

LA INTERDEPENDENCIA ECONÓMICA, INTERNORMATIVIDAD Y ARMONIZACIÓN JURÍDICA: EL CASO DE LA CORRUPCIÓN*

VINCENZO MONGILLO**

Università Telematica Unitelma Sapienza

SUMARIO: I. Las técnicas de “nivelación del campo de juego”. Modelos Bottom-up: la lex mercatoria. II. Modelos top-down: la armonización de la legislación penal en el ámbito “regional” e “internacional”. III. El orden “multinivel” de la lucha contra la criminalidad transnacional. IV. El Derecho penal “multinivel” en el terreno de la lucha contra la corrupción: aspectos problemáticos.

PALABRAS CLAVE: Delitos de corrupción – Corrupción privada – Corrupción transnacional – Derecho comunitario – Armonización del derecho penal interno – Derecho supranacional

I. LAS TÉCNICAS DE “NIVELACIÓN DEL CAMPO DE JUEGO”.

MODELOS BOTTOM-UP: LA LEX MERCATORIA

La variedad de ordenamientos jurídicos entre los que las empresas multinacionales pueden elegir y la ausencia de una regulación uniforme respecto de las actividades que éstas desarrollan, no representa sólo una oportunidad para las mismas en la búsqueda de una mayor rentabilidad en el escenario global. En efecto, a partir de esta libertad incontrolada prosperan también serios riesgos para la seguridad de las transacciones comerciales y para el funcionamiento de una economía competitiva y, por lo mismo, también para las perspectivas de utilidad del conjunto de los agentes económicos involucrados.

* Traducción directa del italiano y notas por JUAN PABLO CASTILLO MORALES, Profesor ayudante de Derecho penal en la Universidad de Valparaíso (Chile) y doctorando en Derecho en la Università degli Studi di Trento (Italia). Agradezco al doctorando Giovanni Perilongo por sus observaciones de forma y fondo.

** La presente traducción corresponde al capítulo II (pp. 23-43) del libro *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione* (Nápoles, 2012), XXX + 658 pp. Por tratarse, en efecto, del capítulo II, se conservaron las notas que remiten a otras partes del libro y se completaron las que, por haber sido precedentemente citadas en el capítulo I, figuran abreviadas en el original [*Nota del traductor*].

Desde la perspectiva del Derecho privado y, en particular, del comercial, la necesidad de reglas uniformes tiende, más bien, a satisfacerse mediante una nueva forma de *Derecho de vocación global*, directamente forjado por los protagonistas del tráfico económico mundial, por las asociaciones internacionales del rubro y por los expertos jurídicos de las *law firm*, prescindiendo de la mediación del poder legislativo de los Estados¹; es decir, un Derecho cuyo radio de acción tiende, precisamente, a coincidir con la apertura de los mercados internacionales, y suficiente como para ser considerado “*la manifestación más importante del Derecho transnacional en el mundo global*”². Esta es, en esencia, la llamada *lex mercatoria* que, emulando las formas del Derecho universal de los mercaderes medievales, ha sido eficazmente definida por G. Teubner como el “*Derecho transnacional de las transacciones económicas*” y “*el ejemplo más exitoso de Derecho global sin Estado*”³.

Esencialmente, en la composición de esta peculiar forma de Derecho “autonomado” concurren: las *reglas contractuales uniformes*, difundidas en la práctica del mundo de los negocios, como modelos y formularios contractuales, condiciones generales de los contratos, etc.; los *usos del comercio internacional*, extraídos de la costumbre de los operadores de ciertos sectores productivos; un conjunto de *best practice, guidelines*, etc. Pueden mencionarse, además, los principios *Unidroit* ajustados a la *lex mercatoria*⁴, los que constituyen la fuente, antes que de producción, de cognición de un Derecho de matriz consuetudinaria⁵.

Por lo demás, la *lex mercatoria* es usualmente aplicada en los arbitrajes internacionales y siempre más apreciada por los tribunales nacionales, incluida la Corte de

¹ Cfr. QUACK, Sigrid, Governance durch Praktiker: Vom privatrechtlichen Vertrag zur transnationalen Rechtsnorm, en BOTZEM, Sebastian *et al.* (coordinador), Governance als Prozess, Koordinationsformen im Wandel, (Baden-Baden, 2009), pp. 575 y ss.

² FERRARESE, Maria Rosaria, Globalizzazione giuridica, en *Enc. dir. Annali 4*, (Milán, 2011) p. 563; Id., Diritto sconfinato, (Roma-Bari, 2006), pp. 79 y ss., donde se define a la *lex mercatoria* cual “*la forma más acabada de Derecho completamente desterritorializado*”.

³ TEUBNER, Gunther, La Bukovina globale. Il pluralismo giuridico nella società mondiale, en *Soc. e pol. soc.* 2. (1999), pp. 3 y ss.; Id., La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili, trad. it. (Roma, 2005), p. 21.

⁴ La *Unidroit* también ha supervisado un proyecto de código de comercio internacional, de vocación planetaria, que busca operar como norma supletoria en caso de insuficiencia de la norma nacional: cfr. BONELL, Michael Joachim, Il progetto dell’«Unidroit» per la elaborazione di principi per i contratti commerciali internazionali, en CENDON, Paolo (coordinador), Scritti in onore di R. Sacco I, (Milán, 1994), pp. 73 y ss.

⁵ Cfr. sobre el argumento, ampliamente, GALGANO, Francesco, *Lex mercatoria*, 5ª ed., (Bologna, 2010); BONELL, Michael Joachim, *Lex mercatoria*, en *Digesto comm.* 9, 4ª ed., (Torino, 1993), pp. 11 y ss.

Casación italiana, que, desde 1982, la ha calificado como un ordenamiento jurídico “originario” y autónomo respecto de los ordenamientos jurídicos nacionales, propio de la *societas mercatoria* transnacional⁶.

Al paradigma de la creación espontánea de normas con valor transnacional puede reconducirse también aquella vasta gama de instrumentos de autorregulación de la actividad empresarial generada por los actores privados, asociaciones o *network* profesionales que operan en un ámbito no exclusivamente nacional: códigos de *corporate governance*, líneas matrices para prevenir la corrupción y otros delitos empresariales, *standard* de *business ethics*, etc. Aunque el impacto de su incidencia práctica todavía no se compare con el asumido por la *lex mercatoria* en el Derecho comercial internacional, es posible apreciar que estos instrumentos se extienden de manera progresiva alrededor del mundo.

II. MODELOS TOP-DOWN: LA ARMONIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL EN EL ÁMBITO “REGIONAL” E “INTERNACIONAL”

En los esfuerzos desplegados contra la criminalidad y las violaciones a los derechos humanos perpetradas por las multinacionales, también entran en juego, sin embargo, bienes y valores que dominan la eficiente composición de los intereses privados de los agentes económicos. Piénsese en la integridad de los recursos financieros de carácter supranacional, en la integridad de trabajadores y consumidores, en la salubridad del ambiente a nivel local y planetario, en los ingresos fiscales de los Estados o en la confianza de los inversores en un mercado financiero sin fronteras. También respecto de las prácticas de corrupción a nivel internacional adquieren relevancia intereses institucionales y colectivos: la buena gestión de los asuntos públicos en los Estados cuyos funcionarios se ven involucrados en prácticas ilícitas, la correcta utilización de los recursos públicos, el funcionamiento de los mecanismos de la competencia, la integridad de las economías nacionales y la estabilidad de las instituciones políticas.

Por lo tanto, es del todo obvia la mayor problematicidad que reportan las normas públicas de *accountability* de las empresas multinacionales respecto de las normas de carácter privado que rigen las formas y modalidad del comercio internacional⁷. Es por esto que la solución de las cuestiones de interés general suscitadas por la actividad de las multinacionales no puede dejarse en manos de las mismas fuerzas del mercado, ya que –por citar un dicho alemán– sería como

⁶ Cfr. Cas. civ., 8 de febrero de 1982, n. 722, que, en particular, ha establecido la ejecución de los laudos arbitrales de conformidad a la *lex mercatoria* de los Estados del que las partes sean nacionales, prescindiendo del Derecho nacional del lugar de su ejecución.

⁷ Sobre este punto, véase, recientemente, WINKLER, Matteo, *Imprese multinazionali e ordinamento internazionale nell'era della globalizzazione* (Milán, 2008), en particular, pp. 156 y ss.

“confiarle a la cabra los deberes del jardinero”. El camino de la autorregulación y de las *market sanctions* –considerado por los economistas y juristas que simpatizan con la Escuela neoliberal de Chicago, el instrumento más eficiente para corregir las prácticas o conductas desviadas de las empresas– es del todo insuficiente en una economía globalizada respecto de conductas socialmente dañinas, como la corrupción, el blanqueo de dinero o los delitos financieros. Ante la ausencia de mecanismos lo suficientemente rigurosos que permitan imponer responsabilidades, los códigos de conducta espontáneamente adoptados por las *corporation*, de modo bastante frecuente, cumplen una *window-dressing function*, es decir, una función simplemente cosmética, proporcionando una mera apariencia de legalidad empresarial ante los accionistas y al mercado; de este modo, se reducen a un instrumento de promoción del nombre de la marca⁸.

Hasta ahora, incluso la vía del *soft law* internacional, es decir, las recomendaciones, directrices o códigos de conducta elaborados por organismos internacionales como la ONU y la OCDE⁹, o por instituciones supranacionales como la UE, se ha mostrado completamente incapaz de garantizar un *standard* de comportamientos más virtuosos en la actividad de las multinacionales. Las recomendaciones sólo pueden proporcionar un esquema preliminar de obligaciones normativas, las que para devenir vinculantes precisan ser formalmente sancionadas por las legislaciones internas. En cuanto a los *codes of conduct* y a las *guidelines* de fuente internacional, no se excluye que puedan incidir, a largo plazo, en las *mores* de las empresas transnacionales, contribuyendo a crear las condiciones para un modelo de desarrollo más sostenible y un clima de mayor *corporate social responsibility*. En este sentido, también merecen atención los esfuerzos realizados por los estudiosos del Derecho internacional para dotar de un valor jurídico más vinculante a algunos de estos instrumentos, como las *Guidelines* de la OCDE y su incorporación en la esfera del Derecho internacional consuetudinario¹⁰. Sin embargo, en la actualidad, prevalece absolutamente la tendencia de preservar la fisionomía original de la voluntad. De este modo, desprovista de cualquier sanción de carácter público, el *soft law* es, en último término, un *no law*¹¹ y, en consecuencia, un intento de detener con las manos desnudas, llenas de buenas intenciones, la avalancha de la lógica de la ganancia.

⁸ Cfr. FRIEDRICHS, David, *Trusted Criminals. White Collar Crime in Contemporary Society*, 4ª ed. (Belmont, 2010), p. 350 y las referencias allí contenidas.

⁹ Véase *infra*, IV, cap. II, § 2.

¹⁰ Cfr. por ejemplo, QUEINNEC, Yann, *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises. An Evolving Legal Status*, (Paris, 2007).

¹¹ Tomamos prestada la icástica afirmación de BIN, Roberto, *Soft law, no law*, en SOMMA, Alessandro, (coordinador), *Soft law e hard law nelle società postmoderne* (Torino, 2009), pp. 31 y ss.

