

Crímenes excelentes

**Delitos de cuello blanco, crimen organizado
y corrupción**

Julio E. S. Virgolini

Colección Tesis Doctoral

2

Directores

**Edmundo S. Hendler
Ignacio F. Tedesco**

Tesis doctoral:

Los delitos de cuello blanco: inmunidades y exclusión del derecho en la construcción del problema criminal

Autor: Julio E. S. VIRGOLINI.

Director: E. Raúl ZAFFARONI.

Tribunal: David BAIGÚN, Edmundo S. HENDLER y Daniel R. PASTOR.

Grado obtenido: Doctor de la Universidad de Buenos Aires.

Calificación: Sobresaliente por unanimidad. -

17 de septiembre del 2003 - Universidad de Buenos Aires.



© 2004 Editores del Puerto s.r.l.

Paraná 341 - 8° C

(1017) Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Telefax (54-11) 4372-8969/4375-4209

www.editoresdelpuerto.com

delpuerto@editoresdelpuerto.com

Diseño de tapa: Diego GRINBAUM

Maqueta de interior: Adriana ORLANDO

Impreso en mayo del 2004 en

IMPRESIONES SUDAMÉRICA.

Andrés Ferreryra 3767.

Tirada: 1.000 ejemplares

ISBN 987-9120-62-0

Hecho el depósito de ley 11.723

Impreso en Argentina

Virgolini, Julio E. S.

Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción - 1ª ed. - Buenos Aires : Editores del Puerto, 2004.

328 p. ; 23x16 cm. - (Tesis doctoral ; 2)

ISBN 987-9120-62-0

1. Derecho Penal. I. Título
CDD 345.02

A mis hijos Martín, Luciana y Lola.

Índice

Informe sobre la tesis

por David Baigún I

Prólogo XIII

Capítulo I. Introducción

El planteo general de la investigación

1. El estatuto de la criminología	1
2. Intersecciones y ambigüedades	5
3. Criminología y política	7

Capítulo II. El delito de cuello blanco

Origen del concepto. La concepción de Sutherland.

Su lugar frente a los desarrollos criminológicos europeos

y su inserción en la tradición sociológica estadounidense.

La sociología de la desviación

1. El concepto	9
2. Su lugar en la criminología	12
2. 1. La criminología como ciencia de las causas	12
2. 2. Las visiones sociológicas de la criminología	17
2. 3. El concepto de desviación	23
2. 4. Las consecuencias teóricas del concepto de desviación	26
2. 4. 1. El rigor de la explicación causal	26
2. 4. 2. El desviado como objeto	28
2. 4. 3. Los sentimientos del criminólogo	29
2. 4. 4. La ecuación entre la pobreza, la enfermedad y el crimen	32
2. 4. 5. La homogeneidad social	34

2. 4. 6. El aprendizaje de la desviación	36
2. 4. 7. Los procesos de criminalización	38

Capítulo III. La teoría del delito de cuello blanco

La investigación de Sutherland y la identificación del campo empírico. Delito de cuello blanco. Su carácter delictivo. Tentativas de definición, denominación y delimitación del campo empírico. *Respectable crime*. Delito ocupacional. Delito económico. Delito de las corporaciones. El problema de la etiología

1. La investigación de Edwin Sutherland	43
1. 1. La delimitación de un nuevo campo empírico	43
1. 2. La definición y sus notas distintivas respecto de la criminalidad convencional	46
2. ¿Es un delito el delito de cuello blanco?	49
2. 1. La tesis positiva de Sutherland	49
2. 2. Las tesis negativas de Tappan y Burgess	54
2. 3. El delito de cuello blanco como transgresión de la ley	57
2. 4. El límite legal en la definición del delito de cuello blanco	60
3. Las denominaciones	67
3. 1. El problema de las denominaciones	67
3. 2. El delito ocupacional	68
3. 3. El <i>respectable crime</i>	73
3. 4. Ni ocupacional ni respetable	77
3. 5. El delito corporativo y las visiones de la organización criminal	78
3. 6. El delito de cuello blanco como criminalidad económica	84
3. 6. 1. Una visión ortodoxa	85
3. 6. 2. Una visión crítica	89
4. El problema de la etiología	94

Capítulo IV. El problema de las inmunidades

La inmunidad como dato fenomenológico. La inmunidad como dato definitorio. La dimensión social de la inmunidad. El límite de la ley. La construcción del problema criminal. El problema del orden económico

1. El problema de las trabas de la represión	105
--	-----

1. 1. La tendencia a escapar de la persecución penal ...	105
1. 2. El problema en la criminalización secundaria	106
1. 3. El problema en la criminalización primaria - I ...	109
1. 4. El derecho penal económico	115
1. 5. El problema en la criminalización primaria - II ...	119
1. 5. 1. La erosión de los principios de garantía del derecho penal liberal	120
1. 5. 2. La penalización de las personas jurídicas ..	126
1. 5. 3. La debilidad de las sanciones	136
2. De la impunidad a la inmunidad	139
2. 1. La construcción histórica de la cuestión criminal ..	139
2. 1. 1. El sesgo social	143
2. 1. 2. El sesgo individual	147
2. 2. El problema metodológico de las inmunidades ...	154
2. 3. Selectividad y excepciones	157
3. El problema del orden económico	164
3. 1. Capitalismo racional e irracional	164
3. 2. La insuficiencia de los esquemas explicativos dicotómicos	171
3. 3. El problema de la definición/inmunidad	174
3. 4. El referente material de la definición y el problema de la ley	177

Capítulo V. El crimen organizado

Su relación con el delito de cuello blanco. La definición y la delimitación del campo. La dimensión política de la desviación. El crimen organizado y el derecho: el abatimiento de la ley

1. El crimen organizado	187
1. 1. Crimen organizado, crimen convencional y delito de cuello blanco	187
1. 2. El concepto ortodoxo de crimen organizado	189
1. 3. El impacto metodológico de las diferencias subjetivas	197
1. 4. Semejanzas, proximidades e identidades	202
1. 5. El crimen como empresa	207
1. 6. Definir lo indefinible, delimitar lo que no tiene límites	217
2. El crimen organizado y el derecho	220

2. 1. Una explicación de base subjetiva	220
2. 2. Las dimensiones jurídica y política de la desviación	224
2. 3. Legalidades y crimen organizado	229
2. 4. Confusión y excepción: la diferenciación imposible	234

Capítulo VI. La corrupción

Su relación con el delito de cuello blanco y el crimen organizado. Visiones instrumentales y políticas. Los daños de la corrupción. Su impacto en el derecho y en la concepción de la ciudadanía

1. Las visiones instrumentales de la corrupción	239
2. La visión política de la corrupción	245
3. Corrupción y mercado	247
4. Corrupción y análisis funcional	250
5. Los daños de la corrupción	254
6. Público y privado: la privatización de la ley	258

Capítulo VII. Derecho, política y criminología

La exclusión de la ley y la ciudadanía. El problema de la legitimidad y la criminología

1. Ley y ciudadanía	265
1. 1. La presencia de la ley	265
1. 2. La exclusión de la ley	267
2. Política y criminología	270
2. 1. Una doble contradicción	270
2. 2. El desplazamiento del problema de la legitimidad	272
2. 3. Los presupuestos empíricos de la legitimidad	273
2. 4. La crisis de legitimidad política	277
2. 5. Una criminología olvidada de las determinaciones de la política	278

Bibliografía	283
---------------------------	-----

Informe sobre la Tesis*

por David Baigún

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. con el fin de señalar los méritos relevantes de esta tesis, que justifican sobradamente el derecho de su autor a defenderla ante el jurado designado.

Debo destacar, como primer reflexión, que la obra, bajo el epígrafe de *Delitos de cuello blanco*, supera holgadamente los alcances que parecieran surgir de su denominación; tanto su desarrollo como las conclusiones permiten conferirle a esta investigación la calidad de un verdadero ensayo modelo que, por su estructura, puede ser calificado como construcción sustantiva de una nueva vertiente teórica.

En este sentido, los delitos de cuello blanco son la plataforma escogida por el autor para el despliegue de su propuesta tal cual se refleja en el planteo general de la investigación (introducción), aunque fuerza es subrayar que VIRGOLINI no destaca suficientemente esa circunstancia, énfasis que, sin duda, hubiera ayudado a la mejor comprensión de la obra.

La idea de que estamos frente a una propuesta teórica aparece claramente en las primeras páginas cuando afirma que el principal propósito de su trabajo será el de establecer las repercusiones que el terreno poblado por formas de delincuencia, como el crimen de cuello blanco y la delincuencia organizada –diversas pero homólogas– tiene sobre el cuerpo de conocimientos académicamente aceptados de la criminología y también sobre la condiciones y alcances de la ley, entendido este término como

* Dictamen presentado al Prof. Dr. Miguel Ángel CIURO CALDANI, Director del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 28 de agosto del 2003.

vínculo de unión de los ciudadanos. Congruente con esta formulación, VIRGOLINI organiza su obra en varias etapas, naturalmente vinculadas entre sí; en las tres primeras focaliza su atención en el delito de cuello blanco, el crimen organizado y la corrupción y, en la última, pone el énfasis en el concepto de ley, no en el sentido formal, sino como expresión del Estado de derecho, como ley general. En el análisis del nexo entre los fenómenos empíricos y la ley, en una versión cualitativamente diferente de la que se suministran otros autores reside, en mi entender, el atributo más destacable de su tarea, sólo posible gracias al excelente tratamiento previo de los fenómenos empíricos. Si metodológicamente constituye una puesta a prueba de su diseño, desde una propuesta epistemológica, es todo un acierto si acordamos que una conclusión merece la calificación de sólida sólo cuando sus apoyaturas son autosuficientes y coetáneamente exhiben capacidad potencial para interrelacionarse.

Son muchas las obras destinadas a estudiar el pensamiento de SUTHERLAND; VIRGOLINI, sin duda, engrosa la lista pero la detección de algunos perfiles, hasta ahora poco estudiados y las reflexiones críticas acompañadas de notas creativas, justifican que me detenga en este punto. Y aquí, me parece necesario señalar que VIRGOLINI no sólo incursiona en el sentido intrínseco del pensamiento del criminólogo estadounidense, sino que utiliza su obra como una base confrontativa para recorrer las corrientes de la sociología y de la criminología, empeñadas en examinar la delincuencia como un fenómeno patológico ceñido a la relación causa-efecto. No es mi propósito mencionar cada una de las escuelas que VIRGOLINI resume con trazos simples y comprensibles, pero me creo en la obligación de puntualizar que haber asumido esta tarea es, además, una demostración palpable de un manejo casi exhaustivo de la bibliografía existente, con el agregado nada subestimable de que, en cada una de las citas, excogita el núcleo de la proposición.

Dije al comienzo del párrafo anterior que el análisis del texto de SUTHERLAND está lejos de ser una interpretación talmúdica. VIRGOLINI subraya como perfil relevante la ausencia en el pensamiento de SUTHERLAND de una diferenciación esencial entre los delitos de la clase baja y los delitos de cuello blanco, distinción que no pocos comentaristas le asignan a SUTHERLAND; es más, VIRGOLINI transcribe un apartado del libro principal del criminólogo estadounidense donde califica de accidentales los puntos de vista que separan ambas modalidades de la delincuencia y

donde pone el acento en la forma que se aplican las leyes penales. La transcripción es valiosa, no sólo porque resume una de las ideas principales de SUTHERLAND, sino porque anticipa una de las fuentes que VIRGOLINI aprovechará para su formulación teórica sobre el papel que juega la ley en su ámbito de relación con los fenómenos empíricos, perspectiva que extrae también al hacer inteligentes consideraciones sobre el límite legal de la definición de delitos de cuello blanco, en las cuales subraya que el problema de la presencia, naturaleza y el modo en que la ley es aplicada, es "absolutamente pertinente a la definición del campo empírico y su significado" (p. 60).

Es precisamente en este capítulo, donde VIRGOLINI elabora una de las críticas más lúcidas a la afirmación de SUTHERLAND de que la legislación es producto de un fenómeno cultural generado por la influencia de actores sociales; advirtamos que el criminólogo estadounidense describe la influencia como la presión de un grupo influyente que interviene directamente para obtener la protección de valores que le son preciados; el Estado colabora para implementar esa tutela o, dicho de otro modo, acoge la presión. VIRGOLINI, no sin razón, califica de simplificadora esta formulación y, con apoyo de Pierre LASCOUMES, explica que el proceso de formación de la ley constituye un mecanismo complejo, dividido en varias secuencias y caracterizado por la articulación de los intereses y las ideologías de los grupos, su grado de presencia y presión sobre el gobierno, el parlamento y la opinión pública. Con otras palabras, advierte que la ley no es un producto lineal, sujeto a circunstancias concretas que aparecen en el acto de su nacimiento; va más allá, la ley se inserta en una totalidad que encierra, amén de contraposiciones puntuales, las contradicciones de las capas sociales. La nota de interés de esta reflexión es que la ley, que luego le servirá como uno de los referentes de los fenómenos empíricos, no es epílogo de una suerte de concurrencia temporal de factores individualizados, sino reflejo de un conflicto social, preñado de intereses en pugna y esta construcción de la ley, obviamente, es trasladable al campo penal donde, junto a la aparición de la tutela, se gesta el gran vacío, hábitat natural de las inmunidades. La digresión sobre este punto, junto con la aparición de la política, es uno de los rasgos que alzapriman el valor de la obra, en este tramo precedida por el examen del delito de cuello blanco como sinónimo de criminalidad económica.

No es mi pretensión describir en este informe cada uno de los contenidos de la tesis; me parece, sí, necesario referirme a

los aciertos que, como dije, no son pocos. Uno de ellos, sin duda, es la formulación de que el delito de cuello blanco, entendido como sinónimo de delincuencia económica, pertenece a un sistema condicionado por la forma en que se ha construido la cuestión criminal. Si esta cosmovisión es cristalina en materia de delitos convencionales, no aparece tan visible en la delincuencia económica y es aquí donde VIRGOLINI aporta sus notas sobre las características que exhibe la construcción de la cuestión criminal —el sesgo social y el sesgo individualista en la práctica del castigo— que muestran bien el por qué de la elaboración de un derecho penal, custodio de la sensibilidad de los grupos hegemónicos (lesión de intereses económicos) y la razón de su esquelético o nulo desarrollo cuando se trata de las prácticas ilegales del mercado.

Pero no es sólo este proceso histórico la plataforma de la que nace la inmunidad; para VIRGOLINI hay que sumergirse en el trasfondo político social que explica la construcción de la cuestión criminal, una construcción que parte de la dicotomía orden—desorden y que exhibe el segundo término como determinante del primero; evocando a PASHUKANIS y a SIMONETTI, el delito no surge de la violación de un orden preestablecido sino a la inversa; el comportamiento irregular genera nuestra versión (y visión) del orden, por lo cual el estudio del delito de cuello blanco (económico) es una vía de acceso a la sociedad que lo cobija y no una secuencia de los conflictos que ella anida. La inmunidad se vincula entonces, *prima ratio*, con la construcción del desorden criminal y no con la ruptura del *statu quo* proveniente del orden. Diáfamanamente lo expresa en otro capítulo cuando sostiene que la “acción de los procesos de definición que, de hecho o de derecho, confieren a ciertas relaciones sociales una relativa invulnerabilidad frente al sistema penal, no es sino un resultado de la manera en que se despliegan las relaciones sociales, económicas y políticas, y del modo en que se ordenan jerárquicamente en función de los intereses y de los valores sociales” (p. 177).

No se detienen aquí los aciertos del trabajo. Después de analizar la clásica división weberiana de capital como inteligencia colectiva y capital como anarquía, que PAVARINI desarrolla brillantemente, VIRGOLINI, resume la categoría de daño social como referente decisivo de la delincuencia económica sin dejar de desconocer que se trata de un remedio valorativo; pero su aporte personal en este terreno va más lejos de este parámetro tan bien

estudiado en los últimos años por José María SIMONETTI; introduce a la ley como uno de los componentes esenciales de las "dinámicas internas al desenvolvimiento de las actividades económicas". Es este el núcleo central de su posición teórica, a la cual me voy a referir más adelante, pero me parece obligado remarcarlo aquí porque, sin desautorizar la mirada de WEBER, mejorada por PAVARINI, el esquema resulta insuficiente para caracterizar los perfiles determinantes de la delincuencia económica en cuanto a su diferencia con los que exhibe el delito convencional.

Y en este proceso dirigido a aquel objetivo, VIRGOLINI considera un paso necesario desentrañar dos tipologías naturalmente emparentadas con el delito de cuello blanco: el denominado crimen organizado y la corrupción. ¿Y por qué vale la pena detenerse en este punto? Sencillamente porque ambas cuestiones aparecen en el escenario contemporáneo como signos emblemáticos de la conformación económico-social moderna, como puntos clave de su actual configuración.

Tal vez sean las páginas sobre el crimen organizado las más lúcidas del trabajo: no sólo por su precisión en ubicar su origen histórico en las agencias de seguridad estadounidenses sino, también, por desentrañar su artificial naturaleza, construida a partir de una "suerte de conspiración secreta" (p. 191) organizada para operar "fuera del control del pueblo americano y de su gobierno". VIRGOLINI descabeza cada uno de los rasgos tradicionales que la sociología estadounidense le atribuye al crimen organizado: los que se refieren a su origen, composición, permanencia, sustitución fungible de sus miembros, caracterología, profesionalidad y mimetización con los sectores marginales, en definitiva, los únicos identificables a la hora de definir la nomenclatura. Lo interesante de esta observación es que todos estos datos encajan ajustadamente en las diferentes variantes de la denominada subcultura criminal, enderezada más a la distinción entre delincuencia de cuello blanco y crimen organizado que a examinar su anatomía real. Y es que la afirmación de la subcultura permite, sin mayores esfuerzos, desplazar hacia ámbitos diversos la explicación de los delitos cometidos por los directores de las corporaciones, alejarlos de sus posibles parecidos con la delincuencia convencional y, consecuentemente, despojarlos de los componentes de violencia y perversión que facilita, de esta manera, la construcción de un estereotipo de delincuencia más cercana a la rotación de prácticas del mercado y, por ende, con un repulsa menor por parte de la opinión pública.

Pero no es sólo en la crítica donde se destaca la pluma de VIRGOLINI. Después de apuntar sus cañones contra las corrientes sociológicas que ponen el énfasis en la separación entre delito de cuello blanco y crimen organizado, VIRGOLINI demuestra, con datos extraídos de la realidad, la verdadera naturaleza de las relaciones entre los protagonistas de la delincuencia económica y los que militan en el crimen organizado. La escisión que se pretende se trastrueca en relaciones y entrecruzamientos que demuestran lo contrario. El autor de la tesis lo explica con ejemplos concretos: la apariencia de transacciones que a menudo son empleadas por los delincuentes del sector organizado de la delincuencia profesional para ocultar la naturaleza real de sus negocios, o bien actuando legalmente por un tiempo, para después asestar un golpe aprovechando la imagen que habían creado, o bien penetrando o adquiriendo compañías legítimas para lanzar desde ellas su plan criminal o, ya desde el sector de las empresas legítimas, utilizando la colaboración del grupo organizado para el reciclado de dinero espurio a través de bancos y entidades financieras. Como se advierte, la relación entre los dos universos es recíproca y permite confirmar lo que VIRGOLINI sostiene con contundencia en el desarrollo de esta apartado: la esfumación de límites entre mercado legal y mercado ilegal, entre prácticas legítimas y prácticas ilegítimas con el agregado que en ambas esferas está presente el ingrediente político corruptivo que soborna funcionarios públicos, elimina competidores, se apropia del patrimonio social a través de las privatizaciones y del reforzamiento de los monopolios. No nos debe sorprender, entonces, la afirmación sobre la semejanza de las corporaciones de la economía corriente y las organizaciones criminales y su diferencia, sólo de grado, en el proceso de intervención en la economía legal; como lo repite varias veces, son parte de un mismo *continuum* imposible de dividir, malgrado los ingentes esfuerzos de los sociólogos.

Otro de los méritos de VIRGOLINI, al examinar el concepto de crimen organizado, es demostrar que, epistemológicamente, este concepto no puede ser abordado con el grado de seriedad que requiere la ciencia; por una parte, es imposible trazar una línea de separación entre delincuencia económica y crimen organizado y, por la otra, diferenciar actividades delictivas incluidas en esa categoría, con otras que se ubican en la delincuencia convencional; ¿qué sentido tiene hablar de una nueva entidad que no alcanza, como se ve, una naturaleza genuina? Si la contrapresta-

ción se plantea obligadamente entre crimen organizado y su contrario, no es tan difícil visualizar que son muchos los delitos desorganizados que habitualmente pertenecen a la esfera del crimen organizado y, como contrapartida, existe una cantidad respetable de delitos convencionales que exhiben como característica insoslayable una organización que asegura su ejecución.

Pero si un principio de coherencia impide definir las áreas cubiertas por el crimen organizado, la delincuencia económica y el delito convencional, existe, sin embargo, un componente común a dos de estos sectores que no aparece en el delito convencional; este elemento –dato esencial según VIRGOLINI– es la particular relación con el derecho que el autor de la tesis ya había advertido en el delincuente de cuello blanco y que se identifica con el centro neurálgico de su posición teórica.

Es en este ámbito donde asoma la creatividad del trabajo; VIRGOLINI utiliza dos apoyaturas: de una parte, la reacción de los sujetos frente a los conflictos y, de la otra, la imagen del derecho conformada, no como reflejo directo de las relaciones sociales, sino como resultado de un proceso de construcción social donde la interacción y la comunicación juega un rol preponderante. Como bien lo señala la corriente sociológica que se desarrolla bajo el epígrafe de constructivismo social, “el mundo social no es una realidad que se impone al sujeto y le impone sentidos y formas a su comportamiento; los hombres lo construyen y esa tarea se realiza por lo menos en parte a través de la insistencia en un modo compartido de ver, de valorar y de reaccionar frente a los objetos y frente a los demás, que son los modos con los que damos forma a nuestros vínculos sociales, y con éstos o a través de éstos, a la legalidad que hemos construido” (p. 228).

Pero dentro de esta perspectiva –una legalidad que se construye– VIRGOLINI puntualiza que el desarrollo de este mecanismo no es unívoco ni homogéneo (el agregado es nuestro); subyace una contradicción entre las reglas formales aceptadas y una percepción de esa legalidad formal “como realidad a abatir o derrotar”. Y es esta legalidad formal la que sucumbe ante los fines particulares, en lugar de la clásica obediencia al mandato que las concepciones clásicas conciben como la relación básica ineluctable. La aportación original del autor de la tesis reside en que este cuadro es perfectamente trasladable a la esfera del crimen organizado, que ya no aparece como un producto de la subcultura, sino como parte del enjambre de las relaciones sociales, en el cual, es obvio, se mezclan las acciones de nivel político,

económico y la propia funcionalidad del Estado. Si no he entendido mal el pensamiento de VIRGOLINI, la legalidad derrotada por las apetencias particulares es la misma que la que habita el crimen organizado con la diferencia, vale la pena subrayarlo, que en este ámbito confluyen otras notas especiales, como la clandestinidad o el sigilo que integran el código alternativo de los comportamientos realizados con desconocimiento de la ley.

Me parece relevante, dentro de esta perspectiva, recalcar que la relación con la ley es denominador común en el análisis del fenómeno de la corrupción; es un capítulo más del vínculo de la tríada (crimen organizado, delito de cuello blanco y corrupción) con la extensión y los alcances de la ley pues los sujetos sociales, "presentes en este fenómeno, no están debajo de la ley (...) sino que se sobreponen al mandato de la legalidad e intentan y consiguen alterarla en algunos de sus aspectos significativos". No puedo dejar de subrayar las finas disquisiciones sobre este punto, en especial las realizadas en torno de la característica más genuina de la corrupción: la confusión de las esferas de lo público y lo privado. Es aquí donde VIRGOLINI plasma algunas sutiles diferencias con el crimen organizado y el delito de cuello blanco al sostener que en este territorio el empleo criminal de la ley no puede ser descripto sólo en términos de su quebramiento; su efecto principal, dice, es el de "convertir a la ley en un recurso de acceso diferencial al bien común pero entendido éste o convertido ya en un bien privado" (p. 259). Y congruentemente con este enfoque, su aserción de que la ley se ha convertido en un "sistema de recursos públicos generadores de beneficios desiguales, que se derraman de modo no público sobre grupos selectos de particulares de una manera contradictoria con la pretensión de generalidad e impersonalidad de la ley que los regula; es, en definitiva, el famoso problema de la privatización y la transmutación de los intereses públicos en privados, cuando la ley ha sido creada, precisamente, para demostrar lo contrario.

El análisis de las distintas modalidades de la criminalidad en su relación con el derecho, tiene su eclosión en un marco más amplio que el abarcado por los fenómenos delincuenciales; VIRGOLINI potencia sus pretensiones y proyecta una posición teórica que va más allá de las elaboraciones de la criminología contemporánea; retomando una formulación de evidente corte "rousoneano" recuerda que el derecho es el único medio que sirve para reconocer y delimitar la libertad y la propiedad, para

“instituir las como las condiciones esenciales de la convivencia entre los hombres”; de aquí la necesidad de su protección jurídica como instrumento imprescindible para neutralizar la violencia. La ley es una consecuencia natural de esta relación, no en sentido formal, sino material, actúa como instrumento político del Estado de derecho y, por consiguiente, debe responder a pautas reconocidas universalmente: debe ser general, igualitaria y propender al bien común; se transforma en precondition (p. 266) para la existencia de un espacio político, dentro del cual pueda expresarse el consenso.

Es indudable que VIRGOLINI parte de una plataforma contractualista –el corte rusoneano mencionado antes–. Prescinde de los valores que median entre las relaciones materiales y la expresión jurídica, pues aun reconociendo el contenido material de la ley, no aborda las contraposiciones de intereses existentes dentro de su interioridad, no invoca las contradicciones externas, las que la ley exhibe en sus relaciones con otras normas jurídicas. La cuestión no es menor, pues tanto la calidad de general como el carácter de igualitaria sólo pueden entenderse si se acepta que el entramado del contenido material no es más que un proceso preñado de intereses contrapuestos; de lo contrario, el esfuerzo teórico de VIRGOLINI desembocaría fatalmente en la legalidad formal, precisamente, uno de los postulados de la tesis que correctamente el autor rechaza desde un comienzo.

Pero, al margen de esta reflexión que nos pareció pertinente, lo importante es su posición teórica respecto del papel que puede jugar la ley en la génesis y clasificación de los conflictos sociales. Si bien el espacio ciudadano es “el espacio instituido por el derecho”, no siempre el derecho está presente en su carácter de mediador. Existen, dice VIRGOLINI, fenómenos que facilitan y promueven la exclusión del derecho; ya hemos señalado a la corrupción como uno de ellos pero el más relevante es, sin duda, la exclusión social que VIRGOLINI define con trazos precisos y a veces, literariamente conmovedores.

La exclusión de la ley no puede definirse sólo con referentes económicos o culturales; son decisivos los políticos pues la región de los apartados significa, con otro lenguaje, la ausencia del Estado que sólo da señales de vida cuando el ordenamiento penal se hace cargo de los excluidos. Tal vez, el mayor mérito de esta descripción resida en descubrir que el vacío que expresa el no derecho en los sectores marginales, es de la misma filiación, que el que se refleja en la corrupción u otros fenómenos delin-

cuenciales promovidos "en torno del Estado como su campo de operaciones" (p. 270). La homología que señala el autor tiene entonces, como denominador común, la exclusión del derecho que no es sólo el escenario más amplio donde actúan los protagonistas sociales sino también el lugar donde éstos se entrelazan; se puede afirmar sin lugar a equívocos -y así lo hace VIRGOLINI- que la corrupción es "generadora directa de las situaciones de exclusión social".

Es importante señalar aquí un aporte de VIRGOLINI relativo a las consecuencias que una tal cosmovisión de la ley ha tenido sobre la criminología. Reducida su mira al ejercicio del poder estatal de castigar, la legitimidad ha sido letra muerta en esta disciplina y, el derecho penal, sólo una instrumentación técnica de un campo específico. Por un lado, separada de la política y, por el otro, ajena a los sistemas punitivos, la criminología concluye por autolimitarse, por convertirse en un circuito cerrado extraño a los componentes valorativos.

Y es aquí, donde VIRGOLINI epiloga su posición teórica, no sólo sosteniendo que la legitimidad no es totalmente valorativa, sino demostrando que sus presupuestos son empíricamente verificables como surge de los modalidades que el ser humano ha conformado para generar una asociación voluntaria con objetivos comunes, entre los cuales está presente, la diagramación del poder y la "forma que ha de asumir la sociedad". La ley es, por consiguiente, una condición insoslayable de la asociación, una pertenencia a la totalidad, donde todos son los incluidos y todos tienen el derecho a la denominación de ciudadanos; es precisamente esta infraestructura la que legitima esa totalidad de derechos como el deber de obediencia.

En el desarrollo de esta posición teórica, el autor de la tesis hace hincapié en dos momentos diferenciados de la legitimidad, emergentes claros de los presupuestos empíricos; en uno ubica la existencia de la ley como único instrumento de las relaciones sociales, como mecanismo que regula la convivencia en una asociación política; en el otro, posterior, aparece la racionalidad del sistema, que puede distorsionarse o apartarse del primero, a partir de su operatividad técnica; es en este tramo donde del derecho degrada la condición de ciudadanos y los transforma en objetos de la arbitrariedad del poder, desplazándolos del campo de la ley a una zona que está fuera de la ley. Sus reflexiones concluyen lógicamente en un aserto visible: la legitimidad política sólo admite relaciones inclusivas a través de la presencia y operatividad de un derecho compartido, sin duda, la contrapartida de la exclusión.

La creatividad del autor de la tesis no se detiene aquí, apunta a demostrar que en la esfera de la exclusión son protagonistas, tanto los comportamientos delincuenciales –del área económica, la corrupción, el crimen organizado–, como los conflictos sociales de grave dañosidad social; para decirlo más certeramente, con palabras de VIRGOLINI, la exclusión de la ley es el elemento común que enlaza esos fenómenos con el agregado de que en ambos resulta patente la negación de la representación sinónimo de ilegitimidad política.

Y en este marco que debe escrutarse el verdadero rol de la criminología, históricamente empeñada en explicar la etiología de conductas definidas por la violencia y sus efectos impactantes en el tejido social. Para VIRGOLINI se abren perspectivas de una cosmovisión distinta, una criminología reflexiva con sus raíces hundidas en la conformación económica social y un discurso sensible a las determinaciones políticas. No obstante los riesgos, en términos tradicionales, de una descategorización disciplinar, la criminología moderna no puede ignorar las bases empíricas –a las que alude en su tesis– ni tampoco desconocer la incidencia de las instancias políticas; un enfoque que es culminación de su esforzada obra de investigación y que, al mismo tiempo, conduce hacia la verdadera naturaleza de los fenómenos criminales que afectan los derechos sociales y económicos. Porque, aunque VIRGOLINI no lo proclame expresamente, este mensaje está presente desde la Introducción hasta la última línea de su elogiabile faena. Claros son, entonces, los méritos de esta tesis, que, sin duda, reúne las condiciones requeridas para ser defendida.

Prólogo

La publicación de este libro es el final de un largo camino que tiene inicio en tiempos casi remotos, en un período de estudios que realicé en la Universidad de Bologna bajo la afectuosa tutoría de Massimo PAVARINI, a la que siguió una todavía lejana investigación que con José María SIMONETTI hicimos para el Conicet a mediados de los años 80, y que luego ampliamos en un libro que el Inacipe de México publicó a fines de esa década, con el título *Del delito de cuello blanco a la economía criminal*.

En ese trabajo, que solo parcialmente y quizá con cierta vergüenza suscribiríamos ahora, intentamos señalar algo que por el momento estaba aún en estado embrionario: nuestra disconformidad con el modo en el que el particular campo empírico de los delitos de cuello blanco venía siendo considerado por la teoría sociológica más general, en un momento en el que, en América Latina, recién iniciaba la preocupación sobre el tema.

Ese desacuerdo se refería a la improductividad de gran parte de los desarrollos corrientes sobre el tema, que se agotaban en discusiones circulares sobre denominaciones y definiciones, tendientes a distinguir ese nuevo campo empírico respecto de los delitos convencionales y a delimitar las numerosas subcategorías en las que los delitos de cuello blanco se subdividieron, en una tarea casi de agrimensura académica. Y con el hecho de que detrás de esa maraña de clasificaciones y variadas fenomenologías siempre se asomaba la sempiterna e irresoluble cuestión de la etiología, reducida aquí a establecer las motivaciones de los actos particulares que constituían el delito de cuello blanco, sin atender suficientemente a sus determinaciones sociales más precisas.

En cambio, el delito de cuello blanco debía tener alguna característica que justificara su invención, entendido como invención el hecho de que, luego de una larga historia en la que la cri-

minología había dedicado y concentrado su atención a los crímenes de los pobres y los vulnerables, se asomaba por primera vez, de una forma influyente y decisiva, el delito de los que no son pobres, ni defectuosos, ni necesitados, ni vulnerables, ni enfermos, ni ignorantes. Y lo hacía de una manera que, de acuerdo a la precisa declaración de objetivos formulada por su inventor, Edwin SUTHERLAND, en el inicio de su obra, estaba destinada a reformar la teoría de la conducta delictiva y a arrojar luz sobre la teoría social general, clarificando el funcionamiento de la sociedad entera.

Efectivamente, las potencialidades del discurso de SUTHERLAND eran reales en ambas direcciones, mas no fueron inicialmente seguidas en toda la amplitud de sus posibilidades por el tipo de discusiones subsecuentes a su formulación original, que por lo general se agotaban en cuestiones fenomenológicas y superficiales. Y corrido el tiempo, esa misma percepción se hizo visible en lo que se refiere a otros campos criminales estrechamente vinculados, que son los del delito organizado y la corrupción, respecto de los cuales los análisis corrientes están fundados más en sus características visibles que en su significación profunda.

Esa inquietud continuó a lo largo del camino que llevó a este trabajo, y permitió esbozar una serie de articulaciones que —más allá de la notoria dificultad de su recíproca distinción— vinculan estos tres fenómenos en una cota más profunda que la de sus dinámicas exteriores y ostensibles. Algunas de las formaciones que subyacen en el nivel de la construcción política de las relaciones sociales permiten arribar a significaciones más profundas y abarcativas, y ellas, de alguna manera, se desplazan por los dos caminos señalados por SUTHERLAND; por un lado el que se dirige a la reforma, o más bien a la crítica, de la teoría de la conducta delictiva o, dicho en otras palabras, del discurso corriente (no solo tradicional o histórico) de la Criminología, y por el otro lado, el que procura una comprensión más incisiva de la configuración de nuestras relaciones sociales y de la construcción del problema criminal, sobre la base de la vinculación de éstas con la política en su sentido más amplio.

Pero esa historia, la de este libro, tiene también otro origen, que se debe quizás a un defecto de la personalidad, a una especie de manía que se manifiesta en una difusa y persistente insatisfacción intelectual. Proviene de la sospecha de que detrás de muchas de las formulaciones académicas habituales hay algo

más, un trasfondo o un nivel que suele permanecer oculto o inexplorado, escondido o inadvertido debajo de la profusión de formulaciones vagas, repetidas o superficiales.

Este defecto tiene tres orígenes reconocibles, representados por las personas que ejercieron la influencia más decisiva sobre mi formación intelectual: Raúl ZAFFARONI, Massimo PAVARINI y José María SIMONETTI.

