

# ¿Resultan exitosas las medidas represivas contra la gran corrupción? ¿Existe solución superadora?

## *Are Repressive Measures against Grand Corruption Successful? Is there a Better Solution?*

Sofía BASUALDO MOINE 

Universidad de Buenos Aires

Sofiabasualdomoine@gmail.com

<https://doi.org/10.14201/rspc.31421>

Artículo original sin previa publicación

Fecha de recepción: 21/08/2023

Fecha de aceptación: 12/10/2023

### Resumen

En el presente artículo se analiza si las medidas represivas propuestas por la comunidad internacional contra la gran corrupción son respetuosas con el Estado de derecho y efectivas. Para ello, primero se formula el recorrido histórico que atravesó la corrupción pública desde la Antigüedad

### Abstract

This article analyzes whether the repressive measures proposed by the international community against grand corruption are respectful of the rule of law and effective. To do this, first the historical journey that public corruption went through from Antiquity to the present is formulated and some of the

Sofía BASUALDO MOINE  
¿Resultan exitosas las medidas represivas contra la  
gran corrupción? ¿Existe solución superadora?

Revista Sistema Penal Crítico

Vol. 4, 2023, e31421

eISSN: 2697-0007

Ediciones Universidad de Salamanca - CC BY-NC-SA

a la actualidad y se exponen algunas de las causas que explican el fenómeno.

Luego se analiza el acontecimiento conocido como ‘la explosión de la corrupción’, propio de la globalización e introductor de la ‘gran corrupción’. Sobre este marco teórico, se aportan definiciones de la corrupción pública y la gran corrupción, y se analizan sus efectos enormemente perjudiciales. Ello explica que la reacción de la comunidad internacional, a través de convenciones, promueva una ‘lucha’ contra ella, reflejada en –entre otras– las legislaciones española y argentina.

Allí se reflexiona sobre la inadmisibilidad de ciertas normas represivas en consecuencia promulgadas, por contrarias a algunas garantías procesales. A ello se suma la parcialidad de su eficacia, pues el fenómeno sigue manifestándose. Así, se buscan alternativas, concluyéndose que la prevención –también alentada por la comunidad internacional– es un camino adecuado, brindando propuestas de *lege ferenda* que involucran novedosas tecnologías y *compliance* penal.

**Palabras clave:** Corrupción pública; Gran corrupción; Represión; Ineficacia; Prevención.

causes that explain the phenomenon are exposed.

Then the event known as ‘the explosion of corruption’, typical of globalization and introducing ‘great corruption’, is analyzed. Based on this theoretical framework, definitions of public corruption and grand corruption are provided, and their enormously harmful effects are analyzed. This explains why the reaction of the international community, through conventions, promotes a ‘fight’ against it, reflected in – among others – Spanish and Argentine legislation.

There is a reflection on the inadmissibility of certain repressive norms subsequently promulgated, because they are contrary to some procedural guarantees. Added to this is the partiality of its effectiveness, since the phenomenon continues to manifest itself. Thus, alternatives are sought, concluding that prevention – also encouraged by the international community – is an appropriate path, providing *lege ferenda* proposals that involve new technologies and criminal compliance.

**Keywords:** Public corruption; Grand corruption; Repression; Ineffectiveness; Prevention.

**Sumario:** 1. Introducción a la corrupción a gran escala. 1.1. La corrupción pública como una realidad histórica. 1.2. La histórica búsqueda de sus causas. 1.3. La “corrupción a gran escala” como una de sus facetas dentro de la explosión del fenómeno en la actualidad. 2. Algunas definiciones de la corrupción pública y la corrupción a gran escala. 3. Los demoledores efectos de la corrupción a gran escala. 3.1. Consecuencias para los sistemas políticos. 3.2. Consecuencias para los sistemas económicos. 3.3. Consecuencias en los derechos humanos. 4. Reacción de la comunidad internacional. 4.1. Justificación de la reacción desde las teorías contractualistas. 4.2. Creación de convenciones y normativa *soft law* anticorrupción a nivel OCDE, OEA, UE, Consejo de Europa y ONU. 4.3. Promoción de la “lucha” contra la corrupción. 4.4. Su impacto en la legislación española. 4.5. Su impacto en la legislación argentina. 5. Dos críticas frente a ciertas normas sancionadas en España y Argentina en el marco de la lucha contra la corrupción promocionada. 5.1. La eficacia a costa de la colisión con algunas garantías procesales elementales en los Estados de derecho. 5.2. La eficacia parcial. 6. ¿Existen soluciones alternativas? 7. Conclusiones. 8. Bibliografía

# 1. INTRODUCCIÓN A LA CORRUPCIÓN A GRAN ESCALA

... y al final llegué a comprender que todos los Estados actuales están mal gobernados<sup>1</sup>...

## 1.1. La corrupción pública como una realidad histórica

Resulta posible afirmar, a todas luces, que, si bien no existe una definición unánime del concepto de la corrupción proveniente del poder público, constituye un fenómeno que ha aquejado a las sociedades desde los albores de la civilización, al punto tal que desde la Antigüedad hasta la actualidad ha sido materia de acalorados debates de vasta índole<sup>2</sup>.

Las primeras manifestaciones de la corrupción pueden hallarse en Mesopotamia –particularmente en Sumeria, considerada la civilización más antigua del mundo–, así como en el Código de Hammurabi; el Antiguo Egipto; la China Antigua, y en la Antigüedad clásica, conformada por Grecia y el Imperio romano de Occidente.

Siguiendo la línea temporal trazada, se encuentran sus expresiones en la Edad Media, tanto en el Imperio romano de Oriente como en la Alta Edad Media, época en la que se consolida fuertemente el concepto de Estado-Nación; por otro lado, puede observarse su presencia en el Renacimiento, como período de transición hacia la Edad Moderna, y en la Revolución Industrial. Finalmente, los hechos de corrupción subsistieron y subsisten en nuestra época, circunstancia de la que se hace eco la opinión pública contemporánea<sup>3</sup>.

Ello explica que el vocablo provenga del latín *corruptio*<sup>4</sup> que, si bien originalmente era utilizado para aludir a la descomposición de la materia, ya en la Antigüedad romana fue empleado para hacer referencia a la desnaturalización del sistema político a partir de la alteración de los elementos y características que ha de presentar para su correcto funcionamiento<sup>5</sup>; el peso trascendental que ya entonces tenía la *res publica* en el

1. PLATÓN. Carta VII. Platón desea buena suerte a los parientes y amigos de Dión. En Platón. Diálogos VII. Traducciones, introducciones y notas por Juan Zaragoza y Pilar Gómez Cardó. Madrid: Gredos, S. A., 1992, p. 488.

2. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Corrupción y delitos contra la Administración Pública. En Fabián Caparrós, Eduardo A. (Coord.). La corrupción: aspectos jurídicos y económicos. Salamanca: Ratio Legis, 2000, p. 67.

3. ZAVALA TREVIÑO, Juan R. Apuntes sobre la historia de la corrupción. Monterrey: Universidad Autónoma de Nuevo León, 2013, pp. 23-62.

4. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Versión digital de la 22.ª edición del Diccionario de la lengua española publicado en 2001* [consultado 15/03/2023]. Disponible en: <https://dle.rae.es/corrupti%C3%B3n>

5. RUIZ MORALES, Manuel L. Corruptelas y prácticas ilícitas en la Antigüedad: soluciones análogas a las actuales en la historia del pensamiento. Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2018, 21(1), pp. 303-327.

Estado y la política se tradujo en el uso de una acepción del término considerablemente parecida a la utilizada hoy en día<sup>6</sup>.

## 1.2. La histórica búsqueda de sus causas

La palpable y extensa convivencia de las personas con la corrupción pública ha provocado la reiterada búsqueda de sus causas. Ya Platón (427 a. C.-347 a. C.) planteaba que la causa de la corrupción es la propia naturaleza del hombre, por lo que este solo es justo por temor al castigo que se deriva del incumplir de las leyes; de no existir las normas coactivas, desviaría su conducta hacia la ilicitud<sup>7</sup>.

De allí que para el filósofo griego todos los Estados reales son corruptos, aunque en grados diferentes. El “Estado perfecto” es la República ideal que postula: una forma de gobierno basada en la virtud, que es una sola, y no en los vicios, que son muchos. Aunque se trate de una utopía, los intentos de alcanzarla constituyen un deber; por ello auspicia ciertas formas de gobierno, en tanto rechaza otras por constituir una versión corrompida de aquellas, a partir de abusos de diversa índole impulsados por la codicia, la avaricia, el hambre de poder y la arbitrariedad de sus gobernantes.

En similar línea argumentativa, Aristóteles (384 a. C.-322 a. C.) juzgaba a un gobierno como bueno o desviado según si dirigía o no sus esfuerzos al interés general, respectivamente. Defendía la idea de riqueza de los dirigentes, pero no en bienes materiales sino en virtud y sabiduría, dejando así de lado el sentimiento patrimonialista o de propiedad privada sobre los recursos públicos, para velar solamente por los intereses de la comunidad<sup>8</sup>.

Más recientemente en el tiempo, también las causas de la corrupción pública han sido atribuidas a la existencia de regímenes autoritarios y algunos sistemas políticos concretos, acompañados del subdesarrollo socioeconómico de la comunidad. De hecho, Klitgaard<sup>9</sup> trató de simplificar las causas de la corrupción a través de la creación de su fórmula “C=M+D-A”, según la cual la corrupción es el resultado del monopolio de las decisiones y la discrecionalidad, con ausencia de rendición de cuentas<sup>10</sup>.

Se ha señalado también que las causas de la corrupción pública pueden entenderse a partir del propio curso de la historia de la humanidad, pues el fenómeno se debe al resabio de las prácticas “familistas” en la actualidad. El “familismo” constituyó el tipo de

6. MIRANZO DÍAZ, Javier. Causas y efectos de la corrupción en las sociedades democráticas. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, 2018, n.º 14, p. 3.

7. República II. En Platón. Diálogos IV. República. Introducción, traducción y notas por Conrado Eggers Lan. Madrid: Gredos, 1988, pp. 107-109.

8. BOBBIO, Norberto. *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento [...]*, 1975-1976, pp. 21-43.

9. Académico estadounidense especialista en corrupción.

10. KLTIGAARD, Robert. International cooperation against corruption. *Finance and Development Magazine* [en línea]. 1998, 35(1), pp. 3-6.

organización comunitaria previa al nacimiento del Estado, donde el valor fundamental de la vida en sociedad era la familia, dando lugar a que los clanes se asociaran entre sí.

Sin embargo, la ‘venganza talionaria’<sup>11</sup> de estos grupos los llevó a eventualmente aceptar que un tercero imparcial dirimiera sus conflictos, naciendo así un nuevo sistema de valores encabezado por la lealtad a una comunidad política más abarcativa, que terminó por adquirir la forma de Polis, Cívitas, Imperio o Estado y se impuso al interés familiar. A partir de allí, las estructuras de la función pública han ido evolucionado hasta llegar a la organización vigente en la actualidad.

Ahora bien, la perdurabilidad de las prácticas “familistas” en sociedades que dejaron de ser una comunidad familiar para pasar a ser una estatal colisiona con el bienestar común y el interés general; de modo tal que, si bien estas costumbres eran aceptadas en otro tipo de organización societaria, en la actual representan fenómenos de corrupción resultando, en tal carácter, definitiva y drásticamente rechazadas<sup>12</sup>.

### **1.3. La “corrupción a gran escala” como una de sus facetas dentro de la explosión del fenómeno en la actualidad**

En definitiva, que la corrupción pública sea un fenómeno novedoso, propio de fines del siglo XX y principios del siglo XXI, constituye una mera sensación derivada de la opinión pública, a partir de la gran trascendencia que se ha atribuido y atribuye al asunto. Ello no quita que se trate de un fenómeno mutante<sup>13</sup> y, por lo tanto, que en la actualidad se introduzcan constantemente sus nuevos perfiles, provistos de rasgos de unicidad y alta complejidad, al incorporarse nuevas formas, nuevos sujetos y nuevas consecuencias, dando lugar a lo que Ignacio Berdugo Gómez de la Torre denomina “explosión” del contenido de la corrupción<sup>14</sup>.

Luigi Ferrajoli expone que uno de los efectos más perversos de la globalización es el desarrollo, con dimensiones que no tienen precedente, de nuevos tipos de criminalidad, a partir de la mundialización de las comunicaciones y de la economía, no

11. Retribución privada aplicada sobre la base de la “Ley del Talión”, según la cual una persona inflige un mal a otra, que previamente le ha causado un daño, con la intención de que sufra en igual medida. El enunciado de esta ley es “ojo por ojo, diente por diente”.

12. TODARELLO, Guillermo A. *Teoría general de la corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito* (tesis de doctorado). Buenos Aires: Universidad del Salvador, 2006, pp. 17-20.

13. SÁNCHEZ BERNAL, Javier. Salir a ganar: una reflexión acerca del delito de fraude deportivo a partir de la SAP Navarra 111/2020, sobre el “caso osasuna”. En Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Tomo II, Liber Amicorum. Derechos humanos y Derecho penal. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2022, p. 816, donde el autor señala que “Los comportamientos de corrupción se encuentran en un proceso de permanente evolución [...]”.

14. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. Corrupción y Derecho Penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. 2009, n.º 81, pp. 11 y ss.

acompañada de una correspondiente mundialización del derecho y sus técnicas de tutela. Los elementos que hacen masivamente perjudiciales estas nuevas criminalidades son su carácter organizado, su ejecución por parte de las “élites” políticas y económicas de dirigentes, su atentado constante contra los bienes fundamentales y la pretensión de impunidad de sus perpetradores, quienes a su vez ostentan una altísima capacidad de intimidación<sup>15</sup>.

Lo que se conoce como “la corrupción a gran escala”, o bien, “la gran corrupción”, se inserta en este paradigma de singularidad.

## 2. ALGUNAS DEFINICIONES DE LA CORRUPCIÓN PÚBLICA Y LA CORRUPCIÓN A GRAN ESCALA

Pues bien, el dinamismo de la corrupción pública, que en definitiva dio origen a su faceta dada por la corrupción pública a gran escala, ha provocado la imposibilidad de acotar exactamente sus significados y, por ende, estos conceptos en ningún caso fueron incorporados al léxico jurídico-penal<sup>16</sup>. Además, no debe perderse de vista que “los rasgos históricos y actuales de cada país condicionan los rasgos de ‘su’ corrupción”<sup>17</sup>, circunstancia que tampoco simplifica su tipificación universal.

Sin embargo, ello no fue óbice para la existencia de diversos intentos de definirla.

A modo de ejemplo, la Real Academia Española, entre las distintas acepciones que asigna a la corrupción, hace referencia a la dimensión pública al señalar que “En las organizaciones, especialmente en las públicas [es una] práctica consistente en la utilización indebida o ilícita de las funciones de aquellas en provecho de sus gestores”<sup>18</sup>. Transparencia Internacional (o bien, TI)<sup>19</sup> define la corrupción pública como “el

15. FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización (traducción de Miguel Carbonell revisada por Perfecto Andrés Ibáñez). *Estudios de Derecho* [en línea]. 2007, 65(145), pp. 17-22.

16. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y CERINA, Giorgio. Consideraciones en torno a la tipificación del delito de corrupción privada” en Sintura Varela, Francisco J. y Rodríguez García, Nicolás. *El Estado de Derecho colombiano frente a la corrupción. Retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2013, pp. 53-54.

17. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española. *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público* [en línea]. 2015, 63(1), p. 234.

18. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Versión digital de la 22.ª edición del Diccionario de la lengua española publicado en 2001* [consultado 16/03/2023]. Disponible en: <https://dle.rae.es/corrupci%C3%B3n>

19. Fundada en 1993, es la única ONG a escala universal dedicada a la corrupción, teniendo presencia en más de 100 países a fin de congregarse a la sociedad civil, sector privado y público en una amplia coalición global para atender al fenómeno. URL <https://www.transparency.org/>; <https://transparencia.org.es/> (sede española) y <https://poderciudadano.org/> (sucursal argentina) [consultados 16/03/2023].

abuso del poder para beneficio propio” y aclara que puede clasificarse en corrupción a gran escala, menor y política, según la cantidad de fondos involucrados y el sector en el que se produzca.

