraños préstamos a fundaciones desconocidas, donaciones ilegales, etcétera». Así pues, la presencia de los partidos ha de tenerse en cuenta en el diseño de estrategias anti-corrupción eficaces.

III.

Pero afrontar la corrupción política, que es criminalidad «a dos», requiere considerar no solo a los servidores públicos: hay que actuar también sobre el otro pilar, la corrupción privada en que se asienta la pública. Para hacerlo es imprescindible aceptar, como punto de partida, que la gran criminalidad económica, normalmente organizada y supranacional, alcanza sus modalidades más graves cuando a su lesividad económica añade la derivada de la corrupción de las administraciones públicas y de sus agentes.

En efecto, las decisiones de inducir la corrupción tienen un precio, tan alto como importantes sean las competencias del funcionario corrupto; precio que paga un *delincuente de cuello blanco*, en el ámbito de su actividad profesional-empresarial, a la vista de los beneficios económicos que le puede reportar la ilegal operación. A su vez, esos beneficios serán ingentes, no accesibles a la delincuencia patrimonial tradicional, y solo posibles en el entorno de las grandes obras públicas, de la concesión de servicios públicos —vitales para amplios sectores de población—, de privatizaciones con rentabilidad anunciada, etcétera. El envés de los exorbitantes beneficios de corruptos y corruptores es la dañosidad de estas maniobras para con los derechos e intereses de

mayorías significativas, damnificadas por la asignación aberrante de los recursos públicos y por la supeditación de los objetivos sociales a otros, particulares, incompatibles con ellos.

Concurren, pues, en la corrupción política todos los elementos de la delincuencia socioeconómica, a los que se añade la perversión de los responsables de las instituciones públicas. Este dato es determinante: el combate contra la corrupción política, para ser eficaz, ha de incorporar: a) estrategias político-criminales de amplio espectro dirigidas a blindar la independencia y lealtad institucional de los servidores públicos; y b) estrategias de política económica dirigidas a yugular, *in nuce*, las iniciativas corruptoras procedentes del sector privado.

IV.

El estudio de las primeras, desde una perspectiva iuscomparatista, revela un panorama definido, en términos generales, por un arsenal penal insuficiente, por un procedimiento tan obsoleto como inadecuado, y por notorias lagunas en el control de las administraciones públicas.

IV.1.

En derecho penal sustantivo comparado, los delitos de cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, peculado, y actividades prohibidas a los funcionarios públicos constituyen el núcleo criminalizador esencial. Todos están contruidos en torno a la autoridad o funcionario que, en el ejercicio de su cargo, actúa favoreciendo intereses privados, propios y/o ajenos, en detrimento de los públicos, cuya tutela y promoción tiene asignados. Pero la figura que encarna el paradigma de la corrupción es el cohecho: prototípico delito de encuentro, en el lenguaje dogmático, abarca —a través de sus modalidades de propio/impropio, activo/pasivo, genérico/específico— conductas de gravedad diferente, pero con un denominador común, que resulta criminológicamente decisivo: todas enfrentan los dos rostros de la corrupción, quien corrompe y quien es corrompido.

Sin embargo, la tipificación penal de una conducta no comporta, por sí sola, el éxito en su erradicación. Las limitaciones del derecho penal sustantivo se sitúan ya en el planteamiento inicial: si se busca respuestas efectivas, que no se agoten en mera función simbólica, se impone un cambio de paradigma. Quien quiera, en el siglo XXI, ganar esta batalla «tendrá que utilizar [como aconseja Meini] algo más que lanzas y piedras, y valerse de un arsenal más sofisticado», desarrollando conceptos y criterios de imputación específicos, idóneos para integrar un derecho penal de la función pública asentado en dos pilares básicos: tutela de esta como servicio a los ciudadanos, y responsabilidad penal específica de los servidores públicos.

