

# Revista Penal

Número 50

## Sumario

<b>Doctrina:</b>	
- Editorial. El número 50, todo un hito. por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i> .....	5
- ¿Es el feminicidio un delito de odio?, por <i>Mercedes Alonso-Niño</i> .....	9
- El ámbito de validez extraterritorial del (nuevo) régimen jurídico alemán de sanciones contra las empresas, por <i>Kai Ambos</i> .....	20
- La pena de muerte en América Latina. El abolicionismo en los Códigos, las ejecuciones extrajudiciales y algo más, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i> .....	31
- Consecuencias menos visibles (u ocultas) de la condena en el sistema español. por <i>José Luis de la Cuesta Arzamendi</i> .....	53
- La víctima en Derecho penal y su pertenencia a disintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial, por <i>Norberto J. De la Mata Barriaco</i> .....	64
- Compliance anticorrupción, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i> .....	91
- 25 años de Revista Penal y de política criminal: el ocaso del principio "societas delinquere non potest", por <i>Luigi Foffani</i> .....	105
- Sistema acusatorio, principio acusatorio, acusación y objeto del proceso penal. por <i>Juan Luis Gómez Colomer</i> .....	110
- La complicidad psíquica: entre el todo y la nada. por <i>M<sup>a</sup> del Carmen Gómez Rhero</i> .....	130
- La corrupción como amenaza a la seguridad nacional, por <i>José L. González-Cussac</i> .....	152
- El fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad (un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción), por <i>Carlos Martínez-Buján Pérez</i> .....	162
- Evolución y características actuales del Derecho penal económico, por <i>Alessandro Melchionda</i> .....	184
- El principio de legalidad como instrumento y límite de las reformas penales, por <i>Francisco Muñoz Conde</i> .....	199
- Emergencia sanitaria y (des)protección penal de vida y salud. por <i>Juan Terradillos Basoco</i> .....	209
<b>Sistemas penales comparados:</b> Cambios fundamentales del Derecho Penal en los últimos 25 años: 1997/2022. (Fundamental changes in Criminal Law in the last 25 years: 1997/2022).....	227

\* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva. Arias Montano: <http://rbbda.uhu.es/espaces/handle/10272/11778>



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

José L. González Cussac

Revista Penal, n.º 50 - Julio 2022

Ficha Técnica

Autor: José L. González Cussac

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Valencia

Title: Corruption as a threat to national security

Sumario: 1. El punto de partida. 2. Las nuevas amenazas a la seguridad nacional. 3. Derivadas de la clasificación de la corrupción como amenaza a la seguridad nacional. 4. Las respuestas a la corrupción. 5. Reivindicando el Estado de Derecho. 6. Bibliografía.

Summary: 1. The starting point. 2. New threats to national security. 3. Derived from the classification of corruption as a threat to national security. 4. Responses to corruption. 5. Claiming the Rule of Law. 6. Bibliography.

Resumen: EEUU y varias organizaciones internacionales ha catalogado la corrupción como una nueva amenaza a la seguridad nacional. Esta clasificación sitúa a la corrupción en el máximo nivel de las Agendas de Seguridad Nacional y ello comporta múltiples consecuencias políticas y también jurídicas. También implica el desarrollo de diversas respuestas, como reformas legales amplias en diferentes materias, cambios en prácticas y exégesis aplicativas de las normas, nuevos organismos preventivos y represivos, incremento de los presupuestos y hasta el recurso a los servicios de inteligencia. Desde la vigencia de los valores propios del Estado democrático de derecho, debemos modular el alcance e intromisión de esta escalada de respuestas ante tan grave fenómeno criminal.

Palabras clave: Corrupción, Seguridad Nacional, Estado de Derecho.

Abstract: The United States and several international organizations have classified corruption as a new threat to national security. This classification places corruption in the highest level of the National Security Agendas and this entails multiple consequences political as well as legal. It also involves the development of various responses, such as broad legal reforms in different matters, changes in practices and applicative exegesis of the norms, new preventive, and repressive organisms, increase of the budgets and to recourse to the intelligence services. Since the validity of the values of the Democratic rule of law, we must modulate the scope and interference of this escalation of responses to such a serious criminal phenomenon.

Keywords: Corruption, National security, Rule of law.

Observaciones: El presente artículo se ha realizado en el marco del Proyecto "Criminal compliance programs, y elaboración de mapas de riesgo, en especial en delitos ambientales y de corrupción" (cod. RI2018-097572-B-I00) de la convocatoria de 2018 de proyectos de I+D+i Retos investigación, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, ejecutado en la Universitat de València, E.U.

Rec.: 15/04/2022 Fav.: 02/05/2022

1. EL PUNTO DE PARTIDA

El presidente de los EEUU, Joe Biden, anunció el 21 de junio de 2021 que había encargado un informe de Seguridad Nacional sobre la Lucha contra la Corrupción. Un documento que concedía un plazo de doscientos días a las agencias de seguridad para que emitan sus recomendaciones sobre el desarrollo de los recursos de Estados Unidos para prevenir y sancionar a las compañías que incurran en estas prácticas. También propone asociarse con otros países para combatir la corrupción.

Justificó esta iniciativa en que la corrupción supone una amenaza para la seguridad nacional de su país. En concreto afirmó que "la corrupción amenaza la seguridad nacional de Estados Unidos, la equidad económica, los esfuerzos globales de lucha contra la pobreza y el desarrollo, y la democracia misma". Consecuentemente ordena que todos los departamentos y agencias federales relevantes mejoren su estrategia anticorrupción de manera muy específica. Por ejemplo, sobre las empresas estadounidenses deban informar sobre sus beneficiarios reales al Departamento del Tesoro, reduciendo así el alcance del secreto financiero en sus operaciones en el extranjero. La novedosa obligación de registro de los beneficiarios reales en el Departamento del Tesoro está destinada a impedir que los activos ilícitos se oculten detrás de empresas anónimas "fantasma".