Fuera del Derecho penal, por lo general, ha sido la jurisprudencia la que se ha hecho cargo de las exigencias de adaptación del ordenamiento interno a la evolución de la realidad socio-económica global¹².

En cualquier caso, también en relación con el *ius criminale*, en los últimos años se ha reflexionado bastante sobre la ampliación de los poderes del juez penal en la sociedad globalizada¹³ y sobre la “expansión global” del poder de la judicatura¹⁴. Esta tendencia se desarrolla a través de directrices que, a este punto, están nítidamente predeterminadas: el crecimiento del poder de los jueces tiende a colmar los espacios vacíos generados por el desgaste del poder soberano de los Estados; la jurisprudencia, por lo tanto, tiende a asumir un papel cada vez más importante en el sistema de las fuentes y a valerse, con creciente intensidad, del método de la argumentación por principios¹⁵. Por su parte, el proceso de internacionalización y europeización del Derecho penal impulsa un progresivo acercamiento entre las tipologías de *iudex*, propias de países del *common law* y del *civil law*; los tribunales europeos, en el intento de mediar entre estas dos fundamentales tradiciones jurídicas, han optado por un concepto de legalidad penal restringido a la dimensión de cognoscibilidad del precepto concreto¹⁶.

Sin embargo, resta una barrera infranqueable, al menos en los ordenamientos nacionales de tradición romano-germana: el respeto, en la fase de implementación del precepto penal, del *nullum crimen, nulla poena sine lege previa scripta et stricta*. En consecuencia, más allá de los inevitables márgenes de apreciación, propios de

¹² Sobre el papel fundamental desarrollado por los tribunales en el contexto jurídico global, junto a los Estados y organizaciones internacionales, véase FERRARESE, Maria Rosaria, *Prima lezione di diritto globale* (Torino, 2012), pp. 127 y ss.

¹³ Cfr. DE AMICIS, Gaetano, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie* (Milán, 2007), pp. 1 y ss.

¹⁴ Véase, sobre esta tendencia, DONINI, Massimo, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia tra differenziazione e sussidiarietà* (Milán, 2004), pp. 167 y ss.

¹⁵ Cfr. DONINI, Massimo, que, recientemente, para describir el creciente papel de la jurisprudencia-fuente y el “gran espacio hermenéutico” que brota desde las fuentes supranacionales, acuñó la sugestiva fórmula de “europeísmo judicial”: véase *Europeísmo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte* (Milán, 2011), p. 47 y passim.

¹⁶ Cfr. PALAZZO, Francesco, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, en VASSALLI, Giuliano (coordinador), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, (Nápoles, 2006), pp. 72 y ss., donde hace hincapié de cómo según esta reconstrucción conceptual “*no está más en juego el primado de la ley y del principio democrático subordinada a ésta*”; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Sullo stato del principio di legalità penale, conferenza realizada por el autor en el congreso «I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali»*, celebrado en Roma el 24 de mayo de 2012, en prensa.

la actividad hermenéutica, un papel propulsivo —o francamente creativo— debe estar totalmente proscrito del estatuto funcional del juez penal, máxime cuando de ello se sigue una solución *contra reum*.

En este sentido, en las dos últimas décadas, al arma (por sí sola) estéril del *soft law*, se ha añadido, de forma prevalente, el *hard law* de fuente supranacional europea o convencional (regional, interregional e internacional-global). El objetivo de nivelar el campo de juego se ha buscado, en este contexto de juridicidad a-estatal o interestatal, no a través de procesos sociales “desde abajo”, sino, por el contrario, mediante procesos político-institucionales “desde arriba”, es decir, guiados por organismos intergubernamentales o de integración supranacional.

A través de estas dinámicas complejas y todavía *in fieri* [en desarrollo], la red de fuentes de producción de las normas relevantes en materia de prevención y represión de la corrupción —normas de diverso valor jurídico y extensión espacial— ha evolucionado en función de dos paradigmas esenciales. El primero, reconducible al modelo de la llamada *pyramid enforcement*¹⁷, mira hacia una combinación eficiente entre: 1) la autorregulación privada; 2) las formas públicas de *moral suasion* presentes en los citados códigos de conducta y otros mecanismos de “Derecho blando”; y 3) los instrumentos jurídicos de “Derecho imperativo” o de valor vinculante, es decir, de *hard law*. La experiencia jurídica en la época de la globalización se caracteriza, de este modo, por la multiplicidad de mecanismos, públicos y privados, de control social¹⁸. El segundo modelo, sobre el que versa el párrafo siguiente, proviene de la convicción de que en una economía global, para que las reglas de responsabilidad de las empresas multinacionales puedan resultar realmente eficaces, han de estar integradas en una dimensión normativa “multinivel”¹⁹, es decir, caracterizada por una pluralidad de focos de producción

¹⁷ La paternidad del modelo del incentivo gradual o jerárquico pertenece, notoriamente, a AYRES, Ian y BRAITHWAITE, John, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate* (New York, 1992), pp. 35-36, 39 y *passim*. Según el “*Braithwaite Model*”, en la pirámide del *enforcement*, las estrategias de regulación deben siempre volverse más incisivas, pasando de las técnicas de persuasión (en la base de la pirámide), a las cartas de advertencia (*warning letters*) como solución intermedia, y concluyendo con técnicas que importen sanciones reales (civiles y penales) hasta medidas destinadas a obtener el desistimiento [respecto de las actividades ilícitas] del sujeto más recalcitrante y obtener su sometimiento a las reglas (medidas de suspensión y de interdicción de la actividad). Véase también, al respecto, ARCHIBALD, Todd; ROACH, Kent y JULL, Kenneth, *Regulatory and Corporate Liability: From Due Diligence to Risk Management*, cap. 14: *Responsive Regulation, Restorative Justice and Regulatory Pyramids* (Aurora, 2005).

¹⁸ Cfr. SIEBER, Ulrich, *Legal Order in a Global World*, en *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 14 (2010), pp. 3 y ss., y 9.

¹⁹ Similar, PICOTTI, Lorenzo, *La criminalità internazionale: forme di manifestazione ed ambiti di contrasto*, en *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali* (Milán, 2005), pp. 99 y ss.

jurídica. Por otra parte, éstos, antes bien, lejos de responder a un encuadramiento rígido y articulado de acuerdo a un pluralismo vertical y horizontal, siempre portan consigo el riesgo de conflictos entre normas y orientaciones ideológico-culturales.

Así, también el aparato preventivo y represivo de la corrupción interna e internacional se ha venido articulando en torno a tres niveles, cada uno de los cuales comprende fuentes cuyo valor jurídico vinculante varía: un primer nivel interno o “nacional”, un segundo “supranacional”²⁰ y “regional-continental”²¹, y otro (todavía más) “internacional-mundial”²².

III. EL ORDEN “MULTINIVEL” DE LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD TRANSNACIONAL

Especialmente en las dos últimas décadas, los Estados nacionales han comenzado a reaccionar ante la dificultad de aprehender a las empresas del mercado global y, por ende, también contra su capacidad de eludir los poderes públicos que gestionan la economía y su “brazo armado”: la ley penal. En este sentido, el proceso

²⁰ El término “supranacional” se utiliza acá en alusión al Derecho que es producto de instituciones de integración supranacional, como la Unión Europea. Al respecto, se ha de recordar que, antes del Tratado de Lisboa, con el que ha tenido lugar la superación de la estructura de pilares de la Unión, la supranacionalidad era prerrogativa, ante todo, del primer pilar y, por ende, del Derecho comunitario en sentido estricto, mientras que en los pilares de la PESC y del GAI los poderes del Parlamento europeo, de la Comisión y de la Corte de Justicia eran significativamente menores respecto a los del Consejo, con una preponderancia, en consecuencia, del modelo intergubernamental, característico de las organizaciones internacionales. Sobre las limitaciones de carácter supranacional de la soberanía estatal, véase DE MARCO, Eugenio, Percorsi del «nuovo costituzionalismo» (Milán, 2008), pp. 21 y ss. Sobre las relaciones entre globalización y supranacionalidad (y neorregionalismo), véase el volumen colectivo editado por FORADORI, Paolo y SCARTEZZINI, Riccardo, *Globalizzazione e processi di integrazione sovranazionale: l'Europa, il mondo* (Soveria Mannelli, 2006). Sobre dos manifestaciones de “Derecho sin fronteras” [*diritto sconfinato*] —es decir, caracterizado por las diversas relaciones con las fronteras territoriales y, por lo tanto, la soberanía—, como Derecho “supranacional”, que conserva las fronteras externas pero atenúa las interestatales, y el “Derecho transnacional”, puesto en marcha por distintos sujetos de naturaleza diversa, que vuelve del todo irrelevante las fronteras estatales, véase FERRARESE, Maria Rosario, *Diritto sconfinato ob.cit.*, p. 24 y s.; Id., *Globalizzazione giuridica, ob. cit.*, pp. 561 y ss.

²¹ La expresión “regionalismo” en un sentido amplio, establecido en el lenguaje de la ONU, también incluye el Derecho que es producto de organizaciones intergubernamentales de carácter regional, como, por ejemplo, el Consejo de Europa, y que, a su vez, no representa —al igual que el Derecho internacional— una *diminutio* de la soberanía estatal. En nuestra óptica, en consecuencia, el “regionalismo jurídico” comprende tanto la Unión europea (Derecho supranacional europeo) cuanto el Consejo de Europa: la “pequeña” y la “gran” Europa, respectivamente.

²² Sobre la integración entre ordenamientos jurídicos en el seno de organizaciones regionales y universales, la interacción entre éstos y la elaboración de criterios generales de vinculación, en tanto rasgo del “Derecho global”, véase ZICCARDI CAPALDO, Giuliana, *Diritto globale. Il nuovo diritto internazionale* (Milán, 2010), pp. 43 y ss.

de globalización económica en las sociedades postindustriales va de la mano con una mayor integración del Derecho en general, y del Derecho penal en particular.

Como se ha señalado, el Derecho penal ha registrado “*en un periodo de tiempo relativamente breve [...] una verdadera revolución cultural, susceptible de ser etiquetada como un proceso de «internacionalización y confusión de las fuentes»*”. El factor esencial de este fenómeno es la “*internacionalización de la regulación de la economía, que, a su vez, ha suscitado una evolución de los derechos fundamentales, y que, por su parte, ha contribuido a delinear la cara del Derecho penal internacionalizado, comenzando, obviamente, por el Derecho penal de la economía. Y, de este modo, el círculo se cierra*”²³.

En resumen, la economía global ha devenido el eje y la cara del proceso de internacionalización del Derecho penal. Como ha señalado recientemente Hefendehl, dado que en la actualidad las mayores sociedades comerciales operan transnacionalmente, los esfuerzos de perseguir y sancionar los *business crimes* se han movido siempre a un nivel internacional o –como es el caso de Europa– supranacional²⁴. De hecho, con el tiempo se ha asentado la convicción de que, para atacar eficazmente las patológicas desviaciones en la actividad de las empresas transnacionales, no bastan soluciones atomistas circunscritas en las fronteras geopolíticas de cada Estado-nación. Los profundos nexos interestatales, propios de una economía cada vez más interdependiente, la necesidad de no perjudicar a las empresas provenientes de los ordenamientos más “virtuosos”, y las complejas manifestaciones criminales que traspasan el perímetro territorial de cada país, han posibilitado ir más allá de un horizonte puramente nacional en la definición de los programas político-criminales.