15

CORRUPCIÓN,
GLOBALIZACIÓN Y
DERECHO PENAL
ECONÓMICO

Es preciso, pues, afinar el instrumental dogmático y adecuar el arsenal punitivo a las características de estos delitos. Lo cual es algo muy distinto a afrontarlos mediante el recurso, tan manido como inane, de ampliar el catálogo de conductas punibles o de intensificar la contundencia de las penas. Se trata de opciones que solo han servido, en clamorosa «huida al Derecho penal», para que los poderes públicos limitaran sus compromisos político-criminales a reformas de la ley penal en clave punitivista, olvidando otros mecanismos de prevención que, aunque más complejos técnicamente y menos rentables electoralmente, resultan más eficaces.

IV.2.

Los instrumentos jurídico-procesales han evolucionado con más parsimonia, incluso, que los penales sustantivos. En el ejemplo español, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nacida en 1882, ha sido víctima de continuas labores de parcheado que han difuminado sus perfiles originarios, pero no han sido capaces de implementar un engranaje apto para afrontar con agilidad y eficacia las modernas formas de delincuencia. Y si bien la corrupción pública no es una novedad, presenta hoy modalidades que ni remotamente pudieron estar en el horizonte del legislador del siglo XIX. El propio presidente del Tribunal Supremo español ha denunciado que nuestra legislación procesal «está pensada para el robagallinas, no para el gran defraudador».

La generalización de la corrupción pública, la utilización por el poder político de todos los resortes que maximicen la rentabilidad económica y que garanticen la impunidad, la frecuente condición de «aforados» de los responsables, la implicación —ya en el lado privado— de complejas estructuras empresariales, generalmente transnacionales, las dificultades de seguir el *iter*, también supranacional, de los instrumentos y beneficios del delito son, solo a título de ejemplo, algunos de los factores que obstaculizan la tramitación de los procesos, lo cual evita el pronunciamiento de sentencias condenatorias. Esta consecuencia es lamentable, por cuanto la corrupción política es criminalidad de cuello blanco protagonizada por «delincuentes de cálculo»: la alta probabilidad de evitar la condena y, si llega a pronunciarse, de eludir la ejecución de la pena carcelaria o pecuniaria, o de burlar el decomiso de los bienes, anulan la presunta capacidad desincentivadora de la norma penal.

Para que la conminación penal no quede en agua de borrajas, ha de quedar garantizada, en primer lugar, la práctica exhaustiva de la prueba en el seno de un procedimiento ágil y sin interferencias externas. Esto seguramente es factible solo en un contexto de transparencia y control de las decisiones administrativas. Es igualmente necesario prescindir de adherencias extraprocesales que interfieren en la tramitación de las

17

CORRUPCIÓN,
GLOBALIZACIÓN Y
DERECHO PENAL
ECONÓMICO

causas. Por ejemplo, la complejidad que lastra a los denominados macroprocesos, a veces provocada por hábiles abogados defensores o por jueces con vocación de «estrella». Son procesos de fronteras indefinibles y de duración infinita; parecen abarcarlo todo pero están abocados a la nada: como fabulara Samaniego, «estos montes, que al mundo estremecieron, un ratoncillo fue lo que parieron». Parto de los montes; garantía de impunidad, en definitiva.

En España, para responder a esta patología, el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —aprobado el 13 de marzo— fija una duración máxima a la instrucción penal de seis meses y, en causas complejas, de 18, ampliable por igual plazo. Por otra parte, se prevé que cada delito genere una instrucción «singular y diferenciada», lo que, presumiblemente, evitará la elefantiasis procesal fruto de la concatenación de piezas heterogéneas en procesos «macro» con capacidad para engullirlo todo sin digerir nada. Plazos de prescripción excesivamente cortos pueden, también, enervar la eficacia de los procesos y garantizar así la impunidad. En un sector de la criminalidad caracterizado por la opacidad y en el que se acumulan las dificultades objetivas de investigación y persecución —por ejemplo, el poder de los imputados—, se impone una ampliación de los plazos de prescripción que deben ajustarse, al menos, a la probable dificultad de la investigación y juzgamiento de los delitos a examen.