Tienen los tres la responsabilidad de haberme impulsado a ir siempre por más, a buscar algo que se esconde en las honduras, más en la esencia de las cosas que en sus formas ostensibles, que se encuentra a mayor profundidad y que rechaza los lugares habituales del discurso. No son responsables, ciertamente, de los errores de mi trabajo, pero ha sido por ellos que he podido (tratar de) evitar los lugares comunes de un cada vez más difundido e implacable sedentarismo intelectual.

Hay otra parte del camino de este libro, señalada por el hecho de que su tema y su preocupación centrales constituyeron, durante años, el germen de mi trabajo para el doctorado, que paulatinamente fue formándose y madurando y que desembocó en la tesis doctoral que defendí ante la Universidad de Buenos Aires el 17 de setiembre de 2003. Este libro es esa tesis, y su prólogo es el completo y cuidadoso dictamen del profesor David BAIGÚN, que junto a Edmundo HENDLER y Daniel PASTOR fueron los jurados que la examinaron benévola y la calificaron.

En ese camino hubo varias presencias que contribuyeron a la maduración del tema y a la preparación del libro. Muchas de las preocupaciones inaugurales fueron provechosa e insustituíblemente discutidas aquí y en Italia con Massimo PAVARINI, quien con una generosidad incomparable compartió conmigo la vitalidad de su intelecto, amén de su hermosa amistad. Algunas visiones de orden político y filosófico fueron el contenido de inolvidables conversaciones con Luigi FERRAJOLI. Más cercano y cotidiano, aunque no menos profundo, fue el decisivo aporte proporcionado por las reflexiones y los intercambios con José María SIMONETTI. Raúl ZAFFARONI me formuló precisas observaciones, no sólo como director de la tesis sino en función de la larga relación académica y la vieja amistad que nos une. Alejandro SLOKAR leyó los manuscritos (todavía los llamamos así, aunque sean hechos por computadora) y a él debo valiosas sugerencias y el hallazgo de algunos materiales. A todo ello se suma el fructífero contacto académico y el fraternal apoyo que con enorme generosidad me brindaron mis amigos de la escuela de Bologna,

Filippo SGUBBI, Gaetano INSOLERA, Nicola MAZZACUVA, Marco ZANOTTI y Luigi STORTONI, entre otros. Un lugar especial tienen sin duda las siempre vivas y exactas enseñanzas de Alessandro BARATTA, cuya dimensión humana y rigor intelectual son de permanente inspiración; y aquí debo anotar también las encendidas y apasionadas discusiones mantenidas con Louk HULSMAN. De manera particular, debo expresar mi agradecimiento al Istituto Giuridico Antonio Cicu, de la Università degli Studi di Bologna, que me abrió sus puertas y en cuya biblioteca, donde recogí gran parte del material empleado en esta investigación, pasé largas jornadas de estudio; fue en la intimidad de esos salones donde comencé a dar forma a mis ideas iniciales y me animé a expresarlas a quien se perfiló como el primer testigo de esos esfuerzos, Engracia QUEROL. Debo agradecer sin duda la rápida y eficaz recolección de antecedentes sobre algunos temas específicos que generosamente hizo Claudia RODRÍGUEZ RANDISI. Mariano SILVESTRONI me aclaró algunos aspectos importantes desde el campo de la dogmática y Salvador RUGGIERI desde su conocimiento profesional y académico del campo empírico sobre el que la tesis incursionaba. Los miembros de mi cátedra, entre los que se destaca Javier BUJÁN, me alentaron y me ayudaron de varias maneras, tal como lo hizo Adrián MALONEAY desde mi estudio profesional, y tal como también lo recibí con gran generosidad desde los Departamentos de Derecho Penal y de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Es por otra parte imposible presentar la lista de todos los que de una manera u otra ayudaron y alentaron este trabajo, a lo largo de todos estos años, y pido disculpas por los inevitables olvidos.

Y hay quienes no pueden olvidarse: son los que además de haberme brindado su aliento incondicional también resignaron parte de su tiempo conmigo para permitirme una mayor dedicación a la lectura y la escritura, y por ello, por lo que significó su apoyo y su compañía a lo largo de mi agitada vida, debo agradecer a Elena y a Alejandra. Sin duda, también mis hijos Martín, Luciana y Lola, a quienes dedico este trabajo, aportaron una cuota incommensurable de amor y de paciencia.

Buenos Aires, febrero del 2004.

Capítulo I

Introducción

El planteo general de la investigación

1. El estatuto de la criminología

El tema de la presente investigación gira en torno a un campo empírico que pone singulares dificultades al cuerpo tradicional de conocimientos de la criminología, pero no sólo en cuanto excede su bagaje cultural y científico o representa una innovación respecto de los objetos tradicionalmente estudiados por la disciplina desde su fundación. En particular, los nuevos territorios sobre los que este trabajo se desarrollará tienen la virtualidad de poner en cuestión la imagen de sí misma que la criminología tiene como disciplina, al potenciar la crisis que había comenzado a anidar en el seno de su propio discurso desde la introducción de los primitivos elementos sociológicos al análisis del crimen; al hacerlo pone de relieve los componentes políticos que habían quedado oscurecidos por la índole y la dirección impresa a su discurso tradicional.

Es posible comenzar a delinear ese campo empírico a partir de la primitiva invención del concepto de delito de cuello blanco y del variado despliegue teórico que le siguió, pero no es posible completarlo sin introducirse en el análisis del crimen organizado. Aunque ambos conceptos han dado origen a desarrollos teóricos en el ámbito de la criminología que, por lo general y salvo algunas excepciones¹, se han desenvuelto de manera separada, la vinculación entre ambos es tan manifiesta y significativa que debe ponerse en cuestión que correspondan a dos campos empíricos independientes o claramente distinguibles, salvo en cuestiones exteriores de menor importancia. A este cuadro

¹ Ver RUGGIERO, Vincenzo, *Economie sporche*, Ed. Bollati Boringhieri, Torino, 1996, Prefacio y caps. 1 y 2.

debe agregarse un componente que tiene una relación indestructible con ambos conceptos y que se les superpone o los acompaña casi invariablemente, que es el que de manera corriente se denomina corrupción política o ilegalidad del poder.

Todos ellos constituyen una materia cuya ubicación en el seno de la realidad ocupa un espacio ciertamente distinguible de la llamada criminalidad convencional, pero en cambio no son claramente distinguibles entre ellos como si constituyeran campos independientes con fronteras netas y definidas, pues cada uno comparte características y trazos fenomenológicos de los demás y, más importante que ello, en general ejercen la misma u homóloga influencia sobre la vigencia de la ley y del Estado de derecho.

El objetivo de este trabajo no es por lo tanto el de desarrollar los parámetros de las recíprocas diferencias entre esos conceptos, con el objeto de delimitar convencionalmente los espacios ocupados por cada uno, lo que ya ha sido hecho bajo una visión estrictamente fenomenológica y, en nuestra opinión, de manera improductiva. Aunque no podrá evitarse del todo el examen de las cuestiones que presenta el problema de la delimitación conceptual y empírica, el objetivo principal de este trabajo será procurar establecer las repercusiones que este terreno poblado por formas diversas pero homólogas de criminalidad tiene sobre el cuerpo de conocimientos académicamente aceptado de la criminología y su propio estatuto epistemológico, y sobre las condiciones generales de la vigencia y del alcance de la ley como vínculo de unión de los ciudadanos.

Aunque los elementos de los que parte el análisis se refieren de manera específica a los conceptos de delito de cuello blanco y del crimen organizado, habida cuenta la íntima vinculación que ellos tienen con el fenómeno de la corrupción, debe tenerse en cuenta que las características apuntadas respecto de los dos primeros suelen ser –salvo que se advierta lo contrario– por lo menos parcialmente aplicables al último.

Hay por lo menos dos formas posibles de encarar el estudio de estos temas.

Uno de ellos es el descubrimiento y la apertura de un campo empírico particular, fácticamente alejado o por lo menos distinguible (pero no desvinculado) del que ha sido tradicionalmente el objeto de los estudios de la criminología o de la sociología de la desviación –constituido por la llamada criminalidad convencional–, pero cuyo desarrollo teórico se sujeta en general a las mismas reglas ordenadoras que prescriben a la dis-

ciplina un cierto rol instrumental respecto de las necesidades de control social que son señaladas desde la esfera política. Desde esta perspectiva, cobran importancia la descripción fenomenológica del universo de hechos en estudio (cuáles son su esencia, sus características, sus protagonistas, sus efectos), la determinación de su posible etiología (el proceso de su formación y los factores determinantes), la confección de un programa racionalmente utilizable por los poderes públicos para su prevención y la formulación de reglas jurídicas precisas para su represión.

Ésta es la visión de aquella parte de la criminología que co-mulga con el modelo que ha sido llamado por Adolfo CERETTI de la ingeniería social (*engineering model*)², por el cual el estatus y los objetivos sociales de la disciplina ciertamente se subordinan a las necesidades de acción social y de represión (solución) jurídico-penal identificadas o sancionadas por los órganos del Estado, para los cuales debe proporcionar información, datos o programas inmediatamente aprovechables para la formulación o la ejecución de las políticas públicas.

Por otro lado se encuentra la visión de aquella otra parte de la criminología que está comprometida con alcanzar la comprensión de la complejidad que encierran los fenómenos que se encaran, independientemente de su aprovechamiento inmediato por parte de los poderes estatales bajo la forma de programas públicos operativos³.

Esta visión parte de la convicción de que los fenómenos sociales, en particular aquellos que se perciben como problemas, son de una especial complejidad en tanto conforman una unidad en cuya construcción intervienen factores de distintos orígenes y con diversos modos de articulación histórica, material y simbólica. En esta perspectiva, la insistencia en la comprensión de un fenómeno, que requiere dar cuenta de todas las variables que han intervenido en su construcción histórica y en su percepción como tal, suele enfrentarse a las tácticas inmediatas ten-

² CERETTI, Adolfo, *L'orizzonte artificiale*, Cedam, Padova, 1992, ps. 4 y ss.; cfme. en general GARLAND, David y SPARKS, Richard, *Criminology, social theory and the challenge of our times*, en "The British Journal of Criminology", vol. 40, n° 2, Oxford University Press, primavera 2000, ps. 191 y 194.

³ Se trata del denominado modelo iluminista (*enlightenment model*), en cuanto dirigido más a la comprensión (iluminación) profunda de los fenómenos, que a la solución inmediata de problemas concretos; ver CERETTI, *L'orizzonte artificiale*, cit., p. 6.

dientes a su modificación, reducción o control técnicos, que generalmente requieren reducir la complejidad de su objetivo; lo que de ordinario se hace en función de la limitación de los medios técnicos con los que se cuenta; así, una práctica operativa suele partir de una concepción simplificadora y reduccionista del campo sobre el que debe actuar, y debe por fuerza de su rol social limitar los aspectos del problema a sólo aquellos que son relevantes en función de sus objetivos prácticos⁴.

Ello no quiere decir que un esfuerzo de comprensión integral de los problemas sea ineficaz para proveer a su solución –si es que la tiene– o que revista un interés limitado a la academia, sino que en todo caso la orientación de la acción social aportada por una disciplina de base empírica debe pasar por mediaciones más complejas.

Es en ese último sentido que el vasto y complejo territorio ocupado por los delitos de cuello blanco, el crimen organizado y la corrupción llegan a constituir uno de los capítulos más interesantes y sugerentes de la criminología en particular y de las ciencias sociales en general: aquí el interés no reside sólo en la particular fenomenología o anecdotario de este complejo campo empírico, sino en el hecho de que, al poner al crimen en contacto íntimo con la política y con la economía, se ponen de manifiesto las complejas relaciones, articulaciones y sobreposiciones existentes entre esos términos.

De esta manera, la intersección entre crimen y política, o entre crimen y orden social, pone en crisis el estatuto epistemo-

⁴ Se trata de la diferencia de enfoque y por lo tanto de contenido existente entre la llamada criminología administrativa, dirigida a resolver aspectos prácticos con la mayor premura y sencillez, y una criminología tendiente a comprender el fenómeno del crimen en toda su dimensión, lo que significa en todas sus dimensiones. Con mucha claridad, Vincenzo RUGGIERO lo ha expresado de esta manera: "La mayor ambición de todo criminólogo administrativo es, en mi opinión, el aprestar unos 'primeros auxilios criminológicos', con capacidad para intervenir a modo de 'volante' en las situaciones problemáticas y, milagrosamente, resolverlas. Un enfoque estrechamente enderezado a 'resolver el problema del crimen' puede sin embargo obstaculizar la comprensión del crimen mismo. Y entonces, si para Max Weber los eventos de algunos siglos atrás eran todavía relevantes para la comprensión de su sociedad contemporánea, para la sociología y la criminología administrativa el 'ayer' es ya irrelevante: el 'socorro' es necesario obtenerlo 'ahora'" (RUGGIERO, Vincenzo, *Quando la criminologia evade il reale: una critica del realismo criminologico*, en "Dei Delitti e Delle Pene", n° 1/92, Ed. Gruppo Abele, Torino, 1992, p. 109).

lógico de la criminología, que había estado fundado en una serie de premisas fundacionales de raíz ontológica cuyo presupuesto básico era la posibilidad de distinguir, como dos esferas cuyas líneas de separación eran netas y obedecían a un orden natural de las cosas, el orden social de la transgresión a este orden, o sea el crimen; y para ello el crimen convencional suministraba el campo más adecuado para esta necesidad de separar lo bueno de lo malo, lo normal de lo anormal.

Aunque el conjunto de las premisas fundacionales de la criminología⁵ fue lentamente disolviéndose por imperio de su propio desarrollo entre fines del siglo XIX y los años 60 del siglo XX, fue el descubrimiento de estos territorios no convencionales el que asestó el embate más significativo al estatuto de una disciplina cuya razón histórica estribaba en la necesidad de separar ambos términos o en oscurecer su vinculación, y ello revela su esencial ambigüedad.

De allí el innegable potencial movilizador que estos análisis ejercen sobre el cuerpo asentado de los conocimientos y las teorías que constituyen el *mainstream* de la criminología, carente de un bagaje metodológico adecuado para la explicación profunda de estos fenómenos, o expuesta al riesgo de su disolución en saberes ajenos si lo intenta.

2. Intersecciones y ambigüedades

Esta última es la perspectiva que se adoptará en este trabajo, que intentará exponer y analizar críticamente las dos intersecciones que, de manera cronológicamente sucesiva, han logrado conmover el cuerpo histórico de conocimientos de la criminología, anticipando o provocando sus mutaciones más trascendentes.

La primera intersección es la marcada por la conjunción entre clase alta y criminalidad, señalada por Edwin SUTHERLAND con su teoría del delito de cuello blanco, que marca la relación entre esferas que nunca habían aparecido vinculadas en los análisis criminológicos. Esta vinculación tiene el mérito de haber contestado de una manera irreversible la tradicional ecuación entre clase baja y criminalidad y las asunciones científicas basadas en esa ecuación, que habían demarcado el terreno sobre el

⁵ La composición de este conjunto y las líneas de su paulatina disolución se examinarán brevemente en el curso de este trabajo.

cual se había construido y desarrollado la Criminología hasta ese momento.

La segunda es la articulación entre el crimen por una parte y la política y la economía por la otra, ya insinuada por la temática del delito de cuello blanco, pero que revelan con mayor precisión los análisis sobre el crimen organizado en general y sobre la corrupción en particular. Ambas descubren la ambigüedad epistemológica de la criminología y tienen profundas resonancias sobre la concepción ortodoxa del orden social y la política, generalmente consideradas como si fueran esferas esencialmente opuestas y conceptualmente distinguibles de las formas nuevas de transgresión que las atacan.

Aunque el análisis tendrá su punto de partida en la teoría del delito de cuello blanco, se entenderá que este tipo de conducta forma simplemente un *continuum* con otros tipos de manifestaciones criminales, tanto hacia abajo como hacia arriba, y que la clave de interpretación más respetuosa de su singularidad es la que tiene en cuenta el dato que paradójicamente refuerza la dificultad de su aprehensión, que es su ambigua relación con el derecho.

En efecto, son ambiguas las fronteras entre las actividades de la economía legal con la ilegal, o con las formas ilegales de hacer economía, que son características de la primitiva noción de delito de cuello blanco, y también con la pequeña y difusa criminalidad de las clases medias. La imprecisión se manifiesta de la misma manera si se trata de distinguir el tradicional delito económico o de las corporaciones, que había llegado a constituir el cuerpo principal del delito de cuello blanco por oposición a la criminalidad convencional (y, eventualmente, a la criminalidad no violenta de la clase media), de las variantes más ostensiblemente criminales del crimen organizado, en cuanto son evidentes las relaciones simbióticas entre ambos mundos, en articulaciones que corren en ambos sentidos y en maneras diversas.

Es precisamente en este sector en el que se encuentra con más claridad la relación que liga a muchas de estas actividades, difusamente mimetizadas con la legalidad, con las relaciones políticas y económicas dominantes. Aquí la relación con el poder desnuda su importancia fundamental, siempre que se entienda por éste no sólo el que despliegan los núcleos políticos y económicos reales, que se manifiestan de una manera informal o difusa y están sujetos a una constante dinámica de transfor-

mación, sino de manera específica el poder formal del Estado expresado a través de las normas constitucionales y legales y por medio de los distintos discursos de justificación de sus políticas específicas, entre las cuales la criminología ocupa una parte importante.

Pero si son ambiguas las relaciones existentes entre los fenómenos que aquí se examinarán con la legalidad y la política, también lo son las relaciones que se establecen entre sus protagonistas y el derecho, radicalmente distintas de las que vinculan a los criminales comunes, que se encuentran debajo o sometidos a la ley, aunque la quebranten ocasional o sistemáticamente.

Esta relación se constituye en una clave indispensable para comprender el campo empírico que ha señalado la base de este trabajo, y a la vez para establecer el rol social de una criminología cuyo desarrollo no puede ser entendido como si fuera independiente de aquella relación con la política.

Me refiero aquí, por una parte, a la esencial ambigüedad sobre lo que es lícito o ilícito, legítimo o ilegítimo, prohibido o recomendable, en los modos socialmente aceptados o jurídicamente sancionados de hacer política o economía. Es que la línea que separa ambos mundos es, además de sumamente delgada, siempre cambiante.

Y, por la otra, me refiero a que llegado a este punto se difuminan de la misma manera los contornos epistemológicos de la disciplina, que pasa a abordar campos propios de otros órdenes del saber, que se articulan en el punto preciso en el que estos campos empíricos intentan definirse.

3. Criminología y política

Esta tesis nace en el terreno meticulosamente rotulado y abonado por la criminología y el derecho penal. Pero es una tesis sobre ciencias sociales y, en parte, sobre política.

Tiene como objeto explorar las formas de aparición y de expresión de una gama particular de delitos, representada por (pero no sólo) por el delito de cuello blanco, y los modos de su relación con la ley. Para ello tiene dos alternativas posibles.

Una es la que toma como punto de partida el objeto propio de una visión ortodoxa de la criminología, que se despliega sobre el crimen y sus similares y establece todas sus posibles determinaciones y consecuencias en el marco de una relación fija entre el crimen y la ley (formal o no), que se expresa (se imprime) sobre todo en la transgresión de esta última. En esta visión

se explica y justifica la íntima vinculación y la ambivalente dependencia de la criminología con el derecho penal, con el que está irreversiblemente asociada.

En cambio, la visión de esta tesis nada tiene de ortodoxa ni expresa complacencia alguna con los límites epistemológicos habituales de la criminología que, al fin y al cabo, no es más que un particular cruce de caminos en las ciencias sociales.

Desde una presentación, que pretende ser explicativa pero no exhaustiva, de los puntos decisivos de la teoría del delito de cuello blanco y de otros fenómenos comparables, superpuestos o vinculados, se intentará exponer el tipo de relaciones que ellos mantienen con la legalidad, entendida como el modo estable en el que se ha estructurado el conjunto de las diversas relaciones (sociales, económicas y políticas) en una sociedad.

Pero aquí esa relación no podrá limitarse a la infracción de la ley y a las consecuencias propias de la transgresión, sino que se expresará a través de los modos en que los particulares campos empíricos de esta tesis sobre el crimen influyen o condicionan la construcción y el desenvolvimiento de esa trama de relaciones sociales, tal como ésta se ha configurado y cotidianamente se despliega.

Desde esta perspectiva, puedo sospechar que las relaciones más significativas y mejor expresivas de la esencia, y no de los accidentes, de la criminología se establecen entre ésta y la ciencia política y el derecho de la constitución. En el curso de esta tesis procuraré fundamentar, en lo posible, esas sospechas.

Es evidente que un planteo de esta índole podría recorrer otros itinerarios paralelos, iniciados en puntos diversos del universo social, pero que en definitiva se relacionan estrechamente con el tema preciso de esta tesis, en tanto éste se vincula a los modos en los que una sociedad establece sus reglas y sus modos de convivencia, que es el objeto de la política.

La especificidad del tema de esta tesis, que toma su primer impulso en las teorizaciones ortodoxas de la criminología de raíz sociológica y del derecho penal no permite —por lo menos por cuestiones obvias de extensión y de especialidad— incorporar o desarrollar otros campos con los que está, no obstante, íntimamente relacionado. Por ello, se trata de una tesis dirigida a criminólogos y juristas, con el objeto de ensanchar sus puntos de vista sobre su materia específica, y no a especialistas en ciencia o en filosofía políticas.

Capítulo II

El delito de cuello blanco

Origen del concepto. La concepción de Sutherland.
Su lugar frente a los desarrollos criminológicos europeos
y su inserción en la tradición sociológica estadounidense.
La sociología de la desviación

1. El concepto

La primera parte de este trabajo evoca los primeros pasos en el esfuerzo por vincular el crimen con las esferas de las que éste se distinguía o debía distinguirse por, precisamente, constituir una forma de agredirlas, lo que llevó a demostrar que, en el fondo, esa distinción era una construcción artificial. En otros términos, se trata del esfuerzo por vincular el crimen a las clases altas y luego, por extensión, a la economía y a la política.

El primer jalón de estos esfuerzos se volcaron sobre un conjunto de fenómenos que, en un momento histórico, se dio en llamar "delitos de cuello blanco" o "*white collar crime*".

Aunque en términos estrictamente sociológicos el término tuvo amplia difusión a través de una investigación ya clásica de Charles WRIGHT MILLS⁶ referida a la estructura de la sociedad estadounidense y al papel de sus clases medias, su empleo en el ámbito de la criminología fue anterior y se debe a la obra de otro sociólogo, Edwin SUTHERLAND, quien lo aplicó por primera vez en este campo en su famosa disertación pronunciada en diciembre de 1939 ante la Sociedad Americana de Sociología⁷.

⁶ WRIGHT MILLS, Charles, *White Collar: The american middle classes*, 1951.

⁷ Publicada en "American Sociological Review", el 5 de febrero de 1940. Puede verse en SUTHERLAND, Edwin, *White-Collar Criminality*, en GEIS, Gilbert; MEIER, Robert F. y SALINGER, Lawrence M., *White collar crime: classic and contemporary views*, The Free Press, New York, 1995, p. 29. Hay traducción española como apéndice (*Delincuencia de cuello blanco*), en SUTHERLAND, Edwin, *Ladrones profesionales*, Ed. La Piqueta, Madrid, 1988, p. 220.

Bajo ese término se delimitó conceptualmente un horizonte de investigación criminológica hasta entonces desconocido o escasamente transitado: una categoría de delitos cuya fenomenología presenta rasgos diferentes o distinguibles de aquellos que tradicionalmente habían constituido el objeto de la disciplina y que, por oposición a la especificidad de los delitos de cuello blanco, pueden clasificarse dentro del amplio y difuso género de la criminalidad común o convencional.

Más allá de las discusiones sobre la definición precisa y los alcances del nuevo concepto, de lo que nos ocuparemos más adelante, conviene adelantar de manera provisoria que éste se refiere al fenómeno delictivo protagonizado por la clase de más elevado nivel socioeconómico, caracterizado éste por su respetabilidad, por su estatus social o, alternativa o conjuntamente, por el rol ocupacional desplegado en ocasión del delito. De todas maneras, lo que era claro y, además, era novedoso para la época, está constituido por un dato negativo: delito de cuello blanco era el que no tenía como autores a los integrantes de las clases populares.

En este sentido, el enfoque puesto sobre los delitos cometidos por las personas de buena condición o pertenecientes a los estratos sociales más elevados constituye un claro punto de ruptura respecto de una criminología que desde su origen se había concentrado con exclusividad en los delitos de los sectores de menor peso social y económico, hasta el punto de que éstos representaban la totalidad de su campo empírico.

Esta reducción de todo el crimen posible al delito de los pobres corría pareja con la única explicación que la lógica de la disciplina admitía, que era la de verificar correspondencias o asociaciones entre la conducta criminal y ciertas características personales o sociales atribuibles a la enfermedad, a la pobreza o a ciertas desventuras sociales o familiares (que eran, obviamente, una clase singular de patología), de una manera que permitía y exigía que estos extremos fueran vinculados causalmente.

Que la obra de SUTHERLAND constituyera un punto de ruptura con la teorías corrientes en criminología no fue en modo alguno un resultado casual. En cambio, era el objetivo propio de su investigación, como su autor expone en la primera frase del prefacio de la obra:

"Este libro es un estudio sobre la conducta delictiva. Es un intento de reformar la teoría de la conducta delictiva, y no de reformar

otra cosa. Aunque puede tener implicaciones en reformas sociales, las reformas sociales no son el objeto de este libro"⁸.

Como veremos en lo sucesivo, el objetivo anticipado en esta frase se cumplió con exactitud: la teoría del delito de cuello blanco anticipó el fin de la criminología tradicional⁹.

En cuanto al campo empírico específico de la teoría, debe señalarse que con posterioridad a la original formulación de SUTHERLAND el concepto de delito de cuello blanco recibió reiteradas críticas que se originaron en las discrepancias surgidas sobre una gran cantidad de aspectos fenomenológicos del objeto de estudio, tales como de determinar cuál era el verdadero dato definitorio o cuáles sus modos característicos de aparición.

De esta forma se discutió vivamente sobre si el dato diferencial estaba constituido tan sólo por el estatus social o la respetabilidad del autor, si estas características eran o no la misma cosa o si debían coincidir o cuánto, o si el delito de cuello blanco debía ser definido por el abuso en un rol ocupacional o profesional a cargo del autor, cualquiera fuere su jerarquía social o su grado de respetabilidad.

Estas discusiones también se desarrollaron en torno a la necesidad de delimitar el delito de cuello blanco respecto de otras formas criminales dotadas de alguna suerte de organización, lo que implicaba decidir si esta delimitación debía atender a parámetros objetivos, subjetivos o meramente formales.

De un orden parecido fue el debate que se entabló sobre la existencia o no de alguna diferencia ontológica entre el delito de cuello blanco y las actividades que, aunque formalmente irregulares o penalizadas, eran corrientemente desplegadas en el área de los negocios, lo que importaba una discusión sobre la razón y la fuente del carácter criminal o no de las conductas incluidas dentro del concepto, o si esta diferencia tan sólo provenía del hecho de su criminalización formal.

⁸ SUTHERLAND, Edwin, *El delito de cuello blanco*, Ed. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1969, p. 5.

⁹ En contra, aunque sin examinar detenidamente la cuestión, BRAITHWAITE, John, *White collar crime*, en GEIS, MEIER y SALINGER, *White collar crime: classic and contemporary views*, cit., p. 127, quien piensa que el aspecto más influyente de la investigación de SUTHERLAND no fue su impacto en la teoría criminológica sino su incidencia en las políticas públicas.

La lista es interminable y, obviamente, incluyó el problema etiológico, agudizado por la dudosa aplicación de las categorías causales de la criminología tradicional, históricamente centradas en la noción de déficit.

Pero, en buena medida, la mayoría de estas discrepancias obedecen a un reenvío tautológico entre definición y objeto definido: si la definición pretende delimitar conceptualmente el objeto, el desacuerdo sobre las características de este objeto obliga a redefinir la definición.

El punto es importante y no puede ser dejado de lado, porque la solución a la que se llegue respecto de la definición y, por lo tanto, del alcance del objeto a estudiar, determinará ulteriormente los resultados de cualquier investigación¹⁰.

Pero ello no debe ser una razón que mueva a encontrar de manera forzada un concepto unívoco o distintivo: cabe suponer que la ambigüedad de la definición responde en realidad a la ambigüedad propia del objeto definido, como una de sus características esenciales, y que ésta debe constituirse en una clave de interpretación necesaria. Así, el examen de las cuestiones definitorias o de los límites posibles de las definiciones constituye un punto inevitable pero sólo preliminar del estudio que nos proponemos.

2. Su lugar en la criminología

2. 1. La criminología como ciencia de las causas

Pero antes que nada se debe examinar el papel que ocupa el descubrimiento del delito de los que no son pobres ni enfermos ni desventurados en el cuadro de una criminología hasta entonces ignorante de esa visión.

La identificación de las clases acomodadas y del ámbito de sus negocios u ocupaciones como el nuevo territorio donde debía identificarse y estudiarse el crimen constituía una absoluta novedad para el discurso habitual de la criminología. No obstante, el empleo del término "delito de cuello blanco" en la sociología de la desviación fue el significativo fruto de una larga evolución en el curso de las ideas que históricamente se habían dado sobre la cuestión criminal.

¹⁰ Cfme. NELKEN, David, *White Collar Crime*, en MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod y REINER, Robert, *The Oxford Handbook of Criminology*, 2ª ed., Oxford University Press, 1997, p. 897.

La obra de SUTHERLAND se alimenta en la tradición sociológica de los Estados Unidos, iniciada fundamentalmente con los trabajos de los ecólogos sociales de la Escuela de Chicago y desarrollada luego con la sociología del estructural-funcionalismo. Esta tradición marcó una dirección definida en los estudios sobre el crimen en los Estados Unidos, en los que los desarrollos fundados en concepciones antropobiológicas y psicopatológicas, propios de la inicial criminología centroeuropea, siempre fueron minoritarios frente a las explicaciones que ubicaban la génesis de los problemas sociales en el ambiente.

En el marco de esta tradición sociológica se asistió a un largo proceso intelectual que de manera paulatina fue limando algunas de las asunciones materialistas que provenían de la tradición criminológica positivista; la teoría del delito de cuello blanco y, sobre todo, la teoría de la asociación o aprendizaje diferencial, desarrollada por SUTHERLAND como demostración de la posibilidad de construir una teoría unitaria de las causas del delito, se encuentran a mitad de camino de esa evolución.

Pero debemos volver a los comienzos. El origen de la tradición positivista se remonta al nacimiento de la criminología como ciencia empírica con pretensiones de autonomía, por obra de sus padres fundadores¹¹, en una dirección unívocamente enderezada a determinar las causas de la conducta criminal, entendida ésta como un dato ontológico previo de naturaleza patológica. Así, el crimen se elabora como un concepto unitario, en tanto constituye una realidad naturalmente disímil respecto de la normalidad, reconocible a través de signos

¹¹ Aunque por lo general se atribuye a Cesare LOMBROSO, con su libro *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, publicado en 1876, el mérito de ser considerado el padre de la Criminología, su teoría sobre bases antropológicas en realidad constituía un punto de llegada y de convergencia de algunas líneas científicas y protocientíficas, cuyos desarrollos más intensos se habían desplegado en los cien años anteriores a la obra de LOMBROSO. Entre esos desarrollos de base empírica se encuentran la frenología de Joseph GALL, la teoría de la degeneración de Bénédikt Augustine MOREL y, a la inversa, la teoría de la evolución de Charles DARWIN, la estadística criminal de André Michel GUERRY y Adolphe QUETELET, y otros cuerpos de saberes, entre ellos la muy antigua fisionomía, y sin que esta enumeración agote el elenco de saberes vinculados al crimen que constituyen el antecedente del florecimiento de la criminología científica. Sobre este tema es obligada la cita de VILLA, Renzo, *Il deviante e i suoi segni*, Ed. Franco Angeli, Milano, 1985, capítulo 2.

característicos que responden a las distintas orientaciones que, de manera sucesiva, dominaron el panorama de los estudios sobre la criminalidad.

Estos signos adquirirían, en general, un valor sintomático, puesto que eran los que fundaban el empleo de la categoría de causa en la explicación de la criminalidad, que de esta manera debía ser entendida más bien como una suerte de estado constante, determinado causalmente a manifestarse exteriormente a través de episodios criminales singulares. El empleo de la categoría de causa estaba dirigido sobre todo a establecer parámetros ciertos de predictibilidad. Es en este esquema, influido primero por el mecanicismo de los primeros desarrollos del concepto moderno de la ciencia, y luego por una concepción organicista de la sociedad, que los factores que predisponían al delito y permitían preverlo sólo podían ser entendidos en base patológica, esto es, como circunstancias disfuncionales a la conservación y/o a la reproducción de la realidad normal.

De una manera excesivamente simplificada, esta patología podía ser atribuida a dos fuentes, alternativas o complementarias: la herencia o el ambiente¹².

La visión que durante décadas predominó en Europa y que en América promovió el desarrollo de algunas escuelas criminológicas de orientación biologista o psiquiátrica¹³ fue la primera: la conducta criminal estaba determinada por uno o más factores vinculados con o situados en la conformación somática o de personalidad del individuo. Entre ellos y la conducta criminal debía o podía establecerse una relación de causa a efecto, cuya sencillez estaba dada por la posibilidad de establecer vínculos lineales, generalmente con algún fundamento estadístico, entre el comportamiento estudiado y un factor o un grupo reducido de factores, anidado de manera reconocible en el organismo o en la psiquis.

Se trataba, en todos los casos, de una concepción excesivamente reductiva del fenómeno estudiado, al cual se le amputaban los componentes sociales y de significado simbólico: el delito pa-

¹² PITCH, Tamar, *La devianza*, Ed. La Nuova Italia, Firenze, 1982, p. 22.

¹³ Sin embargo, las fórmulas fundadas en defectos personales o constitutivos eran minoritarias respecto de la dominante orientación sociológica estadounidense. La más conocida es la clasificación biotipológica de William SHELDON o las teorías sobre la herencia de los GLUECK. Un panorama de todas ellas y su crítica puede ser consultado en ZAFFARONI, E. Raúl, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Ed. Temis, Bogotá, 1993.

saba a ser simplemente el resultado, lineal o mecánicamente causado y cuanto menos predecible, de un defecto en la personalidad, generalmente producto de una base orgánica manifiesta. El motivo permanente de este esquema estaba representado por la idea de déficit: el crimen era perpetrado por seres enfermos y defectuosos, cuya esencia humana o su carácter civilizado no habían llegado a completarse —o se habían perdido o degenerado— a causa de que algo fallaba o faltaba en su constitución.

El recorrido entre esa criminología originaria, inicialmente focalizada sobre todo en factores vinculados a la herencia, y el salto que van a representar las teorías de SUTHERLAND puede verse como el tránsito entre una idea fuerte de causalidad y un concepto más bien débil de esta relación.

El inicio y el desarrollo de la criminología habían venido de la mano de la concepción científicista que asumía que, en todos los sectores del mundo observable, era dable establecer las leyes naturales que gobernaban los acontecimientos. Este concepto de causa se extendía también a la conducta humana y, en especial, a la conducta criminal, entendida ésta como un resultado necesario o por lo menos predecible o explicable de ciertos procesos patológicos actuantes en el organismo o en la mente del individuo. Así, la criminología se constituyó como ciencia en una búsqueda por las causas.