Luego, al definir la corrupción a gran escala, señala que consiste en “actos cometidos en los niveles más altos del gobierno que involucran la distorsión de políticas o de funciones centrales del Estado, y que permiten a los líderes beneficiarse a expensas del bien común”<sup>20</sup>.

Entre los destacados en la materia, para el ya citado especialista Robert Klitgaard “corrupción es una conducta que se desvía de los deberes formales del rol público por ganancias de interés privado (personal, familiar o grupal), pecuniarias o relacionadas con el estatus, o que viola las reglas contra el ejercicio de ciertos tipos de conducta de interés privado”<sup>21</sup>.

Por su parte, Esther Hava García analiza profundamente las características de la corrupción a gran escala y concluye que está compuesta de 5 factores<sup>22</sup>, a saber:

- (a) *El político*, pues en este perfil de corrupción pública suelen participar funcionarios/as de alto rango, así como personajes poderosos e influyentes de la gobernanza del país o región afectados (personas políticas y grandes empresarios/as). Desde esta perspectiva, según explica, los casos más graves de corrupción se caracterizan por ser materializados, auspiciados, dirigidos o tolerados por personas con altas cuotas de poder *de facto* o *de iure*, en o sobre el gobierno. Se advierte entonces que, si bien la caracterización de la gran corrupción está centrada en el poder público delegado a las autoridades y funcionarios del Estado, el problema ya no concierne solamente a agentes estatales<sup>23</sup>.
- (b) *El factor económico* refiere a la circunstancia de que cada suceso de este tipo, aisladamente considerado, mueve grandes sumas de dinero que se concretan en extraordinarios beneficios a sus autores y enormes perjuicios económicos directa o indirectamente sufridos por la población respectiva. Aclara, sin embargo, que constituye un negocio de imprecisa aritmética y que debe atenderse al producto interior bruto (PIB) de cada país para poder distinguir los casos de gran corrupción de los que no lo son.
- (c) *El sistémico* apunta que la gran corrupción, lejos de manifestarse en actos aislados, se convierte en un elemento más de la dinámica de funcionamiento de un país

20. TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. *Guía de lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción*, 2009 [consultado 16/03/2023]. Disponible en: <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf>.

21. KLITGAARD, Robert. *Controlando la corrupción*. La Paz: Quipus, 1990, p. 45.

22. HAVA GARCÍA, Esther. *Hacia una definición legal de la gran corrupción*. En *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*. Tomo II, *Liber Amicorum*. Derechos Humanos y Derecho Penal. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2022, pp. 619-631.

23. OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Corrupción y Derechos Humanos: estándares interamericanos*, informe oficial, 2019, pp. 44-47.

o territorio, para lo cual requiere de una estructura piramidal jerarquizada, fuerte cohesión interna y división del trabajo, dotando a este fenómeno de contornos coincidentes con los del crimen organizado<sup>24</sup>.

- (d) *El factor social* alude a los perjuicios patrimoniales de gran calibre que se generan con este fenómeno, que pueden llegar a afectar la propia economía del país o región. A la par, explica la autora, existen otras consecuencias que resultan lesivas de otros bienes jurídicos tales como la vida, la libertad y la intimidad.
- (e) *El factor impunidad* de este delito refiere a la falta de consecuencias jurídico-penales para sus autores. Mientras que los autores de las pequeñas corruptelas son impunes debido a la tolerancia social respecto de la corrupción “de bagatela”, en el caso de la gran corrupción la impunidad se debe, según Hava García, al temor a las represalias de quien ejerce el poder corrupto, o bien, a la propia permeabilidad de la organización policial y judicial a la corrupción<sup>25</sup>.

Similarmente se explica que “La corrupción estructural, ya sea en sus versiones pública o privada, opera como un sistema altamente sofisticado, que en su seno integra de forma orgánica a los subsistemas económico, legal, social, administrativo y político. Las extorsiones y los sobornos menores se engarzan en complejas estructuras piramidales que nutren esquemas de patronazgo e impunidad”<sup>26</sup>.

Parte de la complejidad de este delito se debe también, como ya se señaló, a la presencia a nivel global de nuevos condicionantes, como la transnacionalización política y económica y el desarrollo tecnológico, que provocaron que el fenómeno (tradicionalmente considerado un asunto interno de los Estados) adquiriera la *dimensión internacional* que asimismo lo caracteriza. Una circunstancia que lo ejemplifica es el desvío de los fondos obtenidos mediante este tipo de conductas hacia cuentas bancarias del extranjero e inmuebles u otros bienes allí situados también<sup>27</sup>.

El análisis que hace Laura Zúñiga Rodríguez<sup>28</sup> logra reflejar todos los elementos recién tratados pues, según expone, uno de los preocupantes hallazgos recientes de

24. La criminalidad organizada es un fenómeno social complejo, en el que se entrecruzan otros fenómenos sociales y complejos, como el terrorismo, la corrupción pública y privada y la criminalidad empresarial, lo que provoca que resulte difícil delimitar fronteras, definir conceptos, establecer clasificaciones. Ver, al respecto, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. El concepto de criminalidad organizada trasnacional: problemas y propuestas. En Pérez Cepeda, Ana Isabel (Dir.). *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2016, p. 80.

25. HAVA GARCÍA, Esther. Gran corrupción: estrategias para evitar su impunidad internacional. *Nuevo Foro Penal* [en línea]. 2016, 12(87), p. 68.

26. SANDOVAL BALLESTEROS, Irma E. Enfoque de la corrupción estructural: poder, impunidad y voz ciudadana. *Revista Mexicana de Sociología*. 2016, 78(1), p. 126.

27. TI. Combatir la corrupción a gran escala; desafíos y éxitos, p. 1.

28. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Corrupción y la categoría de delito de cuello blanco: cuando los delitos se cometen en contextos normalizados. *Revista Ius et Veritas* [en línea]. 2018, n.º 57, p. 169.

la política criminal actual consistió en verificar que la criminalidad de la que surgen las grandes ganancias ilícitas –criminalidad organizada, criminalidad empresarial, corrupción privada, corrupción pública– discurre detrás de negocios en apariencia lícitos. Es que sus autores suelen acudir al aprovechamiento de paraísos fiscales y la utilización instrumental de sociedades *off shore*, testaferros y negocios legales para camuflar las conductas.

Añade que en muchos casos estamos ante lo que Sutherland denomina delitos de cuello blanco, que son cometidos por sujetos bien situados social y económicamente, a los que la selectividad penal no logra aprehender por una serie de factores culturales, por los medios de comunicación que en muchos casos distraen la atención de la sociedad y por la confluencia de valores que fomentan la corrupción. Además, la baja percepción sobre su dañinidad social dificulta aún más su persecución, cuando, en realidad, se trata siempre de formas de criminalidad que contaminan a toda la comunidad.

### 3. LOS DEMOLEDORES EFECTOS DE LA CORRUPCIÓN A GRAN ESCALA

En lo que sí hay consenso es en el carácter devastador de sus efectos, que pueden ser analizados desde un triple espectro que se compone de los sistemas políticos, los económicos y los derechos humanos también, tal como explica Demelsa Benito Sánchez<sup>29</sup>.

#### 3.1. Consecuencias para los sistemas políticos

Respecto de los sistemas políticos, la corrupción mina las bases en las que se asienta el Estado democrático y de derecho, a partir de una serie de comportamientos que desembocan en el falseamiento de los principios que deben regir. Entre estos, puede mencionarse la distorsión del acceso a la función pública, que deja de estar regido por el mérito y la capacidad; aquellas personas con ética pública consolidada, que podrían servir al bien común con su participación en la dirección de la cosa pública, se ven desplazadas en favor de simpatizantes políticos, familiares y compañeros/as de negocios de los infractores.

Asimismo, mediante el abuso de fondos públicos, la adquisición de privilegios indebidos y la generación de nuevas reglas del juego, se crean canales alternativos y

29. BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. Corrupción transnacional: del caso Lockheed al caso Oderbrecht. En Ferré Olivé, Juan Carlos (Coord.). *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*. Tomo I, *Liber Discipulorum*. *Schola Iuris Criminalis Salmanticensis*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2022, pp. 191-192.

subterráneos para la sustanciación de los diferentes procedimientos, asuntos y trámites existentes al interior de una sociedad. Por ende, se sustituye y destruye el entramado procesal jurídico-democrático y la ley termina siendo una mera sugerencia de cómo actuar, un instrumento residual o simbólico dentro de lo que es una aparente gestión del interés general.

También se afecta el proceso de creación y planificación de políticas públicas, que solo son desarrolladas en aras de conseguir determinadas finalidades particulares, por lo que la corrupción aleja de la Administración Pública a las verdaderas necesidades de la sociedad.

Este tipo de decisiones provoca que las personas pierdan la confianza en las instituciones democráticas, en el gobierno y en el sector público en general. Se crea un fuerte y despectivo sentido del “ellos” y el “nosotros”, y la ética pública se convierte en una mera utopía dentro de la ciudadanía<sup>30</sup>.

### **3.2. Consecuencias para los sistemas económicos**

En cuanto a los efectos económicos, la corrupción es un grandioso obstáculo para el desarrollo, ya que, si bien aumenta el gasto público, esta inversión, como se dijo, solo beneficia determinados intereses sectoriales. Una de las actividades donde existe un mayor riesgo de que se dé esta manipulación del erario público es en la contratación pública: a modo de pantalla se proporcionan servicios e infraestructuras públicas de deficiente calidad<sup>31</sup> o más costosas en relación con el precio invertido, a la par que se producen sobrecostos en los contratos públicos y se contratan servicios e infraestructuras innecesarias y así, en definitiva, los fondos dejan de utilizarse para cubrir adecuadamente las necesidades esenciales.

A su vez, esta desviación monetaria produce efectos negativos en la distribución de la riqueza, al permitir que los individuos mejor posicionados obtengan ventajas a expensas del resto de la población, en perjuicio de esta.

Simultáneamente, la corrupción actúa como un arancel extra para las empresas extranjeras, lo que reduce la inversión foránea. Esta circunstancia, aunada a una inversión nacional reducida por la malversación de los caudales, disminuye los ingresos

30. MIRANZO DÍAZ, Javier. Causas y efectos de la corrupción en las sociedades democráticas. Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado, 2018, n.º 14pp. 18-21.

31. No puede soslayarse la “Tragedia de Once”, ocurrida en 2012, cuando un tren que estaba arribando a la estación terminal de Once de la Ciudad de Buenos Aires no detuvo su marcha y embistió contra los paraportes de contención, provocando 51 muertes y 789 heridos, hecho por el que varios funcionarios del gobierno de turno fueron condenados en orden a los delitos de administración fraudulenta y estrago culposo, siendo que los millonarios fondos que se aportaron a la empresa a cargo de la explotación del servicio solo se tradujeron, cuanto menos, en su prestación en pésimas condiciones. Sentencia disponible en <https://www.cij.gov.ar/nota-30203-Tragedia-de-Once--resoluci-n-de-la-C-mara-Federal-de-Casaci-n-Penal.html>

fiscales y la recaudación tributaria, incentiva la creación de monopolios<sup>32</sup> y, por tanto, afecta negativamente la tasa de crecimiento económico de una sociedad.

Estas cuestiones suponen un impuesto indirecto al ciudadano, pues el Estado los aumenta o crea por la recaudación perdida, circunstancia que suele derivar en una inflación excesiva o una devaluación monetaria. Es categórico: la corrupción envía los ideales básicos por los que deben regirse las leyes del mercado, ya que la competencia y la igualdad de oportunidades, en todo sentido, ceden paso al abuso de poder y la desigualdad, en todo sentido también<sup>33</sup>.

### 3.3. Consecuencias en los derechos humanos

Los efectos analizados precedentemente permiten concluir que, a la vez, la corrupción a gran escala es una de las grandes causas por las que los Estados no cumplen eficazmente con sus obligaciones en materia de derechos humanos (en adelante, DD. HH.), circunstancia que se puede dar de manera directa, por ejemplo, cuando una persona se ve impedida de recibir atención médica si no realiza un pago irregular, o bien –y sobre todo– de manera indirecta, cuando el acto de corrupción es un eslabón más dentro de la cadena de actos que provocan, por ejemplo, la no prestación o prestación deficitaria de los servicios que permiten su pleno goce y ejercicio.

Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (a partir de ahora, DESCAs) constituyen un ejemplo paradigmático del vínculo indirecto entre corrupción y DD. HH. El fenómeno hace disminuir los recursos a disposición de todos los sectores del desarrollo, produciéndose con esta reasignación del capital una privación del goce efectivo de derechos tales como la alimentación, la salud, la vivienda, la educación, la comunicación y el transporte.

Así, la gran corrupción estimula el mantenimiento de la discriminación y la exclusión social, pues este tipo de prácticas repercuten de manera especialmente agravada en los grupos de personas vulnerables, al ser las que más obstáculos encuentran frente a los elementos de accesibilidad, disponibilidad, calidad y aceptabilidad de los DESCAs, lo que disminuye sustancialmente su derecho al desarrollo humano y amenaza directamente las condiciones necesarias para gozar de una vida digna<sup>34</sup>.

32. En muchas economías de transición y en desarrollo una de las causas de corrupción es la concentración del poder económico en monopolios que luego ejercen influencia política en el gobierno para obtener beneficios privados. Los monopolios en el sector petrolero, por ejemplo, ejercen bastante poder económico y político que conduce a diferentes formas de corrupción, incluyendo evasión impositiva, compra de legislación y aprobación de decretos que restringen la entrada en los mercados y la competencia. Fuente: KAUFMANN, Daniel. Corrupción y reforma institucional: el poder de la evidencia empírica. *Revista Perspectivas* [en línea]. 2000, 3(2), p. 380.

33. MIRANZO DÍAZ, Javier. Causas y efectos de la corrupción en las sociedades democráticas. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, 2018, n.º 14, pp. 21-25.

34. OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Corrupción y Derechos Humanos: estándares interamericanos*, informe oficial, 2019, pp. 43-78.

En definitiva, en todas las categorías de análisis de los demoledores efectos de la corrupción se puede vislumbrar el impacto directo de la corrupción en materia de igualdad formal e igualdad sustantiva, germen que provoca la decadencia de las sociedades en los intentos de alcanzar el amplio desarrollo personal de todos sus integrantes<sup>35</sup>.

## 4. REACCIÓN DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

### 4.1. *Justificación de la reacción desde las teorías contractualistas*

La corrupción a gran escala se sirve del poder de los pueblos, delegado a las autoridades públicas, para producir beneficios a un grupo reducido de personas, a costa de generar efectos profundamente nocivos para el resto de las personas.

Esta circunstancia contradice las teorías contractualistas de los siglos XVII y XVIII, que luego de computar interesantes antecedentes en el pensamiento antiguo, medieval y renacentista, constituyen un principio de legitimidad del poder político.

Señalan los contractualistas clásicos que la libertad total es característica del estado de naturaleza, donde cada hombre se autogobierna instintivamente. Frente a la inviabilidad de esta situación de violencia, el “contrato social” se erige en un puente entre los derechos naturales del individuo y las exigencias de la vida social y política. Una vez establecido el contrato, la suerte de los contratantes siempre mejora de forma notable.

Verbigracia, para Hobbes, fuera del régimen del Estado cada persona conserva toda su libertad, aunque infructuosa, ya que todo lo hace a su arbitrio y padece al arbitrio ajeno; tiene derecho a todo, pero no puede disfrutar de nada; solo lo protegen sus propias fuerzas y no tiene asegurado el fruto de su trabajo. Se encuentra en el reino de las pasiones, el miedo, la pobreza, la soledad, la barbarie, la ignorancia y la crueldad.

Constituido el Estado, el hombre conserva la libertad que le basta para vivir bien y resigna el resto para vivir sin temores. Puede disfrutar con seguridad de sus derechos delimitados; se encuentra protegido por la sumatoria de las fuerzas de todos y tiene asegurado el fruto de su trabajo. Se encuentra en el reino de la razón, la paz, la seguridad, la riqueza, la compañía, la elegancia, la ciencia, la benevolencia<sup>36</sup>.