Desde esta perspectiva, la corrupción representa –junto al blanqueo de capitales–²⁵ uno de los sectores cardinales de los esfuerzos realizados a nivel supranacional-regional (UE, el Consejo Europeo; fuera del Viejo Continente, la Liga de los Estados Árabes, la Organización de los Estados Americanos y la Unión

²³ SOTIS, Carlo, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, en MANES, Vittorio y ZAGREBELSKY, Vladimiro (coordinador), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano* (Milán, 2011), p. 110.

²⁴ HEFENDEHL, Roland, *Addressing White Collar Crime on a Domestic Level. Any Lessons Learned for International Criminal Law?* en *J. Ley Int. Crim. Just.* 8 N° 3 (2010), pp. 769 y ss., en particular, pp. 775 y ss.

²⁵ CASTALDO, Andrea y NADDEO, Marco, *La normativa comunitaria e italiana sul riciclaggio: quali correzioni per una politica criminale efficace?*, en *Riv. trim. dir. pen. ec.* (2008), pp. 299 y ss.; MANES, Vittorio, *Il contrasto al riciclaggio, tra repressione e prevenzione: alcuni nodi problematici*, en *Crit. dir.* (2008), pp. 261 ss.; y TRAPASSO, Maria Teresa, *La duplicazione definitiva come risposta italiana agli input europei di armonizzazione in materia di riciclaggio*, en *Rass. dir. pub. eur.* (2009), pp. 341 y ss.

Africana) e internacional-global (OCDE, ONU, FMI, G20, WTO, *World Bank*, etc.) para alcanzar sistemas homogéneos de tutela contra las formas de criminalidad transnacional. Hasta ahora, los principales objetivos de ese esfuerzo conjunto han sido la armonización normativa o aproximación de las legislaciones nacionales, la colaboración policial y la recíproca asistencia judicial entre los Estados parte.

Mediante la armonización de las legislaciones penales nacionales, en los ámbitos normativos en cuestión, se busca, por un lado, evitar conflictos de normas en el espacio y acrecentar la confianza recíproca entre los Estados, promoviendo la cooperación judicial²⁶; de otro, se busca colmar eventuales lagunas de tutela, creando, de este modo, las premisas para un nivel adecuado de *enforcement* de las normas represivas. Por su parte, en el plano político, la superación de las asimetrías normativas constituye un paso ineludible para reaccionar de forma eficaz ante el descontrolado desarrollo del capitalismo global²⁷.

Por ende, los medios de prevención y represión de la corrupción están, en este momento, desplazados en un *continuum* que va de lo local a lo global.

Obviamente, siendo el *ius criminale* el sector del ordenamiento más ligado al elemento de la soberanía política y a la identidad jurídica de cada Estado-nación²⁸, la aspiración de un auténtico orden penal universal o incluso de contar con *una* autoridad europea central que detente el magisterio punitivo, es, hoy por hoy, todavía poco realista²⁹. En definitiva, el Derecho penal continúa, en buena medida, “*siendo un producto estatal, local, condicionado por el marco de producción del país de origen*”³⁰. En consecuencia, es fácil intuir la relación de irreductible tensión entre el Derecho penal –que, desde el siglo XIX, representa el producto político

²⁶ Cfr. BERNARDI, Alessandro, Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo, en *Riv. it. dir. pubbl. com.* (2002), p. 490 y s., que destaca cómo “*la cooperación penal, para ser lo suficientemente eficaz y efectiva, precisa de un cierto nivel de armonización entre las regulaciones penales de cada Estado*”.

²⁷ Sobre la armonización jurídica europea cual “experimento *in vitro* de resistencia activa a la globalización”, véase DONINI, Massimo, L’armonizzazione del diritto penale nel contesto globale, en *Riv. trim. dir. pen. ec.* (2002), p. 479.

²⁸ Sumamente actuales las consideraciones de PAGLIARO, Antonio, Limiti all’unificazione del diritto penale europeo, en *Riv. trim. dir. pen. ec.* (1993), pp. 199 y ss., y 203; WEIGEND, Thomas, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Strafkultur?, en *ZStW 105* (1993), pp. 774 y ss., en particular, pp. 783 y ss.

²⁹ Como señala MALEM SEÑA, Jorge, Globalizzazione, commercio internazionale e corruzione (2000), trad. it. (Bologna, 2004), p. 153: “*no existe, ni probablemente existirá en un futuro próximo, un Leviatán internacional en condiciones de modificar las recompensas o las sanciones a nivel internacional*”.

³⁰ Así, BASILE, Fabio, Immigrazione e reati ‘culturalmente motivati’. Il diritto penale nelle società multiculturali europee (Milán, 2008), pp. 68 y s.

por excelencia del Estado-nación— y la índole prevalentemente económica de la globalización y de los procesos de integración supranacional.

Es por lo anterior que, hasta el momento, a las instancias de lucha sobre bases comunes contra fenómenos criminales que trascienden la dimensión puramente nacional, se ha respondido, en los ordenamientos internos, sólo reconociéndole una incidencia mediata a las normas de carácter extranacional (europeas o provenientes de un tratado internacional). Ante la ausencia de una potestad penal directa de naturaleza supranacional, los estímulos hacia la armonización privilegian, por ende, la previsión de *obligaciones de incriminación*³¹. Más precisamente, la obligación de recepción deriva, en el caso del Derecho de la Unión Europea, directamente de la condición de Estado miembro³², mientras que respecto del Derecho de los tratados internacionales se funda en el criterio de la libre adhesión de los Estados³³. En materia de fuentes, la norma relevante en el orden constitucional italiano es el artículo 117, inciso 1, de la Constitución, norma que dispone que “*el poder legislativo es ejercido por el Estado y por las Regiones en respeto a lo previsto por la Constitución como, asimismo, por las obligaciones provenientes del ordenamiento comunitario y por las obligaciones internacionales*”³⁴.

IV. EL DERECHO PENAL “MULTINIVEL” EN EL TERRENO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN: ASPECTOS PROBLEMÁTICOS

Hemos visto que la aparición de un Derecho penal “policéntrico” o “multi-nivel” responde, esencialmente, a una lógica “eficientista”, es decir, que busca atacar eficazmente los distintos tipos de criminalidad en cuestión. Sin embargo,

³¹ Sobre los límites de las estrategias de armonización, en el sentido de una completa unificación de los preceptos penales y sus respectivas sanciones, véase BERNARDI, Alessandro, ob. cit., p. 494, donde, sin embargo, manifiesta su escepticismo respecto de la viabilidad de los sistemas sectoriales total o parcialmente coincidentes, considerando la falta de homogeneidad jurídica y cultural entre los Estados.

³² Por otra parte, según veremos, a partir del Tratado de Lisboa, en el acotado ámbito de la lucha contra los fraudes en perjuicio de la Unión Europea, el artículo 25, inciso 4, del TFUE, según una orientación interpretativa, habría conferido al legislador europeo la posibilidad de dictar directamente, mediante un reglamento, normas penales vinculantes para toda la Unión. Véase *infra*, IV, cap. I, § 2.

³³ Sobre el sistema de “ejecución indirecta” adoptado por las convenciones de Derecho penal internacional, véase BASSIOUNI, M. Cherif, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico* (Milán, 1999), p. 79.

³⁴ En general, sobre el argumento, véase la recopilación de contribuciones al cuidado de RUGA RIVA, Carlo, *Ordinamento penale e fonti non statali. L’impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale* (2007); con especial referencia a las obligaciones comunitarias de incriminación, véase, entre otros, SOTIS, Carlo, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente* (Milán, 2007), p. 299

no faltan los aspectos débiles. Concretamente aludimos a los límites estructurales que se traducen en serias dificultades en la implementación.

La lucha contra el fenómeno de la corrupción, a nivel europeo e internacional, es una zona paradigmática de dicha dificultad.

Ante todo, considérese la heterogeneidad de los modelos político-ideológicos que subyacen a las múltiples instancias de armonización punitiva y al carácter zig-zagueante de la cadena de fuentes jurídicas sobre las que esa armonización se basa.

Bien visto, esto es fruto de la misma complejidad del fenómeno en examen. Ciertamente, en la actualidad, pocos estarían dispuestos a poner en duda el desvalor ínsito de ciertas prácticas corruptas, por los perjuicios, reales o potenciales, que éstas causan a la integridad de la administración pública, a la competencia leal y a la vida misma de la comunidad. Empero, según ya se indicó, la corrupción es un concepto en el que subsisten importantes zonas de ambigüedad³⁵. La apreciación social de ciertas prácticas de corrupción, condicionada por las costumbres sociales que imperan en un momento dado, no sólo ha cambiado fuertemente con el devenir histórico³⁶, sino que, actualmente, también muta de modo considerable al interior de diversos contextos sociales: *“se puede decir que todas las culturas critican la corrupción, la cultura sigue siendo un factor fundamental de diferenciación, ya que no existe coincidencia respecto de qué conductas entran o no dentro de la etiqueta”*³⁷. De hecho, conductas que suscitan actitudes corruptas en determinados contextos culturales, pueden ser severamente estigmatizadas en otras tradiciones jurídicas, políticas y éticas; la línea que escinde lo que se considera “socialmente adecuado” de aquello que se estima merecedor de pena, puede moverse, hacia adelante o atrás, de modo considerable.

³⁵ Véase MALEM SEÑA, Jorge, ob. cit., pp. 20 y ss. En la doctrina penal, véase, por ejemplo, SPENA, Alessandro, *Il «turpe mercato». Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica* (Milán, 2003), pp. 545 y ss., y las abundantes referencias de corte sociológico allí contenidas.

³⁶ Cabe recordar que ha sido sobre todo después del advenimiento, hacia finales del Setecientos, del aparato administrativo centralizado y con la consolidación, en el curso del Ochocientos, del Estado administrador moderno, que ha tenido lugar un fuerte endurecimiento de la regulación y de la reacción punitiva en contra de comportamientos contrarios al correcto ejercicio de las funciones públicas. En ese sentido, el código napoleónico de 1810 constituye un caso paradigmático de tratamiento severo de la corrupción, tanto propia como impropia, por cuanto la desviación de las atribuciones funcionarias por parte del funcionario público era considerada un delito grave que lesionaba la confianza de la colectividad en la probidad e imparcialidad de la administración. Para una exhaustiva reconstrucción histórica de la legislación en materia de corrupción, con especial alusión a la codificación preunitaria, véase CADOPPI, Alberto, *La disciplina della corruzione nelle legislazioni italiane dell’Ottocento*, en FORNASARI, Gabriele y LUISI, Nicola Demetrio (coordinador), *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali* (Padova, 2001), pp. 94 y ss.

³⁷ Así, SABU, Steven, *Foreign Corrupt Practices Act as a Threat to Global Harmony*, en *Mich. J. Int’l L. J.* 20 (1999), p. 423.