Importa aquí destacar que tanto la Oficina del Director de Inteligencia Nacional como la Agencia Central de Inteligencia (CIA) también se hallan impelidas a participar en esta iniciativa anticorrupción. En este sentido se afirmaba que los EEUU, utilizarán "todas las herramientas" a su disposición para asegurar que se identifica ciertamente cualquier actividad de corrupción; es decir, dónde está ocurriendo, cómo se realiza y quién se beneficia de la misma. Porque solo tras una precisa identificación de los riesgos y amenazas corruptas se estará en disposición de adoptar las respuestas políticas y legales adecuadas.

El comunicado de Biden no solo requiere de una colaboración interna a todos los niveles institucionales, sino advierte que "Estados Unidos liderará con el ejemplo y en alianza con aliados, la sociedad civil y el sector privado para combatir el flagelo de la corrupción". De suerte que la propuesta contra la corrupción es contemplada como "una misión para el mundo entero" y una exigencia de "una gobernanza honesta y transparente".

1. Aquí se encuadrar las intervenciones preventivas sin habilitación expresa de la ONU, que han practicado y practican varios países, ya sea abiertamente, o mediante acciones encubiertas o a través del uso de drones, infringe frontal y gravemente la normativa internacional, y por consiguiente solo consisten en actos unilaterales de fuerza que quedan fuera del Derecho.

La experiencia histórica nos muestra que cuando los EEUU, emprenden una iniciativa global e integral de estas características, sus exigencias alcanzan y se expanden en todo su amplio espacio de influencia geopolítica y económica. Es decir, que ya o muy pronto comenzaremos a dar seguimiento a esta nueva iniciativa norteamericana. De hecho, casi simultáneamente, el G7 declaró el en su reunión de 3 de junio de 2021 que "la corrupción es un problema mundial acuciante", por lo que acordaron comenzar a emprender nuevas acciones colectivas a escala global.

En resumen, los EE.UU. ha pasado a calificar la corrupción como una amenaza a su seguridad nacional. Y esta recalificación comporta consecuencias mayúsculas, tanto en el plano político como en el legislativo. Para comprenderlo mejor, primero expondré el significado básico de su consideración como amenaza a la seguridad nacional. Después esbozaré sintéticamente las respuestas que esta catalogación comporta.

2. LAS NUEVAS AMENAZAS A LA SEGURIDAD NACIONAL

Ciertamente las denominadas nuevas amenazas post-Guerra Fría han contribuido a un crecimiento exponencial, difuso y continuo de la idea de seguridad. Es decir, una categoría en continua expansión y de difícil precisión. Pero esta expansión se originó mucho antes. En concreto, fue desde el final de la II Guerra Mundial, 1945, cuando los EEUU, comenzaron a identificar el tradicional concepto de "defensa nacional" (de su territorio) con el de "seguridad nacional", mucho más amplio e indeterminado. Además, semejante doctrina admite, o más bien requiere, la posibilidad de intervenir fuera de su territorio, en cualquier parte del mundo, e incluso de forma preventiva, con cualquier medio disponible y que se estime necesario.

De suerte que, ya asentada y expandida esta doctrina, el actual marco post-Guerra Fría, con sus nuevas amenazas y vectores, han estimulado la consolidación y hasta la ampliación de sus contornos. Así pues, la globalización, la irrupción de las nuevas tecnologías, y la aparición de amenazas híbridas, han venido a fortalecer esta deriva.

Ahora bien, desde el enfoque jurídico, la expansiva e indeterminada categoría de seguridad nacional ha prevalecido mayoritariamente sobre los derechos, garantías y libertades fundamentales. Esta prevalencia es general, no solo atribuible a las acciones militares o a las actividades de inteligencia, sino que abarca a

cualquier clase de intervención estatal o supra-estatal<sup>2</sup>. De modo que el paradigma de la seguridad es prevalente y por primera vez se erige en fundamento para restringir derechos. A ello se suma la resbaladiza indeterminación jurídica de la categoría de seguridad nacional que, tal vez por esta elasticidad, prácticamente siempre resulta salvada en cualquier conflicto frente a un derecho o garantía individual<sup>3</sup>. A esta solución que siempre sacrifica los derechos y libertades personales contribuye el recurso a la técnica de la *ponderación de intereses*. Semblante técnica supone una renuncia implícita a establecer reglas de solución de los conflictos, que se dejan así abiertos y en manos del decisor. Esta dejación además expresa una baja calidad normativa por insuficiencia de la actividad legislativa. lo que deriva en el consiguiente aumento del poder discrecional del gobierno y nominalmente también de las facultades discrecionales del poder judicial.

Podría decirse que el exceso de incertidumbre se transforma en una confusa gestión del miedo a la inseguridad. Y el protagonismo de esa inseguridad se muestra precisamente en la progresiva centralidad que está adquiriendo "la seguridad" y el interés por todo lo

relacionado con ella, en prácticamente todos los ámbitos<sup>4</sup>.

En síntesis, los Estados son conscientes de que el poder y la fuerza por sí mismos no se traducen en seguridad, por lo que su aproximación a ésta se realiza, o trata de realizarla, a través de una perspectiva integral y multifuncional. Esta perspectiva se refiere, de una parte, a la necesidad de llevar a cabo acciones conjuntas y coordinadas por parte de los Estados, para hacer frente con eficacia a los riesgos y amenazas globales más relevantes. De otra, suscribe un enfoque de la seguridad en el que se conjugan muchos elementos de diferente naturaleza<sup>5</sup>. Se trata de un planteamiento comprensivo de la seguridad, que reconoce tanto una permeabilidad fronteriza entre las distintas áreas tradicionales de seguridad (exterior - interior), como un equilibrio entre sus dimensiones políticas, económicas, social-culturales y ambientales<sup>6</sup>.

