

La esencia (moral) de lo injusto en los delitos de cuello blanco

Recensión a Stuart P. GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco*, Marcial Pons, 2013.

José R. Agustina

Profesor Contratado Doctor
Universitat Internacional de Catalunya

-I-

Por muchos motivos, supone una enorme satisfacción dar la bienvenida a la traducción al español de *Lying, Cheating, and Stealing –A Moral Theory of White Collar Crime* (2006), del Catedrático de la Facultad de Derecho de *Rutgers University*, Stuart P. GREEN. La aportación que dicha obra supone para la comunidad científica bien lo merece. El interesante enfoque mediante el que el Prof. GREEN disecciona en su libro el *núcleo duro* de los delitos de cuello blanco ejemplifica las líneas maestras de un nuevo modo de plantear el discurso dogmático –en ocasiones estéril, maltrecho o simplemente abandonado– en torno a la doctrina penal continental relativa a la *teoría del bien jurídico*, nervio que debería proporcionar los rasgos esenciales de las conductas típicas que deben considerarse verdaderamente antijurídicas.

El trabajo de Stuart GREEN se inscribe en el marco de las últimas tendencias que propugnan la revalorización del estudio dogmático de la Parte Especial, demostrando “el carácter indispensable de la Parte Especial para cualquier estudio analítico o normativo adecuado del Derecho penal”¹. En tal contexto, el libro de GREEN ofrece, en el ambiguo terreno de los delitos de cuello blanco, una “teoría moral” que subyace y atraviesa, cuanto menos, todo el conjunto de delitos económico-empresariales. La hipótesis interpretativa de la que parte GREEN consiste en que las reglas jurídicas que definen las clases de tales comportamientos delictivos intentan, en realidad, capturar en sus definiciones ciertas clases de comportamientos socialmente inadecuados o incorrectos, contrarios a normas sociales existentes.

Dicha tesis, normalmente asumida pacíficamente en los delitos nucleares o tradicionales del Derecho penal (como el homicidio, las lesiones o los abusos sexuales, en los que el mandato de prohibición claramente no supone una creación *ex novo* de la legislación penal), en los delitos de cuello blanco puede llegar, en ocasiones, a oscurecerse (piénsese en ciertas modalidades de obstrucción a la justicia, cohecho, tráfico de influencias o amenazas). La teoría de GREEN busca, en este sentido, mostrar con mayor nitidez qué es aquello que da cuenta del desvalor del injusto (*wrongfulness*), más allá del mero hecho de la prohibición legal (*mala prohibita*). La ambigüedad que circunda buena parte de la delincuencia de cuello blanco se resalta desde la misma *Introducción* (p. 27):

«Lo que resulta interesante y distintivo de este grupo de delitos es que, sorprendentemente, en un gran número de casos existe una auténtica duda sobre si los hechos por los que el sujeto fue acusado son, de hecho, un ilícito moral».

La forma de analizar las distintas figuras de delito que emplea Stuart P. GREEN es ciertamente novedosa y diferente respecto del modo tradicional de abordar el estudio de la parte especial al que estamos acostumbrados. En efecto, la labor tradicional de académicos y juristas especializados en la parte especial tiende a estar demasiado atada a los textos legales del derecho positivo que interpretan, reduciendo su análisis a la determinación del significado más o menos literal del texto, apoyándose, a lo sumo, en criterios e

¹ Véase DUFF /GREEN, «Introduction: The Special Part and its Problems», en DUFF/GREEN, *Defining Crimes. Essays on the Special Part of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 2.

interpretaciones jurisprudenciales, u otras observaciones acerca de la historia legislativa de la norma interpretada.

-II-

El libro tuvo enseguida una excelente acogida entre los penalistas de lengua inglesa y, siendo todavía reciente su publicación, ha suscitado nuevas líneas de investigación en la comunidad académica anglosajona, habiendo sido objeto de forma inmediata de varias reseñas más que positivas en diversas publicaciones de impacto, como *Criminal Justice* o *Business Ethics Quarterly*; de una extensa reseña crítica por parte de Tony MILLIGAN en *Criminal Law and Philosophy*; así como de algunos artículos doctrinales, como los de Mitchell N. BERMAN, "On the Moral Structure of White-Collar Crime" en *Ohio State Journal of Criminal Law*, (Fall, 2007) y Peter J. HENNING, "The DNA of White Collar Crime", en *New Criminal Law Review* (Spring, 2008).

