

COMBATIR A LA CORRUPCIÓN. UN RECORRIDO
ENTRE CRIMINOLOGÍA Y DERECHO PENAL*
*FIGHTING CORRUPTION: BETWEEN CRIMINAL
LAW AND CRIMINOLOGY*

Grazia MANNOZZI**

RESUMEN: Los delitos ligados a la corrupción constituyen un sector privilegiado de investigación para evaluar la contribución que las ciencias empíricas pueden dar para el conocimiento de la criminalidad y para la predisposición de estrategias de lucha eficaces. En particular, la criminalidad corruptiva se analiza, dentro de una perspectiva de política criminal, mediante las claves de lectura que ofrece la indagación estadística, la investigación criminológica y el análisis económico del derecho.

Palabras clave: corrupción, delitos de cuello blanco, crimen organizado, cifra negra del crimen, efecto túnel.

ABSTRACT: *Corruption crimes represent a peculiar field of analysis in order to evaluate the contribution given by empirical sciences to the knowledge of criminality and to the selection of strategy and devices to combat crime. In particular, corruption is analysed in the perspective of crime policy, through the way of reading provided by statistical analysis, criminological research and law and economics.*

Descriptors: *corruption/bribery, white collar crime, organized crime, dark number of crime, tunnel effect.*

* Artículo recibido el 14 de agosto de 2008 y aceptado para su publicación el 16 de febrero de 2009. Traducción del italiano de Adrián Rentería Díaz. El texto fue publicado en *Diritto penale e processo*, 6, 2008, pp. 775-783.

** Profesora de Derecho penal en la Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi dell'Insubria, Como, Italia.

SUMARIO: I. *La perspectiva irrenunciable de una “ciencia penal integrada”*. II. *Las indagaciones cualitativas acerca de la corrupción. Fuentes y parámetros*. III. *La corrupción en cifras*. IV. *Los niveles de efectividad y de severidad de las sanciones por los delitos de corrupción*. V. *Del análisis cuantitativo al análisis cualitativo. El perfil empírico-criminológico de la corrupción*. VI. *Papel de las víctimas y propensión a la denuncia*. VII. *Los efectos económicos de la corrupción. Rebound criminológico*. VIII. *La contribución del análisis económico del derecho*.

I. LA PERSPECTIVA IRRENUNCIABLE DE UNA “CIENCIA PENAL INTEGRADA”

Cuando, en los primeros años del siglo XIX, Franz von Liszt delineaba en el célebre Programa de Marburgo el proyecto de una “ciencia penal integrada”, postulaba la necesidad de que la ciencia empírica ofreciera al derecho penal una base de conocimiento de la dimensión cuantitativa de la criminalidad así como de las peculiaridades socio-sicológicas de la delincuencia, para utilizarlas en las opciones de la política criminal. Tanto es así que evocaba, como disciplinas *autónomas* pero *funcionales* para la predisposición de estrategias político-criminales eficaces, la antropología, la psicología y la estadística criminal. Luego, el análisis *cuantitativo* e indagaciones acerca de la personalidad del delincuente debieran haber garantizado la base de conocimiento empírico-racional de la cruda “realidad de los hechos”, para traducirla en un análisis *cualitativo* del crimen, imprescindible para la formulación de hipótesis adecuadas de control.

A más de un siglo de distancia, el Programa de Marburgo aún es insuperable, precisamente en la perspectiva teórica de una *integración entre derecho penal y ciencias empíricas*, auténtico “corazón palpitante” de la ciencia penalista, cuya transposición práctico-operativa, sin embargo, ha dado la impresión, en el curso del tiempo, de ser una desilusión¹ a pesar de la ampliación del abanico de las ciencias empíricas susceptibles de ser aplicadas. A las tres que menciona von Liszt —antropología, psicología y estadística criminal— se han sumado, en primer lugar, la *criminología*, la cual ha ido progresivamente ganando au-

¹ Palazzo, F., “Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico”, *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1997, pp. 712 y ss.

tonomía epistemológica; y, sucesivamente, la sociología criminal y, si bien con funcionalidades diferenciadas en razón de las diversas tipologías delictuosas, el análisis económico del derecho.

La sinergia entre derecho penal y criminología —y, más en general, entre derecho penal y ciencias empíricas— se coloca en un contexto teórico en el cual encuentra su propia definición el nexo bidireccional que el derecho penal tiene con la criminalidad. Por un lado, el derecho penal se encuentra en una relación de *dependencia* con la criminalidad, ya que encuentra su razón de ser en una fenomenología del comportamiento preexistente y que es percibida por la colectividad como disfuncional para la convivencia pacífica; y, por el otro, el derecho penal ocupa una posición de *contención*: se legitima si, y en cuanto, resulta adecuado y eficaz² para la represión y el control del fenómeno que le subyace (la criminalidad). La *dependencia* presupone, luego, una actividad cognitiva de tipo empírico; mientras que la *contención* implica una unión entre *conocimiento* y *ciencia de la legislación* de modo tal que el derecho penal pueda formalizar y perseguir objetivos de política criminal, racionales y viables, evitando así las insidias de la legislación simbólica, inefectiva y hasta disnómica.³

Un terreno adecuado para demostrar la irrenunciabilidad de un modelo de ciencia penal integral está constituido por los delitos contra la administración pública⁴ —en particular delitos de corrupción— que necesitan ser indagados desde la perspectiva criminológica, estadística, económica en sentido estricto y de análisis económico del derecho. La carencia (crónica) del conocimiento empírico-cuantitativo de la corrupción puede, en efecto, determinar el riesgo de que las normas penales sufran una progresiva ruptura en relación al fenómeno criminal que le subyace sujeto a continuas metamorfosis, exponiéndose así a un riesgo doble: a corto plazo la *ineficacia* y, en el periodo medio-largo, la pérdida de eficacia general-preventiva en razón de la

² Acerca de la dimensión de la efectividad, *cf.* Paliero, C. E., “Il principio di effettività nel diritto penale”, *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1990, pp. 430-544.

³ Neologismo acuñado por A. G. Conte, profesor de Filosofía del derecho de la Universidad de Pavía, para significar la contrariedad formal entre una norma y la finalidad que persigue (n. del t.).

⁴ La oportunidad de una “visión global y multidisciplinaria” de la lucha contra la corrupción ha sido subrayada en la United Nations Convention against Corruption firmada en Mérida, Yucatán, 9-11 de diciembre de 2003 (*Preamble*).

casual o incierta aplicación de la sanción, es decir, como se suele decir, su incierta “confirmación de validez”.

La difusión de la corrupción, que representa en varios aspectos el espejo de la democraticidad, de la salud económico-financiera, del rol de las instituciones y de la correcta relación autoridad/individuo de un país, necesita ser evaluada sobre todo bajo el perfil cuantitativo (cifras de la frecuencia de los delitos de corrupción y concusión), aun siendo conscientes de que la “cifra negra”⁵ (*dark number*) —tanto más elevada cuanto más la víctima presenta una baja propensión a la denuncia— puede minar la validez heurística del dato estadístico.