En cualquier caso, las restricciones de derechos fundamentales acordadas en salvaguarda de la seguridad nacional también están sometidas a la ley fundamental. esto es, han de ser tomadas de "conformidad al Derecho". De aquí la imperiosa necesidad de avanzar en

la elaboración de un concepto de seguridad nacional compatible con nuestro sistema de libertades<sup>7</sup>.

pues bien, estas Agencias de Seguridad Nacional convienen en la actualidad las siguientes amenazas<sup>8</sup>: conflictos bélicos; espionaje y ciberespionaje; ciberamenazas; desintegración; nuevo terrorismo; crimen organizado transnacional; extremismo ideológico; desahastamiento o escalada de precios de las materias primas, alimentos, agua y energías; salud (pandemias) y medioambiente (cambio climático). Y ahora hemos de añadir a esta lista la corrupción.

Esta decisión no puede sorprender si atendemos a la doctrina de la "guerra económica", o si simplemente si tomamos en consideración las reglas de la competitividad global en el nuevo siglo<sup>9</sup>.

### 3. DERIVADAS DE LA CLASIFICACIÓN DE LA CORRUPCIÓN COMO AMENAZA A LA SEGURIDAD NACIONAL

En la Convención ONU contra la corrupción (Nueva York, 31 de octubre 2003) no se contiene una definición legal de corrupción<sup>10</sup>. Más recientemente la Comisión Europea la define como *el abuso de poder o la inerción en el proceso de toma de decisiones a cambio de un incentivo o ventaja indebida*. En este sentido podemos sostener que sus rasgos esenciales comunes son la infracción de una norma, que conduce a una desviación de la finalidad de la actividad o función (abuso de poder o incorrección en el proceso decisio-

no); y ello a cambio de recibir, ofrecer o reclamar una contraprestación indebida. Ciertamente la corrupción puede predicarse tanto en el seno de la función pública, como también en el de las actividades privadas. Sin embargo, no cabe duda que la primera tiene consecuencias más graves y por consiguiente es la que centra la mayor atención. De ahí que una definición muy sencilla es la siguiente: *el abuso de un puesto público con el fin de obtener una ganancia privada*.

7 Una exposición crítica de las restricciones de derechos y libertades como consecuencia de una concepción limitada de la seguridad en relación a los delitos de terrorismo, puede verse en SERRA CRISTOBAL, R.: "La seguridad como amenaza", Valencia (Tirant lo Blanch), 2020.

8 El aumento exponencial de los procesos migratorios en puridad no se considera como una amenaza, sino como un desafío o reto para la seguridad nacional.

9 RIVERA VELEZ, F. y SANJOSÉ-RUBERT PASQUAL, D.: "Crimen organizado y seguridad multidimensional", Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, p. 90 y ss. Que profundiza en su consideración como amenaza híbrida y estratégica y en su desafío a los sistemas democráticos.

10 Cf. OLIER, Eduardo: "La guerra económica global", Valencia (Tirant lo Blanch), 2018.

11 Consultar también la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996), en el marco de la OEA, y la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción (2003).

12 Excelente la metodología, datos y análisis contenidos en CHARRON, Nicholas: LAPUENTE, Victor: BAUHR, Monika: "Sub-national Quality of Government in EU Member States: Presenting the 2021 European Quality of Government Index and its relationship with Covid-19 indicators", Göteborg University (QoG), 2021.

2 No obstante, no puede olvidarse la singular manera en que el conflicto entre seguridad nacional y derechos individuales se plantea en las actuaciones de los servicios de inteligencia. Por ejemplo, MARTIN, K.: *Intelligence, terrorism, and Civil Liberties*, en Human Rights Magazine, Winter 2002, p. 1 y ss.; y en nuestra literatura, SANJOSÉ-RUBERT PASQUAL, D.: *Seguridad vs. Libertad: el papel de los servicios de inteligencia*, en Cuadernos Constitucionales de la Catedra Fadiuá Cerol, nº 48, (Universitat de Valencia) 2004, p. 85 y ss.; y GALVACHE VALERO, F.: *La inteligencia de la amenaza global: presupuesto básico de la respuesta*, disponible en <http://www.ijudmmonitor.org/>; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; LARRIBA HINOLAR, B.; FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.: *Derecho, en Inteligencia* (coord. José L. González Cussac), Valencia (Tirant lo Blanch) 2012, p. 281 y ss.

3 En la literatura jurídica española ya se había críticamente de "unintento de categorización", así, REYENGA SÁNCHEZ, M.: "Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado", en "Acceso judicial a la obtención de datos", Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, nº 25, Madrid (CGPJ) 1997, p. 7.

4 En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y FLORES GIMENEZ, F.: *Una metodología para el análisis de las amenazas y riesgos, y la evaluación e impacto de las respuestas. Especial consideración del efecto sobre los derechos y libertades fundamentales, en Seguridad global y derechos fundamentales*, Cuaderno de Estrategia nº 188, IESE, Ministerio de Defensa, Madrid 2017, afirmo: "La preocupación por la seguridad no está, desde luego, injustificada. La nueva realidad del terrorismo (hasta hace unos años periférico, hoy desplazado hacia el centro de la civilización occidental), de los conflictos armados, del espionaje, del crimen organizado, ..., así como los nuevos métodos de acción (fundamentalmente tecnológicos y a través del ciberespacio) y sus consecuencias (inestabilidad financiera, cambio climático, escasez energética, flujos migratorios masivos), obliga a los Estados a reinventar los medios con los que combatir esas amenazas y cumplir así la función de protección ciudadana y del sistema constitucional que se espera de ellos. Es evidente que no resulta una tarea fácil" (p. 17).

5 GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y FLORES GIMENEZ, F.: *Seguridad global y derechos fundamentales. Una propuesta metodológica, en Seguridad y derechos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, p. 27.

