

Proceso penal y corrupción: consideraciones sobre el fracaso general de su persecución y castigo¹

~Prof. Dr. Dr. h. c. Juan Luis Gómez Colomer~

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Jaume I, Castellón, España. Socio FICP

Sumario:- I. A modo de introducción.- **II.** Dificultades metodológicas que pueden impedir fijar una tipología aceptable de los delitos de corrupción y una configuración correcta técnicamente del proceso para enjuiciarlos.- **III.** El núcleo central de la investigación criminal.- **IV.** Algunos detalles adicionales sobre la persecución procesal penal de los delitos de corrupción en el Derecho comparado: Alemania, Italia, Estados Unidos, Unión Europea y España.- **V.** Conclusiones provisionales: Causas del fracaso estatal en la investigación y castigo de los autores de delitos de corrupción.- Bibliografía seleccionada.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

El siguiente texto versa sobre la investigación de los delitos de corrupción en el proceso penal. Dadas las limitaciones de espacio, abordaré por su interrelación también algunos problemas que presenta en la actualidad la prueba de dichos crímenes en el juicio oral.

Advierto inicialmente que no se trata de un enfoque generalista sobre los actos de investigación y sobre los medios de prueba aplicado a determinado tipo de delitos. Esto no tendría mucho sentido, no sólo porque nos encontraríamos con que la investigación y la prueba a admitir en abstracto es siempre la misma respectivamente, con independencia del delito que se esté juzgando, sino también porque en muchísimos países jurídicamente relevantes no existen, como en España, ni actos de investigación ni pruebas específicas para luchar contra la corrupción, careciendo por supuesto de procesos penales especiales al respecto.

Se trata más bien de analizar qué actos de investigación y qué medios de prueba del catálogo general que recogen las leyes procesales penales son más apropiados para luchar eficazmente contra este enorme mal, así como los problemas de investigación del crimen y su prueba que se plantean más frecuentemente en la práctica con relación a dichos actos y pruebas.

Es sorprendente que muchos países tengan en vigor normas administrativas y normas penales, a primera vista acertadas, bien diseñadas estructuralmente, con

¹ Texto redactado gracias a la concesión del Proyecto de Investigación sobre “La situación jurídica de la víctima de delitos cometidos por la criminalidad organizada, con consideración particular de su situación en la lucha legal contra la corrupción” (Código: P 1- IB20 14-46), financiado por la Universitat Jaume I, del que soy investigador principal.

lenguaje jurídico claro, eficaces y modernas, y sin embargo un porcentaje altísimo de causas penales se sobreesan o terminen con sentencia absolutoria de los acusados por delitos de corrupción. En mi país, con altos niveles de corrupción, estamos hablando, de acuerdo con estadísticas oficiales del Consejo General del Poder Judicial, de menos de un 10% de condenas sólo en cuatro años (1900 acusados en 130 causas, con 170 condenados), lo que es verdaderamente escandaloso.

Esto significa, en un primer análisis puramente provisional, que los defectos y los errores se dan y se cometen básicamente en la fase de investigación del crimen por las autoridades públicas de persecución. De ahí mi interés y mi empeño en estudiar este problema, en comprender todo lo extensamente que pueda su enorme dificultad, y, si es posible, proponer soluciones aceptables.

Este escrito tiene carácter introductorio², pues forma parte de una investigación muchísimo más amplia sobre corrupción y proceso penal, en la que analizaré además el Derecho comparado, como creo que debe ser toda investigación jurídica sobre los grandes temas que hoy mayor interés suscitan en el ámbito del proceso penal de nuestra querida Europa, no sólo porque la corrupción está muy extendida internacionalmente y por tanto nos afecta a todos negativamente, sino también y sobre todo porque estamos enfrentándonos al mismo problema. Si trabajamos juntos para conocerlo mejor, lo podremos eliminar, o al menos dejar en límites aceptables dada la naturaleza humana, con lo que más posibilidades de éxito tendremos juntos. Por eso en el futuro libro tomaré en consideración los países que más influencia jurídica tienen en España, por este orden, Alemania, Italia y Estados Unidos, sin descartar aportaciones puntuales de otros países importantes, como Francia y Portugal, ni por supuesto dejar de lado nuestro marco legal de referencia común, la Unión Europea. Aquí haré, no obstante, una pequeña referencia a ello al final.

Un estudio preliminar de la investigación de los crímenes de corrupción debe partir al menos de un concepto claro de la misma. En este sentido, es difícil definir jurídicamente la corrupción, especialmente porque hay muchos delitos que parecen de corrupción y sin embargo no lo son, lo que perturba el hallazgo de un concepto adecuado. Un buen ejemplo sería el delito de evasión de impuestos, que pudiendo estar

² Por ello no utilizo notas a pie de página, sino un índice bibliográfico final, ofreciendo las publicaciones más relevantes sobre el tema.

relacionado con corrupción pública, no es sin embargo un delito de corrupción, porque no hay soborno.

Yo acepto, como punto de partida, el siguiente concepto de corrupción penal: Hecho punible mediante el que una persona o grupo hace perder la imparcialidad y objetividad a un funcionario, obteniendo una decisión favorable a sus intereses, a cambio de dinero, ventaja o utilidad para el servidor público.

Esta es la llamada corrupción pública, la más importante, a la que obviamente dedicaré la parte principal de mi estudio, porque es la base de los tipos penales de corrupción en España (artículos 286 a 286 quáter del Código Penal español de 1995, reformado últimamente en 2015, para la corrupción entre particulares o privada, y otros muchos preceptos diseminados para la corrupción pública), Italia (artículos 318 y ss. del *Codice Penale* de 1930, entre otras normas, alguna incluida en el Código Civil), y Alemania (§§ 299 y 331 a 335 del *Strafgesetzbuch* de 1871, de acuerdo con la versión de 1998).