La publicación de la versión española de *Lying, Cheating, and Stealing* viene a sumarse a la versión italiana, traducida por Enrico BASILE bajo el título *I crimini dei colletti bianchi. Mentire e rubare tra diritto e morale*, publicada en 2008.

A lo largo del libro se muestra, a mi entender, el camino adecuado para recuperar un discurso axiológico con el que poder definir, con rigor y utilidad práctica al mismo tiempo, un concepto *material* de bien jurídico². Como ha señalado una parte significativa de la doctrina, la discutida utilidad práctica del concepto de bien jurídico, en tanto que instrumento de interpretación teleológica de los tipos penales, se debía en buena medida al excesivo formalismo con que se ha venido planteando su concreta definición. Es decir, en realidad, podría decirse que, con un rendimiento poco verificable, desde la dogmática se han tratado de acotar los términos del debate mediante una argumentación muchas veces tendente a la abstracción, cuando no a la circularidad³. El resultado ha llevado a que, en términos pragmáticos, el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* tuviera escasa incidencia, pues, la cesura entre el "valor" y la "cosa" dificultaba la articulación de un discurso *de lege ferenda*, en el terreno de la política criminal, con base en razones y valores, y no en decisiones de oportunidad; además de que, *de lege lata*, dentro del sentido literal

² Sobre la importancia e implicaciones de este debate, véase SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch Editor, 1992, pp. 267-278 y 285-293. Sobre la historia del concepto de bien jurídico, véase MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, p. 128 y ss. Véase también FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Others*, Oxford University Press (vol. I), 1984. Sobre la posibilidad de limitar el Derecho penal por medio de un concepto material de delito, véase KHULEN, «¿Es posible limitar el Derecho penal por medio de un concepto material de delito?», en WOLTER/ FREUND, *El sistema integral del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp.129-152. Véase también, FEIJÓO SÁNCHEZ, «Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico», *Indret* 2/2008; HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2007.

³ Véase, al respecto, ROBLES PLANAS, «Dogmática de los límites al Derecho penal», en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (ed. alemana), y ROBLES PLANAS (ed. española), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Atelier, Barcelona, 2012, p. 23.

posible, se podía estirar enormemente el conjunto de conductas que podían llegar a lesionar el bien jurídico penalmente protegido. En ese sentido, ya tenían razón COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN cuando afirmaron que “el énfasis en torno a la función garantizadora del bien jurídico no debe ser exagerado”⁴, por lo que más que una función limitadora negativa, debería propugnarse, a mi juicio, que la argumentación en torno al concepto de bien jurídico se planteara sobre todo como una herramienta para una discusión seria de política criminal y como categoría que permitiera introducir criterios hermenéuticos válidos si se aborda su interpretación en términos no excesivamente formales.

Por contraste, desde la tradición jurídica anglosajona –mucho más pragmática y funcional a los efectos que interesan–, y, concretamente, desde la estructura conceptual que configura el equivalente anglosajón a lo que la dogmática continental entiende como teoría del delito, la argumentación en el ámbito del concepto de bien jurídico se construye desde un principio mucho más tangible como es el “*harm principle*”⁵ o principio de lesividad. Y lo que es más importante aún, en la discusión doctrinal anglosajona se tiende a dar entrada con mayor profusión a consideraciones jurisprudenciales y a argumentos aplicables al caso concreto que, como resultado, redundan en una menor abstracción teórica y un mayor acercamiento al bien jurídico encarnado en objetos del mundo real. Dicha perspectiva conlleva, entre otras ventajas, que la interpretación teleológica de los tipos penales sea mucho más clara y pueda someterse a crítica, dotando de mayor sentido a la labor dogmática en la interpretación de las normas.

Junto a ello, más allá de las ventajas mencionadas de utilizar el enfoque característico de dicha tradición jurídica, el Prof. GREEN recurre de forma novedosa –sobre todo para la dogmática continental– a todo un arsenal de argumentos, analogías y lúcidas inspiraciones que le proporciona su *teoría moral* de los delitos de cuello blanco. En este punto, sin duda, más de un penalista objetará al respecto que no se pueden confundir ambos discursos y que pretender una *moralización del Derecho* repugna a la razón jurídica.