Las leyes explicativas de esa conducta se conformaban según ese modelo, que atribuía a una causa de orden patológico la generación de un resultado igualmente patológico, que no era otro que la conducta criminal, objetivamente reconocible como tal y distinguible de la conducta conforme.

La racionalidad positivista, en general, dio como resultado lo que para la criminología se ha dado en denominar el paradigma etiológico¹⁴, en tanto el modelo de interpretación de la realidad sólo admitía como científicamente legítima la búsqueda de las causas determinantes de la conducta delictiva, excluyendo totalmente una serie de otros interrogantes que luego se revelaron, por lo menos, igualmente relevantes para la explicación del fenómeno criminal; de este modo, la búsqueda de las causas

¹⁴ Sobre este tema, sobre todo BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Ed. Siglo XXI, México 1986; en general, sobre la impronta científica de una disciplina orientada a la búsqueda de las causas y el debate sobre el rigor o la falta de rigor de sus hallazgos, véase CERETTI, *L'orizzonte artificiale*, citado.

y la elaboración de técnicas destinadas a operar sobre ellas, reduciéndolas o eliminándolas, monopolizó la investigación empírica y los desarrollos teóricos, para los que no era pertinente en modo alguno el análisis de los temas vinculados al control social o al rol del Estado, por dar sólo algún ejemplo.

Así, a la inicial obsesión etiológica se le sumó la obsesión correccional: identificadas las causas, la ciencia podría operar sobre ellas de manera de normalizar lo que se había descompuesto¹⁵. Dentro de ese esquema, obviamente reduccionista y ciego a la complejidad esencial de los fenómenos de la desviación, era explicable, aunque científicamente cuestionable, la centralidad explicativa de una relación o asociación que vinculaba causalmente el crimen con la pobreza o con la enfermedad.

La búsqueda de las causas respetó siempre ese modelo interpretativo, que por lo tanto guió las investigaciones empíricas. No fue ajeno a esa situación el hecho de que éstas se realizaron dentro del ambiente carcelario o fuertemente influenciadas por él, a partir de que fue en ese ámbito en el que se desarrollaron los procedimientos de inspección y normalización, de experimentación y disciplina¹⁶.

Es evidente que, entre otros muchos cuestionamientos que escapan a los propósitos de este trabajo, quizás el más influyente e importante esté constituido por el hecho de que es paradójica la pretensión de encontrar causas naturales para explicar la génesis de conductas cuya definición como criminales proviene de un acto convencional y contingente como lo es la legislación penal sancionada por el poder público, que determina cuáles conductas y bajo qué circunstancias pueden ser consideradas y tratadas como delito¹⁷.

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt, *Social issues of law and order*, en "The British Journal of Criminology", vol. 40, n° 2, primavera 2000; Oxford University Press, ps. 205 y siguientes.

¹⁶ Michel FOUCAULT expresa la relación existente entre la generalización de las instituciones carcelarias con el desarrollo de las técnicas y de los saberes vinculados a la inspección, al examen y a la normalización de las personas –los cuerpos– reclusas en ellas, y el papel que tuvo la penitenciaría en el nacimiento y desarrollo tanto de la criminología como de la subjetividad del delincuente; véase FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, Ed. Siglo XXI, Madrid 1978, esp. ps. 258 y 282.

¹⁷ Cfme. PAVARINI, Massimo, *Control y dominación*, Ed. Siglo XXI, México, 1998, p. 45. Debe tenerse en cuenta que, en general, el positivismo originario consideró la legislación penal como la expresión de una especie de

La cárcel permitió la formación de un cuerpo consistente de conocimientos sobre el hombre y su conducta, pero la base empírica de esos conocimientos sufría una doble distorsión: la primera es la ya apuntada en el sentido de que es científicamente cuestionable la pretensión de buscar leyes naturales explicativas de conductas cuya definición y constitución como criminales proviene de un acto convencional, representado por las decisiones de la autoridad política. La segunda se refiere al campo empírico que constituía el objeto de experimentación y estudio de los nuevos criminólogos, que estaba compuesto por grupos de hombres que habían sido previamente seleccionados por el mismo sistema penal, a través de los aparatos de policía y los tribunales.

Al guiarse por los estereotipos de criminalidad provenientes de la misma concepción científica que la composición de la población carcelaria iría a confirmar, los sistemas represivos habían llenado las cárceles de menesterosos y desesperados, huérfanos de toda protección, carentes de cultura y con los rasgos físicos heredados de o producidos por sus condiciones sociales de existencia, de extrema precariedad en todos los casos. De esta forma, la concepción causal desplegada en base patológica y las características de los objetos observados se alimentaban recíprocamente, validando la una a la otra y viceversa.

2. 2. Las visiones sociológicas de la criminología

La introducción de elementos sociológicos al discurso de la criminología se debe sobre todo, en su faz inaugural, a los estudios funcionalistas de Emile DURKHEIM¹⁸. Pero fueron los ulteriores desarrollos de la sociología de la desviación de matriz estadounidense las que lograron y consolidaron el predominio de una perspectiva sustancialmente opuesta a la anterior.

Esta perspectiva no consiste sólo en reconocer la influencia de factores físicos y sociales sobre o junto a los predispo-

consenso alcanzado por las sociedades sobre lo que, conforme las leyes naturales, era ontológicamente un crimen; sobre las distintas modalidades de esta convicción, véase TAYLOR, Ian; WALTON, Paul y YOUNG, Jock, *La nueva criminología: contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1977, ps. 29 y siguientes.

¹⁸ En modo alguno es posible omitir la referencia a precursores del análisis sociológico, como Henry MAYHEW, André QUETELET y Adolphe GUERRY; véase VILLA, *Il deviante e i suoi segni*, citado.

nentes individuales, al estilo de la sociología criminal de Enrico FERRI¹⁹, sino en afirmar que el delito ya no es un fenómeno de patología individual, sino un resultado social: es la sociedad la que, a través de diversas fuentes, produce criminalidad, y esta producción constituye un rasgo patológico que se presenta bajo diversas maneras de (des)organización o de estructuración social.

Las causas del crimen deben ahora buscarse en ciertas condiciones de la dinámica o de la estructura social. De esta forma, la sociología de la desviación, cuyos desarrollos se remontan a las primeras décadas del siglo XX, modificó significativamente los esquemas interpretativos antes centrados en la identificación de la criminalidad con desórdenes de patología individual; no obstante las diferencias, estas nuevas explicaciones ambientalistas no se apartaban radicalmente del modelo central radicado en la búsqueda de las causas y en la corrección de los (d)efectos, bien que las causas ahora eran otras y que sus modos de incidencia habían variado.

En efecto, esas causas y sus formas de actuación se multiplicaron, sea como consecuencia de la "desorganización social" que fuera objeto de estudio privilegiado de la ecología urbana de Chicago, sea como producto de la contradicción entre las estructuras social y cultural en el seno de un sistema social, que da lugar a la desviación individual anómica mertoniana, o en función de las adaptaciones subculturales, luego desarrolladas por CLOWARD y OHLIN y más tarde por Albert K. COHEN²⁰. No sólo el problema reside ahora en el ambiente más que en el individuo, sino que los problemas sociales que afectan al individuo o a los grupos pueden ser variadísimos y pueden operar en formas diversas.

El llamado enfoque multifactorial²¹ fue la consecuencia natural de este paulatino enriquecimiento de los análisis ambien-

¹⁹ FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, Ed. Centro de Góngora, Madrid.

²⁰ CLOWARD, R. S. y OHLIN, L. E., *Delinquency and opportunities. A theory of delinquent gangs*, Glencoe, 1960; COHEN, Albert K., *Ragazzi delinquenti*, Ed. Feltrinelli, Milano, 1963; ver, en general, sobre la sociología de la desviación, el profundo análisis de PITCH, *La devianza*, cit., caps. II y III.

²¹ Sobre el enfoque multifactorial véase sobre todo COHEN, Albert K., *Controllo sociale e comportamento deviante*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1969.

tales, cuya razón de ser estaba en la pretensión o en la necesidad de dar cuenta de la posible incidencia causal de una multiplicidad de circunstancias que, de ordinario, parecen hallarse presentes cuando el delito se produce, y cuya combinación, de una u otra forma, puede ser empleada para determinar la posibilidad o la probabilidad de la aparición de comportamientos desviados.

Este enfoque multifactorial fue, de alguna manera, un determinante del tránsito desde un paradigma fuerte de la causalidad, fundada en rasgos psicobiológicos objetivamente reconocibles, hacia una consideración paulatinamente más débil del concepto de causa, en donde el valor de certeza atribuible a las consecuencias producidas por un determinado factor dio paso a un enfoque sólo probabilístico.

No podía ser de otra manera, puesto que al dar prevalencia a los factores ambientales en las explicaciones etiológicas del delito, se abría una doble brecha.

Por una parte, debió reconocerse una multiplicidad casi interminable de variables de raíz sociológica, cuya interacción y virtualidades relativas denotaban un universo de mucha complejidad; de este modo, la referencia a un espectro de factores ambientales contrastaba con la identificación de causalidades producto de factores biológicos claramente distinguibles y fácilmente reconducibles a una explicación unidimensional, bien que pudiesen encontrarse favorecidos por circunstancias ambientales que, dentro de aquella óptica originaria, siempre eran secundarios.

Por otro lado, el hecho de haber situado las causas en el ambiente y no en el individuo mismo impedía otorgar a aquéllas un resultado causal directo o forzoso, puesto que sus efectos siempre estarían mediados por complicados procesos subjetivos e interactivos en los que los factores externos deberían ser reelaborados simbólicamente por el sujeto²². Aunque la mayor relevancia fuera otorgada a los factores ambientales, era ya claro que éstos sólo operan a través del individuo y, por lo tanto, el tipo de influencia que ejercen sobre él depende sobre todo de la capacidad de elaboración, reacción, resistencia o adaptación individual.

²² Sobre este aspecto particular de la construcción del crimen como proceso interactivo y simbólico, véase DE LEO, Gaetano y PATRIZI, Patrizia, *La spiegazione del crimine*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1992.

De esta forma, el proceso de causación admitía así un trayecto más largo y complejo y, por lo tanto, más inseguro. Pero, aun dentro de esta mayor complejidad, durante mucho tiempo las explicaciones del comportamiento criminal se mantuvieron todavía atadas a la verificación de situaciones en las que el déficit era la palabra clave.

En este cuadro, era a esa altura posible identificar dos formas principales para explicar la acción del déficit (social) en la aparición de la conducta desviada.

La primera, de indudable acento durkheimiano, supone que la conducta desviada es generada por un defecto en las constricciones del control social, lo que era característico de las explicaciones ambientalistas de la primera escuela de Chicago, que se fundaba en la identificación de los sectores —geográficamente localizables y ecológicamente cambiantes— de desorganización social. La degradación del ambiente se genera en épocas de acelerado cambio social, sea a través de los desplazamientos sucesivos de grupos poblacionales a zonas de transición en el ámbito urbano, sea en función de las corrientes migratorias (predominantemente extranjeras²³) de origen campesino que se enfrentan a las pautas de vida propias de una sociedad urbana industrial; en estas condiciones se registra una disminución de la influencia de las reglas de comportamiento existentes sobre los miembros del grupo o sobre los habitantes de las zonas de desorganización social; aquí parecen debilitarse los lazos sociales y la fuerza contenedora de las normas y de los valores. De esta manera, el comportamiento criminal es más bien producto de un déficit en la contención social, que deja sin gobierno los impulsos individuales hacia la satisfacción de las necesidades propias o del grupo de pertenencia.

Este tipo de teorías pueden ser genéricamente denominadas teorías del control (*control theories*), en tanto se supone que es la sociedad, a través de su estructura y su organización, repre-

²³ Es paradigmático el estudio realizado por W. I. THOMAS y Florian ZNANIECKI (*The polish peasant in Europa and America*, trad. italiana: *Il contadino polacco in Europa e in America*, Ed. di Comunità, Milano, 1968) sobre la transición a la cultura industrial y anónima de la gran ciudad estadounidense, sufrida por los inmigrantes polacos, provenientes de comunidades rurales atadas a lazos sociales tradicionales. Al respecto puede consultarse PITCH, *La devianza*, cit., ps. 28 y ss.; 31 y siguientes.

sentadas por las reglas sociales de convivencia y por el conjunto de normas (también legales) y valores sociales, la que contiene los deseos e impulsos antisociales de los individuos. A pesar de su transposición en términos sociológicos, guarda una cierta continuidad con la concepción política del derecho y del Estado de la escuela del derecho natural, cuya máximo representante es Thomas HOBBS, en tanto es el poder político, expresado en la coerción jurídica de la ley, que mantiene sujetos a los hombres y los aleja de la condición de naturaleza, en la que unos se oponen a los otros y viven en mutua y constante inseguridad²⁴.

Este tipo de teorías del control son básicamente diferenciables de las teorías estructurales (*strain theories* o teorías de la tensión), según las cuales son las tensiones y las exigencias que la propia estructura social ejerce sobre los individuos o sobre los grupos las que inducen al crimen, generando respuestas adaptativas para satisfacer esas exigencias o para compensar las dificultades existentes para obtener esa satisfacción. Aquí no es la sociedad la que se debilita, permitiendo la conducta no conforme, sino que es la que la induce.

La explicación más difundida, que se desarrolló en el marco de la sociología estructural funcionalista, es la proporcionada

²⁴ "Es por ello manifiesto que durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que les obligue a todos al respeto, están en aquella condición que se llama guerra; y a una guerra como de todo hombre contra todo hombre. Pues la guerra no consiste sólo en batallas, o en el acto de luchar; sino en un espacio de tiempo donde la voluntad de disputar en batalla es suficientemente conocida (...) Lo que puede en consecuencia atribuirse al tiempo de guerra en que todo hombre es enemigo de todo hombre, puede igualmente atribuirse al tiempo en el que los hombres también viven sin otra seguridad que la que les suministra su propia fuerza y su propia inventiva. En tal condición no hay lugar para la industria; porque el fruto de la misma es inseguro. Y, por consiguiente, tampoco cultivo de la tierra, ni uso de los bienes que pueden ser importados por mar, ni construcción confortable, ni instrumentos para mover y remover los objetos que necesitan mucha fuerza; ni conocimiento de la faz de la tierra; ni cómputo del tiempo; ni artes; ni letras; ni sociedad; sino, lo que es peor que todo, miedo continuo y peligro de muerte violenta; y para el hombre una vida solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta" (HOBBS, Thomas, *Leviathan*, Ed. Nacional, Madrid, 1980, cap. XIII, p. 224). Sobre la resonancia que los esquemas basados en una relación conflictual entre individuo y sociedad tienen sobre los diversos conceptos de control social, PITCH, Tamar, *Responsabilità limitate: attori, conflitti, giustizia penale*, Ed. Feltrinelli, Milano, 1989, ps. 14 y siguientes.

por Robert K. MERTON²⁵, con su concepto de la anomia como discrepancia entre las metas de éxito y de prestigio social prescritos por la estructura cultural por una parte, y por la otra los medios legítimos puestos por la estructura social a disposición de los individuos y los grupos para alcanzar esas metas²⁶. La necesidad de lograr una adaptación personal o grupal a esas metas se explica por el excesivo énfasis puesto en ellas por la cultura, que al mismo tiempo no propone metas alternativas o intermedias que puedan satisfacer las expectativas de las personas o los grupos que se encuentran en posición socialmente desventajosa.

De acuerdo con esta perspectiva, ese tipo de respuestas –tanto desde el punto de vista individual como grupal– responde a la conocida clasificación de las formas anómicas de adaptación a la tensión generada entre la cultura y la estructura social²⁷, de las cuales la llamada desviación anómica innovadora es la que se encuentra en la base de la conducta criminal, en tanto el sujeto o los grupos emplean medios no autorizados por la cultura para acceder a las metas prescritas por ella. Entre esos medios se encuentran los métodos y técnicas criminales.

Esta teoría se desarrolló sobre todo en el marco general suministrado por las concepciones del estructural funcionalismo, cuyo representante más conspicuo fue Talcott PARSONS²⁸, quien

²⁵ En general, véanse los artículos compilados en CLINARD, Marshall B., *Anomía y conducta desviada*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1967.

²⁶ El concepto de anomia de MERTON es radicalmente distinto del uso que al término le diera Emile DURKHEIM, para quien, en el contexto de una teoría del control, la anomia representaba la falta o la ausencia de normas que proporcionarían una guía o un freno para los deseos e impulsos individuales, bajo la forma de mandatos íntimos.

²⁷ La tipología de los modos de adaptación individual recorre las siguientes formas: la conformidad está representada por la aceptación tanto de las metas culturales como de los medios institucionalizados; la innovación supone la adhesión a las metas pero el rechazo de los medios y su reemplazo por otros no autorizados; el ritualismo expresa la actitud centrada en la aceptación de los medios legítimos y en su ejecución rigurosa aunque ellos no conduzcan a la consecución de las metas (se trata, sobre todo, del tipo de desviación propio del burócrata); el retraimiento implica el rechazo tanto de los medios como de los fines; finalmente la rebelión sugiere al reemplazo de ambos por una visión alternativa (conf. CLINARD, Marshall, *Las implicaciones teóricas de la anomia y la conducta desviada*, en CLINARD, *Anomía y conducta desviada*, cit., p. 28).

²⁸ PARSONS, Talcott, *Il sistema sociale*, Ed. di Comunità, Milano, 1965. Sobre esta perspectiva, absolutamente dominante en los Estados Unidos a mediados del siglo XX, véase PITCH, *La devianza*, cit., ps. 13 y siguientes.

concebía a la sociedad como un sistema ordenado espontáneamente en torno a un consenso armónico y generalizado sobre las normas y los valores sociales. En esta perspectiva, la acción social es comprensible sólo en cuanto esté dotada de sentido, y ello sólo proviene del hecho de que se encuentre normativamente orientada hacia los valores institucionalizados. Se trata de la visión de un sistema social integrado y autorregulado, para el que la desviación suponía, sobre todo, el quebrantamiento de las normas y por ello representaba un acto disfuncional para la estabilidad del sistema, cuyo origen mediato podía ser ubicado en un defecto en la socialización, esto es, en la internalización de los valores del sistema. De esta manera, los mecanismos de control social debían encaminarse a la reinserción del individuo en el esquema de valores y de metas prescriptos por las normas sociales (resocialización).

Nótese que, tanto en el caso de MERTON como en la propuesta central del estructural funcionalismo, la causa de la conducta criminal estaba siempre alojada en la idea de un déficit. En el primer caso, se trata de un déficit que se expresa en las carencias personales y sociales causadas por una deficiente estructuración de las oportunidades sociales, que afectaban al individuo en sus posibilidades de adaptación a un ambiente problemático; en el segundo, se trata de algún tipo de defecto personal que hubiera impedido u obstaculizado la internalización correcta o completa del mensaje cultural y de los valores contenidos en él. En ambos casos, la respuesta a la pregunta por las causas del comportamiento desviado se remitía a situaciones sociales de carencia o desventura, o a déficits o patologías personales.

2. 3. El concepto de desviación

El predominio de las explicaciones ambientalistas en los estudios criminológicos estadounidenses que se dio a partir de los años veinte, y luego el de las teorías estructural funcionalistas, significó el inicio de las primeras grandes rupturas en los modelos interpretativos de la cuestión criminal. Estas rupturas se refieren ya no tanto al problema causal, aunque lo presuponen, sino a la construcción misma del objeto de la disciplina y a sus fundamentos metodológicos.

Se operó allí el pasaje de la criminología de la "diversidad" entendida como anormalidad personal u originaria fundada en

rasgos patológicos individuales y objetivamente reconocibles, a la criminología de la "desviación".

Por la primera entendemos referirnos a la "ideología de la diversidad" en el sentido otorgado por los BASAGLIA²⁹, como aquella visión de la criminalidad en la que ésta aparecía como el resultado de la acción de factores innatos a la personalidad y a la estructura biológica del individuo.

La segunda, a su vez, se refiere a otro tipo de diversidad, aquélla que

"comprende no sólo los actos y los comportamientos reprimidos activamente por el sistema social y que en general se configuran como 'crímenes' o 'enfermedades mentales', sino también todos aquellos comportamientos 'diversos', aunque heterogéneos entre sí, cual ciertos estilos de vida juveniles, la homosexualidad y, en general, las costumbres sexuales menos conformistas, el uso de drogas, la alternatividad cultural, etc."³⁰.

El concepto de desviación supone varios puntos de ruptura con la tradición anterior.

El punto fundamental es que altera los parámetros teóricos empleados para la identificación y la delimitación del campo empírico que constituye el objeto de la criminología, pues ahora requiere la presencia de un cuerpo normativo como referencia, del cual la conducta desviada constituye un apartamiento. De esta manera, la identificación de la desviación requiere la comparación de dos elementos: ya no se trata del crimen como dato ontológico puro, objetivamente reconocible como tal en sí mismo en función de los signos patológicos que se estiman en cada caso (según cada teoría) relevantes, sino que ahora es preciso contrastar el objeto de la investigación con un segundo elemento de orden convencional, sea desde el punto de vista legal como desde el de las representaciones y valoraciones sociales.

La identificación de este sistema de normas sólo parcialmente coincide con las legisladas positivamente, por cuanto el término desviación se refiere, también, a otras pautas de com-

²⁹ BASAGLIA, Franco y BASAGLIA ONGARO, Franca, *La maggioranza deviante*, Ed. Einaudi, Torino, 1978.

³⁰ PITCH, *La devianza*, cit., p. 5.

portamiento –sociales, morales, étnicas, religiosas, consuetudinarias–, en general adscribibles a una categoría genérica de “normalidad”. Esa coincidencia parcial también afecta aquellas normas que se relacionan directamente con la cuestión criminal, esto es, las leyes penales: no todas las normas de las que es posible desviarse están legisladas positivamente y, entre éstas, no todas son leyes penales.

De ello deriva, por una parte, que el concepto de desviación tiene una mayor extensión que la noción originaria de crimen o de delito, pues comprende una serie de formas de conducta o de vida que no han sido ni formal ni necesariamente criminalizadas, como el vagabundeo, la homosexualidad, el alcoholismo, el consumo de drogas, la prostitución, las apuestas y el juego clandestino, o muchas otras formas de cultura juvenil o adulta alternativas, especialmente las que florecieron en Estados Unidos y en Europa durante los años 60, vinculadas a la rebeldía estudiantil y a las resistencias a la sociedad de consumo y a las guerras.

Ello determina la necesidad de ocuparse de un campo empírico no sólo más amplio, sino muchísimo más complejo y, sobre todo, surcado por una gran ambigüedad. La insuficiencia de los parámetros formales de la ley para determinar si una conducta es o no desviada, puesto que esta identidad está sobre todo otorgada a partir de las representaciones sociales, constituye un terreno que más bien se presenta como un *continuum*, que va desde la conformidad inequívoca hasta la diversidad inequívoca, pasando por numerosas situaciones intermedias de difícil definición, a veces socialmente inestables y muchas veces objeto de valoraciones contrastantes según el círculo social en el que es juzgada. Este rasgo de la ambigüedad debe tenerse especialmente en cuenta puesto que es el elemento más característico de la construcción social de los delitos no convencionales, de los cuales los de cuello blanco fueron los primeros en manifestarse a la conciencia académica.

Por otra parte, la nueva extensión del campo empírico supone que, además de la necesaria referencia a algún dato normativo, el elemento distintivo desde el punto de vista sociológico sea que el hecho despierte alguna forma de reprobación social. Desviación no es ni la brecha que se verifica en relación con las conductas conformes en función de la distinta frecuencia estadística registrada por ambos tipos de conducta, ni (sólo) el apartamiento de un mandato normativo, sino que es un hecho que al contradecir las expectativas sociales sobre la actuación individual se manifiesta en un sentido reprobable.

Son las formas y los grados de ese apartamiento, o más bien de esa contradicción respecto de las expectativas sociales, y el sentido en el que se manifiesta la reprobación pública, los que definen la conducta desviada; ésta se mantiene no obstante, como comportamiento significativo, en el centro del análisis. Son ciertas conductas –reconocibles a partir de esos parámetros– cuya aparición, génesis y modalidades permanecen problemáticas, las que requieren explicación. Pero esa explicación sigue apuntando a una noción de causalidad, aunque esa noción ahora deriva de ciertas características estructurales o dinámicas de la sociedad, a las que se vinculan la aparición y las características de la desviación.

2. 4. Las consecuencias teóricas del concepto de desviación

Las nuevas características del o de los objetos estudiados por la criminología determinan cambios importantes en sus postulados teóricos. La introducción del concepto de desviación en la criminología americana de raíz sociológica fue la que permitió someter a examen algunos presupuestos hasta entonces considerados acríticamente por los estudiosos.

La importancia que todo ello tiene para nuestro tema radica en el hecho de que la teoría del delito de cuello blanco, junto con los desarrollos realizados sobre los demás campos empíricos conexos, se insertaron precisamente en el espacio abierto por estos cambios teóricos, pero no se limitaron a ello sino que los potenciaron hasta el punto de modificar de una manera mucho más radical la totalidad de los presupuestos teóricos de la disciplina y su propio estatuto epistemológico.

2. 4. 1. *El rigor de la explicación causal*

El abandono de la idea de la diversidad biológica o psicológica del delincuente representa el primer grado de esta apertura.

Ubicada de allí en más la patología en la misma sociedad, lo que interesa a la criminología no serán tanto sus condiciones de existencia cuanto sus efectos sobre el individuo o los grupos, en la medida en que inciden en el comportamiento delictivo. A partir de que se reconoce que son ciertas particularidades sociales las que ejercen algún grado de condicionamiento o restricción sobre las personas, las formas en que ello se realiza, las condiciones necesarias para ello y el grado de influencia que tienen

pasan a ser los puntos sobre los que se despliega el análisis de los sociólogos de la desviación.

Es indudable que con ello el paradigma causal empieza a sufrir una primera y significativa erosión: no es lo mismo vincular la conducta criminal o las actitudes agresivas a defectos congénitos de un individuo o a patologías propias de la estructura de su organismo o de su personalidad —que en teoría podrían actuar linealmente como la génesis de sus comportamientos anormales—, que relacionarla, en cambio, con condicionamientos ambientales, exigencias culturales o barreras sociales. Todos y cada uno de éstos, en sustancia, nunca pueden ser, ni siquiera en el mejor de los casos, otra cosa que factores mediatos del comportamiento individual, puesto que su capacidad criminógena está mediada siempre por la actuación, la elaboración o la resistencia y, en suma, por la decisión del individuo sobre el cual deben ejercer influencia.

Disminuye por lo tanto la posibilidad de enunciar leyes generales que a la vez expliquen la conducta realizada y estén en condiciones de predecir la actuación futura, puesto que los nuevos sociólogos de la desviación no sólo tienen que habérselas con un número mucho mayor de circunstancias relevantes sino que, fundamentalmente, deben lidiar con la grave dificultad de explicar por qué sólo algunas de las personas sometidas a similares condicionamientos delinquen y, en cambio, otros no se apartan del camino de la conformidad. Este punto es importante, puesto que en general debería sostenerse que la determinación de los factores causales del crimen requiere que se verifique su presencia en todos los casos en que aquél se cometa, mientras que siempre deben encontrarse ausentes cuando el crimen no tiene lugar³¹.

De esta manera, las leyes que la orientación científicista de la criminología positivista imponía enunciar, enderezadas a establecer las condiciones que determinaban causalmente la conducta delictiva, se reducen ahora, cuando miran hacia adelante, a denotar márgenes de probabilidad y, aun así, las predicciones resultan a menudo contradictorias e incompletas y son frecuentemente desmentidas por los datos de la realidad.

31 Éste es, precisamente, el requisito exigido por SUTHERLAND como condición para la formulación de una teoría unitaria de la conducta criminal, esto es, que explique la aparición de cualquier forma criminal. Véase al respecto CERETTI, *L'orizzonte artificiale*, cit., p. 218.

El valor explicativo se dirige más hacia el pasado, en una tentativa de explicación de los hechos ocurridos o de los motivos determinantes, que hacia el futuro; pero es el futuro lo que interesa sobre todo a la orientación correccionalista y pragmática de la disciplina, que requiere predecir los comportamientos antisociales para poder anticipar la acción preventiva.

2. 4. 2. *El desviado como objeto*

Todo ello tiene resonancia en la imagen del desviado.

La visión positivista original presentaba un criminal caracterizado de graves defectos. Era un ser patológico, distinto, reconocible en sí mismo como criminal en tanto portador de una personalidad o de un cuerpo que ostentaban los signos de la enfermedad y, obviamente, de la peligrosidad. La identificación de las clases peligrosas con los pobres, que portaban los estigmas del desamparo y la miseria, facilitaba la confirmación de esta asociación entre crimen, pobreza y enfermedad.

La visión del delincuente en la sociología de la desviación es el itinerario histórico de un cambio. De un ser enteramente determinado por características ostensiblemente patológicas residentes en sí mismo, o de un individuo que es considerado sólo por aquello que es o por el temor que despierta, pasa a ser un sujeto al cual es preciso reconocer un cierto grado, mayor o menor, de autonomía y dignidad en lo que hace.

Los condicionamientos del ambiente constituyen fuentes importantes para determinar la disposición o la proximidad de un individuo con la realización de actos desviados, pero el hecho concreto de cruzar la barrera de la conformidad dependerá cada vez más de consideraciones que no son ya susceptibles de ser sometidas a las leyes de la causalidad con el rigor de antaño, puesto que dependen en última instancia de una decisión a la que se debe reconocer alguna porción de libertad.

En este punto se torna evidente que la aplicación de precisas leyes causales a la conducta humana proviene del empleo de criterios científicos que sólo son válidos para el estudio de las cosas, y que en modo alguno son relevantes para la comprensión de la conducta de un ser que no sólo es reactivo a los estímulos exteriores, sino que actúa, modifica su mundo circundante, establece un plan de vida, adopta decisiones. En suma, la aplicación de las leyes causales, que son típicas de las ciencias naturales, al estudio de los hombres o de la realidad

social, parte de la equivocada consideración del ser humano como objeto, como cosa, de su tratamiento científico por aquello que es, y no como sujeto y por lo que hace o quiere hacer. Esta distinción entre objeto y sujeto está en la base del naturalismo de David MATZA, que propone que, ante todo, los objetos de la criminología deben ser considerados por lo que naturalmente son, y si se trata de un hombre entonces es un sujeto y no una simple cosa³².

2. 4. 3. *Los sentimientos del criminólogo*

De la misma manera cambia la actitud científica ante el desviado. La visión positivista original era total y coherentemente descalificatoria. Mal podría haber sido de otro modo, cuanto que el criminólogo tenía que lidiar con seres a los que miraba como un producto inquietante de una naturaleza animal o salvaje, cuya patología los aproximaba más a los hombres primitivos que al riguroso y previsible hombre civilizado de la Europa centro-occidental.

Era sobre esta visión que se habían desarrollado las raíces del correccionalismo que caracterizó la primera actitud científica sobre el crimen, consistente en la dirección de la teoría y del trabajo empírico a modificar de manera autoritaria las condiciones patológicas de la realidad. La actitud irreductiblemente descalificatoria es comprensible, si se piensa que los criminólogos estudiaban una serie de fenómenos de los que se querían liberar y con el objetivo de encontrar el modo de desprenderse de ellos de la manera más radical y definitiva posible.

Esa visión presupone un lugar particular desde donde se mira, que es el de un sector de la realidad que se presume libre de crimen o de patologías, lo que alimentó la tradicional división dicotómica del universo de la criminología en dos esferas, por un lado el mundo de la legalidad, y por el otro el mundo desviado, que desde una posición externa agrede al primero y que es preciso neutralizar.

³² Sobre la transición metodológica operada en la consideración del individuo, de objeto a sujeto del conocimiento científico y sobre lo inapropiado que es la tentativa de aplicar a un sujeto los métodos de las ciencias naturales, que se desarrollaron sólo a los fines del estudio de objetos o de cosas, véase MATZA, David, *El proceso de desviación*, Ed. Taurus, Madrid, 1981, ps. 13 y siguientes.

Por el contrario, las extensas investigaciones empíricas desarrolladas por los primeros teóricos de la desviación, en especial a partir de los integrantes de la escuela ecológica de Chicago³³, demostraron la existencia de mundos desviados a los que no era ya posible calificar de desorganizados: a pesar de la asunción principal de esta escuela, en el sentido de que la desorganización de determinadas zonas geográficas (regiones morales) de algunas ciudades (los *slums*) era la productora principal de las conductas desviadas o delictivas, se hizo evidente que en determinadas comunidades, entre ellos la de los vagabundos (*hobos*), existía una suerte de organización social con sus propias reglas, disciplinas y jerarquías, a despecho del carácter generalmente transitorio de su interacción³⁴. En definitiva, el sector de la desorganización social se identificaba sobre una base meramente tautológica: era socialmente desorganizada la zona que mostraba los mayores índices de delincuencia; pero este juicio no agota la descripción empírica del fenómeno ni los procesos de su formación.

Ulteriormente, de manera paralela a la difusión de las ideas del estructural funcionalismo y de su aplicación al análisis de la conducta desviada desarrollada por MERTON, fueron objeto de especial consideración los efectos latentes o no manifiestos de numerosos fenómenos desviados, bajo la asunción de corte funcionalista de que todo proceso o situación socialmente persistente despliega alguna clase de efecto útil para la conservación o reproducción del sistema, a pesar de los efectos indeseados que puede presentar de manera manifiesta³⁵.

³³ Ver, por todos, PITCH, *La devianza*, cit., ps. 34 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de Criminología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, ps. 643 y siguientes.

³⁴ Una reseña de estos hallazgos y de su significado metodológico en la primera sociología de la desviación, en MATZA, *El proceso de desviación*, cit., ps. 36 y siguientes.

³⁵ Estos desarrollos son sin duda herederos lejanos del funcionalismo durkheimiano, para el que el crimen, dentro de ciertas proporciones, desempeña algunas funciones útiles en el sistema social, puesto que ofrece la ocasión para que, a través de la reacción vengativa y expresiva de la pena, la conciencia colectiva sea reforzada, lo mismo que los vínculos de cohesión social; al mismo tiempo, la presencia de cierto grado de desviación asegura una brecha para un cambio evolutivo en el cuerpo histórico de sentimientos y de valores que componen la conciencia colectiva.

De esta manera pudo determinarse que algunos efectos benéficos podrían esperarse tanto de algunos fenómenos declaradamente desviados como de la forma irregular de actuación de algunas instituciones, tales como la máquina política estadounidense; según MERTON, aunque ésta es fuente de diversas corruptelas como el clientelismo, el intercambio de votos o las designaciones de favor, al mismo tiempo permitiría distribuir algunos beneficios sociales sin pasar por los filtros de la pesada maquinaria burocrática de la asistencia social³⁶. Esta discriminación entre efectos manifiestos y efectos latentes será la que ayudará, en el futuro, a comprender con mayor precisión la forma de actuación social y las razones de la pervivencia y multiplicación de numerosas prácticas corruptas en el campo de la delincuencia económica, del crimen organizado o de la corrupción política³⁷.