6 En este punto, véase BALLESTEROS, Miguel Ángel: *En busca de una Estrategia de Seguridad Nacional*, Madrid, IESE - Ministerio de Defensa, 2015, pp. 103 y ss. También, una descripción clara y matizada de las distintas perspectivas de la seguridad la encontramos en LABORIE, Mario: *La evolución del concepto de seguridad. Documento marco del IESE*, núm. 05/2011, p. 3. En él se señala como la "seguridad integral" al menos en sus orígenes, mantiene al Estado como objeto central de la seguridad, mientras que otras aproximaciones, como la "seguridad humana", opta por priorizar en su atención a la persona y sus derechos humanos, llegando a considerar al Estado como un elemento generador de inseguridad. Se trata, en cualquier caso, de visiones que han sufrido una evolución significativa en los últimos años.

todas las sociedades y en todo tiempo y lugar<sup>13</sup>. Sin embargo, y por ello mismo, resulta imprescindible determinar cuantitativa y cualitativamente su incidencia en un sistema, para así, determinar su nivel de impacto, daño y riesgo, adoptar las medidas necesarias.

De los diversos instrumentos y estudios ya existentes en esta materia, aquí tomaré solo algunas variables<sup>14</sup>.

En primer lugar, para desterrar el mito de la convivencia económica de la corrupción o de su configuración en la extraña categoría de "delitos sin víctimas"<sup>15</sup>. En efecto, porque la complejidad de los delitos socioeconómicos y de empresa, entre los cuales cabe resaltar a los relativos a la corrupción, facilitan un cierto abandono en su seguimiento riguroso por la opinión pública. Esto no contradice su indudable impacto instantáneo, pero sí difumina la generación de una sólida conciencia y reprobación social frente a su práctica.

En segundo término, todos los estudios existentes contribuyen a perfilar cada vez con mayor precisión la monstruosa dimensión de la corrupción. Por ejemplo, con el célebre escándalo de los "Papeles de Panamá" se filtraron alrededor de 11,9 millones de archivos que evidencian la dimensión mundial del fenómeno. Por si había alguna duda, las redes electorales operan a escala global con autoridades, funcionarios, empresarios y profesionales implicados de casi cien países<sup>16</sup>.

Y como tercer dato, por poner uno solo, según la Oficina contra la Droga y el Delito de la ONU, cada año se pagan en sobornos en el mundo alrededor de un billón de dólares norteamericanos y cerca de 2 ó 3 billones directamente desviados de su finalidad pública y desviados a ilícitas ganancias privadas. Y en la UE se estima entre 5.800 y 9.600 millones de euros anuales en pérdidas solo en la contratación pública.

Por consiguiente, la corrupción no solo socava la confianza de los ciudadanos en el sistema democrático, sino que es una variable fundamental en el desarrollo económico. Por tanto, siempre ocasiona víctimas y afecta profundamente a la calidad de la democracia. En este sentido se manifiesta en una serie de comportamientos socialmente muy dañinos, y que en consecuencia deben ser sancionados y perseguidos jurídicamente.

Todo lo anterior explica su consideración reciente como amenaza a la seguridad nacional. Y, en consecuencia, a esta calificación corresponde un nivel máximo de respuestas por parte de los Estados y de los organismos internacionales.

#### 4. LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN

A efectos expositivos diferenciaré dos grandes clases de respuestas que ofrecen los Estados y los organismos internacionales para hacer frente a este fenómeno que genéricamente denominamos corrupción. La naturaleza de las respuestas nos conduce a distinguir las que toman la forma de políticas públicas de las que se traducen en normas a través de un proceso formalizado.

Así pues, en primer lugar, lo enfrentan a través de un conjunto de políticas públicas de muy diversa naturaleza, abarcando desde políticas sociales hasta una política criminal en sentido estricto, y pasando ahora, naturalmente, por políticas de seguridad.

Las políticas públicas están formadas por el conjunto de acciones, fundamentalmente de los gobiernos, rígidas a hacer frente a los problemas específicos que afectan a la corrupción. Dichas acciones deben estar respaldadas por un proceso previo de diagnóstico y viabilidad y sus objetivos son de interés público.

Por política pública podemos entender el tipo de necesidad colectiva que se busca satisfacer; el modo en que esta se realiza y desarrolla; el resultado obtenido. De esta forma se facilita una evaluación de los resultados y se accede al conocimiento de los errores o desviaciones que permitirán emprender las modificaciones oportunas para mejorarlos.

Es común medir las políticas públicas conforme a una serie de condiciones generales para que puedan tener éxito: coordinación y coherencia entre los sectores competentes; la capacidad de adaptación al contexto en el que se aplican y a los cambios; la estabilidad de las mismas, esto es, su duración y permanencia en el tiempo; así como la eficiencia de las mismas.

En segundo lugar, se hace frente a la corrupción mediante la adopción de respuestas legales, jurídicas o normativas. Dentro de éstas propongo a su vez diferenciar entre respuestas legislativas clásicas: sistami-

como la prueba digital; las acciones proactivas del Estado; la prueba de inteligencia; el recurso a infiltrados, al agente provocador y al valor probatorio de la declaración de co-imputados arrepiados. Pero igualmente referimos al recurso de actividades de vigilancia electrónica de las comunicaciones mediante medios técnicos y de grabación de las conversaciones; el seguimiento y (hervoreo) de personas; los registros personales (intervenciones corporales) y entradas y registros en domicilios; el levantamiento del secreto bancario, la colaboración obligatoria de las entidades financieras y otras medidas de facilitación de las investigaciones financieras en el patrimonio de los sospechosos y condenados; determinadas reglas sobre aplicación *in territorio* de las leyes penales; la promoción de la cooperación judicial y policial internacional; especialidades en materia de extradición; otras formas menores de auxilio judicial; y, la creación o fortalecimiento de órganos judiciales, fiscales y policiales especializados en la investigación y enjuiciamiento de estos delitos. También ahora cobra fuerza el debate para la creación de una suerte de Tribunal Penal Internacional contra la Corrupción.

