

STUART P. GREEN

MENTIR, HACER TRAMPAS Y APROPIARSE DE LO AJENO

Una teoría moral de los delitos de cuello blanco

Traducción de
José Ramón Agustina Sanllehí, Miriam Amorós Bas
e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

ÍNDICE

| | Pág. |
|--|------|
| PREFACIO A LA EDICIÓN EN CASTELLANO | 19 |
| PRÓLOGO DEL AUTOR | 23 |

INTRODUCCIÓN

| | |
|---|----|
| 1. DOS EJEMPLOS DE COMPLEJIDAD MORAL EN EL DERECHO PENAL DE CUELLO BLANCO | 28 |
| 1.1. El caso de Tom DeLay | 28 |
| 1.2. El caso de Bill Clinton | 29 |
| 2. UNA HOJA DE RUTA | 30 |
| 3. LO QUE NO ES ESTE LIBRO | 33 |

PRIMERA PARTE ECHANDO A ANDAR

CAPÍTULO I EL SIGNIFICADO DEL DELITO DE CUELLO BLANCO

| | |
|---|----|
| 1. TRES CUESTIONES FUNDAMENTALES A LA HORA DE DEFINIR EL «DELITO DE CUELLO BLANCO» | 38 |
| 1.1. Delito frente a desviación | 39 |
| 1.2. Sujetos frente a conductas | 41 |
| 2. ¿QUÉ DELITOS DEBEN CONSIDERARSE DELITOS DE CUELLO BLANCO? | 43 |
| 2.1. Los estudios de Derecho y la doctrina | 45 |
| 3. EL RESCATE DEL DELITO DE CUELLO BLANCO COMO UN CONCEPTO DEL DERECHO Y LA TEORÍA JURÍDICA | 47 |

| | Pág. |
|--|------|
| 3.1. El delito de cuello blanco como una categoría de «parecidos de familia» | 48 |
| 3.2. Cómo se utilizará en este libro la expresión «delito de cuello blanco» | 49 |

**CAPÍTULO II
ALGUNAS GENERALIZACIONES SOBRE EL CONTENIDO
MORAL DEL DELITO DE CUELLO BLANCO**

| | |
|---|----|
| 1. EL LUGAR DE LA RETRIBUCIÓN EN LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL..... | 51 |
| 1.1. Personalidad y elección, tipos y elementos individuales | 52 |
| 2. LA AMBIGÜEDAD MORAL EN EL DERECHO PENAL DE CUELLO BLANCO | 54 |
| 2.1. Tres clases de ambigüedad moral | 54 |
| 2.2. Dispersión de la responsabilidad..... | 57 |
| 2.3. Actitudes legislativas, judiciales y fiscales | 58 |
| 2.4. Abogados defensores, publicistas, medios de comunicación y académicos..... | 60 |

**CAPÍTULO III
UN MARCO TRIPARTITO DE ANÁLISIS**

| | |
|---|----|
| 1. <i>MENS REA</i> | 63 |
| 1.1. La reducción de la <i>mens rea</i> y la responsabilidad objetiva | 65 |
| 1.2. La <i>mens rea</i> como factor que distingue la conducta penal de la no penal | 66 |
| 1.3. <i>Mens rea</i> empresarial | 67 |
| 2. DAÑO | 68 |
| 2.1. Clases y cualidad del daño..... | 69 |
| 2.2. Características de la victimización..... | 70 |
| 2.3. Responsabilidad sin consumación..... | 71 |
| 2.4. El valor compensatorio de la conducta legítima adyacente..... | 72 |
| 3. ILICITUD MORAL | 74 |
| 3.1. La distinción del concepto de ilicitud de los conceptos de <i>mens rea</i> y de daño | 75 |
| 3.2. ¿Qué hace que una conducta sea ilícita? | 76 |
| 3.3. La ilicitud, el moralismo jurídico y el principio del daño..... | 78 |
| 3.4. La ilicitud como infracción de normas cotidianas..... | 81 |
| 3.5. El consenso social y la función educativa del Derecho | 82 |

SEGUNDA PARTE LA DEFINICIÓN DE LA ILICITUD MORAL

CAPÍTULO IV HACER TRAMPAS

| | | |
|-------|--|-----|
| 1. | EL CONCEPTO DE HACER TRAMPA EN LA LITERATURA ACADÉMICA | 90 |
| 1.1. | El comportamiento tramposo como no-cooperación..... | 91 |
| 1.2. | El comportamiento tramposo en la teoría de la pena y en la psicología del desarrollo..... | 92 |
| 2. | UNA EXPLICACIÓN PARADIGMÁTICA DEL COMPORTAMIENTO TRAMPOSO | 93 |
| 2.1. | Elementos formales de la conducta tramposa..... | 93 |
| 2.2. | El incumplimiento de reglas | 95 |
| 2.3. | Reglas descriptivas y prescriptivas..... | 95 |
| 2.4. | Reglas opcionales frente a reglas obligatorias..... | 96 |
| 2.5. | Reglas que definen una práctica frente a reglas reguladoras | 98 |
| 2.6. | Reglas de conducta frente a reglas de decisión | 99 |
| 2.7. | Reglas frente a principios, políticas (<i>policies</i>) y otros estándares generalizados | 100 |
| 2.8. | La búsqueda de ventajas indebidas | 101 |
| 2.9. | Reglas justas..... | 101 |
| 2.10. | El incumplimiento de reglas es intencional | 102 |
| 2.11. | Quien incumple la regla debe participar en una actividad cooperativa sometida a reglas..... | 103 |
| 2.12. | Relación entre al menos dos partes | 103 |
| 2.13. | Relación cooperativa regida por reglas | 104 |
| 2.14. | El incumplimiento de reglas con el propósito de obtener ventajas..... | 105 |
| 3. | ALGUNOS CASOS PROBLEMÁTICOS DE CONDUCTA TRAMPOSA..... | 105 |
| 3.1. | Incumplimiento de reglas por parte de jueces | 106 |
| 3.2. | Incumplimiento de reglas para beneficiar a otros..... | 108 |
| 3.3. | Incumplimiento de reglas para evitar una ventaja indebida..... | 109 |
| 3.4. | El cambio de reglas durante el transcurso del juego | 109 |
| 4. | LA RELACIÓN ENTRE LA CONDUCTA TRAMPOSA Y OTRAS FORMAS DE ILICITUD MORAL..... | 110 |
| 5. | FORMAS NO PUNIBLES DE CONDUCTA TRAMPOSA..... | 112 |
| 5.1. | Deportes y juegos..... | 112 |
| 5.2. | Las escuelas y la academia | 113 |

| | Pág. |
|---|------|
| 5.3. El amor y el matrimonio | 114 |
| 6. LA CONDUCTA TRAMPOSA Y EL DELITO | 115 |

CAPÍTULO V EL ENGAÑO

| | |
|---|-----|
| 1. EL CONCEPTO GENERAL DE ENGAÑO | 117 |
| 2. MENTIRA FRENTE A SIMPLE CONFUSIÓN..... | 118 |
| 2.1. Distinciones formales..... | 118 |
| 2.2. <i>Caveat auditor</i> : la distinción moral entre mentira y simple confusión | 119 |
| 3. FALSA EXCULPACIÓN Y FALSA INCULPACIÓN..... | 123 |
| 3.1. La falsa exculpación..... | 123 |
| 3.2. La falsa exculpación de otros | 128 |
| 3.3. La falsa inculpación | 129 |
| 4. EL ENGAÑO Y EL DELITO DE CUELLO BLANCO | 130 |

CAPÍTULO VI EL ROBO

| | |
|--|-----|
| 1. EL SIGNIFICADO MORAL INDEPENDIENTE DEL ROBO | 131 |
| 2. EL ROBO Y EL DERECHO PENAL | 136 |

CAPÍTULO VII COACCIÓN Y EXPLOTACIÓN

| | |
|---|-----|
| 1. LA COACCIÓN COMO AMENAZA..... | 137 |
| 2. LA EXPLOTACIÓN..... | 139 |
| 3. LA DISTINCIÓN ENTRE COACCIÓN Y EXPLOTACIÓN | 140 |
| 4. LA TIPIFICACIÓN PENAL DE LA COACCIÓN Y LA EXPLOTACIÓN..... | 141 |