Desde este punto de vista, son muchos los interrogantes que el legislador, en la tipificación legislativa de las conductas penalmente relevantes, y la jurisprudencia, en su correspondiente aplicación, deben responder. Por ejemplo, ¿corresponde sancionar al particular que efectúa desembolsos exiguos para la obtención de actos ajustados a los deberes del funcionario público o, en general, para obtener actos respecto de los que tiene derecho? ¿Cuándo la solicitud de un pago indebido por parte de un funcionario público deja de ser una instigación a la corrupción para devenir en (tentativa de) extorsión/*concussione*?³⁸ ¿Deben sancionarse también los pagos que suceden a la ejecución del acto del funcionario público?³⁹ ¿Es la corrupción sólo el intercambio entre un acto (por ejecutarse o ya ejecutado) y una dación indebida⁴⁰, o también el intercambio de ventajas en razón de la calidad o del papel que desempeña el funcionario público?⁴¹ En fin, ¿qué debe entenderse por “ventaja indebida” en tanto objeto de la dación o promesa al funcionario público? ¿Funcionarios públicos y particulares que corrompen deben ser sancionados en los mismos términos o de forma diferenciada?⁴²

Dando distintas respuestas a tales preguntas, la regulación y el tratamiento punitivo de los hechos de corrupción puede variar considerablemente según sea el ordenamiento de que se trate.

Las diferentes regulaciones también reflejan la evolución de las concepciones acerca de la esencia del fenómeno de la corrupción. Desde este punto de vista, pueden condensarse, en síntesis, tres paradigmas esenciales:

³⁸ La *concussione*, en el Código penal italiano (artículo 317), corresponde, en términos generales, al delito cometido por un funcionario público que, abusando de su calidad, constriñe o extorsiona a otro para que, indebidamente, dé o prometa a aquél u otro, dinero u otras ventajas [N. d. T].

³⁹ MALEM SEÑA, Jorge, ob. cit., pp. 12 y s., destaca cómo “ofrecer o dar como regalo o recompensa un objeto de valor a un funcionario público o a un agente comercial privado por haber ejecutado sus funciones puede constituir en Suecia un delito de corrupción de funcionario público, en el primer caso, o de soborno, en el segundo; sin embargo, puede ser también un requisito absolutamente imprescindible en ciertos Estados africanos o latinoamericanos si se quieren mantener las buenas relaciones comerciales”.

⁴⁰ Para una conceptualización de la corrupción como “intercambio desigual de los beneficios” (“*regelwidriger von Tausch Vorteilen*”), véase, por ejemplo, VOLK, Klaus, Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihrer Bekämpfung, en GÖSSEL, Karl Heinz y TRIFFTERER, Otto (coordinador), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf* (Heidelberg, 1999), p. 421.

⁴¹ Sobre estos dos modelos estructurales, difusamente, SPENA, Alessandro, ob. cit., pp. 20 y ss., y 173 y ss.

⁴² Como se muestra en la encuesta de ENGEL, Christoph; GOERG, Sebastian y YU, Gaoneng, *Symmetric vs. Asymmetric Punishment Regimes for Bribery*, Bonn, Max Planck Institute for Research on *Collective Goods* (2012), disponible en www.coll.mpg.de/publications/2878, en la mayor parte de los sistemas jurídicos, como en el del Reino Unido, Estados Unidos, Alemania o Francia, corruptores y corrompidos son sancionados en los mismos términos. En algunos países, como China, Rusia o Japón, se advierte, en cambio, un tratamiento más benévolo para quienes corrompen.

1) el modelo *agent-principal*, según el cual el núcleo del desvalor común a todas las formas de corrupción se manifiesta en la violación del deber de confianza que obliga a un “funcionario” o agente (*agent*) a su “superior” (*principal*), a favor de una persona que corrompe y que es extraña a esa relación funcionaria⁴³;

2) el modelo “político-administrativo”, según el cual la corrupción amenaza el correcto funcionamiento de la administración pública y de las instituciones, con especial referencia a los procesos de toma de decisiones;

3) el modelo “basado en el mercado”, en cuya virtud se afirma que, en realidad, los fenómenos de corrupción perjudican, o pueden afectar, la leal competencia económica al interior de los mercados nacionales o internacionales, en perjuicio de los consumidores, los productores y, a nivel macroeconómico, del desarrollo y del crecimiento económico⁴⁴.

⁴³ Sobre la aplicación de la teoría —de matriz microeconómica— “principal-agente” a los hechos de corrupción, véase, en particular, y tan sólo respecto de las diversas reconstrucciones del bien jurídico penalmente tutelado, FORTI, Gabrio, *Il diritto penale e il problema della corruzione*, dieci anni dopo, en FORTI, Gabrio. (coordinador), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da ‘mani pulite’* (Milán, 2003), pp. 157 y ss.; en la doctrina tedesca, KINDHÄUSER, Urs, *Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft*, en *ZIS no. 6* (2011), p. 463, quien afirma que, de un lado, el “legitimado” para una corrupción pasiva sólo puede ser un *Agent* y, por otro, que el elemento sustancial de la corrupción es la existencia de un conflicto entre intereses que el encargado está llamado a salvaguardar, en razón de su particular posición de deber, y el interés que a él se asocia aceptando la ventaja. En cambio, SPENA, Alessandro, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, en *Riv. trim. dir. pen. ec.* (2007), p. 810 s., extiende la noción “relación de agencia”, entendiéndola en clave “dinámica y objetiva”, esto es, como un papel del que se está revestido al interior de una “práctica social organizada”. En la literatura socio-política, véase VANNUCCI, Alberto, *Atlante della corruzione* (Torino, 2012), pp. 22-25 y 262, que propone, como sugerencia de reforma, “*prever un único tipo de corrupción pública o privada*”, que responda, precisamente, al “modelo principal-agente” como clave explicativa de la corrupción.

⁴⁴ En la doctrina anglosajona, véase, por ejemplo, la posición de ALLDRIDGE, quien, durante el conflictivo *iter* de la reforma de la regulación penal de la corrupción en el Reino Unido, sin embargo, propuso una versión más articulada del *market model*, patrocinándola como una alternativa al llamado *duty model*, basado, como hemos visto, en la corrupción de una “relación de agencia”. En la visión de Alldridge, la noción de “mercado”, sobre cuyo correcto funcionamiento la corrupción impacta, es entendida en dos acepciones diversas: como alteración de la competencia en un mercado legítimo (competencia económica), o bien en el sentido de comercio ilegítimo de bienes, como el ejercicio de la función pública, respecto de la que el mercado no representa un mecanismo de distribución adecuado. A la luz de esta distinción, corrupción pública y corrupción privada, según Alldridge, no deberían estar reguladas —como, en cambio, hace el Derecho británico— al interior de un tipo penal único. Cfr. ALLDRIDGE, Peter, *The law relating to free lunches*, en *Company Lawyer* 23 (2002), pp. 264 y ss.; ALLDRIDGE, Peter, *Reforming the criminal law of corruption*, en *Crim. Law Forum* 11 (2000), pp. 298-302; Law Commission, *Reforming Bribery: A Consultation Paper*, 2007, No 185, *Appendix D: The Harm of Bribery: Individual or Market-Based*, pp. 264-278, en los que no se ha adherido al planteamiento de Alldridge, por cuanto se ha estimado

El primer paradigma permitiría descifrar las dinámicas que subyacen tanto a la corrupción pública como privada⁴⁵; con el segundo, en cambio, se tiene en cuenta, evidentemente, sólo la corrupción en el sector administrativo; el tercer paradigma explicativo, por su parte, es el que mejor se adapta a las áreas de la corrupción a escala internacional y de la corrupción en el sector privado.

A su vez, el modelo *agent-principal* también puede adoptarse en combinación con uno o ambos de los otros dos paradigmas. Desde esa óptica, la infidelidad de la relación funcionaria expresaría el *desvalor de la acción* del hecho corrupto, mientras que la lesión de los intereses de la administración pública, o la alteración de las relaciones de mercado, encerraría el *desvalor del resultado*⁴⁶. En esencia, de acuerdo a esta lógica, la corrupción representa no sólo un delito conceptualmente autosuficiente, sino una peculiar forma de agresión que puede afectar a una variedad de intereses jurídicamente protegidos⁴⁷.

Lo hasta acá señalado evidencia la amplitud de factores potencialmente en condiciones de frustrar la aspiración de una definición universalmente aceptada de corrupción⁴⁸. Antes bien, en ciertos aspectos, las estrategias excesivamente uniformadoras podrían figurar como la pretensión de los Estados más “fuertes” de imponer determinados modelos culturales, económicos y políticos –principalmente occidentales: la democracia, el libre mercado, el desarrollo económico, etc.– y otras tradiciones nacionales⁴⁹. Pero esto, en rigor, es un problema recurrente de los

que el Derecho de la competencia constituye el contexto más apropiado para atacar las conductas anticompetencia, incluidas aquellas realizadas mediante la corrupción.

⁴⁵ Cfr. FORTI, Gabrio, La corruzione tra privati nell’orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione, en ACQUAROLI, Roberto y FOFFANI, Luigi (coordinador), La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma (Milán, 2003), p. 295.

⁴⁶ Resta señalar, obviamente, que los tipos penales de corrupción están, por lo general, caracterizados por una acentuada anticipación de la tutela penal.

⁴⁷ Véase también, sobre esta postura, KINDHÄUSER, Urs, ob. cit. [No hay referencia, en el original, del número de la página citada. *N. d. T*]

⁴⁸ Cfr. GADINER, John, Defining Corruption, en HEIDENHEIMER, Arnold y JOHNSTON, Michael (coordinador), Political corruption: Concepts & Contexts, 3^a ed. (New Brunswick, 2002), p. 36; JOHNSTON, Michael, The Definitions Debate: Old Conflicts in New Guises, en JAIN, Arvind (coordinador), The Political Economy of Corruption (London, 2001), pp. 11 y ss. Sobre la dificultad de desarrollar instrumentos internacionales con disposiciones penales específicas en esta materia, dada la presencia de “*intereses contrapuestos y la ausencia de valores comunes*”, véase BASSIOUNI, M. Cherif, ob. cit., p. 155. En la literatura científica de corte sociológico, respecto de las definiciones de los hechos de corrupción, véase, por ejemplo, FARRALES, Mark J., What is Corruption?: A History of Corruption Studies and the Great Definitions Debate, 2005, disponible en <http://papers.ssrn.com>.

⁴⁹ Para sugerencias en este sentido, véase SCHÜNEMANN, Bernd, *Das Strafrecht im Zeichen der Globalisierung*, en GA (2003), pp. 299 y ss., quien habla, al respecto, de imperialismo y colonialismo

instrumentos de armonización de las normas penales nacionales, sobre las que se descargan las tensiones entre las antagónicas dinámicas propias de la globalización económica y de la diversificación cultural⁵⁰. Como se ha señalado claramente,

*“la fuerza expansiva de los procesos de globalización económica [...] termina por sobreponer, frecuentemente no sin conflictos y de forma forzosa, nuevas regulaciones de fuente supranacional al desarrollo endógeno de las estructuras sociales y culturales propias de cada territorio regional y local. Por esto, los instrumentos de Derecho penal internacional pueden terminar por imponer o estimular la incriminación y persecución de conductas que podrían no ser (o no serlo todavía) especialmente probadas ni –incluso– percibidas como particularmente dañosas [...]”*⁵¹.

