

## Exposición en San Pablo – Bingham Centre – Desafíos para la investigación de la corrupción

Gabriel Pérez Barberá

---

Los delitos de cuello blanco pueden ser cometidos por funcionarios públicos o por personas particulares. Como todos sabemos, cuando sus autores son funcionarios públicos, estamos por lo general frente a casos de *corrupción*. Cuando sus autores son personas particulares, estamos frente a la denominada *criminalidad económica*. Tanto las causas de corrupción como las de criminalidad económica tienen, por lo general, una muy fuerte repercusión social. En ellas, por lo tanto, el sistema penal queda expuesto más que nunca frente a la sociedad en lo que respecta a su *legitimidad*.

El sistema penal se deslegitima frente a la sociedad si ésta percibe que es empleado con arbitrariedad. Hay tres efectos que puede producir una aplicación arbitraria del derecho penal y que por lo tanto lo deslegitima con especial intensidad: la *impunidad*, la *selectividad* y la *persecución maliciosa*. Si el sistema penal, arbitrariamente, produce impunidad, pierde legitimidad. Pero también la pierde si selecciona con arbitrariedad los casos que decide investigar, y si persigue maliciosamente a personas inocentes.

Por lo demás, cuando se trata de corrupción o de criminalidad económica, incurrir en algunas de estas prácticas arbitrarias suele estar motivado no en defectos estructurales del sistema, sino en una consciente toma de posición de sus operadores a favor de un

determinado interés, diferente por cierto al de la simple aplicación del derecho penal de conformidad con la ley y con la Constitución.

Aquí espero poder mostrar qué caminos son aconsejables seguir para que la sociedad perciba al derecho penal no como un mero instrumento de intereses ajenos a la idea de justicia, sino como una institución seria que se limita a cumplir su función de reencausar sus más graves conflictos. Trataré entonces de exponer algunas estrategias, en términos de diseño institucional, que pueden ser útiles para neutralizar, aunque sea en parte, estos tres problemas: impunidad, selectividad y persecución maliciosa. Los tres vulneran muchas normas, morales y jurídicas, pero son especialmente contrarios al principio de igualdad ante la ley. Porque, por la impunidad y por la selectividad, no se trata por igual a todos los culpables; y por la persecución maliciosa no se trata por igual a todos los inocentes.

Creo, por eso, que se puede formular una "idea-fuerza" central para el abordaje de estos tres graves vicios de los sistemas judiciales en materia penal. Esta idea es: *para la igualdad, diversidad*. O más precisamente: *para la igualdad ante la ley, diversidad en la aplicación de la ley*. ¿Qué quiero decir con esto? Lo iremos viendo en relación con cada uno de los vicios en cuestión.

Empecemos con la impunidad. Y en particular con la que más nos preocupa, que es la *impunidad sistémica*, no la de un caso aislado (aunque también esta última sea indignante en ciertas situaciones). Un factor que es directamente funcional para la impunidad sistémica es la *falta de diversidad en la distribución de la competencia* relativa a los órganos que tienen a su cargo la persecución de la criminalidad

económica y de la corrupción. ¿Queremos asegurar esta clase de impunidad? Pues bien: inauguremos entonces un fuero único y especializado! En el cual se concentre la investigación y juzgamiento de la criminalidad económica y anticorrupción; y coloquemos allí a sólo uno o dos jueces de primer grado y a un único tribunal de segundo grado que sean amigos de los intereses que queremos proteger. Así tendremos impunidad asegurada, ¡y por años!

El argumento “sano” de la *especialización* para esta criminalidad, paradigmáticamente compleja y por tanto necesitada de especiales conocimientos técnicos, no sólo jurídicos, es el “falso amigo” con el que se convence a todos de la conveniencia de estos fueros concentrados en muy pocas manos. ¿Pero no es absolutamente necesaria la especialización? No estoy seguro. He visto a jueces comunes perseguir con enorme eficacia grandes delitos económicos y de corrupción. Por lo demás, los jurados legos de EE.UU. y Gran Bretaña, por ejemplo, están conformados por ciudadanos comunes que ni siquiera son abogados. La verdad es que desconfío un poco de la especialización. Prefiero o jurados populares o colegios de jueces técnicos que van rotando en su función cada año, como en Alemania. Y aun si fuera cierto que a esta altura no se puede prescindir de cierto grado de especialización, nada obliga a concentrar en pocos órganos la investigación y juzgamiento de estos delitos. Si no queda otro camino que crear un fuero especializado, nos aseguremos entonces de que esté constituido por *muchos jueces y muchos fiscales*, que respondan en lo posible a las características que analizo a continuación.