La corrupción privada, de menor entidad aunque no por ello menos repugnante, es la que se da entre particulares, es decir, partes que no son públicas, si bien con los mismo fines, obtener una parte privada dinero, ventaja o utilidad a cambio de una decisión de otra parte privada favorable a aquélla, a la que nunca habría tenido derecho de no ser por el dinero, ventaja o utilidad pagados o recibidos. Las legislaciones aquí son más variables, existiendo por tanto mayores divergencias entre ellas, atendidos los preceptos que la regulan: España (art. 286 bis CP), Italia (art. 2635 del *Codice Civile*), y Alemania (§ 299 del *Strafgesetzbuch*).

II. DIFICULTADES METODOLÓGICAS QUE PUEDEN IMPEDIR FIJAR UNA TIPOLOGÍA ACEPTABLE DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN Y UNA CONFIGURACIÓN CORRECTA TÉCNICAMENTE DEL PROCESO PARA ENJUICIARLOS

Cuando he comenzado los preparativos del estudio jurídico-procesal penal sobre la corrupción me he encontrado con algunas dificultades iniciales, que me gustaría exponer de manera breve:

- a) *La globalización y los obstáculos para una persecución universal de la corrupción.*

La globalización ofrece aspectos muy negativos cuando se aborda desde el punto de vista de la corrupción, porque contribuye a una mayor facilidad criminal, es decir, favorece la comisión de estos delitos y hace más difícil su persecución, enjuiciamiento y castigo.

Dos razones justifican esta afirmación:

1ª) La no existencia en la actualidad de fronteras económicas, de comunicación y, en muchos casos, de difícil deslinde geográfico, ayuda a la criminalidad organizada, al permitirle movimientos en amplias zonas de impunidad. El mundo es demasiado grande para la Justicia humana todavía y los grandes malhechores lo saben. Cuando entre los delitos de la criminalidad organizada se encuentran los de corrupción, existe por ello también un altísimo riesgo de impunidad.

2ª) Dado que corruptores y corruptos acuerdan en secreto sus hechos criminales de dar y recibir dinero, ventaja o utilidad a cambio de conceder y obtener favores públicos (o privados), es mucho más fácil operar en un mundo globalizado que en un mundo cerrado, puesto que todavía existen muchos países que no hacen preguntas o que sencillamente miran hacia otro lado.

La dificultad inicial consiste en que la globalización hace enormemente complicada la prueba de la corrupción, porque es siempre transnacional, a pesar de los textos internacionales que facilitan la cuestión (Convención de la ONU, Nueva York 2004; Convenio Europeo de 1997, entre otras muchas normas), lo que significa lisa y llanamente que la misma persecución es en numerosas ocasiones inviable.

b) La interrelación entre corrupción y criminalidad organizada (terrorismo y mafias especialmente), como obstáculo, a veces insalvable, para la investigación de estos crímenes.

La conexión entre la corrupción y la criminalidad organizada, ésta mucho más estudiada, es evidente, de ahí que a aquélla sean aplicables algunas de las medidas que son propias de ésta. De hecho, una de las dimensiones más preocupantes del crimen organizado es su capacidad corruptora.

Respecto a la criminalidad organizada hay un discurso coincidente por parte de los juristas, los políticos, y los responsables públicos: La lucha contra la criminalidad

organizada requiere acciones excepcionales en todos los ámbitos que, sin duda, pueden conllevar restricciones significativas para los derechos constitucionales, pero que deben aceptarse en la medida que dicho fenómeno representa hoy mismo un grave e inminente peligro para los sistemas de organización social, política y económica vigentes.

La criminalidad organizada coadyuva en forma importantísima a la existencia de la sociedad del riesgo, magníficamente descrita por Ulrich BECK, y afecta gravemente a la seguridad ciudadana poniendo en peligro muchos derechos de los ciudadanos libres.

Entre los aspectos procesales a tomar en consideración para una adecuada lucha contra la criminalidad organizada pueden citarse: La especialización jurisdiccional, la asunción por el proceso penal de roles típicamente policiales, la flexibilización y menor formalismo de las actuaciones procesales. Se amplían considerablemente las posibilidades de investigación de estos delitos, relajando las condiciones y requisitos de estas investigaciones diferenciadas, dando entrada a modernos medios de observación y de captación de datos y legitimando intervenciones duraderas. El régimen probatorio igualmente resulta afectado, al dificultar las posibilidades de contrastar y contradecir el peso de ciertas pruebas, sobre todo las procedentes de implicados colaboradores con la Justicia y testigos protegidos, instaurando un auténtico régimen especial de protección de los colaboradores.

No todas estas propuestas que se han formulado parecen aceptables. Intuimos que todo ello va a influir también en la fortaleza del Estado de Derecho en la lucha contra la corrupción.

c) Los numerosos tipos penales de corrupción favorecen la impunidad.

Los numerosos tipos penales de corrupción en una misma legislación son otra dificultad añadida, porque a mayor descripción típica más acciones a probar existen, con cada vez más numerosos matices, lo que favorece contradicciones, superposiciones, e incluso y a pesar de ello lagunas legales, en suma, hace muy difícil la condena. El caso español, con más de diez tipos penales sería un buen ejemplo.

El caso italiano sería realmente remarcable también, pues hay hasta más de veinte tipos de corrupción diseminados por todo el ordenamiento jurídico de ese bellísimo país, que sirven para bien poco si observamos la reciente evolución político-legislativa italiana.

d) El caso italiano como paradigma: Tangentopoli.

Permítanme un inciso sobre Italia, porque en este bellissimo país se ha dado una de las consecuencias sociopolíticas más importantes derivadas de la corrupción en los últimos años, en el sentido que estamos tratando en este apartado. Así es, Italia cambió radicalmente en los comienzos de los años 80 con el gran caso llamado *Tangentopoli* (que significa “la ciudad del soborno”). Cambió al Estado y cambió a sus gentes. La Fiscalía de Milán, dirigida por Antonio di Pietro, fundador de *Mani Pulite* (el nombre en clave del grupo policial que investigó los primeros hechos), hacía tiempo que sospechaba que la política estaba corrompida. El fracaso de los casos que se investigaban, demasiado pequeños e individualizados, hizo pensar en una investigación de amplio espectro, con el fin de individualizar a quienes intervenían en los procedimientos para conseguir los beneficiosos contratos para sus empresas y organizaciones. Uno de los nombres que aparecieron, con otros más, era Mario Chiesa, un miembro de segunda fila del partido socialista italiano (PSI) y, por tanto, una persona poco conocida.