El funcionalismo preparó la actitud de los sociólogos a lo que MATZA llamó apreciación (*appreciation*), en el sentido de que, sin caer en el empático romanticismo al que se llegó más adelante³⁸, era necesario apreciar al desviado en cuanto tal, en el conjunto de las circunstancias en las que actúa, y escuchar las razones, las justificaciones y las explicaciones de sus actos de la manera en la que él las vierte, procurando alcanzar una comprensión interna y no externa a los fenómenos que se examinan³⁹.

Aunque debe relevarse que en ocasiones el desviado puede mentir sobre sus propias motivaciones al actuar, o que las percepciones de sí mismo o de su situación se pueden encontrar inconscientemente distorsionadas, la necesidad de escucharlo y de tomar en cuenta lo que dice y lo que siente constituye un

³⁶ Un examen más detallado y crítico de este funcionalismo, con referencia en particular a la corrupción, se desarrollará en el capítulo VI.

³⁷ Aunque, obviamente, el tipo de funcionalismo liberal de MERTON es insuficiente para comprender las profundas significaciones y consecuencias de los fenómenos mencionados en el texto. Los capítulos finales de esta tesis se dedicarán a ese tema.

³⁸ Me refiero a la actitud casi admirativa respecto del desviado, propia de algunas vertientes del interaccionismo simbólico o de la criminología marxista, que de una manera casi romántica veían en aquél al portador conciente o inconciente de un estilo alternativo de vida, de una reacción revolucionaria contra las condiciones de explotación social, o como una víctima de los procesos de criminalización.

³⁹ Nuevamente MATZA, *El proceso de desviación*, cit., ps. 51 y siguientes.

gran paso adelante frente a la actitud originaria que descalificaba de plano cualquier tipo de explicación subjetiva, porque al provenir de un sujeto irremediabilmente enfermo constituía un dato absolutamente irrelevante para el análisis científico.

Este paso forma parte, claramente, del enfoque naturalista de MATZA que, al reconocer al desviado su carácter de sujeto y no de objeto, se encuentra precisado a tomar en cuenta sus propias percepciones acerca de sí mismo y de sus actos.

Y con todo ello ya no es posible, con la ligereza anterior, negar legitimidad al desviado, a sus percepciones y aspiraciones y al mundo que construye a partir de ellas, mundo al que ha otorgado una suerte de organización y dignidad que en nada remeda al universo caótico y oscuro de las primeras representaciones positivistas sobre la cuestión criminal.

2. 4. 4. La ecuación entre la pobreza, la enfermedad y el crimen

El tránsito hacia la apreciación del desviado, de su mundo y de sus razones, por una parte, y hacia el naturalismo, en el sentido de tratar a los desviados como sujetos con una cierta autonomía y por lo tanto escasamente sujetos a leyes causales predictivas de su comportamiento, por la otra, representaban un cambio de por sí significativo hacia una criminología más reflexiva y menos correccionalista.

Sin embargo, algunos perfiles fundantes del modelo tradicional quedaban en pie. Fue precisamente la teoría del delito de cuello blanco la que asestó el golpe más significativo a esas premisas originarias.

Por lo pronto, como una de las supervivencias de la construcción originaria de la criminología, y con mucho la más importante, la ecuación entre la pobreza, la enfermedad y el crimen permanecía invariable, aunque ya no se encontrara fundada en patologías de orden personal. Los déficits sociales que predisponen o determinan —ahora con el menor grado de probabilidad al que nos hemos referido— la conducta desviada seguían siendo los que están asociados con la pobreza o con la enfermedad.

Ello tiene relación con la persistencia en la selectividad de un sistema penal que incorpora en el nivel de la criminalización primaria sólo los delitos de los pobres, y que en el nivel de la aplicación concreta de las leyes sólo criminaliza a las personas pertenecientes a los estratos más desventajados y vulnerables de la población.

Es a partir de esta situación que se genera uno de los tópicos sobre los que luego discurrirá SUTHERLAND, que es el de las estadísticas, en cuanto éstas sólo contienen datos sobre los delitos convencionales, que son atribuidos a los sectores sociales de menores recursos. De este modo, los datos oficiales sobre el funcionamiento del sistema vuelven a confirmar que son los pobres los que delinquen y, finalmente, esta vinculación termina validando la asociación tradicional entre la pobreza y la delincuencia.

La vinculación entre las estadísticas y esa ecuación entre pobreza y delito fue uno de los objetivos principales de la crítica de SUTHERLAND, expresada con estas palabras:

“Los criminólogos han utilizado como datos principales las historias de casos y las estadísticas criminales proporcionadas por las instancias de la justicia. A partir de ello han elaborado teorías generales sobre el comportamiento delictivo. Estas teorías afirman que, dado que la criminalidad está concentrada en la clase baja, está originada por la pobreza o por características personales o sociales que se cree que están asociadas estadísticamente con ella, tales como la debilidad mental, las desviaciones psicopáticas, los barrios bajos poblados por delincuentes, así como las familias deterioradas. Esta afirmación no hace justicia, por supuesto, a las modificaciones y variaciones que han sufrido las teorías convencionales del comportamiento delictivo, pero expresa adecuadamente su principal tendencia. La tesis defendida en este trabajo es que la concepción implícita en las explicaciones del delito descriptas hasta ahora es engañosa e incorrecta, ya que el delito, de hecho, no está correlacionado estrechamente con la pobreza, ni con las condiciones psicopatológicas o sociopatológicas asociadas a ella, y por tanto, una explicación apropiada del comportamiento delictivo debe transcurrir por otras vías totalmente distintas”⁴⁰.

En este punto y al cabo de las diferentes versiones de la sociología de la desviación, desde los primeros estudios ambientalistas hasta las teorías estructural funcionalistas y las últimas correcciones subculturales, la pregunta por las causas había encontrado una ambigua respuesta de compromiso. Causas eran todavía todos los factores que, combinados de alguna u otra manera, se encuentran presentes con mayor probabilidad ante la presencia del crimen.

⁴⁰ SUTHERLAND, *Delincuencia de cuello blanco*, en SUTHERLAND, *Ladrones profesionales*, cit., p. 220.

De allí que este enfoque, denominado multifactorial, pretendía dar cuenta de la presencia de una cantidad casi indeterminada de variables a las que se atribuía acción criminógena, cuya reunión en algún entramado significativo era considerado terreno fértil para el despliegue de conductas desviadas, tanto individuales como grupales. Pero todos estos factores se encuentran asociados desde siempre con la idea de déficit, defecto o patología: la causa del delito era, siempre, una particular combinación de déficits variados.

Sin embargo, lo que era difícil explicar era que también en presencia de los mismos factores, asociados de idéntica o de similar manera, los sociólogos se encontraban frente a conductas socialmente conformistas u observantes de la ley. Ello sugería la necesidad de encontrar alguna fórmula científica que permitiera aislar el elemento que se encontraba presente cada vez que se manifestaba la conducta desviada, y que se hallaba ausente en el caso contrario.

La necesidad de dar una satisfacción a este interrogante fue uno de los objetivos de SUTHERLAND, cuya respuesta se encuentra íntimamente ligada al segundo grado de la apertura que había venido ofreciendo la sociología de la desviación, aunque todavía en el marco general de una criminología que conservaba, de una manera cada vez más lejana, su primitiva raíz positivista.

2. 4. 5. La homogeneidad social

Esa segunda apertura fue la puesta en crisis de la idea de la homogeneidad cultural y normativa de la sociedad estadounidense.

Si se trata de definir la desviación, es innegable que ella debe hacerse a partir de establecer cuáles son las normas, las pautas de conducta o las expectativas sociales de las cuales el acto cuestionado se aparta. Para la identificación de ese cuerpo normativo entran en juego los enfoques sustancialmente consensuales de la sociedad, que fueron clásicos en la teoría sociológica estadounidense, en especial a través del estructural funcionalismo, que consideraba a la sociedad como un único sistema fundado en una estructura de normas y de valores que han llegado a ser compartidos por todos sus integrantes a través de los procesos de la llamada socialización primaria.

Estas perspectivas sociológicas, fundadas y orientadas a la integración, parten de la base de que las reglas culturales, las

normas sociales y los valores de la sociedad estadounidense guardan una unidad esencial, y que desde allí es posible divisar los fenómenos de discordancia.

Sin embargo, una lectura más atenta de la realidad de esa sociedad, a través de las investigaciones de campo realizadas por los sociólogos de la primera Escuela de Chicago y de los enfoques subculturales que florecieron más tarde a la sombra del esquema general del estructural funcionalismo, determinó la existencia de formas culturales colectivas que presentaban rasgos diferenciales respecto de los valores y de las pautas de conducta consideradas centrales a la sociedad norteamericana⁴¹. Esas diferencias demostraron, de alguna manera, que estas pautas centrales no eran sino la proyección al resto del cuerpo social de los valores y de las formas de vida de la clase media.

En esas perspectivas subculturales edificadas en torno a una raíz mertoniana, se trataba por lo general de adaptaciones colectivas a las situaciones de tensión o de privación social, especialmente entre los grupos juveniles. Estas subculturas, aunque consideradas en general una especificación desviada y en definitiva derivada de la cultura general, permitieron poner de manifiesto la existencia de formas distintas de organización social, cuyo valor de alternatividad o su legitimidad eran no obstante escasamente reconocidos. Idéntico recorrido tuvo el análisis sobre las organizaciones gangsteriles, aunque aquí también se denotó la existencia de reglas de organización estables y diferenciadas, por lo menos en cuanto dirigidas hacia el interior de estas organizaciones.

No obstante todo ello, en sustancia no fue alterada la asunción, profundamente arraigada por otra parte, de que en última instancia los fenómenos desviados presentaban una cierta ontología diferencial respecto de los comportamientos conformes, aun-

⁴¹ Fue no obstante sumamente discutido si las subculturas representaban efectivamente una inversión o una oposición a los valores de la clase media, o simplemente traducían la adopción de formas alternativas de acceso a los mismos objetivos, valores y aspiraciones de los integrantes de la sociedad general: todas las personas comparten la búsqueda del éxito, del dinero o del bienestar, a veces por distintos caminos determinados sobre todo por la escasez de las oportunidades sociales para alcanzarlos; a veces, sin embargo, la dificultad lleva a invertir esos valores o a sustituirlos por otros; la discusión sobre este tema, en particular sobre los valores subterráneos en la obra de SYKES y MATZA, véase en TAYLOR, WALTON y YOUNG, *La nueva criminología: contribución a una teoría social de la conducta desviada*, cit., ps. 192 y siguientes.

que aquéllos tuvieran que ser analizados bajo el prisma de la confrontación con las reglas de la cultura general. Había siempre algo distinto en el desviado, que debía ser identificado, por lo menos en cuanto al proceso causal de su formación. Pero en esta tarea habían fallado las teorías multifactoriales.

2. 4. 6. El aprendizaje de la desviación

Pronto debieron reconocerse dos circunstancias que cuestionaban las asunciones previas.

Por una parte, era ya evidente que existían grupos que contaban con una organización social para cuya caracterización no era ya suficiente ni adecuado el concepto de desviación, puesto que podían ostentar rasgos de alternatividad cultural suficientemente establecidos y consolidados: constituían mundos dotados de valores en competencia o en oposición con los de la sociedad global, por lo que la vigencia de los mandatos normativos que definían a ésta distaban ya mucho de ser universales. La sociedad no podía ya ser un sistema único de normas y valores, sino la yuxtaposición o articulación de grupos portadores de pautas e intereses diferentes, que mantenían una complicada y conflictiva relación.

Por la otra, que el dato que explicaría la adopción de una conducta criminal no radica en ninguna situación gravosa o distinta que caracterice, condicione o determine al desviado, ni por sus carencias o defectos individuales, ni por las privaciones sociales a las que se encuentra sometido, ni por déficits en la resistencia a la presión ejercida por el control social. Todas estas condiciones, consideradas patológicas en sí, no explican la persistencia en la conformidad que expresan la mayoría de las personas, aún cuando se encuentren en las situaciones en las que aquellas condiciones también están presentes y, por lo tanto, no satisfacen los requisitos de una teoría científica sobre las causas de la desviación: no puede ser causa aquello que también se encuentra presente cuando el efecto no se produce.

Por el contrario, la desviación debe ser atribuida a un proceso cuya patología es inexistente, y éste vino a ser el del aprendizaje, que es exactamente igual y tan normal como cualquier otro proceso de aprendizaje orientado a la conformidad. Lo que se aprende, en asociación con pautas criminales, es la posibilidad de definir como viables para la desviación situaciones que, en un aprendizaje no significativo, se valoran de manera distinta. Las diferencias en el número, prioridad, intensidad y frecuencia de los contactos con pautas criminales o con personas

portadoras de tales pautas, en relación con los portadores de pautas conformistas o en relativo aislamiento con éstos, determinan la orientación del aprendizaje que, como tal, no presenta diferencias ontológicas con el proceso normal.

Estas perspectivas estaban contenidas en los trabajos del propio SUTHERLAND sobre la asociación diferencial y la organización social diferencial –formuladas por primera vez en sus *Principles of Criminology*, en 1939, y desarrolladas más tarde en la edición de 1947–, al señalar la existencia de una organización diferenciada con objetivos criminales, dentro de la cual la conducta criminal es el resultado de un proceso de aprendizaje que no difiere sustancialmente de cualquier otro aprendizaje orientado a la conformidad.

Para SUTHERLAND, el proceso se compone de los siguientes puntos: a) el comportamiento criminal es un comportamiento aprendido; b) tal comportamiento se aprende a través del contacto con otras personas y por medio de procesos de comunicación; c) es aprendido en el marco de relaciones interpersonales directas; d) junto con el comportamiento criminal se aprenden también las técnicas necesarias para la comisión del delito y una orientación específica que se vincula con los motivos, las tendencias impulsivas, las valoraciones y las actitudes en relación con el crimen; e) la orientación impresa a los motivos y a las tendencias impulsivas dependen de la interpretación, favorable o desfavorable, de los principios sancionados por las leyes; f) se deviene criminal cuando las interpretaciones contrarias al respeto a la ley son prevalecientes respecto de aquéllas favorables; g) las asociaciones diferenciales pueden variar en relación a la frecuencia, duración, prioridad e intensidad del contagio; h) el proceso de aprendizaje del comportamiento criminal implica los mismos mecanismos empleados en cualquier otro tipo de aprendizaje; i) aunque el comportamiento criminal es la expresión de un complejo de necesidades y de valores, no se puede explicar en estos términos como criterio diferencial, dado que también el comportamiento honesto tiene como referencia las mismas necesidades y valores⁴².

⁴² SUTHERLAND, Edwin, *Principles of Criminology*, Ed. Lippincott, Philadelphia, 1947; SUTHERLAND, Edwin y CRESSEY, Donald R., *Criminology*, Ed. Lippincott, 10ª ed., ps., 80 y ss.; véase también CERETTI, *L'orizzonte artificiale*, cit., ps. 217 y siguientes.

En este sentido resulta clara la afirmación de la normalidad del proceso que lleva a la adopción de pautas desviadas de conducta, que no se diferencia ontológicamente de cualquier otro proceso (de aprendizaje o de asociación subjetiva con pautas de conducta) orientado a la conformidad. Ello constituyó un cambio significativo en la paradigma etiológico de la disciplina, ya que a partir de ello ya no fueron necesarias ni apropiadas las explicaciones de la conducta criminal centradas en alguna clase de déficit –personal o social– objetivamente reconocible. Ya había perecido la necesidad de considerar al delincuente como un anormal o un desventurado.

2. 4. 7. *Los procesos de criminalización*

El cuestionamiento del postulado de la integración cultural y normativa de la sociedad estadounidense y la puesta en crisis de toda distinción ontológica del delito, desde el punto de vista de su etiología, fueron ulteriormente acompañados por el florecimiento de las corrientes que, sobre la base del enfoque interaccionista de G. H. MEAD y de los desarrollos de la etnometodología, dieron lugar a enfoques criminológicos orientados al estudio de los procesos de criminalización. Estos procesos llegaron a sustituir, por lo menos en parte, el interés originario de la criminología, centrado absolutamente en el crimen y en el criminal. Con este nuevo itinerario, el objetivo de la disciplina se dirigió a establecer las formas y los procedimientos a través de los cuales un comportamiento es considerado criminal, puesto que partía de la convicción de que un acto es criminal en tanto y sólo en tanto ha sido definido como tal⁴³.

Es este el punto de mayor ruptura del llamado paradigma etiológico –inspirado en la búsqueda de las causas del delito–, para dar paso al de la reacción social –centrado en el análisis de

⁴³ Según Howard BECKER, uno de los fundadores de la corriente conocida como interaccionismo simbólico en criminología, o *labelling theory*, una conducta debe ser considerada desviada no en atención a sus cualidades intrínsecas, sino en virtud del hecho de que ha sido etiquetada exitosamente como desviada. Sobre estos puntos ver sobre todo BECKER, Howard, *Outsiders: saggi sulla sociologia della devianza*, Ed. Gruppo Abele, Torino, 1997, cap. I. Un panorama completo de esta perspectiva, en CIACCI, Margherita (a cura di), *Interazionismo simbolico*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1983, y en los trabajos compilados en DEL OLMO, Rosa, *Estigmatización y conducta desviada*, Ed. Universidad del Zulia, Maracaibo.

los procesos de criminalización-, que marca irreversiblemente la evolución posterior de la criminología.

Aunque las etapas previas de este pasaje, recorridas por la llamada sociología de la desviación, no traducen los cambios metodológicos que implicó la ruptura del paradigma etiológico y el desarrollo de los múltiples enfoques centrados en la reacción social y el llamado "*labelling approach*", ciertamente han preparado su advenimiento⁴⁴. Para ello debió verificarse la crisis de las explicaciones del fenómeno delictivo, construidas sustancialmente a partir de factores individuales de orden biológico o psicológico, junto con el progresivo debilitamiento de la actitud científica correccionalista, la disolución de la visión de una sociedad consensual unificada y la superación de la interpretación patologizante del mundo desviado: estos trayectos suponen un salto cualitativo trascendente en la llamada cuestión criminal.

El paso ulterior, hacia el umbral del nuevo paradigma del *labelling*, no fue dado por SUTHERLAND, pero es evidente que sus aportes en el plano criminológico, si bien enmarcados dentro de una explicación todavía etiológica y ambientalista de la conducta criminal, prepararon el camino para los desarrollos subsiguientes.

Pero, de manera precisa, una de las afirmaciones centrales de su teoría del delito de cuello blanco guarda una estrecha relación con la perspectiva del etiquetamiento, cuando sostiene que los contrastes observables entre los delitos convencionales y los cometidos en el área de los negocios obedecen, más que a ontologías diversas, a la forma diferencial en que han sido predispuestos los órganos y los mecanismos de control⁴⁵.

Aunque más adelante se insistirá sobre el particular, conviene ahora transcribir uno de los párrafos más significativos:

"... una descripción de los delitos de cuello blanco será también en términos generales una descripción de los delitos de la clase baja. Los puntos de vista en los que difieren los delitos de ambas clases son más bien accidentales que esenciales en lo que se refiere al campo de la delincuencia, y difieren sobre todo en la forma en que se les aplican las leyes penales. Los delitos de la clase

⁴⁴ Véase BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Ed. Siglo XXI, México, 1986, ps. 83 y ss., y apéndice.

⁴⁵ Este punto se examinará sobre todo en el capítulo IV de esta tesis.

baja están en manos de policías, fiscales y jueces y reciben sanciones penales en forma de multas, penas de prisión y penas de muerte. Los delitos de la clase alta o bien no son objeto de acciones oficiales o bien se transforman en litigios por daños en la esfera de la jurisdicción civil, o están en manos de inspectores, consejos de administración y comisiones, y sus sanciones penales suelen ser amonestaciones, ceses, expulsiones, pérdidas de licencias en determinados casos, y, sólo en casos extremos, multas o penas de cárcel. Por consiguiente los delincuentes de cuello blanco están administrativamente separados del resto de los delincuentes y, en gran parte por esto, no se consideran a sí mismos verdaderos delincuentes, ni son considerados como tales por el público en general o por los criminólogos"⁴⁶.

Sea como fuere, es en el fértil y sumamente rico terreno científico de la sociología de la desviación que se inscriben los trabajos de SUTHERLAND sobre la criminalidad de cuello blanco, a caballo entre las tradicionales interpretaciones etiológicas de la criminalidad y las modernas teorías del etiquetamiento, del conflicto y los enfoques críticos posteriores, cuyo advenimiento sin duda prepara.

Tienen el valor inconstrastado, no sólo en el campo específico de cierta forma de criminalidad no tradicional, sino en el más general de la teoría criminológica general, de descubrir un vasto sector de la problemática criminal hasta entonces apenas entrevisto por los estudiosos. Fue desarrollado en una medida y con una profundidad tal que, hasta el presente, ninguno de los trabajos dedicados al tema pudo prescindir de la consideración de la obra de SUTHERLAND, o evitar partir, virtualmente, de sus conclusiones⁴⁷.

Develar que el fenómeno criminal no es patrimonio de los pobres y marginales, sino que atañe a todas las capas de la población, importó el golpe de gracia a las teorías de base biológica o hereditaria como explicación etiológica del delito, un ataque frontal a las de orden psicológico basadas en el instintivismo, y

⁴⁶ SUTHERLAND, *Delincuencia de cuello blanco*, en SUTHERLAND, *Ladrones profesionales*, cit, p. 229.

⁴⁷ Hermann MANNHEIM sostuvo que, de existir un premio Nobel de Criminología, éste ciertamente debería ser adjudicado a SUTHERLAND (MANNHEIM, Hermann, *Trattado di criminologia comparata*, Ed. Giulio Einaudi, Torino, 1975, p. 515).

una rotunda desmentida a las basadas en la tradicional asociación con la pobreza y la enfermedad.

Pero aún más importante fue demostrar con rigor indiscutible que la conducta criminal de las clases pudientes no se encuentra sometida a punición o a estigmatización en la misma medida en que lo está la criminalidad tradicional. De esta forma, sus trabajos sugieren la existencia de ciertas formas de protección o de inmunidad respecto de ciertas actividades, sustancialmente de orden económico, pero también político, no obstante su dañosidad social o el estar formalmente penalizadas por las leyes.

Este último punto constituye un dato necesario para la comprensión crítica del sistema penal y de su función como garante del proyecto político y económico de las clases dominantes de una sociedad. También es necesario para reconocer la existencia de ciertas protecciones o inmunidades estructurales concedidas a (o logradas por) algunos de los modos en los que se despliegan las relaciones económicas y políticas, a despecho de su nocividad social.

Pero el tipo de conocimientos que se alcanza no se agota en el ámbito del sistema penal o en el de las actividades directamente afectadas por éste. El tipo de relaciones que se acaba de señalar es el que, de una manera aparentemente indirecta pero fiel, permite comprender de manera más profunda la forma en que una sociedad establece sus modos de convivencia y de esta manera la visión obtenida se desplaza al conjunto de la sociedad⁴⁸.

⁴⁸ Podría parecer una exageración que se afirme que el estudio de la delincuencia o de una particular forma de ella es esencial para el estudio de las relaciones sociales en un sentido más general. Sin embargo, el tratamiento otorgado a lo prohibido guarda una relación directa con las formas o con el ámbito de lo permitido. El caso del delito de cuello blanco es especialmente significativo, pues el conocimiento de este fenómeno se despliega en el ámbito en el que se desenvuelven las relaciones políticas y económicas dominantes en cualquier sociedad, y por lo tanto contribuye a iluminarlo de manera precisa. Esta opinión, por otra parte, parece haber sido también sustentada por SUTHERLAND, quien habría dicho: "El objetivo fundamental en el ámbito sociológico debería ser el de arribar a afirmaciones de carácter general sobre la sociedad (...) He elegido el comportamiento delincuencia como el área específica sobre la cual apuntar la atención. Mi interés por el comportamiento delincuencia no está en el control de la criminalidad, sino que nace del propósito de clarificar —a través del estudio criminológico— el funcionamiento de la sociedad entera"; la cita es de tercera mano: aparece sin mayores referencias en ODUM, H. W., *Edwin Suther-*

Puede entonces afirmarse, a modo de provisorio punto de partida; que la obra de Edwin SUTHERLAND sobre la criminalidad de los cuellos blancos constituye una base necesaria para el desarrollo de una visión crítica de la sociedad, de la cual es parte esencial el examen de las formas de conducta desviada, criminal o nociva de sus clases poderosas, así como de sus inmunidades.

land, en "Social Forces", 29, 1950, ps. 348-349; a su vez citado por Adolfo CERETTI e Isabella MERZAGORA en *Introduzione*, a CERETTI, Adolfo y MERZAGORA, Isabella (a cura di), *La criminalità dei colletti bianchi e altri scritti di Edwin H. Sutherland*, Ed. Unicopli, Milano, 1986, p. 17.

Capítulo III

La teoría del delito de cuello blanco

La investigación de Sutherland y la identificación del campo empírico. Delito de cuello blanco. Su carácter delictivo. Tentativas de definición, denominación y delimitación del campo empírico. *Respectable crime*. Delito ocupacional. Delito económico. Delito de las corporaciones. El problema de la etiología

1. La investigación de Edwin Sutherland

1. 1. La delimitación de un nuevo campo empírico

El primer elemento a considerar en la teoría del delito de cuello blanco es que con ella se ha identificado una franja de conducta criminal perteneciente a las capas superiores de la sociedad, que hasta el momento no habían sido advertidas o no habían recibido atención suficiente por parte de los criminólogos bajo la forma de un análisis sistemático.

Algunos antecedentes remotos existían, como los de EVANS en 1858 y HILL en 1872⁴⁹, pero de mayor significación fueron tres académicos que afrontaron el tema en los inicios del siglo XX, Charles HENDERSON⁵⁰, Edward Alsworth Ross y Albert MORRIS.

ROSS, en 1907, escribió sobre el *criminaloide*, designación que refiere a quienes prosperan a través del empleo de prácticas criminales en el curso de su ocupación, pero que no habían caído bajo la opinión adversa del público; éstos no expresan, dice, un impulso malvado, sino una insensibilidad moral que se traduce en un doble estándar de moralidad, demostrando altas virtudes en la vida familiar y prácticas reñidas con la ética en el ámbito cívico y de los negocios⁵¹.

⁴⁹ Citados en PARADISO, Pietro, *La criminalita negli affari, un approccio criminologico*, Ed. Cedam, Padova 1983, cap. 1.

⁵⁰ HENDERSON, Charles R., *Introduction to the study of the dependent, defective, and delinquent*, Ed. Heath, Boston 1901, citado por GREEN, Gary S., *Occupational crime*, Ed. Nelson Hall, Chicago, 1996, p. 3.

⁵¹ Ross, Edward A., *The criminaloid*, en GEIS, Gilbert y MEIER, Robert M., *White-Collar Crime*, The Free Press, New York, 1968, p. 29.

Ya en 1934, poco tiempo antes del desarrollo de SUTHERLAND, Albert MORRIS se había referido a aquellos que, a causa de su posición social, su inteligencia y técnica del crimen, están en condiciones de moverse entre los demás ciudadanos virtualmente inmunes a toda consideración o condena de ser criminales. Los denominó *criminals of the upperworld*⁵².

Sin embargo, ninguno de estos trabajos tuvo mayores repercusiones en un ambiente científico dominado entonces por dos inescindibles conexiones: pobreza y diversidad, criminalidad y violencia, para el cual parecía ciertamente inusual sostener que el tipo más serio de conducta criminal estaba situado entre la gente respetable. Una afirmación como ésa no podía ser percibida con suficiente amplitud, entonces, ni por la opinión pública ni por los tribunales.

Debe no obstante recordarse que la opinión pública había sido sacudida por una serie de trabajos periodísticos e investigaciones que representaron alrededor de noventa libros y más de dos mil publicaciones en diarios y revistas que denunciaban alianzas escandalosas entre los negocios y la política, especialmente el soborno de servidores públicos. Estas publicaciones tuvieron lugar especialmente durante la primera década del siglo XX, y fueron denominados *muckrakers* por el presidente Teddy ROOSEVELT, una expresión que señala de manera despectiva pero gráfica a los que revuelven o rebuscan en la basura o el estiércol.

Las más importantes de esas publicaciones fueron los libros de Ida TARBELL sobre los negocios de la *Standard Oil Company* y de Upton SINCLAIR sobre las prácticas peligrosas en la industria de la carne. Dos décadas después, el libro de Matthew JOSEPHSON sobre la historia de los magnates ladrones⁵³ desnudó las prácticas abusivas de los primeros grandes empresarios capitalistas de Estados Unidos, como los ROCKEFELLER, MORGAN, VANDERBILT y CARNEGIE, especialmente en la industria ferroviaria, durante la segunda mitad del siglo XIX⁵⁴.

⁵² MORRIS Albert, *Criminology*, New York, 1934, citado por PARADISO, *La criminalita negli affari*, cit., cap. 1; MORRIS, Albert, *Criminals of the upperworld*, en GEIS, Gilbert, *White Collar Criminal*, Atherton Press, New York, 1968, citado por GREEN, *Occupational crime*, cit., p. 4.

⁵³ JOSEPHSON, Matthew, *The robber barons*, Ed. Harcourt Brace, New York, 1934.

⁵⁴ Cfme. GEIS, MEIER y SALINGER, *White collar crime: classic and contemporary views*, cit., *Introduction*, p. 11; y GREEN, *Occupational crime*, cit., p. 2.

Corresponde señalar que, en el ámbito académico, Willen BONGER, en su *Criminality and Economic Conditions* de 1916, había sido el primero en desarrollar desde la perspectiva marxista una teoría criminológica que incorporaba la categoría del crimen en las oficinas (*crime in the suites*) junto a la del crimen en las calles (*crime in the streets*), y atribuía ambos al desarrollo del egoísmo por sobre las actitudes altruistas, provocado por la influencia del capitalismo que, por un lado, enardecía la avaricia de los burgueses mientras que, en el otro extremo, engendrabá actitudes criminales a través de las miserables condiciones de vida impuestas a las clases trabajadoras⁵⁵.

Es cierto también que se habían realizado estudios sociológicos sobre la clase superior y para ello quizá baste tan sólo recordar los trabajos de WEBER al respecto⁵⁶, y que el término "*white collar*" en la literatura sociológica fue más adelante utilizado para referirse a la clase media americana, entre lo que Wright MILLS denominó la élite del poder y la clase obrera, pero estos trabajos no enfocaron sino marginalmente fenómenos de criminalidad.

Fueron, en cambio, los trabajos de SUTHERLAND los que incorporaron definitivamente este nuevo campo de labor y análisis a la Criminología, bajo la forma de un estudio científico sistemático.

SUTHERLAND vinculó los fenómenos criminales con un sector de la estratificación social con el cual, hasta entonces, pocas veces habían coincidido. El crimen había sido siempre patrimonio casi exclusivo de las clases más bajas desde el punto de vista socioeconómico. La delincuencia o las conductas irregulares de las personas pertenecientes a los estratos medios o superiores prácticamente no contaban en las estadísticas de los hechos delictivos y sus conductas, y aun cuando pudieran estar legalmente desaprobados, no recibían reproche social en la misma medida en que la recibían los delitos pertenecientes a la criminalidad convencional.

De esta forma, SUTHERLAND tuvo el mérito de vincular dos nociones que, hasta entonces, se consideraban como pertene-

⁵⁵ Conf. BRAITHWAITE, *White Collar Crime*, cit., p. 116.

⁵⁶ WEBER, Thorstein, *La teoría della classe agiata*, Ed. Rizzoli, Milano, 1981 (título original: *The theory of the leisure class*).

cientes a dos mundos separados y opuestos: clase alta y criminalidad. Esta conjunción de campos empíricos fue lo que para él constituyó el *white collar crime*, concepto que presentó en una célebre disertación dirigida en 1939 ante la American Sociological Association.

1. 2. La definición y sus notas distintivas respecto de la criminalidad convencional

SUTHERLAND definió al delito de cuello blanco como:

“un delito cometido por una persona de respetabilidad y estatus social alto en el curso de su ocupación”⁵⁷.

Con ese concepto se identifica adecuadamente un campo específico para la investigación criminológica, que hasta entonces había permanecido inexplorado y poco menos que desconocido.

La fórmula no consiste en una mera superposición teórica de esferas diversas, sino que proviene de una investigación empírica realizada por SUTHERLAND sobre novecientos ochenta decisiones tomadas por diversos tribunales y comisiones administrativas en contra de setenta de las más grandes empresas comerciales e industriales de los Estados Unidos, en relación a una serie limitada de infracciones a las normas concernientes a la actividad económica. Las infracciones que constituyeron el objeto de la investigación estaban constituidas por violaciones a la prohibición de actividades monopólicas, a las leyes contra falsedades en la publicidad, a las leyes sobre patentes, derechos de autor y marcas de fábrica, y a las leyes sobre relaciones laborales.

El trabajo desarrollado permitió verificar una cantidad importante de sentencias y de decisiones condenatorias en relación a este conjunto de empresas, lo que lo llevó a la conclusión de que las corporaciones cometen delitos en una proporción que es parangonable en cantidad y en calidad a las del delito convencional.

Esta afirmación asume el valor de un auténtico descubrimiento desde el punto de vista de la teoría criminológica general, puesto que permitió encarar frontalmente algunos de los

⁵⁷ SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, cit., p. 13.

problemas de fondo de la criminología, tales como la distribución de la conducta desviada entre las distintas capas sociales, el número oscuro de la delincuencia y el fenómeno de la aplicación diferenciada y selectiva de la ley penal.

SUTHERLAND demostró que la conducta criminal se encontraba distribuida en forma más o menos proporcional en todas las capas y sectores sociales, con lo que no era patrimonio exclusivo o preponderante de la *lower class*. Probó también que la ley penal no tenía una aplicación indiferenciada respecto de las distintas posiciones sociales de los autores de las infracciones sancionables, y que en parte por ello las estadísticas habituales sobre la delincuencia no reflejaban adecuadamente la real dimensión ni la distribución del fenómeno criminal.

Respecto de esto último, señaló que las estadísticas habituales sobre delincuencia no son demostrativas de la realidad, al encontrarse afectadas por una doble distorsión: en primer lugar, porque el mayor poder político y económico de las personas de la clase socioeconómica alta los hace escapar al arresto y a la condena mucho más fácilmente que a los de la clase más baja, al estar en condiciones de contratar abogados más hábiles e influir más efectivamente sobre la administración de justicia y, en segundo lugar –a lo que SUTHERLAND asigna mayor importancia–, por la parcialidad de esa misma administración en la aplicación de las leyes atinentes a los negocios y las profesiones, esto es, las que comprenden exclusivamente a los sectores socioeconómicamente altos:

“... este tipo de infracciones no suscitan la intervención de los tribunales penales, no dan lugar a arrestos por policías uniformados, ni provocan penas de prisión, y las violaciones de la ley, que en general son sometidas a comisiones administrativas, tribunales civiles o de equidad, no son incluidas en las estadísticas corrientes de hechos criminales”⁵⁸.

Pero sobre todo significó romper con algunos de los mitos más arraigados en los estudios de su época, desplegados en el marco de las asunciones etiológicas corrientes, que se fundaban en una íntima asociación entre la pobreza, las patologías sociales y personales y la delincuencia. En rigor, estas asociaciones se

⁵⁸ SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, cit., p. 13.

referían sobre todo al delito convencional, típico de las clases bajas, de quienes se predicaba peligrosidad.

