

A) EL LLENGUATGE ADMINISTRATIU I JURÍDIC

LAS MUTACIONES DEL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN

De la ambigüedad de las sociedades arcaicas a la complejidad en la época del Estado regulador y de la sociedad del riesgo
Endrius Eliseo Cocciolo*

El resum és al final de l'article.

The abstract can be found at the end of the article.

El estudio observa que el concepto de corrupción ha sufrido a lo largo de la historia unas mutaciones importantes. En un arco temporal de 5.000 años la ambigüedad de palabras como *feqa, tātu, sbobadb, dōron* o *munus* —que podían indicar al mismo tiempo regalo o soborno, en épocas y sociedades en las que las relaciones sociales asumían como normal el principio de reciprocidad— ha ido mutando hacia términos inequívocos, tales como *simonía* o *brybe*. Hasta los umbrales del siglo XIX la doctrina religiosa ha tenido una influencia determinante en dicha mutación. Las mutaciones describen el cambio desde la neutralidad del juicio sobre la reciprocidad en las sociedades arcaicas, pasando por la condena de las desviaciones de la integridad político-administrativa en los años del Watergate, hasta la complejidad de la actual sociedad post-industrial. Del tal manera que en el estudio, el análisis diacrónico de las mutaciones ha permitido distinguir cinco fases diferentes en la caracterización del concepto de corrupción. Finalmente, se plantea la consideración del concepto de corrupción pública desde la teoría del “Estado regulador” y la teoría de la “sociedad del riesgo”, se ponen de manifiesto los límites de la perspectiva represivo-penalista y se propone tratar los problemas de corrupción moderna en términos regulatorios.

Palabras clave: corrupción; regulación; sociedad del riesgo; prevención.

* Endrius Eliseo Cocciolo, profesor de derecho administrativo y público económico (UAB). Investigador del Centre de Recerca en Governança del Risc (UAB-UOC).
Fecha de recepción del artículo: 27.03.2008; fecha de evaluación: 25.06.2008; fecha de aceptación de la versión final: 7.07.2008.

«O Malebranche, ecco un de li anzian di santa Zita!
Mettetel sotto, ch'i' torno per anche
a quella terra ch'i' ho ben fornita:
ogn'uom v'è barattier, fuor che Bonturo:
del non per li denar vi si fa 'ita'»
DANTE, *Inferno*, Canto XXI 37, 42

«Confiar espontáneamente en la aceptación de las reglas democráticas para evitar la corrupción es ilusorio [...] el sistema democrático es vulnerable a la corrupción porque no acaba de generar suficiente lealtad».

ALBERT CALSAMIGLIA I BLANCAFORT, «Corrupción y lealtad», en *Cuestiones de lealtad*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 23

«Para prevenir el ejercicio del poder público en beneficio privado, no es suficiente con el replanteamiento de la función administrativa desde la ética [...]. Tampoco podemos confiar en la amenaza de la responsabilidad penal o patrimonial como única estrategia preventiva [...]. Son las reformas organizativas y del régimen jurídico del procedimiento fortalecedoras del principio de objetividad, las que pueden ayudar a solucionar el problema de la corrupción».

RICARDO RIVERO ORTEGA, «Instituciones jurídico-administrativas y prevención de la corrupción», en *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca, Ratio Legis, 2000, p. 42-43

Sumario

1. Introducción. La larga historia (lexical y conceptual) de la corrupción
2. Las mutaciones conceptuales
3. El problema de las definiciones. Una sintética revisión de las definiciones en la literatura científico-social
4. La insuficiencia del derecho penal y la reconducción del concepto de corrupción al del ámbito del derecho administrativo
5. Una nueva tríada metodológica: corrupción, riesgo y regulación
6. Conclusiones

1. Introducción. La larga historia (lexical y conceptual) de la corrupción

Es común considerar que la corrupción ha acompañado al ser humano desde tiempos inmemoriales. «La corrupción acompaña al poder como la sombra al cuerpo» afirma cáusticamente Alejandro Nieto, puesto que «se conocen testimonios de corrupción pública desde el momento mismo en que las sociedades adoptaron una organización de las que hoy llamamos públicas».¹

En el siglo IV aC, Brahman Kautilya, conocido también como Chanakya, ministro del rey indio Chandragupta Maurya, fue un importante teórico político que jugó un papel dominante en el establecimiento, crecimiento y preservación del imperio hindú. Sus ideas en materia de administración política —que se inspiran en una visión de *realpolitik* y precedieron 2000 años las de Machiavelli—² se encuentran en un texto que se descubrió en 1905, cuyo título es *Arthashastra*, es decir “Instrucción acerca de la prosperidad material”. En esta obra, Kautilya trata también del fenómeno de la corrupción y observa que quien gobierna debe emplear todos los medios para alcanzar sus objetivos, ya que la honestidad y la rectitud deben vincular sólo a los súbditos. Uno de los aforismos que se pueden leer en la *Arthashastra* en cuanto a la conducta desleal de un servidor público recita: «no saborear la miel [...] puesta en la lengua es tan difícil como manejar el dinero del rey sin quedarse al menos una pequeña parte».³

1. NIETO, A., *Corrupción en la España democrática*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 7.

2. GOWEN, H. H., «“The Indian Machiavelli” or Political Theory in India Two Thousand Years Ago», en *Political Science Quarterly*, vol. 44, Issue 2 (jun., 1929), p. 173-192; también se puede consultar una versión en formato electrónico accediendo al texto mediante el siguiente enlace en Internet: <http://members.shaw.ca/compilerpress1/Anno%20Gowen%20Hindu%20Mac.htm>.

3. BRIOSCHI, C. A., *Breve storia della corruzione. Dall'età antica ai nostri giorni*, TEA, Milano, 2004, p. 23-24.

En la misma línea podríamos citar las inscripciones grabadas en las tumbas egipcias del siglo III aC, donde se expresa que los “méritos” de los muertos “pesarán” en la hora del juicio. Dichas inscripciones hacen referencia a la balanza que aparece como instrumento para determinar objetivamente la verdad, el juicio.⁴ Sin embargo en los sarcófagos del Imperio Medio (c. 2040 - 1795 aC) se puede leer: «Pueda tu pecado ser cancelado por aquellos que pesan en la balanza en el día de la rendición de cuentas de las cualidades».⁵ En otras palabras, se admite que junto con el juicio objetivo pueda coexistir la posibilidad de influenciar a los que tienen atribuido el poder de decidir.⁶

También podemos mencionar como símbolo de corrupción en la edad antigua el reino de Babilonia, localizado en la región de Mesopotamia⁷ y que se desarrolló a partir de la homónima ciudad-estado fundada en el 2500 aC por Nemrod, según la Biblia (Génesis 10: 8 y 11: 1-9), quien construyó también la famosa Torre de Babel. La ciudad de Babilonia fue una de las más grandes del mundo antiguo y alcanzó un especial esplendor durante el reinado de Hammurabi (1792-1750 aC). Sin embargo esta sociedad fue sinónimo de desorden y vicio; con las siguientes palabras un profeta de Eshannon recuerda la decadencia de Babilonia: «oprimían a los pobres y los dejaban a la merced de los poderosos. En la ciudad había tiranía y se aceptaban *sobornos* [...]».⁸

Sin embargo, hay que poner de manifiesto, como hace Noonan, que estas lecturas históricas sufren una desviación,⁹ fundada en un “etnocentrismo occidental”, que no tiene en consideración el hecho de que, en las épocas de las re-

4. La balanza se inventó alrededor del 3000 aC y pronto adquirió el valor simbólico de justicia objetiva. Hacia el final del tercer milenio algunas inscripciones funerarias hablan de la «balanza del Rey, en la que él pesa el *ma-at*»; el Rey es el dios del sol y el *ma-at* se puede traducir como “orden”, “verdad” o “justicia”.

5. Vid. NOONAN, J. T., *Bribes*, Macmillan Publishing Co., New York, 1994; obra consultada en versión italiana, *Ungere le ruote. Storia della corruzione dal 3000 a.C. alla Rivoluzione francese*, Sugarco Edizioni, Milano, p. 27.

6. La cuestión de la “balanza del Rey” viene tratada en FRANKFORT, H., *The Intellectual Adventure of Ancient Man*, University of Chicago Press, Chicago, 1946, p. 108. Vid. también, del mismo autor, *Reyes y dioses: estudio de la religión del Oriente Próximo en la antigüedad en tanto que integración de la sociedad y la naturaleza*, versión española de Belén Garrigues Carnicer, Alianza, Madrid, 1981.

7. Vid. ROUX, G., *Mesopotamia: historia política, económica y cultural*, 4ª ed., Akal, Madrid, 2002.

8. Citado en BRIOSCHI, C. A., *Breve storia della corruzione...*, *op. cit.*, p. 25. La cursiva es nuestra.

9. Toda organización de materiales empíricos acerca de una cuestión es arbitraria, como explica Matza, según el cual el fin de escribir es la coherencia: «el riesgo es imponer coherencia a una realidad que es desorden [...]». No existe el modo de evitar aquel riesgo puesto que escribiendo se junta y se organiza material», *vid. MATZA, D., El proceso de desviación*, Taurus, Madrid, 1981, p. 15.

ferencias citadas, «no existe un palabra específica que defina y condene sin ambigüedad a quien corrompe o a quien se deja corromper con dádivas. Existe sólo una escala de reciprocidad».¹⁰ El negocio corrupto que se lleva a cabo mediante el pago de un soborno, con toda la carga negativa que entraña el término *corrupción* —del latín *corrumpĕre*, ‘alterar y trastocar la forma de algo y echar a perder, depravar, dañar, pudrir’—,¹¹ es un concepto extraño a la semántica y a las costumbres vitales de sociedades arcaicas en las que las relaciones se rigen con arreglo al principio de reciprocidad. Es decir, que los vínculos se canalizan justamente mediante un intercambio, un dono, cuya función es hacer surgir una obligación en el sujeto que recibe el dono, de tal manera que el rechazo supone hostilidad y quebrantamiento de las reglas sociales de la reciprocidad. Por lo tanto cabe concluir que ofrecer un don para obtener algo sea *per se* algo execrable no es cierto, o no se puede asumir *a priori*. Para aclarar la cuestión puede resultar interesante el relato del “pobre hombre de Nippur”.¹²

La historia del pobre hombre de Nippur, ciudad de Mesopotamia, data alrededor del 1500 aC; en ella se cuenta que Gimil-Niurta, hombre pobre pero libre, desea mejorar su condición, sin embargo lo único que posee es una cabra y con ella un día se presenta en la residencia del gobernador, donde los siervos lo hacen esperar. Al cabo de un rato, el gobernador disgustado al saber que se ha hecho esperar a un hombre que lleva algo para ofrecerle, ordena que Gimil-Niurta sea llevado ante su presencia. Durante la audiencia el gobernador pregunta: «¿Cuál es tu problema, ya que me traes un don?».¹³ Pero Gimil-Niurta se limita a invocar la su bendición. Entonces el gobernador anuncia que dará una fiesta e invita al visitante. No obstante, durante el guateque, Gimil-Niurta recibe sólo un hueso de la cabra y cerveza rancia, al pedir el porqué de semejante trato, por toda respuesta el gobernador ordena que sea castigado. Gimil-Niurta se va clamando venganza. Después de lo ocurrido, Gimil-Niurta se presenta ante el Rey y le ofrece una mina de oro a cambio del uso del carro real por un día, aquel acepta sin pedir explicaciones. Montado en

10. NOONAN, J. T., *Ungere le ruote...*, *op. cit.*, p. 23.

11. *Vid. corromper* en el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia de la Lengua, vigésima segunda edición.