Por supuesto, al menos respecto de la corrupción entendida como *fenomenología criminal*, no faltan definiciones utilizadas tanto en la literatura socio-criminológica como al interior de organismos internacionales u organizaciones no gubernamentales de carácter internacional, como *Transparency International*. Piénsese, en particular, en aquella que ve el núcleo esencial del desvalor en el “*abuso de un poder delegado por una ventaja privada*” (“*abuse of entrusted power for private gain*”)⁵². Inmediatamente destaca, sin embargo, la generalidad del concepto en cuestión, pensado en estos términos para, precisamente, poder comprender un amplio espectro de hechos ilícitos o desviaciones, cuyo único denominador común es el abuso de una posición de confianza. Éste representa, de este modo, un concepto general en condiciones de comprender no sólo la corrupción en el sector público o

jurídico, ligando las reservas en contra de las dinámicas propias de la globalización a una crítica a la política de los Estados Unidos; con especial alusión a las convenciones internacionales en materia de corrupción, *ivi*, pp. 308-310. Otro punto de vista en NIETO MARTÍN, Adán, ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?, en *Rev. pen.*, n. 19 (2007), p. 121. En general, sobre las relaciones y las dinámicas entre consenso social y legislación penal, fundamental, PALIERO, Carlo Enrico, Consenso sociale e diritto penale, en *Riv. it. dir. proc. pen.* (1992), pp. 849 y ss.

⁵⁰ Cfr. la profundidad del análisis de BERNARDI, Alessandro, *ob. cit.*, pp. 485 y ss.

⁵¹ PICOTTI, Lorenzo, *ob. cit.*, p. 90.

⁵² Cfr. por ejemplo, WORTH BANK, *Helping Countries Combat Corruption: The Role of the World Bank* (1997), p. 8; TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *The Anti-Corruption Plain Language Guide* (Berlín, 2009), p. 14. En la doctrina, cfr. WILLIAMS, James y BEARE, Margaret, *The Business of Bribery: Globalization, Economic Liberalization, and the ‘Problem’ of Corruption*, en BEARE, Margaret (coordinador), *Critical Reflections on Transnational Organized Crime, Money Laundering, and Corruption* (Toronto, 2003), p. 117; asimismo, SENTURIAN, quien en 1931 declaró que la “*corruption is the misuse of public power for private profit*” (citado por BABU, R. Rajesh, *The United Nations Convention against Corruption: A Critical Overview* (2006), p. 5, disponible en <http://papers.ssrn.com>; y, en fin, NYE, Joseph, *Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis*, en *Am. Pol. Sc. Rev.* 61 (1967), p. 419.

la que se da entre privados⁵³, sino también la *concussione*, el peculado, el abuso de poder, el tráfico de influencias, etc. Sin embargo, bien vista, también es capaz de comprender conductas unilaterales que nada comparten con una conducta propiamente corrupta: una infidelidad patrimonial, un fraude fiscal, el incumplimiento de una obligación de manutención o alimenticia respecto de un consanguíneo, etc⁵⁴.

Es inmediatamente evidente que nociones similares de corte sociológico, por su elasticidad e indeterminación, son intrínsecamente incapaces para distinguir, con suficiente nitidez, los hechos de corrupción en sentido estricto respecto de otras formas de infidelidad de los funcionarios públicos.

Por lo tanto, cuando irrumpe la exigencia de precisión impuesta por el canon fundamental de la tipicidad/determinación de los tipos penales, así como la necesidad de diversificar las distintas tipologías de corrupción de conformidad al principio de proporcionalidad, la cuestión de la definición deviene, inevitablemente, bastante más compleja. En este sentido, como se ha señalado respecto de la corrupción en *stricto sensu* en las *Note explicative* de la Convención penal del Consejo de Europa de 1999, “*por muchos años las posibles definiciones han sido discutidas en varias sedes, pero la comunidad internacional no ha podido adoptar una noción común*”. Es por lo anterior que la atención se ha centrado en la definición de ciertas formas de corrupción, por ejemplo “*pagos ilícitos*” (ONU), “*corrupción de funcionarios públicos extranjeros en operaciones económicas internacionales*” (OCDE) o “*corrupción que involucre a funcionarios de la Comunidad Europea o a funcionarios de los Estados miembros de la Unión Europea*”⁵⁵.

De cuanto precede emerge claramente que una armonización impuesta “desde arriba”, en lugar de una promovida espontáneamente “desde abajo”, es decir, a través de la libre imitación de los modelos jurídicos considerados más convenientes y la progresiva formación de una identidad común socio-cultural (incluso antes que jurídica), si bien presenta evidentes ventajas, no es inmune a límites funcionales.

⁵³ En cambio, el Corruption Perceptions Index, elaborado por TRANSPARENCY INTERNATIONAL, se refiere sólo a la “*corruption in the public sector, or corruption which involves public officials, civil servants or politicians*”, disponible en http://cpi.transparency.org/cpi2011/in_detail.

⁵⁴ Lo nota también KINDHÄUSER, Urs, ob. cit., p. 463. Sobre la amplia noción criminológica de corrupción, véase, asimismo, SPENA, Alessandro, Il «turpe mercato», ob. cit., pp. 1 y ss.

⁵⁵ Explanatory Notes to Convention, § 2. Véase, sin embargo, la Relazione esplicativa della convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell’Unione europea, de 26 de junio de 1997, donde se afirma que “*aunque varía de un Estado a otro, la definición de los delitos de corrupción permite hallar elementos comunes que hacen posible una definición común*”.

Entre los efectos positivos, obviamente destaca la posibilidad de una convergencia más rápida de los distintos ordenamientos nacionales, precisamente por su carácter “inducido”⁵⁶.

Sin embargo, el aspecto problemático está constituido por las frecuentes dificultades de recepción de las instancias represivas supranacionales y el riesgo aparejado de desajustes en su aplicación. Uno de los valores fundamentales de las codificaciones nacionales modernas es “el paso definitivo del método *casuístico* al *sistemático* en la producción normativa”⁵⁷; el método del Derecho penal supraestatal o intergubernamental es, en cambio, intrínsecamente casuístico, asistemático y policéntrico. De ello se desprende, como precisamente ocurre en la regulación de la corrupción, una red de disposiciones situadas en diferentes niveles en la jerarquía de las fuentes, o en relaciones horizontales y de interferencia no siempre delineadas de forma precisa.

En segundo lugar, no están del todo resueltos los problemas de legitimación del Derecho de producción regional e internacional. No nos referimos sólo a la conocida reserva respecto de su escasa legitimación democrática, dado que estas cuestiones, al menos al nivel de la Unión Europea, están hoy –puede decirse– parcialmente superadas⁵⁸. Aludimos también al nudo de la legitimación sustancial de la norma de fuente extra-nacional, ya que la única razón normalmente invocada por los legisladores nacionales para justificar las innovaciones normativas importadas por fuentes supranacionales se reduce, precisamente, a la necesidad de respetar una obligación asumida, acaso en forma poco mediata, en un foro supraestatal. Escasa o nula atención recibe la eventual compatibilidad con los principios constitucionales y las instituciones jurídicas internas, comenzando por las reglas de la Parte general del Código penal, que inciden en la aplicación de las disposiciones incriminadoras.

Las consistentes dificultades de aplicación de las obligaciones de incriminación de fuente supranacional o internacional provienen también de las técnicas adoptadas en su formulación. Para respetar la especificidad y las exigencias de coherencia interna de cualquier ordenamiento nacional involucrado en el proceso de armonización, frecuentemente se erosionan, de modo relevante, las exigencias de determinación y, por ende, de comprensión del precepto. Piénsese, por ejemplo, en el Convenio de la OCDE de 1997 y en los conceptos (allí contenidos) de “ejercicio de funciones públicas”, “operaciones económicas internacionales”, “ventajas

⁵⁶ Sobre las diversas formas de armonización penal –“espontánea”, “inducida”, “deducida”–, véase MANACORDA, Stefano, L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione, en *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale* (Milán, 2000), pp. 37 y ss.

⁵⁷ Véase MOCCIA, Sergio, *Il diritto penale tra esigenze di riforma e riflussi illiberali*, p. 2 del manuscrito, disponible en www.giurisprudenza.unina.it.

⁵⁸ Véase, sobre este punto, *supra*, IV, cap. I, § 2.1.

indebidas”, “empresa pública”, etc. En este punto, ni siquiera los comentarios de la convención, que no tienen el valor vinculante del texto de la misma, se caracterizan por su claridad.

En efecto, al momento de formular una obligación de penalizar, el presupuesto del que parte el legislador supranacional, o el de un tratado internacional, es que a él compete sólo la definición del esquema esencial del tipo penal y que corresponde al legislador nacional la posterior concreción del precepto, también para hacerlo lo más compatible posible con las otras disposiciones internas. Esto implica, dentro de ciertos límites, algún grado de indeterminación normativa. Por lo demás, cuando el *lawmaker* convencional, como en el caso del citado Convenio de la OCDE, exige que las partes contrayentes no añadan a la definición del tipo elementos que lo vuelvan más gravoso para el ente acusador desde el punto de vista de la carga probatoria⁵⁹, está claro que lo que se está exigiendo, en definitiva, es la configuración de un tipo igualmente abierto respecto del diseñado en el contexto de un pacto internacional. Por lo tanto, el legislador interno frecuentemente se encuentra en el deber de elegir entre introducir un tipo débil en el plano de la determinación, o de la ofensividad, o bien uno más selectivo y preciso, con el riesgo, en este último caso, de generar una ejecución lagunosa o fragmentaria de la obligación convencional de penalización. En realidad, el legislador europeo o convencional debería atenerse al principio según el cual “*cuanto menores sean los márgenes de ejecución a cargo de los Estados miembros respecto de los actos normativos de armonización, tanto más deberán tales actos satisfacer por sí las exigencias de determinación*”⁶⁰.

La tormentosa aplicación del Convenio de la OCDE de 1997 en muchos Estados contrayentes lo acredita. Varios países partes de este convenio, en un principio, habían buscado configurar el nuevo delito de corrupción por parte de funcionarios públicos extranjeros de la forma más coherente posible con los tipos penales preexistentes de corrupción interna. Sin embargo, con posterioridad, incluso bajo la constante presión de un organismo específicamente instaurado por la OCDE para monitorear dicho pacto —el *Working Group on Bribery in International Business Transactions* (Wgb)—, varios países han girado hacia una reproducción *ad litteram* o, en cualquier caso, bastante apegada al texto convencional⁶¹.

⁵⁹ Para mayores detalles, véase, *infra*, V, cap. II, § 4.1.1.

⁶⁰ Así, con referencia principal a las exigencias de racionalización de la política-criminal europea, aunque con consideraciones en buena medida también extensibles a los instrumentos de Derecho internacional de los tratados, véase el Manifiesto sulla politica criminale europea, publicado a fines de 2009 en el contexto de la European Criminal Policy Initiative (ECPI), fundada en Mónaco de Baviera por Helmut Satzger, en *Riv. in. dir. proc. pen.* (2010), p. 1263.