Frente a tales objeciones, debo confesar que mi admiración por una aproximación a los problemas en la definición de lo injusto como la que efectúa Stuart GREEN se debe en parte a que con dicha perspectiva integradora se superan las barreras, más teóricas que prácticas, entre el mundo de lo jurídico y el mundo de la moral, entre el ser y el deber ser. Es decir, el muro infranqueable que de forma impoluta ayudó a levantar Hans KELSEN ha dificultado enormemente, a mi modo de ver, un discurso sumamente enriquecedor en la discusión previa y posterior del derecho positivo, como si éste fuera un dogma de fe inamovible,

⁴ COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed., Valencia, 1990, p. 253.

⁵ Véase DUFF/GREEN, «Introduction: The Special Part and its Problems», en DUFF/GREEN, *Defining Crimes. Essays on the Special Part of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 4, quienes señalan que, en relación a la cuestión acerca de lo que nosotros denominamos concepto material de bien jurídico (“*what kinds of criterion, principle or value should guide decisions about criminalization?*”), deben tenerse en cuenta dos principios hermanados: “*the Harm Principle and the Legal Moralism*”. El primero considera el daño y su prevención como la primera preocupación del Derecho penal; mientras que el segundo se orienta al hecho antijurídico (*wrongdoing*) o a la inmoralidad (*immorality*), y a su consiguiente castigo o prevención, en cuanto a su principal objeto de consideración.

carente de sustento racional, con el único argumento de proceder su legitimidad de la “norma básica fundante” y del proceso democrático de emanación de las leyes.

Con ello no pretendo afirmar que debamos volver a la lucha de escuelas, *iusnaturalismo versus iuspositivismo*, sino tan sólo que no se puede cerrar la discusión desde el principio y que, al abrirla a criterios de valoración ajenos a lo jurídico-positivo, se recupera un terreno abonado que estaba perdido y se empieza a estar en disposición de entrar en la verdadera *sala de máquinas* de la argumentación jurídica y del proceso democrático de elaboración de las leyes⁶. Como oí afirmar hace años a un conocido penalista español, hacer dogmática no es más que aplicar teoría de la imputación y conceptos morales en relación con la norma escrita de referencia.

Así, la interpretación de la letra de la ley (penal) se ve enriquecida por razones de conveniencia, juicios de valor e inferencias de contenido material, que vienen a limitar e interpretar el núcleo de desvalor que se integra en cada una de las conductas típicas objeto de su análisis. Su principal objetivo consiste, pues, en identificar las bases éticas y antropológicas que subyacen y fundamentan el reproche jurídico-penal en este tipo de delitos. Es decir, trata de desentrañar el núcleo duro de los delitos de cuello blanco más representativos y describir los paralelismos entre los juicios morales que subyacen a los sentimientos y convicciones mayoritarias de la sociedad y la decisión de atribuir responsabilidad penal por este tipo de conductas. En este sentido, se podría decir que su análisis se inscribe en una tarea ardua, cual es la encaminada a elaborar un concepto material de delito en el ámbito de la delincuencia de cuello blanco.

Como señala Andrew ASHWORTH en la presentación del libro en su edición inglesa, la monografía viene a aportar nuevos fundamentos en el modo de identificar las bases morales –desde una perspectiva axiológica sobre las que se construyen los denominados “delitos de cuello blanco” (*white collar crime*), analizándose con tal finalidad distintas modalidades de delitos (fraude, falso testimonio, cohecho, evasión de impuestos y otras conductas afines con relevancia penal).