Por último, en lo que he denominado respuestas interpretativas, es decir, criterios exegéticos aplicados por la jurisprudencia y en gran medida nacidos en propuestas doctrinales, únicamente me referiré a los ámbitos donde más se aprecia el recurso a tesis materiales que conducen a una ampliación punitiva, incluso más allá del tenor literal del texto legal. Así, por ejemplo, en la comprensión de la comisión por omisión (expansión y extensión de la posición de garante); en la autoría y participación (concepto unitario o extensivo de autor; *accessorium del particeps*); y en la frontera entre dolo e imprudencia (criterio de la ignorancia deliberada; o ciertas concepciones expansivas del dolo).

Pero todas las respuestas legales parecen coincidir en una finalidad: *llegar a la cabeza de la hidra*. Esto es, en tratar de averiguar la responsabilidad penal de todos los implicados en una trama corrupta y alcanzar a sus "últimos responsables". Lo que indudablemente da lugar a causas penales interminables y a "macroprocesos".

En este sentido, es ya evidente el grave conflicto entre los deberes de denuncia y de otra parte el secreto de empresa, el secreto profesional y desde luego en ocasiones el derecho a la intimidad. La Directiva (UE) 2019/1937, *relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión*, viene si u a reforzar esta tendencia internacional de

vas, procesales y penitenciarias, esto es, las originadas en el poder legislativo, y de otra parte (las respuestas interpretativas, es decir, las generadas desde la aplicación de las normas legales por medio de decisiones judiciales, muchas veces tomadas de propuestas doctrinales).

Entre las respuestas legales originadas en el poder legislativo podemos subrayar las siguientes tendencias en derecho penal sustantivo: nuevas figuras delictivas, como el enriquecimiento ilícito o la próxima de "posesión de bienes injustificados"<sup>17</sup>, auto-blanqueo; corrupción en el sector privado; financiación ilegal de partidos políticos. También la reformulación de figuras clásicas como cohecho y malversación; la inclusión de normas premiales para arrepiados (atenuación o remisión de la pena) y ahora las normas específicas de protección del denunciante recogidas por ejemplo en la Directiva (UE) 2019/1937; el endurecimiento del sistema de penas y de otras consecuencias con acento en la prevención general negativa (intimidación) e incluso con el retorno de la finalidad de prevención especial negativa (inocuidación). Esta tendencia no solo se proyecta sobre las penas privativas de libertad, sino también sobre las privativas de derechos, en particular sobre las penas de inhabilitación. Y, desde la luego la incorporación de nuevas penas y otras consecuencias jurídicas del delito, como el comiso ampliado o confiscación, o los procesos de "extinción de dominio".

La estrecha conexión de la corrupción con la criminalidad organizada obliga a citar también el delito de *persecución* o integración en grupos u organizaciones criminales como una de las respuestas legales más contundentes. Y del mismo modo, muchas de las figuras de delitos de corrupción comparten una estructura típica que persigue la anticipación, y la facilitación de la prueba, con lo que provoca un adelantamiento notable de la intervención punitiva.

Entre las respuestas legales originadas en el poder legislativo también podemos subrayar las diversas reformas del sistema penitenciario y de la ejecución de las penas, entre las que sobresalen la posibilidad de aplicar medidas post-penitenciarias (por ejemplo, libertad vigilada). A las que habría que añadir ciertas especialidades en materia de responsabilidad civil *ex delicto*. Los diversos instrumentos normativos para lograr una efectiva excusión de bienes y las reglas de preferencia en el pago de multas y otras obligaciones pecuniarias<sup>18</sup>. En materia de respuestas legales de naturaleza procesal, enumerar toda una serie de nuevas herramientas

17 Así formulada en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 20 de noviembre de 2008, sobre "Proyectos de la delincuencia organizada. Garantizar que el delito no resulte provechoso".  
18 Junto a las consecuencias estrictamente penales, debemos tomar en consideración las consecuencias derivadas de naturaleza administrativa, como la imposibilidad de contratar con la Administración, la de ser administrador de sociedades o la de limitaciones al acceso a la función pública.

13 Su complejidad también afecta a la misma definición y delimitación jurídica. Entre otros AMBOS, K. y URKIZO, Gustavo: "Corrupción punible y acuerdo ilícito: una aproximación al concepto de *Unrechtsverbarung*", en Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXI, 2021.  
14 De gran interés las sucesivas recopilaciones y evaluaciones de PONCE SOLÉ, J. y VILLORAMENDIETA, M. (directores): "Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de su Regulación 2020". Madrid (Fundación Democracia y Gobierno Local), 2021.  
15 En el contexto español, imprescindible el extraordinario estudio de FERNÁNDEZ STEINKO, A.: "La economía ilícita en España", Madrid (Alianza), 2021.  
16 Una aproximación desde el conocimiento de los "paraísos fiscales" en SHAXSON, Nicholas: "Las islas del Tesoro", (traducción Lilia Mosconi), Buenos Aires (Fondo de Cultura Económica de Argentina), 2011. También de gran utilidad al proporcionar métodos para calcular el dinero negro circulante en el mundo, ZUCMAN, Gabriel: "La riqueza oculta de las naciones. Investigación sobre los paraísos fiscales", Barcelona (Pasado&Presente), 2014.



"lucha" contra la corrupción, bien sea a través de las "investigaciones internas", o de la específica protección del denunciante, sea un "interno" o un "externo" a la entidad". En España ya asistimos al conflicto en el célebre y debatido asunto *Falciani* y la intensa polémica acerca de la licitud de la prueba derivada.<sup>19</sup>

Esta contundente iniciativa de la UE, también hay que situarla en una estrategia más amplia e integral, que líneas más arriba hemos visto que ahora es impulsada por los EEUU. En efecto, aquella que enlaza directamente con la preocupación y necesidad de conocer al titular real y al beneficiario último de estos complejos entramados corporativos. Porque los verdaderos titulares que disfrutan las ganancias siempre son personas naturales y no simples apañados de correos o sociedades en sus múltiples variedades. De aquí que la Recomendación 24 del GAFI consista precisamente en la creación de un "registro de beneficiarios últimos".