CAPÍTULO VIII DESLEALTAD

| | |
|--------------------------------------|-----|
| 1. EL DEBER DE LEALTAD | 144 |
| 1.1. Lealtad y conflicto moral | 145 |

| | Pág. |
|--|------|
| 2. LA DESLEALTAD | 147 |
| 3. LA DISTINCIÓN ENTRE LA DESLEALTAD Y OTRAS FORMAS DE ILICITUD MORAL..... | 148 |
| 4. LA DESLEALTAD Y EL DERECHO PENAL | 150 |

CAPÍTULO IX EL INCUMPLIMIENTO DE PROMESAS

| | |
|--|-----|
| 1. LA NATURALEZA DE LA PROMESA..... | 153 |
| 1.1. Elementos formales..... | 153 |
| 1.2. La fuerza moral de las promesas | 155 |
| 2. EL INCUMPLIMIENTO DE PROMESAS | 156 |
| 3. LA DISTINCIÓN ENTRE EL INCUMPLIMIENTO DE PROMESAS Y OTRAS FORMAS DE ILICITUD MORAL..... | 157 |
| 4. EL INCUMPLIMIENTO DE PROMESAS Y EL DERECHO PENAL..... | 158 |

CAPÍTULO X DESOBEDIENCIA

| | |
|---|-----|
| 1. LA OBLIGACIÓN MORAL <i>PRIMA FACIE</i> DE OBEDECER LA LEY..... | 161 |
| 1.1. La teoría del contrato social | 163 |
| 1.2. El deber de <i>jugar limpio</i> | 164 |
| 2. UN ENFOQUE INDUCTIVO PARA DETERMINAR LA ILICITUD MORAL DE LA DESOBEDIENCIA | 165 |
| 2.1. <i>Malum in se</i> y <i>malum prohibitum</i> | 166 |
| 2.2. Estudios empíricos sobre por qué la gente obedece la ley | 169 |
| 2.3. Desobediencia y emociones reactivas..... | 171 |
| 2.4. El tratamiento de la reincidencia..... | 174 |
| 3. LA DESOBEDIENCIA Y EL DERECHO PENAL..... | 175 |

CAPÍTULO XI UNA REFLEXIÓN FINAL SOBRE EL CONCEPTO DE ILICITUD MORAL

TERCERA PARTE
**LA BÚSQUEDA DEL CONTENIDO MORAL
 DE LOS DELITOS DE CUELLO BLANCO**

CAPÍTULO XII
PERJURIO

| | | |
|------|---|-----|
| 1. | EL CONTENIDO MORAL DEL PERJURIO..... | 184 |
| 1.1. | Perjurio y mentiras..... | 185 |
| 1.2. | Respuestas a preguntas ambiguas..... | 190 |
| 2. | EL CASO DE BILL CLINTON..... | 192 |
| 2.1. | El testimonio no pertinente, el evasivo y el literalmente verdadero | 193 |
| 2.2. | El testimonio pertinente, distorsionador y (podría argüirse) literalmente verdadero | 194 |
| 2.3. | El testimonio dado como respuesta a interrogatorios ambiguos o imprecisos..... | 197 |
| 2.4. | El falso testimonio dado como respuesta a interrogatorios sobre cantidades precisas..... | 198 |
| 2.5. | El testimonio literalmente falso y distorsionador | 199 |
| 2.6. | Conclusión..... | 199 |

CAPÍTULO XIII
FRAUDE

| | | |
|------|--|-----|
| 1. | EL CONCEPTO DE FRAUDE..... | 201 |
| 1.1. | Medios para cometer fraude..... | 201 |
| 1.2. | El objeto del fraude | 203 |
| 1.3. | El contenido moral del fraude..... | 204 |
| 1.4. | El fraude como delito de cuello blanco | 205 |
| 2. | EL ELEMENTO DEL ENGAÑO EN EL FRAUDE..... | 207 |
| 2.1. | Perspectiva histórica de los delitos de engaño que no implican una mentira..... | 209 |
| 2.2. | Delitos modernos que requieren una conducta engañosa: fraude postal, fraude de valores y hurto mediando engaño | 213 |

CAPÍTULO XIV
LA DECLARACIÓN FALSA

| | | |
|----|---|-----|
| 1. | LA NATURALEZA HÍBRIDA DEL DELITO DE DECLARACIÓN FALSA | 218 |
|----|---|-----|

| | Pág. |
|--|------|
| 1.1. Perspectiva histórica del delito de declaración falsa..... | 218 |
| 1.2. La declaración falsa y el requisito de efectuar una afirmación..... | 219 |
| 1.3. La declaración falsa y el requisito de la falsedad literal..... | 222 |
| 2. NEGACIONES EXCULPATORIAS | 224 |

CAPÍTULO XV OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA

| | |
|---|-----|
| 1. LA REGULACIÓN DEL DELITO DE OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA EN ESTADOS UNIDOS | 230 |
| 1.1. Cuatro distinciones formales | 230 |
| 1.2. Tipos penales de referencia | 233 |
| 1.3. Respuestas no penales a la conducta obstruccionista | 236 |
| 2. EL CONTENIDO MORAL DE LA OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA: TRASFONDO NORMATIVO | 238 |
| 2.1. Daños causados y víctimas afectadas..... | 238 |
| 2.2. Ilícitos derivados | 239 |
| 2.3. Dos normas de contrapeso: instinto de conservación y abuso de confianza..... | 242 |
| 3. ANÁLISIS DEL CONTENIDO MORAL DE ACTOS ESPECÍFICOS DE OBSTRUCCIÓN | 243 |
| 3.1. En relación con la conducta antijurídica subyacente | 244 |
| 3.2. Naturaleza de la investigación de la conducta subyacente..... | 248 |
| 3.3. La naturaleza de la ocultación | 252 |
| 4. <i>POST-SCRIPTUM</i> : EL CASO «SCOOTER» LIBBY | 255 |

CAPÍTULO XVI COHECHO

| | |
|---|-----|
| 1. LA DEFINICIÓN DE COHECHO | 257 |
| 1.1. ¿A quién se puede sobornar? | 259 |
| 1.2. ¿Quiénes pueden sobornar? | 261 |
| 1.3. El soborno visto como un acuerdo..... | 262 |
| 1.4. Lo que ofrece el sobornador: «Algo de valor» | 263 |
| 1.5. Lo que el sobornado da a cambio: influencia | 265 |
| 2. EL CONTENIDO MORAL DEL COHECHO..... | 266 |
| 2.1. La <i>mens rea</i> | 266 |
| 2.2. El daño causado | 267 |
| 2.3. Ilícitud moral..... | 268 |
| 2.4. La recepción de un soborno como una forma de deslealtad..... | 268 |

| | Pág. |
|---|------|
| 2.5. La distinción entre el incumplimiento del deber de lealtad y otros tipos de incumplimiento | 269 |
| 2.6. La deslealtad definida en relación con los deberes derivados de un cargo o posición | 270 |
| 2.7. Aceptar un soborno a cambio de hacer «lo correcto»..... | 271 |
| 2.8. La aceptación forzosa y coactiva de sobornos | 274 |
| 3. LA ILICITUD MORAL DE DAR U OFRECER UN SOBORNO | 275 |
| 3.1. Inducir a otro a ser desleal..... | 275 |
| 3.2. La entrega forzosa y coactiva de sobornos..... | 277 |
| 3.3. Conclusión..... | 277 |