En efecto, en una clara síntesis de las posiciones más usuales respecto de la delincuencia, SUTHERLAND sostiene que:

"Como estos casos están concentrados en la clase socioeconómica baja, las teorías sobre la conducta delictiva le han dado gran importancia a la pobreza como causa del delito o a otras condiciones sociales y rasgos personales que están asociados con la pobreza. La suposición en estas teorías es que la conducta delictiva puede ser explicada sólo por factores patológicos, ya sean sociales o personales. Las patologías sociales que han sido subrayadas son la pobreza, y relacionada con ésta, la mala vivienda, la falta de recreación organizada, la falta de educación y los rompimientos de la vida familiar. Las patologías personales que han sido sugeridas como explicaciones de la conducta delictiva eran, primero, anormalidades biológicas; cuando los estudios de investigación pusieron en duda la validez de estas explicaciones biológicas, la siguiente explicación fue la inferioridad intelectual y recientemente la inestabilidad emocional. Algunos de estos estudiosos creían que las patologías personales eran heredadas y eran la causa de la pobreza, así como de la conducta delictiva, mientras que otros creían que las patologías personales eran producidas por la pobreza y por las condiciones patológicas asociadas con la pobreza, y que esta patología personal contribuía a la perpetuación de la pobreza y de las patologías sociales relacionadas"⁵⁹.

Su tesis es:

"... que estas patologías sociales y personales no son una explicación adecuada de la conducta delictiva (...) que las personas de la clase socioeconómica alta participan en bastante conducta delictiva"⁶⁰.

Esta conducta será diferente de la que corresponde a la clase socioeconómica baja, pero no en sus características esenciales sino básicamente en los procedimientos administrativos

⁵⁹ SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, cit., p. 11.

⁶⁰ SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, cit., ps. 11, 13.

que se utilizan en el tratamiento de los delincuentes; obviamente, ese tipo de diferencias de orden social no serán ya decisivas ni importantes desde el punto de vista de la causación del delito, ya que

“lo significativo del delito de ‘cuello blanco’ es que no está asociado con la pobreza, o con patologías sociales y personales que acompañan la pobreza”⁶¹.

Este nuevo sector abierto a la investigación científica en criminología significó una irreversible y fecunda adquisición, hasta el punto de que ningún análisis serio sobre la llamada cuestión criminal ha podido omitir algún tipo de consideración hacia la temática inaugurada por SUTHERLAND, tanto si pretende enfocar la criminalidad de las clases altas de una sociedad, como si se orienta al fenómeno considerado en su totalidad.

En ello reviste la excepcional importancia de ese desarrollo, aunque debe relevarse la existencia de algunas ambigüedades en la fórmula definitoria y en la argumentación que la sostiene –sobre las que volveremos adelante–. Estas ambigüedades dieron origen a diversas y ricas controversias sobre los alcances y los límites del fenómeno que SUTHERLAND dio en llamar “*white collar crime*” y sobre la denominación técnica que correspondía acordar a esta nueva temática.

Ambas cuestiones, la del nombre y la del objeto definido por este nombre, se encuentran inseparablemente unidas en las discusiones criminológicas posteriores y son causa, como tendremos luego ocasión de examinar, de nuestra inicial insatisfacción respecto de la elaboración teórica que sobre el delito de cuello blanco produjo la criminología estadounidense y europea en general.

2. ¿Es un delito el delito de cuello blanco?

2. 1. La tesis positiva de Sutherland

En este apartado nos proponemos examinar una de las discusiones más importantes a que ha dado lugar la problemática del delito de cuello blanco: la relatividad de su carácter delictivo.

⁶¹ SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, cit., p. 14.

Para ello lo hemos denominado con el título empleado por SUTHERLAND en un artículo de 1945⁶², para sostener su convicción de que los hechos que afrontaba en su estudio constituían verdaderos delitos. Su tesis se pronunciaba en contra de la opinión corriente –tanto en el ámbito de la opinión pública como en los círculos académicos– que sostenía que de ninguna manera podía atribuirse carácter delictivo a comportamientos que son propios o habituales en el área de los negocios y que al ser observados con naturalidad se hallan al margen de la reprobación social suscitada por los verdaderos delitos (convencionales).

La investigación de SUTHERLAND había tomado como base de su análisis 980 decisiones condenatorias tomadas por diversos tribunales y comisiones en contra de setenta grandes corporaciones. Una muestra de la fortaleza de la opinión contraria la da el hecho de que el editor de su libro se negó a incluir en él los nombres o las designaciones de las compañías afectadas por esos precedentes, por temor a ser objeto de juicios por difamación⁶³.

SUTHERLAND se pregunta si es posible aplicar el término delito a los hechos que motivaron estas decisiones y, si la respuesta fuera afirmativa, cuál es la razón por la cual los criminólogos no han considerado al delito de cuello blanco como análogo al crimen convencional. Recurre entonces a una definición corriente de delito como medio para verificar si los hechos analizados deberían incluirse dentro de los límites de una teoría de la conducta delictiva, y lo describe como una conducta definida legalmente por el Estado como daño a ese Estado y contra el cual él mismo debe reaccionar, por lo menos como último recurso, por medio del castigo⁶⁴.

Sobre la base de identificar los dos elementos que componen la definición de delito –la descripción legal de un acto como socialmente dañino y la previsión legal de una pena para ese acto– examina los casos de las infracciones más frecuentes en el comer-

⁶² SUTHERLAND, Edwin, *Is white collar crime crime?*, en "American Sociological Review", X, 1945, ps. 132-139.

⁶³ Recién varias décadas después se pudo publicar la versión completa (*The uncut version*), que consignaba los nombres de esos "delincuentes" de cuello blanco que habían sido omitidos en las ediciones anteriores.

⁶⁴ SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, cit., ps. 29-30.

cio y en la industria. Para ello considera cuatro clases de infracciones: las leyes antimonopólicas, las leyes contra la falsa publicidad, las leyes de relaciones laborales y las leyes de infracciones en materia de patentes, derechos de autor y marcas de fábrica.

La conclusión es que en las infracciones consideradas en su trabajo pueden reconocerse ambos requisitos: por una parte, la protección de ciertos intereses considerados socialmente valiosos, representados en general por los intereses de los consumidores y por las reglas de la libre competencia, las reglas del comercio y de la industria, la protección debida a los obreros en relación a la coerción que pueden sufrir en el marco de la relación laboral o a las distorsiones producidas por las huelgas u otras medidas semejantes, como también los derechos de libre empresa y de propiedad, necesarios para el progreso económico general; la dignidad de todos estos intereses convierten en socialmente dañinas las conductas que los afecten.

Por otra parte, la previsión de procedimientos y sanciones que, o bien típicamente penales como la prisión y la multa, o bien de corte administrativo como ciertos mandatos de cese u otras estipulaciones coercitivas por parte de las autoridades de aplicación, así como el pago de daños punitivos que se suelen establecer en un monto mayor –generalmente triplicado– al de los daños reales, satisfacen el concepto corriente de castigo, aún de una manera limitada⁶⁵.

Los atributos del castigo, según SUTHERLAND, estarían demostrados por el hecho de que todas esas sanciones, maguer su heterogeneidad, se encuentran originariamente diseñadas para producir sufrimiento, de una manera que toma la forma de la vergüenza pública. En este enfoque toma especial relevancia la publicación de la decisión adversa a las compañías transgresoras; la publicidad de la sanción aplicada a una empresa comercial tendería, de la misma manera que las penas públicas de la legislación penal inglesa antigua, a provocar vergüenza pública como forma de sufrimiento, dado que su prestigio en el mercado asume para ellas radical importancia⁶⁶.

En consecuencia, SUTHERLAND afirma que el delito de cuello blanco es tan delito como lo son los crímenes convencionales.

⁶⁵ SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, cit., ps. 30 y siguientes.

⁶⁶ SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, cit., p. 35.

Reconoce, sin embargo, que algunas diferencias cualifican la materia considerada, que son las que proporcionan argumentos a la tesis contraria, y que se refieren principalmente a la menor estigmatización ejercida por los procedimientos empleados para el juzgamiento de los hechos, la tendencia a emplear métodos no punitivos y la escasa reprobación social del público contra las infracciones cometidas en el área de los negocios.

Pero esas diferencias, según SUTHERLAND, son meramente accidentales y se explican a través de la aplicación diferencial de la ley en relación a una y otra clase de delitos. Señala que este fenómeno se hizo evidente, y luego se generalizó, a partir de la forma en que se implementó la aplicación de la ley Sherman antitrust de 1890. En efecto, si bien la regulación antimonopólica estadounidense preveía procedimientos y sanciones típicamente penales, la práctica subsiguiente se encaminó en el sentido de considerar los embargos y las indemnizaciones punitivas tramitadas ante los tribunales civiles como la forma normal de aplicación de una ley penal y ese fue, ulteriormente, el modelo de los procedimientos autorizados para resolver los delitos de las corporaciones⁶⁷.

De esta manera, esas leyes posteriores, o bien no incluían ni los procedimientos ni las sanciones típicamente penales para sus infracciones, o bien las preveían pero ofrecían al mismo tiempo, como una alternativa, otros procedimientos que carecían de los símbolos externos del procedimiento penal. Como estos últimos eran los que se habitualmente se aplicaban, la consecuencia era que, aun constituyendo delito las violaciones a estas leyes, no eran consideradas como si lo fueran.

Refiriéndose a esta particularidad de las leyes que regulan las actividades económicas, agrega SUTHERLAND que,

"... aunque las sentencias civiles pueden ser tan severas en sus efectos financieros como las sentencias penales, sin embargo no comprenden el estigma que espera al proceso y a la condena. La mayoría de los acusados (...) no son delincuentes en el sentido usual"⁶⁸.

⁶⁷ SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, cit., p. 37.

⁶⁸ SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, cit., p. 38.

Uno de los factores que, según SUTHERLAND, explicaría la menor estigmatización de los procedimientos y de las sanciones empleadas en los casos de delitos de cuello blanco, y la menor reprobación social que suscitan en la población en general, se vincula con el estatus del comerciante.

La posición social ocupada por los autores de este género de hechos despertaría al mismo tiempo miedo y admiración, y entre esas reacciones se puede distinguir un cierto temor en los organismos encargados de aplicar la ley cuando tienen que lidiar con empresarios de prestigio. Pero, a juicio del mismo SUTHERLAND, una mayor importancia en la aplicación diferencial de la ley penal la cobra el hecho de la homogeneidad cultural de los legisladores, jueces y funcionarios con los comerciantes, homogeneidad que suscitaría un respeto y una admiración incompatibles con la representación de los comerciantes y empresarios como delincuentes o criminales⁶⁹.

En síntesis, su opinión se dirige claramente a acordar carácter criminal al llamado "delito de cuello blanco": las conductas consideradas dentro de esa categoría responden a los dos requisitos que ordinariamente satisfacen el concepto de delito, esto es, la prohibición legal de un hecho como socialmente nocivo y la predeterminación de una sanción.

A los fines de esa definición es de menor importancia el hecho de que muchas de las conductas que aceptamos como delito de cuello blanco se encuentren exentas de juicios y procedimientos típicamente criminales, o de una sanción típicamente penal y, por el contrario, se hallen sometidas a la acción de organismos burocráticos o comisiones especiales. Tampoco resulta relevante que las medidas concretas que disponen los tribunales o comisiones sean, en su mayoría, órdenes administrativas de cese, estipulaciones y mandatos, o reparaciones de tipo civil.

Es claro entonces que SUTHERLAND no limitaba el concepto de delito de cuello blanco a las violaciones de la ley penal en un sentido estricto, puesto que las infracciones a las leyes civiles o a las regulaciones administrativas podían abastecer los mismos requisitos de conducta socialmente dañosa y sancionada por la ley. En este sentido, es manifiesto un primer punto de apartamiento de los estrictos marcos de la criminología tradicional,

⁶⁹ SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, cit., ps. 40-41.

atada desde siempre a los catálogos legales de delitos, ampliándose así, como consecuencia, el espectro de los fenómenos sujetos al análisis criminológico.

2. 2. Las tesis negativas de Tappan y Burgess

Esta concepción del *white-collar crime* como un delito ontológicamente no distinguible del delito convencional atrajo sobre sí distintas críticas, sustancialmente enderezadas a enfocar la cuestión de si tales conductas efectivamente constituyen conducta criminal o si, por el contrario, dada la excepcional latitud del concepto, las características de las leyes, los procedimientos y las sanciones empleadas y la aceptación social de sus autores, fuera sociológicamente más provechoso considerarlos simples ilícitos civiles sujetos –con mayor propiedad y eficacia– al control de agencias y de procedimientos civiles⁷⁰.

Es necesario referirse aquí a las dos críticas más agudas y consistentes que, sobre este aspecto específico, recibiera la teoría del delito de cuello blanco, una de ellas desde una perspectiva legalista y la otra desde un punto de vista estrictamente sociológico⁷¹. Ambas coincidieron, si bien por distintos caminos y motivos, en que era excesivamente amplio y ambiguo –y por ello y para ellos metodológicamente incorrecto y de escasa utilidad– el concepto mismo de delito de cuello blanco y el criterio empleado por SUTHERLAND para acordar carácter criminal al género de conductas que él señaló.

En un famoso artículo de 1947, Paul TAPPAN⁷² se opuso a la tendencia de la sociología de su tiempo que sostenía que la violación de la ley penal era un criterio artificial e incompleto de criminalidad, y que aquélla debía ser sustituida por un concepto sociológico de comportamiento antisocial.

Ante la ausencia o imprecisión de los patrones a los que se podía acudir para determinar qué cosa era o no era antisocial, TAPPAN entendía que ese criterio adolecía de excesiva subjetivi-

⁷⁰ Véase VOLD, George B., *Theoretical Criminology*, Oxford University Press, 1979, ps. 366 y siguientes.

⁷¹ Conf., en general, GREEN, *Occupational crime*, cap. 1.

⁷² TAPPAN, Paul, *Who is the criminal?*, en "American Sociological Review" 12, febrero de 1947, reproducido en GEIS y MEIER, *White-Collar Crime*, cit., p. 272.

dad y que el enfoque sociológico sobre las normas de conducta (*conduct norms*) no era prioritario sino que debía subordinarse al estudio particularizado acerca de por qué algunas personas cometen ciertas acciones definidas con precisión en un cuerpo legal. En otras palabras, que los estudios generales sobre el "control social" en modo alguno restaban significación a los estudios particularizados sobre el violador de la ley.

Su discrepancia se focaliza en el área de los delitos de cuello blanco, particularmente sobre el hecho de que esta teoría, al encontrar sumamente ambiguos los criterios definitorios de SUTHERLAND —conducta socialmente dañosa y previsión de una sanción— incluyó comportamientos violatorios de cualquier ley, sea civil o penal, siempre que fueran socialmente injuriosos.

TAPPAN señala las imágenes corrientes sobre el delincuente de cuello blanco y proporciona algunas de ellas: el comerciante que animado por la codicia o por motivaciones competitivas vulnera la confianza de los consumidores subiendo los precios o disfrazando su mercadería más allá de sus méritos, o mantiene bajos los salarios de sus empleados, les impide su organización sindical o contratar colectivamente u otras conductas semejantes. Encuentra que en todos esos casos se trata de personas que no violan la ley penal y cuyas actividades permanecen dentro del marco de las prácticas ordinarias de los negocios.

Dice que si bien ese tipo de definiciones o de representaciones pueden ser útiles para propósitos de propaganda, no lo son para la investigación empírica. La vaguedad de los conceptos empleados para definir o para referirse a los delitos o a los delincuentes de cuello blanco y la carga subjetiva que ellos portan, en virtud de corresponderse con criterios personales de valoración de la realidad, llevarían a fulminar como criminales a personas que no han siquiera infringido la ley y, en consecuencia, se trata de parámetros incompatibles con cualquier sistema legal o con cualquier sistema de sociología que se esfuerce en ser mínimamente objetivo.

El centro de la argumentación de TAPPAN es que, en definitiva, sólo quienes han sido juzgados y condenados ante un tribunal formal por la comisión de un delito definido por la ley penal pueden ser válidamente designados como criminales. En la base de este razonamiento se halla la creencia de que el proceso de selección, llevado a cabo por la ley penal sustantiva y adjetiva y por los organismos y las agencias encargadas de hacerlas cumplir y aplicarlas, constituye un procedimiento mucho más rigu-

roso y objetivo de determinación de qué cosa o cuál persona es criminal, que los criterios sociológicos fundados sólo en patrones valorativos individuales.

TAPPAN concluye que los criminales condenados constituyen una muestra no distorsionada de los violadores de la ley, a través del rigor y de la precisión del debido proceso legal, que los convierte en suficientemente representativos de todos los transgresores. Agrega que la ley penal establece normas sustantivas de comportamiento más definidas y específicas que las normas de cualquier otra categoría de control social; y que los procesos de creación de las leyes constituyen un esfuerzo racional para la elaboración de normas y estándares, que son más conformes con las necesidades, los deseos y los intereses de la comunidad, de una manera que no es comparable con ninguna otra elaboración en el campo del control social.

La crítica de TAPPAN hacia el concepto de delito de cuello blanco es, entonces, de orden legalista, contra una postura que juzga excesivamente sociologizada.

Por el contrario, la que contra el mismo concepto dirige Ernest BURGESS⁷³ representa exactamente la posición inversa: critica el delito de cuello blanco desde una posición "sociologista", por entender que el concepto es excesivamente legalista.

BURGESS, cuya formación sociológica se encuentra ligada a los primeros desarrollos del interaccionismo simbólico, que otorga especial relevancia a la forma en la que se perciben las situaciones sociales y las relaciones de interacción con los demás y por lo tanto al modo en el que cada individuo se percibe a sí mismo, pondrá el acento sobre los procesos que definen socialmente una conducta como delictiva, que estima más decisivos que los meros cambios legislativos.

Sostiene que la mayoría de las infracciones que de manera habitual se computan como delitos de cuello blanco —se refiere específicamente a las violaciones de las regulaciones sobre precios y al mercado negro en tiempos de guerra— no son sino imposiciones sorpresivas o inesperadas de una regulación que

⁷³ BURGESS, Ernest W, *Comment y Concluding Comment*, a propósito del artículo de HARTUNG, Frank E., *White-collar offenses in the wholesale meat industry in Detroit*, en GEIS y MEIER, *White-Collar Crime*, cit., ps. 154 y siguientes.

afecta a los hombres de negocios y que define como criminales a transacciones y negocios que antes de ello eran legales. En su opinión no es posible considerar a todos los violadores de ordenanzas, estatutos o regulaciones como un homogéneo grupo de criminales, aunque, desde un punto de vista legal, todos ellos violan una ley y están sujetos a una penalidad.

Desde el punto de vista sociológico, dice BURGESS, las diferencias entre uno y otro violador de la ley son significativas y estas diferencias radican en la falta de reprobación social despertada por el *white collar crime*, que en general no está socialmente estigmatizado como los ejemplos que cita, referidos a delitos comunes o convencionales.

En síntesis, BURGESS sostiene que en definitiva criminal es una persona que se mira a su mismo como criminal y que es considerado por la sociedad de la misma manera; es un producto del proceso de construcción de lo criminal, el que debe enfocarse desde un punto de vista sociológico y no legalista. La ausencia del requisito así expresado conduce a que, en Criminología, el concepto de delito de cuello blanco arroje confusión antes que clarificación.

2. 3. El delito de cuello blanco como transgresión de la ley

Ambas críticas son significativas porque, a pesar de su mutua oposición y de su sentido divergente, no parecen ser entre sí contradictorias. Ambas son el resultado de la ambigüedad en la concepción de un fenómeno que no ha querido liberarse de los límites de un enfoque legal y que, al mismo tiempo, es absolutamente incapaz de permanecer ceñido a él.

En efecto, según el autor de la teoría, el delito de cuello blanco es siempre conducta ilegal, en el sentido de estar definida (prohibida) por la ley, aunque luego pueda debatirse sobre cuál es el criterio legal según el cual la infracción al deber jurídico configura o no un delito, y esto en los dos sentidos posibles de esta determinación: a) si se trata de una ley penal en sentido estricto, especialmente por prever sanciones típicamente penales, o si alcanza con la previsión de otras consecuencias, como las órdenes administrativas de cese, o los acuerdos entre el gobierno y el infractor para evitar o disminuir el perjuicio, o el pago de daños y de multas; b) si los criterios sobre la aplicación de la ley penal deben ceñirse o no a la existencia de una condena

formal o si es permitido para el análisis sociológico una consideración más flexible y abarcativa de las situaciones en las que una conducta puede calificarse como violatoria de una ley y por lo tanto como delictiva.

SUTHERLAND suministra razones para ambos niveles del problema, empleando una argumentación comparativa bastante ingeniosa: el delito de cuello blanco es un delito real y como tal consiste en una violación de las leyes penales, pero no se puede subordinar la afirmación de ese presupuesto a la existencia de una condena proveniente de un tribunal penal, pues ello suministra un criterio incompleto, toda vez que una amplia proporción de quienes cometen delitos no son condenados por los tribunales. Y por lo tanto ese criterio debe ser completado, de la misma manera y con la misma metodología con la que se completan los datos estadísticos en el campo de los delitos de la clase baja⁷⁴.

Y para ello, tal cual hacen los criminólogos que se ocupan de los delitos convencionales, debe recurrirse a otras instancias, ya que los tribunales penales no son los únicos que adoptan decisiones oficiales respecto de la violación de leyes penales; los casos registrados en los tribunales juveniles parecen ser equivalentes, a estos efectos, a las decisiones de los tribunales administrativos y comisiones regulatorias estatales y, por lo tanto, sus decisiones deberían ser tomadas en cuenta de la misma manera que los primeros.

Empleando este mismo método de equivalencias entre ambos sectores de conducta criminal, también debería definirse como conducta delictiva aquella que podría esperarse razonablemente que fuese declarada tal por un tribunal o una institución similar. En lugar de la sentencia de condena, la posibilidad de ser declarado culpable debería servir como criterio, siempre que exista una prueba fiable de que se ha dado un incumplimiento relevante de las leyes.

Y como la condena no sería ya necesaria para considerar la validez de un dato empírico, el mismo principio debería ser aplicado cuando la condena se evita a través de las presiones ejerci-

⁷⁴ Este argumento y las maneras que sugiere SUTHERLAND para completar el criterio descripto en el texto se encuentran desarrollados en la disertación de diciembre de 1939, ya citada.

das sobre los tribunales de justicia u otras instancias equivalentes: las mismas razones que permiten al criminólogo considerar que hay delito cuando los gángsters o los estafadores escapan a la condena a través de su influencia sobre los testigos o los funcionarios judiciales o policiales deben ser aplicadas en relación al delincuente de cuello blanco, en especial por los sesgos de clase de los tribunales y por el poder de esta clase de infractores para influir en la aplicación de las leyes.

Por lo demás, como Thornsten SELLIN expresó⁷⁵, el valor de las estadísticas decrece a medida que los datos en los que se fundan se alejan de la comisión concreta del delito, puesto que entre ella y la condena existen varias instancias en las que la persecución puede detenerse sin que por ello pueda dudarse de la realidad del hecho original: el delincuente puede no haber sido detectado, o si detectado no haber sido procesado, o si procesado no haber sido condenado, y cada una de estas etapas está sometida a contingencias varias. Por lo tanto, un criterio que permanezca tan estrechamente atado al hecho contingente de la condena, como exige Paul TAPPAN, reduce excesivamente el campo empírico a considerar.

Pero, desde el lado opuesto, también la perspectiva sociológica de BURGESS lleva al mismo resultado, dado que la percepción social de la criminalidad de los delitos de cuello blanco era, por lo menos en la época del nacimiento de la preocupación sobre el tema, bastante reducida⁷⁶, y por lo tanto una gran mayoría de los hechos formalmente penalizados excederían el alcance de este concepto.

⁷⁵ Conf. GREEN, *Occupational crime*, cit., p. 10, con cita de SELLIN, Thornsten, *The significance of records of crime*, en "Law Quarterly Review", 67, 1951, p. 490.

⁷⁶ Es evidente que la situación ha cambiado y que el delito de cuello blanco, en sus manifestaciones habituales, ocupa actualmente un lugar de privilegio en la agenda de las preocupaciones tanto del público como de los gobiernos y, obviamente, de los académicos. Sobre este punto, véanse BRAITHWAITE, *White Collar crime*, cit.; GREEN, *Occupational crime*, cit., cap. 1; SCHRAGER, Laura S. y SHORT, James F., *How serious a crime? Perceptions of organizational and common crimes*, en STOTLAND, Ezra y GEIS, Gilbert, *White-collar crime: theory and research*, Ed. Sage, California, 1980, ps. 14-31.

2. 4. El límite legal en la definición del delito de cuello blanco

No es importante, a esta altura, tomar partido en una polémica que, a pesar de la trascendencia que tiene sobre conceptos fundamentales del Derecho, la Criminología y la Sociología, pierde de vista algo que es de la esencia del fenómeno del delito de cuello blanco.

Éste, más allá de su particular fenomenología y los problemas de definición y de delimitación de campo que ella supone, debe necesariamente incluir el análisis de los mecanismos de control social que le están predispuestos, institucionalizados o no o, en otros términos, formales o informales, y en los términos que habrían utilizado TAPPAN y BURGESS, los criterios legales o sociológicos empleados para la configuración del tipo de control social aplicable.

Tan importante es la presencia y el tipo de acción de esos mecanismos para la vigencia de la teoría y para la configuración del fenómeno en sí mismo, que su implementación diferencial, según SUTHERLAND, es la base de la diferencia aparente que se encuentra entre los delitos de la clase baja y los delitos de cuello blanco: el tipo de sanciones y de procedimientos a los que son sometidos es el principal responsable de que, por una parte, estos delitos no hayan sido incluidos en el campo de las teorías generales sobre la conducta delictiva y, por la otra, que la reprobación del público en general esté desorganizada y sea escasa⁷⁷.

De allí que el problema de la presencia, de la naturaleza y del modo en que la ley es aplicada es absolutamente pertinente a la definición del campo empírico y de su significado. Este problema puede desarrollarse en el nivel de la polémica ya descrita, optando entre la reducción del campo a la violación de la ley estrictamente penal y su ampliación a las transgresiones a otras leyes, de naturaleza más bien civil o administrativa; siempre se está, aquí, dentro del límite marcado por la ley.

Pero la cuestión se renueva más allá del marco de esa disyuntiva cuando alcanza el problema de si es necesario o conveniente mantener el fenómeno dentro de los límites de un con-

⁷⁷ SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, cit., p. 44.

cepto de transgresión a una ley positiva, cualquiera que ésta sea, o si es preciso ir más allá⁷⁸.

Lo que aquí se pone en cuestión es el problema del límite legal, esto es, de si es posible y metodológicamente conveniente intentar definir el campo empírico difusamente señalado con la expresión "delito de cuello blanco" acudiendo, en lugar de a la ley positiva que criminaliza algunas conductas en el área de los negocios, a algún elemento extralegal que constituya un dato material significativamente relevante para definir el campo; y aquí con definir el campo se entiende un problema de justificación, en varios sentidos: tanto justificar como cuestionar la penalización establecida a través de la ley respecto de ciertos hechos o relaciones, o afirmar que la ley debería también penalizar otros comportamientos.

El punto ha sido examinado por varios de los cultores de esta materia en la sociología de la desviación estadounidense, que con la finalidad de establecer un perímetro de estudios no ligado a definiciones legales han acudido a conceptos tales como el daño social, la explotación, el daño evitable, los crímenes del capital, el abuso significativo, etc.; pero en general estos criterios han sido criticados y rechazados por encontrarse excesivamente subordinados a puntos de vista subjetivos que no sobrepasan un nivel valorativo individual⁷⁹.

Y es obvio que un criterio valorativo arroja imprecisiones que en general no se juzgan adecuadas para la descripción científica de un fenómeno social, cuya objetividad es requerida a ultranza por el modelo de la ciencia empírica; lo que no es tan claro es que sea ese modelo el que permita arrojar una comprensión correcta de un fenómeno que no puede prescindir de sus elementos políticos que son, claramente, valorativos.

Por eso, un criterio fundado en elementos exclusivamente legales no alcanza para situar empíricamente un perímetro cuya forma y extensión pueden estar determinadas por los mismos fenómenos desviados cuya ubicación dentro de ese cercado se

⁷⁸ No está demás recordar, aunque no haya sido aplicado para el sentido empleado en el texto, que SUTHERLAND afirmó que "Un acto ilegal no es definido como delictivo por el hecho de que sea castigado, sino por el hecho de que es castigable" (*El delito de cuello blanco*, cit., p. 33).

⁷⁹ Conf., en general, GREEN, *Occupational crime*, cit., p. 11.

cuestiona, específicamente, por la influencia política que los autores y los beneficiarios de esos fenómenos pueden ejercer. Y por lo tanto debería requerirse algo más.

Y ello tiene una justificación muy clara, que se puede rastrear directamente en los fundamentos de la propia teoría de SUTHERLAND: el delito de cuello blanco tiene como protagonistas a individuos o grupos que disponen de cuotas importantes de poder o que compiten por ellas, lo que determina permanentes esfuerzos por ejercer influencia sobre la ejecución y la administración de la ley para de esta manera poder gozar de algún beneficio o de alguna cuota de inmunidad; por lo tanto, de ningún modo debe descartarse que esa influencia pueda ser empleada para distorsionar la propia formación de la legislación y no sólo la aplicación de la ley por los tribunales.

Desde una perspectiva que vincula el fenómeno delincuen- cial a la existencia de un conflicto normativo, SUTHERLAND ofrece un panorama del tipo de influencia que los actores sociales pueden ejercer sobre la legislación. Lo dice con estas palabras:

“Por lo tanto el hecho delincuencial es conflicto, pero en el sentido de que es parte de un proceso conflictual en el que participan también la ley y la pena. Este proceso comienza en la colectividad todavía antes de que se introduzca la norma, y continúa manifestándose en el interior de la colectividad y en el comportamiento de aquellos que violan la ley incluso después que ha sido aplicada una pena. A grandes líneas, el proceso parece estructurarse del siguiente modo: un determinado grupo de personas advierte que un valor – la vida, la propiedad, la belleza del paisaje, el credo religioso– está amenazado por el comportamiento de otros; si el grupo es políticamente influyente, el valor amenazado es importante y el peligro consistente, los miembros del grupo se garantizan con la sanción de una ley, asegurándose con ello la colaboración del Estado en la protección de sus valores. El derecho, por lo menos en tiempos modernos, es un mecanismo puesto en práctica por una parte en conflicto con la otra”⁸⁰.

⁸⁰ SUTHERLAND, Edwin, *Il crimine come processo conflittuale*, en CERRETTI y MERZAGORA (a cura di), *La criminalità dei colletti bianchi e altri scritti di Edwin H. Sutherland*, cit., ps. 110-111. El trabajo, con el nombre de *Crime and the conflict process*, formaba parte de *The Sutherland papers* (ver nota 83).

La descripción de SUTHERLAND sobre la naturaleza y la dinámica del conflicto es excesivamente simplificadora y por ello no puede reflejar la complejidad actual de estos procesos. Sin embargo, es clarísima en cuanto coloca a la formación de la ley en el centro de un proceso en el cual los protagonistas pueden ser los mismos que, en una perspectiva ceñida a la presencia de la ley como un dato previo, sólo ocuparían el papel de delincuentes.

Según Pierre LASCOUMES⁸¹, la formación de la ley es un proceso secuencial muy complejo, que en modo alguno puede ser reducido a un trayecto lineal en el que los intereses sociales encuentran una traducción directa en la ley positiva. Un criterio de este tipo es el que sugiere que esos intereses sociales, los valores morales o los propios intereses de clase, son los que de manera directa y lineal determinan el proceso de composición de las normas. Un enfoque igualmente reductivo es el que asimila el proceso de producción de las normas a una especie de modelo decisorio racionalizado en torno a un proceso examen-diagnóstico-solución legislativa; pero esta visión supone que el legislador sea un tercero imparcial que de manera automática logra superar el peso de todas las influencias para arribar a una solución compatible con el bien común de una manera técnicamente racional.

Por el contrario, según LASCOUMES, la producción del derecho positivo constituye un proceso complejo, dividido en varias secuencias y caracterizado por la articulación de los intereses y las ideologías de los grupos, su grado de influencia y de presión sobre el gobierno, el Parlamento y la opinión pública, la índole de los compromisos establecidos en cada caso, sus capacidades de movilización de otros grupos, etc.; por otra parte, el proceso legislativo debe a su vez concebirse de manera secuencial, en un itinerario que va desde la formulación de un problema, el diseño de uno o varios proyectos legislativos, la acción de los lobbies, las discusiones internas, los asesoramientos técnicos, la aprobación final en el marco de un compromiso negociado, y que llega incluso hasta la determinación de las condiciones de la aplicación o de la actuación de las normas concretas que se hayan votado. Estas secuencias inte-

⁸¹ LASCOUMES, Pierre, *Gli attori e la legge penale: pluralità di attori, pluralità di azioni nell'odierna formazione delle leggi*, en "Dei Delitti e Delle Pene", n° 1/92, Ed. Gruppo Abele, Torino, 1992, ps. 27 y siguientes.

gran una pluralidad de actores interrelacionados que se involucran en formas diversificadas de acción, que comprenden desde los que expresan una necesidad colectiva, los actores corporativos, los actores políticos y los representantes de los sectores técnicos o tecnocráticos, que suelen tener cada vez más peso en las decisiones legislativas al tiempo que éstas, cada vez más, suelen adoptarse con prescindencia de amplios debates públicos.

Por lo tanto, la existencia, las particularidades y las modalidades de aplicación de las leyes de regulación penal de los negocios están sujetas a las influencias, las negociaciones y los compromisos en los que los actores propios del tipo de conducta delictiva que se examina suelen tomar parte, a veces de manera decisiva, incluso a través de procedimientos ilícitos.

La referencia no es imaginativa, puesto que uno de los ejemplos típicos de los delitos de cuello blanco consiste precisamente en la entrega de sobornos a personajes de la política y en especial a miembros del poder legislativo, en función de obtener alguna legislación favorable a los intereses representados por los lobbistas⁸².

La posibilidad de ejercer influencia sobre el contenido de las leyes en general incluye obviamente al contenido de las leyes penales, a través de formas tan disímiles como convergentes tales como las de establecer los presupuestos formales y sustanciales de su aplicación, el tipo y las modalidades de las sanciones y todo el sinnúmero de elementos de los cuales depende la

⁸² Los ejemplos abundan en toda la literatura sobre el tema: baste, a título de ejemplo, recordar a Marshall CLINARD y Peter YEAGER cuando en relación al delito corporativo expresan: "En virtud del origen más reciente de muchas leyes que prohíben violaciones de las corporaciones, el poder económico y político del sector corporativo ha estado efectivamente dirigido a desalentar o a prevenir la previsión de penalidades criminales" (*Corporate crime*, The Free Press, New York). Del mismo modo, cabe hacer mención al empleo de la ley como recurso público en el mercado, de acuerdo a la caracterización de Filippo SGUBBI, según el cual los grupos que operan en una sociedad suelen disputar el control sobre la formación de la ley como un recurso decisivo en sus contiendas recíprocas, de manera de obtener del Estado un tratamiento más favorable para sus intereses, o un tratamiento más oneroso -incluso en términos de cargas penales- para sus competidores. Véase SGUBBI, Filippo, *El delito como riesgo social*, Ed. Ábaco-Depalma, Buenos Aires, 1998. Cuando el acceso a ese recurso se efectúa a través de medios ilegítimos nos encontramos en presencia de la corrupción.

punibilidad real o los márgenes mayores o menores de riesgo de condena o de otras consecuencias⁸³.