De modo que, la nueva normativa de protección del denunciante y la creación de canales específicos de denuncia, junto a la propuesta de creación de registros de beneficiarios últimos, deben entenderse como simples instrumentos y no como fines en sí mismos. Ambas herramientas resultan esenciales para romper el miedo a denunciar a los corruptos y corruptores que se amparan en una suerte de "ley del silencio".

Finalmente, para cerrar este apartado sobre las derivadas de considerar a la corrupción como una amenaza a la seguridad nacional, es preciso advertir de la siguiente reflexión. Como ya ha ocurrido con otros fenómenos tradicionalmente considerados delitos, como terrorismo, crimen organizado o extremismo ideológico, entre las respuestas, los Estados, coherentemente con su catalogación al máximo nivel de peligro para la supervivencia social e institucional, acuden a todos sus recursos para neutralizarlas. Así, en estos casos es ya habitual el recurso a las fuerzas armadas y a los servicios de inteligencia. Ahora bien, el grado de su intervención dependerá de múltiples factores de diversa naturaleza (políticos, institucionales, económicos y jurídicos). En todo caso ya dejan de ser apreciados como meras infracciones competencia exclusiva de las administraciones de justicia. Por ello, cuando integran la categoría de amenaza y delito conforman un com-

ple, encaminadas a neutralizar, disminuir o disuadir las amenazas y conflictos.

La inteligencia no opera en el ámbito trazado por la descripción de hechos delictivos, sino en la esfera de situaciones en todo caso "pre-delictuales", es decir, que todavía no son delictivos y quizás nunca lo sean, pero *in ante*, ahora, constituyen riesgos potenciales para la seguridad. De modo que, en comparación de las infracciones, esas, las amenazas, resultan de muy compleja precisión. Pero a la vez, la inteligencia se elabora con informaciones incompletas, contradictorias, y de diversa fiabilidad. De ahí que no se trata de adivinar el futuro, sino de analizar y evaluar las tendencias, evoluciones, escenarios y probabilidades de un determinado fenómeno. De un modo muy simple, podría decirse que la inteligencia ha de responder a este esquema: describir, explicar, comprender y predecir. Justamente es aquí donde reaparecen con fuerza las ideas de pronóstico y anticipación.

Esta idea de anticipación se observa más nitidamente al cotejar las funciones de los servicios de inteligencia con las categorías de "investigación criminal/policial" e "inteligencia criminal/policial". Y ahora, al enfocarse al fenómeno de la corrupción, volverá a ser determinante su influencia en todos los órdenes, incluido el penal material y el procesal.

Así pues, como he expuesto, viejos fenómenos de delincuencia común, en particular terrorismo, criminalidad organizada, extremismo y ahora corrupción, han pasado de ser considerados como simples "riesgos" a la seguridad nacional, hasta alcanzar la máxima categoría de "amenaza". Así pues, se encuentran al mismo nivel que los eventuales ataques de fuerzas armadas de países hostiles. Todos los documentos nacionales o internacionales sobre estrategia y seguridad así lo confirman. Por consiguiente, desde esta declaración de junio de 2012, la corrupción transnacional y ciertos casos graves de corrupción doméstica ya no se analizarán como una cuestión meramente criminal, sino que comportará otras muchas proyecciones que la tradicional corrupción nunca tuvo. Todo ello conlleva muchos cambios y sobre todo abre numerosos interrogantes, también en nuestro ámbito, como ya vamos observando.

En resumen, a partir de este momento iremos asistiendo a un renacer y fortalecimiento de diferentes clases de respuestas frente a la corrupción transnacional.

5. REIVINDICANDO EL ESTADO DE DERECHO

No voy a cuestionar la idoneidad de declarar la corrupción como una amenaza a nuestra seguridad, en la que desde luego se incluye la defensa del Estado democrático de Derecho. Y eso significa, obvio es, que las respuestas deben acomodarse a las exigencias de este modelo de organización social y ejercicio del poder. Por consiguiente, al igual que exprese en trabajos anteriores en relación al terrorismo o al crimen organizado, también aquí, este nuevo hito de amenaza y delito debe ser enfrentado con contundencia, pero siempre dentro de los márgenes constitucionales.

En esta línea, lo importante a la hora de equilibrar esta ecuación libertad-seguridad, lo debido en el contexto de los Estados de Derecho, es la búsqueda y determinación de procedimientos que, conociendo y teniendo muy en cuenta la realidad securitaria, eviten que el precio a pagar por "un mundo más seguro" sea la degeneración del sistema democrático.<sup>20</sup>

Con precisión describió BECK esta situación en la que vivimos inmersos en el seno del Estado democrático de Derecho: "Buena muestra del poder de la percepción del riesgo es que incluso dentro de las democracias desarrolladas hoy derechos civiles y políticos fundamentales que de pronto resultan revocables (y revocados), y encima con el asentimiento de la arrolladora mayoría de una población democráticamente experimentada. Ante la alternativa entre seguridad y libertad, los gobiernos, parlamentos, partidos y población (que, si no, cumplirían y se bloquearían recíprocamente) se deciden, tan rápidamente como rápidamente se restringen de las libertades fundamentales". Podría decirse que, en la gestión de las amenazas y riesgos contra la seguridad, los Estados se ven "obligados" a limitar los derechos fundamentales, piezas del sistema político que constituyen nada menos que la "expresión del supremo orden de valores de la convivencia".<sup>21</sup>

Por tanto, más allá de consideraciones pragmáticas, la limitación de las libertades por las medidas contra las amenazas no puede dejarse fuera de la consideración integral de la seguridad. Porque los derechos fundamentales forman parte de la seguridad de las personas que aquellas medidas, aun adoptadas legítimamente, pueden llegar a vulnerar. De modo que, frente a los peligros globales, es necesario evaluar, jurídicamente, cómo impactan las respuestas del Estado en las libertades de sus ciudadanos, y decidir en cada caso si ese impacto es admisible.

binado que podemos denominar como híbrido. Justamente un híbrido porque es la vez amenaza y delito, lo que exige multitud de muy diferentes respuestas. Todas concurrentes y de la mayor contundencia.