Pues bien, si todo el edificio social y político se construyó sobre el conjunto de voluntades de los súbditos, dirigidas a alcanzar el bienestar general a costa de sacrificios personales, los hechos de gran corrupción demuestran que esa voluntad es socavada por sus dirigentes, al reunir la sumatoria de esos esfuerzos individuales y encausarlos hacia la satisfacción de su propio bienestar. Al resultar ello inaceptable en las distintas sociedades, se genera la indignación y la reacción a nivel comunidad internacional. Es que, como ilustra Berdugo Gómez de la Torre, “... la aproximación al hecho de la

35. Id., p. 58.

36. HOBBS, T. *El ciudadano*. Madrid: Debate, 1993, pp. 89-90.

corrupción se lleva a cabo desde las consecuencias negativas que tiene para una sociedad el ejercicio del poder buscando el propio beneficio”<sup>37</sup>.

## 4.2. Creación de convenciones y normativa soft law anticorrupción a nivel OCDE, OEA, UE, Consejo de Europa y ONU

La respuesta se dio originalmente en materia convencional y pactista, aunque eso no ocurrió antes de la segunda mitad del siglo XX.

La génesis de la política criminal internacional anticorrupción está constituida por la ley estadounidense “Foreign Corrupt Practices Act” (“FCPA”) de 1977, que castiga penalmente el soborno a servidores públicos de otros Estados en el marco de las relaciones comerciales internacionales<sup>38</sup>. La ley inspiró a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en lo sucesivo, OCDE) en la adopción de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales<sup>39</sup> en 1997, que exhorta a los Estados signatarios a tipificar como delito en sus ordenamientos nacionales la conducta de quien soborna a un funcionario extranjero para obtener un beneficio irregular en el marco de una actividad económica internacional. Este fue, durante algunos años, el documento legal anticorrupción vinculante de carácter internacional con mayor ámbito de aplicación<sup>40</sup>.

En paralelo, dentro de su activo papel anticorrupción transnacional, la OCDE registra distintos documentos y recomendaciones, los programas de “buen gobierno” y “lucha contra la corrupción”, la colaboración con los países del G-20 y la labor del “Grupo de Trabajo sobre Cohecho”, que entre sus funciones monitorea la implementación de la convención. También se ha centrado en la investigación y la denuncia de los países y territorios que por sus políticas bancarias y fiscales promueven el lavado de capitales, complemento necesario para muchos de los casos más graves de corrupción<sup>41</sup>.

37. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española. *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público* [en línea]. 2015, 63(1), p. 233.

38. Ver, entre otros, BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. Corrupción transnacional: del caso Lockheed al caso Oderbrecht. En Ferré Olivé, Juan Carlos (Coord.). *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*. Tomo I, *Liber Discipulorum. Schola Iuris Criminalis Salmanticensis*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2022, pp. 193-194.

39. Puede visitarse el sitio oficial de la OCDE dedicado al documento en <https://www.oecd.org/corruption-integrity/explore/oecd-standards/anti-bribery-convention/> y puede consultarse el texto completo en [https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery\\_Spanish.pdf](https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf)

40. FABIÁN CAPARROS, Eduardo. La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (anotaciones para un derecho penal globalizado). En Rodríguez García, Nicolás y Fabián Caparros, Eduardo A. *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004, p. 227.

41. SAURA GARCÍA, Pedro. Paraísos fiscales y corrupción. *Revista Temas para el Debate*. 2013, n.º 223 (dedicado a la lucha contra la corrupción), pp. 33-34.

Por su parte, la Organización de los Estados Americanos (a partir de aquí, OEA) adoptó la “Convención Interamericana contra la Corrupción” un año antes, en 1996, tratándose del primer texto internacional que vinculó a los Estados firmantes en la adopción de medidas contra la corrupción, aunque sin definirla por las limitaciones a las que se enfrentaba por su propia naturaleza de regulación internacional, como son la soberanía de los Estados y las diferencias legales, socioculturales, políticas y económicas entre los distintos Estados parte.

El documento plantea el propósito de que los Estados cuenten con los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, valiéndose a su vez de la cooperación internacional para asegurar la eficacia de las medidas y acciones que implementen. Así, describe como ‘actos de corrupción’ el soborno nacional y extranjero, el tráfico de influencias, la desviación y el encubrimiento de bienes y el enriquecimiento ilícito y exhorta a los signatarios a tipificarlas en sus legislaciones internas. Más aún, abarca disposiciones sobre asistencia técnico-jurídica internacional y el decomiso de bienes y/o productos. Por último, también somete a consideración de los Estados parte la adopción de medidas preventivas del fenómeno.

Producto de esta convención se estableció el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), que reúne a sus Estados miembros para analizar sus marcos jurídicos e instituciones, de acuerdo a las disposiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción<sup>42</sup>.

A la vez, dentro de la Unión Europea (en adelante, UE) debe destacarse la labor de la Comisión Europea en el marco de la ya mencionada OCDE, que derivó en el dictado de las 40 recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI)<sup>43</sup>. Este grupo fue creado en julio de 1989 por los siete países más industrializados (G-7)<sup>44</sup>, en su XV Cumbre Económica realizada en París. Se designó al GAFI el mandato de estudiar las medidas de cooperación adoptadas con anterioridad en cada Estado miembro, a fin de prevenir la utilización los sistemas bancarios y financieros por organizaciones, así como, también, el cometido de efectuar recomendaciones sobre cómo mejorar la cooperación internacional en la lucha contra el lavado de activos.

Quedó integrado por los siete países participantes y abierto a otros Estados interesados; de esta forma, se adhirieron otros ocho países y la Comisión Europea, dividiéndose sus miembros en tres grupos de trabajo, destinados al análisis del alcance de las organizaciones dedicadas a lavar dinero y las diferentes metodologías utilizadas para lograr sus objetivos; el estudio de un marco de cooperación judicial a nivel internacional y de una estructura jurídica uniforme, a ser aplicada por los países miembros;

42. Para acceder al contenido de la convención y conocer más información sobre ella, el MESICIC, cartas y declaraciones anticorrupción de OEA, sus distintos departamentos y secretarías abocadas a la materia y las estrategias en la promoción del derecho de acceso a la información pública, ver [https://www.oas.org/es/sap/dgpe/guia\\_organismos.asp](https://www.oas.org/es/sap/dgpe/guia_organismos.asp).

43. Ver al respecto <https://www.consejosalta.org.ar/wp-content/uploads/Cuarenta-recomendaciones-Cornejo-Costa.pdf>

44. Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y Reino Unido.

y el establecimiento de un marco eficiente de cooperación a nivel administrativo y de medidas de prevención y de vigilancia a ser adoptadas por las instituciones financieras y por los organismos que las supervisan y fiscalizan.

Fruto de este valioso esfuerzo compuesto de numerosas reuniones de trabajo, el grupo que inicialmente integraba el GAFI presentó en abril de 1990 un informe que contiene las ya citadas 40 recomendaciones<sup>45</sup> tendientes a implementar un sistema de prevención y control del delito de lavado de dinero. El documento constituye el eje central de las políticas propuestas por este organismo intergubernamental y tiene gran incidencia en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros.

El dinamismo de este delito ha obligado al GAFI a efectuar revisiones periódicas de las medidas propuestas, lo que concluyó en la actualización las 40 recomendaciones en 1996. Además, mientras que el primer compendio de recomendaciones apuntó estrictamente a la protección del sector financiero, con posterioridad a los ataques terroristas del 11 de septiembre del 2001, se incorporaron 9 recomendaciones especiales para enfrentar el financiamiento del terrorismo.

Lo antedicho llevó a los miembros del GAFI a acordar que sus progresos en la implementación de las recomendaciones sean permanentemente evaluados por los demás miembros, debiéndose estudiar permanentemente la creación de nuevas técnicas para lavar dinero y financiar el terrorismo, e implementándose los ajustes necesarios para continuar combatiendo dichas formas de criminalidad. A su vez, se pactó el establecimiento y la coordinación de un sistema de relaciones internacionales cada vez más amplio para promover a nivel internacional una acción conjunta frente a aquellas. Si bien estas recomendaciones pertenecientes al *soft law* se encuentran dirigidas al combate del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, es intrínseca la relación de estas formas de criminalidad organizada y la corrupción, tal como anteriormente se señaló, no pudiendo omitirse el valioso aporte de esta normativa.

En otro orden de ideas, el Consejo de Europa continuó con la adopción de medidas anticorrupción a partir de la Conferencia de Ministros celebrada en 1994 en Malta, entre las que se destacan el “Programa de Acción Contra la Corrupción” de 1996, los “Veinte Principios Directivos para la Lucha Contra la Corrupción” del 97, la “Convención Penal Contra la Corrupción” de 1999, el “Código de Conducta de los Funcionarios Públicos” del 2000 y las “Reglas Comunes Contra la Corrupción en la Financiación de los Partidos Políticos y las Campañas Electorales” del 2003<sup>46</sup>. La recién citada convención penal contempla la incorporación a la legislación penal de los países firmantes de una serie de delitos referidos a la corrupción, así como la responsabilidad penal de las personas jurídicas y una serie de medidas procesales y preventivas. Se complementa

45. Disponibles en <https://www.cfatf-gafic.org/index.php/es/documentos/gafi40-recomendaciones>

46. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española. *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público* [en línea]. 2015, 63(1), pp. 241-246.

con otra de carácter civil, del mismo año, que recoge el deber de las naciones de indemnizar a las víctimas de corrupción.

Para la implementación y aplicación de las medidas anticorrupción en los Estados firmantes se creó el “Grupo de Estados contra la Corrupción” (GRECO), que periódicamente emite informes con evaluaciones y recomendaciones de cuyo cumplimiento se hace un ulterior seguimiento<sup>47</sup>.

Finalmente, a nivel universal, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción fue suscrita en Mérida en 2003 y entró en vigor en 2005, con amplia participación y consenso de los Estados firmantes, las organizaciones internacionales, el sector privado y la sociedad civil. Fue precedida por la de Viena Contra el Blanqueo de Capitales de 1988 y la de Palermo Contra la Criminalidad Organizada del 2000, ya que abordan estos dos fenómenos que, como ya se apuntó, acompañan a muchas de las manifestaciones más graves de corrupción.

Al igual que la convención de la OEA y por mismas limitaciones, tampoco conceptualiza a la corrupción, sin perjuicio de que se incluyan definiciones de algunas de las principales figuras que forman parte de ella. Se configuró así como un instrumento armonizador en la materia, que tiene en cuenta las múltiples facetas del fenómeno y prácticamente la totalidad de los problemas que resulta necesario afrontar para que una política criminal anticorrupción alcance la eficacia, estableciendo para ello un lenguaje y unas guías comunes para la homogeneización de la legislación internacional sobre la materia.

Contempla 5 áreas de acción, establecidas como obligaciones para los Estados parte: prevención de prácticas corruptas; penalización de las mismas; promoción, facilitación y apoyo de la cooperación internacional; recuperación de activos para los países de origen; y promoción de la integridad, de la obligación de rendir cuentas y de la debida gestión de los asuntos y bienes públicos<sup>48</sup>.

Los objetivos fijados en el documento se complementan, entre otros, con la labor de Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (en adelante, UNODOC)<sup>49</sup>. A su vez, en 2011, mediante la Resolución 3/1 de la Conferencia de los Estados parte se estableció el mecanismo de examen de la aplicación de la convención<sup>50</sup>.

Asimismo, en 2011 la UNODOC presentó una ley modelo sobre extinción de dominio, siendo este un instituto jurídico dirigido contra los bienes de origen o destinación ilícita. Como tal, es un instrumento de política criminal que busca complementar el

47. Pueden consultarse los convenios mencionados y otros documentos anexos y la labor del GRECO en <https://www.coe.int/en/web/portal/home>

48. ARGANDOÑA, Antonio. La convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales. *IESE Business School* [en línea]. 2007, p. 4

49. Creada en 1997 e integrada por 500 funcionarios en todo el mundo, se especializa en la lucha contra las drogas ilícitas y la delincuencia internacional organizada, razón por la cual asimismo ejecuta el programa principal de la ONU contra el terrorismo.

50. Puede consultarse el texto completo de la convención en [https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications\\_unodc\\_convention-s.pdf](https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf) y acerca de la labor de la UNODC en <https://www.unodc.org/ropan/es/AntiCorruptionARAC/unodc-and-corruption.html>

conjunto de medidas institucionales y legales adoptadas por los países. Se la concibió como una respuesta eficaz contra el crimen organizado, ya que se enfoca exclusivamente en la persecución de toda clase de activos que integran la riqueza derivada de la actividad criminal; y, por tal motivo, el proyecto señala que ‘actividad ilícita’ es toda actividad tipificada como delictiva, aun cuando no se haya dictado sentencia<sup>51</sup>.

### 4.3. Promoción de la “lucha” contra la corrupción

No puede soslayarse que este es solo un conjunto de la totalidad de las estrategias provenientes de los actores internacionales para hacer frente a la corrupción a gran escala. Sin embargo, el recorte selecto es suficiente para apuntar que el entramado jurídico internacional está diseñado sobre la base de una política criminal de “lucha” contra la corrupción como forma de criminalidad organizada, circunstancia que se puede observar a partir del lenguaje implementado.

Es que, a modo de ejemplo, en la Convención de la OCDE, la palabra “lucha” aparece 10 veces; en la de OEA, aparece 2 y “combatir” 5; en el convenio penal del Consejo de Europa, la expresión “lucha” aparece 8 veces, y en la Convención de ONU, aparece 13 veces, en tanto que “combatir” 24.

Esto implica que el sistema penal dirigido a enfrentar el fenómeno es visto como un arma para golpear enemigos y que la “lucha” contra la corrupción es un concepto normativo que permea las legislaciones nacionales<sup>52</sup>.

### 4.4. Su impacto en la legislación española

Las fuentes de instrumentos internacionales referidos a la corrupción que generan obligaciones para España de distinto contenido y naturaleza en forma de compromisos o recomendaciones se centran en el ámbito global en Naciones Unidas, en la OCDE y en el GAFI; y en el regional, en la Unión Europea y el Consejo de Europa. Por lo tanto, muchas de las últimas reformas de la legislación penal española se han insertado dentro del paradigma del “combate” contra la corrupción, incidiendo sobre figuras delictivas que refieren a conductas englobadas dentro de la explosión del fenómeno, que desbordó las clásicas figuras de cohecho y malversación<sup>53</sup>.

51. Ver en: [https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley\\_Modelo\\_Sobre\\_Extincion\\_de\\_Dominio.pdf](https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf)

52. VILLEGAS DÍAZ, Myrna. La lucha' contra el crimen organizado en América Latina. Reflexiones más allá de la frontera penal. En *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*. Tomo II, *Liber Amicorum. Derechos Humanos y Derecho Penal*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2022, pp. 1043-1054.

53. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española. *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público* [en línea]. 2015, 63(1), pp. 248-264.

Así, por ejemplo, recuerda Berdugo Gómez de la Torre respecto del cohecho que el denominador común de los convenios internacionales fue demandar a los Estados firmantes la tipificación del tipo, tanto en su faz activa como pasiva, lo que ya se daba en el Código Penal español en los arts. 419 y siguientes y 424, respectivamente; no obstante, en la reforma de 2010 se mejoró la técnica legislativa de este delito, impulsada por la nueva situación internacional. Además, la internacionalización de la corrupción y el deber de protección de los intereses financieros de la UE llevó a que en 2010 el soborno comprendiera en su art. 427 los casos en los que los hechos sean imputados o afecten a los funcionarios de la UE o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de aquella, tras lo cual recogía con amplitud quién merecía esta consideración.

En 2015 se agravó con carácter general la pena del cohecho y se amplió en el art. 427 el abanico relativo a quién merece la consideración de funcionario extranjero equiparado al nacional, incluyendo –como demanda la convención de ONU– a los de cualquier Estado u organización internacional pública. A la vez, en esta reforma se agravó la respuesta penal en el caso de delitos que pueden implicar corrupción dentro de la Administración Pública, a partir del aumento generalizado de las penas de inhabilitación especial para ejercer empleo o cargo público sumándose, en los supuestos de mayor gravedad, la del ejercicio de sufragio pasivo. También se introdujo una limitación del art. 90, inciso 4.º, párr. 2.º, para la obtención de la libertad condicional, “cuando el penado hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado”.