A la revelación de la tasa de criminalidad *registrada* —que hay que poner en correlación con la de la criminalidad *percibida* de modo que se pueda obtener una estimación, aunque sea aproximada, de la cifra negra de la corrupción y, por ello, de la criminalidad *real*— se debe sumar, pasando al aspecto cualitativo de indagación, el análisis criminológico de las formas de realización de la corrupción (que puede presentarse como individual, descentrada, acentrada, sistémica, o bien dar lugar, en las hipótesis más graves, a la así llamada *state capture*),⁶ del grado de lesiones del bien jurídico protegido y de la dimensión del daño individual y/o colectivo.

Bajo este último perfil se revela particularmente fecunda la perspectiva de una investigación acerca de los efectos económicos de la corrupción, coherente con las preocupaciones expresadas en las convenciones estipuladas ya desde los años noventa por el Consejo de la Unión Europea, por la OCSE y por las Naciones Unidas, organismos que han subrayado el hecho de que la corrupción está conectada con la criminalidad económica, que amenaza el “desarrollo sostenible”,⁷ que “azota todas las sociedades y todas las economías”, puede “perjudicar las instituciones democráticas, las economías nacionales y el es-

⁵ Delitos que no llegan al conocimiento de las autoridades, y que por ello mismo no forman parte de las estadísticas (n. del t.).

⁶ Sobre el concepto de *state capture*, *cfr.* Arnone, M. e Iliopulos, E., *La corruzione costata. Effetti economici, istituzionali e sociali*, Milán, Vita e Pensiero, 2005, pp. 22 (por *state capture* se entiende el hecho de que el Estado y sus estructuras en ciertos momentos parecen casi ser un rehén de determinadas fuerzas no necesariamente políticas —económicas, por ejemplo— n. del t.).

⁷ *Cfr.* Criminal Law Convention on Corruption de Estrasburgo, 27 de enero de 1999 (*Preamble*).

tado de derecho”,⁸ y altera “las condiciones internacionales en materia de competencia”.⁹ La conciencia de esta esfera de daños económicos de la corrupción contribuye a revelar el ADN de este tipo de ilícito, para de ahí condicionar su encuadramiento dogmático, el cual resulta frecuentemente dividido entre la criminalidad contra la administración pública (lesiva, al menos en el sistema italiano, de las dimensiones de su *buen funcionamiento* y de su *imparcialidad*) y la criminalidad contra la economía.¹⁰

Los estudios de *análisis económico del derecho* le proporcionan al intérprete al menos dos ulteriores, y distintos, perfiles de reflexión: por un lado, le ofrecen modelos económicos para la explicación de los comportamientos desviados a partir del cálculo costos-beneficios relativos a la realización del delito; por el otro, le consienten la formulación de estimaciones del impacto acerca de la optimización de las medidas deterrentes y, en alternativa, la individuación de instrumentos para la represión de la corrupción basados en la introducción de elementos de disgregación interna del *pactus sceleris*, es decir el venir a menos de la *confianza recíproca* entre los autores de los delitos así llamados “cooperativos”.

Con estas premisas, veamos entonces más en detalle la contribución que cada uno de los sectores y de los métodos de indagación antes indicados pueden dar a la realización de una “ciencia penal integrada”, plataforma indispensable no sólo para leer las complejas dinámicas de la corrupción, sino sobre todo, como se ha anticipado, también para verificar la congruencia de las normas incriminantes vigentes y para proyectar una política de control racional y perspicaz.

II. LAS INDAGACIONES CUALITATIVAS ACERCA DE LA CORRUPCIÓN. FUENTES Y PARÁMETROS

La cuantificación de la corrupción en Italia y, de reflejo, la medición de la capacidad de represión de las fuerzas del orden y de la

⁸ En estos términos, la United Nations Convention against Corruption, *cit.*, nota 4.

⁹ Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (estipulada en el ámbito de la OCSE), París, 17 de diciembre de 1997 (*Preamble*).

¹⁰ Seminara, S., “Gli interessi tutelati nei reati di corruzione”, *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1993, pp. 951 y ss.

magistratura, están basadas en las estadísticas oficiales sobre la delictuosidad redactadas por el ISTAT¹¹ o accesibles en la base de datos del *Casellario* judicial central,¹² de las que es posible obtener información útil en diferentes perspectivas de investigación. Una taxonomía esencial de éstas comprende: *a)* el estudio de la *frecuencia* del comportamiento criminal corruptivo; *b)* el análisis de la *propensión a la denuncia* por parte de las víctimas; *c)*, la estimación de la cifra negra; *d)* la verificación de la distribución geográfica de la criminalidad; *e)* la medición de la *efectividad de los mecanismos de control formal* ligados a la actividad de las fuerzas del orden y de la magistratura, que pueden moverse según paradigmas meramente “reactivos” —cuando se limitan a recoger las denuncias por parte de las víctimas— o bien “proactivos” —cuando tratan autónomamente de descubrir episodios criminales no denunciados— y, finalmente, *f)* la medición de la *severidad de las respuestas sancionatorias*.

III. LA CORRUPCIÓN EN CIFRAS

En lo que hace a las cifras, son de particular interés para el jurista los resultados de la observación cuantitativa de la corrupción en Italia, que se deben valorar en modo separado con respecto a las *denuncias* y a las *condenas* en razón de los aspectos peculiares que presentan los dos perfiles de investigación, especialmente si se les considera a partir de los datos de los distritos de las cortes de apelación.¹³

El monitoreo de la corrupción y de la concusión, que va de 1983 a 2002, evidencia una frecuencia que tiende a reproducir la imagen de una curva de Gauss. La frecuencia de las denuncias es sustancialmente estable hasta 1992, mas después, en concomitancia con la ex-

¹¹ Instituto Nacional de Estadística (n. del t.)

¹² El *Casellario giudiziario centrale* es una base de datos en la que se registran las decisiones judiciales penales definitivas de condena (relativas a las penas principales, las accesorias, las medidas alternativas, las de seguridad, etcétera). *Cfr.* artículo 3 (L) D. P. R., 14 de noviembre de 2002, n. 313. *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti* (n. del t.).

¹³ Las cortes de apelación en Italia (26 en total) son un órgano colegiado que conoce acerca de las sentencias en materia civil y penal de primer grado (n. del t.).

plosión de *Tangentopoli*,¹⁴ presenta un aumento vertiginoso (se pasa de 235 *delitos denunciados* en 1990 a 1245 en 1993): la punta de denuncias de delitos de corrupción y concusión se coloca en 1993 y 1994, año a partir del cual el número de delitos denunciados comienza a decrecer hasta que, en 2000, se torna a los niveles antecedentes al inicio de las averiguaciones acerca de la corrupción y del financiamiento ilícito de los partidos políticos.

En modo análogo a la frecuencia de las *denuncias* se comportan los datos relativos a las *personas denunciadas*: para la concusión, el pico más alto es de 1994 (1644 *personas denunciadas*, contra 168 de 1990); para la corrupción, el ápice se encuentra un año después, ya que en 1995 se verifican 1321 *personas denunciadas* contra 62 de 1990. El número global de personas denunciadas comienza un *trend* negativo en 1996, y en 2000 (319 personas denunciadas) es muy inferior al de 1993-1995.