Sólo a título de ejemplo, interesa observar como la corrupción, al convertirse en una amenaza a la seguridad nacional, será monitorizada por los servicios de inteligencia. Al menos, naturalmente, sus manifestaciones más graves, y entonces esa vigilancia y actuación estarán sometidas al régimen del secreto de Estado. Con ello, a los procedimientos de clasificación de información, seguirá todo el entramado jurídico propio de la naturaleza de estas actividades. Entre las mismas, el problemático acceso judicial a información clasificada, la discusión sobre la llamada "prueba de inteligencia" o el alcance de las denominadas "informaciones compartidas".

La impronta de su calificación como amenaza y la consecuente intervención de los servicios de inteligencia, ya la hemos podido apreciar en el marco de la "lucha" contra la criminalidad organizada. Pero ha sido en la "guerra contra el nuevo terrorismo", donde a partir del 11 septiembre de 2001, ha alcanzado un relieve máximus, en las últimas décadas asistimos a un incremento de los actores de inteligencia y correlativamente a la exportación de su metodología a otros ámbitos y niveles.<sup>22</sup>

En este contexto si conviene subrayar que el sello de identidad de un servicio de inteligencia sigue siendo el secreto. Pero desde la perspectiva de su funcionamiento su esencia reside en la anticipación. En efecto, porque la actividad de una agencia de inteligencia se desarrolla conforme a un proceso periódico y jerarquizado, denominado ciclo de inteligencia. En este sentido, la inteligencia es un producto, es decir, el resultado de esta secuencia consistente en la aplicación de conocimiento para interpretar, analizar y evaluar información relevante sobre un determinado asunto que supone una amenaza. Su misión es aportar conocimiento a las autoridades responsables para que puedan comprender los fenómenos sociales, sus variables, potenciadores, vectores y evolución, posibilitando de este modo que éstas tomen decisiones con la menor incertidumbre po-

19. Cf. ALCÁZAR GUIRÃO, R.: "Investigaciones internas" en AYALA GÓMEZ, I. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coords.): *Penal económico y de la empresa 2016-2017*, Madrid (Francis y Taylor), 2016.  
20. Cf. Desde AAN 19/2013, STS 116/2017 y STC Pleno 97/2019.

21. El intercambio de información a través de internet es ya un clásico en esta materia. A esta organización pertenecen ciento cuarenta países y anualmente intercambian alrededor de ciento cuarenta millones de informes, ya sea mediante el sistema de circulares rojas o el de "difusiones". Y desde luego no está exenta de advertencias desde la perspectiva de los derechos humanos, por el sesgo de los perfiles, por su abuso o por la utilización de Estados autoritarios en la persecución encubierta de disidentes. Estas alertas proceden tanto del Parlamento de la UE como de la Secretaría de Estado de los EEUU, además de organizaciones como Fair Trials.

22. Esta idea ya la desarrolló entre otros trabajos en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: "Apuntes de un Derecho penal híbrido, en Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig, Montevideo-Buenos Aires (IBaEF), 2017, p. 91 y ss.

23. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y FLORES GIMÉNEZ, F.: "Seguridad global y derechos fundamentales. Una propuesta metodológica", en *Seguridad y derechos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, p. 41.  
24. BECK, Ulrich: "Poder y contrapoder en la era global. La nueva economía mundial", Barcelona (Payós), 2004, p. 39.  
25. STC 2182, de 29 de enero.

En resumen, la metodología aquí esbozada a partir de su justificación se dirige a eslabonar un enfoque verdaderamente integral de la seguridad, un enfoque que incorpore el respeto al Estado de Derecho y a la garantía de los derechos fundamentales. La fórmula se condensa en tres pasos: un análisis riguroso de las amenazas, para saber cuál es el problema y su proporción; la determinación de la respuesta, así como el seguimiento de su **eficacia** y la **valoración** del impacto que la **respuesta tiene sobre los derechos** de las personas y el orden constitucional en su conjunto.

En cualquier caso, tampoco puede olvidarse, como el propio BECK formuló, la decadencia de los Estados-Nación y consiguientemente de sus reglas. Prescindidamente en esta nueva tendencia expansiva se inscribe ahora el nuevo paradigma de reacciones frente a la corrupción. En efecto, un rasgo el derecho penal actual es que la producción normativa no procede solo de los Estados, sino que constituye una fuente cada vez más importante el derecho internacional. Este fenómeno consistente en una suerte de **multilateralidad**, podemos denominarlo **globalización del derecho penal** y ha de inscribirse en el fenómeno general de la globalización.

5. BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, K.; CARO CORIA, D. C.; MALARINO, E.: *“Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y Derecho comparado”*. Lima (Jurista editores), 2015.

AMBOS, K.; y URKIZO, Gustavo: *“Corrupción punible y acuerdo ilícito: una aproximación al concepto de Unrechtsvereharung”*, en Estudios Penales y criminológicos, vol. XXI, 2021.

BALLESTEROS, Miguel Ángel: *“En busca de una Estrategia de Seguridad Nacional”*, Madrid, IIEE – Ministerio de Defensa, 2016.

BECK, Ulrich: *“Poder y contrapoder en la era global. La nueva economía mundial”*. Barcelona (Paydós), 2004.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y LIBERTADORES S. BECHARA, Ana Elisa (coordinadores): *“Estudios sobre la corrupción. Una reflexión Hispano Brasileña”*. Universidad de Salamanca, 2013.