Pasemos ahora a la selectividad, esto es, la arbitrariedad en función de la cual sólo se persigue cierta clase de delitos y no otros, o ciertas clases de personas y no otras. Este es un vicio que, hasta lo que he podido ver, caracteriza a los sistemas penales de todos los países de occidente, tanto en Europa como en Estados Unidos y en Latinoamérica. Hay muchos estudios empíricos que demuestran su existencia, cualquiera sea la materia que se investigue. No debe sorprendernos entonces que también haya selectividad en la persecución penal de los delitos de cuello blanco y de corrupción. Stuart Green, un notable penalista y iusfilósofo estadounidense, en su excelente libro titulado *Lying, Cheating and Stealing: A Moral Theory of White-Collar Crime*, editado por Oxford University Press, identifica dos empatías entre los jueces y los delincuentes de cuello blanco, que aparentemente explican la selectividad en este ámbito: la empatía ideológica y la empatía de clase.

No me parece que esta caracterización sea *completamente correcta*. Por lo pronto, parece bastante simplista, y deja fuera de consideración factores que a mi juicio son muy relevantes, como la falta de valores morales firmes entre muchos de los que administran justicia. Pero tampoco creo que sea una caracterización *completamente equivocada*. De hecho, parece difícil decir que, al menos en nuestra región, el poder judicial sea ideológicamente pluralista y pluriclasista en cuanto a su composición. Es cierto que esto, en parte, es explicable por el hecho de que se trata de un poder contramayoritario, y por tanto poco interesado en procesos serios de democratización. Pero esto, aunque explique el fenómeno, no lo justifica.

Creo sinceramente que, en Latinoamérica, la falta de pluralismo ideológico en el poder judicial es un problema grave, dado que, indirectamente, afecta en forma seria a su independencia. En nuestra región, en efecto, no es poco usual advertir que los jueces son ciertamente independientes del poder político, pero no de cualquier poder político, sino únicamente del poder político *que no les gusta*. Y esto, si se trata de delitos de corrupción, los lleva a juzgar con una vara muy distinta a los funcionarios públicos con los que tienen empatía ideológica que a aquellos con los que no tienen esa empatía. O a juzgar con intensidad a los funcionarios públicos que no les son ideológicamente afines y dejar de lado la investigación de los grandes empresarios que los han corrompido. Todo esto, como dije al comienzo, deslegitima muchísimo al sistema penal.

Los jurados populares, en la medida en que se trate de jurados legos, como en EE.UU. y Gran Bretaña, y no de meros escabinos, como en Alemania o España, creo que ayudan a mitigar considerablemente esta falta de diversidad ideológica y de clase que es tan característica de nuestros sistemas judiciales. Sería por lo tanto muy importante insistir en reformas que los incluyan en nuestros procedimientos, especialmente para casos de criminalidad económica y corrupción. Pero es claro que eso no sería suficiente. Aun con jurados, siempre serán necesarios jueces y fiscales técnicos, y por lo tanto habrá que repensar las formas de su designación para que, también en relación con este vicio de la selectividad, la introducción de diversidad colabore en garantizar igualdad ante la ley.

Me queda el problema de la persecución judicial maliciosa. Dos palabras al respecto para no abusar del tiempo. Esta forma de

persecución penal se caracteriza por su arbitrariedad y por cierto grado de ensañamiento, a partir de lo cual da crédito a denuncias antojadizas, impone prisiones cautelares innecesarias y ordena medidas de prueba espectaculares y también innecesarias, con el único afán de lograr repercusión mediática y de esa forma desprestigiar todo lo posible al perseguido frente a la opinión pública. Pues bien, esta muy repudiable forma de usar el derecho penal se observa también en la investigación de delitos económicos y de corrupción. Para evitarla, también aquí creo que es indispensable apostar a la diversidad, particularmente a la *diversidad de roles en la investigación*. Porque, si hay algo que facilita estos abusos de poder, es la concentración tanto de la función de investigar como la de juzgar en un único órgano, particularmente el juez penal de instrucción o de primera instancia de herencia napoleónica, aun existente en mi país, por ejemplo, en algunas jurisdicciones.

Se torna urgente, por tanto, concretar reformas que introduzcan definitivamente el sistema acusatorio en nuestros procedimientos penales, en el cual investigue únicamente el fiscal, y el juez sólo controle que el fiscal no vulnere garantías individuales. Puede bastar con un sistema como el alemán o avanzarse hacia sistemas más adversariales, como el de los EE.UU. Pero lo que es inadmisibles es que todavía hoy existan jueces todopoderosos cuyo control, en definitiva, quede en manos sólo de ellos mismos.

Estas -todos lo sabemos- no son ideas nuevas. Pero los problemas que hoy observamos en los procesos penales contra delitos económicos y de corrupción son básicamente los mismos de siempre, apenas matizados en detalles por su especificidad sustantiva. En la medida en

que no se avance con soluciones de fondo (sean las que acabo de proponer u otras mejores que seguro surgirán durante la discusión), lo que avanzará es el descrédito del derecho penal ante una sociedad cada vez más exigente, cada vez menos ingenua y, sobre todo, cada vez menos dispuesta a tolerar que lo que quede adentro o afuera del sistema penal sea decidido no por la justicia como valor fundamental, sino por la arbitrariedad en cualquiera de sus formas.

Muchas gracias por su atención.