Siguiendo a Marcelo FERRANTE, *Lying, Cheating, and Stealing* muestra una conexión iluminadora entre las categorías sociológicas de la delincuencia de cuello blanco y el conocimiento jurídico acerca del Derecho penal sustantivo. En este sentido, cuando se trata sobre la delincuencia de cuello blanco, nos referimos, entre otras cosas, a la realización de conductas que infringen determinadas normas sociales y a la comisión de delitos que se cometen desde posiciones de confianza en las que se goza de una capacidad lesiva significativa. Stuart GREEN identifica esas normas, las reconstruye y las presenta desde una óptica del todo enriquecedora (Capítulos 4 a 11); y, finalmente, muestra cómo la comprensión de tales normas contribuye de modo eficaz a la comprensión e interpretación

⁶ En este sentido, se puede traer a colación la célebre afirmación de Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE: «el Estado liberal, secularizado, vive de presupuestos que él mismo no está en condiciones de garantizar», por lo que debe apoyarse en algo que le viene de fuera, a saber, en la «sustancia moral» de sus ciudadanos y de una cierta homogeneidad de la sociedad (cita BÖCKENFÖRDE, *State, society, and liberty studies in political theory and constitutional law*, (trad. al inglés de J.A. Underwood), Berg, [1976] 1991.

de las reglas jurídicas que definen las nueve clases de delitos característicos de la delincuencia de cuello blanco (capítulos 12 a 20).

-III-

Desde hace como mínimo dos décadas, las investigaciones criminológicas, fundándose en encuestas realizadas, han constatado que en la opinión pública se sitúan en niveles similares de gravedad algunas formas de delincuencia de cuello blanco y los delitos tradicionales relativos a la seguridad ciudadana (*traditional street crime*)⁷.

Señala Stuart GREEN en su libro que, de acuerdo con el tradicional punto de vista del sistema de justicia penal norteamericano, las sanciones penales –la clase de sanciones de mayor peso que existen en toda sociedad civil– deberían reservarse para aquellas conductas que, verdaderamente y sin ningún género de duda, son merecedoras de reproche (*blameworthy*), del reproche jurídico-penal. Por este motivo, las sanciones penales son consideradas la «artillería pesada»⁸ del sistema legal, a las que tan sólo se debe acudir como *ultima ratio*, cuando otro tipo de sanciones legales –o no legales– se muestran inadecuadas. Por tanto, antes de imponerse tal clase de sanciones, se debe considerar que es necesario asegurarse de que la conducta objeto de sanción puede distinguirse con claridad –por ser *cualitativamente* peor– respecto de otro tipo de conductas no sujetas de forma similar a sanciones penales⁹.

En realidad –continúa GREEN–, el sistema de justicia penal es mucho más complicado que el simple esquema acabado de sugerir, y en ningún lugar es más complejo que en el contexto de los «delitos de cuello blanco». Como ya se destacó en líneas precedentes, lo distintivo e interesante de esta clase de delitos es que, en un número de casos sorprendentemente extenso, existe una *auténtica duda* acerca de si la conducta que se imputa al acusado puede considerarse de hecho *moralmente incorrecta*. En tales casos, el problema no es –como sucede en los casos de estado de necesidad (*necessity*)¹⁰– si el acusado se vio en la tesitura de optar, ante una alternativa extraordinaria, entre acatar la ley y permitir que se produzca un daño significativo, o infringir la legalidad para prevenir que tal daño ocurra. Por el contrario, la cuestión radica en si la conducta en la que se vio implicado el acusado fue más o menos un *comportamiento aceptable*, al menos en el contexto

⁷ Véase BENSON et al., «White-Collar Crime from an Opportunity Perspective», en *The Criminology of White-Collar Crime*, SIMPSON/ WEISBURD (eds), Springer, New York, 2009, pp. 175 y ss.

⁸ Véase ALLEN, *The Morality of Means: Three Problems in Criminal Sanctions*, (1981) (citado por el propio GREEN en el texto).

⁹ En relación a las teorías alternativas a la criminalización de las conductas –*Law and Economics, Utilitarianism, and Legal Moralism*–, véase HUSAK, *Overcriminalization. The limits of the Criminal Law*, 2008, pp. 178 y ss.

¹⁰ Por supuesto –como apunta GREEN–, no se quiere decir que no se puedan dar de forma ocasional casos de necesidad en el contexto de los *white-collar crime*. Aunque no es plenamente equiparable los casos de *estado de necesidad* y los de *necessity*, la afirmación puede aplicarse a ambos sistemas de Derecho penal.

en el que se realizó y, por tanto, no debería haber sido sancionada penalmente como primera opción.