12. La historia del hombre de Nippur —un conocido cuento de la literatura académica— se relata en NOONAN, J. T., *Ungere le ruote...*, *op. cit.*, pp. 23-24.

13. Es significativo que Noonan resalte que en una primera versión, “viciada por el prejuicio occidental” la frase del gobernador haya sido traducida de la siguiente forma: «¿Por qué me ultrajas ofreciéndome un soborno?».

el carro real, Gimil-Niurta vuelve a Nippur y se persona en la residencia del gobernador, que no lo reconoce y lo recibe como un alto funcionario del reino. Una vez alojado a palacio, Gimil-Niurta abre un cofre que llevaba consigo y sostiene que el oro que contenía ha desaparecido. De la desaparición acusa al gobernador y por ello lo zurra tres veces. El gobernador para aplacarlo le ofrece dos minas de oro.

Como subraya Noonan, la estructura moral de la ley es la reciprocidad: el rey rinde justicia porque responde sin hacer preguntas cuando se le ofrece el oro, realiza el trueque esperado. En cambio, el gobernador se convierte en malvado, no por esperar un don, sino por no corresponder a cuanto ha recibido de la forma adecuada. «La venganza tiene una medida y la norma es la reciprocidad».¹⁴ Pueden observarse unas mutaciones históricas en el concepto de corrupción que se reflejan en el léxico. Por esta razón no hay que sorprenderse de la referida polisemia de la palabra *corrupción*;¹⁵ ésta, entendida como «acción y efecto de corromper», reenvía a la siguiente definición: «sobornar a alguien con dádivas o de otra manera».¹⁶ Pues la idea de “soborno” (dádiva para obtener algo) —en español procedente del latín *subornāre* (también *muneribus corrumpere*)—, como hemos relatado con anterioridad, es tan antigua como la balanza egipcia, sin embargo la palabra que la expresa resulta ambigua, indicando los dones socialmente aceptados así como las dádivas como medio de corrupción, en función de la prevalencia o menos del principio de reciprocidad. Si asumimos este planteamiento,¹⁷ entonces podemos observar que la historia conceptual de la corrupción se puede dividir en varias etapas:

- Una primera etapa que va desde el 3000 aC al 1000 dC, en la que la regla de la reciprocidad, aunque cada vez más recesiva, supone una ambigüedad conceptual de unas culturas que no tienen claramente elaborada la distinción entre don y soborno, lo que se manifiesta en el uso de términos anfibológicos.
- Una segunda etapa, «que va desde el 1000 dC al 1550 dC, donde el ideal anticorrupción domina en las expresiones religiosas, legales y literarias».¹⁸

14. NOONAN, J. T., *Ungere le ruote...*, *op. cit.*, pp. 24.

15. *Vid.* también COCCILOLO, E. E., «Corruzione, etica amministrativa e “autoregolazione regolata” dei pubblici poteri», en *Rivista della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze*, núm. 6-7, 2005, p. 175.

16. *Vid.* *corromper* en el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia de la Lengua, vigésima segunda edición.

17. A partir de los argumentos esgrimidos por NOONAN, J. T., *Ungere le ruote...*, *op. cit.*, p. 15.

18. *Íbidem*, p. 15-16.

- Una tercera etapa que coincide con la traducción de la Biblia en inglés —con la introducción de la palabra *bribes* para traducir el latino *munera*— y la afirmación de la ética protestante.
- Una cuarta etapa que describe paradigmáticamente la experiencia americana desde la Constitución de 1787 hasta las dimisiones de Nixon en 1974 a raíz del escándalo del Watergate.
- Una quinta etapa que, desde la aprobación en 1978 del *Ethics in Government Act* (Ley de ética en la administración federal), pasando por los recientes escándalos financieros (un ejemplo que supone todo un punto de inflexión es el de ENRON poco después de los atentados del 11-S de 2001), hasta los más recientes sucesos de corrupción urbanística de la Costa del Sol,¹⁹ plantea una revisión del concepto de corrupción en la época del “Estado regulador”²⁰ y de la “sociedad del riesgo”.

2. Las mutaciones conceptuales

En relación con la primera etapa, debe decirse que las sociedades arcaicas y las religiones paganas, judía y cristiana, «han sido profundamente ambivalentes respecto a la reciprocidad».²¹ Prueba de ello es que para hablar de dono o dádiva, los egipcios usaban la palabra *feqa* (el jeroglífico fK3), los mesopotámicos *tā tu* o *kat-ra*, palabras que no implican un sentido negativo que sólo se puede atribuir según el contexto; por esta razón dice Noonan que «el término puramente negativo de “corrupción” no tiene un correspondiente en el antiguo oriente medio».²² Lo mismo se puede decir de las palabras *munus* que usaban los romanos, *doron* en griego²³ y del término judío *shobadb* que aparece en la Biblia.²⁴ Podríamos incluso decir que en su forma más primitiva, el cristianismo se funda en una

19. Sobre el tema, *vid.* LOZANO CUTANDA, B., «Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el derecho administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 172, enero-abril 2007, pp. 339-361; PÉREZ FRANCESCH, J. L., COCCIOLO, E. E., EYRE DE LORENZO, J. A., «Disolución de los ayuntamientos en España y corrupción sistémica. Aproximación al “caso Marbella” y comparación con la normativa italiana en materia de disolución en supuestos de emergencia extraordinaria», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 305, septiembre-diciembre 2007, pp. 295-320.

20. *Vid.* LA SPINA, A., MAYONE, G., *Lo Stato Regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000.

21. Esta es la tesis de NOONAN, J. T., *Ungere le ruote...*, *op. cit.*, p. 16.

22. *Íbidem*, p. 33.

23. Puede significar bien “don”, bien “precio de la corrupción”.

24. Sobre el concepto de *shobadb*, *vid.* siempre NOONAN, *íbidem*, p. 46.

transacción entre Dios y el Hijo de Dios que teológicamente se define como Redentor, del latín *redimere*, palabra usada en Roma también para indicar el dinero que se paga a un juez para librarse de una condena. Es en la segunda etapa que se registra una ruptura con ciertas reciprocidades que se consideran inaceptables, tales como la compraventa de cargos eclesiásticos, sacramentos, reliquias, promesas de oración, la gracia, la excomunión, etc., por lo que se acuñó una nueva palabra: *simonía*.²⁵ En el siglo XVI —la tercera etapa de la mutación del concepto de corrupción— bajo los impulsos de la doctrina y teología protestantes, en Inglaterra se llevó a cabo una traducción de la Biblia que fue más allá de las ambigüedades del léxico de Egipto, Grecia, Israel y Roma, asignando a un término inequívoco el único significado de dádiva o precio de la corrupción. En 1535, Miles Coverdale, obispo de Exeter, fue el traductor de la primera Biblia en inglés (conocida también con el nombre de *Coverdale Bible*).²⁶ El obispo usó en algunas ocasiones, traduciendo el Deuteronomio, Samuel y el Eclesiástico, la palabra *regalos* o *dones*.²⁷ Pero en Eclesiástico 40.12 usa *bribe* para referirse claramente al soborno: «el soborno y la injusticia desaparecerán, pero la fidelidad permanece para siempre», donde la expresión latina era «*omne munus et iniquitas delebitur [...]*». Asimismo, en la llamada Biblia de Ginebra, publicada en 1560 y traducida desde el griego y el judío por algunos eruditos ingleses protestantes exiliados en Ginebra —entre ellos William Whittington, cuñado de Calvino— Samuel 12: 3 así recita: «Aquí estoy; atestigüa contra mí delante de Jehová y delante de su ungido, si he tomado el buey de alguno, si he tomado el asno de alguno, si he calumniado a alguien, si he agraviado a alguno, o si de alguien he tomado *co-becho* [traducido como *brybe*] para cegar mis ojos con él; y os lo restituiré»; en el mismo sentido se puede leer en Salmo 26: 10: «En cuyas manos está el mal, y su diestra está llena de *sobornos* [en inglés *brybes*]». Finalmente después de setenta y cinco años de traducciones, en 1611 el término *brybe* y su inequívoco significado sustituyen la ambigüedad de las palabras *shobadhb*, *dōron* o *munus*.²⁸

25. La palabra *simonía* deriva de Simón el Mago, un personaje de los Hechos de los Apóstoles, quién quiso comprarle a san Pedro el poder para imponer las manos y hacer milagros (Hch 8: 9-24), lo que le supuso la reprobación del Apóstol: «¡Que tu dinero desaparezca contigo, dado que has creído que el don de Dios se adquiere a precio de oro!».

26. Vid. LATRE, G., «The 1535 Coverdale Bible an its Antwerp Origins», en O'SULLIVAN, O. (ed.), *The Bible as Book: The Reformation*, The British Library & Oak Knoll Press in association with The Scriptorium: Center for Christian Antiquities London & New Castle, Delaware, 2000, pp. 89-102.

27. Vid., «No tuerzas el derecho; no hagas acepción de personas, ni tomes dones; porque el don ciega los ojos de los sabios, y pervierte las palabras de los justos» (Deuter. 16: 19).

28. NOONAN, J. T., *Ungere le ruote...*, *op. cit.*, p. 328.

Los peregrinos y los puritanos llevaron a Norteamérica su Biblia, junto con los valores y principios propios de la doctrina protestante. En palabras de Ballbé, será en EE.UU. «donde se materializará el modelo contrapuesto a los estados administrativos que imperan en Europa, configurándose, por el contrario, un Estado comunidad donde se articularán una serie de principios de administración y gobernación diferentes».²⁹ Es en este momento histórico (lo que denominamos cuarta etapa) que el concepto de corrupción adquiere una capacidad de impacto a nivel institucional, social y científico determinante. En EE.UU. «siempre ha habido una especial atención por la ética pública que procede directamente de la idea, propia de los *founding fathers*, según la cual el ser humano es “*an atom of self-interest*” y que por esta razón antes que creer en él es preferible instituir un ordenamiento para controlarlo».³⁰ En este sentido decía Madison:

«Si los hombres fuéramos ángeles, no habría necesidad de un gobierno. Si los ángeles fueran a gobernar a los hombres, los controles internos y externos al gobierno no serían necesarios. Al concebir un gobierno que tiene que ser gestionado por hombres para los hombres, la mayor dificultad reside en lo siguiente: primero debes dejar que el gobierno controle a los gobernados y después obligarlo a que se controle a sí mismo. La dependencia del pueblo es, sin duda, el principal mecanismo de control sobre el gobierno, sin embargo la experiencia nos muestra la necesidad de tomar precauciones adicionales».³¹

Este especial interés por los temas éticos se refleja en la relevancia de la corrupción que, junto con el crimen de traición, se menciona en el artículo II, 4ª sección, de la Constitución de 1787:

*«The President, Vice President and all civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for, and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanours».*³²

29. Sobre la influencia protestante en la formación del modelo estatal norteamericano, *vid.* BALLBÉ, M., «Principios pluralistas» en BALLBÉ, M., FRANCH, M. (dirs.), *Manual de Derecho Administrativo*, AECE-UAB, 2002, p. 38.