CAPÍTULO XVII EXTORSIÓN Y CHANTAJE

| | |
|--|-----|
| 1. DELITOS DE COERCIÓN | 279 |
| 1.1. La extorsión | 280 |
| 1.2. El chantaje..... | 281 |
| 1.3. El delito de coacciones | 283 |
| 2. LA PARADOJA DEL CHANTAJE Y LA MERA «NEGOCIACIÓN DURA» | 283 |
| 2.1. Teorías infrainclusivas..... | 284 |
| 2.2. Teorías sobreinclusivas..... | 286 |
| 3. EL AISLAMIENTO CONCEPTUAL DEL CONCEPTO DE EXTORSIÓN..... | 289 |
| 3.1. La obtención de bienes: la extorsión como una forma de hurto.... | 289 |
| 3.2. Coerción y consentimiento | 291 |
| 3.3. ¿Cuándo son «ilícitas» las amenazas a efectos de la regulación jurídica de la extorsión?..... | 293 |
| 4. CUÁNDO CONCURRE EL DELITO DE EXTORSIÓN..... | 294 |
| 4.1. Ocho tipos de amenazas de hacer algo supuestamente legal | 294 |
| 4.1.1. Amenazas de iniciar una acción judicial o no llegar a un acuerdo | 294 |
| 4.1.2. Amenazas de causar un daño político o retirar el apoyo político..... | 294 |
| 4.1.3. Amenazas de no devolver bienes encontrados a sus legítimos propietarios..... | 295 |
| 4.1.4. Amenaza con participación en una huelga sindical | 295 |
| 4.1.5. Amenazas de asumir el control de una compañía a menos que sus acciones sean vendidas a un precio especial («greenmail») | 295 |
| 4.1.6. Amenazas de despedir o no contratar a un empleado | 295 |

| | Pág. |
|---|------|
| 4.1.7. Amenazas de divulgar información privada y embarazosa. | 295 |
| 4.1.8. Los casos de laboratorio de Leo Katz | 296 |
| 4.2. La ilicitud entendida como ilegalidad: un criterio para distinguir la extorsión del chantaje | 296 |
| 4.3. Aplicando el criterio de «ilegalidad» | 297 |
| 4.3.1. Amenazas de iniciar una acción judicial o de no llegar a un acuerdo | 297 |
| 4.3.2. Amenazas de causar un daño político o negar apoyo político | 299 |
| 4.3.3. Amenazas de quedarse bienes hallados | 300 |
| 4.3.4. Amenazas de ir a la huelga | 301 |
| 4.3.5. «Greenmail» | 302 |
| 4.3.6. Amenazas de despedir o no contratar a un empleado | 303 |
| 4.3.7. Amenazas de divulgar información privada y embarazosa. | 303 |
| 4.3.8. Las amenazas de Leo Katz | 304 |
| 4.3.9. Amenazas de no hacer negocios | 304 |
| 4.4. Conclusión..... | 305 |

CAPÍTULO XVIII ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA

| | |
|--|-----|
| 1. LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO MORAL DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA..... | 307 |
| 1.1. Lesividad (<i>Harmfulness</i>) | 308 |
| 1.2. La ilicitud moral..... | 309 |
| 2. EL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO HACER TRAMPAS..... | 313 |

CAPÍTULO XIX LA EVASIÓN DE IMPUESTOS

| | |
|--|-----|
| 1. ELUSIÓN, IMPAGO Y EVASIÓN | 318 |
| 2. <i>MENS REA</i> Y LESIVIDAD DEL DELITO FISCAL | 319 |
| 3. LA ILICITUD MORAL DE LA EVASIÓN IMPOSITIVA..... | 320 |

CAPÍTULO XX DELITOS BASADOS EN EL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO REGULATORIO

| | |
|-----------------|-----|
| 1. TRAMPAS..... | 326 |
|-----------------|-----|

| | Pág. |
|-------------------------------------|------|
| 2. INCUMPLIMIENTO DE PROMESAS | 328 |
| 3. DESOBEDIENCIA | 331 |

**CAPÍTULO XXI
CONCLUSIÓN**

**ANEXO
LA PERCEPCIÓN PÚBLICA DE LA CULPABILIDAD
EN LOS DELITOS DE CUELLO BLANCO: COHECHO,
FALSO TESTIMONIO Y ESTAFA**

| | |
|---|------------|
| 1. ESTUDIOS ANTERIORES SOBRE LAS PERCEPCIONES DE LA COMUNIDAD CON RESPECTO AL DELITO DE CUELLO BLANCO | 337 |
| 2. ESTUDIOS EMPÍRICOS SOBRE CUESTIONES RELATIVAS A LA DELINCUENCIA DE CUELLO BLANCO..... | 340 |
| 2.1. Estudios sobre el cohecho y las gratificaciones..... | 342 |
| 2.1.1. Estudio núm. 1 sobre el cohecho y las gratificaciones: métodos | 345 |
| 2.1.2. Estudio núm. 1 sobre el cohecho y las gratificaciones: resultados | 347 |
| 2.1.3. Estudio núm. 2 sobre el cohecho y las gratificaciones: métodos | 349 |
| 2.1.4. Estudio núm. 2 sobre el cohecho y las gratificaciones: resultados..... | 351 |
| 2.2. Estudio sobre el falso testimonio y la declaración falsa..... | 353 |
| 2.2.1. Estudio sobre el falso testimonio y las declaraciones falsas: métodos | 356 |
| 2.2.2. Estudio sobre el falso testimonio y las declaraciones falsas: resultados..... | 357 |
| 2.3. Estudio sobre la estafa | 358 |
| 2.3.1. Estudio sobre la estafa: métodos | 361 |
| 2.3.2. Estudio sobre la estafa: resultados..... | 361 |
| 3. CONCLUSIÓN | 365 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 367 |
| RECONOCIMIENTOS | 391 |
| ÍNDICE ANALÍTICO..... | 393 |

PREFACIO A LA EDICIÓN EN CASTELLANO

Setenta años después de ser originalmente acuñado por Edwin Sutherland, el concepto de «delito de cuello blanco» ha conseguido una difusión prácticamente universal. Ya no sólo los científicos sociales utilizan la expresión y le otorgan un sentido específico, sino que ahora también lo hacen los juristas, los encargados de la aplicación de la ley y los periodistas, y no sólo aquellos que tienen el inglés como lengua, sino también los hablantes de muchos otros idiomas.

Me produce una especial satisfacción que este libro se publique por la editorial Marcial Pons en castellano. Aunque las disposiciones legales que se citan provienen mayoritariamente de fuentes estadounidenses y británicas, la teoría moral subyacente que se intenta articular siempre ha pretendido una aplicación más universal, de modo que realmente es muy gratificante pensar que el enfoque aquí desarrollado puede resultar interesante para los juristas académicos y prácticos castellanohablantes.

El tema central de este libro es que lo que hace el delito de cuello blanco tan complejo e interesante, y por ello a fin de cuentas tan difícil de regular y prevenir, es su ambigüedad moral. La línea divisoria entre la auténtica delincuencia de cuello blanco y la conducta «profesionalmente agresiva», legal aun cuando pueda ser éticamente cuestionable, a menudo es borrosa. Muchas de las conductas que nuestra sociedad alaba y recompensa (sea la conducta arriesgada en las finanzas, la mercadotecnia agresiva, el celo profesional en el ejercicio de la abogacía, la inversión experta o la negociación dura) puede ser difícil de distinguir de otras conductas que nuestro ordenamiento jurídico pretende prohibir y castigar. Sin embargo, a pesar de sus dificultades inherentes, la tarea de definir una clara línea entre la conducta de cuello blanco que es delictiva y la que no lo es resulta esencial, tanto para respetar adecuadamente el principio de legalidad como para lograr la coherencia en la labor de la fiscalía y la judicatura y, lo que quizás resulte el extremo más importante, para conseguir que la ciudadanía apoye las sanciones penales.

La edición original de este libro se publicó en inglés justo en el momento en el que la crisis financiera global y la recesión económica mundial estaban empezando a mostrar sus efectos. En los años transcurridos desde entonces, muchos observadores de estos eventos se han mostrado extrañados y decep-

cionados ante la escasez de persecuciones por vía penal contra los considerados responsables. Su frustración bien puede estar justificada, dado que parte del colapso financiero sin duda es atribuible a la conducta inconfundiblemente delictiva de sujetos como AIG, Lehman Brothers y el ideador de multimillonarias estafas piramidales Bernie Madoff. Sin embargo, con toda probabilidad una causa aún más importante de esta crisis fueron conductas como los préstamos predatorios y la concesión de hipotecas de alto riesgo en mercados financieros peligrosamente desregulados, que, aun avariciosas y carentes de escrúpulos, probablemente no infringieron ley alguna, al menos en el momento en el que se llevaron a cabo.

Así pues, ¿cómo debemos distinguir entre aquello que es y debería ser legal y lo que no? Como veremos, el análisis contenido en este libro a menudo depende de distinciones bastante precisas en el razonamiento moral, como la diferencia entre la mentira directa y la mera inducción al error, la coacción y la explotación, el hurto y otras formas de apropiación indebida, o entre la conducta tramposa y aquella que se sitúa en el límite de las reglas. El problema es que la capacidad del Derecho penal de estigmatizar, conseguir legitimidad y asegurar el cumplimiento de sus disposiciones depende en última instancia de la medida de su credibilidad moral y reconocimiento entre los legos. Si el razonamiento filosófico abstracto es imprescindible para llevar a cabo distinciones jurídicamente relevantes, como por ejemplo la diferencia entre la estafa criminal y la mera exageración, entre la evasión fiscal y la elusión fiscal, o entre la preparación lícita e ilícita de declaraciones testificales, entonces es razonable preguntarse si la ciudadanía otorgará a estas distinciones el peso moral necesario para que el Derecho sea efectivo y legítimo.