⁶¹ Véase, por último, lo acontecido en el escenario español a propósito de la reformulación del tipo de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, que tuvo lugar con la Ley Orgánica n. 5/2010: *infra*, II, nota 703. Una parábola similar tuvo lugar en Portugal, la que

Los obstáculos para la implementación del Derecho extraestatal en materia de corrupción pública y privada nacen también de la abundante producción de normas supranacionales e internacionales, de *hard law* y *soft law*, de impacto sectorial o de alcance más amplio. De este modo, se ha verificado una suerte de “inflación penal internacional”, alimentada, además, por las diversas concepciones político-ideológicas que exhibe el fenómeno de la corrupción⁶². Incluso ateniéndonos a los cuatro principales instrumentos convencionales adoptados durante los últimos quince años en materia de corrupción en el sector público —y, por ende, prescindiendo de acciones comunes, decisiones marco, recomendaciones, “códigos modelo”, resoluciones, protocolos, directrices, etc.—, emergen desajustes prácticamente en relación a todos los aspectos destacados de la regulación penal de la corrupción: 1) punibilidad limitada a la corrupción activa (Convenio de la OCDE) o extendida también a la pasiva (todas las otras convenciones); 2) incriminación exclusiva de la corrupción propia (UE), o también de la impropia (todas las otras)⁶³; 3) relevancia penal sólo de la corrupción que tenga fines de naturaleza económico-comercial (OCDE), o de cualquier conducta corrupta (todas las demás); 4) consideración de la corrupción sólo respecto de funcionarios públicos extranjeros o internacionales (OCDE), de la sola corrupción interna *e infra* UE (UE) o de cualquier funcionario público (ONU, Consejo de Europa); 5) definición de funcionario público autónoma y desvinculada del ordenamiento jurídico extranjero (OCDE, ONU), o que se remita a la *lex loci* (Consejo de Europa, UE), etc.

En resumen, de las exigencias de comparación de los sistemas jurídicos nacionales, se ha pasado, en los últimos años, a la exigencia de comparación entre instrumentos de carácter supraestatal⁶⁴: un resultado no del todo óptimo, consideradas

culminó, para converger con las conclusiones de la OCDE, en una extensa revisión del delito de *Corrupção activa com prejuízo do Comércio Internacional* (véase el artículo 7º de la Ley de 21 de abril de 2008, N° 20): véase OECD, Portugal, Phase 2, Follow-up Report (octubre 2009), pp. 25 y s.

⁶² Daba cuenta con preocupación de este fenómeno, ya en 1999, MANACORDA, Sergio, *La corruzione internazionale del pubblico agente. Linee dell'indagine penalistica* (Nápoles, 1999), pp. 231 y ss., cuando todavía no existía la Convención de las Naciones Unidas de 2003 y la Recomendación de la OCDE de 2009 (cfr. *infra*, IV, cap. II, § 4.2 y IV, cap. II, § 5).

⁶³ Sin embargo, el Convenio del Consejo de Europa permite a los Estados adherentes, al momento de la firma o de la ratificación, prever como delito sólo la corrupción propia tratándose de funcionarios públicos extranjeros.

⁶⁴ Incluso en la doctrina italiana han aparecido los primeros estudios comparados: cfr. para una comparación entre el Convenio de la OCDE y la Convención de las Naciones Unidas, por ejemplo, BORLINI, Leonardo y MAGRINI, Paola, *La lotta alla corruzione internazionale dall'ambito OCSE alla dimensione ONU*, en *Dir. comm. internaz. n. 1* (2007), pp. 15 y ss. Por otra parte, incluso entre los documentos publicados por organizaciones internacionales que participan directamente en el proceso de producción normativa en materia de corrupción, se advierten varios cuadros sinópticos, glosarios, guías explicativas, reseñas y selección de textos normativos precisamente para ayudar a

las premisas de mayor cooperación internacional y coordinación recíproca de los marcos legislativos de las que se había partido.

Por otra parte, las diferencias actualmente evidenciadas no reflejan sólo las diversas inspiraciones filosóficas que convergen, sino también el dato que en los organismos inter-regionales y globales que gestionan el proceso de armonización de las normas penales nacionales, las fuerzas propulsivas, por lo general, divergen de aquellas que operan en un entorno propiamente europeo. En efecto, Estados Unidos ha ejercido de modo notorio un peso significativo en la política-criminal de la OCDE y de la ONU. No debe extrañar, por lo tanto, que los actos normativos de dichas instituciones presenten, frecuentemente, marcadas afinidades con la legislación norteamericana: paradigmáticas, en la materia que nos ocupa, son las similitudes entre los tipos penales de corrupción internacional del Convenio de la OCDE y el FCPA estadounidense de 1977⁶⁵. También destaca el uso frecuente, a nivel europeo, de la terminología “bélica” (*war*, guerra) o “de combate” (*fight*, lucha) para aludir al cometido de la justicia penal, o el uso del frases como “*zero tolerance*”, que son, en buena medida, parte del universo semiótico de la “democracia punitiva” norteamericana⁶⁶. Esta lógica ha generado una brecha, no sólo en cada ordenamiento estatal europeo, sino también en la UE en tanto institución omnicompreensiva: lo acredita, precisamente en esta materia, el título del Convenio de 1997 al aludir “*a la lucha contra la corrupción [...]*”.

Constatar las dificultades en la recepción de los instrumentos europeos e internacionales en cada ordenamiento nacional no significa, en caso alguno, sostener que el proceso no ha generado efectos relevantes. Por el contrario, las estrategias de aproximación de las legislaciones nacionales han modificado, en muchos casos, profundamente el rostro, en un sentido expansivo, de la punibilidad. Ciertamente,

los Estados parte, en la difícil tarea de recepción en los ordenamientos internos, a orientarse en esta selva de disposiciones. Un comentario útil, actualizado, sin embargo, al 2005, está contenido en UN, Office on Drugs and Crime, Corruption. Compendium of International Legal Instruments on Corruption, 2^a ed. (2005).

⁶⁵ Sobre la internacionalización del Derecho penal en el sentido de una “americanización”, en sentido crítico, ARZT, Gunther Wissenschaftsbedarf nach dem 6. StRG, en *ZStW* (1999), p. 769 (“*Die Internationalisierung drängt in die Europäisierung hinein, Internationalisierung und werden kann mit Amerikanisierung weitgehend gleichgesetzt*”). El proceso de americanización del Derecho penal europeo no se limita al campo de la corrupción, sino también a otras materias, tales como el narcotráfico, el crimen organizado, el lavado de dinero, etc., así como el aumento de las penas, el redescubrimiento de la reincidencia y de viejos postulados criminológicos y político-criminales, como, por ejemplo, la neutralización del delincuente “incurable”: cfr. NIETO MARTÍN, Adán, La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando efectos positivos), en *Revista Penal*, N° 12 (2003), p. 3.

⁶⁶ Cfr. en un sentido crítico, SIMON, Jonathan, Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia (2007), trad. it. (Milán, 2008), pp. 3 y ss., y 17 y ss., y *passim*.

algunos cambios han sido oportunos, por cuanto han actualizado un catálogo punitivo que mostraba signos de obsolescencia⁶⁷. Con todo, en casi todos los países interesados en el proceso de armonización penal, las reformas relativas al estatuto penal de la administración pública se suceden a un ritmo apremiante, sofocando incluso los ángulos residuales de fragmentariedad en la sempiterna búsqueda de una efectividad/disuasión que nunca ha sido satisfecha. Entre la agravación punitiva, contenida en nuevos tipos penales —la corrupción entre privados, tráfico de influencias— y la expansión de los ya existentes⁶⁸, la lucha contra la corrupción —a decir verdad, más en el *law in the books* que en sociedad civil— no se ha detenido.

Las relevantes observaciones formuladas formal y periódicamente a los países sometidos a *peer review* por parte de los órganos específicamente creados para verificar la implementación de las mencionadas convenciones internacionales (*Group of States against Corruption* - GRECO del Consejo de Europa; el llamado WGB de la OCDE; el *Intergovernmental Working Group* de la ONU)⁶⁹, expresan abiertamente una visión político-criminal informada por las directrices utilitaristas del *rational choice approach*⁷⁰ y, en consecuencia, por el dogma “más Derecho penal equivale a menos delincuencia”. El “bastón” de la publicidad negativa, en la forma de *naming and shaming*, se hace valer contra los países reacios a adaptarse *in toto* a un catálogo de acciones que comprende, esencialmente, mayor incriminación,

⁶⁷ Cfr. MIR PUIG, Santiago, Evoluzione politica e involuzione del diritto penale, en STILE, Alfonso, (coordinador), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale* (Nápoles, 2011), p. 75, para quien la internacionalización de la delincuencia está entre los factores que hacen necesaria la ampliación de la intervención penal, a diferencia de otros factores —principalmente culturales— que, por el contrario, suponen inaceptables tendencias de involución desde el punto de vista político-criminal.

⁶⁸ Piénsese en la figura, particularmente hoy en boga, de la corrupción para el ejercicio de la función y la extensión de la punibilidad a la corrupción que sucede a la ejecución del acto. Acerca de esta última tipología de corrupción, véase, por ejemplo, la reciente ley francesa de 17 de mayo de 2011, que ha reformado la regulación penal de la corrupción, eliminando el requisito del acuerdo previo y, de este modo, tornando penalmente relevante incluso actos de solicitud o dación de dinero realizados después de la ejecución del acto por parte del funcionario público. Véase, además, la Circular del garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, expedida el 9 de febrero de 2012, *relative à l'évaluation de la France par l'OCDE en 2012, présentant de nouvelles dispositions pénales en matière de corruption internationale, et rappelant des orientations de politique pénale*, NOR: JUSD1204025C, que, entre otras cosas, ha invitado al Ministerio Público a solicitar, en el contexto de la corrupción internacional, penas más severas con la finalidad de disuadir.

⁶⁹ Sobre estos organismos, *infra*, IV, cap. I, § 4.1, cap. II, § § 4.2 y 5.

⁷⁰ Se sabe que, según la teoría de la elección racional (que se mueve bajo el paradigma del *homo economicus* y premisas utilitaristas) el ser humano es un actor racional que pondera medios y fines, costos y beneficios, para lograr, en definitiva, una elección óptima. En consecuencia, se cree, de acuerdo con este punto de vista, que el comportamiento individual puede influenciarse si se modifican los incentivos.

anticipación del umbral de punibilidad a un estadio bien anterior al de una lesión efectiva de los bienes protegidos, reducción de los requisitos selectivos de la tipicidad, penas más elevadas (incluso obviando las exigencias de proporción)⁷¹, más procedimientos penales, plazos de prescripción más largos, mayor encarcelación, etc. Una impostación que no sólo tiende a redimensionar algunos de los clásicos principios de garantía del Derecho penal, sino que desatiende por completo el hecho que, por lo general, es precisamente el panpenalismo el que sacrifica la eficiencia y la efectividad en beneficio del simbolismo⁷².