30. PERTICI, A., *Il conflitto di interessi*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 20.

31. MADISON, J., *The Federalist*, no. 51, 1788.

32. CEUA Art. II, 4ª sección: «El Presidente, el Vicepresidente y todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos serán separados de sus puestos al ser acusados y declarados culpables de traición, cohecho u otros delitos y faltas graves».

Para entender la centralidad del concepto de corrupción en la vida política norteamericana, y en el marco de las normativas sobre ética en la administración, debemos hacer una breve reconstrucción histórica de las relaciones entre corrupción y política hasta el caso del Watergate que nos llevará hasta el umbral de una nueva mutación.

Uno de los ejemplos más tempranos de corrupción pública y desviación del interés público puede que sea el del Estado de Georgia, cuando en 1794 el poder legislativo vendió terreno al precio poco rentable de 1,5 céntimos por acre. Luego, entre finales del siglo XIX y comienzos de XX parece que la mayoría de las actividades políticas se han visto desacreditadas a causa de la corrupción. El historiador Ernest Griffin denunció que entre 1870 y 1900 Newark fue la única ciudad que se podía considerar medianamente honrada y de Nueva Inglaterra sólo Cambridge, Worcester y Springfield podían presumir del mismo elogio.³³

Durante un largo período de la historia de los Estados Unidos, el gobierno funcionó como una enorme agencia de empleo para los partidos políticos. Sin embargo, un reciente análisis llevado a cabo por Robert Moranto pone de manifiesto que las primeras administraciones no sufrieron desviaciones o presiones indebidas por parte de los partidos políticos:

«En el cambio de gobierno de John Quince Adams [1825-1829], Jackson [1829-1837] despidió sólo un 10% del personal federal. Rara vez se despidió a los empleados de bajo rendimiento y oficinistas, auditores y empleados con experiencia y habilidades técnicas seguían con sus puestos en la mayoría de los casos. En particular, los despidos fueron inusuales en las oficinas estatales, pero incluso en Washington, dos tercios de los funcionarios federales que servían en 1828 conservaban sus puestos en 1831. La mayoría del tercio restante abandonó voluntariamente, murió o fue despedido a causa de bajo rendimiento o por faltas morales, más que por su orientación política. Otros fueron despedidos porque Jackson permitió que sus colaboradores eligieran a su propio equipo para promover la eficiencia en la gestión. [...] Todavía a mitad del siglo XIX, menos de un tercio de las oficinas federales habían sido redistribuidas tras un cambio de gobierno en la Casa Blanca».³⁴

33. Para estos y otros muchos ejemplos históricos, *vid.* SIMON, D., *Elite Deviance* (7th edn), Allyn y Bacon, Boston, 2002, pp. 195-229.

34. MORANTO, R., *Thinking the Unthinkable: A Case for Spoils in the Federal Bureaucracy*, en *Administration and Society*, vol. 29, n.º 6, 1998, pp. 625-626.

El gobierno de Washington, en los primeros cincuenta años de historia norteamericana, se caracterizó por tener unas dimensiones reducidas y una agenda limitada. En el cuadragésimo aniversario de la investidura, en 1829, de George Washington, había tan sólo 625 funcionarios federales en Washington, de los cuales sólo 318 se encontraban en puestos ejecutivos.³⁵ Pero el papel del gobierno comenzó a cambiar con la compra de Louisiana en 1803. La suma de estas vastas extensiones de terreno llevó al Congreso a destinar fondos para lo que hoy se define como “infraestructura y desarrollo económico”. Especuladores de terrenos, comerciantes y todos aquellos que desearan hacerse ricos en aquellas tierras pronto se dieron cuenta del beneficio de tener amistades en Washington. En aquellos días de obligaciones éticas sin definir o regular, los mismos cargos del gobierno a veces ostentaban la representación de clientes a los que asistían en la interposición de reclamaciones ante el gobierno.³⁶ La breve Guerra de México de 1846-1848 favoreció la nueva práctica de los ciudadanos de contratar a funcionarios del gobierno para que les ayudaran a conseguir dinero o utilidades públicas.³⁷ Las primeras normas de regulación de la función pública federal surgieron como una medida contra estas prácticas.

La corrupción fue en aumento cuando el gobierno comenzó a aprovisionar de armas a las Fuerzas de la Unión en la Guerra Civil.³⁸ En 1864 el Congreso promulgó una ley en la que prohibía a todos los funcionarios y empleados del gobierno federal recibir compensación alguna por los servicios prestados a los ciudadanos en relación con la administración.

También la revolución industrial y la llegada del ferrocarril, que dieron lugar a un mercado nacional en el que todos quisieron sacar beneficios, supuso un crecimiento del fenómeno de la corrupción. Con la elección de Ulises S. Grant en 1868³⁹ la *maladministration* llegó a su máximo nivel, debido al “amiguismo”

35. STERLING YOUNG, J., *The Washington Community: 1800-1828*, Harcourt, Brace and World, 1996, p. 31.

36. Vid. OWSLEY, F. L. JR., SMITH, G. A., *Filibusters and expansionists Jeffersonian manifest destiny, 1800-1821*, Tuscaloosa, Ala, University of Alabama Press, 1997.

37. Vid. STEPHENSON, N. W., *Texas and the Mexican war: a chronicle of the winning of the Southwest*, United States Publishers Association, 1971; y LIVERMORE, A. A., *Revisión de la Guerra entre México y los Estados Unidos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.

38. Sobre la Guerra Civil, vid. LURAGHI, R., *Storia della guerra civile americana*, Einaudi, Torino, 1966; GRANT, S. M., HOLDEN, B. (eds.), *The American Civil War: Explorations and Reconsiderations*, Harlow, New York, 2000.

39. Sobre la historia de EE.UU. en la época de la administración Grant, vid. STAMPP, K., *The Era of reconstruction 1865-1877*, New York, Knopf.

mo” del presidente y a los numerosos escándalos relacionados con la evasión de impuestos que se sucedieron durante el mandato de aquél. La manipulación llegó de la mano de las grandes empresas que se dedicaron a comprar a los altos cargos públicos, para obtener beneficios fiscales, protegerse de la competencia, etc. Ejemplo de ello fue el escándalo de *Crédit Mobilier*, una compañía de ferrocarriles que sobornó a miembros del Congreso con acciones a cambio de obtener ciertas concesiones. Este tipo de escándalos era tan común que comenzó a verse como un negocio usual. De hecho, políticos que habían participado en escándalos seguían escalando posiciones aún a sabiendas de lo que habían hecho. El periodismo comenzó a hacerse eco de estos escándalos. A finales de 1870, los reformadores introdujeron unas normas anticorrupción mediante las que se quería evitar que los que habían ganado las elecciones designaran a su propia plantilla a ocupar cargos en la administración federal. Sin embargo estas mediadas carecieron de fuerza y las empresas siguieron controlando el gobierno.

De la Primera Guerra Mundial surgió otro foco de corrupción: el de las empresas privadas que abastecían al gobierno con armamento. En 1917 el Congreso aprobó una ley por la que se prohibía a los empleados federales aceptar un sueldo que proviniera de una fuente no gubernamental. Así mismo se prohibió que los empleados federales, una vez abandonado el gobierno, se convirtieran en representantes de empresas que trabajaban para este último, con el fin de evitar que estos funcionarios extrapolaran ideas gubernamentales a las empresas para las que después trabajarían. Después llegaría la “Ley Seca” y el auge de las actividades mafiosas en los EE.UU.: la respuesta criminal a la prohibición resultaba ser muy lucrativa, grandes fueron los beneficios para los miembros de la mafia dispuestos a involucrarse en temas de corrupción, soborno, violencia y contrabando ilegal de alcohol. En 1920, el presidente Harding se vio envuelto en diversos escándalos relacionados con la industria petrolífera.⁴⁰ Durante esta Administración las medidas legales anticorrupción fueron escasas.

Años más tarde, durante el llamado *New Deal*, las competencias de la Administración federal aumentan de forma consistente.⁴¹ La Gran Depresión de los

40. El famoso escándalo *Teapot Dome*, en el que se convenció al presidente para arrendar a petroleos privados las reservas petrolíferas públicas en *Teapot Dome*, Wyoming y *Elk Hills*, California.

41. DUSO, A. (a cura di), *Economia e istituzioni del New Deal*, Bari, De Donato, 1980; FOSSATI, E., *New Deal: il nuovo ordine economico di F.D. Roosevelt*, Padova, Cedam, 1937. SOLAR CAYÓN, J. I., *Política y derecho en la era del New Deal*, Madrid, Dyckinson, 2002.

años treinta afectó el florecimiento empresarial, y el gobierno de Franklin D. Roosevelt, con un amplio apoyo público, comenzó a construir los cimientos de la regulación empresarial. Al mismo tiempo, crecieron rápidamente los fondos públicos destinados a la nueva seguridad social y programas de reconversión económica. Cuando el país se adentró en la Segunda Guerra Mundial, el gasto federal subió rápidamente hasta niveles sin precedentes y, una vez más, el país volvió a la situación en la que los líderes empresariales se encargaron de gestionar la guerra. Y, tal como antes, muchos de estos nuevos líderes siguieron fieles a los empresarios. Sin embargo, a partir de la Primera Guerra Mundial creció la sensibilidad hacia el potencial conflicto de intereses y la *War Production Board* (Comité de producción para la guerra) comenzó a llevar a cabo inspecciones en los antecedentes de aquellos que iban a trabajar ocupando cargos federales y que al mismo tiempo seguían manteniendo relación con sus antiguos patrones. También se tuvo mucho cuidado de destinar a estos “ejecutivos en préstamo” a puestos en los que no se vieran envueltos en decisiones que afectaran a los intereses de las empresas con las que estuvieron vinculados.