Igualmente, la proliferación de aforamientos (17600 aforados en España) introduce un elemento perturbador en el enjuiciamiento de los servidores públicos acusados de corrupción. Ya los jueces decanos de España, reunidos en sus XXIV Jornadas Nacionales, celebradas en diciembre de 2014, reivindicaban una revisión profunda y una reducción sustancial de los aforamientos. Sin embargo, tampoco en este punto parecen imponerse criterios uniformes de política legislativa.

La independencia del Ministerio Fiscal —cuestión que, situada en el plano constitucional, rebasa la problemática del proceso— es otro requisito, *sine qua non*, para afrontar coherentemente el combate contra la corrupción, que es combate contra sujetos detentadores de amplios poderes, a cuya presión quizá le resulte difícil sustraerse al propio Ministerio Público. De ahí que, para asegurar su independencia, sea necesario blindar la institución, tanto *ad extra*, frente a injerencias del poder ejecutivo, como *ad intra*, implementando contrapesos que aseguren a los fiscales, frente al poder interno de sus superiores, un ámbito de autonomía funcional presidido por el principio de legalidad.

Por su parte los indultos, alguno verdaderamente escandaloso, constituyen un perverso expediente arbitrario, demasiado sensible a la capacidad de presión e influencia de quienes ejercen el poder político o económico. A la espera de la definitiva supresión de esta figura, que

no encaja en un sistema de división de poderes, se impone eliminar, al menos, la posibilidad de que se conceda a quienes delinquieron en el ejercicio de sus poderes públicos. No es esta la opción por la que se ha decantado el legislador español, y el Proyecto de Reforma del Código Penal español, ya aprobado en el Senado, se limita a ordenar que el Gobierno informe semestralmente al Congreso de los Diputados sobre los indultos concedidos y denegados.

En paralelo a los indultos, ha de analizarse el fenómeno de las regularizaciones fiscales, auténticas amnistías encubiertas que privilegian a defraudadores y/o corruptos. En España, el Real Decreto Ley 12/2012 permitió la regularización de los capitales evadidos, gravando la operación con un tipo impositivo muy inferior al general. No solo se otorgó a los grandes evasores inmunidad penal, también disfrutaron un tratamiento fiscal de favor, con efectos claramente criminógenos. Hoy sabemos que una parte relevante de los evasores beneficiados son o eran autoridades o altos funcionarios.

Finalmente, resulta indispensable dotar a la justicia penal de medios idóneos. Más y mejores jueces, pero también más peritos especializados, más policía judicial experimentada y más recursos para las fiscalías anticorrupción. Solo un dato: según la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), para equiparar la Administración tributaria española con la media europea, se necesitarían 26718 nuevos funcionarios. Es obvio que mientras los corruptos cuenten con más medios para eludir la acción de la justicia que esta para perseguirlos, la batalla puede darse por perdida. La potenciación de medios técnicos y humanos incorporados al proceso penal es *conditio sine qua non* para superar otra de las tradicionales limitaciones de nuestros modos de afrontar la corrupción: la irrecuperabilidad de los fondos públicos ilegítimamente sustraídos.

En ningún caso [denuncia Galeano], nunca nadie en la historia de América Latina ha sido obligado a devolver el dinero que robó: ni los presidentes derribados, ni los ministros renunciados por comprobada corrupción, ni los directores de servicios públicos, ni los legisladores, ni los funcionarios que reciben dinero por debajo de la mesa. Nunca nadie ha devuelto nada. No digo que no hayan tenido la intención: es que a nadie se le ocurrió la idea.

Las responsabilidades civiles son, en efecto, objeto de frecuente elusión, lo que supone tanto como despreñar los derechos de los damnificados, que, en el caso de la corrupción política, somos todos. Y no se trata de cifras menores; el *International Herald Tribune* cifra el expolio que las prácticas corruptas provocan en los países en vías de desarrollo en 40 000 millones de dólares por año, de los que apenas se recupera el 1%. Supone también renunciar a los efectos preventivos derivados de

la amenaza seria, dirigida al eventual delincuente, de que no podrá disfrutar los beneficios del delito.