Para poder probar la corrupción en estos casos de estas personas, algo siempre complejo, había que probar que entregaban dinero a cambio de ganar o de haber ganado el concurso público. Era preciso tender una trampa a Chiesa y “pillarle con las manos en la masa”, y para eso se tenía que comprender cómo funcionaba realmente el tema en la realidad, para lo que era necesario contar con un empresario implicado en sobornos anteriores a Chiesa, que también salió de la base de datos que se utilizaba en la investigación.

El día 17 de febrero de 1992 se detuvo a Mario Chiesa en su despacho, cuando estaba aceptando dinero de un empresario. Los 7 millones de liras que cogió por haber otorgado al empresario que actuó como cebo una concesión millonaria, fueron el principio del escándalo de corrupción más grande que ha tenido nunca Italia hasta ahora.

En apoyo de Chiesa salió el líder del partido, Bettino Craxi, quien negó todas las acusaciones y afirmó que en su partido no había corrupción. Pero Chiesa, para defenderse, le contradijo y reconoció que había una extensa red de corrupción en el partido socialista a nivel de todo el país.

A partir de este caso fue evidente que la corrupción en Italia había devenido incontrolable. *Tangentopoli* puso ante los ojos estupefactos de los ciudadanos honrados que los partidos políticos ejercían una supremacía sobre la vida de la sociedad civil que

no les correspondía, que su financiación no era transparente y que era el resultado de acuerdos ente sus líderes y potentes empresarios de modo ilícito, a cambio de no se sabía muy bien qué, que la democracia italiana estaba bloqueada porque la oposición prácticamente no tenía ninguna opción de gobernar, que Italia tenía un complicado sistema electoral que únicamente beneficiaba a la mediocridad de la clase política, que se hacía un uso constante del endeudamiento público para mantener el consenso, que había un exceso de centralización, una administración pública desproporcionada y de escasa profesionalidad, una evasión fiscal difusa y a menudo implícitamente tolerada, un sentimiento nacional débil y falta de confianza en las instituciones. Todo ello, y otras realidades más, llevaron a una corrupción extensa e incontrolada en el sector público que puso a Italia al borde del abismo.

Tangentopoli significó, además de un cambio cultural y político total en Italia, la desaparición de los viejos partidos políticos tradicionales, algo que no había podido conseguir ni siquiera la II Guerra Mundial. Surgieron los nuevos partidos y se dio pie a la era Berlusconi cuando desapareció Craxi.

Se produjo algo importante también: La tenaz lucha de los fiscales y jueces contra la corrupción política abrió un debate sobre el papel de cada cual en la sociedad italiana, pero supuso ante todo una lucha frontal entre los fiscales y los jueces anticorrupción por un lado y los políticos por otro.

Tangentopoli implicó igualmente un cambio legislativo radical, que comenzó en 1994 con la “Propuesta en materia de prevención de la corrupción y del financiamiento ilegal de partidos”, el llamado Proyecto CERNOBIO que lamentablemente no cuajó en ley porque nunca llegó al Parlamento, ya que habría sido una reforma muy importante y trascendental en la lucha contra la corrupción.

En realidad, cambiaron las formas, pero la corrupción siguió muy presente en la vida pública italiana. Se ha llegado a decir que las reformas penales después de *Tangentopoli* sentaron en verdad las bases de una nueva corrupción.

La llamada Ley SEVERINO (Ley de 6 de noviembre de 2012, núm. 190), implicó una reforma importante en materia de corrupción, centrándose más en la prevención que en la represión. De hecho, penalmente no fue importante, porque los arts. 318 y 319 del *Codice di Procedura Penale* italiano responden a una idea superada, ya que esa corrupción hoy no existe, es muchísimo más amplia.

Antes, la Ley de 29 de septiembre de 2000, núm. 300, sobre responsabilidad de las personas jurídicas había insistido en esa prevención a través de la articulación de los modelos de organización (*Compliance*) para prevenir la corrupción. Tuvo su influencia en la Ley SEVERINO, porque dejó de ser una cuestión meramente privada atinente a los entes mercantiles, para pasar a lo público, a la Administración Pública.

El caso italiano demuestra también, finalmente, que la lucha contra la corrupción únicamente tiene una buena parte del éxito garantizado si la norma penal está bien redactada y los hechos descritos en el tipo están expuestos de manera tal que la acusación sabe exactamente qué tiene que probar para conseguir la condena. En otro caso, el fracaso está casi garantizado, que es lo que ocurre en la actualidad realmente.

e) *Lo que la Historia nos enseña.*

Por otra parte, el ambiente es muy importante en la lucha contra la corrupción, no sólo para castigar la llamada corrupción ambiental (“todo el mundo lo hace aquí”), sino sobre todo por la admisión social de las conductas y del castigo. La Historia nos enseña sobre la corrupción que la gente asume y tolera que el político robe, o al menos que robe una parte del dinero que gestiona porque está mal pagado, y que no sea castigado por ello. Napoleón decía a sus ministros que les podía perdonar que velaran por sus intereses privados, pero no que gestionaran mal. Nunca será recordado por eso, sino por sus conquistas militares, su intuición legislativa y la extensión de un modo de vida refinado por toda Europa.