Lo que aquí se pone de manifiesto es la construcción misma de la cuestión criminal, que al mismo tiempo que contempla ciertos aspectos que sujeta a la criminalización, suele deslindar algunas otras facetas de los mismos fenómenos a las cuales confiere alguna suerte de protección: éste es el tema de las inmuni-
dades, sobre el que más adelante volveremos.

De allí que el límite de la ley, que de manera habitual es señalado como el instrumento que suministra la exacta forma y dimensión del campo empírico de los delitos de cuello blanco, constituye un parámetro ambiguo, puesto que puede ser modificado por (para) el mismo tipo de conducta que se estudia por considerarla violatoria de esa misma ley.

Y por lo tanto un estudio no ingenuo de los delitos de cuello blanco debe por fuerza trascender el límite legal, porque, por otra parte, las cuestiones que se han expuesto, que revelan la ambigüedad del concepto de delito de cuello blanco, también demuestran que, en el fondo, tanto ésta como todas las demás definiciones del crimen son artificiales⁸⁴ y dependen de decisiones que se toman en base a criterios políticos.

Pero de esta manera lo que se sugiere es una apertura hacia un concepto de delito que no se halle rigurosamente atado a una definición convencional, cualquiera que ésta sea, y que permita vincular las definiciones convencionales a algún criterio extralegal. Se dirá que se trata de un criterio valorativo, pero, ¿quién puede sostener que la ciencia social debe ser siempre, por fuer-

⁸³ Sobre esta temática de la influencia de las corporaciones en el diseño y en la aplicación de las leyes regulatorias de los negocios, véase SUTHERLAND, Edwin, *I reati delle imprese*, en CERETTI y MERZAGORA (a cura di), *La criminalità dei colletti bianchi e altri scritti di Edwin H. Sutherland*, cit., ps. 91 y ss.; el título original era *Crime of corporations* y pertenecía a una serie de trabajos no publicados en su momento, recogidos en COHEN, Albert; LINDSMITH, Alfred y SCHUESSLER, Karl, *The Sutherland papers*, Bloomington, 1956.

⁸⁴ Quizá la más incisiva presentación de las distintas cuestiones suscitadas por la ambigüedad del delito de cuello blanco en torno (y no sólo) a su carácter criminal y a la posibilidad de cruzar la línea establecida por la ley para poder definirlo se debe a David NELKEN (*White collar crime*, cit., p. 901); allí también se subraya el carácter artificial de las definiciones de delito.

za, neutral y avalorativa?⁸⁵. Se trata en suma del ámbito de la política, y es a través de ella que deben determinarse los fines del Estado y el bien común y proponer los medios para alcanzarlos, lo que requiere distinguir entre la justicia y la injusticia, como modo de establecer la primera.

Con ello, se comienza de una manera implícita a recorrer el camino que, mucho tiempo después, le permitiría a la llamada criminología crítica recorrer un itinerario privilegiado para la recuperación del ámbito de la política; me refiero a la búsqueda de un referente material al concepto legal de delito, que sirva como elemento crítico del sistema desde una perspectiva externa, en tanto constituye un criterio de limitación tanto positiva como negativa a la posibilidad de incriminar determinados comportamientos⁸⁶.

Sobre este tema se volverá más adelante. Por ahora alcanza con establecer las razones de esta necesidad.

Los análisis que siguen en esta investigación, más allá del examen crítico de las distintas denominaciones y definiciones que han tratado de acotar el campo empírico, constituyen un intento de superación de la antinomia existente entre un género de delitos cuyo despliegue se encuentra tan íntimamente ligado a la construcción del problema criminal, en sede de las relaciones políticas y económicas de una sociedad. Allí pensamos haber dado alguna respuesta al doble juego de críticas de que se ha hecho eco este apartado.

⁸⁵ Conf., en general, HENNIS, Wilhelm, *Política y filosofía práctica*, Ed. Sur, Buenos Aires, 1973; SIMONETTI, José María, *El fin de la inocencia*, Ed. Universidad de Quilmes, Buenos Aires, 2002.

⁸⁶ Sobre este tema, véanse BARATTA, Alessandro y PAVARINI, Massimo, *La frontiera mobile della penality nei sistemi di controllo sociale della seconda metà del ventesimo secolo*, en "Dei Delitti e Delle Pene", Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, vol. n° 1, p. 7; y BARATTA, Alessandro, *La politica criminale e il diritto penale della costituzione: nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, en "Dei Delitti e Delle Pene", Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, vol. 3. Buscando un anclaje en el concepto de derechos humanos, véase SCHWENDINGER, Herman y Julia, *¿Defensores del orden o custodios de los derechos humanos?*, en TAYLOR, Ian; WALTON, Paul y YOUNG, Jock, *Criminología crítica*, Ed. Siglo XXI, México, 1985. También, en sentido sociológico, HESS, Henner y SCHEERER, Sebastian, *Criminalità come provincia di senso; proposte per una teoria generale*, en "Dei Delitti e Delle Pene", Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1999, vol. 1-2.

3. Las denominaciones

3. 1. El problema de la denominación

En el curso de este trabajo hemos de seguir empleando la denominación “delito de cuello blanco”, y esta decisión obedece a otros motivos que al prestigio de su autor o al arraigo tradicional de este rótulo. El valor de la definición de SUTHERLAND obedece sobre todo a su capacidad para designar un cierto sector de la actividad criminal que tiene implicaciones profundas, en primer lugar para cambiar de una manera decisiva el alcance y la significación del conjunto de las teorías criminológicas –tal cual él mismo había indicado en el prefacio de su libro⁸⁷–, pero también para señalar la posibilidad de elaborar una concepción más abarcativa y profunda del orden social y de la forma en la que una sociedad elabora sus definiciones de conducta prohibida⁸⁸.

Esta capacidad no requiere, como de alguna manera ya hemos señalado, una exagerada precisión en sus términos o en el campo denotado por éstos. Es posible decir que la definición de SUTHERLAND, aun con las imprecisiones y las ambigüedades que presenta, o quizá gracias a ellas, es la que ha permitido a la teoría de cuello blanco alcanzar la riqueza conceptual y el potencial crítico que son sus mayores virtudes.

En cambio, los desarrollos ulteriores de la teoría estuvieron animados por la exigencia de un alto nivel de precisión terminológica, enderezado al establecimiento de una neta delimitación de las diversas conductas abarcadas por el concepto genérico de delito de cuello blanco, y de éste en relación con otras tipologías delictivas. Esta exigencia, más bien una obsesión, impulsó el interminable ejercicio de una tarea cuasi-aduanera de minuciosa comparación entre conceptos próximos, superpuestos o secantes, que ocupó la mayor parte de una, a nuestro juicio, impro-

⁸⁷ Ese objetivo fue cumplido, tal como se señala en el capítulo II de este trabajo.

⁸⁸ Frente a la variedad de definiciones y denominaciones propuestas, James William COLEMAN opina que debe mantenerse, por parecidas razones a las mencionadas en el texto, el empleo del término acuñado por SUTHERLAND; véase COLEMAN, James W., *The criminal elite, understanding white collar crime*, St. Martin Press, New York, 1998, p. 6.

ductiva e insatisfactoria discusión académica que ha durado varias décadas y que giraba en círculo sobre denominaciones, definiciones y objetos denominados y definidos sin llegar a ninguna parte. Porque, contra toda esa exigencia, ha sido la misma ambigüedad de la expresión originaria de SUTHERLAND el instrumento más adecuado para señalar las ambigüedades mismas de la construcción social del problema criminal y del rol cumplido por la ley en la regulación de las relaciones y las actividades políticas y económicas⁸⁹.

Esa insatisfacción alcanza no sólo a la forma de describir y por lo tanto de definir y delimitar el fenómeno estudiado, sino que también comprende las denominaciones mismas, en tanto ellas no hacen sino resumir, en una o dos palabras, el contenido de la definición adoptada por cada autor, y a su vez, en forma mediata, los límites del campo empírico así señalado.

En este marco, caracterizado por una pura fenomenología, no es indiferente denominar a cierto genero de actividad socialmente desaprobada delito de cuello blanco, delito ocupacional, delito profesional, delito económico, *criminalité des affaires*, *respectable crime*, delito de las corporaciones, delito financiero, delito de los poderosos, abuso de poder y otras similares, puesto que todas ellas denotan el énfasis puesto en uno o en otro de los elementos, sea de la original definición de SUTHERLAND, sea de algunas de las posteriormente elaboradas por los estudiosos del tema para sustituir a aquélla.

3. 2. El delito ocupacional

La discusión sobre la denominación tiene obvias consecuencias sobre la definición del campo y proviene, en sus inicios, de la diferente importancia dada a una u otra de las dos circunstancias consignadas por SUTHERLAND para identificar al tipo de conducta criminal a la que se refería. Delito de cuello blanco es un delito, pero no cualquiera: se diferencia radicalmente del delito convencional o de la clase baja por el hecho de haber si-

⁸⁹ Sobre el empleo de la propia ambigüedad del concepto, y de la del campo empírico por él designado, como claves interpretativas, ver NELKEN, *White collar crime*, cit., p. 895.

do cometido por una persona respetable o de la clase socioeconómica alta, en el curso de su ocupación.

SUTHERLAND no dice cuál de esas circunstancias predomina, si es que debe predominar, sobre la otra. Y como tanto esas circunstancias en sí mismas como la relación que deben tener entre ellas adolecen de gran imprecisión, el recorte de la realidad aludido por la definición despertó inacabables debates acerca de la mejor manera de concebir el campo y acerca de cuáles delitos, y hasta qué punto o con qué características, quedarían afuera o adentro del concepto.

Una de las avenidas recorridas por los teóricos de la desviación fue la de enfocar privilegiadamente la relación entre el hecho delictivo y el desempeño de una ocupación legítima. Allí nacieron los términos *occupational crime* y *professional crime*⁹⁰, que se refieren al delito cometido por cualquier persona en el curso de una ocupación relativamente definida o una actividad profesional, que desempeña habitualmente y de un modo o en un marco legal.

El requisito de la respetabilidad se juzgó innecesario y hasta inconveniente, a raíz de la dificultad para atarlo a una referencia objetiva que, en cambio, aparecía más evidente o sencilla de establecer a través de la vinculación del delito con la oportunidad brindada por el desempeño de una ocupación.

Esta es la dirección que toma uno de los trabajos teóricos más difundidos: Gary GREEN sostiene que el delito ocupacional, al que define como *todo acto punible por la ley que se comete a través de las oportunidades creadas en el curso de una ocupación que es legal*, debería ser el dato central de la teoría⁹¹. GREEN construye esta definición tomando como antecedente la tipología formulada por CLINARD y QUINNEY, quienes habían abandonado el requisito de la respetabilidad y elaborado su definición

⁹⁰ CLINARD, Marshall B., *Crime: white collar crime*, en *International Encyclopædia of the Social Sciences*, New York, 1972, ps. 483-490, citado por MAROTTA, Gemma y SCARDACCIONE, Gilda, *Criminalità economica: letteratura e definizioni*, en *Devianza, controllo e mutamento sociale*, Ed. Franco Angeli, Milano. También NEWMAN, Donald J., *White-collar crime: an overview and analysis*, en GEIS, Gilbert y MEIER, Robert F., *White-Collar Crime*, The Free Press; QUINNEY, Richard, *The study of white-collar crime: toward a reorientation in theory and practice*, en GEIS y MEIER, *White-Collar Crime*, citado.

⁹¹ GREEN, *Occupational crime*, cit., p. 15.

sobre la base de la relación existente entre las oportunidades –provistas por el desempeño de una ocupación– y el crimen, para diferenciar luego dos tipos básicos: el *corporate crime*, que definen como el crimen cometido en beneficio de la corporación a la que pertenece el autor, y el *occupational crime*, que abarca todos los demás crímenes cometidos en el curso de una ocupación pero que benefician directamente al ofensor⁹².

Como la discriminación entre delitos cometidos en beneficio propio o de la corporación parece superflua, puesto que todos ellos se cometen en el desempeño de tareas o funciones laborales, GREEN los incorpora dentro de una única categoría, que viene a ser el delito ocupacional. Pero a renglón seguido formula una complicada subtipología del delito ocupacional, que divide entre *organizational occupational crime* (cometidos en beneficio de la organización empleadora), *state authority occupational crime* (cometidos en base al ejercicio de la autoridad estatal), *professional occupational crime* (cometidos por profesionales en su carrera profesional) e *individual occupational crime* (todas las demás ofensas, incluyendo los casos en los que el ofensor se beneficia directamente).

Pero aquí aparecen los problemas habituales en esta forma de contabilización de las circunstancias de hecho vinculadas a estos delitos: en cuanto a la teoría general, ¿cuál es una ocupación legal, o qué relación de hecho, lugar, horarios u otras vinculaciones deben concurrir para que el delito se considere ocupacional?; es decir, ¿debe ser cometido en el trabajo, o fuera de él, o en el horario de trabajo, o aprovechando alguna oportunidad ofrecida por el trabajo o simplemente por el entrenamiento laboral?, ¿cómo debe conceptuarse el caso de quien busca o permanece en una ocupación legal sólo con el propósito de valerse de ella para cometer delitos?; en cuanto a la subclasificación, ¿cómo distinguir roles ocupacionales que entran en una y otra categoría, o cuántas acciones debe tener el empleado de una empresa para ser o no ser considerado dueño de ella, o si el despachante de la farmacia debe ser considerado profesional o no?, y así hay una buena cantidad de otros interrogantes similares⁹³.

⁹² CLINARD, Marshall y QUINNEY, Richard, *Criminal behavior systems: a typology*, Holt, Rinehart and Winston, New York, 1967.

⁹³ GREEN, *Occupational crime*, cit., ps. 16, 17, 20.

Pero, además de estas imprecisiones que son internas al concepto mismo de delito ocupacional, existen otras provenientes del hecho de que el restante requisito originariamente presente en la definición de SUTHERLAND, el estatus social alto del autor del ilícito, desaparece o viene relegado a segundo plano. Esta desaparición tiene una primera incidencia en las cuestiones definitorias inmediatas.

Sin ese elemento, el engaño realizado por un mecánico de automotores o por un comerciante minorista, o una cuenta exagerada de viáticos hecha por un empleado de una casa comercial, mientras sea referible al ejercicio de su ocupación, podría entonces entrar en la categoría así definida, cuyo campo empírico deviene, consecuentemente, sumamente amplio e impreciso. Los ejemplos proporcionados por NEWMAN⁹⁴ son explícitos al respecto: la conducta del lechero que agrega agua a la leche para consumo público o la del técnico en televisión que efectúa reparaciones innecesarias podrían ser incluidos fácilmente en la categoría de los delitos de cuello blanco.

Con lo que al desaparecer o al minimizarse el elemento de la respetabilidad, aunque éste de por sí también arroja imprecisiones notables, se produce la ruptura de las fronteras que podrían trazarse entre una criminalidad de las clases altas y la criminalidad difusa de las clases medias⁹⁵: ambas entrarían en el mismo campo empírico mientras se mantuviera el requisito de la relación con una ocupación, siempre que ésta sea legítima.

Con lo que aparece otro problema, diríase, aduanero, pero entendido hacia abajo. Si el delito de cuello blanco fue concebido como medio para identificar un tipo de criminalidad que no había sido tenido en cuenta en los análisis de la criminología, ¿qué sentido tiene, entonces, ampliar su campo hacia los delitos de quienes no integran la clase alta, y que por eso sí habían sido comprendidos en la teoría criminológica tradicional?

De esta manera lo que se obtiene es una forma de representar el campo de la criminalidad como una especie de *continuum*, en el que las conductas violatorias de la ética de los oficios, las profesiones y los negocios, cualquiera sea quien las realice, están incluidas dentro de la misma categoría y, en general, sometidas a

⁹⁴ NEWMAN, *White-collar crime: an overview and analysis*, citado.

⁹⁵ Conf. NELKEN, *White collar crime*, cit., p. 897.

un componente formal que en sí también es ambiguo: el de que los hechos de esta categoría no son normalmente violentos⁹⁶.

Lo que se crea es una especie de ancho y trivial campo de conductas criminales realizadas en torno a una ocupación, cuyo sentido para una criminología que vaya más allá de la contabilización de las circunstancias de hecho es totalmente inexistente: no hay ninguna razón que justifique los esfuerzos para crear de manera artificial una categoría criminológica que abarque conductas totalmente heterogéneas, cuyo fundamento no provenga nada más que de la identificación de caracteres fenomenológicos inmediatos, aparentemente equivalentes o parecidos, y de la obsesión por establecer generalizaciones con apariencia científica.

Ello no se diferencia esencialmente, salvo en los instrumentos metodológicos empleados, de la fenomenología que, a nivel de cada tipo ideal de delito, en el ámbito de la dogmática penal, constituye la base de la diferenciación entre delitos diversos y un indicio para su interpretación teleológica. Pero carece de toda otra significación que el de ser un instrumento técnico para la aplicación de la ley en el área dogmática, o para la explicación de los motivos particulares del acto desviado en el área de la criminología clínica.

De esta manera se pierde la significación que tiene el delito de cuello blanco como identificación de un cruce: clase alta y criminalidad, que tiene hondas repercusiones no sólo en la teoría criminológica en sí misma, sino especialmente en el modo de concebir la construcción de la cuestión criminal en el seno de las relaciones predominantes de una sociedad.

Estas posibilidades críticas se ven impedidas si la teoría es reducida a un banal inventario fenomenológico, esto es, a la determinación de qué delitos ponemos en una u otra categoría, cuáles son sus características principales, sus formas de manifestación y, si se puede, arriesgar alguna teoría sobre los factores causales que los determinaron. Esto nada agrega a la disciplina, por lo menos

⁹⁶ Aunque no parezca, hay mucho de violento en el delito de cuello blanco, por lo menos en el área de las infracciones a las regulaciones vinculadas con la salud, los alimentos, la contaminación, etc. Entre muchos otros que han hecho referencia al tema y a la equiparación entre los costos económicos y los costos en muertes, enfermedades y violencia del delito de cuello blanco, véase NELKEN, *White collar crime*, cit., p. 893; y COLEMAN, James W., *The criminal elite, understanding white collar crime*, cit., ps. 8-11.

de nuevo, significativo o interesante, que un nuevo y más amplio capítulo de sus inventarios habituales sobre las circunstancias de expresión y de aparición de ciertos hechos indeseables.

La labor de los teóricos del delito de cuello blanco posteriores a SUTHERLAND se dirigió a esta, a nuestro juicio, improductiva tarea: derribar fronteras de separación para erigir otras en su lugar, más cerca o más lejos, y luego discutir las a todas y debatir sobre la pertinencia a uno u otro cercado de hechos que, como todos los de la vida real, se resisten a ser embretados en un corsé académico.

La índole del problema distaba de estar oculta. El propio GREEN reconoce ambos géneros de dificultades definitorias, las que versaban sobre el concepto genérico de delito ocupacional y las que se interponían entre las cuatro subcategorías que elaboró, admitiendo que siempre existen casos periféricos o superpuestos⁹⁷. No obstante ello, GREEN sigue sosteniendo que la idea de delito ocupacional es mucho menos problemática que la de delito de cuello blanco, afirmación que reitera incluso cuando reconoce que las críticas más importantes al concepto de delito ocupacional consisten en que éste, al oscurecer el elemento del estatus social presente en la definición de SUTHERLAND, dificulta la investigación sobre el rol que ese estatus despliega en la construcción de las inmunidades que protegen a los delincuentes de cuello blanco y sobre el poder que su respetabilidad les otorga para manipular la formación y la aplicación de la ley. Y este punto es, sin duda, para nosotros el más importante.

3. 3. El *respectable crime*

El empleo del término *respectable crime*⁹⁸, por el contrario, al aludir al estatus social del autor parece en principio prescindir de toda relación relevante entre el crimen y la ocupación o la profesión del delincuente, con lo que, en un sentido totalmente diverso pero igualmente impreciso, se amplía el campo empí-

⁹⁷ GREEN, *Occupational crime*, cit., p. 20.

⁹⁸ Sobre esto, véase CRESSEY, Donald R., *The respectable criminal*, en SHORT, J. F. jr., *Law and Order; modern criminals*, Chicago, 1970, ps. 105-116; CRESSEY, Donald R., *Other People's Money; A Study in the Social Psychology of Embezzlement*, Free Press, 1963; SCHUR, Edwin M., *Our Criminal Society*, New York, 1969, ps. 158-190.

rico: cualquier índole de desviación, a condición de que su protagonista sea una persona respetable, integraría la categoría que estudiamos.

Pero el término respetable es ciertamente ambiguo, puesto que si por él debe diferenciarse el sujeto activo de la conducta de aquellos autores típicos de los delitos convencionales, la línea de corte puede darse a diferentes niveles, y en la sociología estadounidense se ha manifestado una fuerte tendencia a ubicarla en puntos más bajos. Con ello, la respetabilidad puede quedar reducida o bien a la buena presencia y a la prolijidad en el vestir y en las maneras, atributos que cualquier estafador posee como medio para atraer la confianza de sus víctimas, o bien al hecho de desempeñar una ocupación legítima, con lo que respetable sería el que de ordinario se gana honestamente la vida, aunque su empleo sea de baja categoría.

Si el criterio fuera sólo ése, el campo empírico resultaría nuevamente ampliado en demasía y se perdería el sentido que puede tener la construcción de una entera categoría criminológica tan sólo para comprender en ella al autor de un engaño vulgar. Va de suyo, no obstante, que existe cierto acuerdo en que en esta categoría no entra el sujeto que, aunque de buen origen, comete un delito común, especialmente si está signado por la violencia o no tiene connotaciones patrimoniales.

Más allá de las cuestiones fenomenológicas derivadas de la obsesión en una delimitación precisa del campo empírico, la tesis que finca la definición en la respetabilidad del autor, al vincularla a la clase social —aunque ésta no se entienda en el sentido del pensamiento marxista—, es sin duda metodológicamente significativa porque pone énfasis en que el autor de los delitos de cuello blanco hace uso, o mejor diría, aprovecha de la oportunidad social o profesional que le permite cometerlos.

En este punto existe un cierto lazo de unión entre el delito de la gente respetable y el delito ocupacional, si es que, desde un punto de vista mayormente etiológico, se concibe el delito como el producto de la existencia de oportunidades para cometerlo y no tanto como el resultado de las necesidades del autor. Ese lazo radica en el hecho de que, si se conciben los delitos como formas ilegítimas de aprovechamiento de oportunidades, tanto las provistas por la posición social como las otorgadas por el empleo o la profesión parecen ser de algún modo equivalentes, porque han sido desarrolladas en esos ámbitos y provienen del entrenamiento y de los conocimientos sociales y técnicos allí recibidos.

Éste es el primer aspecto en el que el recurso a la elevada posición social ha sido provechosa: de manera tradicional, en el ámbito de la criminología aplicable o aplicada a la clase baja, se es criminal porque se disfruta de las *chances* para serlo, y estas *chances*, desarrolladas sobre todo por CLOWARD y OHLIN, son las que se han denominado oportunidades ilegítimas⁹⁹.

Pero las *chances* están constituidas por ocasiones o situaciones que pueden ser aprovechadas para el delito, y tanto para el de las clases privilegiadas como para el crimen convencional atribuido a las clases no pudientes. Pero si se vincula el problema etiológico a la existencia de las *chances*, por esta vía se llega a desmentir el postulado básico de la criminología etiológica, que siempre ha entendido que el delito tiene lugar cuando las *chances* legítimas no existen o no están a disposición de las personas, y por lo tanto éstas se ven forzadas a aprovechar de oportunidades clara o declaradamente ilegítimas, en sustitución de las primeras, para resolver sus problemas o para alcanzar sus aspiraciones.

Pero en el caso del delito de cuello blanco, como tendremos ocasión de desarrollar más adelante, las *chances* legítimas suelen sobrar y, al provenir las oportunidades para el delito de la ocupación de posiciones social y profesionalmente respetables, su inclusión dentro del concepto de oportunidad ilegítima se torna forzado. Parece más bien que asistimos a un aprovechamiento ilegítimo de oportunidades inicialmente legítimas, con lo que la dinámica del proceso causal –si es que éste puede alguna vez ser identificado cabalmente– sólo puede verse de manera invertida en relación a como lo hace la criminología tradicional.

Pero hay un segundo sentido en el que la referencia a un estatus social elevado se revela, con amplitud, como la aplicación más importante de este concepto. Aquí permite vincular la posición social, las oportunidades y los poderes derivados de ésta a las situaciones que definen un nivel más bajo o más difícil de criminalización, tanto primaria como secundaria.

No es extraña a la posición social del autor o al prestigio de ciertas actividades la tendencia a considerar como no criminal a la desviación generada en su contexto, lo que es al mismo

⁹⁹ CLOWARD, R. S. y OHLIN, Lloyd, *Delinquency and opportunity; a theory of delinquent gangs*, Glencoe, 1964.

tiempo causa y efecto de la baja visibilidad social de estos delitos y de sus consecuencias generales, así como del bajo nivel de persecución efectiva que ellos suscitan.

Existen otras razones estructurales que explican esta relación, que se verán más adelante; sin embargo, basta por ahora con señalar que la pertenencia a una clase social poderosa, en virtud de los vínculos sociales y políticos que permite establecer y la índole de las actividades que desarrolla, constituye un factor importante para que los procesos de criminalización respecto de este tipo de delitos se enfrenten, por lo general, a significativas dificultades.

La dislocación de los dos límites tradicionales del análisis criminológico —uno jurídico: la previsión legal de un hecho como delito; y otro sociológico: la percepción social de un hecho como delito— permitirá, como veremos más adelante, identificar uno de los núcleos más importantes que justifican la identificación del campo empírico denominado —de manera imprecisa pero suficientemente significativa— delito de cuello blanco.

Este núcleo está dado, precisamente, por el mismo cruce de las dos coordenadas que, en tiempos de SUTHERLAND, eran toda una novedad, el de la clase alta y la criminalidad.

Esa intersección había estado originalmente dirigida sobre todo a renovar los aspectos teóricos de la criminología, pero si se la vincula con la producción de las inmunidades que enmarcan el fenómeno puede alcanzar otros niveles de significación: puede indicar, por ejemplo, que la ausencia o la insuficiencia técnica de las previsiones legales para la criminalización, la ineficacia de los mecanismos institucionales de control y la escasa visibilidad social y reprobación general que el fenómeno despierta (por lo menos originariamente) se corresponden, más que con los efectos del delito de cuello blanco, con sus notas definitorias más precisas¹⁰⁰.

Son estas circunstancias las que con mayor precisión permiten desvincular el concepto de delito de cuello blanco de ciertos rasgos puntuales de una fenomenología estrechamente dependiente de la definición legal, y reelaborarlo en torno a las situaciones de inmunidad a la estigmatización y a la persecu-

¹⁰⁰ LASCOUTES, Pierre y WEINBERGER, Jean-Claude, *Delinquenza di affaristi e problemi d'affari*, en "La Questione Criminale", 1/78, ps. 63-97.

ción penal, que parecen más apropiadas para su comprensión desde una perspectiva macrosociológica y política.

3. 4. Ni ocupacional ni respetable

Una forma de evitar la discusión que hemos descripto a propósito del problema de las denominaciones y de la ambivalente posición ocupada por los dos elementos de la definición de SUTHERLAND, y a la vez soslayar las implicaciones que esa definición tiene respecto de otros ámbitos que exceden el terreno corriente de una criminología fenomenológica, consiste en suprimir directamente ambos componentes. Con ello se gana una definición que, al mismo tiempo, sirve para orientar de modo pragmático las operaciones de las agencias policiales de investigación.

Éstas son las características que reúne la definición de Herbert EDELHERTZ, para quien el delito de cuello blanco está constituido por *un acto ilegal o por una serie de actos ilegales cometido por medios no físicos y a través del ocultamiento o del engaño, para obtener dinero o propiedad, para evitar el pago o la pérdida de dinero o de propiedad, o para obtener negocios o ventajas personales*¹⁰¹.

De esta manera, ni la pertenencia social ni el vínculo con una ocupación se siguen considerando útiles para definir el fenómeno, que ahora se orienta hacia un parámetro estrictamente objetivo y técnicamente gobernable en el plano de la acción social, representado por la defensa de intereses patrimoniales: todo delito patrimonial llevado a cabo a través de ardides o engaños debe ser considerado delito de cuello blanco. Y por lo tanto puede ser cometido por una persona de clase baja siempre que no emplee medios violentos¹⁰².

Esta definición tiene el atractivo de ser más inmediatamente administrable por los sistemas policiales y judiciales y se superpone con mayor facilidad a los registros burocráticos sobre los que se formulan las estadísticas habituales de delincuencia. Y efectivamente ha sido esta definición la que emplean de ma-

¹⁰¹ EDELHERTZ, Herbert, *The nature, impact and prosecution of white-collar crime*, en JOHNSON, John M. y DOUGLAS, Jack D., *Crime at the top: deviance in business and the professions*, Lipincott, 1978, p. 44.

¹⁰² Cfme. COLEMAN, James W., *The criminal elite, understanding white collar crime*, cit., p. 3.

nera corriente las agencias de investigación policial de los Estados Unidos. Es sencilla, ágil para manejar y coincide con los estereotipos habituales en materia de delincuencia patrimonial, ligeramente diferentes de los de la delincuencia callejera y violenta, pero libres de toda complejidad que dificulte su empleo por parte de la policía y los tribunales. Además, incluye una enorme cantidad de delitos que no podrían incluirse dentro de las definiciones ortodoxas de delito de cuello blanco, aquellas que con algunas variantes siguen en lo sustancial los cánones señalados por SUTHERLAND.

Es evidente que a esta definición le son aplicables las mismas críticas que se han señalado en los apartados precedentes, en tanto conduce a establecer una enorme e ilimitada categoría de delitos no violentos con efectos patrimoniales, que no contribuye de manera novedosa ni innovativa a otra cosa que a multiplicar el inventario corriente de una criminología reducida a la fenomenología de los hechos que analiza.

En este sentido, James W. COLEMAN se ha preguntado, frente a la desmesurada colección de conductas heterogéneas entre sí, qué sentido tiene considerarlas a todas pertenecientes a la categoría de delitos de cuello blanco, ya que de esta manera se amenaza el esfuerzo intelectual enderezado a llamar la atención sobre los crímenes de los ricos y los poderosos, y sobre la manera en que ellos escapan al castigo¹⁰³.

3. 5. El delito corporativo y las visiones de la organización criminal

Tal como el propio SUTHERLAND lo precisó, su objetivo principal fue el de reformar la teoría de la conducta delictiva, y es evidente que ésta ya no pudo ser la misma luego de la aparición y del desarrollo de la teoría del delito de cuello blanco, ni pudo perseverar en sus asunciones originales, que fueron definitivamente minadas.

Algunos aspectos de esta influencia ya han sido examinados, pero existe otro sector donde las transformaciones debidas, por lo menos en parte, a esa teoría han sido de enorme signifi-

¹⁰³ COLEMAN, James W., *The criminal elite, understanding white collar crime*, cit., p. 5.

cación. Se trata de la manera en que fue afectada la consideración corriente del delito como un acto individual.

SUTHERLAND afirmó que el delito de cuello blanco era sustancialmente un delito organizado, y al decir ello se refería a que las actividades generalmente comprendidas —o que él quiso abarcar— dentro de su concepción se producían dentro de un juego organizado, tanto formal como informal. Tanto la índole de algunos de los delitos que presuponen de por sí una organización o coordinación de personas diferentes o provenientes de grupos independientes¹⁰⁴, como el hecho de que en general los delitos objeto de la investigación de SUTHERLAND procedían de corporaciones comerciales e industriales, llevaba a la conclusión de que todos ellos se desplegaban en una trama de relaciones sociales y de escalas jerárquicas propias de las corporaciones o del ambiente de negocios a ellas ligado.

Y aquí aparecen dos problemas; uno de ellos es el referido a cómo distinguir, o si efectivamente distinguir, el delito de cuello blanco del delito organizado en sentido convencional, esto es, el de las organizaciones declaradamente criminales, que actuaban en la clandestinidad y que se dedicaban a actividades ilegales como el juego, la extorsión, la prostitución, etc. La distinción entre los respetables criminales de cuello blanco y los no respetables criminales convencionales que se habían integrado a una organización con caracteres mafiosos es uno de los problemas que emergen de la ambigüedad de la definición y de las tesis de SUTHERLAND. Sobre este tema se volverá más adelante.

El otro punto conlleva una lenta evolución¹⁰⁵. Las teorías formuladas por la criminología originaria siempre habían considerado el delito como un acto individual y como el resultado de causas radicadas en el individuo. Cuando se agotaron esas explicaciones fundadas en defectos corporales o de personalidad, fue el ambiente el sitio donde se buscaron los factores que provocaban los desbordes criminales o inducían a una respues-

¹⁰⁴ En este punto, SUTHERLAND da como ejemplo los delitos de restricción al comercio (SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, cit., p. 169; en general, véase el capítulo XIII).

¹⁰⁵ Sobre esta evolución véase MCINTOSH, Mary, *The organisation of crime*, Macmillan, Essex, 1975, cap. I.

ta no conforme a las mismas demandas sociales. Pero también en este caso se trataba de explicar, a través de situaciones patológicas presentes en el contexto social en el que actuaba el individuo, las causas de su comportamiento.

Esta evolución de la criminología fue pareja con el proceso de construcción de los paradigmas usuales en derecho penal, especialmente en el derecho continental europeo, fundado sobre todo en la consideración del individuo como una persona capaz de culpabilidad o pasible de ser eximida de ella en virtud de causas extraordinarias, también presentes en su organismo o en su psiquis, o en función de las presiones irresistibles de algunos acontecimientos externos. Sólo así era posible verificar el requisito de una actuación personal y voluntaria en el delito.

Mientras esta evolución seguía su curso, tanto para los discursos científicos encaminados a la explicación de la conducta como para los discursos jurídicos dirigidos a sancionarla, el delito seguía siendo un acto individual, e individuales (individualizados) eran los procesos causales que los provocaban, aunque procediesen de causas generales o colectivas, y finalmente también eran individuales (o sólo aplicables a los individuos) las sanciones posibles¹⁰⁶.

El descubrimiento de formas asociativas entre los delinquentes, como el bandidismo, las asociaciones mafiosas, los grupos organizados para cometer delitos rurales o urbanos, no representaba ninguna amenaza para este esquema sencillo: el delito seguía siendo considerado como un acto individual, y sólo algunas formas asociativas podían reprimirse, y a la vez explicarse, en función de las tesis subculturales que, como adaptación colectiva del estructural funcionalismo, florecieron hacia mediados del siglo XX.

Pero en todo caso, tanto para la explicación científica como para la imputación jurídica, el problema era la caída individual en una red colectiva, en un grupo criminal o en una subcultura y la única cuestión remanente era, en definitiva, la de poder explicar las causas de una tal adscripción a pautas o comportamientos desviados. En otros términos, la asociación se explica-

¹⁰⁶ Esta última afirmación debe ser entendida sólo de manera general, puesto que en el ámbito de la responsabilidad penal de los sujetos colectivos se originó un interesante debate y una lenta evolución en sentido favorable a la aplicación de sanciones penales. Sobre esto, más adelante.

ba a partir de los motivos particulares por los cuales un individuo se asociaba, y era sobre esta base que debía ser discernida la sanción.