El delito de malversación de caudales ha sido profundamente reformado por LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP, asimilando dicho delito a los tipos penales de administración desleal (art. 252 CP) y apropiación indebida (art. 253 CP), hasta el punto de que no se hace una descripción de la conducta de malversación, remitiéndose a dichos preceptos con dos salvedades: el sujeto activo debe ser siempre una autoridad o funcionario público y el objeto del delito es el patrimonio público. Por tanto, son dos ahora las modalidades de malversación, lo que, además de acentuar su carácter patrimonial, amplía significativamente su ámbito de aplicación, tal como explica Nieves Sanz Mulas<sup>54</sup>.

En 2015, como refiere Berdugo Gómez de la Torre<sup>55</sup>, también se introdujo el Título XIII bis, bajo el nombre “De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, integrado por los artículos 304 bis y ter.

Respecto a la corrupción a gran escala que se da a nivel municipal en el marco de decisiones de política urbanística, en 2010 se modificó la rúbrica del capítulo que la contempla, pasando a denominarse “De los delitos sobre la ordenación del territorio y

54. SANZ MULAS, Nieves. Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea]. 2017, pp. 1-35, pp. 1-35.

55. *Op. cit.*

el urbanismo”, así como también se ampliaron los tipos allí insertos (arts. 319 y 320), se agravaron las penas y se modificó la prevaricación urbanística. La reforma de 2015, por su parte, introdujo una precisión sobre “la demolición de la obra y la reposición de la realidad física alterada”.

En cuanto al blanqueo de capitales, la Ley Orgánica 10/1995 ofreció a este delito una nueva regulación basada en su autonomía, tal como reclamaban distintos instrumentos internacionales sobre la base del significado socioeconómico de las conductas englobadas, permitiendo así su aplicación a conductas complementarias de la corrupción. Las sucesivas reformas efectuadas mediante las Leyes Orgánicas 15/2003 y 5/2010 consolidaron la tendencia, vigente al día de la fecha<sup>56</sup>.

Párrafo aparte debe destacarse que desde que se aprobara el primer Código Penal, en 1810, se ha previsto bajo la denominación de “cuadrilla de malhechores”, y después bajo el término de “asociación ilícita”, este delito, hasta llegar a la actual figura de los arts. 515.1.º y ss. CP, a través de la que se castiga a los integrantes y colaboradores de agrupaciones dedicadas a cometer delitos a lo largo del tiempo. La figura ha sido, sin embargo, generalmente poco aplicada a lo largo de la historia por los tribunales al ámbito de la delincuencia organizada común. Ello se debe a una tendencia jurisprudencial, histórica, a conectarla con la esfera política, motivada por la configuración legal de la figura como suerte de manifestación de un ejercicio abusivo del derecho de asociación<sup>57</sup>.

Por último, entre los ejemplos de la Parte Especial del código para mencionar seleccionados, a partir del 12 de enero de 2023 empezó a regir la figura del enriquecimiento ilícito para “la autoridad que, durante el desempeño de su función o cargo y hasta cinco años después de haber cesado en ellos, hubiera obtenido un incremento patrimonial o una cancelación de obligaciones o deudas por un valor superior a 250.000 euros respecto a sus ingresos acreditados, y se negara abiertamente a dar el debido cumplimiento a los requerimientos de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación”<sup>58</sup>.

La Parte General del código también se vio alterada fruto de las demandas y compromisos internacionales al introducirse, en 2010, en el artículo 31 bis, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que provocó cambios en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y una modificación a fines de 2012 para incluir dentro de las personas jurídicas susceptibles de responsabilidad penal a los partidos políticos y sindicatos. En 2015, el legislador completó y desglosó el artículo 31 bis originario hasta un 31 bis quinquies, estableciendo principalmente los contenidos que deben abordar los “modelos de organización” y los supuestos en los que la presencia de estos, aunque quebrantados,

56. España, Código Penal, Capítulo XIV, “De la receptación y el blanqueo de capitales”, arts. 298-304.

57. BOCANEGRA MÁRQUEZ, Jara. La Asociación ilícita de finalidad delictiva: ¿una figura condenada al ‘ostracismo’? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea]. 2023pp. 1-42.

58. España, Código Penal, art. 438 bis.

puede determinar la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica involucrada en el delito; por último, se excluyó expresamente la responsabilidad penal de personas jurídicas que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

Finalmente, el decomiso del art. 127, que en su regulación tradicional se vinculaba directamente a la realización del hecho delictivo, se vio ampliado en 2010, extendiéndose al patrimonio de las organizaciones o grupos criminales y terroristas y, a partir de la Directiva de 2014 relativa a la recuperación del dinero y los bienes vinculados a la corrupción, se introdujo en 2015 el art. 127 bis, que contiene una extensa lista de delitos entre los cuales se encuentran aquellos vinculados a la corrupción.

Allí se dispone que, frente al patrimonio de las personas condenadas por alguna de las conductas señaladas, también deberá procederse al decomiso de los bienes, efectos y ganancias cuando el juez o tribunal “resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva y no se acredite su origen lícito”, por lo que el decomiso no requiere la conexión causal entre el delito por el que se condena y los bienes, efectos y ganancias decomisados, sino que establece una presunción de su origen ilícito en función de pruebas indiciarias que enumera en el apartado 2.º del mismo 127 bis. El art. 127 ter regula los supuestos de decomiso sin condena y el 127 *quater* el decomiso de bienes transferidos a terceros.

Finalmente, cabe analizar el tratamiento que el país le da a la figura de imputado ‘colaborador’; así, junto con los tipos penales atenuados expresamente frente a los imputados ‘arrepentidos’ –delitos de organizaciones criminales, terrorismo y tráfico de drogas–, el Tribunal Supremo español ha expandido a cualquier imputado arrepentido que colabore con la Justicia a través de la facilitación de información a las autoridades el incentivo previsto en la atenuante analógica del apartado 7.º del art. 21 CP, en relación con la de confesión del apartado 4.º, por considerar que deben fomentarse, bajo fundamentos de política criminal referidos a la utilidad de las investigaciones, aquellas actitudes de colaboración útil en la investigación y esclarecimiento de los hechos y, en suma, ahorrar costes a las Administración de Justicia a partir de la confesión<sup>59</sup>.

#### **4.5. Su impacto en la legislación argentina**

Las convenciones internacionales anticorrupción que generan obligaciones para la República Argentina residen en la ONU, la OCDE, el GAFI, la OEA y el Mercado Común del Sur (en adelante, MERCOSUR).

Al igual que en el caso español, el Código Penal argentino contemplaba originalmente un catálogo delictivo dirigido a la corrupción nacional, que luego se vio

59. *Vid.* SSTS, Sala de lo Penal, de 23 de junio de 2004, 5 de octubre de 2010 y 18 de febrero de 2014 y SSTS, Sala de lo Penal, de 21 de octubre de 2003 y de 7 de febrero de 2005, citados en ORTIZ. “La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia”, 2017, pp. 39-70.

modificado por los alcances y circunstancias señaladas por la comunidad internacional, aunque con ciertas diferencias.

Así, desde la sanción del código en 1921 se contemplaron los hechos de corrupción en el Libro II, “De los Delitos”, Título XI, dedicado a los “Delitos contra la administración pública” y conformado entre otros por el cohecho activo y pasivo, la malversación de caudales públicos, las negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas y las exacciones ilegales<sup>60</sup>, sin perjuicio de la tipificación en otras partes del código de conductas que, si bien no se describieron –posteriormente en el tiempo– como actos de corrupción en los documentos internacionales, se encuentran vinculadas al fenómeno<sup>61</sup>. Por otra parte, con el dictado del Decreto-Ley 4778 de 1963 y la Ley 16.648, al año siguiente, el enriquecimiento ilícito de funcionarios entró al Código Penal, en su art. 268.

Ahora bien, en 1994 se produjo la reforma de la Constitución Nacional que, entre la totalidad de cuestiones destinadas al fortalecimiento de la democracia republicana, incorporó en la propia letra constitucional el artículo 36, donde se señala que “Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos”, circunstancia que implicó introducir en la cúspide normativa de la nación un objetivo político-criminal vinculado al interés argentino de atender al fenómeno de la corrupción.

Dicho artículo estableció a la vez que el Congreso nacional debía sancionar una ley sobre ética en el ejercicio de la función pública. Antes de cumplir con esta sanción, en 1997 se crearon la Oficina y el Código Nacional de Ética Pública, oportunidad aprovechada para recordar que en el marco del compromiso argentino de “combatir” la corrupción y promover acciones tendientes a incrementar el grado de transparencia en la Administración Pública, se introdujeron las reformas al Estado que desarticularían los factores estructurales favorecedores de prácticas corruptas, así como también que la República participó activamente en la elaboración de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que luego ratificó.

Finalmente, en 1999 se sancionó la Ley de Ética Pública ordenada por la Constitución, que introdujo modificaciones al Código Penal en relación a los delitos de corrupción, ya que agravó las escalas penales previstas para el cohecho pasivo y activo (arts. 256 y 258, respectivamente), que anteriormente eran de prisión o reclusión de 6 meses a 2 años en ambos supuestos e inhabilitación absoluta de 3 a 10 años, para el soborno pasivo. Desde entonces quedaba fijada en una reclusión o prisión de 1 a 6 años en ambos casos e inhabilitación especial perpetua frente al cohecho pasivo.

60. República Argentina, “Código Penal”, texto originario según Ley 11.179 del 29/10/1921 (arts. 237 a 281).

61. Es el caso, por ejemplo, de la defraudación en perjuicio de la Administración Pública y de la administración fraudulenta o infiel (art. 174, incs. 5.º y 7.º CP) si el sujeto activo es funcionario/a público/a.

También creó otros tipos penales no previstos anteriormente: el soborno internacional (art. 258 bis), el tráfico de influencias (art. 256 bis) y la omisión maliciosa o falsedad en la presentación de las declaraciones juradas obligatorias (art. 268.3). Respecto de la primera figura señalada, la redacción reprodujo casi textualmente el artículo VIII de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, aunque mediante la Ley 25.825 se modificó para adaptarlo a la Convención sobre la Lucha Contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros<sup>62</sup>.

Por otra parte, la Ley de Ética Pública modificó el art. 268(2) del código sustantivo, que concierne al enriquecimiento ilícito, ya que anteriormente esta conducta se configuraba de manera “posterior a la asunción de un cargo o empleo público” y tras la entrada de la citada ley se estableció que el tipo se puede configurar “hasta dos años después de haber cesado en su desempeño”, a la par que introdujo un agravamiento de las penas, al introducir una multa del 50 % del valor del enriquecimiento y la inhabilitación absoluta perpetua, que anteriormente era de 3 a 10 años<sup>63</sup>.

Asimismo, el delito de asociación ilícita se encuentra previsto en el art. 210 del código, correspondiéndose con la formulación original de 1921, y la forma agravada (art. 201 bis CP) –destinada a la asociación ilícita para cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, en las condiciones allí señaladas– se ha mantenido incólume desde su sanción en 1984.

En cuanto al blanqueo de capitales, su tipificación encuentra origen en la Ley de Estupeficientes de 1989, por lo que la figura era concebida solo en relación a hechos precedentes infractores de esa normativa. En el 2000 se introdujo la figura en el art. 278 del Código Penal como una forma agravada del delito de encubrimiento, estableciéndose que cualquiera podía ser el delito precedente. El precepto fue derogado en 2011, al introducirse como una figura autónoma en el Título XIII, “Delitos contra el orden económico y financiero”, art. 303<sup>64</sup>.

En el siguiente artículo se dispuso que, si el delito es realizado en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, corresponden al ente las sanciones conjuntas o alternativas que allí se enlistan.

En tal sentido, hasta entonces el legislador había previsto en distintas leyes especiales sanciones a las personas jurídicas, incluyéndose las enumeradas en el artículo del código bajo análisis. Sin embargo, en 2017 se sancionó la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (Ley 27.401), aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, frente a delitos de corrupción contra la Administración Pública. De manera similar al caso español, esta ley contempla la exención de pena y responsabilidad administrativa dentro

62. Oficina Anticorrupción. “Perspectiva del Derecho Penal sobre los actos de corrupción. El rol de la Oficina Anticorrupción”, p. 80.

63. CHIARA DÍAZ, Carlos A. Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados. *Revista Pensamiento Penal* [en línea]. 2013, p. 11.

64. REGGIANI, Carlos. Lavado de activos. *Revista Pensamiento Penal* [en línea]. 2013, pp. 3-6.

de ciertas condiciones, entre las que se encuentra la implementación de un sistema de control y supervisión adecuado, como un programa de integridad (art. 9.º), resultando facultativo de las personas jurídicas contar o no con ese tipo de medidas (art. 22).

Esta ley modificó el art. 1.º del CP, ampliando la jurisdicción argentina para el juzgamiento de ciudadanos argentinos o personas jurídicas domiciliadas en territorio argentino frente a los sobornos de funcionarios públicos extranjeros o de una organización pública internacional, en cumplimiento de la Convención de la OCDE, que establece en su art. 4.4 que las Partes firmantes deben revisar si el fundamento de su jurisdicción es eficaz para “luchar” contra el cohecho de servidores públicos extranjeros y, en su caso, tomar las medidas correctivas de la legislación; asimismo, en su art. 7 dispone que los países apliquen su legislación interna respecto del cohecho de un funcionario público extranjero, sin tener en cuenta el lugar en el que ocurrió el delito<sup>65</sup>.

Por otro lado, en 2010 Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Ecuador y Bolivia suscribieron el “Acuerdo Marco de Cooperación entre los Estados Parte del MERCOSUR y Estados Asociados, para la Creación de Equipos Conjuntos de Investigación” con el fin de hacer frente a la delincuencia organizada transnacional, contemplando entre sus diversas modalidades la corrupción, en cumplimiento de las obligaciones asumidas en la Convención de Mérida<sup>66</sup>.

En relación al decomiso, que actualmente se lo prevé en relación a los instrumentos, el producto y el provecho del delito (art. 23 del Código Penal), aunque no siempre ha sido así. El código original de 1921 previó el decomiso de los instrumentos y efectos del delito y en 1999 la Ley de Ética Pública lo amplió para las cosas o ganancias producto de la infracción penal, en tanto que en 2011 la Ley 26.683 introdujo el decomiso sin condena para ciertos delitos, si se comprueba previamente la ilicitud del origen de los bienes o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por los motivos previstos en esa normativa, o bien este hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes.

En 2019, sin modificaciones al art. 23 del código, se promulgó el Decreto de Necesidad y Urgencia de Extinción de Dominio n.º 62/2019, que reguló una acción civil de carácter patrimonial que permite al Estado discutir la titularidad de un bien, a partir del temor fundado sobre la comisión de un delito de corrupción y, por lo tanto, grave, si aquel no se corresponde razonablemente con los ingresos de su tenedor, poseedor o titular, o bien representa un incremento patrimonial injustificado<sup>67</sup>.

65. ALVERO, José. Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por Delitos Contra la Administración Pública ¿Un Nuevo Sujeto en el Derecho Penal? ¿Fin del Principio Societas Delinquere Non Potest? *Revista Pensamiento Penal* [en línea]. 2018, pp. 1, 19, 25, 34.

66. MERCOSUR, DEC n.º 22/10 de agosto de 2010. URL [http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/DEC2210\\_p.pdf](http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/DEC2210_p.pdf)

67. SORAGNI, Carolina Belén. *El recupero de activos bajo el ordenamiento jurídico argentino: ¿Debe ser considerado el decomiso necesariamente de naturaleza penal?* (tesis de maestría). Buenos Aires: Universidad de San Andrés, 2020, pp. 9-14.

Adicionalmente, en el año 2016 mediante la Ley 27.304<sup>68</sup> se introdujo la figura del colaborador premiado (también conocido como “arrepentido”); para el catálogo de delitos constituye la criminalidad compleja u organizada y, por tal motivo, considerados graves (trata de personas, narcotráfico, terrorismo, secuestro extorsivo, asociación ilícita, delitos económicos y financieros, y todos los de corrupción). En su primer artículo, la Ley 27.304 sustituye al artículo 41 ter del ordenamiento sustancial y establece que el beneficio al que puede acogerse el arrepentido consiste en una reducción de la pena que le podría corresponder, con arreglo a la escala de la tentativa (art. 44 del código), con excepción de aquellos delitos con penas de prisión o reclusión perpetua, en cuyo caso la reducción podrá llegar hasta los quince (15) años de prisión y los delitos cuya pena sea de multa o inhabilitación, en los que no precede la reducción.