Frente a esta asunción socio-cultural de la corrupción como algo inevitable en el poder, se está reaccionando hoy con fuerza en las democracias más importantes, persiguiendo y castigando cualquier atisbo de corrupción, aunque se está todavía muy lejos de acabar con ella en esos mismos países, porque la naturaleza humana tiende a corromperse. Ya San Pablo en su Primera Carta a Timoteo decía que “la raíz de todos los males es el amor al dinero”.

Pero resolver el tema sólo con la ley es imposible. Conocer las causas de la corrupción no es únicamente un tema legal. Parece que la mejor manera de luchar hoy contra la corrupción no se encuentra pues en el mundo del Derecho, en el castigo, sino en el mundo de la educación, es decir, en la prevención. Los expertos piensan hoy que la prevención educativa de los niños al respecto, puede proporcionar bases sólidas y

duraderas a un comportamiento público (y privado) honrado, sin dejar espacio alguno a la tentación del dinero o prebenda fáciles.

III. EL NÚCLEO CENTRAL DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL

Hechas estas consideraciones, quisiera entrar ya en una breve explicación de lo que considero que debe ser el fondo de mi exposición.

a) La investigación criminal (policial) de los delitos de corrupción:

La primera cuestión hace referencia a qué actos de investigación son los más apropiados para la investigación de los crímenes de corrupción.

Si se atiende a las regulaciones legales, se observa que no hay ningún acto de investigación específicamente destinado a la constatación de una corrupción punible que permita identificar a su autor y acusarle por ello.

Esto no quiere decir, como es natural, que no exista ningún acto idóneo para investigar estos crímenes. De todos los posibles que me vienen a la mente y que regulan o prevén las legislaciones consultadas (Alemania, Italia, Estados Unidos y la de mi país, obviamente), me parecen especialmente apropiados dos: La interceptación telefónica y la provocación del testimonio.

Claro que existen más actos adecuados, por supuesto. En un libro completo como el que estoy elaborando, debe dedicarse suma atención a la investigación del patrimonio y bienes del corrompido, porque normalmente se exigen conocimientos específicos de contabilidad, fiscalidad (impuestos) y régimen de aduanas, que sólo peritos (a ser posible oficiales) expertos pueden explicar sabiendo interpretar adecuadamente los complejos y aburridos documentos financieros. La prueba documental y la prueba pericial (principalmente contable), son aquí, por tanto, también fundamentales.

Pero hoy me preocupan más los dos actos indicados antes, porque suele haber grandes diferencias entre los países, que dificultan la armonización normativa y, por tanto, obstan a una persecución eficaz en el plano internacional de corruptores y corruptos. El análisis del patrimonio nos llevará sin duda a descubrir financiaciones ilegales, blanqueo de capitales, movimientos de dinero inexplicados, facturas falsas, etc., para los que se requiere la utilización de medios tecnológicos de investigación muy avanzados, que nos permita además rápida y eficazmente su decomiso (incautación).

Tampoco dejo de lado las complicaciones constitucionales de una investigación tan compleja, pues existen numerosas probabilidades de obtener resultados probatorios vulnerando derechos fundamentales de los investigados si no se actúa conociendo exactamente los límites legales, especialmente por parte de la Policía. El exceso podría conllevar la nulidad probatoria por aplicación de la doctrina de la prueba prohibida y de los frutos del árbol envenenado. Este aspecto debe ser objeto de un análisis minucioso en cualquier investigación sobre el tema.

1. Las interceptaciones telefónicas:

La averiguación de hechos secretos sólo es posible generalmente a través de la incursión en el secreto de las comunicaciones. Por ello, la interceptación telefónica es, sin duda alguna, la prueba más relevante, y también la más solvente, en la investigación de los hechos punibles de corrupción.

Una buena parte de los mismos es descubierta casualmente mientras se investigaban otros hechos criminales, por ejemplo, de la criminalidad organizada, de evasión fiscal o, incluso, de naturaleza patrimonial.

Todas las legislaciones consultadas hasta ahora, y las que quedan por analizar, regulan con mejor o peor técnica, con mayor o menor alcance, la intervención de las comunicaciones telefónicas, y no sólo telefónicas (postales, correos electrónicos, redes sociales, etc.). Por eso se habla también en el plano internacional de control o vigilancia de las telecomunicaciones.

Según me han relevado las autoridades fiscales de España, Alemania e Italia con las que hasta la fecha me he entrevistado personalmente, la regulación explícita de este acto de investigación ha permitido en la práctica penetrar en el mundo del silencio y la oscuridad de la criminalidad organizada, haciendo públicos sus delitos y sus autores, entre los que se encuentran en numerosísimos casos los de corrupción.

Pero no es un acto de investigación ajeno a problemas importantes muy relevantes. Destacaré alguno de ellos que pueden limitar gravemente el fin del proceso penal, recordando el más importante, el de la facilidad con el que puede convertirse en prueba prohibida al estar afectado el derecho constitucional del imputado al secreto de las comunicaciones, que no trataré aquí, aunque sí ampliamente en la investigación, porque las diferencias entre las legislaciones son enormes:

1º) La interceptación telefónica no se puede ordenar en la mayor parte de los países judicialmente (o por el Ministerio Fiscal bajo determinados presupuestos) por cualquier delito, sino que tiene que tratarse de un delito grave. El problema es que muchos delitos de corrupción no son graves (tienen una penalidad inferior de media a 5 años de cárcel), con lo cual es una prueba impracticable. Es necesaria una armonización en este punto que debe abordarse igualmente en la investigación que estoy realizando.

2º) Algunos países no permiten interceptar más que el teléfono del imputado y no de terceros, lo cual en materia de corrupción es un grave error, porque necesariamente hay dos autores, uno de los cuales es “tercero” durante mucho tiempo, dado que nada sabe de él la Policía al no poder vincularlo con el investigado. Debemos fundamentar en nuestra investigación que cualquier persona pueda ver intervenido su teléfono, fijando presupuestos estrictos de protección a su intimidad comunicativa.