Debido al crecimiento del gobierno durante los años treinta y cuarenta, la tarea de controlar la ética en el gobierno se hizo más complicada. Un mayor número de funcionarios fueron destinados a un amplísimo campo de actividades que cada vez con más frecuencia se cruzaban con poderosos intereses económicos. Aquellos que se preocupaban acerca de las posibilidades de corrupción inherentes a estos cambios comenzaron a orientar sus esfuerzos no tanto hacia el comportamiento personal de los funcionarios, sino hacia la regularidad de las gestiones llevadas a cabo por el gobierno. En 1939, el Congreso promulgó el *Administrative Reorganization Act* (Ley de reorganización administrativa), que creó el *Executive Office of the President* (Oficina Ejecutiva del Presidente), el *staff* ampliado del presidente, y aumentó la capacidad del presidente de ejercer un control más firme sobre el creciente número de agencias y empleados. En 1945, el *Administrative Procedures Act* (Ley de procedimiento administrativo) estableció un marco legal para dirigir las actividades reguladoras o de creación de normas de todas las agencias federales. Las garantías de transparencia y justicia fueron objetivos importantes de esta ley.

Cuando terminó la Segunda Guerra Mundial, el gobierno federal no volvió a las dimensiones anteriores a la guerra. Se creó un Departamento de Defensa para vigilar el gran contingente de fuerzas armadas permanentes, que se mantuvieron activas después de la guerra, y el *military industrial complex* (complejo industrial-militar). Al respecto afirmó Melman:

«En el nombre de la defensa [...] se ha realizado una modificación básica en las instituciones de gobierno de los Estados Unidos. Una administración industrial ha sido instalada en el gobierno federal bajo la dirección del Secretario de Defensa, para controlar la mayor red de empresas industriales de la Nación. Junto a la característica propensión a extender su poder, limitada sólo por la porción de producto nacional que se le asigna, este organismo público de gestión reúne los máximos poderes de decisión económicos, políticos y militares».⁴²

Una administración más grande necesitaba de más altos cargos, y el personal designado por el presidente creció sin parar en los años de la posguerra. La administración Truman, especialmente en su segundo periodo, se vio perseguida por escándalos relacionados con funcionarios de carrera y cargos designados. Se destacó una amplia conducta de tráfico de influencias en la *Reconstruction Finance Corporation* y el *Internal Revenue Service* (Administración tributaria) experimentó el peor escándalo de su historia. Con una tormenta acercándose en la prensa y el Congreso, el presidente Harry S. Truman intentó competir por el liderazgo moral enviando su propio mensaje al Congreso sobre estándares éticos para los funcionarios públicos. Considerado como un documento extraordinariamente revolucionario para su tiempo, el mensaje contenía una serie de juicios éticos sobre los empleados públicos, incluyendo la necesidad de que algunos cargos de la presidencia, miembros del Congreso y otros funcionarios federales hicieran públicos sus asuntos financieros:

«Un cargo público es un privilegio, no un derecho, y aquellos que acepten el privilegio de ostentar un cargo en el gobierno deben aceptar necesariamente que sus actos sean susceptibles de ser investigados por aquellos a los que están sirviendo. Con todas las cuestiones que surgen hoy en día sobre la integridad y la honestidad de los funcionarios públicos, creo que todos nosotros deberíamos estar preparados para exponer la situación de nuestros ingresos en el registro público. Deberíamos estar dispuestos a hacer esto por el interés público, siempre que estos requerimientos se apliquen de forma justa y equitativa a los funcionarios de los tres poderes de nuestro Gobierno».⁴³

Contrarios a dejar que Truman obtuviera reconocimiento por mejorar la ética en el gobierno, los republicanos del Congreso impidieron la promulgación de esta legislación que hubiera podido tener un resultado tan impactante. La

42. MELMAN, S., *Pentagon Capitalism*, McGraw-Hill, New York, 1970; (trad. en español: *El capitalismo del Pentágono. La economía política de la guerra*, Siglo XXI editores S.A., Madrid, 1972, p. 7).

43. PRESIDENT HARRY S. TRUMAN, Message to Congress, September 27, 1951 (traducción propia).

campana de 1952 supuso un ataque republicano contra “el desorden de Washington” cantado al son de “Corea, Comunismo y Corrupción”. Poco después de su investidura, el presidente Dwight D. Eisenhower ordenó la introducción de controles de seguridad en todos sus altos cargos, la competencia en materia de investigaciones fue asignada al *Federal Bureau of Investigation* (FBI).⁴⁴ Al final de esta fase, se puede destacar una visión del problema de la ética en el gobierno, cuya pauta dominante establecía que los asuntos diarios del gobierno serían gestionados por los funcionarios de carrera, libres de presiones políticas externas y encasillados en una cultura de devoción profesional al interés público, y que el liderazgo recaería sobre pequeños grupos de gente leal y capacitada, elegidos por el presidente. La responsabilidad recaería en el presidente y sus colaboradores mediante decisión electoral del pueblo cada cuatro años, con excepciones ocasionales por parte del Senado, o de los tribunales en caso necesario, si se confirmaba que un colaborador no reunía las condiciones suficientes de competencia o integridad. No se dedicó mucho esfuerzo a definir los estándares éticos en el lenguaje y en las normas así como estrategias preventivas para evitar la corrupción. Todo esto comenzó a cambiar en 1961. El objetivo de la regulación ética se fue encaminando hacia un cuerpo de cargos federales de confianza política y hacia nuevos enfoques que asumían que todos los empleados federales eran vulnerables a la corrupción y que sus vidas privadas deberían ser reguladas y su privacidad sacrificada en aras de proteger el interés público. Este enfoque comenzó lentamente y evolucionó de manera gradual, pero a finales del siglo XX una cultura totalmente nueva de la regulación ética se había asentado firmemente en Washington.

El advenimiento de la administración Kennedy supuso un verdadero cambio de rumbo en materia de integridad pública, un punto de discontinuidad en la política de prevención de los riesgos de corrupción y de conflictos de intereses. Poco después de formar gobierno, el presidente John F. Kennedy nombró un *Advisory Panel on Ethics and Conflict of Interest in Government* (Comisión asesora en materia ética y de conflicto de intereses en el gobierno) de tres miembros para estudiar los problemas surgidos del anterior estudio.⁴⁵ La comisión entre-

44. A través del *Executive Order* 10450, *Security Requirements for Government Employees*. Para una reflexión acerca de este soporte legal y su auge a partir de la etapa de la administración de Eisenhower, *vid.* REVENGA SÁNCHEZ, M., *El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*, Ariel, Barcelona, 1995, p. 78-79.

45. Los tres miembros fueron el juez Calvert Magruder del First Circuit Court of Appeals, el decano Jefferson B. Fordham de la University of Pennsylvania Law School y el catedrático Bayless Manning de la Yale Law School.

gó su informe en marzo de 1961 y sus conclusiones pueden resumirse en las palabras de unos de sus miembros: «[las leyes federales eran] arcaicas, inconsistentes, se solapaban entre ellas, ineficaces para conseguir sus propósitos y obstaculizaban los esfuerzos del gobierno de contratar a personal capacitado». ⁴⁶ Unas semanas después el presidente Kennedy mandó un mensaje al Congreso ⁴⁷ exigiendo una nueva legislación que volviera a codificar el conflicto de intereses y otras leyes éticas que se ajustaran a la realidad contemporánea. La iniciativa de Kennedy supuso el comienzo de un movimiento hacia una nueva forma de protección ética: la dependencia de las reglas y una estricta aplicación de las mismas. La fuerza de esta nueva visión ha sido destacada por Robert N. Roberts y Mario T. Doss:

«Rule-driven ethics had a number of advantages over character-focused ethics. Rules could be written down and explained. Ambiguity was eliminated. Investigatory and adjudicatory procedures could be used to resolve disputes over compliance». ⁴⁸

La propuesta de Kennedy fue el primero de muchos pasos que en las siguientes cuatro décadas consiguieron crear un sistema anticorrupción, de prevención de riesgos criminales y de regulación de la ética pública tan sofisticada. A esta dinámica de expansión regulativa corresponderá una progresiva ampliación e indefinición del concepto de corrupción, como veremos más adelante.

Después de Kennedy, Lyndon B. Johnson llevó a cabo una acción más extensa durante el primer año de su presidencia. Poco después de ser nombrado presidente, pidió a su equipo que revisara los estándares éticos para los empleados del gobierno. Intentó, tal como dijo John W. Macy Jr., principal consejero suyo, fijar un “tono ético” adecuado para su gobierno. ⁴⁹ El decreto 11222 de Johnson llevó la regulación ética mucho más allá de lo que nunca había llegado antes. Gran parte del decreto fue una reafirmación o redefinición de ante-

46. MANNING, B., *Federal Conflict of Interest Law*, Harvard University Press, 1964, pp. 5-6; citado por MACKENZIE, G. C., HAFKEN, M., *Scandal Proof...*, *op. cit.*, p. 22.

47. «No existe responsabilidad más importante en el gobierno que la de mantener los más altos estándares de comportamiento ético por aquellos que dirigen la empresa pública. No pueden existir divergencias con respecto al principio de que los funcionarios deben actuar con integridad firme, absoluta imparcialidad y completa devoción al interés público». *vid.* «Mensaje al Congreso del presidente Kennedy J. F.», *Ethical Conduct in Government*, 27 de abril de 1961.

48. ROBERTS, R. N., DOSS, M. T. JR., *From Watergate to Whitewater: The Public Integrity War*, Westport, 1997, p. 49.

49. MACY JR. J. W., *Public Service: The Human Side of Government*, Harper and Row, 1971, p. 253; citado en MACKENZIE, G. C., HAFKEN, M., *Scandal Proof...*, *op. cit.*, p. 24.

riores prescripciones y advertencias. El *executive order* de Johnson estableció que los funcionarios federales no sólo debían evitar los conflictos de intereses y abusos de oficio sino que también *debían evitar su apariencia*.

La conclusión de esta cuarta etapa de la historia de la mutación del concepto de corrupción puede hacerse coincidir con el Watergate, tal vez el más destacado entre los escándalos de corrupción. Ocurrido durante la administración de Richard Nixon, desveló un caso de *cleptocracia* en el que “hombres del presidente” ocultaron fondos públicos con la intención de llevar a cabo sobornos tanto en asuntos exteriores como nacionales. El escándalo Watergate supone de muchas formas un suceso clave en la historia política norteamericana: como mínimo contribuyó a una importante reestructuración de las normas de financiación de las campañas electorales. Impulsó la aprobación del *War Power Act*, del *Congressional Budget* (presupuesto del Congreso) y del *Impoundment Control Act*, estuvo en la base de una supervisión más exhaustiva por parte del Congreso de las actividades de inteligencia, un ejercicio más agresivo del poder de ratificación del Senado, límites en el uso de acuerdos ejecutivos y otros muchos cambios del equilibrio entre el poder ejecutivo y legislativo. El Watergate inspiró al Congreso para que expandiera sus propias capacidades institucionales y completara una de las reorganizaciones más radicales del poder en toda su historia. Consiguió salvar al Congreso de la decadencia y revitalizar el poder de impugnación constitucional que no había sido aplicado a un presidente durante más de un siglo. Estas circunstancias fueron, en palabras de Revenga, «el trasfondo del caso *United States vs. Nixon*, una decisión de las que permiten dar crédito a las virtudes de la separación de poderes y el Estado de derecho».⁵⁰ Sin embargo los cambios más profundos se produjeron en las normas y procedimientos que regulaban la conducta de los empleados públicos. La ofensiva fue total, puesto que tanto el presidente como el Congreso elaboraron nuevas normas destinadas a construir fortificaciones permanentes contra cualquier forma de alevosía conocida hacia el gobierno. Todos estuvieron de acuerdo en que no podía haber más Watergate. Se consideró que la mayor protección estaba en una serie detallada y creciente de prohibiciones y una elaborada red de procedimientos creados para detectar y reaccionar contra cualquier tipo de amenaza, por remota que fuera, a la confianza pública. El caso Watergate no fue un delito aislado, ni siquiera fue un conjunto aislado de delitos. Es una palabra que en la actualidad se aplica y

50. Para un análisis de la sentencia *United States vs. Nixon* y de las cuestiones constitucionales relativas a los límites de los privilegios presidenciales, a los secretos oficiales y al derecho de información, se reenvía a la obra esencial de REVENGA SÁNCHEZ, M., *El imperio de la política...*, *op. cit.*, y específicamente acerca del caso *Watergate*, pp. 120-124.

resume a una amplia lista de delitos cometidos durante varios años en la década de los setenta por miembros de la administración Nixon. En definitiva, la persecución de la corrupción se transformó en una cruzada nacional y la *pureza de las reciprocidades políticas* de una cuestión en una prioridad.