El artículo 5 de la ley prescribe los criterios para aplicar los beneficios del artículo 41 ter del código. En otras palabras, la información que el/la imputado/a brinde en los términos de esta ley deberá ser merituada a la luz de una serie de parámetros, a saber: el tipo y alcance de la información brindada; su utilidad para alcanzar las finalidades previstas por el artículo 41 ter del Código Penal<sup>69</sup>; el momento procesal en el que se brinda la colaboración; la gravedad de los delitos esclarecidos o impedidos por la contribución; la gravedad de los hechos atribuidos y la responsabilidad que le quepa. Además, se indica que se dará prioridad a quien se arrepiente primero.

Cabe mencionar que la Comisión de Reforma del Código Penal creada por el Poder Ejecutivo en 2017 anunció en 2018 que se encontraba bajo análisis la posible incorporación de diversas modificaciones en la Parte General y Especial del Código Penal, que podrían generar, entre otros aspectos, un impacto sustancial en la investigación y la sanción de los delitos de corrupción para fomentar, particularmente, la imposición de penas de cumplimiento efectivo, estableciendo escalas penales de 4 a 12 años de prisión<sup>70</sup>. Finalmente, dichas reformas legislativas no tuvieron lugar.

68. Texto disponible en <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/267115/norma.htm>

69. Señala el artículo 41 ter del Código las finalidades de “evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo”. Texto disponible en <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/textact.htm>

70. <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-comision-estudia-elevar-las-penas-para-los-delitos-de-corrupcion> [fecha de consulta: 23/03/2023].

## 5. DOS CRÍTICAS FRENTE A CIERTAS NORMAS SANCIONADAS EN ESPAÑA Y ARGENTINA EN EL MARCO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN PROMOCIONADA

### 5.1. *La eficacia a costa de la colisión con algunas garantías procesales elementales en los Estados de derecho*

Von Liszt afirmaba que las pautas dogmáticas convencionales del derecho penal clásico, fermentadas con las ideas iluministas del siglo XVIII, constituían la carta magna del delincuente, a la par que limitaban el *ius puniendi* estatal. No obstante, actualmente, a menudo aquellos lineamientos elaborados para el tratamiento y abordaje de las cuestiones relacionadas con la problemática penal son dejadas de lado, al no repararse en si la totalidad de las soluciones que se ofrecen guardan estricta relación con los patrones clásicamente admitidos. Ello constituye una amenaza para los principios y las garantías del derecho penal que se erige sobre bases constitucionales<sup>71</sup>.

Así, ante los nuevos desafíos, el catálogo de reformas legislativas introducidas en códigos como el español y argentino refleja, en muchos casos, que el legislador tácitamente reconoce un derecho penal de ‘dos velocidades’, compuesto de un derecho penal nuclear, que respeta las garantías básicas del derecho penal liberal, y un derecho penal del enemigo, que resulta menos estricto a la hora de verificación de aquellas. Este derrotero exhibe que el legislador no siempre ha actuado con la prudencia que las potestades a él delegadas le exigen, lo que ha derivado en lo que frecuentemente se denomina una “expansión del derecho penal”.

Es que, entre las características que resaltan en los sistemas penales que reprimen el crimen organizado, destaca la reducción de algunas garantías sustantivas y procesales penales. En un contexto de política criminal ‘de lucha’ y de ‘tolerancia cero’ –impartido a partir del lenguaje empleado a nivel internacional y regional–, la eficacia que se busca a como dé lugar, mediante las normas represivas de la gran corrupción, en muchos casos se adueña de la escena, a partir de medidas que tienen como fin brindar seguridad a los ciudadanos y así calmar la opinión pública y su idea ancestral de venganza.

La disminución de ciertas garantías penales y procesales de la persona acusada de cometer un delito de corrupción se explica desde distintos prismas.

Por un lado, se ha mencionado la creación de nuevas figuras delictivas, o bien la modificación de estas, con márgenes, en muchos casos, poco precisos y términos vagos o ambiguos. Con el fin de ejemplificar, Fabián Caparrós<sup>72</sup> explica que, si bien la acusación por el delito de blanqueo de capitales suele enfrentarse a dificultades –pues

71. GARCÍA BERRO, Santiago y RECALDE, Jorge. Derecho penal del enemigo y el delito de asociación ilícita calificada. *El Derecho, Revista de Derecho Penal* [en línea]. 2006

72. FABIÁN CAPARROS, Eduardo. Blanqueo de capitales y presunción de inocencia. En Ferré Olivé, Juan Carlos (Coord.). *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*.

no solo hay que demostrar que los bienes tienen origen espurio, sino que también hay que probar que el acusado era consciente de ello—, las reformas introducidas en las legislaciones española y argentina aligeraron sensiblemente las exigencias probatorias de esta figura, haciendo que el delito sea más practicable, en detrimento del principio de presunción de inocencia. Ello, a partir del reconocimiento de la autonomía socioeconómica respecto de la infracción previa de la que proceden los bienes a lavar, dejando atrás la idea de accesoriedad que tenía el tipo en relación al delito previo.

En tal sentido, el autor reconoce como necesario que no se precise una sentencia condenatoria de los hechos de los que procedan los bienes para castigar por blanqueo; sin embargo, resalta que ello desplazaría la tarea del juzgador de estimar probada la realización de las conductas previas. De esta manera, la decisión se debe adoptar a partir de indicios recabados —a mayor cantidad de indicios, mayor determinación de que el acusado por blanqueo era consciente del origen ilícito de los bienes—. <sup>73</sup>

Y, al riesgo de probar suficientemente la ilicitud del origen de los bienes, se añade el problema de la definición de conductas, pues la técnica legislativa empleada reside en la adopción de cláusulas genéricas que, luego de enumerar ciertas acciones constitutivas del delito, introducen “cualquier otro acto” (art. 301 del CP español) y “cualquier otro modo” (art. 303 del CP argentino) constitutivo del delito.

En otro orden de ideas, el mismo autor apunta los reparos constitucionales que ofrece la figura del enriquecimiento ilícito, explicando que, básicamente, implica la forma de penalizar conductas que no se han podido probar, tratándose así de un delito de sospecha, atentatorio de la misma garantía de presunción de inculpabilidad.

A la par, la asociación ilícita ha sido objeto de distintas objeciones constitucionales vinculadas a su vaguedad, la indeterminación del bien jurídico cuya lesión penaliza y la afectación del principio constitucional de reserva, por tratarse de una anticipación punitiva, que no requiere de acciones lesivas en perjuicio de terceros. Zaffaroni, Alagia y Slokar, por caso, afirman que se trata de un tipo de constitucionalidad dudosa por constituir una ampliación del ámbito de la prohibición que “no puede sortearse sino en violación al principio de lesividad, y sin que a su respecto quepan legitimaciones basadas en el peligro para todos los derechos y libertades que la organización democrática estatal trata de garantizar a toda la sociedad” <sup>74</sup>.

A nivel procesal penal, no puede soslayarse que la figura del arrepentido tampoco aprueba el juicio de constitucionalidad, al sugerir el retorno a prácticas inquisitivas que se procuró dejar atrás. Es que, con ella, “los legisladores procuran, sin lograrlo,

---

Tomo I, *Liber Discipulorum. Schola Iuris Criminalis Salmanticensis*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2022, pp. 229-242.

73. FABIÁN CAPARROS, Eduardo. Blanqueo de capitales y presunción de inocencia. En Ferré Olivé, Juan Carlos (Coord.). *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*. Tomo I, *Liber Discipulorum. Schola Iuris Criminalis Salmanticensis*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2022pp. 229-242.

74. ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Ciudad de Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 811.

disimular el fracaso del sistema penal, cuya impotencia para descubrir el delito y sancionar a sus autores lo compele a pactar con ellos para lograrlo<sup>75</sup>. Y lo que es peor, desde otra perspectiva parecería que la figura permite "... encubrir con un artificio semántico benevolente una práctica deleznable, del mismo modo que... se escribía en las actas policiales que el imputado se 'sinceraba' con la instrucción cuando en realidad su 'sinceramiento' era producto de algún tipo de vejación<sup>76</sup>. Este punto se vincula con la cuestión de la coacción. En la figura del arrepentido, evidentemente, parece no haber 'coacción' directa, pero podría considerarse que se da, sin embargo, un tipo de coacción indirecta. Al hacerle saber al imputado que su colaboración posiblemente sea premiada, se reduce su posibilidad de decidir libremente; se le sugiere que de no hacerlo su situación será más grave.

Hablamos lisa y llanamente de una "autoinculpación", prohibida por una garantía constitucional, so pretexto de luchar contra la corrupción; así, se atienden razones de política criminal: la confesión ahorra vastos esfuerzos de investigación y facilita la instrucción del proceso penal. No hay aquí un 'arrepentimiento' como una cuestión íntima, moral y subjetiva, más allá de los esfuerzos –sugeridos por el nombre de este instituto procesal– de ponerle este disfraz<sup>77</sup>.

Finalmente, los supuestos de decomiso sin sentencia penal condenatoria previa también son objetos, por afectación al principio de *nullum crimen nulla poena sine praevia lege penale*.

De allí que el Código Penal español regule el instituto para casos excepcionales, ampliamente detallados (de conformidad con el ya citado art. 127 ter). Contrariamente, en Argentina ha sido cuestionada por la doctrina la promulgación del Decreto presidencial de Necesidad y Urgencia que introdujo, siguiendo los lineamientos de la ONU, la acción civil de extinción de dominio, que permite al Estado cuestionar la titularidad de un bien si no se corresponde con los ingresos de su titular o representa un incremento patrimonial injustificado, constituyendo tales circunstancias la sospecha de comisión de un delito grave de corrupción.

En síntesis, este tipo de normativa pareciera exhibir que poco importa que la eficacia en la represión pueda comportar la pérdida de eficacia del pacto social y las libertades<sup>78</sup>. Ello refleja que el derecho penal liberal que conocemos hoy proviene de las exigencias de la Ilustración, receptadas en las constituciones liberales que acompañaron la caída de los regímenes absolutistas de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, dando paso a los Estados constitucionales y democráticos que hemos

75. DÍAZ CANTÓN, Fernando. Breves notas críticas sobre la figura del "arrepentido". *Pensar en Derecho* [en línea]. 2018, vol. 13, p. 21

76. *Ibidem*, p. 21.

77. CATZ, Shirley Mariel. La "ley del arrepentido" y la "extinción de dominio": una lectura humanista contra el utilitarismo. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* [en línea]. 2019, vol. 49, pp. 415-430.

78. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento del Derecho penal post-moderno*. Madrid: Lustel, 2007, pp. 165 y ss., tal como se citó en *ídem*.

conquistado, provistos de ciudadanos y no súbditos sin derechos ni garantías, lo que solo implica más conquistas. El derecho penal liberal, entonces, cumple la función de promoverlas y defenderlas, ya que están dirigidas a limitar el ejercicio del poder punitivo estatal, conocido en la historia por su tendencia hacia los abusos<sup>79</sup>. Y si bien la historia de la humanidad contó posteriormente con otros capítulos oscuros, una de las consecuencias más evidentes de los nuevos vientos que soplaron a partir de la segunda mitad del siglo XX y principios del XXI es el grandioso intento de abandono de verdaderas atrocidades humanas y jurídicas, puntos de partida que nos separaron decisivamente de las concepciones autoritarias que aparecían muchas veces enraizadas en los discursos penales<sup>80</sup>.

Si somos conscientes de que “cuanto más poder punitivo autorice un Estado, más alejado estará del Estado de Derecho”<sup>81</sup>, resulta relevante –a la luz de la propia historia de la humanidad– detectar su expansionismo, en cualquiera de sus facetas, como una forma de transformación autoritaria del Derecho<sup>82</sup>.

## 5.2. La eficacia parcial

Y oportuno resulta paralelamente aclarar que la otra crítica generalizada frente al “populismo antigarantista” es, paradójicamente, la de su ineficacia como política criminal absolutamente exitosa o, dicho de otro modo, su eficacia parcial.

Es que más derecho penal, en cualquiera de sus formas<sup>83</sup>, no es necesariamente igual a una política de mayor eficacia, en tanto no reduce las tasas de criminalidad<sup>84</sup>. Al respecto, resulta ilustrativo el Índice de Percepción de la Corrupción que hace TI en relación a 180 países anualmente, ya que este reveló respecto de 2022<sup>85</sup> que los niveles de corrupción no variaron en 11 años consecutivos. España bajó un punto con respecto al 2021, obteniendo una puntuación de 60/100 y ocupando así la posición

79. RAFECAS, Daniel. *Derecho penal sobre bases constitucionales*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2021, p. 35.

80. *Ídem*, pp. 44-47.

81. ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Ciudad de Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 22.

82. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Derechos humanos y Derecho penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones*. *Revista Penal Colombia* [en línea]. 2010, n.º1, p. 61.

83. incluido el aumento de escalas penales y la eliminación de derechos como la libertad condicional, en detrimento del principio resocializador.

84. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Viejo y nuevo Derecho penal: El pensamiento de Ignacio Berdugo ante los desafíos del Derecho penal de hoy*. En *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*. Tomo I, *Liber Discipulorum. Schola Iuris Criminalis Salmanticensis*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2022p. 57.

85. TI. “Índice de Percepción de la Corrupción 2022”, en <https://www.transparency.org/en/cpi/2022>

35/180 del ranking. Argentina obtuvo el mismo puntaje que el año anterior, en tanto logró 38/100 puntos, quedando en el puesto 94/180. Si bien subió 2 escalones respecto de 2021, ello se debió al empeoramiento de posición de otros países<sup>86</sup>.

Ahora bien, es un hecho que las políticas criminales represivas de la corrupción precisan de tiempo para poder verificar su eficacia, y de allí que los índices de corrupción son alentadores en el caso español, si se los compara con años anteriores. De tal suerte, por ejemplo, en 2018, España estaba en el lugar 41, ascendiendo positivamente 6 posiciones en la actualidad. Contrariamente, Argentina se posicionaba para 2018 en el puesto 85, viendo así actualmente empeorada su situación.

De todos modos, lo que estos índices demuestran con el paso de los años es que la corrupción fue, y sigue siendo, una integrante más de nuestras sociedades.

También puede mencionarse el *Human Rights Report* de 2022 publicado por el Departamento de Estado de EE. UU., que reveló la crítica realidad de Argentina en materia de corrupción pública, así como también se refirió, con menos dureza, a la española<sup>87</sup>.

Por lo tanto, detrás de las propuestas político-criminales ilustradas y cuestionadas, la defraudación al erario público es, en el caso español, de más de 90.000 millones de euros al año, equivalentes a casi el 8 % de su PIB, según el estudio "The costs of corruption across the EU" de fines de 2018<sup>88</sup>. Y en el caso argentino, de 36.000 millones de dólares, llevándose así un 6 % del PBI, según lo informado por expertos del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y la Universidad de Buenos Aires (UBA) en 2018; siendo que, por cada millón de pesos que se invierte, 416.000 quedarían fuera del sistema, según un estudio de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE)<sup>89</sup>.

Resulta además interesante el análisis que Sanz Mulas<sup>90</sup> realiza en torno al tratamiento actual que recibe el delito de malversación de caudales públicos en España

86. La puntuación de un país es el nivel percibido de corrupción en el sector público, en una escala de 0 a 100, donde 0 significa altamente corrupto y 100 muy limpio. Se calcula a partir de un mínimo de 3 fuentes de datos que proceden de diversas instituciones de prestigio, como el Banco Mundial y el Foro Económico Mundial. La clasificación o rango de un país es la posición en relación con los demás países del índice. Fuente: <https://www.transparency.org/es/news/how-cpi-scores-are-calculated>.

87. Verlos en <https://www.state.gov/reports/2022-country-reports-on-human-rights-practices/spain/> y <https://www.state.gov/reports/2022-country-reports-on-human-rights-practices/argentina/> [fecha de consulta: 24/03/2023].

88. GREENS/EFA GROUP. "The costs of corruption", dec. 2018, p. 56.

89. Ver <https://www.perfil.com/noticias/politica/el-coste-de-los-sobornos-us-36-mil-millones.phtml>, <https://www.a24.com/economia/costo-corrupcion-argentina-08212018-Bk5jbB5L7> y MONTEVERDE, Vicente H. El costo de la corrupción y el beneficio indebido: dos caras ocultas del mismo espejo. *Revista Internacional Transparencia e Integridad* [en línea]. 2018, pp. 4-9.