Aunque el análisis conceptual que se encuentra en el libro es autónomo, en los años transcurridos desde su publicación he seguido reflexionando y escribiendo sobre la materia¹. Concretamente, me ha interesado saber cómo las distinciones entre la conducta de cuello blanco delictiva y la que no lo

¹ Los trabajos aludidos son los siguientes: «Public Perceptions of White Collar Crime Seriousness: Bribery, Perjury, and Fraud» (con Matthew KUGLER), *Law & Contemporary Problems*, 74, 2012, pp. 33-59 (*N. de los T.*: incluido como anexo en esta edición); «When is it Wrong to Trade Stocks on the Basis of Non-Public Information? Public Views of the Morality of Insider Trading» (con Matthew KUGLER), *Fordham Urban Law Journal*, 39, 2012, pp. 445-484; «Official Bribery and Commercial Bribery: Should they be Distinguished?», en Jeremy HORDER y Peter ALLDRIDGE (eds.), *Modern Bribery Law: Comparative Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012; «What is Wrong with Tax Evasion?», *Houston Business and Tax Law Journal*, 9, 2009, pp. 221-236.

Entre las revisiones de este libro se encuentran: Tony MILLIGAN, *Criminal Law and Philosophy*, 1, 2007, pp. 333 y ss.; Alex STEEL, *University of New South Wales Law Journal*, 29, 2006, pp. 349 y ss.; Peter HENNING, «The DNA of White Collar Crime», *New Criminal Law Review*, 11, 2008, pp. 323 y ss.; Mitchell BERMAN, «On the Moral Structure of White Collar Crime», *Ohio State Journal of Criminal Law*, 5, 2007, pp. 301 y ss.; Thomas L. CARSON, *Business Ethics Quarterly*, 17, 2007, pp. 365 y ss.

es que se trazan en este libro y también por el Derecho se relacionan con aquellas distinciones efectuadas por los ciudadanos legos; y, allí donde consideran que tal conducta es delictiva, qué gravedad le otorgan. Así pues, algún tiempo después de publicado el libro formé equipo con el psicólogo social Matthew Kugler para llevar a cabo un conjunto de estudios empíricos diseñados para indagar en las opiniones de los ciudadanos legos sobre muchos de los tópicos analizados en el libro. Por cortesía de los editores de la colección «Derecho penal y Criminología», algunos de estos estudios se recogen como anexo a este libro.

Los estudios realizados mostraron que por lo general los ciudadanos legos en Derecho (al menos los estadounidenses que participaron en dichos estudios) no tienen problemas a la hora de efectuar distinciones bastante precisas sobre la regulación del delito de cuello blanco. En algunas ocasiones las distinciones efectuadas eran coherentes con el Derecho vigente, lo que debería apoyar la noción de que el Derecho en este ámbito traza las distinciones allí donde corresponde trazarlas. Los participantes en el estudio sobre la estafa, por ejemplo, no tuvieron problema alguno a la hora de distinguir entre aquellas manifestaciones falsas que afectaban al núcleo de la transacción y aquellas ancilares. En el caso del abuso de información privilegiada, descubrimos que los legos entendían que el caso prototípico, en el que la información se obtiene infringiendo un deber de lealtad frente a un empleador o cliente, es altamente reprochable y merece ser criminalizado. Sin embargo, cuando la misma información se obtenía por azar, su utilización no era entendida como digna de reproche, a pesar de que se puede argüir que existe una injusta ventaja informativa. En este aspecto, las opiniones de los legos son coherentes con el Derecho actualmente vigente en los Estados Unidos.

En otras partes, sin embargo, encontramos importantes divergencias entre las opiniones de los participantes legos y el Derecho vigente en Estados Unidos. Es el caso del perjurio, por ejemplo, en el que los participantes se inclinaban menos que el Derecho a distinguir entre la mentira efectuada a un tribunal bajo juramento y la mentira hecha a un agente de policía sin haber proferido juramento alguno, o entre las manifestaciones literalmente falsas y las literalmente verdaderas pero engañosas. De forma similar, en el caso del cohecho las opiniones de los participantes divergen de forma importante del Derecho positivo. Por ejemplo, los participantes querían criminalizar tanto el soborno comercial como los pagos aceptados por una autoridad a cambio de llevar a cabo un acto no oficial, a pesar de que ninguna de estas conductas es delictiva conforme al Derecho federal vigente en Estados Unidos hoy en día.

¿Coincidirían los juicios de los ciudadanos legos en Derecho en España y Latinoamérica con los de los ciudadanos estadounidenses que participaron en estos estudios? ¿Y qué pasaría con los juicios de los lectores de este libro,

con su formación jurídica y filosófica? Las crisis financieras que han golpeado a algunos países hispanohablantes de forma al menos tan dura como golpearon a los Estados Unidos e Inglaterra, ¿pueden atribuirse a la misma mezcla de conducta de cuello blanco delictiva y no delictiva que he descrito antes? Éstos son precisamente los tipos de preguntas con los que espero que se enfrasquen los lectores hispanohablantes de este libro.

* * *

El proyecto de traducir este libro al castellano y conseguir su publicación ha llevado varios años y en el mismo han participado amigos y colegas de tres continentes. Estoy especialmente agradecido, en primer lugar y sobre todo, a Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno y José Ramón Agustina Sanllehí por su constante entusiasmo con el proyecto y sus infatigables esfuerzos en su consecución. También me gustaría expresar mi agradecimiento a Carlos Gómez-Jara Díez, Marcelo Ferrante, Agustín Parise, Julieta Marotta, Miriam Amorós, Mónica Peña y Vicente Valiente. A todos ellos, en mi limitado español, me gustaría decirles *muchas, muchas gracias*.

Stuart P. GREEN
Montclair, Nueva Jersey
Enero de 2013

PRÓLOGO DEL AUTOR

Empecé a pensar por primera vez en lo que acabaría siendo el contenido de este libro mientras ejercía en un despacho de abogados en Washington, DC, a principios de los noventa. Se trataba, en realidad, de lo que sólo con dificultades se podría denominar ejercicio de la abogacía penal. No representamos, hasta donde yo sé, a un solo traficante de drogas, asesino o violador. Por el contrario, nuestra lista de clientes incluía compañías aéreas, bancos de inversión, empresas farmacéuticas, fabricantes de productos de consumo y grupos de comunicación. La mayor parte de nuestros clientes habían alcanzado el éxito mediante lo que, al menos a priori, aparentaban ser prácticas de negocios legales, aunque quizá fueran agresivas. Sus gerentes y empleados se veían a sí mismos como ciudadanos que respetaban la ley. Sus conductas eran, estoy seguro de ello, no más «desviadas» que las de la mayoría de otras grandes empresas.

Muchos de aquellos clientes venían a nuestro despacho porque estaban teniendo problemas con algún organismo o entidad federal, tales como la Securities and Exchange Commission, la Food and Drug Administration, la Environmental Protection Agency y otras similares. Con frecuencia, los clientes querían saber cómo podían evitar la infracción de ciertas disposiciones federales; en otras ocasiones, tenían la preocupación de que ya se hubiera conculcado alguna ley.

Lo que no dejaba de sorprenderme una y otra vez era que, allí donde al principio sólo parecía haber una simple conducta correcta (o, en el peor de los casos, una cuestión de responsabilidad civil), tras un examen más detenido aparecía el fantasma de la responsabilidad penal. Las sanciones que yo había supuesto que estaban reservadas para las acciones más injustas o dañosas de toda la sociedad parecían, por el contrario, poder aplicarse a conductas que resultaban moralmente mucho más ambiguas.

Hacia finales de los noventa, dejé la práctica profesional de la abogacía para introducirme en el ámbito académico del Derecho. Aunque seguí manteniendo cierto interés en el campo del Derecho penal económico y de la criminalidad de cuello blanco, comencé a interesarme, como la mayor parte de los especialistas en Derecho penal, por los conceptos básicos de la Parte General, como los de acción y omisión, daño y culpabilidad, justificación y

exculpación, así como también por unos pocos delitos específicos tradicionales, como el homicidio y la violación.