Un observador atento a las dinámicas de la criminalidad debería preguntarse sobre todo si en 1992-1995 se verificó un incremento únicamente de la criminalidad corruptiva (incluidos los delitos de concusión), o si, por el contrario, la medición del fenómeno de la corrupción refleja, en general, la *tendencia* delictuosa. Una vez asentado que los otros tipos de delito no se caracterizan por una variación en la frecuencia análoga a la de los delitos de corrupción, se hace necesario establecer si entre 1993 y 1995 se verificó un aumento considerable de la criminalidad político-empresarial *real*, o bien si siendo constantes los datos generales en realidad se trató de una reacción más eficaz de las agencias de control formal, las cuales podrían solamente haber sustraído una cuota significativa de la corrupción a la opacidad de la cifra negra. En extrema síntesis: ¿hubo más corrupción o una mayor eficacia del sistema penal?

Hay buenas razones para considerar “que el aumento vertiginoso de los episodios de corrupción denunciados globalmente y registrados

¹⁴ *Tangente* es el término con el cual en italiano se expresa el concepto de “mordida” en México. *Tangentopoli* es el nombre que la opinión pública italiana dio al fenómeno de enorme corrupción registrado en Italia en los primeros años de los noventa. *Mani pulite* (Manos limpias) es, finalmente, la expresión con la cual la opinión pública se refería a las investigaciones efectuadas por la autoridad judicial acerca de *Tangentopoli*.

en el periodo que va de 1992 a 1995 no deriva de un crecimiento en la realización de este tipo de delito, sino más bien del hecho de que en un determinado momento la corrupción vino a la luz a través de una brusca y enérgica disminución de la ‘cifra negra’”.¹⁵ La hipótesis más realista es que un rol decisivo para la emersión del fenómeno corruptivo se debe reconocer en las averiguaciones judiciales iniciadas en los primeros meses de 1992. No habría variado, en consecuencia, la espontánea tendencia a la denuncia sino más bien la disponibilidad a confesar y a llamar en causa a otras personas, consiguientes a su involucramiento en las indagaciones, y a la percepción colectiva, sagazmente conducida por los *medios de comunicación*, de una hiperefectividad de los aparatos investigativos y represivos.

De la comparación entre delitos y personas denunciadas entre 1983 y 2002, emerge además un fenómeno singular: el número de personas denunciadas crece en mayor medida con respecto al número de delitos denunciados. Una primera hipótesis explicativa reconduce la evidente superioridad del número de *personas* denunciadas con respecto al número de *delitos* denunciados a las articulaciones dinámicas de la corrupción sistémica y no a la naturaleza necesariamente pluri-individual de la corrupción. En efecto, en los intercambios corruptivos complejos, o que se desarrollan en niveles altos, entra en juego un conjunto de individuos que trasciende el dualismo decimonónico corrupto-corruptor: “la corrupción en Italia se presenta como un fenómeno *colectivo*, que en diversos sectores de la administración pública involucra una pluralidad de sujetos... en una sucesión de intercambios ocultos”;¹⁶ es también relevante la existencia de una praxis que regula la repartición de una misma “tangente”¹⁷ entre varios exponentes de los partidos políticos, la cual ha caracterizado la fase histórica de la corrupción en la que la repartición se desarrollaba a través de una arquitectura de intercambios programados, de modo tal que adquiriría características “sistémicas”.

¹⁵ Davigo, P. y Mannozi, G., *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 31.

¹⁶ Cfr. Vannucci, A., *Il mercato della corruzione. I meccanismi dello scambio occulto in Italia*, Milán, Società aperta, 1997, pp. 6, 37.

¹⁷ Cfr. *supra* nota 13 (n. del t.).

A la medición empírica de la tendencia en relación a las denuncias puede agregársele con utilidad la relevación de la tendencia de las condenas, parámetro que se presta al menos para tres tipos de interpretación. Tal relevación es, en sí misma, el “espejo” de la efectividad del sistema penal; si se presenta en forma desagregada por Distrito de Corte de Apelación permite la realización de un “mapa” geográfico del fenómeno criminal y la valoración de la intensidad de la respuesta del ordenamiento jurídico por áreas, que corresponden sustancialmente a las regiones¹⁸ italianas; finalmente, si se comparan con la tendencia de las denuncias, las condenas permiten medir la relevancia de los procesos de selección criminal, que explican, a su vez, la diferencia entre criminalidad descubierta y criminalidad esclarecida.

Las tendencias de las condenas definitivas siguen, como era previsible, una curva análoga a la de las denuncias. El número más alto de condenas por los delitos de corrupción y concusión con sentencia definitiva se localiza por episodios *acaecidos* entre 1989 y 1993. A partir de 1994, el número de delitos cometidos y sucesivamente acertados mediante una sentencia definitiva se reduce en modo drástico.

Los resultados más sorprendentes del análisis cuantitativo derivan de la relevación de la distribución geográfica de las condenas por corrupción, la cual es una “fotografía” de una realidad fuertemente heterogénea: mientras algunos distritos de Corte de Apelación se caracterizan por un elevado número de condenas definitivas (Milán, Turín, Lecce, Nápoles), en muchos otros es evidente un número de condenas extraordinariamente bajo (los mínimos históricos se encuentran en los distritos de Reggio Calabria, Catanzaro, Caltanissetta, Cagliari, Potenza, y niveles muy modestos en los de Florencia, Salerno, Messina). En definitiva, la represión de la corrupción en Italia entre 1983 y 2002, a pesar de la sobreexposición mediática de las averiguaciones judiciales que ha generado la sensación de una represión generalizada de la represión, se ha efectuado solamente aquí y allá, interesando significativamente sólo algunos distritos de Corte de Apelación, dejando del todo indemnes otros.

¹⁸ Administrativamente Italia se divide en regiones, las cuales, en términos generales, corresponden a nuestras entidades federativas (n. del t.).

La relevación cuantitativa de las denuncias y de las condenas por corrupción puede consentir además la medición del proceso de selección criminal (el así llamado “efecto túnel”),¹⁹ a través del cual puede ser calculada la cantidad de hechos que escapan a la capacidad de esclarecimiento de matriz procesal, y que terminan por alimentar la “cifra negra” de la criminalidad.

La comparación entre las *notitiae criminis* por corrupción, concusión, financiamiento ilícito a los partidos políticos y abuso de poder, llegadas a la Procuraduría de Milán, y las consiguientes condenas definitivas, indica que con respecto a las personas que han sido sometidas a la acción penal, a la condena definitiva (excepto por los expedientes transmitidos a otra autoridad judicial competente), se ha llegado sólo en el 40.03% de los casos. La *prescripción* es uno de los institutos jurídicos que inciden más decididamente sobre la selección criminal, pues, en relación a las condenas, tiene una relación de uno a tres: por cada tres condenas por corrupción o concusión a que se llega, la magistratura se ve obligada a pronunciar un veredicto de absolución por prescripción. Mas no se puede excluir que la reducida cuota de esclarecimiento esté también ligada a la formulación de las normas penales sustanciales, así como a las dinámicas del proceso penal, sujetas, en el curso de la década de los noventa del siglo pasado, a mutaciones de carácter radical.