90. SANZ MULAS, Nieves. Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea]. 2017, pp. 1-35, pp.

(arts. 432 a 435 del CP) para cuestionar los despilfarros de fondos públicos que permanecen impunes, ya que apunta que, sin menospreciar los esfuerzos del legislador de cara a la catalogación como malversadoras de conductas claramente perjudiciales para el patrimonio público, y que previo a las reformas no habían sido calificadas como tales, lo cierto es que siguen sin estar todas las conductas que lo son pudiendo, a la vez, extenderse la calificación a algunas que no debieran.

De este modo, el delito de administración desleal del patrimonio público parece seguir sin dar cabida, por ejemplo, a las conductas de despilfarro de fondos públicos, en la medida en que estos hayan tenido finalmente un destino público; porque, si bien la actual regulación da acogida tanto al uso temporal privado como al uso de bienes inmuebles para fines ajenos a la cosa pública, se sigue sin hacer referencia expresa a la aplicación –pública– diferente de aquella a que estuvieren destinados los caudales públicos.

De todos modos, el Código Penal argentino demuestra que, más allá de sancionar al funcionario público que “diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados” (art. 260) y sortear así el obstáculo, lo cierto es que las estadísticas de corrupción en la República demuestran que la técnica legislativa tampoco es acorde para evitar los despilfarros en relación a las arcas públicas.

En suma, no puede negarse que los numerosos instrumentos y controles internacionales dirigidos a combatir la corrupción resultan necesarios, pero, pese a todos los esfuerzos desarrollados, es –como indica María José Jiménez-Díaz– necesario, y frustrante a la vez, reconocer que el fenómeno sigue presente, en cifras poco felices, tal y como demuestran, entre muchos otros, los documentos elaborados por Transparencia Internacional o la Oficina Europea de Lucha Contra el Fraude de la Unión Europea (OLAF)<sup>91</sup>.

## 6. ¿EXISTEN SOLUCIONES ALTERNATIVAS?

Pues bien, más allá de que históricamente la protección a la Administración Pública se haya basado –principalmente– en una reacción judicial de tipo penal frente a los daños causados por una ‘mala administración’<sup>92</sup> de tipo doloso, lo cierto es que este no es el único enfoque posible.

Cualquier política criminal anticorrupción debe partir de un análisis del pasado. Y, ya que esa revisión nos convoca a defender los principios del Iluminismo, oportuno

29-34.

91. JIMÉNEZ-DÍAZ, María José. La lucha internacional contra la corrupción. Un frente abierto. *Cuadernos de Política Criminal*, 2021, III(135), pp. 5-47.

92. Concepto típicamente europeo (véase el art. 43 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE).

resulta recordar que en *De los delitos y de las penas* Beccaria señalaba que “Es mejor prevenir los delitos que punirlos. Éste es el fin principal de toda buena legislación”<sup>93</sup>.

De este modo, cualquier política criminal anticorrupción también debe contar con una visión hacia el futuro, con objetivos basados en la prevención y la minimización de la violencia penal, para así devolverle al derecho penal sus principios de fragmentariedad, subsidiariedad y *ultima ratio*. Ello implica dar prioridad a la adopción de medidas preventivas de la gran corrupción que se adapten a las exigencias del Estado de derecho, participando a otras ramas jurídicas frente al fenómeno y que, solo cuando estas medidas fracasen, se deba acudir a un derecho penal y procesal penal respetuoso de los principios generales y las garantías del sistema penal.

La propuesta no es novedosa. En el plano global, la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional del 2000 ya hacía referencia a la necesidad de adoptar medidas para prevenir la corrupción de funcionarios públicos. Si bien no especificaba cuáles podían ser estas, su Guía Legislativa aprobada en 2004 se remite a lo ya acordado en la Convención de la ONU contra la Corrupción de 2003, que dedica todo su capítulo II a su prevención. Entre las medidas mencionadas, pueden destacarse las que abogan por la asignación de una remuneración adecuada a los funcionarios públicos, la elaboración de códigos de conducta sobre el correcto ejercicio de la función pública, la promoción de la transparencia en la financiación de partidos políticos, la obligación de que los funcionarios declaren sus actividades externas, la transparencia en el acceso a la función y la contratación pública y la sensibilización de la sociedad civil respecto de las causas y efectos de la corrupción.

En el plano regional, la convención de la OEA muestra interés por la prevención de la corrupción instando, como se señaló, a los Estados parte a la adopción de medidas similares a las recién mencionadas; mientras que los convenios procedentes de la Unión Europea y el Consejo de Europa centran su atención en la represión de la corrupción. La razón estriba en que ese tipo de medidas de transparencia en el acceso a la función pública y en la contratación se presuponen inherentes al Estado democrático y de derecho y, por lo tanto, sobreabundantes<sup>94</sup>.

Abocándonos a los casos español y argentino, sin perjuicio de la adopción de diversas medidas –entre las que cabe mencionar la promulgación en España de la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno en 2013 y la sanción en la República Argentina de la Ley 27.275 con alcances muy similares en 2016–, la realidad ofrece una marcada tendencia de necesidad de seguir incursionando en la materia preventiva de este conflicto.

93. BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas* (traducción de Antonio Bonanno). Buenos Aires: Losada, 2002, p. 119.

94. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. En Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y Liberatore, Ana Elisa (Coords.). *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano brasileña*. Madrid: Centro de Estudios Brasileños, Universidad de Salamanca, 2012, pp. 33-34.

Así, desde un prisma preventivo, encontramos a nivel institucional, por ejemplo, el paquete de medidas asociado al sistema de frenos y contrapesos entre el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial y entre los gobiernos federales y provinciales. Un Poder Judicial independiente y un sistema jurídico-judicial eficaz, además de una adecuada descentralización de las potestades.

Además, no deja de ser primordial involucrar a la sociedad, con el fin de sensibilizarla acerca de la magnitud del perjuicio social y económico que ocasiona el fenómeno y concientizarla acerca de que ese daño no le es ajeno. A la par, si se propagan la educación y la formación ética y ciudadana respecto de las exigencias para la correcta administración de un gobierno y, en este contexto, se expande la censura y el reproche de la corrupción<sup>95</sup>.

Por otro lado, la cuestionable reputación del sector público, unida a los salarios modestos de los funcionarios públicos en comparación con las posibilidades que ofrece el sector privado, empujan a ciertos trabajadores públicos a infravalorar su función al servicio de los intereses generales, lo que contribuye en ciertas ocasiones a la tentación de corromperse. De igual modo, la baja profesionalización de los encargados de diseñar, dirigir y participar en los procedimientos administrativos es una de las mayores puertas hacia la corrupción<sup>96</sup>. Los datos disponibles concluyen que, cuando las contrataciones y los ascensos se deciden sobre el mérito y no por favoritismos políticos o ideológicos, existe una asociación positiva entre la gestión de gobierno eficaz y el control de la corrupción. Reformas en este ámbito incluyen: la creación de instituciones profesionales independientes; un sistema integral de gestión del desempeño, según el cual las remuneraciones y los ascensos dependan de la actuación de los funcionarios; niveles de remuneraciones competitivos con los del sector privado, y definir con transparencia las bonificaciones y los beneficios no pecuniarios<sup>97</sup>.

Huelga decir que en varias economías de mercado avanzadas y democracias de la OCDE también se han examinado los costos y los beneficios de los regímenes de inmunidades previstos para ciertos funcionarios<sup>98</sup>, lo cual implica un importante efecto disuasivo.

Resulta igualmente esencial una mayor y más eficaz intervención jurídico-administrativa y civil, dirigida a materializar la aplicación de las reglas que aseguren la transparencia y la información en la gestión de la cosa pública. Aquí aparece el concepto de “apertura”<sup>99</sup>, propio del “gobierno abierto”, el cual tiene numerosas manifestaciones en la práctica de las administraciones públicas, debido a su carácter multidimensional

95. Id., p. 45.

96. MIRANZO DÍAZ, Javier. Causas y efectos de la corrupción en las sociedades democráticas. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, 2018, n.º 14pp. 12-13.

97. KAUFMANN, Daniel. Corrupción y reforma institucional: el poder de la evidencia empírica. *Revista Perspectivas* [en línea]. 2000, 3(2), p. 379.

98. *Ídem*, p. 378.

99. CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí. Las compras abiertas y la prevención de la corrupción. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* [en línea]. 2016, n.º 15, pp. 7-11.

relacionado con la transparencia, la participación y la colaboración ciudadana. Persegue en todas sus facetas el fortalecimiento del principio democrático, a través de una mayor rendición de cuentas estatales, un mejor control de la ciudadanía sobre la actividad pública y, en última instancia, un mayor compromiso que permita acotar la lejanía percibida entre las administraciones públicas y la ciudadanía. Es, en definitiva, una exigencia de las democracias de calidad.

Así, el gobierno abierto se caracteriza por un uso intensivo de la tecnología y las redes sociales como puentes para facilitar la comunicación con la sociedad, la escucha activa y la participación de la ciudadanía y otras administraciones públicas, aprovechando su conocimiento y experiencia en el diseño de políticas y provisión de servicios públicos. Además, está estrechamente vinculado a la ‘apertura de datos’, tendiente al sistemático uso de portales abiertos a disposición de la ciudadanía en los que el Estado facilite la información del sector público, que incluso pueda ser reutilizada por el público con el fin de producir nuevas informaciones o servicios.

La apertura de datos contempla, a su vez: el acceso del público a la información sobre las votaciones parlamentarias y las fuentes de financiamiento de los partidos políticos; la declaración por parte de las autoridades de sus ingresos, bienes y las fuentes de estos, antes, durante y después de su gestión; y el conocimiento de eventuales conflictos de interés y los mecanismos para su prevención. También prevé la rendición de cuentas, en términos de transparencia y en consecuencia responsabilidad en la asignación y la utilización de un gasto público que cubra todas las actividades estatales. Sumado a ello, se destaca la importancia de dar a conocer las estrategias buscadas a través de los gastos.

En la contratación pública, la apertura se da mediante la promoción de la competencia y el sistema de ‘compras abiertas’ (*opening contracting*), que es una de las principales manifestaciones del gobierno abierto a nivel internacional, desde donde diversas organizaciones como el Banco Mundial y la Alianza para la Contratación Abierta propusieron normas y principios para el fortalecimiento de la implementación de la contratación abierta, justa y eficaz<sup>100</sup>.

Sobre la base de los documentos que existen a nivel internacional en la materia y las experiencias pioneras llevadas a cabo, se puede constatar que las compras abiertas son algo más que la contratación pública electrónica, en tanto no se persigue la sola incorporación de los medios electrónicos para facilitar la eficacia y la eficiencia en los procedimientos, sino que también se persigue incrementar la transparencia a partir de la difusión de una pluralidad de datos que permitan a la ciudadanía participar y controlar el desempeño de la actividad contractual en todas sus fases (licitación, ejecución y justificación), lo que facilita la colaboración ciudadana en la prevención de la corrupción.

Por ello se rige a partir de principios como la divulgación proactiva, la participación, el monitoreo y la supervisión<sup>101</sup>. Se parte del reconocimiento de que toda persona tiene

100. Ver: <https://www.open-contracting.org/>

101. <https://www.open-contracting.org/what-is-open-contracting/global-principles/>

derecho a informarse, participar y supervisar la formación, celebración, adjudicación, ejecución, cumplimiento y terminación de los contratos, lo que implica la aplicación de la transparencia en todas esas etapas, en particular respecto de las excepciones y las limitaciones definidas por las leyes de transparencia y contrataciones públicas.

La Sunlight Foundation elaboró los Procurement Open Data Guidelines<sup>102</sup>, principios que deben caracterizar la difusión de los datos relativos a esta actividad, entre los que se destaca el relativo a que los datos referentes a la contratación directa u otros contratos que no requieren licitación pública también han de ser publicados; aquel que refiere a la información de contacto de los licitadores y entidades adjudicatarias, y el encaminado al deber de llevar a cabo en foros públicos las comunicaciones entre empresarios y empleados públicos con motivo del proceso de licitación.

Ahora bien, según la Association of Certified Fraud Examiners, casi el 50 % de los casos de corrupción son detectados por denuncia o accidente, mientras que únicamente el 14 % lo son fruto de una auditoría interna. Por ello, son necesarias nuevas metodologías de análisis de datos para detectar situaciones irregulares que puedan esconder casos de corrupción. Por lo tanto, el reto no está solo en difundir la información, sino particularmente en poder analizarla y extraer conclusiones que permitan prevenir la corrupción. Y las auditorías externas e independientes implican un invaluable aporte con el que es menester contar.

La información a procesar es extremadamente voluminosa y compleja; por lo tanto, se sugiere su análisis a través de las metodologías *Big Data*<sup>103</sup>, que permiten arribar a conclusiones imposibles de alcanzar con otras metodologías. Se pueden generar perfiles de contratantes, licitadores y procedimientos de licitación que se pueden segregar en función de la cantidad de la licitación y el procedimiento empleado, lo que permite identificar velozmente pautas de conducta o situaciones que presenten irregularidades. Además, se facilita el análisis estadístico y la visualización gráfica de datos para identificar anomalías y áreas de riesgo.

Ponce Solé<sup>104</sup> ilustra que existen diversas experiencias del uso de tecnologías *Big Data* tanto a nivel de la UE (programas “Arachne” y “Pluto”) como locales (caso húngaro, con el “Proyecto Red Flags” con participación de Transparencia Internacional, y “Saler”, de la inspección de servicios valenciana) para procesar información y detectar corrupción. Además, el Banco Mundial cuenta con la tecnología necesaria para detectar las 10 anomalías fundamentales en el ámbito de la contratación.

102. <https://sunlightfoundation.com/procurement/opendataguidelines/>

103. La expresión *Big Data* designa el conjunto de tecnologías, algoritmos y sistemas empleados para recolectar datos masivos, caracterizados por las tres V (volumen, variedad y velocidad) y la extracción de información de valor mediante sistemas analíticos avanzados soportados por computación en paralelo.

104. PONCE SOLÉ, Juli. La prevención de riesgos de mala administración y corrupción, la inteligencia artificial y el derecho a una buena administración. *Revista Internacional Transparencia e Integridad* [en línea]. 2018, pp. 1-19.

El uso de este tipo de tecnologías para detectar los riesgos de corrupción por parte de las administraciones públicas lleva esta actividad al ámbito de la ‘Administración electrónica’, entendida como el proceso de incorporación de nuevas tecnologías de la información y la comunicación en la gestión administrativa, con el fin de lograr una buena administración. Así, esta actividad se reconduce al ámbito de la “actividad administrativa automatizada”<sup>105</sup>.

Así, el recién señalado empleo de tecnologías desde esta perspectiva preventiva de la corrupción se vincula con la circunstancia de que –tal como explica Ponce Solé–, la inteligencia artificial (IA) en el sector público es una realidad que empieza a consolidarse y sobre la que se han publicado ya un número significativo de estudios<sup>106</sup>. A nivel UE, el programa “Arachne”, recién mencionado, se basa en la IA para analizar los riesgos de irregularidades en los expedientes de gestión de fondos públicos, entre los que se incluyen la detección de posibles conflictos de intereses y la existencia de irregularidades previas de los sujetos participantes (como la condena por casos de corrupción), facilitando semanalmente un índice de riesgo sobre la posibilidad de que haya irregularidades en los expedientes de la Administración Pública.

Otro ejemplo ya citado es “Red Flags”, proyecto financiado por la Comisión Europea en el marco de su programa de prevención y lucha contra el crimen y desarrollado por, entre otros, “International Transparency Hungría” para el control de la contratación pública en Hungría. Dicha herramienta analiza automáticamente los procedimientos de contratación pública y mediante un algoritmo identifica aquellos que están sujetos a mayor riesgo de corrupción. Para ello, el sistema cuenta con un conjunto de indicios o alertas preestablecidas y clasificadas en función del nivel de gravedad o de su probabilidad de alertar sobre un caso real de corrupción. Interesante resulta que el sistema permita la consulta de dicha información a la ciudadanía y a los mismos empleados públicos<sup>107</sup>.