3º) En muchos países los indicios para ordenar una interceptación telefónica deben ser graves (si bien, como en el caso de Italia, se rebajan de “graves” a “suficientes” en los delitos mafiosos y cuando se está investigando un delito de criminalidad organizada, entre los que entran los mafiosos también obviamente). El problema es que no suele haber definición legal de indicio “grave” y la jurisprudencia tiene criterios muy variados, lo que conlleva una cierta inseguridad que puede perjudicar tanto al imputado, poniendo en peligro sus derechos constitucionales, como al Estado, impidiendo la investigación del crimen. Mi investigación deberá contribuir a clarificar este importante punto.

La reforma del acto de investigación de interceptación o intervención telefónica en España en 2015 (arts. 588 ter a) y ss. LECRIM), ayudará mucho para resolver estos y otros problemas, ante su puesta al día y modernización.

2. La utilización de informantes y testigos de cargo. El caso de Alemania:

La averiguación de los hechos a través de personas infiltradas o colaboradoras en los ámbitos criminales que revelan lo que conocen a la Policía, es el segundo acto de investigación apropiado para descubrir los hechos de corrupción.

Es tan enormemente eficaz como peligroso por su dudosa legalidad en muchos casos, de ahí que las legislaciones tiendan o a una regulación restrictiva de las posibilidades de admisión, o a una limitación de los efectos de los actos que realicen.

Su eficacia está fuera de toda duda al penetrar directamente el testigo en el secreto de los corruptos y corrompidos.

Se habla internacionalmente de cuatro figuras distintas, lo cual acrecienta la complejidad. Alemania es el país que más ha desarrollado este tema particular:

- a) El agente infiltrado (*Der verdeckte Ermittler*): También llamado agente provocador, es el policía que se infiltra en la banda para descubrir a sus componentes y entregarlos a la Justicia. Generalmente no está legitimado para delinquir (salvo el de uso de identidad falsa), pero si es absolutamente necesario quedaría protegido por estado de necesidad, legítima defensa o cumplimiento del deber. Utiliza a un tercer policía para comunicar sus informaciones, que es quien declara en el proceso como testigo de referencia. Se regula en España (art. 282 bis LECRIM) y en Alemania (§ 110 StPO).
- b) El policía no destinado a la investigación (*Der nichtöffentlich ermittelnde Polizeibeamte - NOEP*): Es el policía que conoce estando fuera de servicio del hecho, y como testigo comunica lo que ha visto al juez. Él no está investigando a la banda criminal, sino que se topa con los hechos de casualidad. Esta figura no está regulada en ningún país, pero en Alemania equivale a la figura del agente infiltrado.
- c) La persona de confianza (*Vertrauens-Mann, V-Mann*): No es un policía, sino una persona de confianza de dentro o de fuera de la organización criminal (el portero del edificio, el taxista, el quiosquero, el comerciante, el camarero, el vagabundo, etc.), que proporciona periódicamente información a la Policía a cambio de dinero u otra ventaja. Es el clásico soplón o chivato, que a veces es un pequeño delincuente al que no se le persigue a cambio de la información que proporciona. Al ser su actividad oculta, goza de inmunidad fáctica, incluso en caso de cometer delitos graves, para no poner en peligro su vida. A la persona de confianza que realiza voluntariamente su actividad se le denomina arrepentido: Ha sido utilizado para obtener pruebas contra la corrupción (y la criminalidad organizada). Proviene de Italia, en donde el *pentitismo* se introduce en los años 70 para luchar más eficazmente contra el terrorismo, luego se extiende a la lucha contra la Mafia y contra el secuestro de personas y criminalidad organizada.

- d) El que informa una sola vez sin previa relación con la Policía (Whistleblower/Justizkollaborateur): El informante está dentro de la organización criminal y proporciona información a la Policía a cambio de obtener inmunidad total o parcial. Pertenece a la organización criminal, pero no es Policía ni se ha puesto en contacto con ella, ni tiene relación con ella antes de dar esa información. Se limita a informar sobre actividades criminales graves o muy graves del grupo criminal, ya realizadas o de inmediata comisión, lo que le convierte en testigo de cargo muy importante (*Kronzeuge, Crown Witness*). Una vez proporcionada la información y realizados los operativos policiales contra el grupo es testigo protegido. Por ejemplo, el contable de las empresas del grupo criminal.

No olvidemos tampoco la complejidad que puede suponer, lo cual debe ser también convenientemente analizado, que los actos de corrupción se desarrollen, lo que ocurre muy frecuentemente en la realidad, en el seno de personas jurídicas, cuya persecución penal en muchos países no es posible, por ejemplo, en Alemania o en Italia, aunque sí en el mundo anglosajón, Francia y España. Pues bien, la figura del *Whistleblower* es esencial para la efectividad de la persecución criminal en estos casos, lo que hace que su existencia, y su práctica, se hayan extendido enormemente.

La gran cuestión en estos temas es cómo se premia a quienes colaboran con la Policía para descubrir estos crímenes tan graves de corrupción, sean o no cometidos a través de grupos criminales organizados. Se trata de analizar los instrumentos procesales de apoyo, con especial referencia a los autorizados en España. Dos grandes posibilidades se ofrecen:

1ª) Seguir el proceso en su contra hasta el final, obteniendo una condena reducida o la menor posible, puesto que al fin y a la postre ha delinquido, y luego otorgarle beneficios penitenciarios que hagan prácticamente innecesario su ingreso en prisión.

2ª) Impedir una condena, o reducirla al mínimo, mediante la conformidad, negociación sobre la pena o acuerdos.

Los límites del espacio jurídico en que se mueven la Fiscalía y el acusado son muy diversos en los diferentes países. Algunos permiten que sean delitos negociables, otros no. Alemania, por ejemplo, lo hace en parte inviable al ser su legislación muy estricta con las negociaciones (*Absprache*). En España habría que acudir a la

conformidad, que tiene también sus restricciones. En el mundo anglosajón, con sus casi ilimitadas posibilidades de negociación sobre la declaración de culpabilidad, parece mucho más fácil.