Entonces surgieron los escándalos empresariales de 2001 y 2002. Figuras como las de Kenneth Lay de Enron, Bernie Ebbers de WorldCom, Richard Scrushy de HealthSouth, Samuel Waksal de ImClone, Frank Quattrone de Credit Suisse First Boston, Nancy Temple de Arthur Andersen y Dennis Kozlowski de Tyco, se convirtieron en nombres con los que comenzamos a familiarizarnos. En algunos casos se demostró que su conducta era clara e inequívocamente delictiva. Pero con frecuencia no era así. Scrushy fue absuelto de todas las acusaciones que pesaban sobre él, a pesar del testimonio de media docena de antiguos subalternos que dijeron que había orquestado un fraude contable de 2.700 millones de dólares. En el caso de Martha Stewart, una poderosa empresaria del sector de la decoración de interiores, a pesar de haber sido condenada por obstrucción a la justicia y falso testimonio en la investigación llevada a cabo por el Gobierno por la venta de sus bienes de ImClone, muchas personas pensaron que no había hecho nada tan malo. Y la condena por obstrucción a la justicia de la firma contable Andersen, basada en la destrucción de miles de documentos relacionados con el escándalo de Enron, fue revocada por el Tribunal Supremo norteamericano con el argumento de que, como dijo Rehnquist, presidente del Tribunal: «Por supuesto no resulta incorrecto que un administrador ordene a sus empleados que cumplan una determinada política de retención de documentos, perfectamente válida»¹.

Una y otra vez parecía existir cierta incertidumbre sobre si una determinada acción constituía una práctica empresarial legal, aun cuando fuese dura, o si, por el contrario, se trataba de una grave conducta delictiva. En este sentido, dependiendo de la perspectiva que se adopte, la ingeniería contable podría verse como un fraude; el no pagar impuestos, como evasión fiscal; la preparación de los testigos para su declaración en juicio, como manipulación de testigos; los protocolos relativos a la retención de documentos, como obstrucción a la justicia; una negociación agresiva en las formas se puede ver como una forma de extorsión; la utilización de estrategias astutas en las declaraciones testificales, como perjurio; una defensa realizada con excesivo celo podría verse como desacato a la autoridad; una inversión «inteligente», como uso de información privilegiada; ciertas contribuciones económicas a partidos políticos, como soborno; y ciertas restricciones permitidas en un sector de la actividad económica, como una forma ilegal de posicionarse en el mercado. Al final, resultaba difícil saber qué conductas debían ser consideradas como un simple comportamiento agresivo en el contexto de las prácticas profesionales y cuáles debían considerarse conductas penalmente relevantes. La distancia entre el Derecho vigente y las normas sociales era, al parecer, cada

¹ *Arthur Andersen v. United States*, 125 S. Ct. 2129, 2135 (2005).

vez más amplia. Y los fundamentos morales sobre los cuales supuestamente se sustenta el Derecho penal parecían cada vez más inestables.

Mi intención era saber si se podía encontrar una base más sólida sobre la cual cimentar dicho cuerpo de leyes: en una serie de artículos doctrinales empecé a examinar el contenido moral de los delitos de cuello blanco, analizándolos uno por uno. En un momento dado, advertí que había logrado abarcar gran parte de los problemas. El presente libro se inició con la idea de ensamblar todos esos fragmentos de contenido dispar dotándolos de unidad, completando algunos vacíos importantes y corrigiendo algunos errores.

* * *

Una parte considerable del contenido de este libro fue escrita durante el curso académico 2002-2003, mientras me encontraba como investigador visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Glasgow. Me gustaría expresar mi agradecimiento a mis colegas de dicha Universidad y a las Comisiones Fulbright de los Estados Unidos y el Reino Unido por su apoyo financiero durante aquel año sabático. Estoy agradecido también al decano John Costonis y a mis colegas de la Facultad de Derecho de la Universidad Estatal de Luisiana (LSU) por su apoyo permanente a lo largo de los años, y a mi asistente, Carmel Cucinotta, por su ayuda en la preparación del manuscrito. Quiero agradecer también a John Louth, Rebecca Smith, Rowena Lennon, Nich Pepper y al profesor Andrew Ashworth, todos ellos de Oxford University Press, por su asistencia durante todo el proceso de publicación.

Mientras trabajaba en los artículos doctrinales que constituyen el núcleo de este libro afortunadamente tuve la oportunidad de presentar mis ideas en más de una docena de universidades en Estados Unidos y Europa y beneficiarme de los agudos comentarios de numerosos amigos y colegas, a quienes se lo agradecí (al menos eso espero) en las anteriores publicaciones. Desearía agradecer, en este momento, a Bill Corbett, Jeremy Horder, Ron Scalise, Andrew Simester, Ken Simons y Stephen Shute, por haberme ofrecido comentarios de provecho a las partes del libro que antes no habían sido publicadas. Entiendo que la influencia del trabajo de Joel Feinberg, ya difunto, será evidente a lo largo de este libro, y le estoy agradecido también por el estímulo que supo darme en el momento en que más lo necesitaba. Hugo Bedau ha sido mi mentor desde mi época de estudiante universitario, y hace ya mucho tiempo que se ha convertido en un querido amigo y un lector verdaderamente fiable de mi trabajo. Antony Duff es un más reciente amigo, mentor e interlocutor, pero no por ello alguien menos querido. Ambos han sido de gran ayuda para poder llevar a cabo el presente trabajo.

Por supuesto, debo reservar unas palabras finales de agradecimiento para mi familia. Mis hijos, Samuel, Rose y Jonathan, quienes son una fuente constante de alegría, orgullo y diversión: si no hubiera sido por ellos, pro-

Stuart P. Green

bablemente nunca hubiera terminado este libro en el plazo originalmente previsto. Mi esposa, Jennifer Moses, ha escuchado mis elucubraciones sobre la moralidad del delito de cuello blanco más de lo que cualquier cónyuge podría pedir, y siempre lo ha hecho con buen humor y paciencia. A pesar de ser un agnóstico confirmado, sé lo que significa haber sido bendecido.

Stuart P. GREEN
Baton Rouge, Luisiana
Julio de 2005

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la visión tradicional de nuestro sistema de justicia penal, las sanciones penales (el tipo de sanción más severa que existe en una sociedad democrática) deben reservarse sólo para aquellas conductas que sean verdadera e inequívocamente censurables y merecedoras de reproche. Consideramos las sanciones penales como la «artillería pesada»¹ de nuestro sistema jurídico, a las que debemos recurrir tan sólo como «último recurso»², cuando otras clases de sanciones, legales o no legales, resulten inadecuadas. Se entiende que, con anterioridad a poder imponerse una sanción de tal naturaleza, debemos asegurarnos de que la conducta castigada pueda ser claramente distinguible de otro tipo de acciones que no están igualmente sujetas a sanciones de naturaleza penal (y de hecho es cualitativamente peor que éstas).

Sin embargo, nuestro sistema de justicia penal es en realidad mucho más complejo de lo que sugiere esta simple descripción, sobre todo en el contexto al que me referiré como delincuencia de cuello blanco. 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. En tales supuestos la cuestión no es, como sucede en los casos de estado de necesidad, si el acusado tuvo que enfrentarse a una alternativa de conducta de carácter extraordinario entre obedecer la ley, permitiendo que se produjera un daño significativo, o infringirla para prevenir tal daño³. Por el contrario, en los delitos de cuello blanco la cuestión radica en discernir si la conducta llevada a cabo se corresponde más o menos con un comportamiento aceptable, al menos en el contexto en el que fue realizada, por lo que ya desde un principio no debería verse sujeta a sanciones penales.

¹ Francis A. ALLEN, «The Morality of Means: Three Problems in Criminal Sanctions», *University of Pittsburgh Law Review*, 42, 1981, pp. 737 y ss. (738).

² Douglas HUSAK, «The Criminal Law as Last Resort», *Oxford Journal of Legal Studies*, 24, 2004, pp. 207 y ss.; Nils JAREBORG, «Criminalization as Last Resort (*Ultima Ratio*)», *Ohio State Journal on Criminal Law*, 2, 2005, pp. 521 y ss.

³ Por supuesto, no se intenta sugerir que ocasionalmente no puedan plantearse casos de estado de necesidad en el contexto de los delitos de cuello blanco.