IV. LOS NIVELES DE EFECTIVIDAD Y DE SEVERIDAD DE LAS SANCIONES POR LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

El análisis cuantitativo de la respuesta del ordenamiento a la corrupción puede realizarse, finalmente, a partir de la cantidad y de la calidad de las sanciones conminadas. La medición de la intensidad de

¹⁹ En términos criminológicos, con la expresión “proceso de selección criminal” se entiende el proceso que conduce a una sentencia definitiva y a su ejecución, mediante un camino que tiene inicio cuando se comete un delito, el cual puede no llegar a conocimiento de la autoridad; cuando sí llega, puede ser que la autoridad no lo investigue, y si lo investiga puede ser que no identifique un responsable. Es fácil ver en este proceso, que se puede figurar como un “embudo agujerado”, que cuando se llega a su punto final nos encontramos con una cantidad muy exigua de condenas definitivas con respecto a los delitos cometidos, pues además de lo señalado hay que considerar también los grados de juicio.

la respuesta sancionatoria documenta sobre todo una diferencia consistente entre la dimensión de la severidad de los ámbitos de la pena prevista y la de las sanciones inflingidas concretamente. En particular, la concusión, delito cuya pena prevista es superior, en su límite máximo, a la que se prevé para la participación a una asociación mafiosa (artículo 416, *bis*, 1, Código Penal), ha sido penalizada en concreto (datos de 1982-2002) con sanciones de una levedad extrema: en el 78% de los casos han sido emanadas penas de menos de dos años de reclusión; en el 16% de los casos penas comprendidas entre dos y tres años de reclusión. Niveles de severidad no diversas, si no por un *surplus* de “indulgencia”, debida en parte también a una previsión de pena menor, caracterizan el delito de corrupción propia²⁰ (artículo 319, Código Penal): el 93% de las condenas inflingidas entre 1982 y 2002 es menor a los dos años de reclusión.

En una perspectiva diacrónica, el análisis cuantitativo de la severidad de las sanciones permite verificar la mayor (o menor) severidad, en relación a la pena, con la que han actuado los jueces de mérito, así como también si la severidad de las sanciones para algunas tipologías de delito sufre variaciones en el tiempo.

Con respecto a la *dinámica* del sistema sancionatorio, los datos acerca de las sanciones por corrupción y concusión, evidenciados por clase de severidad, revelan un fenómeno singular:

Con la emersión de la corrupción han aumentado vertiginosamente sólo las condenas a penas más bien exiguas: han crecido mucho las penas hasta seis meses de reclusión; en medida más modesta han aumentado las sanciones comprendidas entre seis meses y un año de reclusión; muy leve, finalmente, ha sido el incremento de las sanciones comprendidas entre 12 y 18 meses de reclusión. Se ha continuado, por el contrario, a usar las clases “altas” de severidad de las sanciones con extrema parsimonia y, de cualquier modo, de manera semejante a lo que se sucedía en los años ochenta, antes de “Manos limpias”.²¹ Para los numerosos delitos de corrupción y concusión descubiertos a través de “Manos limpias” se recurrió principalmente a sanciones de severidad mínima o medio-baja. De ello se puede fácilmente deducir que la *severi-*

²⁰ Por corrupción propia se entiende la corrupción que resulta de cumplir un acto, por parte de un funcionario público, que es contrario a sus deberes oficiales (n. del t.).

²¹ Véase *supra* nota 2 (n. del t.).

dad media de las sanciones infligidas *disminuyó* precisamente cuando más se hacía necesario dar respuesta a un fuerte incremento de la criminalidad corruptiva, la cual había alcanzado niveles cuantitativos y cualitativos alarmantes. Este fenómeno se confirma además por la tendencia a recurrir al *affidamento in prova* y a la suspensión condicional de la pena...²² En breve: *mayor es la emersión de los ilícitos de corrupción y concusión, menor el nivel de severidad de las sanciones.*²³

V. DEL ANÁLISIS CUANTITATIVO AL ANÁLISIS CUALITATIVO. EL PERFIL EMPÍRICO-CRIMINOLÓGICO DE LA CORRUPCIÓN

Del análisis cuantitativo hecho hasta aquí, expuesto en sus resultados esenciales, se pueden obtener algunas consideraciones idóneas para iluminar el aspecto *cualitativo* de la corrupción, sobre todo bajo el perfil criminológico, y para permitir, en una sucesión lógica, una relectura de la efectividad y de la coherencia de las estrategias político-criminales utilizadas.

A. En primer lugar, se debe considerar metodológicamente incorrecto asumir que las variaciones estadísticas de la criminalidad *registrada* son indicativas de una correspondiente tendencia de la criminalidad *real*.²⁴ Lo que verdaderamente es relevante para medir esta última es en realidad la cuota de la cifra negra, la cual, por otro lado, representa también el papel de tornasol de los niveles de efectividad de los aparatos represivos.

Para la corrupción, la cifra negra puede calcularse, por ejemplo, a través de la comparación entre el porcentaje de delitos denunciados o

²² El *affidamento in prova* constituye una medida alternativa a la detención prevista en el derecho penal italiano. Mediante ella, en lugar de la detención al sujeto se le obliga a prestar sus servicios en determinadas estructuras de carácter social, las cuales establecen un programa re-educativo alternativo fuera de la cárcel (Ley núm. 354 de 1975, artículo 47). La suspensión de la pena, por otro lado, puede variar, según los casos, de cinco años (si la condena es por un delito cuya pena concreta no es superior a dos años de reclusión), a dos años (si la condena es por una infracción cuya pena concreta no sea mayor de dos años de arresto), o de un año (si el culpable ha reparado completamente el daño causado prima de la sentencia de primer grado). *Cf.* artículo 163 del Código Penal. Se establece, además, que el sujeto en cuestión no cometa delitos semejantes en el periodo de la suspensión.

²³ Davigo, P. y Mannozi, G., *op. cit.*, nota 15, pp. 246 y 248.

²⁴ Bandini, T., *Criminologia I*, Milán, 2002, pp. 45 y ss.

acertados con sentencia definitiva y las estimaciones acerca de la percepción de la criminalidad, efectuadas mediante encuestas de victimización, cuestionarios de criminalidad autopercibida, entrevistas: en la perspectiva que aquí nos interesa, son relevantes los índices de corrupción percibida (*Corruption Perception Index: CPI*), elaborados por Transparency International,²⁵ con base en los cuales Italia se coloca entre las democracias occidentales más corruptas (sólo Grecia se caracteriza por un comportamiento peor). La comparación entre el porcentaje de corrupción registrada en Italia y el de los países europeos percibidos como *menos corruptos* (por ejemplo, Finlandia, Dinamarca, Suecia o Islandia) debería permitir una valoración más realista de la veracidad de las estadísticas oficiales italianas. Si el porcentaje italiano de condenas es del todo análogo al de los países percibidos como menos corruptos, de acuerdo con las estimaciones de Transparency International, eso significa que en Italia la criminalidad que emerge representa solamente la punta de un *iceberg*. La primera consecuencia criminológica, por ello, es que *la corrupción es un delito con un alto índice de ocultamiento*.