El carácter supranacional de la criminalidad económica organizada —protagonista o inductor de los *affaires* de corrupción más graves— requiere una respuesta jurisdiccional que actúe con agilidad por encima de las fronteras estatales. Si una de las reglas de oro de la globalización es la libre circulación de capitales, queda sin argumentos la pretensión de elevar barreras fronterizas a la persecución penal de quienes delinquen aprovechando precisamente las facilidades que brinda la deslocalización de actividades, de centros de imputación personal y de beneficios. Hay que concluir, pues, reivindicando la definitiva instalación en la materia del principio de jurisdicción universal, así como la implantación de espacios de auténtica colaboración legislativa, judicial y policial.

IV.3.

La reforma de leyes y procedimientos penales aparece, pues, como necesaria. Pero, dada la capacidad de autoprotección de los sujetos implicados, la eficacia ha de buscarse, ante todo, extramuros del sistema penal, utilizando preventivamente, en el ámbito político y administrativo, medios de inspección y de control externo e interno de la gestión pública, que la hagan más transparente. Es necesario empezar por impulsar el protagonismo que, en una sociedad democrática, corresponde a la ciudadanía, primera interesada en la eliminación de la corrupción.

Hay que comenzar por el desmantelamiento de los nichos de gestación de comportamientos corruptos: espacios de decisión política caracterizados por la opacidad y, por tanto, al abrigo de la rendición de cuentas. Es necesario enfrentar la confusión público-privado, de modo que las decisiones políticas tienen inmediata traducción en la economía de los particulares; la ausencia de mecanismos de control, institucionalizados o populares; la inmunidad ante la eventual exigencia de responsabilidades políticas o judiciales; el blindaje frente a los medios de comunicación independientes y plurales; o la presencia de un clientelismo asentado y de un sistema financiero cómplice que garantiza la rentabilidad de la corrupción y la impunidad de los corruptos.

La superación de estos espacios de connivencia estructural con la corrupción requiere poner en marcha mecanismos democráticos de transparencia y control. Así lo han reivindicado reiteradamente tanto organizaciones interestatales —por ejemplo el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa— como organizaciones no gubernamentales, por ejemplo Transparencia Internacional España. Esta última, en su informe de 2014, propuso la adopción de un amplio catálogo de medidas «drásticas y urgentes contra la corrupción». Entre

19

CORRUPCIÓN,
GLOBALIZACIÓN Y
DERECHO PENAL
ECONÓMICO

ellas, solo una de naturaleza criminalizadora: «Tipificar el delito de financiación ilegal de los Partidos políticos».

Se trata de una aspiración que finalmente ha hecho suya el Proyecto de Reforma del Código Penal. Aunque en términos cuestionables, criminaliza la oferta o aceptación de donaciones o aportaciones que infrinjan la Ley Orgánica 8/2007 sobre Financiación de Partidos, con lo que, al superponerse delito e infracción administrativa, se suscitan dificultades aplicativas que garantizan la inviabilidad de los nuevos preceptos. La pena es de multa si la cuantía de lo aportado excede los 100 000 euros anuales y de prisión si supera los 500 000. Pero quedan fuera del ámbito típico las donaciones de bienes inmuebles, así como la doble contabilidad o el falseamiento de las cuentas del partido. A cambio de estas inexplicables lagunas, el proyecto exhibe un rigor tan inusitado como disparatado, al prever que las penas de prisión se impongan tanto a las personas físicas como a las jurídicas: a los propios partidos. Imaginación no le ha faltado al legislador español.