Pero existe un punto en que el enfoque individual deja de ser satisfactorio o se reduce a una parte del problema, dejando al descubierto no sólo la estructura de las relaciones internas de los grupos, sino las formas peculiares en las que estos grupos interactúan con el exterior. Se trata del factor organizacional, que en la literatura sobre el delito de cuello blanco está representado por lo que se ha denominado delito corporativo.

CLINARD y YEAGER lo han definido de la siguiente manera: *todo acto cometido por corporaciones que es penado por el Estado, independientemente de si es punible bajo leyes administrativas, civiles o penales*¹⁰⁷.

Esta definición tiene un claro componente subjetivo, pues se refiere a ciertos delitos a los que señala sólo por el hecho de haber sido cometidos por las corporaciones. Sustituye el requisito de estatus social originario del concepto de SUTHERLAND por una caracterización subjetiva que, de alguna manera, tiene los mismos efectos teóricos: al poner en primer plano los aspectos organizacionales del fenómeno, sustancialmente provenientes de las estructuras de las grandes compañías y conglomerados comerciales e industriales de los Estados Unidos, lo que subraya es el inmenso poder económico y político de estas organizaciones.

Si en la tesis de SUTHERLAND el estatus social, la respetabilidad y la influencia que de ellos derivan pueden provenir de un abanico impreciso y variado de situaciones vinculadas al buen pasar, al buen vestir, a la buena familia y al grado educativo, a la disponibilidad económica o a la inserción social, entre otras muchas fuentes posibles, en el caso del *corporate crime* en cambio la influencia y el poderío tienen un origen mucho más preciso. Se trata de la concentración de recursos humanos, intelectuales y económicos, de la capacidad organizativa y de la inserción en los planos más altos de la economía y de la política de uno o varios países, bajo una unidad de dirección privada, lo que les brinda la capacidad de incidir en la existencia, en la

¹⁰⁷ CLINARD y YEAGER, *Corporate crime*, cit., p. 16.

salud, en la economía y en el estilo de vida de los ciudadanos, así como en las decisiones políticas de los gobiernos¹⁰⁸.

CLINARD y YAEGER han hecho una abrumadora descripción de las formas en las que se manifiesta el inmenso poder económico y político de las corporaciones estadounidenses, y de la percepción del público hacia ellas hasta un punto en que las violaciones a las numerosas leyes regulatorias de la industria y del comercio se han constituido en una preocupación de primer orden¹⁰⁹. Entre esas preocupaciones se encuentra la convicción de la magnitud del daño que pueden provocar esas violaciones, representado no sólo por pérdidas de tipo económico a consumidores, instituciones y al propio Estado, sino por daños físicos, muertes y lesiones a causa de hechos tales como la violación de los estándares de calidad en alimentos y en drogas medicinales, o en algunos productos lanzados al mercado como automotores inseguros, en la contaminación peligrosa del ambiente, en el despliegue de procesos industriales peligrosos con daño a los trabajadores. A todo ello se agregan las consecuencias morales en el despliegue y en el cumplimiento de las reglas de juego del sistema capitalista, que afectan el desenvolvimiento de éste¹¹⁰.

De manera equivalente a la tesis de SUTHERLAND, el *corporate crime* puede provenir de la violación de reglas legales no formalmente penales. Pero aquí CLINARD y YAEGER subrayan que la diferencia entre los procedimientos civiles y administrativos generalmente aplicados, en relación a las formas típicas de la legislación penal, provienen sobre todo del ejercicio del poder económico y político de las corporaciones con miras a extraer la sanción penal de la caja de herramientas con la que cuentan los

¹⁰⁸ Un ejemplo sobre el desmesurado poder de estas corporaciones, incluso en el territorio de los Estados Unidos --qué decir de los países de economías y políticas más frágiles-- lo da la expresión de Ralph NADER, al sugerir que la General Motors podría adquirir el estado de Delaware, pero sólo si la Du Pont consintiera en vendérselo; NADER, Raph, *The case for federal chartering*, en NADER, Ralph y GREEN, Mark, *Corporate Power in America*, Penguin, 1973, p. 79.

¹⁰⁹ CLINARD y YEAGER, *Corporate crime*, cit., cap. I.

¹¹⁰ Sobre la particular significación que tiene esta visión que identifica el delito corporativo o el delito económico como la ruptura de las reglas de juego, se volverá más adelante.

funcionarios encargados de aplicar la ley¹¹¹. El énfasis es aquí puesto en el poder de los conglomerados económicos que pueden ser empleados, o son efectivamente empleados, en distorsionar la ley y su misma aplicación en beneficio de sus intereses. Pero la mención de todas estas circunstancias es meramente descriptiva y no apunta a descubrir raíces más profundas.

En efecto, mientras el punto anterior constituye una suerte de apertura para una consideración más abarcativa y amplia del delito de cuello blanco, en tanto lo vincula a la manera en la que se construyen las reglas dominantes en una sociedad y el concepto de crimen que es su contracara, los teóricos del delito corporativo vuelven, sin embargo, a incursionar en la fenomenología improductiva que hemos venido criticando.

Los autores que comentamos en este apartado sostienen¹¹² que delito corporativo es en esencia delito de cuello blanco, pero un particular subtipo de éste, caracterizado por su carácter organizacional, esto es, emergente del contexto de la relaciones y las expectativas existente entre los planteles directivos, los ejecutivos y los administradores, y entre corporaciones relacionadas, sus divisiones corporativas y sus subsidiarias. Este carácter lo distingue de la más amplia área criminal representada por las infracciones cometidas en el curso de las llamadas ocupaciones de cuello blanco.

A su vez, señalan que el delito de cuello blanco engloba un conjunto de actos criminales que involucran ofensas monetarias que no están ordinariamente asociadas con la criminalidad, de la que se distingue –se refieren a la criminalidad de clase baja– en términos de la estructura de la violación y por el hecho de que las sanciones administrativas y civiles son usadas más habitualmente que las sanciones típicamente penales.

Una vez distinguido el delito de cuello blanco de la criminalidad común, dividen al primero en dos grandes subgrupos: el delito ocupacional, más o menos a la manera de GREEN, que cubre una vasta gama de actividades ilegales desarrolladas de manera individual o a través de grupos pequeños en conexión con sus ocupaciones y, en general, en beneficio propio y no de la corporación para la cual el o los autores trabajan; y el delito corpo-

¹¹¹ CLINARD y YAEGER, *Corporate crime*, cit., p. 16.

¹¹² CLINARD y YAEGER, *Corporate crime*, cit., ps. 17-19.

rativo, puesto en práctica por colectividades o por grupos de individuos de una forma que es difícilmente comparable con la acción de un individuo solitario.

Y aquí vuelve, admiten, la confusión, dado que existe una serie de situaciones en las cuales es difícil establecer si una conducta determinada debe ubicarse en uno u otro subtipo, y para demostrar la índole del problema, entre los ejemplos que suministran el más acabado es el de un empleado de una empresa productora de neumáticos que, encontrándose a cargo de una suma de dinero destinada a pagar sobornos a funcionarios políticos, distrajo una parte para sí: el problema radicaba en determinar si se trataba de uno u otro tipo de categoría la que estaba involucrada, o ambas, dado que el personaje había actuado en parte para sí y en parte en beneficio de la corporación. La dirección meramente descriptiva de estas cuestiones alude claramente a la necesidad sociológica inmediata de establecer un inventario de conductas, cuyo interés no excede la mera fenomenología de los hechos.

Pero, además, el delito corporativo desnuda una serie de problemas vinculados a la teoría de la organización, que se desarrollan teniendo específicamente en miras a la etiología de la conducta criminal. Pero aquí, nuevamente, esa etiología está expresada en los términos de la causación de la desviación individual; de esta manera lo que se investiga son las formas mediante las cuales una organización adiestra a sus empleados para convertirse en criminales, forzando su adhesión a los objetivos de la corporación aunque éstos choquen con la ley, y desarrollando una cultura propia cuyo aislamiento de la cultura general se propicia¹¹³. Sobre este tema se volverá cuando se traten los temas específicamente etiológicos de la teoría del delito de cuello blanco.

3. 6. El delito de cuello blanco como criminalidad económica

La criminalité des affaires o la delincuencia económica constituyen las denominaciones que prevalecen en la literatura cri-

¹¹³ CLINARD, Marshall y YAEGER, Peter, *Corporate organization and criminal behavior*, en ERMANN, David y LUNDMANN, Richard, *Corporate and governmental deviance: problems of organizational behavior in contemporary society*, Oxford University Press, 1982, p. 74.

minológica actual. Ellas parecen presentar una mayor facilidad para la definición del campo, en virtud de estar orientadas hacia cuestiones de naturaleza económica, más fácilmente objetivables que las referencias subjetivas que estaban presentes tanto en la definición originaria de SUTHERLAND como en el concepto del delito corporativo, ambas con sus propios géneros de imprecisiones.

Al ubicar el centro del problema en las cuestiones económicas, el término delito económico no se encuentra, en algún sentido, lejos de la original preocupación de SUTHERLAND. Éste había apoyado su teoría en el análisis del comportamiento de setenta de las mayores empresas comerciales e industriales de los Estados Unidos, y todas las infracciones incluidas en su catálogo de delitos de cuello blanco tienen contenido, naturaleza o proyección económica.

Sin embargo, esta dirección en la denominación y como consecuencia en la definición —o a la inversa—, presenta varios problemas, el primero de ellos resulta precisamente de la limitación del campo a las cuestiones económicas, y se refiere a la individualización de cuáles son las relaciones económicas que caen dentro del marco abarcado por esta nueva manera de designar el campo empírico.

Pero de este problema, como veremos, resulta una cuestión que es común al resto de las definiciones que analizamos, que consiste en la contraposición entre una visión ortodoxa y por lo tanto acrítica del orden económico, caracterizada por su apego a la definición legal, y otra que lo enfoca en sus fundamentos y que para ello se independiza metodológicamente del límite formal de la ley.

3. 6. 1. *Una visión ortodoxa*

Una manera de ver las cosas es la que parte de considerar el orden económico como un conjunto de reglas formales vigentes para el desarrollo de los procesos económicos, cuya violación viene a constituir el delito económico. Desde este punto de vista, las conductas que pueden ser incluidas dentro de esta categoría pueden ser clasificadas en atención a dos principios ordenadores distintos¹¹⁴.

¹¹⁴ Al respecto, véase TIEDEMANN, Klaus, *Poder económico y delito*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona 1985, ps. 10 y ss.; TIEDEMANN, Klaus, *La crimina-*

a) Uno de esos principios tiene base en el carácter meramente patrimonial de los delitos en cuestión, esto es, en que las conductas tengan por objeto o por efecto la modificación –ilegal– de ciertas relaciones jurídicas de contenido patrimonial o económico. De esta forma, esta perspectiva guarda relación con la amplísima definición de EDELHERTZ que, como hemos visto, pretende abarcar toda la gama de conductas lesivas de intereses patrimoniales efectuadas mediante ocultamiento o engaño. La excesiva latitud de esta concepción requiere –y así ha sido en general reconocido– la limitación a los delitos que, teniendo contenido económico, tengan capacidad o entidad suficiente para afectar, en alguna medida o sentido relevantes u objetivamente apreciables, el orden económico o la vida económica general, o para los cuales se hayan utilizado medios proyectados por el legislador como instrumentos de la vida económica¹¹⁵.

b) Un principio menos indiscriminadamente abarcativo es el que identifica las infracciones a partir de su lesividad respecto de ciertos bienes jurídicos reconocibles, precisamente, por su vinculación con los mecanismos de regulación o de intervención estatal en el área de la economía. En efecto, la referencia a la esfera económica permite una mirada más precisa, que requiere traspasar el nivel de lo meramente patrimonial¹¹⁶ para conectar el hecho a los parámetros y reglas generales de la economía, con lo que se limita su alcance a los hechos que afecten de una manera general o sensible el funcionamiento regular de los factores económicos o la política económica¹¹⁷.

lità economica. Situazione internazionale delle riforme e delle ricerche, relación presentada en las "Primeras Jornadas Europeas de Defensa Social sobre Problemas de la Criminalidad Económica", Roma, octubre de 1977, Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Milano.

¹¹⁵ Cfme. TIEDEMANN, obras citadas.

¹¹⁶ De lo contrario, cualquier defraudación en el ámbito de las relaciones privadas, aunque tuviera grandes proporciones, habría constituido un delito de cuello blanco.

¹¹⁷ Con ello, el campo empírico queda abierto a toda una gama de delitos concernientes a la actividad económica en sí misma y a la violación de las normas de control y dirección del Estado en ese ámbito: contrabando, delitos tributarios, infracciones cambiarias, violaciones a las regulaciones sobre ahorro público y actividad bancaria, monopolio y otras restricciones a la competencia, política pública de precios, etcétera.

De hecho, fueron los llamados delitos económicos los que durante décadas proporcionaron la casi totalidad de los fenómenos delictivos estudiados a título de delito de cuello blanco por los sociólogos de la desviación en los Estados Unidos y en Europa, a los que recientemente se agregaron algunos otros delitos no convencionales relacionados con el concepto de intereses difusos¹¹⁸, esto es, de bienes en cuya protección no está interesado ni el individuo ni el Estado en la forma tradicional, sino que pertenecen a todos y son gozados –y por lo tanto tienen derecho a reclamar protección– por todos los ciudadanos en forma igualitaria; entre esos bienes que conciernen a la tutela de la economía de una sociedad en su conjunto¹¹⁹ se destaca, como uno de los últimos en llegar, el medio ambiente.

Esta posición es la que define entonces a los delitos económicos como aquellos que atentan contra el orden económico general. Al sustentar esta definición en el reconocimiento de la legitimidad de ese orden, justifican su penalización en el hecho de que ciertas actividades esenciales al sistema de producción capitalista basan su evolución, expansión y desarrollo en conductas atentatorias de su propia legalidad¹²⁰.

Dentro de esta consideración ortodoxa del orden económico, y cualquiera fueren los principios organizadores que se prefieran, éstos actuarán simplemente como criterios de clasificación y, en última instancia, se dirigirán sobre todo al aspecto práctico de la cuestión. Aludirán entonces a cuestiones de organización, procedimientos y competencia judicial e informarán criterios generales de política criminal, en especial en dirección a la eficiencia global del sistema.

De este modo, estos principios actúan en el interior de un enfoque en el que, siguiendo el análisis crítico de Massimo PAVARINI,

¹¹⁸ La formulación más conocida se debe a SGUBBI, Filippo, *La tutela penale di "interessi difusi"*, en "La Questione Criminale", 1975, ps. 439 y ss. Sobre el recurso a los intereses colectivos o supraindividuales a fundamento de la penalización de los delitos económicos y su evolución histórica, véase HENDLER, Edmundo S., *Una aproximación al tema de los delitos económicos*, en "Revista Jurídica de Buenos Aires", Universidad de Buenos Aires, 1990, ps. 115 y siguientes.

¹¹⁹ HENDLER, *Una aproximación al tema de los delitos económicos*, cit., p. 119.

¹²⁰ Véase VILADÁS JENE, Carlos, *La delincuencia económica*, en *El pensamiento criminológico*, II, Ed. Ariel, Barcelona, 1983.

la criminalidad económica se suele entender como, solamente, la que es definida como tal por la ley penal. En otras palabras, aquélla se refiere a los comportamientos legalmente definidos como criminales y sometidos al proceso secundario de criminalización por parte de los órganos de control social¹²¹. Es cierto, como indica PAVARINI, que este enfoque tiende a agotarse en una tautología y a sugerir sólo una aproximación exegética a las normas.

El criterio descripto es insuficiente, en tanto cualquier perspectiva criminológica que permanezca ceñida a él no podrá salir del cerco de la consideración fenomenológica de su campo empírico, esto es, deberá preocuparse primero de las cuestiones clasificatorias, de identificar el o los bienes jurídicos tutelados, de determinar si sus titulares son el Estado o los particulares o si se trata de bienes difusos pertenecientes a la comunidad (en el sentido desarrollado por SGUBBI¹²²), por oposición a la concepción clásica del bien jurídico como derecho subjetivo individual. A su vez, esta identificación traerá aparejadas nuevas cuestiones clasificatorias, al estilo de las analizadas por TIEDEMANN¹²³. Incursionará a renglón seguido sobre aspectos estrictamente fenomenológicos, esto es, señalará quiénes son los autores, a qué rango social o actividad profesional o económica pertenecen, si los delitos deben encontrarse o no vinculados a esa actividad, en qué medida un autor proveniente de capas sociales bajas puede ser autor de estos delitos, si el empleo de medios generalmente no físicos, sino simbólicos o fraudulentos, tiene importancia definitoria a los fines de la delimitación del campo y, por último, deberá afrontar el difícil desafío de la criminología tradicional: la etiología.

Aquí deberá buscar las causas del delito económico, y las buscará, como por lo general lo ha hecho, con recurso a una vasta gama de teorías que intentan ahora explicar lo que para la criminología positivista tradicional era difícilmente explicable: el crimen de quien no presenta carencias biológicas ni psicológicas, de quien no vive en el nivel de subsistencia y se encuentra por ende forzado a delinquir, de quien no sufre déficits cultura-

¹²¹ PAVARINI, Massimo, *Ricerca in tema di "criminalità economica"*, en "La Questione Criminale", 1975, p. 540.

¹²² SGUBBI, *La tutela penale di "interessi difusi"*, cit., ps. 439 y siguientes.

¹²³ Que se han descripto más arriba.

les o educativos ni, por lo general, su formación es tributaria de una familia descalabrada o de un desorganizado gueto suburbano. Para esto, la criminología etiológica de raíz sociológica recurrirá a variadas explicaciones, desde la influencia de las oportunidades ilegítimas u otras, también insertas en una perspectiva sociológica de corte estructural funcionalista, como la de la anomia mertoniana que, a pesar de estar dirigida preponderantemente hacia la criminalidad de las clases bajas, siempre ha ocupado un lugar preponderante, hasta la tesis de la asociación o aprendizaje diferencial del propio SUTHERLAND¹²⁴.

3. 6.2. Una visión crítica

Hay una segunda manera de ver las cosas, que tiene relación con las implicaciones posibles de la llegada del delito a la economía y a la política, y que permite la apertura de una serie de problemas importantes, particularmente en punto a la determinación de la licitud o ilicitud. En una extrema síntesis, el delito económico es el que afecta el orden económico, esto es, las reglas generales de la economía, y entonces es necesario establecer la relación entre esos dos conceptos y la naturaleza de la esfera respecto a la cual el delito es pura transgresión.

De una manera todavía más clara que la relación existente entre el delito convencional y el orden social agredido por éste, en la cual este último elemento de ordinario no requería mayor definición porque era un dato ya proporcionado por la política, en el caso del orden económico los esfuerzos por definir esa relación y por determinar en qué consiste el orden económico defendible son ostensiblemente más arduos. Porque no sólo deben determinarse el origen, la naturaleza y las determinantes propias del orden económico, sino en qué sentido puede hablarse de una transgresión, como un acto que sólo puede estar marcado por sus diferencias.

Si en el primer caso el delito convencional podía ser considerado claramente distinguible de la conducta conforme o de los parámetros habituales que definen y configuran el orden pú-

¹²⁴ Véase sobre este tema PARADISO, *La criminalita negli affari, un approccio criminológico*, cit., cap. I.

blico general, en el caso del delito económico ya no es así. Las dificultades sobre la apreciación de los hechos objetivos corren de manera paralela a la valoración de aspectos subjetivos. Si en materia de delito convencional el estereotipo estigmatiza fuertemente al desviado, que sufre un intenso y definido rechazo social que se explica no sólo por la índole de los hechos cometidos sino también por sus características personales, en el caso del delincuente económico la reacción solía ser inversa. El empresario exitoso debe ser astuto y sagaz y sólo por ser tal puede ser exitoso; para ello tiene que aprovechar con celeridad las estrechas oportunidades de tomar ventajas sobre sus competidores o sobre las regulaciones del Estado, consideradas muchas veces como barreras injustas que ahogan la libre competencia. En lugar de reprobación social hay o había admiración o por lo menos una actitud comprensiva: el empresario no hizo ni más ni peor que lo que tenía que hacer.

En el aspecto objetivo el problema es paralelo: lo que el empresario tiene que hacer es, finalmente, lo que hacen todos los empresarios. Y conforme este principio, la incriminación de ciertas conductas combate contra las reglas reales, aunque no formales, de la economía. Y aquí se bifurca el camino, puesto que en una posición más ortodoxa cabe aceptar que la economía tiene sus reglas y que la transgresión a éstas es lo que convierte a esos hechos en delito, dentro de un esquema en el cual éste se expresa en una suerte de violación de las reglas de juego¹²⁵.

Esa concepción es tributaria de considerar al capitalismo como una racionalidad que se impone reglas, de una manera autorregulada. Es el concepto de capitalismo racional de Max WEBER¹²⁶, que consiste en un modo autónomo e históricamente determinado de regular la ambición. Si el capitalismo requiere en su base el impulso lucrativo, ambicioso y agresivo que caracterizó a los inicios de la economía occidental moder-

¹²⁵ Seguramente el enfoque más agudo de este problema se debe a PAVARINI, *Ricerca in tema di "criminalità economica"*, citado.

¹²⁶ WEBER, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Ed. Península, Barcelona, 1969, *Introducción*; SIMONETTI, José María, *El ocaso de la virtud; ensayo sobre la corrupción y el discurso del control social*, Ed. Universidad Nacional de Quilmes y de la Plata, 1998.

na¹²⁷, el capitalismo moderno o capitalismo racional weberiano consiste en un modo de poner freno a esos impulsos, de moderarlo y encauzarlo a través de una regulación que es autoimpuesta. Esa autoimposición sólo puede tener lugar cuando el capitalismo se eleva a sistema total de las relaciones que organizan la realidad social y que a la vez la explican y la tornan comprensible.

Este proceso, que WEBER señala como el paso del capitalismo aventurero o de los fundadores al capitalismo racional propio de Occidente, requiere algunas condiciones que luego se constituyen en sus elementos fundantes: la concurrencia de una contabilidad previsible basada en el método de cálculo racional, de la organización del trabajo libre y de un derecho previsible. De esta manera, el acto de economía capitalista pasa a ser aquel que se funda en probabilidades formalmente pacíficas de intercambio, y esto requiere el cálculo técnico y económico de la misma manera que la previsibilidad de las conductas de los demás operadores de la economía. Aquí es donde se juega el rol del derecho, que tiene que asegurar un orden en el cual las expectativas de ganancia del capitalismo se armonicen en un sistema de relaciones que incluya a todos sus actores sobre bases previsibles.

En este marco, el delito económico sería aquel que rompe con esa previsibilidad, alterando las reglas de juego que la economía, considerada como un sistema autorregulado (sometido a una cierta autorregulación), se da a sí misma¹²⁸. Y por lo tanto la caracterización del delito es posible como un hecho excepcional, externo al orden económico, al que altera irrumpiendo con su carga de imprevisible agresividad.

El concepto es simple y cómodo pero no operativo, porque para que funcione es necesario, primero, que concurren otras condiciones, como las de su visibilidad o exposición excesivas, y, segundo, la posibilidad de expresarlo o reconstruirlo en términos

¹²⁷ Y aún hoy lo requiere; según SCHUMPETER el impulso agresivo e irracional, dirigido a la acumulación de la riqueza, forma parte del espíritu actual del capitalismo, junto a la actitud innovativa y al elemento de racionalidad y cálculo. Véase RUGGIERO, Vincenzo, *Economie Sporche: L'impresa criminale in Europa*, Ed. Bollati Boringhieri, Torino, 1996, p. 71.

¹²⁸ PAVARINI, *Ricerca in tema di "criminalità economica"*, citado.

individuales¹²⁹, que son agregados extraños e incompatibles con su concepción original. Si el esquema de la regla excepción fuera válido, esto es, si la regla fuera el conjunto de las relaciones formales de la economía y la excepción el ocasional acto transgresor, el fenómeno de la inmunidad no acompañaría con tan obstinada persistencia al delito de cuello blanco, o al delito económico que es el que ha venido a colonizar casi todo su espacio.

Además, el esquema de la regla excepción implica la reducción del análisis del fenómeno al examen de las conductas que lo constituyen, pero esto es insuficiente para caracterizarlo en su totalidad o, lo que es lo mismo, para caracterizarlo cabalmente. Para ello parece necesario exceder el límite de la fenomenología objetivamente observable, en el sentido que, con mucha precisión, han desarrollado LASCOUTES y WEINBERGER, desplazando el análisis hacia la perspectiva del control social:

“En este campo específico, como por otra parte en muchos otros, se puede decir que la criminología ha partido mal. Este dato es tan cierto que, a cerca de treinta años de los primeros estudios consagrados al ‘crimen de cuello blanco’, ella está todavía tratando de definir el campo de la delincuencia de negocios. Casi siempre los debates en este sector se han limitado a querellas en el plano jurídico, sobre el catálogo de delitos y sobre su naturaleza (necesidad de una voluntad fraudulenta o no), en el plano criminológico, sobre múltiples cuestiones sobre la naturaleza y la extensión del fenómeno, en el plano económico y financiero, en discusiones inciertas sobre casos-límite, sobre las franjas esfumadas y los silencios de las leyes. Como objeto de estudio científico, el campo de la delincuencia de negocios está todo, todavía, en construcción. Más a menudo, los enfoques en materia de delincuencia de negocios se mantienen en el interior de la perspectiva criminológica más tradicional, aquella que se focaliza en el pasaje al acto. Es así privilegiado el estudio de los delitos descubiertos y perseguidos. Ahora, el enfoque de la delincuencia de negocios por el solo camino de las formas de conducta que son sometidas a una reacción social institucionalizada, abre una perspectiva limitada. Los dossiers administrativos y judiciales que sirven de pun-

¹²⁹ Estas condiciones se discutirán más adelante. Sobre ellas, véase LASCOUTES y WEINBERGER, *Delinquenza di affaristi e problemi d'affari*, cit., ps. 63-97.

to de partida a los estudios de este tipo, contienen en realidad bien pocos datos informativos sobre la naturaleza de conjunto de la delincuencia económica. Aquéllos no representan sino una pequeñísima parte de ésta, la llamativa y sin duda la menos compleja e implicate”¹³⁰.

A menos que, como señalan los autores citados, el análisis se efectúe desde la perspectiva del control social, la habitual aproximación fenomenológica y necesariamente (finalmente) etiológica no podrá, a causa de la limitación que sufre por su apego a la definición legal del delito, analizar el tema de las inmunidades que rodean a la delincuencia económica sino como un aspecto más de su particular fenomenología.

En este sentido, las dificultades para la definición legal de las conductas, la existencia de numerosísimas lagunas de legislación penal o de circunstancias legales que entorpecen o que impiden la represión y el simple control, la ineficacia de los órganos propuestos para su control, la inmunidad efectiva que esa ineficacia produce, y la debilidad de la reprobación social y de la efectiva estigmatización de sus autores, se verán interpretadas como un mero resultado, una mera consecuencia –si bien grave y anatematizada– de la naturaleza esencial de los delitos en cuestión.

En este cuadro, esas situaciones serán entendidas como el efecto natural del género de delitos de que se trata, y por lo tanto en este tipo de situaciones de inmunización no podrá verse nada más que una simple adjetivación de estos delitos, sin reflejo alguno en otras esferas.

Por el contrario –y sobre esto volveremos más tarde–, creemos que las circunstancias apuntadas no sólo contribuyen a definir un campo empírico particular, sino que en cierto sentido son su misma definición, o más bien la definición que determina el interés particular en establecer ese campo para la investigación criminológica, en la medida en que el estudio de nuestro objeto es un capítulo del estudio de la sociedad.

El delito de cuello blanco, entonces, no se limita al delito económico; es, en esencia, un delito señalado por (la tendencia a) la inmunidad.

¹³⁰ LASCOURMES y WEINBERGER, *Delinquenza di affaristi e problemi d'affari*, cit., p. 66.

4. El problema de la etiología

Si se parte de la criminología es imposible no examinar su tema de oro: la etiología, las causas. Sin embargo, parece evidente la esencial banalidad de las cuestiones etiológicas en materia de delito de cuello blanco, cuando son reducidas a la indagación de las motivaciones particulares del actor accidental. Una mayor riqueza se encuentra en las teorías enderezadas a determinar las relaciones del acto desviado con la estructura económica en la cual éste se despliega.

Ambas preguntas pueden vincularse o distanciarse según se entienda cuál es la cuestión causal, y ésta a su vez se encuentra ligada a la discusión sobre la naturaleza, los límites conceptuales y el campo empírico del delito de cuello blanco¹³¹.

Si por causa se quiere referir a las determinantes o a los factores que influyen en la generación del delito de cuello blanco como fenómeno social y económico, es posible que ambos interrogantes se acerquen, al dirigirse a establecer las vinculaciones que tiene este tipo de comportamientos con las dinámicas profundas de la vida económica. Es sólo en este sentido de causa, como el conjunto de los factores a los cuales obedecen ciertos sucesos y que se despliegan en su historia, a la cual explican, como una cierta ligazón en la que los factores y los efectos se condicionan y ligan mutuamente, que la pregunta causal conserva alguna significación¹³².

¹³¹ Vincenzo RUGGIERO sostiene que "Las dificultades que se encuentran al explicar las causas del crimen de cuello blanco y del delito económico reflejan las dificultades análogas que se enfrentan (...) al definir este tipo de crimen" (RUGGIERO, *Economie Sporche: L'impresa criminale in Europa*, cit., p. 34).

¹³² La pregunta de por qué una persona se dedica al narcotráfico admite dos géneros de respuesta: una de ellas se vincula con sus necesidades y aspiraciones personales, en el marco del contexto en el que actúa, las significaciones culturales que lo rodean y su propia formación personal. La otra se relaciona con estructuras económicas en las cuales el cultivo de ciertas sustancias constituye la única fuente de supervivencia de las poblaciones campesinas o, en el otro extremo del arco, en las cuales la generación de recursos monetarios líquidos es tan apreciada y está tan integrada a los circuitos financieros que no se puede hacer a menos de ese tipo de aportes. En estos casos, la explicación causal se desplaza de las motivaciones individuales a la articulación y la confusión entre la vida y la muerte, o entre lo lícito y lo ilícito, y aquí, donde todo es confuso, cabe recordar que nadie se pregunta por qué

En cambio, la búsqueda de los motivos particulares del acto desviado sigue el mismo camino fenomenológico e incierto de la pregunta causal por el comportamiento criminal convencional, aunque encuentra cada vez más dificultades. Éstas provienen del hecho de que en este caso las explicaciones deficitarias o patológicas ya no tienen lugar. El delito de cuello blanco, como ya se ha dicho, no proviene de carencias personales, psicológicas, ambientales o de ningún otro tipo¹³³, con lo que quedan invalidadas las explicaciones corrientes y, sobre todo, queda sumamente debilitada la permanente búsqueda de la causa unitaria del comportamiento criminal en tanto tal.

Las explicaciones anómicas, dominantes en la sociología estadounidense durante gran parte del siglo XX, no pudieron dar una respuesta adecuada, puesto que se encuentran fundadas sobre todo en adaptaciones individuales o eventualmente colectivas a situaciones de carencia o de dificultad, en la que la estructura social pone a las personas desventajadas fuera de la posibilidad de acceder a los medios legítimos para acceder a las metas de ascenso social prescritas de una manera generalizada por la cultura. El concepto de *anomie*, tal cual fuera desarrollado por MERTON, se refería de

una persona se decide o se dedica a *cometer* actos lícitos; sólo se le pregunta, en todo caso, por qué eligió estudiar derecho y no ingeniería, u optó por poner una panadería en lugar de una ferretería, pero no por qué emprende una actividad normal y corriente en tanto actividad genérica.

¹³³ SUTHERLAND rechazó de manera terminante cualquier asociación entre delincuencia y patologías personales. Aunque es un tanto efectista, conviene transcribir uno de sus párrafos más expresivos: "... el comportamiento delincencial de los hombres de negocios no es explicable en términos de pobreza –en el sentido tradicional–, de habitaciones poco confortables, de falta de oportunidades recreativas, de debilidad mental, o de inestabilidad emotiva. Los grandes empresarios son capaces, emotivamente equilibrados, y la patología, en su caso, no juega ningún rol. No hay ninguna razón para pensar que la General Motors tenga un complejo de inferioridad, que la Alluminium Company of America sufra de un complejo de frustración-agresión, que la U. S. Steel tenga un complejo de Edipo, que la Armour Company sienta pulsiones de muerte o que la Du Pont desee volver al vientre materno. La afirmación según la cual un delincuente deba tener alguna deformación patológica en la esfera intelectual o en la emotiva me parece absurda, y si es absurda en relación a los hombres de negocios, del mismo modo será absurda en relación a los delitos de los que pertenecen a las clases económicas inferiores" (SUTHERLAND, *I reati delle imprese*, cit., p. 105).

una manera específica a una cierta *anomie* de privación, y su contracara, la *anomie* del éxito, fue insuficientemente desarrollada¹³⁴.

Sólo de manera marginal puede incluirse el problema del crimen de cuello blanco dentro de la teoría de la anomia, sobre la base de asumir que también sobre los grupos de la clase alta opera el mismo tipo de presión social, pero sobrevalorando significativamente los estímulos para lograr un estatus monetario cada vez más elevado e induciendo conductas innovativas de una manera que borra la distinción entre los procedimientos comerciales admitidos y las prácticas fraudulentas. El objetivo del éxito económico sería así una meta que constantemente se aleja aunque se hubieran ya obtenido considerables resultados, tal como la línea del horizonte se aleja a cada paso que se tiende hacia ella. De esta manera, un mensaje cultural que pone excesivo énfasis en una meta tendencialmente ilimitada del éxito económico y del prestigio social a cualquier costo, secundarizando de una manera radical tanto los medios legítimos como la satisfacción por la obtención de metas intermedias, ha sido estimado como una forma convincente de aplicación de esta teoría¹³⁵.

Pero como no son los medios los que faltan —en relación a unos deseos y unos objetivos cada vez mayores—, lo que parece claro es que cualquier explicación sobre el delito de cuello blanco ya no puede asentarse sobre un concepto de déficit, sino que tiene que admitir que su contrario, el superávit, es el que puede tener incidencia causal: de acuerdo con el mismo SUTHERLAND, el delito de cuello blanco no se debe ya a la pobreza, sino a su contrario, a la riqueza¹³⁶.

¹³⁴ MERTON, Robert K., *Anomie, anomia e interacción social. Contextos de conducta desviada*, en CLINARD, *Anomia y conducta desviada*, cit., p. 207.

¹³⁵ Véase CLINARD, *Las implicaciones teóricas de la anomia y la conducta desviada*, cit., p. 30. También, PARADISO, *La criminalita negli affari, un approccio criminológico*, cit., ps. 22 y siguientes.

¹³⁶ Sobre estos argumentos en particular, véase RUGGIERO, *Economie Sporche: L'impresa criminale in Europa*, cit., p. 31, y RUGGIERO, Vincenzo, *Delitti dei deboli e dei potenti*, Ed. Bollati Boringhieri, Torino, 1999, *Introduzione*, donde sugiere que la ineficacia de las explicaciones causales de la criminología, en particular aquellas enderezadas a establecer una causa unitaria de todos los comportamientos criminales, se enfrentan a una especie de "causalidad de los opuestos", esto es, de circunstancias determinadas cuyos valores tanto negativos como positivos pueden ser ser considerados alternativamente como factores causales del crimen, en determinadas situa-

Esta vía no desentona con el camino recorrido por aquellos autores¹³⁷ que vincularon el comportamiento criminal a la existencia de oportunidades para cometer el delito, pero hay diferencias. En el esquema habitual de la criminología es la ausencia de las oportunidades legítimas la que mueve al sujeto a incursionar por medios ilegítimos, que son los únicos que se ofrecen a su alcance. En consecuencia, el delito se explicaría en función de la gama, abierta o restringida, de las oportunidades a su alcance: si éstas sólo son ilegítimas y se tienen las *chances* para aprender cómo aprovecharlas, el delito encuentra una explicación sencilla.