B. En segundo lugar, pero la validez de esta observación no está limitada a los delitos de corrupción, la *proporción entre delitos y personas denunciadas* puede ser considerada como el reflejo de las variaciones cualitativas de la criminalidad: por ejemplo, de la progresiva “complejización” de las modalidades de realización de un ilícito, especialmente cuando tal proporción aumenta constantemente. De la creciente diferencia entre el número de delitos y el de las personas denunciadas por corrupción se puede deducir que de las formas “elementales” de cometer delitos —formas que se caracterizan por la presencia de dos partes, con intercambios “simples” y que tendencialmente responden a un modelo *pulviscular* de corrupción— se ha pasado a formas más complejas, en las que la sistematicidad de la delincuencia implica, de hecho, una multiplicidad de sujetos involucrados

²⁵ Cada año Transparency International elabora el así llamado “índice de percepción de la corrupción” (Corruption Perception Index, CPI); se trata de una puntuación numérica (que va de 10 —país altamente íntegro— a 0 —país muy corrupto—) asignada a cada uno de los Estados “observados” por Transparency International, y es relativa a la percepción de la corrupción en determinadas categorías profesionales que operan dentro o fuera del país al que se refiere la observación.

en el delito así como la necesidad de protecciones político-burocráticas estables (paradigma de la corrupción así llamada “sistémica”). La segunda consecuencia criminológica es que *la corrupción tiende hacia modelos de realización complejos, que le hacen asemejar, por ciertos aspectos, a la criminalidad económica, y, por otros, a la criminalidad asociativa.*

C. En tercer lugar, el porcentaje particularmente exiguo de las condenas definitivas es indicativo de la modesta capacidad del sistema para esclarecer los episodios delictivos que se denuncian: de ello deriva que el nivel de *efectividad* de las normas sobre la corrupción, dados los elevados índices de corrupción percibida, debe considerarse decididamente escaso. La distancia entre el número de las condenas y el de las denuncias, además, refleja el grado de intensidad del proceso de selección,²⁶ que en Italia arroja las tendencias estadísticas ya recordadas, que se deben esencialmente al recurso muy limitado que se hace a formas procesales diferenciadas y al “triumfo” de la prescripción sobre la exigencia de esclarecimientos de los delitos. La tercera consecuencia criminológica es que *la corrupción se caracteriza por un porcentaje de esclarecimiento de los delitos descubiertos o denunciados extremadamente bajo.*

D. También la distribución de las condenas por corrupción que resultan casi del todo ausentes, sobre todo en los distritos de las cortes de apelación, connotados por una significativa presencia de criminalidad organizada, se presta para una serie de consideraciones de carácter cualitativo. En primer lugar, por la razones que ya hemos visto acerca de la consistencia de la cifra negra, resulta difícil creer que la corrupción no existe del todo o que sea muy esporádica, sin los caracteres del “sistema”, en aquellos distritos de Corte de Apelación en los que, aparentemente, de ella no se encuentran huellas en las estadísticas oficiales. Más bien, hay que pensar que allá donde la presencia de la criminalidad organizada es fuerte, ésta termina por administrar el mercado de la corrupción; como demuestran los resultados de las comisiones parlamentarias de investigación acerca de la mafia que se han creado en Italia a partir de los primeros años de la Repúbli-

²⁶ Cfr. *supra* p. 940, nota 19.

ca,²⁷ la criminalidad organizada se vale típicamente de la corrupción político-administrativa,²⁸ la cual se inserta en las modalidades de realización de aquellos ilícitos que constituyen su fuente de financiamiento y su *modus operandi*,²⁹ como contratos, permisos para la construcción, asistencia, empleos, financiamiento para empresas.³⁰

Y, dado que de acuerdo con los datos acerca de las condenas definitivas del *Casellario* judicial, la corrupción no llega a conocimiento de las autoridades ni siquiera bajo el rubro de delitos asociativos, eso significa que su emersión es muy exigua cuando se efectúa por parte de la criminalidad organizada mediante los métodos de la intimidación y de la cultura del solapamiento, que funcionan tanto como su sustrato y como su “cemento”.

La cuarta consecuencia criminológica, luego, es que *corrupción y criminalidad organizada son dos realidades criminológicas interconectadas*, aun en relación al índice de ocultamiento.

E. Finalmente, hay que considerar el dato acerca de la severidad de las sanciones, documentado estadísticamente con niveles mínimos, que para los delitos de corrupción y concusión, globalmente cometidos en el periodo que va de 1982 a 2002, evidencian que en el 87.63% de los casos han sido aplicadas sanciones de hasta dos años de reclusión, generalmente suspendidas.³¹ Se debe evidenciar, en primer lugar, que la praxis sancionatoria no refleja en manera adecuada la diversa gravedad de los delitos, pues la concesión casi automática de la suspensión condicional de la pena hace que sea “opaca” cualquier diferencia que se haya efectuado en la fase de la condena en sentido estricto. La “dosificación” sancionatoria para tales delitos, por otra parte, no se substraerá a un nivelamiento general hacia abajo de

²⁷ Se entiende con ello la entrada en vigor de la Constitución vigente, o sea el 1o. de enero de 1948, con la cual se pone formalmente punto final a la monarquía (n. del t.).

²⁸ Cfr. Savona, E. U., voz “Criminalidad organizada”, *Enciclopedia del Novecento*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, t. X, p. 426. Ahí se menciona el trabajo de la Comisión parlamentaria antimafia de 1991.

²⁹ Baratta, A., “La violencia e la forza: alcune riflessioni su mafia, corruzione e il concetto di politica”, en *Dei delitti e delle pene*, 1993, t. III, p. 118.

³⁰ Bettini, R., *Informale e sommerso. Devianza, supplenza e cambiamento in Italia*, Milán, Franco Angeli, 1987; cfr., además, Violante, L. (coord.), *I soldi della mafia. Rapporto'98*, Roma-Bari, Laterza, 1998, IX, V. También, Vannucci, A., *op. cit.*, nota 16, p. 163.

³¹ Véase *supra* nota 19 (n. del t.).

la severidad de las sanciones, debido a un heterogéneo conjunto de factores causales: desde los conocidos anacronismos de los límites mínimo y máximo previstos en el Código Rocco³² a las exigencias de carácter económico de la motivación de las sentencias (no necesarias en forma analítica cuando la sanción es cercana al mínimo previsto), desde la influencia del factor *white collar crime* a los “descuentos” de la pena que derivan del recurso a ritos procesales diferenciados. Bajo el perfil diacrónico, los datos estadísticos registran, además, un descenso de la severidad en las sanciones infligidas como consecuencia de la consistente emersión de la criminalidad corruptiva de los primeros años de la década de los noventa. Son dos, en sustancia, las consecuencias a nivel criminológico. Primera consecuencia: *las reglas de conmisuración no garantizan más la proporción entre delitos y penas* (las sanciones infligidas no reflejan la diversa gravedad de los delitos, pues están sujetas a alteraciones y nivelaciones de carácter tanto sustantivo como procesal); segunda consecuencia, de carácter más general: “el porcentaje de condenas por un delito y la severidad media de las sanciones infligidas para el mismo delito están (como tendencia) en una relación inversa de proporcionalidad”.³³

VI. PAPEL DE LAS VÍCTIMAS Y PROPENSIÓN A LA DENUNCIA

Además de hacer que emerjan los aspectos criminológicos que se han evidenciado, la investigación empírica subraya también una serie de peculiaridades victimológicas de la corrupción y de la concusión —dinámicas del comportamiento de los autores de los delitos, contribución de la víctima a la génesis del crimen, propensión a la denuncia— que pueden ayudar en el esclarecimiento de las causas de la corrupción y para una mejor definición de su paradigma. Partiendo precisamente de la disponibilidad de la víctima para hacer del co-

³² Nombre con el que se conoce el Código Penal italiano, emanado durante el periodo fascista mediante el Decreto Real núm. 1398 el 19 de octubre de 1930 y que recuerda el nombre del ministro de Justicia de entonces, Alfredo Rocco. Tal Código, aun con innumerables y significativas reformas, ha sobrevivido al nacimiento de la Constitución y está vigente hoy en día (n. del t.).