El caso Watergate abrió la puerta a la quinta (y hodierna) mutación en la visión del concepto de corrupción. El Watergate supuso una poderosa contribución a la explosión de nuevas políticas de prevención, cuyo lema podría ser “desconfianza legítima”. Ello dio como resultado una “mentalidad post-Watergate” que sobrevivió un largo tiempo después del escándalo que la inspiró y que puede resumirse en cuatro puntos fundamentales: primero, los funcionarios públicos son sospechosos, por lo tanto hay que construir muros legales que protejan el interés público de los intereses propios de los funcionarios. Por esta razón, si vale lo que el propio Madison sostenía acerca de la naturaleza humana, hay que predisponer otros medios adicionales para asegurar la integridad pública. Segundo, la protección contra las formas más comunes de irresponsabilidad ética por parte de los funcionarios no es suficiente. La ley debe proteger contra todas las posibles crisis de integridad pública. Tercero, la ley es la única protección fiable contra los instintos corruptos de los agentes públicos. Cuarto, para implementar dicha regulación ética es necesario instituir nuevos sujetos reguladores. Según Mackenzie, «la mentalidad post-Watergate ha colocado centinelas éticos no sólo en las entradas sino casi en cada puerta y ventana del sistema federal».⁵¹ Esta visión —corrupción *vs.* administración de la ética pública— es la que nos acompaña hoy en día. Sin embargo, antes de tratar las vertientes críticas de esta visión actual, observaremos que continúa existiendo una profunda dificultad definitoria del concepto de corrupción, ya no debida a la ambigüedad de las palabras sino a la poliedricidad de los enfoques analíticos modernos.

3. El problema de las definiciones. Una sintética revisión de las definiciones en la literatura científico-social

Mark Philip observó, de forma acertada, que «nadie ha logrado dar con una “definición concisa” y universalmente satisfactoria de la corrupción».⁵² Nosotros tampoco lo intentaremos, de momento nos limitaremos a sintetizar las

51. MACKENZIE, G. C., HAFKEN, M., *Scandal Proof...*, *op. cit.*, p. 32.

52. PHILIP, M., *Defining Corruption: An Analysis of the Republican Tradition*, Mesa redonda de investigación de la Asociación Internacional de Ciencias Políticas sobre financiación política y corrupción política, Bellagio, Italia, 1987.

posiciones de los estudiosos al respecto. Luego plantearemos una nueva metodología, tarea que nos parece más oportuna que aquella de la solución de la “búsqueda de definiciones”.

La comprobada polisemia original del concepto ha llamado la atención de numerosos teóricos, de modo que en la extensa bibliografía sobre corrupción son muchos los estudios que tratan el problema de las definiciones del concepto, hasta tal punto que actualmente se afirma que «hoy [son] innumerables las definiciones que se han propuesto para caracterizar la corrupción».⁵³ Las definiciones que se han dado de *corrupción* apelan a diferentes parámetros.⁵⁴

- la moral: «la corrupción política es un atentado o transgresión de unas determinadas normas, principios y valores que se consideran importantes para la existencia y mantenimiento de un orden social justo y razonable»;⁵⁵
- los códigos legales: «la corrupción incluye aquellas maneras de “usar dinero para atender objetivos privados por medios políticos que son criminales o al menos ilegales»;⁵⁶
- la percepción del público: «el concepto [de corrupción] se dará en virtud de la opinión del público»;⁵⁷
- la racionalidad económica: «podemos concebir la corrupción en términos de un funcionario público que ve su oficio como un negocio [...] cuyo ingreso debe maximizar», de modo que su ingreso dependerá de «la situación del mercado y de sus talentos para encontrar el punto de ganancia máxima en la curva de demanda del público»;⁵⁸
- las normas e instituciones transmitidas culturalmente.⁵⁹

53. Vid. MALEM, J., «El fenómeno de la corrupción», en LAPORTA, F. J., ÁLVAREZ, S., *La corrupción política*, Alianza, Madrid, 1997, p. 71 ss.

54. Reproducimos el trabajo de síntesis realizado por ARJONA TRUJILLO, M. A., «La corrupción política: una revisión de la literatura», en *Documentos de Trabajo*, 02-14, serie de economía 04, Universidad Carlos III, Departamento de Economía, julio 2002, p. 5.

55. LÓPEZ, N., «Corrupción, ética y democracia», en LAPORTA, F. J., ÁLVAREZ, S., *op. cit.*, p. 117 ss.

56. HEIDENHEIMER, A., «Perspectives on the perception of corruption», en HEIDENHEIMER, A., JOHNSTON, M., LE VINE, V. (eds.), *Political corruption: a handbook*, New Brunswick, N.J. Transaction Publishers, 1989, p. 11.

57. GIBBONS, K., *Toward an attitudinal definition of corruption*, en HEIDENHEIMER *et al.*, *op. cit.*, p. 169.

58. VAN KLAVEREN, J., *The concept of corruption*, en HEIDENHEIMER *et al.*, *op. cit.*

59. LAPALOMBARA, J., «Structural and institutional aspects of corruption», en *Social Research*, LXI, 1994, pp. 325-350.

Una primera forma de diferenciar las definiciones es separando aquellas que pretenden ser objetivas de las que son subjetivas. Las primeras apelan a un criterio que se propone como universal, ya que puede ser aplicado en diferentes épocas y sociedades. Las definiciones subjetivas, en cambio, proponen un criterio que apela a variables y conceptos propios de cada época o sociedad y que, por lo tanto, no permiten hablar de un único significado del término corrupción. Suele hablarse también de definiciones legalistas, las cuales caracterizan la corrupción como determinados actos que son considerados ilegales por una legislación determinada; a estas definiciones se enfrentan las culturalistas, que sostienen que aquello que una sociedad considera corrupto no se corresponde necesariamente con lo que está contemplado por su código legal. De otro lado, pueden clasificarse las definiciones como funcionalistas o relacionistas.⁶⁰ Las primeras definen la corrupción a partir de su función en el sistema político y social, haciendo referencia sólo a aquello que forma parte del sistema; a este grupo pertenecen todas las definiciones que describen las prácticas corruptas como parte de un sistema al cual “sirven”. Las definiciones relacionistas son aquellas que toman en cuenta el contexto en que se da la corrupción, dando importancia no sólo a sus funciones dentro de un sistema, sino también a factores externos (tales como las relaciones entre los actores y las características del sistema político como un todo en relación con otras esferas de la sociedad). Finalmente es necesario hacer mención de la teoría de Johnston. Este estudioso, partiendo de una mirada histórica al concepto y tomando en cuenta el tipo de problemas que pueden estudiarse acerca del fenómeno de la corrupción, desarrolló una diferente metodología de análisis de las definiciones: la que parte del estudio de las relaciones que existen entre «la idea de corrupción y la vitalidad del proceso político».⁶¹

Esta breve revisión de la literatura nos hace entender que la inicial ambigüedad de las palabras ha dejado lugar en nuestros tiempos a una dificultad definitoria que lleva a una sustancial indefinición del concepto de corrupción. Ahora bien, quisiéramos despejar el campo de las posibles tentaciones de acudir a las definiciones contenidas en los tipos penales. La disciplina penal —sin perjuicio de su necesidad— frente a la complejidad de los riesgos de corrupción pone de manifiesto sus límites, como reconocen expresamente los propios estudiosos de la materia.

60. Para una mirada a las explicaciones funcionalistas y al enfoque relacionista, *vid.* HEIDENHEIMER, A. *et al.*, *Political corruption...*, *op. cit.*, p. 197.

61. JOHNSTON, M., «The search for definitions: the vitality of politics and the issue of corruption», en *International Social Science Journal*, n.º. 149, p. 322.

4. La insuficiencia del derecho penal y la reconducción del concepto de corrupción al ámbito del derecho administrativo

Decía Sun Tzu que «las armas son instrumentos de mala suerte, emplearlas por mucho tiempo producirá calamidades», pues asimismo la utilización de técnicas de represión como única y exclusiva vía para combatir la corrupción, a la larga produce más decepciones que satisfacciones. En esta batalla, el combate proactivo del fenómeno (prevención) debe avanzar en consonancia con el combate reactivo (represión), esta es una consecuencia de lo que se ha denominado “mentalidad post-Watergate”. En este sentido la doctrina ha indicado que las políticas públicas deben ir más allá del derecho penal, hacia estrategias de tipo preventivo, fundadas en la tesis que el derecho penal, solo, no es eficiente y eficaz en la lucha contra la corrupción: «Otras estrategias, como la de-regulación o re-regulación de mercados especialmente vulnerables [...] podrían resultar eficaces».⁶² En los siguientes términos se ha expresado también Berdugo:

«El derecho penal es el instrumento jurídico más enérgico de que dispone el Estado para evitar las conductas que resultan más indeseadas e insoportables socialmente. Pero es de gran importancia entender que este instrumento no es el único de que dispone la sociedad y el Estado para el control social de las conductas de los individuos».⁶³

No deberíamos tampoco desconocer que una parte de la doctrina penalista considera que:

«Solicitar o recibir una dádiva, o aceptar una promesa, para realizar en el ejercicio del cargo un delito, debería quedar extramuros del Derecho penal. Como estas conductas suponen la lesión del bien jurídico *honradez o integridad de la condición de funcionario público*, llevarían aparejada una sanción disciplinaria. Cuando el delito contrapartida de la dádiva se ejecute o haya un principio de ejecución del mismo, se aplicará entonces tal delito en grado de consumación o tentativa, con la agravante genérica, en su caso, de precio, recompensa o promesa. La dádiva o promesa solicitada, recibida o aceptada serviría, por tanto, por un lado, para fundamentar la aplica-

62. SAVONA, E. U., «Oltre il diritto penale. Note in materia di lotta alla corruzione», en *Politica del diritto*, núm. 4, 1995, p. 562. El autor justifica su afirmación en la observación de la experiencia italiana de “tangentopoli”.