Otra de las líneas de lucha contra la corrupción se dirige a potenciar la accesibilidad de los ciudadanos a la información sobre la cosa pública. Con ese objetivo, la Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, ha abierto un nuevo portal informático (transparencia.gob.es) que ofrece al ciudadano la información en poder de la Administración del Estado. El éxito alcanzado no parece satisfactorio: *Acces Infor* sitúa a España en el tercio inferior del *ranking* mundial de accesibilidad de la información, entre Tailandia y Costa de Marfil.

Finalmente, hay que acabar con el fenómeno coloquialmente conocido como «puertas giratorias». El cual consiste en el tránsito de directivos de empresas privadas a la función pública con regreso a los sectores de origen tras su paso por la Administración. En España, pretende regular esas abusivas situaciones una ley de 2006. No parece, sin embargo, que se hayan logrado éxitos relevantes. Desde esa fecha se han integrado en los consejos de administración de grandes compañías eléctricas más de 40 altos cargos, entre ellos los expresidentes del Gobierno González y Aznar. Entre 2007 y 2009 el Gobierno condonó deudas a estas empresas por valor de 3000 millones de euros. Otro ejemplo: el actual Ministro de Defensa ha suscrito, con la empresa armamentista en la que prestó sus servicios hasta pocos meses antes de la asunción del cargo, 32 contratos. El Ministerio no ha hecho público su importe total, aunque sí consta que tres de ellos supusieron un gasto de siete millones de euros. Resulta imprescindible compartir la advertencia del Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa: estas idas y venidas —nos dice— ilustran la necesidad de mejorar sustancialmente los mecanismos de verificación de bienes e intereses.

21

CORRUPCIÓN,
GLOBALIZACIÓN Y
DERECHO PENAL
ECONÓMICO

V.

Las políticas hasta ahora aludidas, que actúan en el plano penal, en el procesal, en el de control o en el de la transparencia, van dirigidas a evitar que el político, en cuanto servidor público, utilice los poderes que tiene legalmente conferidos para traicionar su función originaria. Pero sus resultados son limitados: las agencias especializadas insisten en que la gran corrupción pública ha permanecido blindada, de hecho, frente al sistema penal. Ciertamente que, en España, por ejemplo, más de 2000 políticos están imputados en 150 procesos penales abiertos por corrupción; pero este dato no aminora la importancia del fracaso preventivo, más bien la refuerza. Para el Consejo General del Poder Judicial, «la ineficiencia de la Justicia Penal frente a los fenómenos de corrupción es patente». No puede ser de otro modo: si la corrupción política es solo una modalidad de criminalidad económica, las políticas preventivas no pueden limitarse a actuar sobre los funcionarios, han de hacerlo también sobre el modelo económico que los utiliza como instrumento.

Ese modelo, el de la desregulación propia de la globalización económica, es el caldo de cultivo que garantiza la primacía de la economía —privada— sobre las políticas públicas. Cuando estas se subordinan a aquella, la corrupción se instala en las estructuras del sistema. De ahí que el primer paso de una política preventiva eficaz sea el fortalecimiento de la intervención estatal en la dinámica económica, una vez admitido que la *lex mercatoria*, presentada por algunos como principio racionalizador de la economía, en la práctica se identifica con la *ley de la selva*, en la que el pez grande —el que mejor compete— termina comiéndose al pez chico —el perdedor disfuncional—.

De este modo, la corrupción se advierte como instrumento idóneo para garantizar esas ganancias, en nombre de la eficiencia, que prefiere, en obscenas propuestas funcionalistas, la comodidad de convivir con administraciones deshonestas y, por tanto, corruptibles a chocar con poderes políticos democráticos que se niegan a supeditar los intereses de todos a los de unos pocos.

Corroborando estas evidencias, la crisis económico-financiera, patente al menos desde 2008, se vio arropada por las administraciones públicas, que prefirieron, mientras la bola de nieve se engrosaba a ojos vista, mirar hacia otro lado y supeditar la tutela de los intereses colectivos —sanidad, asistencia social, o educación— a la garantía de las ganancias de los agentes más adaptados al mercado desregulado. En ese momento, el capital financiero. En ese entorno desregularizado, las grandes líneas de la política económica —que determina todas las demás políticas— no las fijan los poderes públicos en coherencia con los principios constitucionales, sino grandes conglomerados económicos supranacionales que imponen sus decisiones —privadas— a Estados

necesitados de una convivencia amable con ellos, en la medida en que están atezados por una deuda pública que, como en el caso de España, supera el 96% del producto interior bruto.