³³ Davigo, P. y Mannozi, G., *op. cit.*, nota 15, p. 252, a donde se reenvía para una argumentación más detallada de esta afirmación.

nocimiento de la autoridad el delito, se debe decir que la escasa propensión a la denuncia deriva del hecho de que la corrupción se puede definir como un delito “con una víctima muda”, que se caracteriza por que está ausente el típico *vector* de la denuncia.

A este propósito hay que eliminar de inmediato un posible equívoco. No se puede decir, de la manera más absoluta, que la víctima de la corrupción no existe de por sí ya que las víctimas pueden ser identificadas entre los sujetos públicos (institucionales) o privados (personales): la misma sociedad, la administración pública y la economía pública, pueden en efecto ser conculcadas por el favoritismo corruptivo. La cuestión de fondo es que la corrupción —al menos en el ordenamiento italiano— es un típico delito-contrato *bilateralmente* ilícito, que además se caracteriza por la máxima “privacidad” de su realización y por el interés convergente de los protagonistas para mantener en el silencio el *pactum sceleris*: su fuerza lesiva en relación a los bienes sobre-individuales depende, además, de la acumulación y de la reiteración de los episodios delictivos, de modo tal que en las víctimas de los actos corruptivos existe un retardo en cuanto a la percepción de los caracteres de la conducta ilícita y, de consecuencia, del daño que reciben. Todo ello termina entonces por garantizar a la corrupción la connotación, ya ilustrada, de una muy baja propensión a la denuncia.

Con respecto a la corrupción, la concusión puede definirse en modo más certero como un delito con una “víctima inhibida”, en virtud de que por las modalidades de realización que caracterizan el *iter criminis*, la víctima se encuentra, por así decirlo, “en una encrucijada”.³⁴ Su conducta oscila entre la línea de frontera que separa la *corrupción* de la *concusión por inducción*, es decir dos vertientes criminológicamente antitéticas: en la primera el particular comparte con el servidor público el papel de coautor del delito, mientras que en la segunda el particular “interpreta” el papel de la víctima. En ambos casos el interés del particular para denunciar es muy escaso, por el temor de la espada de la justicia o bien por la preocupación de sufrir represalias por parte de quien pone en función la concusión. Acerca de las causas de la corrupción, la investigación criminológica propone claves de lectu-

³⁴ Lo hipotiza Pelissero, “Il ruolo della vittima ad un bivio: il fenomeno della corruzione”, en Venafro, E. y Piemontese, C. (coords.), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Turín, Giappichelli, 2004, p. 161.

ra diferentes, si bien no necesariamente alternativas. Entre ellas se puede evidenciar una en modo particular, en razón de la superior validez explicativa que se le suele atribuir: la así llamada de las “subculturas criminales”. El reenvío a la teoría de Cohen³⁵ es obligatorio: los individuos actúan en un contexto social muy motivante y llegan a la conducta ilícita a través de una serie de comportamientos que se van progresivamente adaptando a las reglas y a los esquemas de comportamiento subculturales. Son dos los factores fundamentales, entre *ellos negativamente* convergentes, que sirven para comprender la génesis del comportamiento criminal: la “situación” —que se refiere al ambiente físico, económico, social, en el que cada individuo se mueve— y el “marco de referencia”, es decir el “filtro” que el sujeto pone entre él y el mundo, y que está constituido, en sustancia, por su propia *Weltanschauung*. Tal paradigma parece adaptarse bien a la criminalidad corruptiva, pues la alternativa criminal se puede reconducir al funcionamiento de los dos factores indicados por Cohen: la “situación” se genera a partir de la presencia indiscutible de un sistema de mercadeo amplio, difundido y enraizado de los poderes públicos,³⁶ y también por la existencia de códigos lingüísticos arraigados y conocidos hasta en sus matices; el “marco de referencia” deriva de la convicción común de que para un particular es “lícito”, ni moral ni socialmente reprochable, de algún modo contingentemente necesario, insertarse en tal “situación” con tal de obtener, mediante la corrupción, un beneficio. La sinergia entre “situación” —identificable en el contexto político-empresarial en el que prevalecen definiciones favorables a la violación de algunas normas penales—³⁷ y “marco de referencia” —delineado por la débil percepción de la antijuridicidad de la corrupción y de su corrosividad social— generaría entonces una espiral de la criminalidad. Cuanto más la corrupción se convierte en una *praxis* del ejercicio del poder público, tanto más la conciencia de su relevancia penal se desvanece, disolviéndose casi del todo, también

³⁵ Cohen, A. K., “The Sociology of the Deviant Act: Anomie and Beyond”, *American Sociological Review*, vol. 30, 1965, pp. 5 y ss.

³⁶ *Cfr.* Cass., 19 de octubre de 2001, *Cass. Pen.*, 2002, p. 205.

³⁷ *Cfr.* Sutherland, E. H. y Cressy, D. R., *Criminología*, Milán, Giuffrè, 1996, p. 118.

en razón de que se recurre a las así llamadas “técnicas de neutralización”³⁸ por parte de quienes alimentan la “práctica de la *tangente*”.³⁹

VII. LOS EFECTOS ECONÓMICOS DE LA CORRUPCIÓN.

REBOUND CRIMINOLÓGICO

La evolución estructural de las dinámicas de los intercambios corruptivos determina un movimiento del baricentro del análisis empírico de la corrupción, desde los aspectos tradicionalmente más ligados al comportamiento de los funcionarios públicos hacia los mecanismos que están detrás de la generalización y de la internacionalización de las prácticas corruptivas, y, además, hacia el impacto que ellas pueden tener sobre los mecanismos del comercio o sobre la economía.

La dificultad para identificar la corrupción con el “modelo mercantil”,⁴⁰ es decir el ideal tipo de la *baratteria*⁴¹ descrito por Francesco Carrara, así como la conciencia de las interrelaciones con la criminalidad asociativa y/o con la de la empresa, comportan la tendencia gradual a proponer para la corrupción una colocación dentro del contexto de la criminalidad económica.⁴² Ello se debe, además, al efecto del crecimiento criminal a través del cual se llega a la realización de los delitos de corrupción, que, si se cometen en el ámbito de las actividades de la empresa, presuponen en términos generales comportamientos ilícitos para la formación de fondos extrapresupuestales, y necesitan, en concreto, la actividad de “lavado” del dinero.