Esta ambigüedad de los delitos de cuello blanco refleja algo más que la simple eficacia de los abogados defensores en la promoción de las causas de sus clientes. Sin embargo, no se puede negar que la influencia de la figura letrada, en dichos casos, resulta ciertamente significativa. Fundamentalmente, se trata de la expresión de un sentimiento colectivo ampliamente extendido —expresado por jueces, miembros del jurado, expertos en la materia, periodistas y por el ciudadano medio—, respecto a que el Derecho en este ámbito proyecta un cierto grado de incertidumbre moral distinta de la que rige en los casos de los delitos más «nucleares» del Derecho penal; una incertidumbre que genera importantes y, con frecuencia, problemáticas preguntas sobre la legitimidad del Derecho, su coherencia y su autoridad.

1. DOS EJEMPLOS DE COMPLEJIDAD MORAL EN EL DERECHO PENAL DE CUELLO BLANCO

A modo de ilustración del tipo de incertidumbre y complejidad moral que tengo en mente, empezaré describiendo dos recientes casos en los que se alegó la existencia de conducta delictiva. Debo advertir de que el hecho de que en ambos casos se vean involucradas destacadas figuras de la vida política de los Estados Unidos es una mera coincidencia: por supuesto, la inmensa mayoría de los delitos de cuello blanco no tienen necesariamente que estar explícitamente relacionados con la vida política. Lo que aquí se pretende es, simplemente, generar la clase de preguntas que tales casos tienden a plantear, sin que se pretenda, pues, llegar a ningún tipo de conclusión. A lo largo del libro volveremos a los ejemplos que a continuación se refieren, así como a muchos otros más.

1.1. El caso de Tom DeLay

En noviembre de 2003, en medio de un intenso esfuerzo de presiones indirectas por parte del Gobierno del presidente George W. Bush para influir y lograr la aprobación de su proyecto de ley en materia de sanidad (*Medicare*), Tom DeLay, líder del grupo mayoritario en la Cámara de Representantes, junto a otros compañeros del grupo parlamentario republicano, supuestamente ofrecieron al congresista Nick Smith (quien en ese momento estaba a punto de abandonar su escaño), a cambio de su voto, un considerable apoyo político y financiero a la campaña de su hijo, Brad Smith, para que éste pudiera sucederle en el escaño. Cuando Nick rechazó el ofrecimiento, DeLay y los líderes que le acompañaban supuestamente le dijeron que se asegurarían de que Brad nunca ganara las elecciones para el Congreso⁴.

⁴ Véase Charles BABINGTON, «Ethics Panel Rebukes DeLay», *Washington Post*, 1 de octubre de 2004, p. A1; Timothy NOAH, «Nick Smith Recants: Did the Pressure Get to Him?», publicado

1.2. El caso de Bill Clinton

En diciembre de 1997, cierto tiempo después de que iniciara su *affair* con el presidente Bill Clinton, Monica Lewinsky, una becaria de la Casa Blanca, fue citada judicialmente para testificar en la causa seguida por acoso sexual contra Clinton iniciada por Paula Jones, antigua empleada del estado de Arkansas. Inmediatamente después de recibir la citación judicial, presuntamente Clinton le dijo a Lewinsky que fuera *evasiva* en su testimonio. También le pidió a su secretaria personal, Betty Currie, que fuera al apartamento de Lewinsky para recuperar varios regalos que él le había hecho con anterioridad. Al mes siguiente, el mismo Clinton prestó declaración en el caso *Jones*. Cuando se le preguntó si había tenido «relaciones sexuales con Monica Lewinsky», tal y como la expresión fue utilizada en ese proceso, con un sentido inusualmente restringido según la definición adoptada por el tribunal y recogida en el acta judicial de las testificales, Clinton respondió que «nunca tuvo relaciones sexuales con Monica Lewinsky»⁵.

Las cuestiones que quiero plantear acerca de los dos casos expuestos anteriormente son similares: ¿Qué hicieron exactamente DeLay y los miembros de la Cámara de Representantes y Clinton, respectivamente, que fuera moralmente incorrecto? ¿Cometieron una coacción DeLay y sus compañeros de la Cámara de Representantes? ¿Cometió Clinton perjurio o encubrimiento ilícito? Si Nick Smith hubiera aceptado el ofrecimiento que le hicieron dichos representantes políticos, ¿hubiera hecho algo ilícito? ¿Se habría causado un daño a alguien o algo mediante tal conducta? ¿Concierne propiamente al Derecho penal tal clase de ilícitos y daños? Si así fuera, ¿qué delitos se cometieron exactamente? ¿Cómo se pueden distinguir tales

electrónicamente el 5 de diciembre de 2003 en <http://slate.msn.com/id/2092054/>; Robert NOVAK, «GOP Pulled No Punches in Struggle for Medicare Bill», *Chicago Sun-Times* (27 de noviembre de 2003). Nick Smith finalmente votó en contra del proyecto de ley. En agosto de 2004 Brad Smith fue derrotado en las primarias del Congreso del Partido Republicano. Dos meses más tarde, el Comité de Ética de la Cámara de Diputados, controlado por el partido republicano, emitió un informe *amonestando* a DeLay por ofrecer ayuda al hijo de Smith a cambio de su voto en el proyecto de ley del sistema sanitario, sin descartar, no obstante, emprender otro tipo de acciones. *US House of Representatives, Committee on Standards of Official Conduct*, «Investigation of Certain Allegations Related to Voting on the Medicare Prescription Drug, Improvement, and Modernization Act of 2003», 108.^a legislatura, 2.^a sesión (30 de septiembre de 2004). A finales de septiembre de 2005, cuando se estaba llevando a imprenta el presente libro, el diputado Tom DeLay fue procesado por cargos que no estaban relacionados con la causa *Medicare*, en los que se le acusaba de conspiración para infringir las leyes de financiación en materia electoral del estado de Texas.

⁵ «Referral to the United States House of Representatives Filed in Conformity with the Requirements of Title 28, United States Code § 595(c), Submitted by the Office of the Independent Counsel», H. R. Doc. núm. 105-310 (1998). La investigación llevada a cabo a lo largo de un año sobre las actividades de Clinton, realizada por Kenneth Starr desde un órgano independiente, culminó en diciembre de 1998 con la propuesta de una moción de censura en la Cámara de Representantes de los Estados Unidos. Dos meses después, tras seguir el proceso ante el Senado, Clinton fue absuelto.

acciones de otras conductas, cuando menos ligeramente similares, no consideradas penalmente relevantes? Por ejemplo, en el caso relativo a DeLay y los demás miembros de la Cámara de Representantes, sería difícil distinguir tales conductas penalmente relevantes de una contraprestación pactada de favores o *quid pro quo*, de una compleja negociación llevada con especial astucia, de un intercambio informal de favores personales o de una negociación agresiva. En el caso de Clinton, ¿cómo distinguir conductas penalmente relevantes de la labor de preparación de testigos, de una defensa llevada a cabo con ardor o de la utilización de una estrategia astuta en la forma de prestar declaración?

Uno de los aspectos más fascinantes en relación con tales casos se refiere a las oscilaciones tan significativas en los juicios morales y legales de los legos respecto a unos mismos casos. Por supuesto, hasta cierto punto el modo en que uno expresa sus sentimientos en las valoraciones de tales casos no refleja otra cosa que las propias actitudes hacia las figuras polémicas que popularizan tales casos; y difícilmente se pueden encontrar personajes tan famosos y que generen opiniones tan contradictorias como en los casos de Tom DeLay y Bill Clinton. Sin embargo, tales explicaciones, basadas en la «personalidad» del concreto individuo, tienen sentido sólo hasta cierto punto. Creemos que deberíamos ser capaces de separar nuestros sentimientos personales sobre el carácter en general de una persona —se sienta empatía o antipatía hacia la misma—, del hecho de juzgar si ésta merece ser procesada, condenada y sentenciada por un específico hecho delictivo⁶. Nos agrada pensar que somos capaces de realizar juicios racionales, imparciales y sólidamente contruidos sobre asuntos tan importantes como éstos. De hecho, tal y como argumentaré más adelante, el espectro llamativamente amplio de juicios morales que rodea tales casos guarda menor relación con la identidad de los acusados que con las más profundas ambigüedades, confusiones e incertidumbres morales que con mayor frecuencia impregnan nuestra comprensión del delito de cuello blanco.