Tal ambigüedad no refleja únicamente la búsqueda de eficacia en la argumentación por parte de los abogados de la defensa en casos de cuello blanco, al defender la causa de sus clientes, aunque la influencia de tal estrategia en tales casos sea, sin duda, relevante. Se trata fundamentalmente, a juicio de GREEN, de la manifestación de una percepción ampliamente compartida –expresada por jueces, miembros del jurado, expertos en la materia, periodistas y la mayoría de los ciudadanos– acerca de que la Ley en este terreno se relaciona con un cierto grado de *incertidumbre moral* que la diferencia de lo que sucede en los casos que tradicionalmente pertenecen al *núcleo duro* del Derecho penal.

Las referidas consideraciones realizadas por GREEN resaltan la complejidad moral en algunos casos de *white collar crime*. Enlazando con ello, se puede afirmar que las valoraciones desde la ética empresarial y la dogmática jurídico-penal plantean un conjunto de cuestiones especialmente difíciles en algunos casos de delincuencia intra-empresarial, que merecen un análisis del supuesto concreto. Al respecto, se pueden plantear las siguientes cuestiones: (1) ¿es efectivo el Derecho penal para *prevenir* delitos de empresa?; (2) ¿es necesario el Derecho penal en el ámbito *interno* de la empresa?; (3) ¿la conducta del empresario *merece* un reproche penal?; (4) ¿puede ser típica, antijurídica y culpable una conducta *moralmente ambigua*?; (5) ¿la persecución penal debe dejarse *en todos los casos* al arbitrio del perjudicado?

Así, es razonable pensar que en el ámbito interno de la empresa tienen lugar problemas ético-jurídicos que, dependiendo del caso, podrían tal vez encauzarse a través de reglas internas o a través del recurso al Derecho laboral. Para distinguir los casos en los que se considera necesario el recurso como *ultima ratio* a la sanción penal, quizá también se debería atender a la dimensión pública del conflicto, a su trascendencia social y a su gravedad intrínseca. En relación con ello, ¿qué sucede con los casos en los que hay una *tensión jurídica difícil de resolver*? Nos referimos a aquellos casos que requieren un enjuiciamiento de las circunstancias del caso concreto, que enfrentan al empresario a un difícil dilema, en los que el conflicto entre derechos y deberes de ambas partes no tiene una respuesta automática.

El creciente fenómeno de la autorregulación empresarial –mediante mecanismos internos desarrollados por las propias empresas– está estrechamente vinculado a la introducción en la empresa de normas o directrices éticas de comportamiento dirigidas, fundamentalmente, a los directivos. Este fenómeno, por el que se propone el recurso a la «Ética de los negocios» como mecanismo efectivo de prevención de la delincuencia, parte de la tesis de que «la causa esencial de la criminalidad empresarial es la falta de valores éticos y sociales», considerándose, por tanto, que el fomento positivo de tales valores en los

directivos y, en general, en el mundo empresarial y económico, es el modo más eficaz de lucha contra este tipo de delincuencia¹¹.

En uno de los últimos estudios publicados por *Ernst & Young Fraud Investigation & Dispute Services*, «Blowing the whistle on fraud, bribery and corruption. Multinational companies: European employee perceptions» (2008), se analiza la percepción de los trabajadores a través de entrevistas en un total de trece Estados miembros de la UE, en aquellos casos de fraude, soborno y corrupción que han tenido lugar dentro de las propias empresas. Los resultados vienen a indicar el grado de efectividad que perciben los propios trabajadores respecto de las políticas corporativas y los códigos de conducta.

Según los resultados aportados, el principal motivo por el que los trabajadores encuestados no denunciarían un caso de fraude, soborno o corrupción es el miedo a las represalias. Así, en Europa occidental y Europa oriental, el 55% y el 68% de los encuestados no denunciarían tales conductas, respectivamente. Ante la pregunta de si existe un sistema de *whistle-blowing hotline* en la empresa, sólo el 40% y el 34% respondieron afirmativamente, respectivamente. No obstante, respecto a la protección de los derechos de la persona por parte de la empresa en caso de reportar, el 9% y 19%, respectivamente, piensan que estarían a salvo de las posibles medidas que se pudieran adoptar en su contra.