El binomio corrupción-actividad de empresa —meramente posible en la época de la formalización de las normas por parte del legisla-

³⁸ Cfr. Sykes, G. y Matza, D., “Technique of Neutralization: A Theory of Delinquency”, *American Sociological Review*, 1957, pp. 664 y ss. Cfr., además, Forti, G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milán, Cortina, 2000, pp. 499 y ss. (en particular, 505 y ss.).

³⁹ Sobre la demarcación subcultural véanse las consideraciones de Paliero, C. E., “L'economia della pena (un *work in progress*)”, *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2005, p. 1386.

⁴⁰ Cfr. Spena, A., *Il “turpe mercato”*, Milán, Giuffrè, 2003, pp. 20 y ss. En modo más amplio, Manes, V., “La frontiera scomparsa: logica della prova e distinzione tra corruzione propria e impropria”, en Fornasari, G. y Luisi, N. D. (coords.), *La corruzione: profili storici, attuali europei e sopranazionali*, Padua, Cedam, 2003, pp. 235 y ss.

⁴¹ El verbo *barattare* significa trueque, intercambio (n. del t.).

⁴² Manacorda, S., *La corruzione internazionale del pubblico agente: linee dell'indagine penalistica*, Nápoles, Jovene, 1999, p. 15.

dor en 1930, pero más presente en el contexto de la corrupción de los años noventa— necesita una verificación más puntual de los efectos económicos que pueden determinarse de los intercambios corruptivos amplios, difusos y seriales típicos de la así llamada “corrupción sistémica”. Es necesario identificar, en otras palabras, cuáles pueden ser los reflejos de la praxis de la *tangente* sobre el mercado, sobre la economía, sobre la distribución de los recursos públicos y sobre la eficiencia de la administración pública. Acerca de esto, la copiosa literatura económica internacional documenta una serie de correlaciones —tanto *negativas* como *positivas*— entre la corrupción y una multiplicidad de parámetros y de indicadores económicos, sociales y jurídicos de los que aquí se ofrece sólo una sumaria evidencia. Las principales correlaciones de tipo *negativo* señalan que existe más corrupción cuando *menores* son: la reglamentación que favorece el nacimiento de nuevas empresas (buena *governance*); la reglamentación de la competencia y antagonismo de las empresas; el producto nacional bruto; la transparencia fiscal; la inversión extranjera directa; el nivel de instrucción de los ciudadanos; el gasto público dedicado a la educación y a la investigación; el grado de legalidad y la percepción del riesgo penal. Las correlaciones de tipo *positivo* indican, al contrario, que existe más corrupción cuando *mayores* son: la presencia de la criminalidad organizada; el costo del capital; los niveles de riesgo en las inversiones; la dimensión del sector público⁴³ y, en modo particular, de la inversión pública.⁴⁴

En relación a los efectos propiamente económicos, hay una opinión generalizada, la cual considera que la corrupción influencia negativamente el crecimiento económico, produce ineficiencia, altera la racional distribución del gasto público al grado de deprimir la produc-

⁴³ La relevancia de este último factor es evidenciada por G. Becker, cuya teoría parece ser contradicha porque los países escandinavos, aun y cuando se caracterizan por un sector público muy amplio, tienen niveles de corrupción percibida (CPI) entre los más bajos del mundo. Sobre esto, Arnone, M. e Iliopoulos, E., *op. cit.*, nota 6, p. 25.

⁴⁴ Mauro, P., “The Effects of Corruption on Growth, Investment, and Government Expenditure”, autorizado por B. Vibe Christensen, septiembre de 1996, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=882994; Mauro, P., “Corruption and Growth”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 110, núm. 3, 1995, pp. 681-712.

tividad de las obras realizadas,⁴⁵ incentiva la desigualdad social por una mala redistribución de los recursos, crea sistemas fiscales regresivos, desaconseja las inversiones extranjeras. Es más que suficiente, todo esto, para afirmar que la corrupción es un problema real, al que hay que dedicar, en paralelo, estrategias preventivas de amplio espectro, así como medidas represivas eficaces.

VIII. LA CONTRIBUCIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Los estudios de análisis económico del derecho, finalmente, le proporcionan al intérprete indicaciones de varios niveles, de modo prevalente en cuanto a la perspectiva costos-beneficios, tanto desde la perspectiva del reo, para cometer un delito, como desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, para reprimirlo.

En general, un delito representa una estrategia de comportamiento eficiente cuando la ventaja que el agente piensa que obtendrá cometiendo el acto ilícito supera la desventaja derivada de la aplicación potencial de la sanción penal.

La corrupción sistémica de los años noventa asumió los caracteres típicos del así llamado “delito eficiente” por diversas razones. En primer lugar, la *tangente* no representó para los empresarios un costo en sentido estricto dado que tal costo venía absorbido fácilmente con solicitudes de variaciones a las obras en curso o, como alternativa, con su transferencia a la colectividad mediante el abastecimiento de bienes o servicios de calidad inferior a la establecida. En segundo lugar, el riesgo penal se percibía siempre, tanto por el funcionario público cuanto por el particular, como extremadamente bajo, excepto en la breve temporada de *Mani pulite*, en la cual parece ser que el precio de las *tangenti* se había elevado en gran medida, precisamente para equilibrar el mayor riesgo de los intercambios corruptos. Finalmente, el “costo social”, en sentido beckeriano,⁴⁶ de los delitos de corrupción parece no atraer la atención de nadie, tanto por las sutiles *técnicas de neutralización* comunicadas a la opinión pública (entre ésta hay que re-

⁴⁵ Tanzi, V. y Davoodi, H., “Corruption, Public Investment, and Growth”, 1997, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=882701.

⁴⁶ Cfr. Paliero, C. E., “L’economia della pena...”, *cit.*, nota 59, pp. 1364 y ss.

cordar aquella por medio de la cual se sostiene que la corrupción es el “costo” de la democracia), como por una muy escasa difundida conciencia de los daños que derivan para el nivel económico (individual y colectivo) por las prácticas sistémicas de la criminalidad político-administrativa.

A las dinámicas del delito eficiente, además, se asemeja cada vez más la corrupción privada, caso particular delictivo aún no introducido en el ordenamiento italiano, excepto por la hipótesis de corrupción de los contralores de cuentas prevista en el artículo 174 ter, TUF,⁴⁷ pero ya descrita en sus elementos esenciales por la Convención Penal sobre la Corrupción de 1999 (artículos 7 y 8) y por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción de 2003 (artículo 21).

Si el “cuello blanco” —corrupto o corruptor— actúa en un contexto criminal caracterizado por el cálculo costos-beneficios, habría que esperarse un comportamiento tendencialmente *elástico*, es decir que se motive por la amenaza de la pena y, aun más, por la percepción del riesgo de *law enforcement*.⁴⁸ La criminalidad empresarial en general, y en consecuencia también la que se vale de comportamientos corruptivos, parece ser reconducida en modo más adecuado al paradigma “económico-indiferente”⁴⁹ cuando tienden a prevalecer los componentes subculturales y de aprendizaje del actuar criminal ilustrado por Sutherland, así como la “racionalidad de las reglas” indicadas por Aumann.⁵⁰ En un ambiente con un nivel de corrupción muy difundido, su introducción en la “subcultura de la empresa” podría probablemente minimizar el impacto de la amenaza de la pena, sobre la cual tendería a prevalecer la perspectiva —primero sólo aceptada y después interiorizada— del delito eficiente.