El retroceso de las políticas estatales, en provecho de las economías globales, es patente en el Acuerdo Transatlántico para el Comercio y la Inversión (TTIP), que actualmente renegocian los Estados Unidos de América y la Unión Europea, y que pretende consolidar y blindar —sin que eventuales cambios en las mayorías políticas de cada Estado puedan modificarlo— un mercado transatlántico sobre el escrupuloso respeto a los principios neoliberales. Hasta tal punto se entroniza la desregulación, que no se permitirá a los Estados aprobar leyes para sectores económicos estratégicos, como la banca, los seguros o las telecomunicaciones. Incluso se privatiza la justicia, al quedar sometidas las discrepancias sobre inversiones exteriores a procedimientos arbitrales privados. *The Guardian* ha podido advertir que se trata de un asalto frontal a la democracia, contemplado pasivamente por la Unión Europea, mientras corporaciones rapaces subvierten nuestras leyes, nuestros derechos y nuestra soberanía. Pero a los mercados no les preocupa la lucha contra la delincuencia, sino la rentabilidad. No la dañosidad de los comportamientos infraccionales, sino su compatibilidad o incompatibilidad con las reglas soberanas de un mercado progresivamente desregulado. En definitiva, puros criterios de funcionalidad respecto a objetivos mercantiles e intereses de parte.

Es esa funcionalidad la que fija los contenidos volubles de la corrupción. Lo que resulta particularmente visible en ciertos ámbitos, como puede ser el del fraude fiscal. Mientras los países de nuestro círculo de cultura criminalizan las formas más graves de defraudación tributaria, 35 de las primeras empresas del mundo acordaron con el actual presidente de la Comisión Europea, Juncker, entonces ministro de Finanzas y primer ministro de Luxemburgo, canalizar beneficios a través de sus filiales luxemburguesas, con lo que evitaron pagar impuestos notoriamente más altos en los Estados en los que realizaban su actividad económica. El procedimiento no es nuevo: Apple, por ejemplo, tributó en 2011 menos del 2% por los beneficios obtenidos fuera de los EE.UU. En España, por mencionar otro ejemplo, el fraude fiscal se eleva hoy a 60 000 millones de euros anuales; el 72%, es decir más de 40 000 millones, son defraudados por las grandes compañías. Los inspectores del Ministerio de Hacienda (GESTHA), sin embargo, denuncian que el 80% de la plantilla se centra en detectar las irregularidades de pequeñas y medianas empresas, de trabajadores y de pensionistas, mientras que solo el 20% persigue el fraude más cuantioso y sofisticado de las grandes fortunas, corporaciones empresariales y multinacionales. No parece creíble que el fraude fiscal, tan vinculado a la corrupción de los funcionarios y autoridades encargados de perseguirlo, pueda ser realmente controlado en este contexto.

23

CORRUPCIÓN,
GLOBALIZACIÓN Y
DERECHO PENAL
ECONÓMICO

Algo semejante ocurre en materia medioambiental: las prácticas más gravemente contaminantes no serían posibles sin una Administración pública que, incentivada por la generosa industria contaminadora, mire hacia otro lado o, incluso, coopere a la ocultación o legalización de lo que, a todas luces, es delictivo. Pero si los países industrializados, que son los más contaminantes, se niegan a suscribir los tratados de protección global del medio ambiente y, cuando los firman, no los cumplen, criminalizar el delito ecológico es un empeño muy limitado, pues los Estados que asumen seriamente sus obligaciones internacionales no se sentirán inclinados a castigar a sus empresas infractoras, ya que, de hacerlo, no podrían estas competir en el mercado global con las de los Estados insolidarios. Solo un ejemplo: la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP20) celebrada en Lima, en diciembre de 2014, ha visto cómo las decisiones ejecutivas se posponen un año —hasta París— y cómo los países más contaminantes han olvidado su compromiso de dotar un fondo —el Fondo Verde— para compensar a los países más perjudicados por la contaminación que ellos generan. Así, la desprotección penal del medio ambiente está estructuralmente garantizada. Mas este resultado no es, como ha denunciado Schünemann, «una perturbación fuera de la lógica de la evolución, producida por un accidente desafortunado, sino que forma parte plenamente de la dinámica evolutiva que ha conducido a la globalización».