CARRILLO DEL TESO, A. E.: *“Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español”*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2018.

CASTILLO BLANCO, F. A.: *“Compliance e integridad en el sector público”*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2019.

CHARRON, Nicholas; LAPUENTE, Victor; BAUHR, Monika: *“Sub-national Quality of Government in*

*EU Member States: Presenting the 2021° European Quality of Government Index and its relationship with Covid-19 indicators”*. Göteborg University (QoG), 2021.

DEMETRIO CRESPO, E. y NIETO MARTÍN, A. (directores): *“Derecho penal económico y Derechos Humanos”*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2018.

DE ALMEIDA MENDOZA, A. L.; ESTELLA NAGLE, I.; RODRÍGUEZ-GARCÍA, N.: *“Negociación en casos de corrupción: fundamentos teóricos y prácticos”*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2018.

DE ALMEIDA MENDOZA, A. L. y RODRÍGUEZ-GARCÍA, N.: *“El principio de validez de la prueba en casos de corrupción”*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2019.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto: *“La respuesta a la corrupción pública”*. Granada (Comares), 2004.

ENZENSBERGER, H. M.: *“Política y delito”*. Barcelona (Anagrama), 1987.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (coordinador): *“La corrupción: aspectos jurídicos y económicos”*. Universidad de Salamanca, 2000.

FERNÁNDEZ STEINKO, A.: *“La economía ilícita en España”*. Madrid (Alianza), 2021.

GALVACHE VALERO, F.: *“La inteligencia de la amenaza global: presupuesto básico de la respuesta, disponible en <http://www.jihadmonitor.org/>”*.

GILL PASCUAL, A.: *“El delito de corrupción en el sector privado”*. Madrid (Marcial Pons), 2017.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; LARRIBA HINOJAR, B.; FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.: *Derecho, inteligencia* (coord. José L. González Cussac). Valencia (Tirant lo Blanch) 2012.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y FLORES GIMÉNEZ, F.: *Una metodología para el análisis de las amenazas y riesgos, y la evaluación e impacto de las respuestas. Especial consideración del efecto sobre los derechos y libertades fundamentales*, en *Seguridad global y derechos fundamentales*, Cuaderno de Estrategia nº 188, IIEE, Ministerio de Defensa, Madrid 2017.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y FLORES GIMÉNEZ, F.: *“Seguridad global y derechos fundamentales. Una propuesta metodológica”*, en “Seguridad y derechos”, (J. L. González Cussac y F. Flores Giménez coords.), Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, pag. 25 y s.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *“Aportes de un Derecho penal híbrido”*, en Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig, Montevideo-Buenos Aires (IBdeF), 2017.

LABORIE, Mario: *“La evolución del concepto de seguridad”*. Documento Marco del IIEE, núm.05/2011.

MARTÍN, K.: *Intelligence, terrorism, and Civil Liberties-19 indicators”*. Göteborg University (QoG), 2020.

MATALLIN EVANGELIO, A. (directora): *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018.

NUÑEZ PAZ, M. A.: *“Blanca. corrupción política y función pública. Una nueva agravación penal bajo el umbral de la Unión Europea”*. Revista Penal, nº. 49, enero 2022, p. 101 y s.

OLIER, E.: *“Los ejes del poder económico. Geopolítica del tablero mundial”*. Madrid (Pearson), 2016.

OLIER, E.: *“La guerra económica global”*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2018.

PONCE SOLÉ, J. y VILLORIA MENDEIETA, M. (directores): *“Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de su Regulación 2020”*. Madrid (Fundación Democracia y Gobierno Local), 2021.

QUERALT JIMÉNEZ, J. y SANTANA VEGA, D. M.: *“Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho”*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2017.

REVENGA SÁNCHEZ, M.: *“Razonamiento judicial. seguridad nacional y secreto de Estado”*, en “Acceso judicial a la obtención de datos”, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial. nº 23, Madrid (CGPI) 1997.

RICO, José María y SALAS, Luis: *“La corrupción Pública en América Latina”*. Centro para la Administración de Justicia, Universidad Internacional de Florida, Miami (IEEU), 1996.

RIVERA VELEZ, F. y SANSÓ-RUBERT PASCUAL, D.: *“Crimen organizado y seguridad multidimensional”*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2021.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: *“Compliance y justicia colaborativa en la prevención de la corrupción”*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2020.

SANSÓ-RUBERT PASCUAL, D.: *Seguridad vs. Libertad: el papel de los servicios de inteligencia*, en Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerol, nº 48. (Universitat de Valencia) 2004. p 85 y ss.

SHAXSON, Nicholas: “Las Islas del Tesoro”, (traducción de Lilia Mosconi). Buenos Aires (Fondo de Cultura Económica de Argentina), 2011.

SERRA CRISTÓBAL, R.: *“La seguridad como amenaza”*. Valencia (Tirant lo Blanch) 2020.

STIGLITZ, J.: *“El malestar en la globalización”*. Madrid (Taurus) 2002.

TIEDEMANN, K.: *“Poder económico y delito”*. Barcelona (Ariel), 1985.

VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: *“El delito de enriquecimiento ilícito”*. Centro para la Administración de Justicia, Universidad Internacional de Florida, Miami (IEEU), 2008.

VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: *“Decomiso. Estudio de la Normativa Internacional y de la Legislación Española (aspectos penales y procesales)”*. Centro para la Administración de Justicia, Universidad Internacional de Florida, Miami (IEEU), 2018.

VIZCAINO ZAMORA, Álvaro: *“Combate a la corrupción”*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México DF, 2011.

ZUCMAN, Gabriel: *“La riqueza oculta de las naciones. Investigación sobre los paraísos fiscales”*. Barcelona (Pasado&Presente), 2014.