Con todo, las limitaciones en el modo de conducir las investigaciones encuentran una objeción importante en el mismo hecho de que sólo se conoce la incidencia de las prácticas delictivas cuando éstas tienen lugar. Como señala Sally S. SIMPSON a raíz de una cuestión que le planteó Amitai ETZIONI, tales reflexiones nos conducen a plantearnos «por qué la mayoría de estudios sobre la delincuencia corporativa se centran básicamente en los casos de desviación –con frecuencia de naturaleza sensacionalista– y no en las empresas que cumplen fielmente la legalidad vigente. Sugería que se podría aprender en gran medida sobre el delito de empresa [*corporate crime*] mediante el estudio de las empresas que acatan la legalidad»¹².

Así, para que tales «códigos de conducta» alcancen un alto nivel de eficacia, las normas éticas deben cumplir –como sugiere BUSSMANN– determinadas condiciones: (1) deben ser concretas y precisar aquellos comportamientos que se consideran inadmisibles; (2) deben repetirse con frecuencia –en los planes de formación de directivos y en la propia cultura empresarial–; y (3) su infracción debe ser sancionada mediante el recurso a los mecanismos propios del Derecho civil y del Derecho laboral y no, en cambio, mediante la imposición de sanciones penales. Es más, se debe evitar que las autoridades encargadas de llevar a cabo la persecución penal tengan noticia de la infracción, a no ser que resulte absolutamente necesario recurrir a ellas. Tal necesidad sólo existirá en caso de que el delincuente discuta en algunos aspectos su grado de responsabilidad –pese a existir indicios manifiestos–, o en caso de que los graves daños causados por su comportamiento hayan trascendido al ámbito de lo público y amenacen la propia reputación de la compañía. En definitiva, cuando el problema ya no pueda resolverse de manera interna, sólo entonces habrá que

¹¹ PASTOR MUÑOZ, *La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos*, 2006, p. 8, donde cita a BUSSMANN (2003, pp. 98 y ss.; 2004, pp. 43 y ss.) y el estudio empírico al que se refieren BUSSMANN, ENGLAND y HIENZSCH (2004, p. 270), según el cual la falta de *vinculación moral* al Derecho es la causa más importante de la criminalidad patrimonial.

¹² Véase SIMPSON, *Corporate Crime, Law, and Social Control*, 2002.

recurrir al Derecho penal¹³. Como ha observado al respecto Nuria PASTOR, se trata de crear una regulación interna en la empresa que incluya no solamente normas de comportamiento dictadas por la propia empresa –aun cuando *de facto* sean prácticamente una reproducción de las normas penales–, sino además consecuencias jurídicas propias que consistan, en realidad, en una selección, atendiendo a criterios de utilidad, de las respuestas previstas por el ordenamiento jurídico¹⁴.

-IV-

Finalmente me gustaría apuntar algunas consideraciones de fondo que la lectura de *Lying, Cheating, and Stealing* suscita. Las reflexiones morales que efectúa GREEN en su libro conducen a un debate de enorme calado y rabiosa actualidad, a saber, si el Derecho penal es un reflejo fidedigno de la sociedad en la que vivimos o, por el contrario, si las normas penales, en su capacidad de dirigir el modo de vida de la comunidad en la que tienen vigencia, deben corregir aquellas disfunciones morales que, muchas veces de forma paulatina, revierten en las condiciones “adecuadas” de convivencia social. Dicho debate ha sido puesto de manifiesto, entre muchos otros, por Günther JAKOBS, cuando se refiere al Derecho penal como instrumento funcional para garantizar la identidad normativa de una sociedad.

De rabiosa actualidad, en efecto, por la profundidad de la crisis económica de dimensiones globales en la que, desde hace ya unos años, nos hemos ido introduciendo. A este respecto, no son pocas las voces que se alzan señalando como causa última del desajuste a todos los niveles que se ha producido, el desmoronamiento de las bases éticas que deberían vigorizar el tejido social para que una sociedad *funcione*. En este punto me gustaría traer a colación unas reflexiones, a mi juicio del todo acertadas, de Tamar FRANKEL en su libro *Trust and Honesty: America's Culture at a Cross Road* (2006).