2. UNA HOJA DE RUTA

El objetivo del presente libro es investigar y profundizar en los conceptos morales sobre los que se fundamentan las normas de Derecho penal relativas a los delitos de cuello blanco, tratando así de aportar cierta claridad a un área del Derecho que resulta ciertamente confusa en muchos aspectos. La primera parte establece las bases para el análisis posterior, que se desarrollará dentro de un marco estructural dividido en tres partes. En ella

⁶ No todos los juristas expertos en dogmática jurídico-penal están necesariamente de acuerdo en este punto. Para profundizar en el debate entre la *teoría de la personalidad* y la *teoría de la elección*, véase capítulo II, notas 3 y 4.

comienzo por dar una explicación sobre lo que entiendo por *delito de cuello blanco* (una construcción que se encuentra más próxima a la forma en que el término ha sido utilizado en Derecho y en la cultura jurídica que a la empleada por muchos criminólogos y sociólogos). A diferencia del enfoque sociológico predominante, la aproximación jurídica para definir el delito de cuello blanco no se centra en la clase social ni en las circunstancias de la persona del delincuente, sino, por el contrario, en los elementos del delito. El concepto que emerge a partir del análisis que realizaré se basa en el *parecido de familia*: un conjunto vagamente definido de delitos, formas de desviación, tipos de delincuentes y conceptos morales que comparten una serie de semejanzas y relaciones entre ellos. Es un concepto que esencialmente se define en el análisis que sigue.

Expongo, por tanto, algunas reflexiones sobre por qué resulta tan importante desarrollar una comprensión coherente de los conceptos morales sobre los que se fundamentan las normas penales relativas a los delitos de cuello blanco. El enfoque en este punto se proyecta sobre la ambigüedad y la ambivalencia con que el delito de cuello blanco viene siendo tratado por parte de legisladores, jueces, fiscales, medios de comunicación y el mundo académico. Sostengo que sin una comprensión más clara sobre la relación entre moralidad y normas penales, concretamente las referidas a los delitos de cuello blanco, los principios retributivos sobre los que se fundamenta el Derecho penal quedan expuestos a un serio peligro.

La primera parte concluye con la exposición de un marco estructural tripartito para analizar el contenido moral de los delitos de cuello blanco, que se compone de: 1) el elemento psíquico con el que se realiza el hecho delictivo; 2) el daño causado con la conducta realizada, o los riesgos que ésta genera, y 3) la ilicitud moral que tal acción implica. Aunque tal aproximación se diseñó específicamente pensando en los delitos de cuello blanco, se trata de un marco que, potencialmente, podría aplicarse también a otro tipo de delitos.

El propósito de la segunda parte se dirige a desarrollar una explicación detallada de la noción de ilicitud moral. Tal ilicitud viene descrita mediante un conjunto de normas morales pertenecientes a la misma vida ordinaria pero que sin embargo tienen gran fuerza expresiva, las cuales vienen a informar y modelar los principales delitos de cuello blanco. En particular, me propongo analizar qué entendemos cuando decimos que alguien ha infringido las normas, no sólo mintiendo, haciendo trampas o apropiándose de lo ajeno, sino también cuando lleva a cabo otras formas de fraude, coacción, abuso, deslealtad, incumplimiento de promesas y desobediencia. Deseo mostrar también cómo se diferencian entre sí tales normas y en qué puntos se solapan.

En este punto, el proyecto que llevaré a cabo puede entenderse, principalmente, como un ejercicio en el marco de la teoría moral descriptiva,

más que como la pretensión de resolver una cuestión normativa, tratando de manifestar por qué *deberíamos* abstenernos de mentir, hacer trampas o apropiarnos de lo ajeno. No me preocupa excesivamente la tarea metaética de describir las bases del sistema moral en el que esas normas se integran. Por el contrario, mi interés principal consiste en examinar una importante serie de conceptos morales que, con frecuencia, han recibido escasa atención desde un punto de vista teórico. No se pretende con ello afirmar que el contenido del Derecho penal se agote en una lista cerrada, sino que tales conceptos resultan útiles al considerar los delitos de cuello blanco. Mi esperanza es que el hilo discursivo de esta segunda parte resulte interesante incluso para aquellos lectores cuyo interés principal se encuentre en la ética y en la filosofía moral, más que en el Derecho.

Finalmente, en la tercera parte se pasa a tratar en detalle aquellos delitos que, desde mi punto de vista, se consideran los delitos de cuello blanco más importantes, interesantes y problemáticos: falso testimonio, estafa, falsedades documentales o en declaraciones, obstrucción a la justicia, cohecho, extorsión, chantaje, abuso de información privilegiada, evasión fiscal y ciertos tipos de delitos consistentes en el incumplimiento de la regulación administrativa. El objetivo en esta parte consiste en ofrecer una valoración bastante general del contenido moral de tales delitos, prestando atención no sólo a su ilicitud moral, sino también a la lesividad que éstos pueden comportar y a la imputación subjetiva (*mens rea*).

Aunque el contenido y desarrollo de esta tercera parte depende en gran medida del modo en que los delitos de cuello blanco vienen definidos en el Derecho federal estadounidense, la referencia a la legislación penal norteamericana debería verse tan sólo como un punto de partida. Lo que se pretende es lograr, en la medida de lo posible, un entendimiento más universal de los delitos de cuello blanco que se consideran paradigmáticos o, al menos, identificar qué aspectos vienen definidos de forma diferente por los diversos sistemas jurídicos. A tal fin, a menudo se hace referencia a cómo se definen estos delitos fuera de los Estados Unidos, especialmente en el Reino Unido.

Lo que este análisis revelará es que ciertas distinciones sutiles del sistema de Derecho penal propio de la tradición anglosajona son un reflejo de las distinciones igualmente sutiles presentes en nuestro pensamiento moral, y viceversa. En consecuencia, la regulación de los delitos de cuello blanco, que a primera vista puede parecer confusa y sin coherencia interna, a menudo puede ser explicada mediante una reflexión sobre los conceptos morales que subyacen a ella. Y, por idénticos motivos, las distinciones morales manifiestamente incomprensibles que hacemos en nuestra vida corriente pueden, en algunos casos, guardar relación con las distinciones que se hicieron en primer lugar en el contexto del Derecho penal o que están más claramente articuladas por la dogmática penal.

3. LO QUE NO ES ESTE LIBRO

Habiéndonos referido al contenido que pretende abarcarse en el presente libro, conviene también mencionar algunos aspectos que no se van a abordar en las páginas que siguen. En primer lugar, el libro no pretende ofrecer un análisis completo del Derecho penal de los delitos de cuello blanco, ya sea de las normas propiamente legales o de las creadas a partir de resoluciones judiciales; y menos aún se pretende tratar el contexto procesal en cuyo marco tiene lugar el procesamiento y enjuiciamiento de las causas relacionadas con los delitos de cuello blanco. En su lugar se tratan en cambio cuestiones doctrinales intencionalmente seleccionadas, centrándose en aquellos puntos del Derecho que resultan más ilustrativos o problemáticos dentro del marco teórico que se desarrolla en el presente libro.

En segundo lugar, este libro apenas se esfuerza en explicar las causas y efectos sociales, políticos, económicos y psicológicos de los delitos de cuello blanco. Tal ámbito es propio de quienes investigan en el área de las ciencias sociales, que fueron quienes definieron y estudiaron en primer lugar el concepto de delito de cuello blanco⁷. El presente libro tampoco intenta ofrecer un estudio exhaustivo de la reciente epidemia de escándalos relativos a delitos cometidos por grandes empresas ni de los delitos de cuello blanco cometidos por personas individuales, aun cuando utiliza la riqueza que se contiene en los ejemplos que tales casos proporcionan.

Por último, el libro no pretende ofrecer una teoría fundamental de filosofía moral o de Derecho penal. Más bien al contrario, éste es un trabajo de filosofía aplicada, un esfuerzo por someter las normas penales relativas a los delitos de cuello blanco a un proceso de «reconstrucción normativa»⁸. De este modo, el método empleado es sobre todo descriptivo y analítico más que prescriptivo. Aunque trato de sugerir dónde la doctrina referida a los delitos de cuello blanco ha perdido a mi juicio el camino correcto, no propongo una reforma a gran escala, tratando incluso con deferencia los problemas controvertidos que suscita el excesivo recurso a la criminalización. En general, mi objetivo es explicar el contenido moral que, según entiendo, subyace a las normas penales relativas a los delitos de cuello blanco.

⁷ Véase *infra* capítulo I.