En definitiva, el producto de las estrategias supranacionales e internacionales para combatir la corrupción, en todas sus manifestaciones, parece responder a un modelo pragmático de legislación “sin dogmática”, poco atento a los principios fundamentales del Derecho penal y de la ciencia de la legislación⁷³. Al mismo tiempo, hay que reconocer que esto refleja, más en general, algunos rasgos endémicos de la actual *trend* político-criminal, nacional e internacional, esto es, el uso simbólico-expresivo del Derecho penal, un temor obsesivo por cada laguna normativa y una fe ciega en la capacidad de cualquier agravación punitiva para asegurar una reducción proporcional de la criminalidad⁷⁴. De este modo, parece

⁷¹ Por ejemplo, en el último informe sobre Italia, el Greco considera discutible la actual previsión de una pena leve para el caso de la falta de aceptación de una oferta corrupta respecto a la hipótesis en que el acuerdo efectivamente se perfecciona, expresando, de este modo, una visión subjetivista contraria a los principios fundamentales, de naturaleza constitucional, del Derecho penal italiano, específicamente los de proporcionalidad y ofensividad. De este modo se explica por qué al Greco le resulta “*difficile comprendere per qué el legislador ha optado*” por el tratamiento punitivo diferenciado en casos de mera instigación y efectiva consumación de la corrupción. Esto revela, por otro lado, que el concepto de sanción “proporcional”, en la visión político-criminal europea e internacional, está esencialmente proyectada respecto a un generalizado aumento de las penas impuestas por la ley (“suficientemente proporcional” en el sentido de “suficientemente elevadas”). Véase GRECO, Third Evaluation Round Evaluation Report on Italy Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2) (Theme I), Strasburgo, 20-23 (marzo, 2012), § 112, p. 114.

⁷² Es significativo que a España, a pocos meses de una profunda revisión de las normas relativas a la corrupción, en el sentido de una “mano todavía más dura” contra ésta (RAMOS RUBIO, Carlos, Del delito de cohecho: mano “más” dura “todavía” contra la Corrupción nacional e internacional, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (coordinador), La reforma penal de 2010: análisis y comentarios (Cizur Menor, 2010), pp. 337 y ss.), le haya sido recomendada por el grupo GRECO introducir otras “mejoras”, aludiendo, en realidad, a una expansión de la penalidad. Lo mismo se ha verificado en Portugal, a partir de la reforma contenida en la Ley de 2 de septiembre de 2010, N° 32, también orientada hacia una intensificación de la regulación penal del fenómeno.

⁷³ Nos valemos aquí de algunos de los conceptos abordados por DONINI, Massimo, *Europeismo giudiziario* ob. cit., p. 44, en el contexto de un sugestivo análisis del fenómeno en cuestión que ve, tanto a nivel nacional como supranacional, cómo la política-criminal subyuga a la dogmática.

⁷⁴ Sobre los riesgos para las garantías del Estado de Derecho insiste, en particular, en el proceso de europeización del Derecho penal, es ejemplar la posición de MOCCIA, Sergio, *L'involuzione del diritto penale in materia economica e le fattispecie incriminatrici del Corpus iuris europeo*,

cobrar vida la profecía según la que “*el Derecho penal de la globalización económica y de la integración supranacional será siempre un Derecho siempre más uniforme y menos garantista, en el que las reglas de imputación devienen más flexibles y las garantías político-criminales, sustanciales y procesales, relativizadas*”⁷⁵. La globalización económica y la integración supranacional, consolidando tendencias ya difundidas en las legislaciones nacionales, actúan, en consecuencia, como “multiplicadores” del proceso de expansión del Derecho penal.

A las tensiones que invisten las garantías del Derecho penal sustantivo, se añaden las negativas repercusiones respecto de las garantías procesales. Una acción coordinada y una cooperación más intensa entre los Estados en la lucha contra la corrupción a nivel europeo e internacional, requeriría también una mayor atención a la eventualidad, en ningún caso remota, de la proliferación de procedimientos penales por los mismos hechos en distintas jurisdicciones, con el riesgo asociado de una pluralidad de condenas. Estos fenómenos son estimulados, precisamente, por la creciente atención, en cada ordenamiento nacional, respecto de los hechos delictuosos que se desarrollan, total o parcialmente, fuera de las fronteras internas⁷⁶. Sin embargo, actualmente no subsisten a nivel europeo y, todavía más, en el escenario internacional-global, reglas comunes e instrumentos confiables para evitar estas distorsiones.

En definitiva, nos parece que —aunque sea extendida la tentación de debilitar las garantías reconocidas a los responsables de delitos económicos, dada la menor gravedad de las sanciones impuestas frente a la criminalidad convencional y a su paradigma clásico, el homicidio— el Derecho penal de un Estado de Derecho debe evitar tanto las situaciones de impunidad, normativas o fácticas, cuanto los excesos punitivos y, por ende, impedir el riesgo de que el auspicioso recurso de las medidas sancionatorias mute en un abuso represivo. Tanto más si se considera que al comprimir las garantías, sustantivas y procesales, raramente se obtienen ventajas particulares desde el punto de vista de la eficacia.

De hecho, por un lado, la laguna normativa es inevitable al interior de un sistema punitivo y, por lo general, incluso necesaria para preservar su funcionalidad; por otro, es patrimonio adquirido de la ciencia penal moderna, de sello iluminista, que “*la certeza del castigo, aunque moderado, generará siempre una mayor impresión frente*

en BARTONE, Nicola (coordinador), *Diritto penale europeo* (Padua, 2001), spec. pp. 34 y 54; más recientemente, Id, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, en *Dir. pen. proc.* (2012), pp. 921 y ss. Para mayores referencias, véase *infra*, IV, cap. II, § 2.1.

⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed. (Madrid, 2001), pp. 81 y ss.

⁷⁶ Nos ocuparemos de este aspecto en la parte V del presente volumen.

a la falta de temor que suscita un castigo más terrible pero unido a la esperanza de impunidad”⁷⁷, máxime si se tiene en cuenta que este postulado beccariano parece gozar de un sólido respaldo experimental en los recientes desarrollos de la psicología cognitiva, guiadas por la “racionalidad limitada” (*bounded rationality*) del hombre⁷⁸ y, en particular, por los notos estudios sobre la “heurística y errores”⁷⁹. En efecto, en su interior también se advierte el desarrollo de un modelo de elección riesgosa (la llamada *prospect theory*), que proviene de la constatación de las diferentes actitudes humanas frente a eventos inciertos, según se trate, en particular, de eventos positivos (ganancias) o negativos (pérdidas). Mientras respecto de los primeros los individuos muestran, tendencialmente, aversión al riesgo, respecto de los resultados negativos —y aquí podría incluirse la respuesta punitiva ante el hecho ilícito— tienden a asumir una actitud opuesta, es decir, de propensión al riesgo (*risk-seeking*)⁸⁰. Tratando de proyectar estos resultados en el campo del Derecho penal, puede partirse de la doble premisa de que, en las condiciones del mundo real, sería utópico aspirar a una certeza absoluta de la pena, por lo que cuenta, más que su objetiva consistencia, la percepción subjetiva de la probabilidad de su aplicación⁸¹. Sobre esta base, todo indica que tiene respaldo el axioma de

⁷⁷ Así, en las inmortales palabras de BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene* (1762), citado aquí según la reimpresión al cuidado de CARNAZZI, Giulio (Milán, 1999), p. 114. Del mismo modo, CARRARA, Francesco, *Programma del corso di diritto criminale*, 4ª ed (Lucca, 1871), p. 417: “La fuerza moral objetiva de la pena estriba en su certeza y no en su severidad”.

⁷⁸ Cfr. por todos, SIMON, Herbert, *Models of Bounded Rationality* (Cambridge, 1982). La racionalidad está limitada, por ejemplo, por las numerosas alternativas que debe ponderar quien toma la decisión, por la información que dispone para ponderar y, en fin, por sus propias limitaciones cognitivas, por lo que —según Simon— el individuo se inclina no a una elección óptima, sino a aquella lo suficientemente satisfactoria para él en las condiciones dadas.

⁷⁹ Cfr. KAHNEMAN, Daniel y TVERSKY, Amos, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, en *Econometrica* 47 (1979), pp. 263 y ss. KAHNEMAN, Daniel, *Mappe di razionalità limitata: indagine sui giudizi e le scelte intuitivi*, en MOTTERLINI, Matteo y PIATTELLI PALMARINI, Massimo, *Critica della ragione economica* (Milán, 2005), pp. 77 y ss.; Id., *Pensieri lenti e veloci* (Milán, 2012), *passim*.

⁸⁰ En particular, en el “dominio positivo” (ganancias) los individuos tienden a preferir la opción cierta respecto a otra incierta (por ejemplo, la gran mayoría optaría por una ganancia segura de 3.000 respecto de otra de 4.000 pero con un 80% de probabilidad de ser efectiva, y donde la expectativa es de 3.200). A la inversa, en el “dominio negativo”, una pérdida cierta, por ejemplo, de 3.000, tiende a generar mayor impresión respecto de una pérdida de 4.000 pero con el 80% de probabilidad de verificarse. En ambos casos la tendencia a subestimar resultados meramente probables respecto a los ciertos está dominada por el “efecto certeza”.

⁸¹ Por esta razón, hoy la mayor parte de la investigación empírica se centra en la *perceptual deterrence*: cfr. PATERNOSTER, Raymond, *The Deterrent Effect of Perceived Certainty and Severity of Punishment*, en *Just. Quarterly* 4 (1987), pp. 173 y ss.

la eficacia relativamente mayor de una pena de probable aplicación frente a una abstractamente más severa pero de menor frecuencia en su imposición⁸².

Frente a estas evidencias, también las estrategias represivas de la corrupción interna, e incluso de la transnacional, arriesgan ser, en abstracto, particularmente severas, pero carentes de efectividad y selectivas en la *praxis*. Por esta vía se termina por socavar la credibilidad del sistema y debilitando el objetivo de un consenso estable en torno a las disposiciones penales. Por regla general, el legislador se preocupa más de consolidar el catálogo represivo-formal que de actuar en clave preventiva o de asegurar las condiciones esenciales de un *enforcement* efectivo, comenzando por la funcionalidad del sistema investigador y judicial; sobre todo teniendo en cuenta que, en el campo de las acciones contra el fenómeno de la corrupción, existe un riesgo adicional que debe considerarse y que puede sintetizarse bajo la denominación de la “paradoja de la eficiencia represiva”. Apuntando principalmente en el aspecto represivo antes que en el preventivo, puede generarse, en lugar del deseado aumento de la confianza de los ciudadanos en las instituciones, o de las empresas en relación al buen desarrollo de la competencia económica, el efecto contrario. De hecho, un *enforcement* particularmente eficiente y agresivo, que revele el gran número de casos de *maladministration* y de deslealtad económica, puede dar lugar a una desconfianza en el sistema –económico o institucional, interno o internacional– y a una falsa y negativa percepción de los niveles de corrupción en relación a los efectivos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLDRIDGE, Peter, Reforming the criminal law of corruption, en *Crim. Law Forum* 11 (2000).
- ARCHIBALD, Todd; ROACH, Kent y JULL, Kenneth, Regulatory and Corporate Liability: From Due Diligence to Risk Management, cap. 14: Responsive Regulation, Restorative Justice and Regulatory Pyramids (Aurora, 2005).
- ARZT, Gunther Wissenschaftsbedarf nach dem 6. StRG, en *ZStW* (1999).
- AYRES, Ian y BRAITHWAITE, John, Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate (New York, 1992).
- BABU, R. Rajesh, The United Nations Convention against Corruption: A Critical Overview (2006), disponible en <http://papers.ssrn.com>.
- BASILE, Fabio, Immigrazione e reati ‘culturalmente motivati’. Il diritto penale nelle società multiculturali europee (Milán, 2008).

⁸² En la investigación específicamente criminológica, en apoyo a la tesis de Beccaria, véase, por ejemplo, NAGIN, Daniel y POGARSKY, Greg, Integrating Celerity, Impulsivity, and Extralegal Sanction Threats into a Model of General Deterrence: Theory and Evidence, en *Criminology* 39 (2001), pp. 865 y ss.