Desde una perspectiva sociológica, las dimensiones que está adquiriendo el recurso al *abuso de confianza* –en una escalada que parece erosionar paulatinamente los fundamentos generales de la convivencia– reclaman un mayor esfuerzo por individualizar las causas, en orden a aplicar remedios oportunos. La «relativización de los valores»¹⁵ que construyen y fundamentan una sociedad justa –la lealtad, la honradez, la solidaridad, entre otros– se está produciendo a un ritmo vertiginoso, de forma imperceptible, siguiendo una *tendencia mimética* progresiva. Refiriéndose a la sociedad norteamericana, Tamar FRANKEL comparte

¹³ BUSSMANN (2004, pp. 39 y ss.), en PASTOR MUÑOZ, *La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos*, 2006, p. 9.

¹⁴ PASTOR MUÑOZ, *La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos*, 2006, p. 9.

¹⁵ La pérdida de referentes personales (valor de la lealtad) y de referentes normativos (valor de pautas materiales de conducta) conduce al relativismo. Sobre el «vértigo de la relatividad» como factor significativo en la generación de miedo al delito, véase SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2001, p. 34.

el mismo diagnóstico al advertir el acostumbramiento progresivo respecto de la presencia de niveles elevados de abuso de confianza y engaño¹⁶.

En este sentido, FRANKEL parte del axioma de que la cultura refleja los hábitos de una sociedad. En su base se encuentra un conjunto de asunciones que damos por hechas, acerca de cómo se comporta el común de las personas. Del mismo modo que se desarrollan los hábitos, la cultura evoluciona mediante la repetición, de forma creciente, mediante comportamientos automáticos. Tal comportamiento deviene más confortable, menos resistente –la inercia facilita así su realización– y, por tanto, más predecible. Finalmente, la conducta se asimila y viene a ser comprendida sin mediar palabra.

¿*Qué me convenció de la existencia de esta tendencia en la cultura?* –se pregunta FRANKEL. No se ha realizado un estudio comprensivo de los *sentimientos de la población*. No existe una base de datos decisiva, que compare los fraudes que se cometen hoy en día con aquéllos que se cometían en el pasado. Sin embargo, los medios de comunicación de masas, los pleitos que se suceden en los Tribunales y los distintos estudios que se han realizado apuntan hacia la extensión y el crecimiento del fraude en la sociedad norteamericana. Así, se puede afirmar que el engaño se expande por todas las capas sociales de la población: dirección empresarial y trabajadores; abogados, contables y médicos. Cada vez más personas utilizan formas de engaño para defraudar en seguros médicos y en reclamaciones de seguros en general. Un mayor número de jóvenes engañan en los exámenes de la escuela o en el deporte. Cada vez más candidatos para optar a un puesto de trabajo engañan en su *curriculum vitae*; más personas y más empresas defraudan a un mayor número de vulnerables consumidores. La cultura del fraude ha contaminado el mundo de la ciencia, el periodismo, la dirección de la prensa escrita, las profesiones en general, hasta la infraestructura financiera. Sin embargo, por chocante que parezca, «los acontecimientos por sí mismos no cambian una cultura, a menos que afecten a las actitudes generales».

En este sentido, existen evidencias de haberse producido un movimiento hacia una mayor aceptación del fraude (*dishonesty*) como *estilo de vida (way of life)* y hacia su justificación (*dishonesty is not that bad*) –puntualiza T. FRANKEL–. Ha habido incluso intentos por parte de algunos líderes y sus defensores para redefinir el fraude a partir de la realidad. Por ejemplo, se argumenta que los accionistas no son los propietarios de las empresas. Por tanto, los directivos pueden servir a otros intereses sin infringir sus deberes para con los accionistas. El término final de este proceso puede ser una cultura en la que «el fraude se da por descontado» (*dishonesty is taken for granted*) y en la que nadie pueda imaginar cualquier otro orden de cosas o alternativas de comportamiento.

Sin embargo, los cambios en la cultura –como los cambios en los hábitos de la gente– no se producen repentinamente, *de la noche a la mañana*. Van evolucionando, poco a poco. Hay asunciones que cristalizan en un hábito automático y otras que no: la cultura puede seguir o no una determinada dirección. La cultura norteamericana se ha ido deslizando en

¹⁶ Véase FRANKEL, *Trust and Honesty*, 2006, pp. 3 y ss., cuyas líneas maestras compartimos y de las que se han extraído las consideraciones subsiguientes.

dirección a la «cultura del fraude» durante cierto tiempo. Es cuestión de años, han sido más de tres décadas desde que se plantan las semillas y se nutren hasta que dan el fruto en la década de los noventa.