63. BERDUGO, I., *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Praxis, Barcelona, 1999, p. 1.

ción de un ilícito disciplinario —por haber lesionado el bien jurídico honradez o integridad de la condición de funcionario público—, y, por otro, para agravar la pena del delito contrapartida de la dádiva [...] por ser la conducta más reprochable».⁶⁴

Y, finalmente, sobre la crisis del derecho penal en la encrucijada de la sociedad del riesgo Mendoza Buergo ha dicho:

«[El derecho penal] no es el instrumento primordial ni menos aún el único idóneo para combatir los riesgos ni para la consecución de seguridad en todos los órdenes sino que, por el contrario, está asumiendo en numerosas ocasiones la función de aportar una seguridad meramente simbólica que pretende justificar al legislador en la búsqueda de vías de solución del conflicto».⁶⁵

Desde una perspectiva económico-institucional, el fenómeno de la corrupción está relacionado con el marco jurídico regulador, sobretudo el marco administrativo-económico, que entraña todos los elementos determinantes de las regulaciones de las instituciones de control y supervisión, de los incentivos y desincentivos dirigidos a garantizar el correcto funcionamiento de los mercados y de sus actores, y del régimen jurídico de los sectores económicos. Por estas razones, compartimos la tesis de Rivero Ortega, según el cual «la prevención de la corrupción va a ser, en gran medida, una cuestión de Derecho administrativo, una cuestión de instituciones jurídico-administrativas».⁶⁶ Ya se ha evidenciado como los sectores más corruptos son aquellos que mueven ingentes capitales —como el de la construcción donde los intercambios ilícitos se realizan en el procedimiento de adjudicación de contratos públicos—⁶⁷ y aquellos que se caracterizan por el ejercicio de potestades administrativas discrecionales, como el urbanismo.

Ciertamente los administrativistas españoles han realizado importantes aportaciones sobre la temática del control del poder⁶⁸ y de la garantía del interés

64. HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «Prólogo», en VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Comares, Granada, 2003, p. XVII.

65. MENDOZA BUERGO, B., *Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo*, en AGRA, C., DOMÍNGUEZ, J. L., GARCÍA AMADO, J. A., HEBBERTECHT, P., RECASENS, A., *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2003, p. 85.

66. RIVERO ORTEGA, R., *Instituciones administrativas, desarrollo y control de la corrupción. El caso colombiano*, UIM, 2006, p. 24-25.

67. RIVERO ORTEGA, R., «Corrupción y contratos públicos: las respuestas europea y latinoamericana», en RODRÍGUEZ GARCÍA, N., FABIÁN CAPARROS, E. A., *La corrupción en un mundo globalizado*, Ratio Legis, Salamanca, 2004, p. 109 ss.

68. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1974;

general.⁶⁹ Sin embargo, se da el caso que a pesar de existir importantes estudios de derecho administrativo sobre corrupción,⁷⁰ han sido los estudiosos de otros ámbitos de las ciencias sociales y sobre todo los economistas quienes se han encargado de profundizar las conexiones entre marco jurídico y corrupción.⁷¹ Por lo tanto, hace falta «ir más allá del mero método jurídico [ya que] se hace preciso un enfoque interdisciplinario».⁷² En realidad consideramos que hace falta proponer un nuevo enfoque metodológico que nos permita entender la complejidad que entraña la corrupción moderna, para abordar su concepto y (sobre todo) para elaborar estrategias operativas de lucha, en otras palabras, la conceptualización de la corrupción en la actual sociedad post-industrial debe incluir asimismo la categoría del riesgo, introducida por Ulrich Beck.⁷³

5. Una nueva tríada metodológica: corrupción, riesgo y regulación

La sociedad actual, en palabras de Porras Nadales, estaría ante: «[...] nuevas pautas históricas de configuración jurídicas del orden social y en consecuencia del papel activo que las esferas públicas deben asumir ante el mismo. Lo que permitiría abrir en consecuencia un foco de atención en torno al nuevo tipo de filosofía estratégica que implica la emergencia de este fenómeno regulativo».⁷⁴

PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999; FERNÁNDEZ, T. R., *De la arbitrariedad de la administración*, Civitas, Madrid, 1994.

69. NIETO, A., «La administración sirve con objetividad los intereses generales», en *Estudios sobre la Constitución Española. Libro Homenaje al prof. García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991; PAREJO ALFONSO, L., «Interés público como criterio de control de la actividad administrativa», en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 12, 2003, p. 125-150.

70. Por ejemplo, MARTÍN-RETORTILLO, L., «Lo público y la acción administrativa: el fantasma de la corrupción», en *Luis Jordana de Poza. Creador de la Ciencia Administrativa*, Universidad Complutense, Madrid, 2000; NIETO, A., *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997; SÁNCHEZ MORÓN, M., *La corrupción y los problemas de control de la Administración Pública*, en LAPORTA, F. J., ÁLVAREZ, S., *La corrupción política*, Alianza, Madrid, 1997.

71. En este sentido, *vid.* RIVERO ORTEGA, R., *Instituciones administrativas...*, *op. cit.*, p. 24.

72. *Íbidem*, p. 27.

73. BECK, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998; y del mismo autor, *La sociedad del riesgo global*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2002.

74. PORRAS NADALES, A. J., «El derecho regulativo», en *Revista de estudios políticos*, núm. 117, 2002, p. 53.

Algún autor⁷⁵ ha considerado la regulación como una estrategia más efectiva a la hora de reducir el nivel de corrupción pública, partiendo de la consideración de que la corrupción es un fenómeno inherente a los regímenes políticos siendo inevitable su existencia, en la línea teórica de Klitgaard del llamado “nivel óptimo” o grado inevitable de corrupción pública.⁷⁶ En este sentido, cabría notar que la propia Convención de la ONU hace referencia a la prevención y al combate, antes que a su erradicación. Sin embargo no debe considerarse la estrategia reguladora como una perspectiva reduccionista que avala una vía meramente contenedora de la corrupción. Al revés, el surgimiento de esta nueva forma de intervencionismo (*regulatory law*) marca la evolución del Estado administrativo en una sociedad industrial al Estado regulador en una sociedad post-industrial, donde la actividad de los poderes públicos se comparte con las organizaciones de la comunidad.⁷⁷

El concepto de corrupción moderna puede ser analizado desde la perspectiva teórica de la sociedad del riesgo,⁷⁸ desde esta construcción la prevención de la corrupción pública se plantea como una cuestión de técnicas de regulación. En primer lugar, la corrupción no puede considerarse y tratarse como cualquier otra actividad ilegal,⁷⁹ por lo tanto, las tradicionales medidas de justicia criminal resultan ser un instrumento preventivo inadecuado. Nos referimos especialmente a la relación corrupta cuyas partes son, por el lado de la demanda, los funcionarios públicos, y las empresas, por el lado de la oferta. Sobre todo los estudios de derecho administrativo clásicos no han considerado con

75. OGUS, A., *Corruption and Regulatory Structure*, en *Law and Policy*, vol. 26, no. 3 & 4, october 2004, p. 329-346. Este autor considera que intervenir al nivel de la regulación sería mucho más efectivo sobre todos en los países que no pueden llevar a cabo una macro-reforma institucional asociada a una firme voluntad política, que no disponen de un sistema judicial fuerte e imparcial y de una ciudadanía especialmente activa, como pueden ser ciertos países en transición hacia la democracia o ciertos países latinoamericanos.

76. KLITGAARD, R., *Controlling Corruption...*, *op. cit.*, p. 24 -27, donde el autor hablando de «*the optimal degree of corruption*» afirma: «*the optimal level of corruption is not zero*».

77. La Convención ONU, en efecto, dice que las políticas públicas anticorrupción se llevarán a cabo por los estados «con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenecen al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria». Sobre el desarrollo y las características del «derecho regulatorio», véase BALLBÉ, M., «El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización», en *Revista de Administración Pública*, núm. 174, 2007, pp. 215-276.

78. Recientemente sobre la gestión de riesgos, GARCÍA HOM, A., *Negociar el riesgo*, Ariel, Barcelona, 2005.

79. Así, BOWLES, R., «Corruption», en BOUCKAERT, B., DE GEEST, G., *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, UK, 2000, p. 460 ss.

atención el lado de la oferta, cuyo control consideramos esencial para cualquier política pública anticorrupción. Ahora bien, como veremos, son las técnicas del derecho regulativo, dirigidas a la regulación del marco jurídico-institucional, las más versadas ante esta función.

Otra cuestión indicativa se refiere a la afirmación en los ordenamientos continentales europeos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En España, la reforma de la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, que incluye como novedad que:

«La responsabilidad se extiende a las sociedades mercantiles de forma complementaria a la que recaiga sobre las personas físicas que las gobiernen, o bien aquellos sujetos que cometan los hechos delictivos, sometidos a la autoridad de esas personas físicas, que así se lo han indicado, o que, simplemente, no han ejercido el debido control para evitar esos delitos.»

Ante la modificación, los propios penalistas habían expresado sus perplejidades; dice Caparrós:

«[...] considero que la entrada del derecho penal en este ámbito [...] se aleja de los principios limitadores que deben caracterizar la política criminal de los ordenamientos constitucionales como el nuestro. Conductas como estas, por ilícitas y lesivas que sean, no justifican la entrada en juego del *jus puniendo*, que se extendería peligrosamente sobre un área cuya tutela debe estar esencialmente encomendada a otras instancias jurídicas de control».⁸⁰

Por esta razón, hay autores que han cuestionado la efectividad disuasoria de las medidas penales aplicadas a las empresas, apostando por las sanciones administrativas.⁸¹ En Italia se ha instituido la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por delitos de corrupción asociada a la previsión de “modelos preventivos de administración y gestión”; en cambio, en España se extenderá la responsabilidad penal a las sociedades empresariales pero no se hace mención alguna a sistemas de *compliance program* (sistemas voluntarios de prevención), por lo tanto parece que el legislador introduzca sólo parcialmente una institución jurídica de otro ordenamiento.