VI.

Desde Ackerman y los estudios de análisis económico del derecho sabemos que corrupción económica y política van juntas. Los modelos dictatoriales aportan, paradigmáticamente, la evidencia de esta simbiosis. La doctrina ha manejado el ejemplo del Perú de Fujimori y Montesinos: corrupción política puesta al servicio de la criminalidad económica transnacional organizada y criminalidad económica transnacional organizada al servicio del corrupto poder político. No es necesario, sin embargo, acudir a regímenes *de facto* para detectar una corrupción política impulsada por los intereses de grandes emporios internacionales que buscan el lucro a cualquier precio.

Colaboran a ello distintos factores. La corrupción puede verse arropada por un entorno cultural e ideológico en el que, desde la concepción patrimonialista del poder, se considera la dádiva entregada como justa retribución al amigo. De otro lado, el entorno de la cultura política de los países occidentales, se valora el soborno como herramienta que flexibiliza los mercados y sorteja los obstáculos burocráticos. En ese marco valorativo, en el que el buen emprendedor es el que hace la obra y la hace lucrativa, la corrupción no es criticable. No hay que olvidar

que la *lex mercatoria* no entroniza valores; crea y garantiza los marcos en que pueden triunfar los «buenos emprendedores».

En la práctica, ambas situaciones se superponen: la identidad cultural local tolerante con la corrupción se ha visto espoleada por la generosidad económica del primer mundo que, en nombre de las buenas relaciones comerciales y de la eficiencia, ha destinado cuantiosas partidas a «aceitar» los negocios con el exterior y, de pasada, a «aceitar» las voluntades de los corruptos poderes locales. Las grandes empresas alemanas destinaban, a finales del siglo pasado, tres mil millones de dólares anuales para sobornos en el exterior; sobornos que, además, eran considerados por el fisco alemán como gastos desgravables.

Frente a esa corrupción, consistente en el establecimiento de modos criminales de hacer política que se expresan en la apropiación por algunos de lo que es de todos, los Estados democráticos no pueden optar por la inhibición. No en la medida en que la dañisidad de la corrupción es, además de ingente, expansiva. En el plano puramente económico, activa un mecanismo multiplicador: el empresario que no corrompe ha de abandonar el campo de batalla en manos del competidor desleal que, por su parte, dedica sus recursos no al desarrollo de tecnologías innovadoras, a modos de producción sostenible o a favorecer las condiciones necesarias para un trabajo decente, sino a sobornar. Los fondos públicos, a su vez, sufragan, con injustificables sobreprecios, proyectos inidóneos y terminan imponiéndose las opciones menos eficientes. Así lo muestra el dato, reiterado en todas las investigaciones, de que máxima corrupción coincide con máxima pobreza, mientras que las condiciones de vida más aceptables se dan en los países que registran mayores índices de probidad en sus administraciones públicas. A la lesividad económica acompaña la degradación política. Más allá de imposibilitar el desarrollo económico y social, la corrupción es incompatible con la presencia y funcionamiento de las instituciones democráticas, lo que resulta de capital importancia en el marco de un Estado de Derecho.