Así, los modos de regulación relativos a instituciones o personas de confianza han ido desapareciendo paulatinamente. Las prohibiciones relativas al abuso de confianza y al fraude se han venido debilitando. Abogados, hombres de negocios, funcionarios encargados de redactar las normas administrativas, parlamentarios, despreciaron la ley hasta un punto nunca antes alcanzado. El individualismo y la búsqueda exclusiva del propio interés fueron exaltados en perjuicio de los compromisos para con la sociedad. Las profesiones –tales como la de médico o abogado, que debieran encaminarse primero a servir un interés público y en segundo término a obtener una contraprestación económica– se convirtieron en negocios cuyo primer y más importante objetivo es el afán lucrativo. El comportamiento moral –resistir frente a la tentación, incluso si no hay presencia policial en los alrededores– ha dejado de ser considerado una virtud. Y la aplicación de la ley y la imposición de sanciones a los delincuentes de cuello blanco ha sido poco convincente –afectando a la denuncia de casos de abuso de confianza–.

En ese contexto, cultura, confianza, engaño y otros conceptos sinónimos guardan relación con cualesquiera relaciones interpersonales. Sin embargo, existen muy distintos tipos de relaciones humanas, no siendo todas ellas idénticas en absoluto. Ciertamente, existen *zonas grises* en el intermedio entre situaciones claramente definidas sobre las que la mayoría de personas –sino todas– estaría de acuerdo. Así, se puede establecer una *zona gris* entre una confianza incondicional y un incuestionable abuso de confianza; entre una comunicación verdadera y honrada y un engaño manifiesto. Dentro de tales *zonas grises* uno puede moverse en pequeños pasos, de uno en uno, desde la honestidad hacia el fraude, desde la verdad hacia el engaño. Uno puede deslizarse muy suavemente desde la confianza hacia el abuso de confianza. El crecimiento y la extensión de la cultura del fraude puede ser un proceso lento, gradual. Como con la edad, puede ser difícil ver las diferencias a menos que se acuda a una fotografía antigua y se compruebe el cambio. Una fotografía de la cultura actual puede producir una conmoción, al reconocer la dirección que actualmente está siguiendo la sociedad norteamericana y cómo ha arraigado en ella la cultura del fraude.

Desde un punto de vista *consecuencialista*, FRANKEL advierte la importancia en términos económicos de la generalización de la cultura de la desconfianza. Su coste puede destruir el fundamento de la economía y la prosperidad de la sociedad. Basta, en este sentido, con mirar a nuestro alrededor para apreciar los signos de desconfianza y sus consecuencias. Hace unos años era suficiente la opinión y consejo de un solo médico tanto para el paciente como para el propio médico. En la actualidad, el paciente busca una segunda opinión y el médico y el hospital requieren al paciente para que firme renunciaciones de todo tipo. El paciente no se fiará del médico y el médico desconfiará del paciente. Culpabilizando al colectivo de los abogados y a los altos costes de los seguros, los médicos han empezado a investigar a sus nuevos pacientes para conocer su historial de reclamaciones judiciales, y algunos médicos rechazan las visitas de abogados en ejercicio. Todo este conjunto de

especiales protecciones tiene sus costes tanto para las partes, los médicos y, en último análisis para la economía en general¹⁷.

En definitiva, no cabe sino dar una entusiasta bienvenida a una obra que puede suponer una bocanada de aire fresco tanto al difícil, cansino y, en muchas, ocasiones estéril debate sobre la teoría del bien jurídico en la dogmática penal continental, como a una discusión político-criminal abierta y profunda en el ámbito de la delincuencia de cuello blanco.

¹⁷ FRANKEL, *Trust and Honesty*, 2006, pp. 3-6. En ese sentido, para cambiar la dirección de la cultura norteamericana y levantar de nuevo una «*aspiration to honesty*», apela al espíritu de la ciudadanía y a la necesidad de un equilibrado balance entre la búsqueda del propio interés y la conciencia altruista y el sentido moral; entre dar y recibir; entre el individualismo y el compromiso social.