80. CAPARRÓS, F., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, en www.tirantonline.com.

81. Vid. OGUS, A., ABBOT, C., *Pollution and Penalties*, en *Research in Law and Economics*, vol. 20, p. 493-512.

La reflexión sobre estas líneas de transformación de los ordenamientos puede beneficiarse de la consideración de los paradigmas de la sociedad del riesgo. La superación del dogma *societas delinquere non potest* ha sido uno de los efectos del impacto de la industrialización en el sistema penal. Sin embargo, en la sociedad del riesgo se manifiesta la inadecuación del instrumento penal a favor de una nueva formulación del derecho administrativo (regulativo). Pasamos, por lo tanto, a comentar la relación específica entre corrupción y sociedad del riesgo. Teorizar y relacionar el riesgo con las ciencias sociales y con el derecho parece hoy en día una tarea necesaria. Dice Prieto Navarro que «el riesgo parece la condición esencial de toda planificación política [...] la existencia del riesgo nos plantea la dificultad originaria de cohonestar su constatación irremediable con la promesa de seguridad que se espera y demanda del Estado. No en vano, el objetivo de la seguridad se ha convertido en la carta legitimatoria por excelencia del Estado moderno».⁸²

En las sociedades post-industriales, el riesgo encuentra su origen en una actividad humana que tiene una materialización técnica, científica o económica; según Luhmann, uno de los rasgos característicos de los riesgos de estas sociedades es que las víctimas involuntarias de las decisiones arriesgadas son, por lo general, personas distintas a las que toman aquellas,⁸³ por una divergencia entre producción del riesgo y afectación del mismo. Siguiendo la esquematización propuesta por la doctrina,⁸⁴ sintetizamos, a continuación, otros caracteres de la sociedad del riesgo:

- 1) El primordial viene constituido por el cambio en la naturaleza y en el potencial de los peligros actuales, ya que se trata de riesgos que, a diferencia de los peligros de otras épocas, son “artificiales”, es decir, producidos por la actividad del hombre y vinculados a las decisiones de éste;
- 2) Estos riesgos amenazan un número indeterminado de personas, por lo tanto son expresivos de la globalización de los fenómenos sociales;
- 3) Los riesgos se asocian a la complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad;

82. PRIETO NAVARRO, E., «Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo», en AGRA, C., DOMÍNGUEZ, J. L., GARCÍA AMADO, J. A., HEBBERTECHT, P., RECASENS, A., *La seguridad en la sociedad del riesgo...*, *op. cit.*, p. 37.

83. Vid. LUHMANN, N., *Soziologie des Risikos*, de Bruyter, Berlín, 1991.

84. MENDOZA BUERGO, B., *Gestión del riesgo y política criminal...*, *op. cit.*, p. 69.

- 4) Los riesgos generan una demanda específicamente normativa de seguridad, que no busca sólo una protección objetiva frente a los riesgos, sino también la posibilidad de asegurar confianza en esta protección.

Creemos que la corrupción moderna y el derecho regulativo responden a estos elementos definitorios de la sociedad del riesgo. En primer lugar, mientras las tradicionales medidas de policía, dirigidas al reestablecimiento del orden público⁸⁵ aspiraban a la ausencia de peligros, en cambio, una de las premisas que debe adoptarse ante el riesgo, desde el realismo, es una estrategia reguladora de reducción, considerando imposible una situación de “riesgo cero”.⁸⁶ Premisa que corresponde a las conclusiones del análisis económico institucional de la corrupción que se han presentado. Además, según Beck, los riesgos suelen permanecer invisibles, lo que nos hace pensar a la corrupción que por definición es un pacto oculto.

En segundo lugar, hablando de los otros rasgos del riesgo, acuérdense que el 2001 fue el *annus horribilis* de EE.UU. no sólo por la tragedia del atentado terrorista del 11-S, que impuso un replanteamiento del concepto de seguridad global, sino también por el caso Enron, luego seguido por otros escándalos financieros procedentes del país que representa el máximo referente de la economía occidental. Todos estos casos se aglutinan en torno a una fenomenología propia del capitalismo más desarrollado:

«Las grandes empresas se valen de su poder económico para corromper a las instancias públicas con objeto de obtener, resoluciones favorables en perjuicio de sus competidores [...] el interés de las empresas por conseguir el favor de las autoridades también aumenta y, con ello, la tentación de obtenerlo mediante soborno».⁸⁷

Estos sucesos de “gran corrupción corporativa” se caracterizan por un elevado nivel de complejidad técnico-económica; por la pluralidad de los perjudicados (empresa, trabajadores, inversores y, por ejemplo en el caso Enron, el conjunto de los *stakeholders* del sistema eléctrico norteamericano), por la dificultad a la hora de determinar las responsabilidades y determinar las sanciones más correctas (ya que estas últimas tendrán efectos económicos y por ende abrirán un nuevo frente de riesgo colateral) y finalmente las expectativas de seguridad de los afectados y de los operadores de los mercados financieros.

85. Sobre las técnicas de orden público, *vid.* la obra fundamental de BALLBÉ, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza, Madrid, 1985.

86. ESTEVE PARDO, J., «De la policía administrativa a la gestión de riesgos», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, julio-septiembre 2003, p. 327 y 333.

87. CAPARRÓS, F., *La corrupción de agente público...*, *op. cit.*

Por otra parte, estos sucesos constituyen problemas de regulación, como acertadamente explicó el premio Nobel de economía Joseph Stiglitz hablando del “capitalismo de amiguetes” y culpando a la falta de transparencia y a los fallos de la gobernabilidad corporativa. Esta consideración desvela una relación fundamental: la *corporate governance* de una empresa es uno de los factores determinantes del nivel de corrupción, como se ha recientemente demostrado.⁸⁸ Este factor, por describir un elemento propio y exclusivo del mundo empresarial resultaba ajeno a las preocupaciones de las herramientas de intervención administrativa e igualmente indiferente para los estudios de derecho público sobre corrupción. Esto no ocurre desde la visión del nuevo derecho regulativo que es un derecho «claramente superador de las tradicionales fronteras entre lo público y o privado [un derecho que tiene] la posibilidad de incidir activamente sobre las esferas, tradicionalmente opacas, del ámbito privado».⁸⁹

La globalización lleva consigo, entre otros efectos, un aumento de oportunidades de negocio para empresas no eficientes, que pueden encontrar en el soborno una forma para sobrevivir. Y las empresas son actores esenciales de la corrupción pública. En este sentido hay que destacar el papel fundamental de las multinacionales en la corrupción de los agentes públicos de los países en vía de desarrollo.⁹⁰ En estos mercados, «*bribery may have been used by some multinationals as a marketing strategy to penetrate into emerging markets*».⁹¹ Los estudios empíricos han demostrado que existe una relación entre gobierno corporativo y corrupción. La corrupción según estos análisis tiene un impacto negativo sobre el valor accionario de la empresa⁹² más allá de los perjuicios públicos conocidos. La regulación del *corporate governance* puede tener un rol importante en la reducción de la corrupción pública:

*«The principles of good governance such as accountability and transparency not only can improve firms' operating performance, but can also reduce the level of corruption by imposing more constraints on both the corrupt officials and the corruptors from the private sector».*⁹³

88. XUN WU, «Corporate Governance and Corruption», en *Governance: An International Journal of policy, Administration and Institution*, vol. 18, n.º. 2, abril 2005, p. 151-170.

89. PORRAS NADALES, A. J., *El derecho regulativo...*, *op. cit.*, p. 67-68.

90. El índice de fuentes de soborno (IFS) de 2006, presentado el mes de octubre por Transparencia Internacional, evidencia que el soborno transnacional por parte de potencias exportadoras es desconcertadamente elevado.

91. XUN WU, *Corporate Governance and Corruption...*, *op. cit.*, p. 152.

92. LEE, C., NG, D., *Corruption and International Valuation: Does Virtue Pay?*, Cornell University, 2002, disponible en Internet: http://aem.cornell.edu/faculty_sites/dtn4/leeng_0403.pdf.

93. XUN WU, *Corporate Governance and Corruption...*, *op. cit.*, p. 158.

En este ámbito, el avance de instrumentos de autorregulación regulada,⁹⁴ como los *compliance programs* del sistema norteamericano, se suman a las exigencias de responsabilidad de los consejos de administración ante los accionistas y de *higher standard for accounting information reporting*, para superar y reducir el problema de la oferta de corrupción.

Quisiéramos llamar la atención sobre otro efecto procedente del impacto de la sociedad del riesgo sobre función pública. También en relación con esta materia, el Estado se ve en la tesitura de convertirse en previsor, lo que exige de él tareas de anticipación y control de cursos futuros inciertos en su acaecimiento y dañosidad.⁹⁵ Consideramos que esta nueva faceta del Estado adquiere especial significación en la relación entre corrupción y conflictos de intereses. El modelo de referencia obligado es la disciplina norteamericana de la *Ethics in Government Act* que, desde 1978, regula los *conflicts of interest*. El Estado se hace previsor porque, partiendo de la valoración concreta de las situaciones incompatibles que puedan acaecer en el desarrollo de la función pública, el modelo de regulación estadounidense considera relevante la simple existencia de un peligro grave y actual (*clear and present danger*). Parece que esta visión de la prevención de riesgos que caracteriza, por complejidad ética y técnica, a nuestra sociedad, haya inspirado al legislador español en la reciente Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración general del Estado,⁹⁶ en cuyo preámbulo se dice que la ratio de la normativa es:

«[...] construir un nuevo régimen jurídico regulador de la actuación de los altos cargos en el que, perfeccionando el anterior de incompatibilidades, se introducen nuevas exigencias y cautelas que garanticen que no se van a producir situaciones que pongan en riesgo la objetividad, imparcialidad e independencia del alto cargo, sin perjuicio de la jerarquía administrativa».

94. ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Navarra, 2002; MOLES, R. J., *Derecho y calidad. El régimen jurídico de la normalización técnica*, Ariel, Barcelona, 2001.

95. PRIETO NAVARRO, E., *Sobre los límites...*, *op. cit.*, p. 38.

96. Un primer comentario de la ley se puede leer en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 103. Sobre deberes e incompatibilidades de los funcionarios públicos, *vid.* SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 2004; sobre ética de la función pública, *vid.* ORTIZ DIAZ, J., «Ética de la función pública», en *La función pública a debate*, p. 227-280; y sobre formación y selección de funcionarios. También en Catalunya ha sido aprobada recientemente una regulación con el mismo objeto: Llei 13/2005, de 27 de desembre, del règim d'incompatibilitats dels alts càrrecs al servei de la Generalitat.

Finalmente, algunos estudiosos han explorado «*the dynamic relationship between state power, corruption, corporate power and, to a limited extent, organized crime*». El resultado de estos análisis es una reinterpretación de los desastres naturales en términos de violaciones de los derechos humanos y de efectos colaterales de la corrupción pública.⁹⁷

6. Conclusiones

El concepto de corrupción ha sufrido a lo largo de la historia unas mutaciones importantes. En un arco temporal de 5.000 años la ambigüedad de palabras como *feqa, tātu, shobadb, dōron* o *munus* —que podían indicar al mismo tiempo regalo o soborno, en épocas y sociedades en las que las relaciones sociales asumían como normal el principio de reciprocidad— ha mutado hacia términos inequívocos tales como *simonía* o *brybe*. La doctrina religiosa ha tenido una influencia determinante en dicha mutación. Se ha pasado de la neutralidad del juicio sobre la reciprocidad en las sociedades arcaicas a la condena de las desviaciones de la integridad en las relaciones de reciprocidad política en la América del Watergate. Hoy en día, entender el concepto de corrupción sigue siendo una tarea difícil, no por las palabras, sino por la complejidad propia de las sociedades post-industriales y de los riesgos tecnológicos y económicos que éstas entrañan, y por la correspondiente complejidad ética que suponen.