Pero ambas consecuencias de la corrupción —políticas y económicas— caminan de la mano. En efecto, la mundialización impone la transferencia de riesgos —por ejemplo, ambientales o financieros— y de la extorsión social —en forma de degradación salarial o sindical— a los entornos económicamente más débiles. Esos riesgos solo serán aceptados por los poderes autóctonos que resulten beneficiados por la corrupción. Simultáneamente, el poder corrupto se ve obligado a ocultar su carencia de legitimidad acallando a sus detractores mediante estrategias de contrainsurgencia apoyadas por la metrópoli. El autoritarismo así generado cierra el círculo, auténtico círculo vicioso, al potenciar las posibilidades de los corruptores y al borrar los vestigios de resistencia democrática.

VII.

La lucha contra la corrupción política está condenada al fracaso si no se corresponde con una conciencia social colectiva, identificada con los valores y principios democráticos, intolerante con presuntos servidores públicos que son, en realidad, palafreneros de intereses privados y decidida a castigarlos electoralmente. Pero los valores políticos democráticos no pueden arraigar en contextos en los que prevalecen otros de signo diametralmente opuesto, por cuanto la globalización neoliberal pretende eliminar del terreno de juego los bienes públicos y comunes, la intervención pública y la política social; y todo ello en aras del reino libre del mercado.

Si las tradicionales estrategias político-penales frente a la corrupción han demostrado sus limitaciones, los poderes públicos se encuentran hoy ante una disyuntiva polarizada: o amigable vecindad con la corrupción o intervenciones en la estructura económica diseñada por la globalización neoliberal. Considerar a la corrupción, en cuanto delito, tipificado o tipificable en las leyes penales, como un problema jurídico y político-criminal no agota todos los posibles acercamientos al fenómeno. La corrupción, en cuanto destrucción de la ética colectiva, constituye también un problema político-sociológico que refleja la degradación de una sociedad que no cree en los valores ni respeta las reglas que oficialmente proclama. La respuesta a la corrupción, en este nivel, exige recuperar lo que todavía está vivo de nuestro sistema de legitimidad y recobrar los valores de la democracia, podando las ramas muertas.

No se trata de atacar los palacios de invierno del modelo económico, pero sí, al menos, de llevar a la realidad la base de nuestros textos constitucionales. Los derechos humanos de primera, segunda y tercera generación, los valores que inspiran la organización democrática de la convivencia, los principios de funcionamiento que posibilitan la igualdad material de todos no pueden ceder ante los intereses económicos de unos pocos. No es de recibo que, en desarrollo de las propuestas de impronta neoliberal, los poderes públicos declinen sus obligaciones de gobernar, dejando la dinámica de los procesos vitales, económicos, culturales, en manos de mercados autorregulados, en los que la figura del ciudadano —titular de derechos inalienables y dueño de un voto que, junto al de los demás, determina las decisiones colectivas— ha sido sustituido por un sujeto consumidor que, como mónada aislada, compite contra sus iguales persiguiendo objetivos exclusivamente privados.

Frente al esquema liberal, el Estado Social de Derecho, que es el que consagran nuestras Constituciones, es un Estado que regula, que, como observa Baylos, interviene «activamente en la realidad social para la construcción de un orden social igualitario». La política criminal no puede pretender la construcción de ese orden a través del derecho penal

—que no es instrumento idóneo para ello—, pero sí ha de imprimir a los procesos de criminalización y descriminalización una orientación y unos contenidos que no entren en colisión con los derechos humanos fundamentales.

Si se traiciona el modelo constitucional y los poderes públicos —que cada vez lo son menos— permiten, como están permitiendo, que los centros de poder se asienten en los consejos de administración de los grandes conglomerados financieros internacionales y no en la voluntad popular expresada a través de procedimientos democráticos transparentes, la batalla contra la corrupción estará, de antemano, perdida, por no peleada. Pero planear esa batalla al nivel superficial y limitado de la política legislativa penal no es sino reincidencia en la inútil huida al derecho penal. Con la circunstancia agravante de que, tras las enseñanzas de la crisis —económica, financiera, institucional y política— de 2008, la reincidencia es, también, complicidad.