A partir de la escasa motivación de los protagonistas de la corrupción sistémica por parte de la norma incriminante (hecho muy plausible en el ordenamiento italiano, donde un bajo riesgo penal se conju-

⁴⁷ Testo Unico della Finanza. Decreto Legislativo núm. 58 del 24 de febrero de 1998 y reformas sucesivas (n. del t.).

⁴⁸ Se recurre a la expresión en lengua inglesa, por el diverso valor que le reconoce Derrida, J., *Forza di legge*, Turín, Bollati Boringhieri, 2003, p. 52.

⁴⁹ Paliero, C. E., “L’economia della pena...”, *cit.*, nota 59, pp. 1381 y ss.

⁵⁰ Aumann, R., *Razionalità, cooperazione, conflitto*, Brescia, Morcelliana, 2008, pp. 84 y ss.

ga con respuestas sancionatorias que se estabilizan, especialmente después de *Tangentopoli* en los niveles más bajos de la historia), algunos estudios de análisis económico del derecho ven con interés los mecanismos de prevención-represión del crimen que funcionan sobre la base del “premio”. Con ello, implícitamente, se postula que el pago de la corrupción posee un *surplus* motivante alternativo a la pena, dado el tendente comportamiento de aquiescencia por parte del destinatario. Esta idea no es del todo nueva para el lector italiano que recuerde el así llamado Proyecto Cernobbio, donde se preveía una específica causal de no culpabilidad para quien hubiese denunciado espontáneamente, o antes que otros sujetos, un episodio de corrupción (propia o impropia) dentro de un plazo de tres meses de la realización del delito, y antes de que la noticia de éste fuese inscrita a su nombre en el registro general, proporcionando indicaciones útiles para la individualización de otros responsables.⁵¹ La hipótesis que estaba en la base de esta idea era la presunta utilidad de romper *desde el interior* el vínculo de silencio entre corrupto y corruptor, para introducir un mecanismo análogo al del así llamado “dilema del prisionero”.⁵²

En la misma dirección, si bien con discutibles variaciones ligadas a incentivos pecuniarios proporcionales con respecto a la pena a infligir, se sitúa la propuesta de Cooter y Garoupa, que toma como punto de partida la insuficiencia de los mecanismos tradicionales de contraste a la corrupción, que se pueden resumir en el incremento de la *deterrenca* a través del aumento de las sanciones, de la modulación de los salarios para desincentivar la aceptación de *tangenti* y en refuerzo de los estándares morales colectivos, para proponer un sistema de incentivos para quien denuncia un episodio de corrupción y recoge pruebas contrarias al acusado. También en este caso la idea de fondo es crear “desconfianza” recíproca entre los autores de los así llamados

⁵¹ *Cfr.* artículo 10 de las “Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell’illecito finanziamento dei partiti”, *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1994, pp. 1027. Hay que señalar que la solución emerge de una compleja y no siempre lineal relación entre dato empírico y ciencia de la legislación. Palazzo, F., “Scienza penale e produzione legislativa...”, *cit.*, nota 1, pp. 718 y ss. Acerca de la propuesta Cernobbio, véase Ruga Riva, C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Milán, Giuffrè, 2002, pp. 563-566.

⁵² *Cfr.* Dixit, A. y Nalebuff, B., *Io vinco tu perdi*, Milán, Il sole-24 ore, 1993, pp. 97 y ss.

“delitos cooperativos”, así como favorecer la denuncia de una de las partes mediante un mecanismo ligado, en los Estados Unidos de América, al False Claim Act de 1863, donde se establecía que un particular podía sostener la acusación durante el juicio y buscar pruebas contra el acusado, con la perspectiva de recibir una “cuota” de la sanción pecuniaria que se le infligiese a éste, en el caso de que fuese condenado.

Más allá de la oportunidad de recurrir a un incentivo económico así estructurado, que en el ordenamiento italiano encontraría obstáculos teóricos y aplicativos sacrosantos, la fractura del equilibrio cooperativo es un elemento que merece atención, aun en medio de la extremada prudencia que debe circundar en general el uso de los informadores de la policía (los así llamados *whistleblowers*). La desarticulación del vínculo de solidaridad y de silencio es un factor que no hay que descuidar, más allá de las sugerencias que provienen de la teoría del equilibrio de Nash, con frecuencia evocada por los economistas para sostener que es necesario modificar precisamente el equilibrio del “juego” de la corrupción, orillando a los sujetos para que pasen de una conducta de “cooperación” a una de “no-cooperación”. La historia de la legislación *premier* italiana⁵³ sugiere, por otro lado, que los “sistemas criminales” —piénsese al terrosismo interno y a la criminalidad organizada, a la que se puede parangonar, por algunas características criminológicas, también la *corrupción sistémica*— se combaten no sólo con la pena sino también con un “premio”, ligado no solamente a porcentajes sobre la sanción pecuniaria que se conmina, sino a beneficios en el caso de conductas antagónicas de la parte ofendida o a opciones de disociación y/o de colaboración procesal.⁵⁴

En definitiva, la sintética reconocimiento de la contribución que las ciencias empíricas pueden dar para la comprensión de la corrupción ofrece informaciones sobre todo acerca del aspecto *criminológico* (donde la corrupción emerge en su complejidad dinámica y en la multiplicidad de sus nexos con la criminalidad organizada), de *efectividad del sistema penal-procesal* (perspectiva en la cual la corrupción se evidencia

⁵³ Imprescindible la lectura de Palazzo, F., *La recente legislazione penale*, Padua, Cedam, 1985, pp. 200 y ss., y 360 y ss.

⁵⁴ Pulitanò, D., “Rigore e premio nella risposta alla criminalità organizzata”, en varios autores, *I reati associativi*, Milán, Giuffrè, 1998, pp. 145 y ss.

como delito caracterizado por una elevada cifra negra, con bajos porcentajes de esclarecimiento, sancionado con penas poco severas), *económico* (óptica que pone en evidencia la dimensión macroeconómica del mercado de la corrupción y la dimensión microeconómica de la propensión para cometer un delito que se percibe como “eficiente”), y, finalmente, en términos del *análisis costos/beneficios* (lo que determina la exigencia de una eficaz actividad de contraste a la corrupción privada).

Al legislador, siguiendo las huellas de las solicitudes reiteradas que provienen de fuentes supranacionales y comunitarias,⁵⁵ no le queda otra opción que predisponer instrumentos de contraste para un fenómeno —como el de la corrupción— casi del todo oculto, no suficientemente objeto de reprobación social y económicamente invasivo; con la conciencia de que la lucha contra la corrupción no puede delegarse solamente al derecho penal,⁵⁶ al cual, sin embargo, se le debería restituir una cuota significativa de efectividad y de credibilidad.

⁵⁵ En el sentido de la Comunidad Europea o, como se dice ahora en vista de sus últimas evoluciones, la Unión Europea (n. del t.).

⁵⁶ Véase, sin embargo, la creación, mediante la Ley núm. 3 del 16 de enero de 2003, del *alto commissario* para la prevención y el contraste de la corrupción y de otras formas de ilícito al interior de la administración pública.