⁸ La frase aparece, entre otros trabajos, en Nicola LACEY, «Normative Reconstruction in Socio-Legal Theory», *Social & Legal Studies* 5, 1996, pp. 131 y ss.

CAPÍTULO I

EL SIGNIFICADO DEL DELITO DE CUELLO BLANCO

Actualmente, la expresión «delito de cuello blanco» es una expresión común en nuestro paisaje lingüístico para referirse a una cierta categoría de conductas ilícitas, o por lo menos desviadas. Sociólogos y criminólogos han venido utilizando esta expresión durante más de sesenta años. En la mayoría de las facultades de Derecho norteamericanas se organizan cursos sobre la materia. Periodistas y políticos hacen referencia a la misma con regularidad. Los organismos encargados de aplicar las leyes, los fiscales y los abogados defensores afirman su pericia en dicha materia. Asimismo, el término está siendo utilizado cada vez con mayor frecuencia fuera de los Estados Unidos, tanto en lengua inglesa como en textos traducidos.

A pesar de ello, el significado de la expresión «delito de cuello blanco» es objeto de una profunda controversia, al igual que tantos otros términos abstractos presentes en Derecho, en ciencias sociales y en el discurso filosófico (piénsese por ejemplo, en términos tales como «coacción», «violencia» y «víctima»)¹. Existen definiciones diversas tanto dentro como entre las distintas disciplinas y prácticas lingüísticas. Los académicos que se ocupan de los delitos de cuello blanco han tratado de encontrar, en diversas ocasiones, un significado del término basado en un acuerdo común; otras veces han buscado expresiones sustitutas. Sin embargo, ninguno de dichos esfuerzos ha tenido éxito: las distintas definiciones ofrecidas no han logrado en ningún caso una aceptación general y todas las expresiones alternativas que se han sugerido han demostrado ser inadecuadas. A pesar de su complejidad inherente, en la actualidad la expresión «delito de cuello blanco» se halla tan profundamente integrada en nuestro vocabulario legal y moral, y en la propia vida social, que difícilmente podría dejar de utilizarse. La expresión persiste y prolifera, tanto por la imprecisión en su definición como precisa-

¹ Kip Schlegel ha comparado la controversia sobre el significado de «delito de cuello blanco» con la existente sobre el significado de «privacidad» [«Recalling Status, Power and Respectability (*sic*) in the Study of White-Collar Crimes», en *Proceedings of the Academic Workshop «Definitional Dilemma: Can and Should There be a Universal Definition of White-Collar Crime?»*, Richmond, Virginia, National White-Collar Crime Center, 1996, pp. 98 y ss.].

mente debido a ésta. En conferencias y discursos los ponentes le atribuyen el significado que se corresponda con su propia preocupación analítica o ideológica en la materia. En esta sección quiero tratar algunos de los variados significados aludidos, así como explicar cómo pretendo utilizar la expresión a lo largo del libro.

1. TRES CUESTIONES FUNDAMENTALES A LA HORA DE DEFINIR EL «DELITO DE CUELLO BLANCO»

Una diferencia entre el concepto de «delito de cuello blanco» y otros conceptos controvertidos en Derecho, humanidades y ciencias sociales, es que sus orígenes son fácilmente conocidos y ampliamente reconocidos. El término fue utilizado por primera vez hace tan sólo sesenta y cinco años por el criminólogo estadounidense más influyente de sus tiempos, Edwin Sutherland², en un discurso presidencial ante la Asociación Sociológica de Estados Unidos. Sutherland fue reconocidamente vago e inconsistente al intentar decir exactamente lo que debía significar la expresión. Pero aun cuando hubiera sido preciso y consistente en su uso, es probable que el término hubiera igualmente generado incertidumbre y malos entendidos entre el resto de usuarios. El concepto que Sutherland definió por primera vez es tan intrínsecamente complejo y multifacético que resulta poco probable que una sola definición hubiera podido prevalecer.

La historia de cómo el término «delito de cuello blanco» ha sido utilizado en las ciencias sociales ha sido relatada en repetidas ocasiones³. En lugar de repetir aquí dicha historia, mi intención es centrarme en tres cuestiones críticas que han surgido a lo largo de la lucha sobre el significado del término: 1) ¿debería referirse el término únicamente a actividades delictivas o también a otras formas de «desviación» no penal?; 2) ¿se debería referir a comportamientos (tanto penales como no) realizados exclusiva o primariamente por una particular clase de sujetos, tales como los que ocupan ciertos puestos de trabajo o tienen un alto nivel socioeconómico; o en cambio debería referirse a alguna clase particular de actos?, y 3) asumiendo que

² Edwin H. SUTHERLAND, «White-Collar Criminality», *American Sociological Review*, 5, 1940, pp. 1 y ss., reimpreso en Gilbert GEIS y Robert F. MEIER (eds.), *White-Collar Crime*, Nueva York, Free Press, 1977; véase también Edwin H. SHUTERLAND, *White-Collar Crime: The Uncut Version*, New Haven, Yale University Press, 1983.

³ Véase, por ejemplo, Gilbert GEIS, «White-Collar Crime: What is it?», en Kip SCHLEGEL y David WEISBURD (eds.), *White-Collar Crime Reconsidered*, Boston, Northeastern University Press, 1992, pp. 31-52; David WEISBURD *et al.*, *Crimes of the Middle Classes: White-Collar Offenders in the Federal Courts*, New Haven, Yale University Press, 1991, pp. 3-9; Stanton WHEELER y Dan KAHAN, «White-Collar Crime: History of an Idea», en Joshua DRESSLER (ed.), *Encyclopedia of Crime & Justice*, 2.^a ed., Nueva York, Macmillan, 2002, vol. 4, p. 1672; *Proceedings of the Academic Workshop, Definitional Dilemma: Can and Should There Be a Universal Definition of White-Collar Crime?*, Richmond, Virginia, National White-Collar Crime Center, 1996.

el término debiera referirse a una categoría particular de actos delictivos u otros comportamientos «desviados» (en lugar de a los sujetos), ¿qué factores deberían determinar qué actos serían incluidos?

1.1. Delito frente a desviación

Para los juristas el término «delito» denota una categoría jurídica que refiere una determinada clase de conductas que nuestras instituciones legales reconocen como «criminales o penales». Dichas conductas deben ser definidas de una manera particular, empleando ciertos conceptos característicos como *actus reus* y *mens rea*. Asimismo, deben tener un cierto grado de carácter «público», en el sentido de que son ilícitos que afectan al público en general o atentan contra los valores públicos. Los casos penales, por lo general, son iniciados en nombre del gobierno o del «Pueblo». La cuestión de si un delito ha sido o no cometido debe ser juzgada de manera particular, con distintos sujetos desempeñando sus respectivos roles, empleando determinados procedimientos y cargas de la prueba y reconociendo derechos procesales específicos. Todo ello implica, de igual modo, la existencia de formas particulares de castigo⁴. Para los juristas, por tanto, resulta obvio que cuando se habla de «delito de cuello blanco», se está hablando de una subcategoría de conducta que refleja características propias del Derecho penal.

Este punto resulta menos claro para los científicos sociales. Así, los sociólogos y los criminólogos están más interesados en la descripción de patrones de comportamiento, en las causas de dicho comportamiento y en las respuestas de la sociedad ante éste, que en las etiquetas y categorías jurídicas. Sutherland y muchos de sus colegas sociólogos no consideran el delito de cuello blanco un «delito» en el sentido jurídico del término⁵. Durante la época en que Sutherland escribió muchas de las actividades en las que estaba interesado —incluyendo las restricciones al comercio, violación de patentes, prácticas laborales desleales y adulteración o engaño en el uso de marcas de alimentos y drogas farmacéuticas— no estaban sujetas a sanciones penales o, si lo estaban, raramente se perseguían por vía penal. En efecto, éste era precisamente el punto defendido por Sutherland: muchas de las conductas que son tanto o más dañosas o ilícitas que aquellas tradicionalmente consideradas como delictivas están sujetas a una amplia gama de procedimientos y sanciones que difieren de las utilizadas para la delincuencia tradicional (quedando asimismo por lo general excluidas de las estadísticas oficiales).

⁴ Cfr. Antony DUFF, «Theories of Criminal Law», in Edward N. ZALTA (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/entries/criminal-law/> (última visita el 22 de agosto de 2005).

⁵ Sutherland reconoce este punto en su ensayo, «Is “White-Collar Crime” Crime?», *American Sociological Review*, 10, 1945, pp. 132 y ss.