Mi investigación deberá ser muy concienzuda en este punto para ofrecer soluciones armonizadas razonables.

b) La prueba de la corrupción en el proceso penal:

La valoración de la prueba del delito de corrupción es como dije la segunda gran cuestión que deseo apuntar en este escrito. Quiero referirme en concreto a determinadas dificultades que la valoración de la prueba de estos delitos está presentando en la práctica, llevando a absoluciones muy difíciles de entender por la sociedad.

Un problema específico me quita el sueño: El criterio de la libre y no arbitraria valoración judicial de la prueba, o más allá de cualquier duda razonable si hay Jurados, está asentado en la jurisprudencia en un estándar probatorio altamente cualificado: En términos prácticos se puede explicar diciendo que debe existir una certeza del 95% o más para condenar, ante la imposibilidad de llegar al 100% dada nuestra imperfectamente. Me pregunto si este estándar debería revisarse en la lucha contra la criminalidad organizada y, en particular, en la lucha contra la corrupción.

Que nadie piense por favor que estoy elucubrando sobre una aplicación particular de las tesis *jakobsianas* sobre el Derecho Penal del Enemigo, en una vuelta al Derecho Penal de Autor o en una relajación infundada del principio de la presunción de inocencia. No, mi respeto a la Constitución democrática es total y ni uno sólo de los principios que reconoce el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, sobre todo en sus arts. 5 y 6, y la constante jurisprudencia al respecto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, deben ser reformados.

Mi reflexión va en la línea de constatar si las interpretaciones jurisprudenciales sobre el acervo probatorio, es decir, sobre la comprobación de la existencia de prueba de cargo, considerando todas las posibilidades, en punto al ámbito específico de los delitos de corrupción y de criminalidad organizada, pueden sostenerse en la actualidad como clásicamente se han entendido desde prácticamente la Revolución Francesa.

Pongo cuatro ejemplos, muy claros por afectar principalmente a grupos mafiosos, y por tanto con gran repercusión en Italia, sobre el desvalor de la prueba en favor del refuerzo de los indicios:

1º) Valoración lógica de la prueba: Se permite una valoración inductiva de la pertenencia a la criminalidad organizada, que da valor probatorio a ciertos indicios que revelan la pertenencia a una asociación mafiosa, tales como la observación de la ley del silencio en el acusado, su respeto absoluto a la jerarquía, la comisión de delitos-fin, etc.

2º) Valoración de los indicios: Se admiten como prueba de participación delictiva determinados comportamientos de los que se permite deducir la comisión de delitos mafiosos, por ejemplo, haber superado la fase de “prueba”, o ser investido como “persona honorable”.

3º) Valoración de las declaraciones de los colaboradores de la Justicia, si los hubiere: Se distingue entre declaraciones sobre hechos comunes a toda la asociación y las informaciones que se sabe por otros.

4º) Notoriedad de la existencia de una asociación mafiosa: En función del lugar y del conocimiento colectivo de su existencia y operatividad, se puede deducir su existencia.

Esto me hace preguntarme si el estándar clásico de libre valoración de la prueba puede mantenerse hoy sin excepción alguna. Porque la consideración de un indicio como prueba rebaja enormemente la exigencia de certeza y pone en peligro el fin de hallar la verdad. Pero las máximas de la experiencia nos aconsejan hoy ir por ese camino novedoso, a no ser que volvamos la vista hacia otro lado y hagamos como que no vemos la impunidad a que nos lleva la concepción clásica. Éste será otro de los aspectos más relevantes de mi investigación, porque la Sociedad está ya harta de soluciones procesales inadecuadas ante crímenes horrendos.

IV. ALGUNOS DETALLES ADICIONALES SOBRE LA PERSECUCIÓN PROCESAL PENAL DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO: ALEMANIA, ITALIA, ESTADOS UNIDOS, UNIÓN EUROPEA Y ESPAÑA

Finalmente, e independientemente de las referencias al Derecho comparado que hasta aquí he hecho, termino con una reflexión general sobre la organización procesal en la lucha contra los delitos de corrupción en los países que voy a investigar, para que Vdes. tengan una idea aproximada sobre las enormes diferencias con que nos encontramos.

1. Alemania

En Alemania no existe ninguna especialidad en la regulación procesal en caso de delitos de corrupción. Tampoco hay especialidad alguna en lo relativo a los órganos competentes para la instrucción (Fiscalía) ni para el juicio (Tribunal). Si se trata de corrupción en el ámbito económico se aplican en determinadas circunstancias las competencias especiales previstas en general para las Salas de lo Penal Económico, pero no es una norma imperativa.

Los problemas procesales se centran la mayor parte de las ocasiones en la prueba, y en concreto en tema de prueba de las acciones decisivas para la comisión del hecho. No son de citar especiales problemas con investigaciones secretas o informantes anónimos, pero obviamente se dan los mismos criterios probatorios que en caso de criminalidad organizada.

La corrupción en los ámbitos económico y de la salud representa un campo muy importante. Las relaciones comerciales con Estados Unidos han destapado muchos casos de corrupción por parte de empresarios alemanes, que han sido investigados por las autoridades norteamericanas y se han visto obligados a aceptar las estructuras de “Criminal Compliance”, y a abrir sus empresas a investigaciones internas, muchas de las cuales han acabado en procesos penales por iniciativa de la Fiscalía.

2. Italia

En Italia el proceso penal tratándose de delitos de corrupción y criminalidad organizada es el mismo que en caso de cualquier otro delito. Los fiscales de instrucción son los mismos, es decir, no existe ninguna Fiscalía Especial para la Lucha contra la Corrupción como en España, pero sí existen grupos de fiscales especializados en este tipo de delitos, y el Juez de Garantías y el tribunal del juicio son los ordinarios previstos para los delitos de igual o similar gravedad.