Por su parte, en cuanto al caso argentino, la Oficina Anticorrupción (OA) se encuentra en vías de desarrollo de algoritmos que permitan identificar vínculos entre personas que poseen o representan intereses privados y personas que ejercen funciones públicas, con el fin de generar alertas tempranas ante potenciales riesgos de incumplimiento legal que puedan ser evitados, mitigados o corregidos. Esta herramienta de IA

105. El art. 41 de la Ley 40/2015 de España, sobre el Régimen Jurídico del Sector Público, entiende por actuación administrativa automatizada cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público.

106. Ver, entre otros: CERRILLO, Agustí y PEGUERA, Miquel. *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2020, pp. 29-48 y COTINO, Lorenzo, “Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica” (2019), *Revista catalana de dret públic*, n.º 58, pp. 29-48.

107. CAPDEFERRO, Oscar. *La inteligencia artificial en la lucha contra la corrupción y el fraude*. *Gobierno Abierto, Participación y Open Data* [en línea]. 2020.

se nutrirá de fuentes de información pública producida y/o almacenada por diferentes autoridades estatales<sup>108</sup>.

Es que, al interior del debate sobre el uso de este tipo de herramientas anticorrupción y antifraude, existen iniciativas que se derivan de la unión de los aportes de las ciencias de la conducta y los sistemas o programas de cumplimiento normativo (*compliance programs*), lo que ha dado lugar al enfoque sistemático de prevención de la corrupción y de promoción del comportamiento ético conocido como *behavioural public compliance*.

En efecto, se ha considerado que, aun siendo la gestión de riesgos la pieza central para garantizar la integridad, reforzar el buen gobierno y prevenir la corrupción, son necesarios otros elementos para que el sistema preventivo funcione correctamente, basados en el comportamiento ético de los servidores públicos. Esta idea es la que ha inspirado los sistemas de *compliance* de gestión anticorrupción estandarizados a través de las normas técnicas ISO 19600:2014 (*Compliance management systems. Guidelines*) y 37001:2016 (*Anti-bribery management systems. Requirements with guidance for use*).

Como explica Ponce Solé<sup>109</sup>, los programas de formación son beneficiosos para que los empleados rechacen las prácticas corruptas o presenten una menor tendencia a justificarlas, y destaca que para ser particularmente útiles deben prestar especial atención a las zonas grises o cuestiones acaso ambiguas, poco claras, en materia de ética y cumplimiento normativo. Además, se ha constatado que un recordatorio sobre normas éticas, justo en el momento previo a la toma de una decisión, reduce el número de incumplimientos y la ‘mala administración’.

Finalmente, pieza esencial resulta la participación de la ciudadanía en el análisis de datos. Ello puede llevarse a cabo de manera individual, organizada o mediada, por ejemplo, a través de la prensa y el periodismo de datos. De allí la importancia, en el paradigma de la prevención, de las instituciones de la sociedad civil y los medios de comunicación independientes.

En España, entre las iniciativas ciudadanas en esta dirección, la Fundación ciudadana Civio ha impulsado el proyecto “¿Quién cobra la obra?”, consistente en contar con una base de datos pública y reutilizable sobre los contratos públicos, a partir de la información del *Boletín Oficial*, que incluya información relevante sobre precio, fecha de ejecución, Administración Pública que paga la obra y adjudicataria, a partir de la cual se puedan hacer análisis sobre cómo funciona la contratación pública en el país<sup>110</sup>.

108. Ver <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-oficina-anticorrupcion-y-la-fundacion-sadosky-trabajan-en-el-desarrollo-de-inteligencia>

109. *Op. cit.*

110. <https://civio.es/novedades/2014/10/08/quien-cobra-la-obra-ayudanos-a-investigar-la-contratacion-de-obra-civil/>

Argentina, por su parte, cuenta con plataformas web públicas tales como “COMPR.AR” y “CONTRAT.AR”<sup>111</sup>.

La experiencia muestra que cuando se expone a las administraciones públicas a las exigencias de sus clientes referentes a la prestación de servicios y la eficacia en la administración de recursos, se produce un impacto positivo. Por ende, las medidas señaladas se complementan con la evaluación del desempeño de los ministerios y los organismos mediante encuestas a la comunidad a través de Internet a fin de evitar interminables burocracias que desganen y alejan a la sociedad. De igual manera, los diagnósticos detallados y actualizados dentro de cada país permiten formular estrategias de mejora de la gobernabilidad y el control de la corrupción. De allí la importancia de medir la corrupción de manera profunda dentro de cada nación, mediante encuestas rigurosas en contraste con índices trasnacionales existentes como los de TI.

## 7. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo quedó demostrado que la corrupción pública, lejos de reflejar un fenómeno que surgió en las últimas décadas, formó parte de todas las civilizaciones, convocando ya a los filósofos de la Grecia Antigua en la reflexión de los motivos que llevan a las autoridades a corromperse y que, por lo tanto, han de evitarse si lo que se desea es que la administración de la cosa pública tenga como punto cardinal norte el bienestar general.

Sin embargo, también quedó demostrado que no se logró consenso alrededor de cuáles son las causas de la corrupción, en tanto la filosofía griega no tuvo la última palabra en este asunto y las propuestas sucesivas son diversas; en definitiva, hay quienes entienden que el hombre es, naturalmente, corrompible, o bien que la corrupción es la remanencia cultural de prácticas existentes en las sociedades preestatales, donde las comunidades eran de índole familiar. También hay quienes atribuyen la corrupción a regímenes autoritarios y otros que se la cargan a las sociedades subdesarrolladas. Pues bien, ello me ha llevado a concluir que no es en la búsqueda de las causas donde está la solución al problema.

Problema que se agrandó, en tanto la tradicional corrupción nacional se vio alterada a partir de una explosión del fenómeno, que lo agrandó en el marco de la globalización, oportunidad en la que se cedió el paso a la delincuencia organizada y trasnacional. Allí, la corrupción también mutó hacia su mayor faceta, la “corrupción a gran escala” o “gran corrupción”, pues adquirió rasgos novedosos entre los que se destaca su internacionalidad, la expansión de los sujetos activos que pueden realizar las conductas al detentar grandes cuotas de poder económico y político, la defraudación al erario público en millonarias sumas de dinero, la sistematicidad en

111. <https://comprar.gob.ar/> y <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/innovacion-publica/oficina-nacional-de-contrataciones-onc/contratar>

la delincuencia propia del crimen organizado y los vastos perjuicios que genera a su principal víctima, la sociedad.

Estos daños se pueden caracterizar en los tres tipos de consecuencias que genera, las políticas, las económicas y en los derechos humanos.

A nivel político, se configura un quiebre de los valores institucionales que deben regir, al punto tal que los propios cimientos del Estado de derecho se ven atravesados por la crisis. Ello se produce a partir de la incorporación de personas poco capacitadas para la gestión de la *res publica*, el quiebre del sistema jurídico vigente, el débil o ausente desarrollo de políticas públicas y el descreimiento consecuente de la sociedad en sus gobernantes.

A nivel económico, el gasto público se presenta en apariencia destinado al bienestar general, en tanto que detrás del telón ese dinero es destinado a la satisfacción de intereses particulares de los altos mandos del Estado y sus asociados. Ello implica la contratación monopólica de la obra pública con empresas sumergidas en las maniobras delictivas y el cierre de las fronteras a las inversiones, lo que repercute en la ausencia o irregular prestación de servicios y genera la necesidad de recaudar dinero a partir de la creación o aumento de impuestos, circunstancia que deriva tarde o temprano en inflación. La situación, por lo tanto, se ve agravada frente a los grupos vulnerables.

Todo ello impacta en los derechos humanos y la dignidad de las personas, desde el momento en que las necesidades más básicas como alimentación, vivienda, educación y transporte se dejan de cubrir o se cubren de manera deficitaria a partir del desvío de los fondos destinados a tales fines.

Por lo tanto, la corrupción es la base de la desigualdad y la decadencia de la sociedad, en tanto sus integrantes se ven de muchas maneras impedidos de desarrollarse plenamente.

La reacción de la comunidad internacional se dio a fines de la década de 1990 y principios de la década de los 2000 y para explicarla se utilizan las teorías contractualistas de fines del siglo XVIII y principios del XIX, que justifican la legitimidad del poder político. Estas teorías parten por describir el estado de naturaleza del hombre como un lugar hostil y violento, donde los hombres están en guerra entre sí, lo que se vuelve inviable para la subsistencia de la humanidad. Ello los lleva a pactar ceder parte de sus libertades al soberano, a cambio del disfrute y ejercicio de derechos y libertades limitadas. Esa cesión implica sacrificios en pos del bienestar general. Pues bien, la corrupción demuestra que la sociedad solo participa en los sacrificios, más no en la recompensa.

La reacción internacional tomó forma de lucha y combate e instó a los Estados a actuar de esta manera, circunstancia que se puede entrever a partir del lenguaje de tipo militar implementado en las convenciones internacionales de la OCDE, la OEA, el Consejo de Europa y la ONU, así como también a partir de cierta legislación de tipo penal implementada por España y la República Argentina.

El problema principal reside en que el concepto combativo lleva a la formulación de ciertas normas que ponen en jaque los cimientos de los Estados democráticos y constitucionales de derecho cuyas conquistas tanto han costado, lo que lleva a la reflexión sobre las lecciones que dejó el pasado y plantearse respecto del futuro si existe algún tipo de solución al problema sin atentar contra principios y garantías elementales. Ello, atendiendo a su vez que Platón terminó por concluir que todos los Estados están mal gobernados y sus palabras aún pueden ser utilizadas en la actualidad.

En este sentido, el segundo problema es que, actualmente, la utilización de ciertas normas penales y procesales penales en detrimento de ciertas garantías no resuelve este problema, en tanto el curso y el desarrollo de la corrupción no se dan por aludidos frente a la normativa que busca combatirla. Así, si bien no puede perderse de vista que resulta necesario el paradigma de no permisividad y persecución de la corrupción, inclusive a partir de normativa penal (ya que, sin normas represivas del fenómeno, nos encontraríamos frente a esta problemática totalmente agravada), me planteo la búsqueda de alternativas.

Es así que surge la propuesta de la prevención de los delitos, que no es para nada novedosa, en tanto ya fue fomentada en el Iluminismo Penal y en algún punto por las propias convenciones internacionales anticorrupción, aunque las medidas sugeridas en este sentido no han sido del todo atendidas.

Por ello se dedica el final del trabajo a la exposición de formas de incentivar la prevención de la corrupción, a partir de la sensibilización de la ciudadanía respecto de lo preocupante y nociva que resulta la corrupción pública y, en este sentido, a partir también de su formación ética y ciudadana respecto de los principios que deben regir en la Administración Pública.

Asimismo, se recuerda el valor del sistema de frenos y contrapesos y de la economía del mercado regida principalmente por sus propias leyes; se propone incluso la incorporación y el ascenso de funcionarios públicos sobre el mérito y su educación y formación para atender a la cosa pública. Se fomenta a la vez la participación ciudadana y la transparencia a través de la apertura del gobierno, de los datos, de los actos y de las contrataciones vinculadas a la gestión pública, a través del acercamiento que permiten las tecnologías.

También se promueve la prevención de la corrupción en la obra pública a través de sistemas operativos *Big Data* y otras herramientas de Inteligencia Artificial que permitan el almacenamiento y el cruzamiento de datos para la detección de anomalías en la contratación pública y para el advertimiento de conductas poco éticas de los servidores públicos. En tal sentido, se habla del paradigma del *compliance* penal basado en la conducta de los funcionarios.

Finalmente, no deja de ser fundamental que las auditorías internas, externas, los medios de comunicación y otros sectores de la ciudadanía se dediquen a la supervisión de la actividad estatal. Por ello, se señalan ciertas iniciativas españolas y argentinas que siguen esta dirección.

Por último, se hace una referencia relativa a que las encuestas sobre la calidad de los servicios públicos y la corrupción en general permiten también su prevención, circunstancia por la cual resulta relevante que cada país cuantifique su corrupción y la coteje con los índices que promueven los organismos internacionales abocados a la materia.

## 8. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALVERO, José. Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por Delitos Contra la Administración Pública ¿Un Nuevo Sujeto en el Derecho Penal? ¿Fin del Principio Societas Delinquere Non Potest? *Revista Pensamiento Penal* [en línea]. 2018, pp. 1-39 [fecha de consulta: 27.07.2023]. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/09/doctrina46960.pdf>
- ARGANDOÑA, Antonio. La convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales. *IESE Business School* [en línea]. 2007, pp. 1-21 [fecha de consulta; 27.07.2023]. Disponible en: [https://www.eben-spain.org/docs/Papeles/XIV/ARGANDOnA\\_ANTONIO.pdf](https://www.eben-spain.org/docs/Papeles/XIV/ARGANDOnA_ANTONIO.pdf)
- BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas* (traducción de Antonio Bonanno). Buenos Aires: Losada, 2002.
- BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. Corrupción trasnacional: del caso Lockheed al caso Oderbrecht. En Ferré Olivé, Juan Carlos (Coord.). *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*. Tomo I, *Liber Discipulorum. Schola Iuris Criminalis Salmanticensis*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2022, pp. 189-204.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española. *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público* [en línea]. 2015, 63(1), pp. 229-265 [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: [https://doi.org/10.18543/ed-63\(1\)-2015pp229-265](https://doi.org/10.18543/ed-63(1)-2015pp229-265)
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y CERINA, Giorgio. Consideraciones en torno a la tipificación del delito de corrupción privada” en Sintura Varela, Francisco J. y Rodríguez García, Nicolás. *El Estado de Derecho colombiano frente a la corrupción. Retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2013, pp. 53-103.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. Corrupción y Derecho Penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*. 2009, n.º 81, pp. 23-45.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Derechos humanos y Derecho penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones. *Revista Penal Colombia* [en línea]. 2010, n.º1, pp. 39-63 [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: [https://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/14193/derechos\\_humanos.pdf?sequence=2](https://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/14193/derechos_humanos.pdf?sequence=2)
- BOBBIO, Norberto. *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político* (traducción de José F. Fernández Santillán). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica (FCE), 1975-1976.