- BASSIOUNI, M. Cherif, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico* (Milán, 1999).
- BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene* (1762), citado aquí según la reimpression al cuidado de CARNAZZI, Giulio (Milán, 1999).
- BERNARDI, Alessandro, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, en *Riv. it. dir. pubbl. com.* (2002).
- BIN, Roberto, *Soft law, no law*, en SOMMA, Alessandro, (coordinador), *Soft law e hard law nelle società postmoderne* (Torino, 2009).
- BONELL, Michael Joachim, *Il progetto dell'«Unidroit» per la elaborazione di principi per i contratti commerciali internazionali*, en CENDON, Paolo (coordinador), *Scritti in onore di R. Sacco I*, (Milán, 1994).
- BONELL, Michael Joachim, *Lex mercatoria*, en *Digesto comm.* 9, 4a ed., (Torino, 1993).
- BORLINI, Leonardo y MAGRINI, Paola, *La lotta alla corruzione internazionale dall'ambito OCSE alla dimensione ONU*, en *Dir. comm. internaz. n. 1* (2007).
- CADOPPI, Alberto, *La disciplina della corruzione nelle legislazioni italiane dell'Ottocento*, en FORNASARI, Gabriele y LUISI, Nicola Demetrio (coordinador), *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali* (Padova, 2001).
- CARRARA, Francesco, *Programma del corso di diritto criminale*, 4ª ed (Lucca, 1871).
- CASTALDO, Andrea y NADDEO, Marco, *La normativa comunitaria e italiana sul riciclaggio: quali correzioni per una politica criminale efficace?*, en *Riv. trim. dir. pen. ec.* (2008).
- DE AMICIS, Gaetano, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie* (Milán, 2007).
- DE MARCO, Eugenio, *Percorsi del «nuovo costituzionalismo»* (Milán, 2008).
- DONINI, Massimo, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte* (Milán, 2011).
- Massimo, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia tra differenziazione e sussidiarietà* (Milán, 2004).
- Massimo, *L'armonizzazione del diritto penale nel contesto globale*, en *Riv. trim. dir. pen. ec.* (2002).
- ENGEL, Christoph; GOERG, Sebastian y YU, Gaoneng, *Symmetric vs. Asymmetric Punishment Regimes for Bribery*, Bonn, Max Planck Institute for Research on *Collective Goods* (2012), disponible en www.coll.mpg.de/publications/2878.

- FARRALES, Mark J., What is Corruption?: A History of Corruption Studies and the Great Definitions Debate, 2005, disponible en <http://papers.ssrn.com>.
- FERRARESE, Maria Rosaria, *Diritto sconfinato*, (Roma-Bari, 2006).
- FERRARESE, Maria Rosaria, Globalizzazione giuridica, en *Enc. dir. Annali 4*, (Milán, 2011).
- FERRARESE, Maria Rosaria, *Prima lezione di diritto globale* (Torino, 2012).
- FORADORI, Paolo y SCARTEZZINI, Riccardo (coordinador), *Globalizzazione e processi di integrazione sovranazionale: l'Europa, il mondo* (Soveria Mannelli, 2006).
- FORTI, Gabrio, Il diritto penale e il problema della corruzione, dieci anni dopo, en FORTI, Gabrio (coordinador), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da 'mani pulite'* (Milán, 2003).
- La corruzione tra privati nell'orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione, en ACQUAROLI, Roberto y FOFFANI, Luigi (coordinador), *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma* (Milán, 2003).
- FRIEDRICH, David, *Trusted Criminals. White Collar Crime in Contemporary Society*, 4^a ed. (Belmont, 2010).
- GADINER, John, Defining Corruption, en HEIDENHEIMER, Arnold y JOHNSTON, Michael (coordinador), *Political corruption: Concepts & Contexts*, 3^a ed. (New Brunswick, 2002).
- GALGANO, Francesco, *Lex mercatoria*, 5a ed., (Bologna, 2010).
- GRECO, Third Evaluation Round Evaluation Report on Italy Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2) (Theme I), Strasburgo, 20-23 (marzo, 2012).
- HEFENDEHL, Roland, Addressing White Collar Crime on a Domestic Level. Any Lessons Learned for International Criminal Law? en *J. Ley Int. Crim. Just.* 8 N° 3 (2010).
- KAHNEMAN, Daniel y TVERSKY, Amos, Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk, en *Econometrica* 47 (1979).
- Mappe di razionalità limitata: indagine sui giudizi e le scelte intuitivi, en MOTTERLINI, Matteo y PIATTELLI PALMARINI, Massimo, *Critica della ragione economica* (Milán, 2005).
- *Pensieri lenti e veloci* (Milán, 2012).
- JOHNSTON, Michael, The Definitions Debate: Old Conflicts in New Guises, en JAIN, Arvind (coordinador), *The Political Economy of Corruption* (London, 2001).

- KINDHÄUSER, Urs, Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft, en *ZIS no. 6* (2011).
- MALEM SEÑA, Jorge, Globalizzazione, commercio internazionale e corruzione (2000), trad. it. (Bologna, 2004).
- MANACORDA, Sergio, La corruzione internazionale del pubblico agente. Linee dell'indagine penalistica (Nápoles, 1999).
- MANACORDA, Stefano, L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione, en *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale* (Milán, 2000).
- MANES, Vittorio, Il contrasto al riciclaggio, tra repressione e prevenzione: alcuni nodi problematici, en *Crit. dir.* (2008).
- Manifiesto sulla politica criminale europea, publicado a fines de 2009 en el contexto de la European Criminal Policy Initiative (ECPI), fundada en Mónaco de Baviera por Helmut Satzger, en *Riv. in. dir. proc. pen.* (2010).
- MIR PUIG, Santiago, Evoluzione politica e involuzione del diritto penale, en STILE, Alfonso, (coordinador), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale* (Nápoles, 2011).
- MOCCIA, Sergio, Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana, en *Dir. pen. proc.* (2012).
- Il diritto penale tra esigenze di riforma e riflussi illiberali, manuscrito, disponible en www.giurisprudenza.unina.it.
- Sergio, L'involuzione del diritto penale in materia economica e le fattispecie incriminatrici del Corpus iuris europeo, en BARTONE, Nicola (coordinador), *Diritto penale europeo* (Padua, 2001).
- NAGIN, Daniel y POGARSKY, Greg, Integrating Celerity, Impulsivity, and Extralegal Sanction Threats into a Model of General Deterrence: Theory and Evidence, en *Criminology* 39 (2001).
- NIETO MARTÍN, Adán, ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?, en *Rev. pen.*, N° 19 (2007).
- Adán, La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando efectos positivos), en *Revista Penal*, N° 12 (2003).
- NYE, Joseph, Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis, en *Am. Pol. Sc. Rev.* 61 (1967).
- OECD, Portugal, Phase 2, Follow-up Report (octubre 2009).
- PAGLIARO, Antonio, Limiti all'unificazione del diritto penale europeo, en *Riv. trim. dir. pen. ec.* (1993).

- PALAZZO, Francesco, Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris, en VASSALLI, Giuliano (coordinador), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, (Nápoles, 2006).
- PALIERO, Carlo Enrico, Consenso sociale e diritto penale, en *Riv. it. dir. proc. pen.* (1992).
- PATERNOSTER, Raymond, The Deterrent Effect of Perceived Certainty and Severity of Punishment, en *Just. Quarterly* 4 (1987).
- PICOTTI, Lorenzo, La criminalità internazionale: forme di manifestazione ed ambiti di contrasto, en *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali* (Milán, 2005).
- QUACK, Sigrid, Governance durch Praktiker: Vom privatrechtlichen Vertrag zur transnationalen Rechtsnorm, en BOTZEM, Sebastian *et al.* (coordinador), *Governance als Prozess, Koordinationsformen im Wandel*, (Baden-Baden, 2009).
- QUEINNEC, Yann, The OECD Guidelines for Multinational Enterprises. An Evolving Legal Status, (Paris, 2007).
- RAMOS RUBIO, Carlos, Del delito de cohecho: mano “más” dura “todavía” contra la Corrupción nacional e internacional, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (coordinador), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios* (Cizur Menor, 2010).
- RUGA RIVA, Carlo, Ordinamento penale e fonti non statali. L’impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale (2007).
- SABU, Steven, Foreign Corrupt Practices Act as a Threat to Global Harmony, en *Mich. J. Int’l L. J.* 20 (1999).
- SCHÜNEMANN, Bernd, *Das Strafrecht im Zeichen der Globalisierung*, en *GA* (2003).
- SIEBER, Ulrich, Legal Order in a Global World, en *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 14 (2010).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed. (Madrid, 2001).
- Jesús María, Sullo stato del principio di legalità penale, conferencia realizada por el autor en el congreso «I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali», celebrado en Roma el 24 de mayo de 2012, en prensa.
- SIMON, Herbert, *Models of Bounded Rationality* (Cambridge, 1982).
- SIMON, Jonathan, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia* (2007), trad. it. (Milán, 2008).

- SOTIS, Carlo, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario, en MANES, Vittorio y ZAGREBELSKY, Vladimiro (coordinador), La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano (Milán, 2011).
- SOTIS, Carlo, Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente (Milán, 2007).
- SPENA, Alessandro, Il «turpe mercato». Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica (Milán, 2003).
- SPENA, Alessandro, Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali, en *Riv. trim. dir. pen. ec.* (2007).
- TEUBNER, Gunther, La Bukovina globale. Il pluralismo giuridico nella società mondiale, en *Soc. e pol. soc.* 2. (1999).
- TEUBNER, Gunthe, La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili, trad. it. (Roma, 2005).
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL, Corruption Perceptions Index, disponibile en http://cpi.transparency.org/cpi2011/in_detail.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL, The Anti-Corruption Plain Language Guide (Berlin, 2009).
- TRAPASSO, Maria Teresa, La duplicazione definitoria come risposta italiana agli input europei di armonizzazione in materia di riciclaggio, en *Rass. dir. pub. eur.* (2009).
- UN, Office on Drugs and Crime, Corruption. Compendium of International Legal Instruments on Corruption, 2ª ed. (2005).
- VANNUCCI, Alberto, Atlante della corruzione (Torino, 2012).
- VOLK, Klaus, Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihrer Bekämpfung, en GÖSSEL, Karl Heinz y TRIFFTERER, Otto (coordinador), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf* (Heidelberg, 1999).
- WEIGEND, Thomas, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Strafkultur?, en *ZStW 105* (1993).
- WILLIAMS, James y BEARE, Margaret, The Business of Bribery: Globalization, Economic Liberalization, and the 'Problem' of Corruption, en BEARE, Margaret (coordinador), *Critical Reflections on Transnational Organized Crime, Money Laundering, and Corruption* (Toronto, 2003).
- WINKLER, Matteo, Imprese multinazionali e ordinamento internazionale nell'era della globalizzazione (Milán, 2008).
- WORTH BANK, Helping Countries Combat Corruption: The Role of the World Bank (1997).
- ZICCARDI CAPALDO, Giuliana, Diritto globale. Il nuovo diritto internazionale (Milán, 2010).