La jurisprudencia italiana se ha preocupado procesalmente de garantizar el derecho de defensa del acusado en el sentido de que sea informado de los diversos hechos de corrupción por los que viene acusado, especialmente del más grave si hay un cambio de calificación.

El gran estudio que falta en Italia es analizar la prueba de estos delitos con el rigor y seriedad necesarios para que no se produzcan los llamativos y escandalosos casos de impunidad que diariamente se producen por “meros tecnicismos procesales” al no ser capaces de probar la culpabilidad.

3. Estados Unidos

En los Estados Unidos de América, ni a nivel federal, ni a nivel de los estados, se contempla ningún proceso penal especial para el enjuiciamiento de los delitos de corrupción y los cometidos por la criminalidad organizada. Las normas son las generales para cualquier delito y si está castigado con más de seis meses de pena de prisión, será el Jurado quien determine la culpabilidad o inocencia.

Lo que sucede en Estados Unidos es que hay normas o instituciones que, estando previstos para otros supuestos, pueden acabar siendo aplicables en procesos por corrupción o contra la criminalidad organizada, y a raíz de ello adquirir una gran relevancia práctica. Ejemplo típico es el Fiscal Especial Independiente.

Los problemas más importantes se dan igualmente en materia probatoria. Por ejemplo, una prueba prohibida en los Estados Unidos, la del mal carácter, es decir, que el Jurado conozca los antecedentes del acusado, se admite sin embargo cuando el propio acusado da pie a ello ofreciendo pruebas sobre su buen carácter. En los delitos de corrupción los antecedentes pueden llegar a ser muy importantes para la investigación, de ahí el escollo que representa esta prohibición probatoria.

La situación es algo mejor sin embargo cuando relacionamos corrupción con criminalidad organizada. Esta se regula principalmente por la RICO Act, aprobada en 1970 para perseguir a los líderes de la Mafia que ordenaban sin actuar la comisión de los delitos. Esta norma contiene disposiciones procesales importantes.

4. Unión Europea

Desde la Unión Europea se considera que la corrupción afecta a todos los países que forman parte de la misma, si bien con distinto grado de intensidad. Precisamente por ello se han creado distintos instrumentos de lucha contra la corrupción que se encuentran con el gran inconveniente de que su aplicación por los Estados está siendo muy desigual. La Unión Europea debe adoptar una política global contra la corrupción siendo una prioridad en su agenda política.

A nivel interno, la Comisión pretende reforzar la cooperación judicial y policial en materia de corrupción, en cuya aplicación es fundamental la colaboración con Europol, Eurojust, la “Escuela Europea de Policía” (CEPOL) y la “Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)”.

Por último señalar que el Informe del Grupo de Estados contra la corrupción (*Group of States Against Corruption*, GRECO) de 2016, otorga un claro suspenso a España.

5. España

Finalmente, en nuestro país la máxima preocupación del legislador desde los años 90, cuando gobernando el Partido Socialista Obrero Español y siendo Jefe de Gobierno Felipe González estallaron los primeros casos de corrupción (Flick, Filesa, Roldán, etc.), fue la reforma sustantiva, es decir, la introducción de nuevos tipos penales y la reforma de los existentes, todo con mucha tibieza y sin gran convencimiento por parte del poder (la última reforma del Código Penal ha tenido lugar el 30 de marzo de 2015) y la mejor doctrina penal todavía la considera insuficiente para luchar contra la corrupción.

No ha habido ni una sola reforma procesal, salvo las que afectan a la criminalidad organizada, que en parte como vengo sosteniendo aquí, son aplicables a los delitos de corrupción, sobre todo cuando entran en concurso real.

Por ello, el proceso penal es el mismo que en caso de tratarse de cualquier otro delito, y ni siquiera hay conciencia, aunque formalmente en la ley se contemple, de que la investigación de estos delitos no la puede hacer cualquier policía o cualquier fiscal, ni la prueba puede entenderla cualquier juez. La especialización, sobre todo creando tribunales cualificados para el enjuiciamiento de la criminalidad organizada, sigue esperando en España.

V. CONCLUSIONES PROVISIONALES: CAUSAS DEL FRACASO ESTATAL EN LA INVESTIGACIÓN Y CASTIGO DE LOS AUTORES DE DELITOS DE CORRUPCIÓN

Me limitaré brevemente a estas tres:

1ª) Extrajurídicamente es en donde se dan los principales problemas para acabar con la corrupción. De todas las posibilidades, los expertos entienden que sólo una buena educación (en casa y en la escuela/colegio) puede hacer cambiar realmente las cosas.

2ª) Jurídicamente, el problema no está ni en el Derecho Administrativo, ni en el Derecho Penal, pues los países que luchan activamente contra la corrupción tienen en

general buenas normas administrativas y penales, así como una estructura jurídico-sustantiva aceptable.

3ª) El problema está en el Derecho Procesal y, en concreto, en la investigación de los crímenes de corrupción, principalmente por estas causas, algunas ya indicadas: Mala preparación técnica de la Policía, la Fiscalía y la Judicatura, especialmente en temas económicos y de contabilidad; deficientes medios técnicos para una investigación adecuada; normas anticuadas y poco flexibles en general; miedo a volver a un proceso inquisitivo ante la amenaza real de obtener pruebas vulnerando los derechos fundamentales del acusado; y aislamiento internacional de los países más avanzados procesalmente, ante los pocos que pueden seguirlos, que siguen siendo los más corruptos.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

A) ESPAÑA

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Iniciativas internacionales contra la corrupción*, Eguzkilore – Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología 2003, núm. 17.

FABIÁN CAPARRÓS, E.A. / PÉREZ CEPEDA, A.I., (Coords.), *Estudios sobre corrupción*, Ed. Ratio Legis Salamanca 2010.

FERRÉ OLIVÉ, J.C., *Cooperación judicial internacional en materia de delitos financieros y corrupción: Problemas de extradición*, en AAVV, “Cooperación policial y judicial en materia de delitos financieros, fraude y corrupción”, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 2000 (págs. 13-22).