- BOCANEGRA MÁRQUEZ, Jara. La Asociación ilícita de finalidad delictiva: ¿una figura condenada al 'ostracismo'? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea]. 2023, pp. 1-42. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-01.pdf>
- CAPDEFERRO, Oscar. La inteligencia artificial en la lucha contra la corrupción y el fraude. *Gobierno Abierto, Participación y Open Data* [en línea]. 2020 [fecha de consulta: 12.10.2023]. Disponible en: <https://www.uv.es/catedra-pagoda/es/catedra-pagoda.html>
- CATZ, Shirlly Mariel. La "ley del arrepentido" y la "extinción de dominio": una lectura humanista contra el utilitarismo. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* [en línea]. 2019, vol. 49, pp. 415-430 [fecha de consulta: 10.10.2023]. Disponible en: <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/6444/8225>
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí. Las compras abiertas y la prevención de la corrupción. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* [en línea]. 2016, n.º 15, pp.1-17 [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=281545812001>
- CERRILLO, Agustí y PEGUERA, Miquel. *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2020.
- CHIARA DÍAZ, Carlos A. Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados. *Revista Pensamiento Penal* [en línea]. 2013, pp. 1-43 [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37774-art-268-enriquecimiento-ilicito-funcionarios-y-empleados>
- COTINO, Lorenzo. Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica. *Revista Catalana de Dret Públic*. 2019, n.º 58, pp. 29-48.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Corrupción y delitos contra la Administración Pública. En Fabián Caparrós, Eduardo A. (Coord.). *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*. Salamanca: Ratio Legis, 2000, pp. 67-72.
- DÍAZ CANTÓN, Fernando. Breves notas críticas sobre la figura del "arrepentido". *Pensar en Derecho* [en línea]. 2018, vol. 13, pp. 19-29 [fecha de consulta: 10.10.2023]. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/13/breves-notas-criticas-sobre-la-figura-del-arrepentido.pdf>
- FABIÁN CAPARROS, Eduardo. La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (anotaciones para un derecho penal globalizado). En Rodríguez García, Nicolás y Fabián Caparros, Eduardo A. *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004, pp. 227-239.
- FABIÁN CAPARROS, Eduardo. Blanqueo de capitales y presunción de inocencia. En Ferré Olivé, Juan Carlos (Coord.). *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*. Tomo I, *Liber Discipulorum. Schola Iuris Criminalis Salmanticensis*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2022, pp. 229-242.
- FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización (traducción de Miguel Carbonell revisada por Perfecto Andrés Ibáñez). *Estudios de Derecho* [en línea]. 2007, 65(145), pp. 16-29 [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/842>
- GARCÍA BERRO, Santiago y RECALDE, Jorge. Derecho penal del enemigo y el delito de asociación ilícita calificada. *El Derecho, Revista de Derecho Penal* [en línea]. 2006 [fecha de consulta: 10.10.2023]. Disponible en: [https://bd.austral.edu.ar:2251/index.php?login\\_auto=1&pHash=8da2aa6e121d09e7a81105c63f241aad](https://bd.austral.edu.ar:2251/index.php?login_auto=1&pHash=8da2aa6e121d09e7a81105c63f241aad)

- HAVA GARCÍA, Esther. Gran corrupción: estrategias para evitar su impunidad internacional. *Nuevo Foro Penal* [en línea]. 2016, 12(87), pp. 60-98 [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: [10.17230/nfp.12.87.2](https://doi.org/10.17230/nfp.12.87.2)
- HAVA GARCÍA, Esther. Hacia una definición legal de la gran corrupción. En *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*. Tomo II, *Liber Amicorum. Derechos Humanos y Derecho Penal*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2022, pp. 617-631.
- HOBBS, T. *El ciudadano*. Madrid: Debate, 1993.
- JIMÉNEZ-DÍAZ, María José. La lucha internacional contra la corrupción. Un frente abierto. *Cuadernos de Política Criminal*, 2021, III(135), pp. 5-47 [fecha de consulta: 11.10.2023].
- KAUFMANN, Daniel. Corrupción y reforma institucional: el poder de la evidencia empírica. *Revista Perspectivas* [en línea]. 2000, 3(2), pp. 367-387 [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: [https://www.dii.uchile.cl/~revista/ArticulosVol3-N2/06-Kaufmann\\_s\\_parr.pdf](https://www.dii.uchile.cl/~revista/ArticulosVol3-N2/06-Kaufmann_s_parr.pdf)
- KLITGAARD, Robert. *Controlando la corrupción*. La Paz: Quipus, 1990.
- KLITGAARD, Robert. International cooperation against corruption. *Finance and Development Magazine* [en línea]. 1998, 35(1), pp. 3-6 [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/1998/03/pdf/klitgaar.pdf>
- MIRANZO DÍAZ, Javier. Causas y efectos de la corrupción en las sociedades democráticas. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, 2018, n.º 14, pp. 1-26.
- MONTEVERDE, Vicente H. El costo de la corrupción y el beneficio indebido: dos caras ocultas del mismo espejo. *Revista Internacional Transparencia e Integridad* [en línea]. 2018, n.º 6, pp. 1-14 [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: <http://www.encuentros-multidisciplinares.org/revista-67/vicente-monteverde-2.pdf>
- ORTIZ, Juan Carlos. La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* [en línea]. 2017, 3(1), pp. 39-70 [fecha de consulta: 10.10.2023]. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37109.pdf>
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal post-moderno*. Madrid: lustel, 2007.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Viejo y nuevo Derecho penal: El pensamiento de Ignacio Berdugo ante los desafíos del Derecho penal de hoy. En *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*. Tomo I, *Liber Discipulorum. Schola Iuris Criminalis Salmanticensis*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2022, pp. 53-66.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. En Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y Liberatore, Ana Elisa (Coords.). *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano brasileña*. Madrid: Centro de Estudios Brasileños, Universidad de Salamanca, 2012, pp. 13-56.
- PLATÓN. República II. En Platón. *Diálogos IV. República. Introducción, traducción y notas por Conrado Eggers Lan*. Madrid: Gredos, 1988, pp. 104-146. Disponible en: [https://www.academica.edu/40044644/PLAT%C3%93N\\_La\\_Rep%C3%B3blica\\_Traduccion\\_Conrado\\_Eggers\\_Lan](https://www.academica.edu/40044644/PLAT%C3%93N_La_Rep%C3%B3blica_Traduccion_Conrado_Eggers_Lan) [fecha consulta: 19.08.2023].
- PLATÓN. Carta VII. Platón desea buena suerte a los parientes y amigos de Dión. En Platón. *Diálogos VII. Traducciones, introducciones y notas por Juan Zaragoza y Pilar Gómez Cardó*. Madrid: Gredos, S. A., 1992, pp. 485-531. Disponible en: <https://ia600707.us.archive.org/23/items/SofoclesEdipoRey/162.PlatndilogosVII.pdf> fecha de consulta 15.03.2023
- PONCE SOLÉ, Juli. La prevención de riesgos de mala administración y corrupción, la inteligencia artificial y el derecho a una buena administración. *Revista Internacional Transparencia e*

- Integridad* [en línea]. 2018, pp. 1-19 [fecha de consulta: 11.10.2023]. Disponible en: [http://www.encuentros-multidisciplinares.org/revista-65/juli\\_ponce.pdf](http://www.encuentros-multidisciplinares.org/revista-65/juli_ponce.pdf)
- RAFECAS, Daniel. *Derecho penal sobre bases constitucionales*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2021.
- REGGIANI, Carlos. Lavado de activos. *Revista Pensamiento Penal* [en línea]. 2013, pp. 1-19 [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37803.pdf>
- RUIZ MORALES, Manuel L. Corruptelas y prácticas ilícitas en la Antigüedad: soluciones análogas a las actuales en la historia del pensamiento. *Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*. 2018, 21(1), pp. 303-327.
- SÁNCHEZ BERNAL, Javier. Salir a ganar: una reflexión acerca del delito de fraude deportivo a partir de la SAP Navarra 111/2020, sobre el «caso osasuna». En *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*. Tomo II, *Liber Amicorum. Derechos humanos y Derecho penal*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2022, pp. 815-831.
- SANDOVAL BALLESTEROS, Irma E. Enfoque de la corrupción estructural: poder, impunidad y voz ciudadana. *Revista Mexicana de Sociología*. 2016, 78(1), pp. 119-152.
- SANZ MULAS, Nieves. Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea]. 2017, pp. 1-35 [fecha de consulta: 11.10.2023]. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-05.pdf>
- SAURA GARCÍA, Pedro. Paraísos fiscales y corrupción. *Revista Temas para el Debate*. 2013, n.º 223 (dedicado a la lucha contra la corrupción), pp. 33-34.
- SORAGNI, Carolina Belén. *El recupero de activos bajo el ordenamiento jurídico argentino: ¿Debe ser considerado el decomiso necesariamente de naturaleza penal?* (tesis de maestría). Buenos Aires: Universidad de San Andrés, 2020 [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: <https://repositorio.udesa.edu.ar/jspui/bitstream/10908/18342/1/%5BP%5D%5BW%5D%20M.%20Der.%20Penal%20Soragni%2C%20Carolina%20Bel%20C3%A9n.pdf>
- TODARELLO, Guillermo A. *Teoría general de la corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito* (tesis de doctorado). Buenos Aires: Universidad del Salvador, 2006 [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: <https://racimo.usal.edu.ar/5866/>
- VILLEGAS DÍAZ, Myrna. La lucha' contra el crimen organizado en América Latina. Reflexiones más allá de la frontera penal. En *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*. Tomo II, *Liber Amicorum. Derechos Humanos y Derecho Penal*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2022, pp. 1043-1054.
- ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Ciudad de Buenos Aires: Ediar, 2006.
- ZAVALA TREVIÑO, Juan R. *Apuntes sobre la historia de la corrupción*. Monterrey: Universidad Autónoma de Nuevo León, 2013.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas. En Pérez Cepeda, Ana Isabel (Dir.). *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2016, pp. 62-114. Disponible en: <https://doi.org/10.17230/nfp.12.86.2>
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Corrupción y la categoría de delito de cuello blanco: cuando los delitos se cometen en contextos normalizados. *Revista Ius et Veritas* [en línea]. 2018, n.º 57, pp. 162-169 [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/20745/20515>

## Organismos, organizaciones y sistemas internacionales

- CONSEJO DE EUROPA, sitio oficial del GRECO [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/home>
- CONSEJO PROFESIONAL DE LA PROVINCIA DE SALTA, REPÚBLICA ARGENTINA. Informe sobre las 40 Recomendaciones del GAFI/FATF y su relación con la OCDE [fecha de consulta 09.10.2023]. Disponible en: <https://www.consejosalta.org.ar/wp-content/uploads/Cuarenta-recomendaciones-Cornejo-Costa.pdf>
- GAFI. *40 recomendaciones del GAFI* [fecha de consulta 09.10.2023]. Disponible en: <https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones>
- HUMAN RIGHTS WATCH. *Human Rights Report 2022* [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: <https://www.state.gov/reports/2022-country-reports-on-human-rights-practices/spain/> (España) y <https://www.state.gov/reports/2022-country-reports-on-human-rights-practices/argentina/> (Argentina).
- MERCOSUR, DEC n.º 22/10, agosto de 2010 [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: [http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/DEC2210\\_s.pdf](http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/DEC2210_s.pdf)
- OCDE. Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: [https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery\\_Spanish.pdf](https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf) y más información sobre el documento en <https://www.oecd.org/corruption-integrity/explore/oecd-standards/anti-bribery-convention/>
- OCDE. *Rapport de Phase 3 sur la mise en oeuvre par l'Espagne de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, pp.1-107 [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: <https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/Espagne-Phase-3-FR.pdf>
- OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Corrupción y Derechos Humanos: estándares interamericanos*, informe oficial, 2019, pp. 1-208 [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>
- OEA, Secretaría de Asuntos Políticos, Departamento de Gestión Pública para la Gestión Pública Efectiva. *Guía de mecanismos para la promoción de la transparencia y la integridad en las Américas* [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: [https://www.oas.org/es/sap/dgpe/guia\\_organismos.asp](https://www.oas.org/es/sap/dgpe/guia_organismos.asp)
- ONU, UNODOC. *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* [fecha de consulta 19.08.2023]. Recuperado de: [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163\\_S.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163_S.pdf)
- ONU, UNODOC. Proyecto de ley de extinción de dominio [fecha de consulta: 11.10.2023]. Disponible en: [https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley\\_Modelo\\_Sobre\\_Extincion\\_de\\_Dominio.pdf](https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf)
- OPENING CONTRACTING [fecha de consulta: 19.08.2023] página de inicio, <https://www.open-contracting.org/> y principios de la contratación abierta <https://www.open-contracting.org/what-is-open-contracting/global-principles/>
- SUNLIGHT FOUNDATION. *Procurement Open Data Guidelines* [fecha de consulta: 19.08.2023] Disponible en: <https://sunlightfoundation.com/procurement/pendataguidelines/>
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL (TI). *Combatir la corrupción a gran escala: desafíos y éxitos*. Informe oficial, 2015, pp. 1-12 [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: [https://knowledgehub.transparency.org/assets/uploads/helpdesk/Fighting\\_grand\\_corruption\\_challenges\\_and\\_successes\\_2015\\_SP.pdf](https://knowledgehub.transparency.org/assets/uploads/helpdesk/Fighting_grand_corruption_challenges_and_successes_2015_SP.pdf)

TI. *Índice de Percepción de la Corrupción 2022* [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: <https://www.transparency.org/en/cpi/2022>

TI. *How CPI scores are calculated* [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: <https://www.transparency.org/es/news/how-cpi-scores-are-calculated>

### Diccionarios y guías de lenguaje consultados/as

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Versión digital de la 22.ª edición del Diccionario de la lengua española publicado en 2001* [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: <https://dle.rae.es/corrupci%C3%B3n>

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. *Guía de lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción, 2009* [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contr-la-corrupci%C3%B3n.pdf>

### Legislación consultada

España. *Código Penal y legislación complementaria*. (Boletín Oficial del Estado, edición actualizada del 27.12.2022) [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/codigos/codigo.php?modo=2&id=038\\_Codigo\\_Penal\\_y\\_Legislacion\\_complementaria](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?modo=2&id=038_Codigo_Penal_y_Legislacion_complementaria)

Argentina. *Código Penal. T. O. 1984 actualizado* (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Información Legislativa y Documental) [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

Argentina. *Código Penal, texto según ley 11.179 del 29/10/1921* (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Información Legislativa y Documental) [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/norma.htm>

Argentina. *Constitución Nacional* (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Información Legislativa y Documental) [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Argentina. Derecho de acceso a la información pública, Ley 27.275, 14/09/2016. B. O. 29/09/2016 (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Información Legislativa y Documental) [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: [https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/330000-334999/333836/norma.htm#:~:text=InfolEG%20%2D%20Ministerio%20de%20Justicia%20y%20Derechos%20Humanos%20%2D%20Argentina&text=Que%20la%20ley%20N%C2%BA%2027.275,p%C3%BAblica%20\(art%C3%ADculo%201%C2%B0\)](https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/330000-334999/333836/norma.htm#:~:text=InfolEG%20%2D%20Ministerio%20de%20Justicia%20y%20Derechos%20Humanos%20%2D%20Argentina&text=Que%20la%20ley%20N%C2%BA%2027.275,p%C3%BAblica%20(art%C3%ADculo%201%C2%B0))

Argentina. Ley de ética pública, Ley 25.188 de ética en el ejercicio de la función pública, 26/10/1999 (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Información Legislativa y Documental) [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=60847>

Argentina. Modificación al Código Penal, introducción de la figura del arrepentido, Ley 27.304, 02/11/2016 (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Información Legislativa y Documental) [fecha de consulta: 09.10.2023]. Disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/267115/norma.htm>

*Sofía BASUALDO MOINE*  
¿Resultan exitosas las medidas represivas contra la gran corrupción? ¿Existe solución superadora?

*Revista Sistema Penal Crítico*  
Vol. 4, 2023, e31421  
eISSN: 2697-0007  
Ediciones Universidad de Salamanca - CC BY-NC-SA

España. Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, 9/12/2013. B. O. 10/12/2013 [fecha de consulta: 19.08.2023]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887#:~:text=Esta%20Ley%20tiene%20por%20objeto,las%20consecuencias%20derivadas%20de%20su>

España. Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público. B. O. 01/10/2015 [fecha de consulta 11.10.2023]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566>

### Otros documentos de Argentina y España consultados

Argentina, Poder Ejecutivo Nacional. Decretos 152/97 y 41/99 [fecha de consulta: 19.08.2023]. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/41931/norma.htm> y <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/55000-59999/55841/norma.htm>

Argentina, Sitio Oficial, noticias. La comisión estudia elevar las penas para los delitos de corrupción [fecha de consulta: 19.08.2023]. Recuperado de: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-comision-estudia-elevar-las-penas-para-los-delitos-de-corrupcion>

Argentina, noticias sobre miembros del CONICET y UBA informando costes de corrupción [fecha de consulta: 19.08.2023]. Recuperado de: <https://www.perfil.com/noticias/politica/el-coste-de-los-sobornos-us-36-mil-millones.phtml> y [https://www.a24.com/economia/costo-corrupcion-argentina-08212018\\_Bk5jbB5L7](https://www.a24.com/economia/costo-corrupcion-argentina-08212018_Bk5jbB5L7)

Argentina, noticias sobre el desarrollo de herramientas de inteligencia artificial para la prevención de la corrupción, a cargo de la Oficina Anticorrupción [fecha de consulta 12.10.2023]. Recuperado de: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-oficina-anticorrupcion-y-la-fundacion-sadosky-trabajan-en-el-desarrollo-de-inteligencia>

Argentina, Centro de Información Judicial. Fallo de la Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, en autos “Tragedia de Once” (CFP 1188/2013/TO1/CFC5 “Córdoba, Marcos Antonio y otros recursos de casación”, resuelto el 08/05/2018) [fecha de consulta: 19.08.2023]. Recuperado de: <https://www.cij.gov.ar/nota-30203-Tragedia-de-Once--resoluci-n-de-la-C-mara-Federal-de-Casaci-n-Penal.html>

Argentina, plataformas públicas “COMPR.AR” y “CONTRAT.AR” <https://comprar.gob.ar/> y <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/innovacion-publica/oficina-nacional-de-contratacion-onc/contratar> [fecha de consulta: 12.10.2023].

España, Fundación ciudadana, proyecto “¿Quién cobra la obra?” [fecha de consulta: 19.08.2023]. Recuperado de: <https://civio.es/novedades/2014/10/08/quien-cobra-la-obra-ayudanos-a-investigar-la-contratacion-de-obra-civil/>