Bibliografía

- ARJONA TRUJILLO, M. A., «La corrupción política: una revisión de la literatura», en *Documentos de Trabajo*, 02-14, serie de economía 04, Universidad Carlos III, Departamento de Economía, julio 2002.
- BALBÉ, M., «Principios pluralistas», en BALLBÉ, M., FRANCH, M. (dirs.), *Manual de Derecho Administrativo*, AECE-UAB, 2002.
- , «El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre americanización y europeización», en *Revista de Administración Pública*, núm. 174, 2007.
- BECK, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998.
- , *La sociedad del riesgo global*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2002.
- BERDUGO, I., *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Praxis, Barcelona, 1999.

97. Vid. GREEN, P., «Disaster by Design. Corruption, Construction and Catastrophe», en *British Journal of Criminology*, vol. 45, 2005, p. 528-546.

- BOWLES, R., «Corruption», en BOUCKAERT, B., DE GEEST, G., *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, UK, 2000.
- BRIOSCHI, C. A., *Breve storia della corruzione. Dall'età antica ai nostri giorni*, TEA, Milano, 2004.
- CAPARRÓS, F., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, en <www.tirantonline.com>
- CASHMAN, S. D., *America in the age of titans: the progressive era and the world war I*, New York, New York University Press, 1988.
- COCCIOLO, E. E., «Corruzione, etica amministrativa e “autoregolazione regolata” dei pubblici poteri», en *Rivista della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze*, núm. 6-7, 2005.
- CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs, Barcelona, 1997.
- DUSO, A. (a cura di), *Economia e istituzioni del New Deal*, Bari, De Donato, 1980.
- ESTEVE PARDO, J., «De la policía administrativa a la gestión de riesgos», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, julio-septiembre 2003, p. 327 y 333.
- FRANKFORT, H., *Reyes y dioses: estudio de la religión del Oriente Próximo en la antigüedad en tanto que integración de la sociedad y la naturaleza*, Alianza, Madrid, 1981.
- , *The Intellectual Adventure of Ancient Man*, University of Chicago Press, Chicago, 1946.
- GARCÍA HOM, A., *Negociar el riesgo*, Ariel, Barcelona, 2005.
- GARZÓN VALDÉS, E., «Acerca del concepto de corrupción», en LAPORTA, F., ÁLVAREZ, S., *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997.
- GOWEN, H. H., «“The Indian Machiavelli” or Political Theory in India Two Thousand Years Ago», en *Political Science Quarterly*, vol. 44, Issue 2 (Jun. 1929).
- GRANT, S. M.; HOLDEN, B. (eds.), *The American Civil War: Explorations and Reconsiderations*, Harlow, New York, 2000.
- GREEN, P., «Disaster by Design. Corruption, Construction and Catastrophe», en *British Journal of Criminology*, vol. 45, 2005, p. 528-546.
- HEIDENHEIMER, A.; JOHNSTON, M.; LE VINE, V. (eds.), *Political corruption: a handbook*, New Brunswick, N.J. Transaction Publishers, 1989.
- JOHNSTON, M., «The search for definitions: the vitality of politics and the issue of corruption», en *International Social Science Journal*, nº. 149.
- JOHNSTONE, P.; BROWN, G., «International Controls of Corruption: Recent Responses from USA and UK», en *Journal of Financial Crime*, vol. 11, nº. 3, 2004.
- LA SPINA, A.; MAYONE, G., *Lo Stato Regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- LAPALOMBARA, J., «Structural and institutional aspects of corruption»,

Endrius Eliseo Cocciolo

en *Social Research*, LXI, 1994, pp. 325-350.

LAPORTA, F. J.; ALVAREZ, S., *La corrupción política*, Alianza, Madrid, 1997.

LATRE, G., «The 1535 Coverdale Bible and its Antwerp Origins», en O'SULLIVAN, O. (ed.), *The Bible as Book: The Reformation*, The British Library & Oak Knoll Press in association with The Scriptorium: Center for Christian Antiquities London & New Castle, Delaware, 2000, pp. 89-102.

LOZANO CUTANDA, B., «Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el derecho administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 172, enero-abril 2007, pp. 339-361.

LURAGHI, R., *Storia della guerra civile americana*, Einaudi, Torino, 1966.

MALEM SEÑA, E., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2002.

MANNING, B., *Federal Conflict of Interest Law*, Harvard University Press, 1964.

MARTÍN-RETORTILLO, L., «Lo público y la acción administrativa: el fantasma de la corrupción», en *Luis Jordana de Poza. Creador de la Ciencia Administrativa*, Universidad Complutense, Madrid, 2000.

MCKENZIE, G. C.; HAFKEN, M., *Scandal Proof: Do Ethics Laws Make Government Ethical*, Brookings Institution Press, Washington DC, 2002.

MELMAN, S., *Pentagon Capitalism*, McGraw-Hill, New York, 1970; (trad. en

español: *El capitalismo del Pentágono. La economía política de la guerra*, Siglo XXI editores S.A., Madrid, 1972).

MENDOZA BUERGO, B., «Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo», en AGRA, C.; DOMÍNGUEZ, J. L.; GARCÍA AMADO, J. A.; HEBBERTECHT, P.; RECASENS, A., *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2003, p. 85.

MORANTO, R., «Thinking the Unthinkable: A Case for Spoils in the Federal Bureaucracy», en *Administration and Society*, vol. 29, n.º 6, pp. 625-626.

NIETO, A., *Corrupción en la España democrática*, Barcelona, Ariel, 1997.

—, «La administración sirve con objetividad los intereses generales», en *Estudios sobre la Constitución Española. Libro Homenaje al prof. García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.

NOONAN, J. T., *Bribes*, Macmillan Publishing Co., New York, 1994.

OGUS, A., «Corruption and Regulatory Structure», en *Law and Policy*, vol. 26, no. 3 & 4, october 2004, p. 329-346.

PÉREZ FRANCESCH, J. L.; COCCIOLO, E. E.; EYRE DE LORENZO, J. A., «Disolución de los ayuntamientos en España y corrupción sistémica. Aproximación al “caso Marbella” y comparación con la normativa italiana en materia de disolución en supuestos de emergencia extraordinaria», en *Revista de Estudios de*

- la Administración Local y Autonómica*, núm. 305, septiembre-diciembre 2007, pp. 295-320.
- PERTICI, A., *Il conflitto di interessi*, Giappichelli, Torino, 2002.
- PHILIP, M., *Defining Corruption: An Analysis of the Republican Tradition*, Mesa redonda de investigación de la Asociación Internacional de Ciencias Políticas sobre financiación política y corrupción política, Bellagio, Italia, 1987.
- PORRAS NADALES, A. J., «El derecho regulativo», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 117, 2002.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., *El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*, Ariel, Barcelona, 1995.
- RIVERO ORTEGA, R., «Corrupción y contratos públicos: las respuestas europea y latinoamericana», en RODRÍGUEZ GARCÍA, N.; FABIÁN CAPARROS, E. A., *La corrupción en un mundo globalizado*, Ratio Legis, Salamanca, 2004.
- RIVERO ORTEGA, R., *Instituciones administrativas, desarrollo y control de la corrupción. El caso colombiano*, UIM, 2006.
- ROBERTS, R. N.; DOSS, M. T. JR., *From Watergate to Whitewater: The Public Integrity War*, Wespot, 1997.
- ROUX, G., *Mesopotamia: historia política, económica y cultural*, 4ª ed., Akal, Madrid, 2002.
- SAVONA, E. U., «Oltre il diritto penale. Note in materia di lotta alla corruzione», en *Politica del diritto*, núm. 4, 1995.
- SIMON, D., *Elite Deviance* (7th edn), Allyn y Bacon, Boston, 2002.
- SOLAR CAYÓN, J. I., *Política y derecho en la era del New Deal*, Madrid, Dyckinson, 2002.
- STERLING YOUNG, J., *The Washington Community: 1800-1828*, Harcourt, Brace and World, 1996, p. 31.
- VILLORIA, M., *La corrupción política*, Síntesis, Madrid, 2006.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Comares, Granada, 2003, p. XVII.
- XUN WU, «Corporate Governance and Corruption», en *Governance: An International Journal of policy, Administration and Institution*, vol. 18, nº. 2, abril 2005, p. 151-170.

Resum

Les mutacions del concepte de corrupció. De l'ambigüitat de les societats arcaïques a la complexitat en l'època de l'Estat regulador i de la societat del risc

Endrius Eliseo Cocciolo

L'estudi observa que el concepte de corrupció ha sofert al llarg de la història unes mutacions importants. En un arc temporal de 5.000 anys l'ambigüitat de paraules com ara *feqa*, *tātu*, *sbobadh*, *dōron* o *munus* —que podien indicar alhora regal o suborn, en èpoques i societats en les quals les relacions socials assumien com a normal el principi de reciprocitat— ha anat canviant cap a termes inequívocs, com *simonía* o *brybe*. Fins als llindars del segle XIX la doctrina religiosa ha tingut una influència determinant en la mutació esmentada. Les mutacions descriuen el canvi des de la neutralitat del judici sobre la reciprocitat en les societats

arcaïques, passant per la condemna de les desviacions de la integritat politicoadministrativa en els anys del Watergate, fins a la complexitat de l'actual societat postindustrial. Del tal manera que, en l'estudi, l'anàlisi diacrònica de les mutacions ha permès distingir cinc fases diferents en la caracterització del concepte de corrupció. Finalment, es planteja la consideració del concepte de corrupció pública des de la teoria de l'"Estat regulador" i la teoria de la "societat del risc", es posen de manifest els límits de la perspectiva repressivopenalista i es proposa tractar els problemes de corrupció moderna en termes regulatoris.

Paraules clau: corrupció; regulació; societat del risc; prevenció.

Abstract

Mutations in the Concept of Corruption: from Ambiguity in Archaic Societies to Complexity in the Era of the Regulatory State and the Risk Society

Endrius Eliseo Cocciolo

This study points out that the concept of corruption has undergone some substantial mutations over the course of history. In a 5,000-year time span, the ambiguity of words such as *feqa*, *tātu*, *shohadb*, *dōron* or *munus* — which could indicate either a gift or a bribe, at times and in societies in which social relations assumed the principle of reciprocity as a norm—has evolved into unequivocal terms, such as *simonía* or *brybe*. Until the dawn of the 20th century, religious doctrine had a determinative influence over these changes. The mutations describe the change from a neutral position on reciprocity in archaic societies to the condemnation of the deviations from po-

litical and administrative integrity during the Watergate years, culminating in the complexity of today's post-industrial society. As a result, the study's diachronic analysis of the mutations has made it possible to distinguish five different phases in the characterization of the concept of corruption. Finally, the study posits the concept of public corruption from the perspective of "Regulatory State" and "Risk Society" theory. The paper highlights the limits of the law and order-criminal approach to dealing with corruption and propoposes that problems of modern corruption be dealt with in regulatory terms.

Key words: corruption; regulation; risk society; prevention.