GIMENO SENDRA, V., *Corrupción y propuestas de reforma*, Diario La Ley 2012, núm. 7990.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Madrid 2004.

GRANADOS PÉREZ, C., (Dir.), *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2001

GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, F., (Dir.), *La criminalidad organizada frente a la justicia*, Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla 1999.

NIEVA FENOLL, J., *Proceso penal y delitos de corrupción (Algunas bases para la reforma estructural del proceso penal)*, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, 2013, núm. 2.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., / FABIÁN CAPARRÓS, E.A., *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ed. Ratio Legis, Salamanca 2004.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Ed. Dykinson, Madrid 2005.

VIDALES RODRÍGUEZ, C., *El comiso ampliado: consideraciones constitucionales*, en CARBONELL MATEU, J.C., (Coord.), “Constitución, derechos fundamentales y sistema penal”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., (Coord.), *La delincuencia organizada: Un reto a la política criminal actual*, Ed. Aranzadi, Cizur-Menor 2013.

B) ALEMANIA

ARNIM, H. H. von, *Korruption und Korruptionsbekämpfung*, Duncker & Humblot GmbH, Berlin 2007.

BERNSMANN K, *Verteidigung bei Korruptionsfällen*, Müller, Heidelberg 2014.

DANNECKER, G., [Hrsg.], *Handbuch Korruption*, Linde, Wien 2012.

ESER/ÜBERHOFEN/HUBER, *Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht*, Freiburg 1997.

GRAEFF, P. [Hrsg.], *Was ist Korruption?*, Nomos, Baden-Baden 2012.

MOHR, I., *Transparency International - Deutschland e.V.: Strafverfolgung der Korruption 2012 - Korruptionsbekämpfung und Unternehmensstrafrecht - Die Internationalisierung der Strafverfolgung*, Transparency International Deutschland, Berlin 2013.

SORGATZ, I. / GOURMELON, A., *Korruptionsprävention in öffentlichen Institutionen*, Rehm, Heidelberg 2012.

STANITZEK, R., *Die Bedeutung von Criminal Compliance für das Strafrecht bei der Bekämpfung von Wirtschaftskorruption*, Kovač, Hamburg 2013.

C) ITALIA

AMISANO TESI, M., *Le tipologie della corruzione*, Ed. Giappichelli, Torino 2012.

CENTONZE, F. / DELL'OSSO, V., *La corruzione internazionale. profili di responsabilità delle persone fisiche e degli enti*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, págs. 194 y ss.

CINGARI, F. (Ed.), *Corruzione: strategie di contrasto (Legge 190/2012)*, Ed. University Press, Firenze 2013.

CINGARI, F., *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica: verso un modello di contrasto integrato*, Ed. Giappichelli, Torino 2012.

DAVIGO, P. / MANNOZZI, M. G., *La corruzione in Italia*, Ed. Laterza, Roma-Bari 2007.

DAVIGO, P., en Giordano, L. / Piccirillo, R., *Corruzione e illegalità nella pubblica amministrazione: evoluzioni criminologiche, problemi applicativi e istanze di riforma*, Ed. Aracne, Roma 2012.

MATTARELLA, B. G. / PELISSERO, M. (Eds.), *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, Ed. Giappichelli, Torino 2013.

MONTEDURO, F. / BRUNELLI, S. / BURATTI, A., *La corruzione: analisi delle esperienze internazionali*, Ed. Formez PA, Roma 2013.

MONTEDURO, F. / BRUNELLI, S., *La corruzione: definizione, misurazione e impatti economici*, Ed. Formez PA, Roma 2013

D) ESTADOS UNIDOS

BROWN, G., *Stealth Statute – Corruption, the Spending Power, and the Rise of 18 U.S.C. § 666*, 73 *Notre Dame L. Rev.* 247, January 1998.

FLOYD, J. (Ed.), *RICO State by State: A Guide to Litigation under the State Racketeering Statutes*, 2nd ed., American Bar Association, Section of Antitrust Law, Chicago 2011.

HENNING, P./ RADEK L., *Prosecution and Defense of Public Corruption: The Law and Legal Strategies*, Ed. Lexis Nexis, New York 2013.

- JARCO, N. / SHECHTER, N., *Public Corruption*, 49 Am. Crim. L. Rev. 1107, Spring 2012.
- LYNCH, G., *RICO: The Crime of Being a Criminal, Parts I and II*, 87 Colum. L. Rev. 661, May 1987.
- LYNCH, G., *RICO: The Crime of Being a Criminal, Parts III and IV*, 87 Colum. L. Rev. 920, June 1987.
- MASTIN, Y., *Rico Conspiracy: Dismantles the Mexican Mafia and Disables Procedural Due Process*, 27 Wm. Mitchell L. Rev. 2295, 2001.
- REED, T. / GILL, J., *Rico Forfeitures, Forfeitable 'interests,' and Procedural Due Process*, 62 N.C. L. Rev. 57, October 1983.
- USLANER, E., *Corruption, Inequality, and the Rule of Law: The Bulging Pocket Makes the Easy Life*, Ed. Cambridge University Press, New York 2008.
- RAKOFF, J. S. / GOLDSTEIN, H. W., *RICO: Civil and Criminal Law and Strategy*, Ed. ALM, New York 1989.

E) UNIÓN EUROPEA

- GOUNEV, P. (Ed.), *Corruption and organized crime in Europe*, Ed. Routledge, London 2012.
- HUBER, B., *La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional*, Revista Penal 2003, núm. 11.
- JOUTSEN, M. (Ed.), *European Institute for Crime Prevention and Control: New types of crime*, European Institute for Crime Prevention and Control, Helsinki 2012.
- SÁNCHEZ ULLED, E.J., *Cooperación judicial internacional. Especial referencia a los delitos relacionados con la corrupción*, en AAVV, "Cooperación policial y judicial en materia de delitos financieros, fraude y corrupción", Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 2000 (págs. 127-152).