En cambio, en el área de los negocios, más allá de las necesidades personales existentes o no, el espectro de las oportunidades para obtener ganancias o para desarrollar otras oportunidades de ganancia es enorme; ello significa que los medios y la forma de empleo de los medios son radicalmente distintas y provienen, sobre todo, de la gama de oportunidades creadas en un mundo legítimo. Aquí es la estructura de oportunidades la que se abre hacia el sujeto y por lo tanto es difícil sostener que una originaria ilegitimidad califica la oportunidad ofrecida por la posición social o por la inserción en los negocios.

Y por lo tanto, si se quiere responder al problema etiológico a través de la estructura de oportunidades, ésta se manifiesta de manera inversa a los criterios habituales: se trata de la abundancia o del exceso de oportunidades, debidas a la privilegiada inserción social y a la disponibilidad de medios, de técnicas y de conocimientos, especialmente en el ámbito corporativo, más que en el individual.

De igual manera, el fácil recurso a una explicación del delito a través de la falta de socialización queda definitivamente

ciones: entre esos factores computa la socialización imperfecta de los criminales convencionales y la socialización perfecta o completa de los delinquentes económicos; del mismo modo operan la organización y la desorganización, la integración y la desintegración, el monopolio y la competencia y, relativo a este tema, la pobreza y la riqueza.

¹³⁷ CLOWARD, Richard, *Illegitimate means, anomie and deviant behavior*, en "American Sociological Review", 24, abril 1959, ps. 164-176, citado por CLINARD, *Las implicaciones teóricas de la anomia y la conducta desviada*, cit., p. 37, y este último trabajo. También CLOWARD, Richard, y OHLIN, Lloyd, *Delinquency and opportunity: a theory of delinquent gangs*, The Free Press, New York, 1960.

desplazado: los empresarios suelen ser personas perfectamente socializadas, adaptadas a su medio y con relaciones sociales estrechas y productivas¹³⁸.

De alguna manera es posible deducir que los delincuentes económicos han sido socializados para realizar el tipo de comportamiento característico de la criminalidad corporativa. Dicho de otra forma, que las técnicas, las motivaciones y las justificaciones para el crimen se aprenden, y que en el caso del delito de cuello blanco aquéllas se aprenden en el marco de los mismos procesos de interacción dominantes en el seno de las corporaciones, o durante las etapas de reclutamiento y entrenamiento¹³⁹. Esta socialización suele incluir el desarrollo o la adopción de "técnicas de neutralización", tales como que las regulaciones estatales interfieren con el principio de la libre empresa, o que son complicadas e inentendibles, o que su cumplimiento comporta costos adicionales excesivos, o que los daños a terceros son despreciables porque se distribuyen entre un gran número de personas, y otras así.

Pero todo esto supone partir de la base de que estos comportamientos constituyen parte de una "cultura" propia desplegada en una organización formal o en un cierto tipo de organizaciones informales, que preexiste a la incorporación de un individuo a la estructura, y que consisten en modos establecidos, a veces de manera sistemática, de conducir los negocios o de repartírselos entre firmas concurrentes¹⁴⁰.

¹³⁸ De manera indirecta, el hecho de que los criminales económicos no tengan problemas de socialización ha puesto algunas dificultades a la por otra parte ya desvaída tesis de la resocialización como objetivo y marco del sistema de penas legales: ¿de qué tipo sería el tratamiento resocializador aplicado a una persona que no presenta déficit alguno en ese aspecto? El propio SUTHERLAND se había manifestado reticente respecto de las bondades o de la propia razonabilidad de un tratamiento penitenciario aplicado a delincuentes que habían llegado a ser tales sobre todo en función de factores de tipo ambiental, conf. CERETTI y MERZAGORA (a cura di), *La criminalità dei colletti bianchi e altri scritti di Edwin H. Sutherland*, cit., *Introduzione*, p. 30.

¹³⁹ Cfme. RUGGIERO, *Economie Sporche: L'impresa criminale in Europa*, cit., p. 29. Se trata de una adaptación de las técnicas de neutralización que, en general para el delito común, desplegaron SYKES, Gresham y MATZA, David, *Techniques of neutralization: a theory of delinquency*, en "American Sociological Review", n° 22, ps. 664-673.

¹⁴⁰ Véase el famoso artículo de Gilbert GEIS, *The heavy electrical equipment antitrust cases of 1961*, en GEIS y MEIER, *White-Collar Crime*, cit., p. 117.

En estos casos, en el seno de algunas corporaciones se desarrolla una cultura para la cual la violación de las leyes constituye su comportamiento normativo típico, y la adhesión a este comportamiento se impone a los sujetos individuales que la integran. Esta diferencia de poder entre la estructura y el individuo sería, según James S. COLEMAN¹⁴¹, el patrón de una relación asimétrica entre una corporación que es un sujeto artificial y un sujeto natural que es notoriamente más débil y que está desprovisto de los medios y de la información que la primera tiene a su disposición. A partir de estas premisas, la corporación está en condiciones de establecer las condiciones dentro de las cuales se desenvuelve la interacción, lo que es especialmente decisivo a partir del hecho de que los funcionarios de una corporación son enteramente sustituibles por otros. Por lo tanto, la irrelevancia de las personas físicas les hace más vulnerables a las presiones tendientes a que adopten una conducta criminal en beneficio de las grandes empresas y eventualmente asuman la responsabilidad por ella.

No es posible afirmar que este fenómeno sucede en todas ellas¹⁴², puesto que según algunas investigaciones de campo existe una gran discrepancia entre las tasas registradas de violaciones a los sistemas regulatorios de la economía respecto de algunas empresas en relación a otras, y ello apuntaría a sugerir que son dinámicas internas, especialmente ligadas al tipo de actitudes del sector de la dirección, las que en algunas empresas favorecen el desenvolvimiento de una ética de negocios que subvalora la conformidad a las reglas formales y a los criterios de respeto a los consumidores o a los requisitos generales de seguridad en los procedimientos y en los productos.

Son las actitudes, las directivas y los comportamientos del personal de dirección los que determinan el grado de moralidad de la estructura global, y en este sentido se ha relevado que los dirigentes que no son estables desde el punto de vista ocupacional, porque cambian frecuentemente de empresa, suelen ser más propensos a saltar las reglas para alcanzar rápidamente los resultados económicos requeridos por la corporación o para lo-

¹⁴¹ COLEMAN, James S., *The assymetric society*, Syracuse University Press, Syracuse, 1982, ps. 19 y siguientes.

¹⁴² En el sentido del texto, véase CLINARD, y YEAGER, *Corporate organization and criminal behavior*, citado.

grar los propios objetivos de ascenso personal, que aquellos funcionarios que registran empleos estables en una sola entidad, para quienes el prestigio a largo plazo de la corporación representa un valor significativo¹⁴³.

Debe además agregarse que las violaciones suelen a veces registrarse de manera uniforme por ramo del comercio o de la industria, lo que indicaría que ciertas prácticas comerciales ilícitas de un sector se tornan necesarias para competir o mantenerse en él, lo que en general termina afectando el comportamiento de todas las empresas allí situadas.

Estas perspectivas ligán el comportamiento individual a las presiones e influencias recibidas en el seno del grupo o de la corporación a la cual el sujeto está incorporado, y de alguna manera sugieren un tipo de explicación que no difiere sustancialmente de la que el propio autor de la teoría del delito de cuello blanco proporcionara, aunque en este caso SUTHERLAND la extendía a cualquier tipo de conducta criminal¹⁴⁴.

Contradiendo las tesis centradas en la patología y en el déficit, la teoría de la asociación diferencial de SUTHERLAND propone que el comportamiento desviado es el producto de un proceso normal de aprendizaje que se superpone y que desplaza al resto de las variables personales que antes eran consideradas decisivas; el carácter normal del aprendizaje y el hecho de que éste dependa más que nada de la intensidad, duración, prioridad y frecuencia de los contactos, lo hace particularmente aplicable a la afiliación a estructuras corporativas que requieren un tipo de comportamiento desprejuiciadamente eficaz en relación con los objetivos reales de la asociación¹⁴⁵.

Pero, en realidad, estas explicaciones causales son en sí poco explicativas, dado que las combinaciones que se pueden hacer para establecer causalidades de cualquier tipo son múltiples e indefinidas, y de la misma manera son inservibles para predecir comportamientos futuros. Una adecuada combinación entre

¹⁴³ Cfme. RUGGIERO, *Economie Sporché: L'impresa criminale in Europa*, cit., p. 33, con cita de CLINARD, Marshall B., *Corporate Ethics and Crime: The role of middle management*, Sage, Beverly Hills, 1983.

¹⁴⁴ Ya examinado en el capítulo II.

¹⁴⁵ De la misma manera para la afiliación a los grupos del crimen organizado, aunque la raíz de éstos se ubica, por lo general, en un terreno subcultural.

motivos y oportunidades¹⁴⁶ podría ser una explicación comprensiva de la mayoría de los factores relevantes, pero de hecho ello sólo significa que debe darse adecuada y equilibrada importancia a los motivos y a las oportunidades, como la tienen en cualquier delito. Y, más aún, como la tienen en cualquier conducta no delictiva. Y aunque los motivos pueden tener distinto fundamento y las oportunidades distinto origen y amplitud que en el caso del delito convencional, la explicación causal no supera el nivel de una enumeración y una interpretación de una serie casi infinita de posibilidades.

La suma de factores no resuelve los problemas que se quieren aclarar, aunque lo que sí aclaran, generalmente, es que se dirigen hacia falsos problemas.

Pero, además, la afirmación de la normalidad de los procesos que podrían ser considerados factores causales del comportamiento criminal en la materia constituye también una incisiva apelación a la normalidad del delito en sí, no sólo porque las consecuencias teóricas del delito de cuello blanco despojaron al crimen de los caracteres patológicos atribuidos por la criminología tradicional, sino porque el fenómeno criminal en sí enfrenta serias dificultades para encontrar una línea que lo diferencie netamente de la conducta lícita o normal.

¹⁴⁶ Ésta es la tesis de James William COLEMAN (*Toward and integrated theory of white collar crime*, en "American Journal of Sociology", n° 93, ps. 406-439), citada por RUGGIERO, *Economie Sporche: L'impresa criminale in Europa*, cit., p. 35. Según ese autor, el comportamiento criminal es el resultado de una combinación apropiada de motivos y oportunidades: los primeros consisten en una serie de construcciones simbólicas que definen como apropiados algunos objetivos y como inapropiados a otros; y las segundas son definidas por COLEMAN como un curso de acción que pertenece al repertorio potencial de comportamientos de una persona. Esta tesis subraya el significado que los individuos asignan a una situación particular o a una realidad social, lo que hace que ciertas acciones aparezcan apropiadas a la percepción individual, la que incluye la representación de las respuestas que a la propia acción darán los otros. Señala RUGGIERO, siempre sobre COLEMAN, que éste es consciente de que el enfoque interaccionista, que es el que suministra el marco teórico de su tesis, aunque puede explicar cómo los criminales de cuello blanco resuelven los problemas simbólicos ligados a su comportamiento, no es suficiente para explicar el origen de este comportamiento, y que para ello se requiere explorar la potencia de la cultura de la competición (RUGGIERO, *Economie Sporche: L'impresa criminale in Europa*, cit., p. 36). Sobre este tema, con más amplitud, COLEMAN, *The criminal elite, understanding white collar crime*, cit., ps. 176 y siguientes.

Lo que estas perspectivas sugieren es que la normalidad no se limita a la forma o a las dinámicas de los procesos causales, sino que se refiere a la propia determinación del delito, a la diferencia entre lícito e ilícito; en otras palabras, lo que sugiere es la vaguedad de los confines entre delito de cuello blanco y conducta de los negocios. Y aquí nuevamente se denota el vínculo que enlaza el problema de la delimitación del campo empírico y la definición de este campo, con la teoría causal: cada una depende de la otra y ambas se afectan recíprocamente.

En efecto, aunque la teoría de la asociación diferencial y otras perspectivas ligadas a la normalidad puedan dar cuenta de las dinámicas por las cuales se aprende el tipo de comportamiento que el individuo desarrollará posteriormente en su práctica ocupacional, de lo que no pueden dar cuenta es de por qué esas técnicas se crean, se desarrollan y se convierten en las reglas que de una manera efectiva gobiernan el despliegue de muchos procesos económicos, de maneras ocultas o a veces ostensibles.

Entre el acto individual y la estructura de comportamientos a la cual el primero se adhiere o se somete existe una relación de difícil determinación, pero esta relación se renueva a un nivel más alto y más complejo, que es la que se establece entre las estructuras del comportamiento ilegal de los negocios en general y de las corporaciones en particular, con la estructura de las relaciones económicas en la cual los negocios se desarrollan. Y aquí debe tomarse en consideración que la razón de ser de esas prácticas está más ligada a una cierta racionalidad basada en un sistema estable y articulado de relaciones sociales, cualquiera fuere el contenido de éstas, que a la percepción individual de esa realidad en función del pensamiento, los valores y la afiliación del sujeto.

Una vinculación elemental entre el mundo práctico de los negocios y las reglas generales de la economía la proporciona un enfoque más bien crítico del sistema capitalista o de sus patrones básicos, en el sentido de que al estimular un espíritu competitivo a ultranza favorece el desarrollo de las condiciones para que los procesos económicos se efectúen a expensas de las reglas de previsibilidad del sistema formal. De esta manera, el delito de cuello blanco sería simplemente una consecuencia inevitable del capitalismo, que debe obtener y elevar su rentabilidad a cualquier costo¹⁴⁷.

¹⁴⁷ NELKEN, *White collar crime*, cit., p. 905. Un ejemplo del tipo de perspectivas que consideran al capitalismo como un crimen en sí mismo, sobre la base de un análisis marxista, en QUINNEY, Richard, *Criminology*, 2ª ed., Little, Brown & Company, ps. 191 y ss., esp. p. 203.

En este sentido, el crimen de cuello blanco distaría de ser un ejemplo de la ruptura accidental, transitoria y aislable, de las reglas del juego que corresponden al modelo del capitalismo racional weberiano, con sus regularidades formales y su derecho previsible, para constituirse en una parte inescindible de un sistema económico que no puede desprenderse de su costado –para seguir hablando en términos weberianos– aventurero o irracional. Y para abonar esta tesis¹⁴⁸ podría señalarse que no por nada el delito de cuello blanco es difícilmente distinguible, por lo menos en superficie, del comportamiento normal en los negocios, incluso de aquél que se atiene a las reglas formales.

Como señala David NELKEN:

“... los aspectos criminales de las actividades ocupacionales o de negocios que se examinan son a menudo características secundarias o colaterales, tanto en prioridad como en la sucesión de los eventos, de la persecución de otros, legitimados, propósitos. (...) Esa criminalidad es difícil de reconocer en razón de la delgada y constantemente cambiante línea entre el comportamiento aceptable e inaceptable en los negocios”¹⁴⁹.

Esa cambiante y angosta línea significa en realidad que el sistema económico está también integrado por algunas actividades que se realizan al margen de la ley, porque requieren de su violación o de su manipulación para su desarrollo, y porque el sistema en su totalidad no puede prescindir, o no quiere prescindir, del acrecentamiento o de la concentración de riqueza que algunas actividades le proporcionan¹⁵⁰.

En esa línea impera ciertamente la confusión, pero éste es un dato contra el que no se debe combatir, sino del que se debe partir. Es la demostración cabal de la ambigüedad de un campo empírico que la criminología ha tratado durante décadas, con un fracaso pertinaz, de dibujar con exactitud. Y esa ambigüedad se traslada de modo inevitable a la inagotable, aunque ya agotada, obsesión etiológica de la criminología: sólo respecto de actos que

¹⁴⁸ Que se desarrollará más adelante.

¹⁴⁹ NELKEN, *White collar crime*, cit., p. 908.

¹⁵⁰ Baste pensar, en un ámbito ciertamente tangencial, aunque no tanto, al del delito de cuello blanco, como el del narcotráfico, en el empleo por la economía lícita de los ingentes recursos financieros que éste año a año recoge.

puedan ser ontológicamente diferenciados de otros comportamientos no cuestionados podría buscarse una explicación causal. El problema causal no encuentra tierra fértil en la ambigüedad, no sólo porque serían igualmente ambiguas sus conclusiones, sino porque es huido el terreno donde debe desplegar su saber.

Capítulo IV

El problema de las inmunidades

La inmunidad como dato fenomenológico. La inmunidad como dato definitorio. La dimensión social de la inmunidad. El límite de la ley. La construcción del problema criminal. El problema del orden económico

1. El problema de las trabas de la represión

1. 1. La tendencia a escapar de la persecución penal

De una manera general y más allá de las discusiones sobre denominaciones, definiciones y etiologías que nos han ocupado en el capítulo anterior, sobre lo que sí existe un consenso bastante extendido es que los delitos que nos ocupan tienden a escapar de la persecución penal o por lo menos a ser tratados de modo más leve, y que esta tendencia constituye un dato que los caracteriza de modo relevante, o que por lo menos constituye uno de los motivos de mayor preocupación en relación a este tema.

La afirmación original se debe a SUTHERLAND, quien señaló que lo que ocultaba la delincuencia en la conducta de las corporaciones que fueron el objeto de su investigación era el hecho de la aplicación diferencial de la ley, dado que eliminaba o por lo menos minimizaba el estigma del delito¹⁵¹, y que esta aplicación diferencial se explicaba por tres factores: el estatus del hombre de negocios, la tendencia hacia el no castigo¹⁵² y el resentimiento relativamente desorganizado del público hacia los delitos de cuello blanco¹⁵³.

Desde entonces muchos estudiosos intentaron probar que los ricos y los poderosos son tratados mucho más favorablemen-

¹⁵¹ SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, cit., p. 37.

¹⁵² Se trata de la tendencia a no usar métodos penales que, según el autor, avanzó mucho más rápido en el ámbito de los delitos de cuello blanco que en el de los otros delitos; SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, cit., p. 42.

¹⁵³ SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, cit., p. 40.

te por el sistema de justicia criminal que los criminales ordinarios¹⁵⁴. Sin embargo, al igual que los restantes puntos debatidos en torno a la teoría del delito de cuello blanco, esta afirmación revela numerosas ambigüedades, dado que se sitúa en la habitual arena de combate entre posiciones ortodoxas y críticas, especialmente en cuanto ellas atribuyen significaciones ambivalentes a esa tendencia general a una menor represión.

Una de estas significaciones es meramente fenomenológica. La otra apunta a la relación entre estos delitos –y sus protagonistas– con la ley.

1. 2. El problema en la criminalización secundaria

El sitio más fácil para advertirlo es el área de la criminalización secundaria, y éste era ya un dato relevado en detalle por el mismo SUTHERLAND¹⁵⁵, que enfatizaba la pertenencia de los jueces y los empresarios a una misma clase social, lo que impedía el desarrollo del sentimiento de hostilidad y lejanía que suele generar una gran distancia entre los jueces y los integrantes de la clase baja. Por el contrario, estimaba que los juicios sobre los hombres de negocios respondían a una combinación de miedo y admiración; por una parte miedo a la influencia política que pueden desplegar ciertos empresarios, y por la otra admiración y respeto, provenientes éstos de la homogeneidad cultural que vincula a legisladores, jueces, funcionarios y comerciantes. Además, los empresarios están en condiciones de contratar a los mejores abogados y ejercer influencia sobre los tribunales de una manera que no está al alcance de los imputados por delitos comunes.

De esta forma se explica que los delincuentes de cuello blanco no son tratados con el rigor acostumbrado para otros delitos, y que los criterios de aplicación de la ley suelen ser más complacientes, especialmente en la ponderación de los requisitos dogmáticos del derecho penal y en la prueba pertinente para cada uno de esos presupuestos.

En este mismo nivel debe computarse que los delitos de este tipo consisten en maniobras complejas que además provienen

¹⁵⁴ Conf. NELKEN, *White collar crime*, cit., p. 914, donde se desarrolla el punto con amplitud, sobre todo en función de la ambivalente significación que puede ser atribuida a cada una de las características del delito de cuello blanco.

¹⁵⁵ SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, cit., ps. 40 y siguientes.

de complicadas estructuras corporativas, en las que la división de las funciones dificulta la verificación tanto de actuaciones como de responsabilidades personales. La separación de un proceso industrial o comercial global, que en sí sea violatorio de normas legales, entre distintas secuencias parciales, cada una respondiendo a matrices aparentemente diversas y protagonizadas por personas a veces desconectadas totalmente entre sí, suele impedir la visión de esos fragmentos como partes integrantes de una única maniobra delictiva.

Las órdenes, instrucciones o diseños criminales, y hasta los actos particulares en sí, suelen permanecer ocultos, incluso hasta para los propios directivos que los pusieron en marcha, acudiendo al cómodo y seguro recurso de fijar las metas y las prioridades corporativas y delegar en los subordinados la elección de los medios y de los instrumentos para alcanzarlas, sin interesarse jamás –por lo menos formalmente o por escrito– de cuáles han sido éstos.

Pero no sólo se trata de la complejidad general de las maniobras, que puede no darse en un caso concreto, sino el hecho de que, por lo general, entre el acto que pone en marcha el proceso o el plan criminal y sus efectos existe un considerable hiato temporal, personal y geográfico. Órdenes emitidas en un sitio determinado dan lugar a procesos industriales en otro que, a su vez, devienen en daños de algún tipo en otra área geográfica, sobre personas totalmente ajenas a la actividad de la empresa y quizás en tiempos muy posteriores.

Los problemas de detección, investigación y prueba son, pues, esenciales. Pero existe un dato adicional, que es el de la progresiva y avanzadísima transnacionalización de las actividades empresarias, lo que supone la multiplicación de esas dificultades, a las que se agregan los conflictos de jurisdicción y de ley aplicable y las dificultades de hecho causadas por las distancias, los idiomas y la idiosincrasias.

Con frecuencia se subraya la magnitud de la llamada cifra oscura, que tiene una primera explicación formal en el sentido de que no encontrándose por lo general incluidos dentro del derecho penal formal y no siendo investigados por los cuerpos de policía habituales a cuyo cargo está la formación de las estadísticas criminales, en ellas no aparecen los delitos de cuello blanco¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Salvo que, por supuesto, se defina a éstos a la manera de EDELHERTZ; véase el capítulo III, apartado 3. 4.

Pero existen otros factores concurrentes, determinados sobre todo por la escasa visibilidad de los hechos, por su frecuente apariencia de licitud y por la circunstancia de que es frecuente que este tipo de delitos disemine sus efectos entre una multitud de consumidores anónimos que reciben un daño poco significativo. Esta suma de factores determina que los casos denunciados ante las comisiones u organismos de aplicación de las leyes regulatorias sean más bien escasos, a lo que se agrega el habitual desconocimiento del público de la índole de los hechos que los agravan y de sus derechos —y de la forma de ejercerlos— para reclamar compensaciones o sanciones.

Estas circunstancias no sólo explican el bajo nivel de visibilidad formal por falta de denuncias, sino la baja representación que estos delitos tienen en las encuestas de victimización, puesto que los particulares ignoran muchas veces el hecho de haber sufrido daños como consecuencia de un delito, o no atribuyen aquéllos a un delito propiamente dicho.

Un resultado similar y por lo tanto poco fiable lo suministran las encuestas dirigidas a reportar delitos o infracciones cometidas por los propios encuestados, que deben enfrentarse a la escasa conciencia de los empresarios de haber desarrollado otra cosa que la conducta exigida por su posición en la corporación o en los negocios, y al aura de secreto comercial e industrial que rodea las actividades empresarias, que las hace virtualmente inmunes a verificaciones informales sobre las actividades allí desplegadas¹⁵⁷.

Si la tendencia a escapar de la persecución penal se manifestara sola o preponderantemente en el nivel de la detección de los casos y de la aplicación de la ley, ese fenómeno se llamaría simplemente impunidad, y no revestiría otro interés que el que puede suscitar la comprobación de que los ladrones callejeros más frecuentemente arrestados son los que tienen las piernas más cortas o cargan con sensibles sobrepesos.

Vista desde esta perspectiva, la impunidad proviene de situaciones contingentes, cuya reunión no puede asegurarse *a priori*, ni aun por el más organizado de los delincuentes individuales o convencionales; sólo puede favorecerse.

¹⁵⁷ Conf., en general, GREEN, *Occupational crime*, cit., ps. 29 y ss., y COLEMAN, James W., *The criminal elite, understanding white collar crime*, cit., ps. 8 y siguientes.

1. 3. El problema en la criminalización primaria - I

Pero esa tendencia es ya claramente perceptible en un nivel anterior, que es el de la definición legal, pero aquí también pueden distinguirse muchos estamentos. El problema no se reduce a la sola circunstancia de que ciertas conductas no estén criminalizadas en absoluto, sino que va más allá, ya que incluye las dificultades técnicas que enfrenta la descripción típica de hechos sumamente complejos y la adscripción de responsabilidad penal a, por ejemplo, personas jurídicas o a individuos determinados en el seno de estructuras jerárquicas estratificadas, lo que no es sino una escueta síntesis de los problemas técnicos generalmente denunciados al respecto.

Y finalmente, el tipo de procedimientos y la clase de sanciones ocupan un lugar ciertamente privilegiado, puesto que al empleo de sanciones consistentemente privativas de derechos –desde la pérdida de la libertad y las sanciones patrimoniales hasta la suspensión del ejercicio de derechos y licencias– suele oponerse un tipo de política de orden más bien regulatorio, tendiente a obtener la adecuación voluntaria de las actividades económicas a las normas establecidas por la ley mediante técnicas de concertación y el ejercicio de presiones administrativas¹⁵⁸.

No hay motivos consistentes para afirmar la existencia de alguna solución de continuidad entre los niveles recién señalados de la criminalización primaria, esto es, entre la definición o la prohibición abstracta de una conducta, y la conformación de las definiciones legales de forma tal que permitan la efectiva aprehensión de las conductas hacia las que van dirigidas y, por último, la aplicación de sanciones efectivas. En otras palabras, tanto la voluntad política de criminalizar ciertos hechos como las técnicas adecuadas a hacerlo posible, siempre desde una perspectiva meramente definitoria, se encuentran en el mismo *continuum*.

Para las razones por las cuales algunos hechos escapan de una red sancionatoria o regulatoria efectiva, poco importa si en definitiva ellos no han sido previstos en una definición legal, o si lo han sido en forma defectuosa, incorrecta o incompleta, o si las condiciones abstractas de aplicación de la norma penal contie-

¹⁵⁸ Se trata del debate entre los partidarios del *enforcement and criminal prosecution* contra los sostenedores de la *compliance policy*; véase NELKEN, *White collar crime*, cit., ps. 911 y siguientes.

nen requisitos previos de realización imposible, o requieren el cumplimiento de ciertos pasos o la reunión de determinadas evidencias que se sabe inviables de antemano, o si las sanciones se reducen a una valencia meramente simbólica o se agotan en una negociación administrativa.

El resultado es una construcción ambigua, que mientras proclama la necesidad de prohibir o de controlar determinados comportamientos nocivos, establece medios contradictorios con esa necesidad, o simplemente ineficaces.

La enumeración de las dificultades de orden legal a las que se enfrenta la represión de los delitos de cuello blanco es interminable y en buena parte su estudio corresponde más a un enfoque dogmático de derecho penal que a un trabajo como el presente. Sin embargo, conviene señalar algunos de sus rasgos más sobresalientes.

No hay duda de las dificultades, provenientes de la técnica legislativa del derecho penal, que encuentra la tarea de traducir en tipos ideales de delito la descripción de conductas complejas. La construcción de los tipos penales conlleva un recorte más o menos arbitrario de una parte de las múltiples secuencias que integran un determinado comportamiento o un plan criminal, que de ordinario son mucho más extensas. De esta manera, no resulta sencillo o es hasta imposible incorporar genéricamente a la definición típica toda la compleja articulación de las maniobras que se ocultan detrás de muchos delitos de cuello blanco.

No cabe duda de que la necesidad de ese recorte proviene de la exigencia de precisión que requiere la construcción dogmática de los tipos legales, exigencia que además de constituir un imprescindible requisito sistemático –permite comparar el enunciado de la ley con la conducta concreta que se juzga, para determinar la tipicidad de ésta– expresa una exigencia constitucional: los límites de lo prohibido deben encontrarse suficientemente distinguidos del ancho campo de las conductas libres. Una excesiva generalidad de la definición, aunque puede considerarse más útil para abarcar casos no imaginados por el legislador pero igualmente dañosos, vulnera el principio de legalidad y la prohibición de la analogía, y no hay duda de que esos principios, que integran el estatuto de las libertades ciudadanas, no pueden ser cancelados¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Sobre los significados de la voz tipo, sus usos en la dogmática penal y las exigencias que derivan de éstos, véase ZAFFARONI, E. Raúl; SLOKAR,

Pero el problema de la definición de lo ilícito es, precisamente, el primero de los obstáculos: muchas de las conductas que hoy estimamos criminales o ilícitas en el área de los negocios no lo eran antes, y sólo han llegado a serlo como resultado de transiciones profundas operadas en la estructura social¹⁶⁰, cuyas consecuencias se despliegan a veces en el marco de debates políticos y de enfrentamientos sociales de envergadura. Estos debates han sido también ambivalentes. En algunos, por ejemplos, se ha confrontado el interés de las empresas por permanecer libres de interferencias estatales, invocando los principios del liberalismo económico, contra el interés del Estado en evitar abusos y asegurar un mercado competitivo y un desarrollo equitativo de la actividad económica, teniendo como objetivo el interés general¹⁶¹. Sin embargo, a veces esas mismas leyes regulatorias se han podido sancionar sólo en virtud de la acción de los empresarios, motivados por la necesidad de hacer frente a ciertos desafíos de la competencia en condiciones más favorables¹⁶².

Alejandro y ALAGIA, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, ps. 412 y siguientes.

¹⁶⁰ Véase AUBERT, Vilhelm, *White-collar crime and social structure*, en GEIS y MEIER, *White-Collar Crime*, cit., ps. 168 y siguientes.

¹⁶¹ Dos ejemplos claros acerca de las dificultades y del tortuoso itinerario recorrido para poner en práctica legislaciones antimonopólicas los constituyen los procesos políticos y legislativos ocurridos en Estados Unidos y Alemania; en el primer caso, los que rodearon la sanción y la aplicación de la ley Sherman antitrust, de 1890, y la creación de las primeras comisiones de regulación del mercado y de los negocios, entre las que sobresale la *Federal Trade Commission*; en el segundo, las alternativas seguidas por la legislación alemana contra los cárteles, especialmente a partir de la Constitución de Weimar de 1918, durante la crisis de 1929 y fundamentalmente en la segunda posguerra. Estos procesos llevaron a la paulatina aceptación de la intervención del Estado, a través de comisiones regulatorias y de leyes prohibitivas, en un ambiente hasta entonces dominado por el principio irrestricto de la libre empresa. Ese proceso fue representativo del creciente interés general en el desarrollo de un mercado competitivo que se encontraba amenazado por la concentración de poder adquirido por las grandes empresas. Para más datos sobre él, véase RIGHI, Esteban, *Los delitos económicos*, Ed. Ed-Hoc, Buenos Aires, 2000, cap. 1; PEARCE, Frank, *Los crímenes de los poderosos: el marxismo, el delito y la desviación*, Ed. Siglo XXI, México, 1976, ps. 114 y siguientes.

¹⁶² Sobre las alternativas de los procesos vinculados a la sanción y a la aplicación de las leyes regulatorias del mercado en los Estados Unidos, a veces a pedido de los propios empresarios con el objeto de mejorar su po-

De esta manera, la posibilidad de declarar ilícita —cualquiera sea luego el tipo de consecuencia formal que se establezca— una determinada forma de ejercer una actividad económica proviene de un juego de fuerzas que, en su origen histórico concreto, debió vencer importantes barreras opositoras cuya fuerza radicaba, justamente, en el mismo ideario liberal e individualista que había forjado la constitución de los Estados Unidos, país en el que nació la preocupación sobre el tema. Pero la utilidad de esos principios para el mundo de los negocios cambiaba continuamente con las condiciones del mercado.

Desde el punto de vista histórico, las concepciones filosóficas que dieron origen y explicaron a la revolución estadounidense parten de la concepción lockeana¹⁶³ en la que, a diferencia de la de Thomas HOBBS¹⁶⁴, los hombres conservan su vida primeramente a través del trabajo en lugar de mediante la agresión y la defensa: su derecho fundamental al automantenimiento es el derecho a la propiedad¹⁶⁵. La necesidad de asegurar este derecho se expresa en la exigencia de socialización bajo un gobierno que pueda proteger la propiedad en una medida mayor que la que, producida personalmente y para consumo propio, podría defenderse por la fuerza física y el poder de disposición inmediato de cada individuo.

Esa visión es la que en alguna medida animará la filosofía de la armonía natural de los intereses individuales¹⁶⁶ de Tho-

sición en el mercado y, alternativamente, a veces contra su oposición fundada en el principio de la libre empresa, véase, SUTHERLAND, *I reati delle imprese*, cit., ps. 91 y ss.; es interesante cómo uno de los ejemplos que SUTHERLAND da a propósito de las leyes regulatorias sancionadas a pedido de los propios empresarios, pero destinadas o empleadas para limitar el principio de la libre empresa, sea la de las patentes de invención, tendientes a asegurar el monopolio de sus titulares sobre los productos protegidos.

¹⁶³ Fundamentalmente expresada en LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Ed. Alianza, Madrid, 2000.

¹⁶⁴ HOBBS, Thomas, *Leviatan, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen, *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000, p. 98.

¹⁶⁶ Conf. ZAFFARONI, SLOKAR y ALAGIA, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 285, quienes subrayan que la tesis de PAINE tiene claras reminiscencias de la visión contractualista de Jean Paul MARAT, especialmente a partir de su énfasis en que las obligaciones derivadas del contrato sólo sujetan a los que reciben beneficios de él; véase también p. 283; MARAT, Jean Paul, *Plan de legislación criminal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

mas PAINE, que en su *The rights of man* de 1792 sostiene que la meta revolucionaria es sobre todo la de limitar a un mínimo el poder político. Según HABERMAS, PAINE "identifica los derechos naturales de los hombres con las leyes naturales del tráfico de mercancías y del trabajo social. Manifiesta la específica conexión entre Locke y Adam Smith (...) Comparte con la economía clásica de un Adam Smith la convicción de que la sociedad, si es protegida de las intervenciones despóticas del gobierno, se desarrolla como un sistema de división del trabajo, armónicamente surgido de un modo natural, que atañe a las necesidades".

Citando un texto de PAINE de 1776¹⁶⁷, HABERMAS refiere que "la sociedad es creada por nuestras necesidades, el Estado por nuestras debilidades. Cualquier estado de la sociedad es benéfico, el Estado, incluso en su mejor constitución, es un mal necesario (...) Los derechos naturales encuentran su real correspondencia en las leyes del comercio y el tráfico; los individuos particulares obedecen éstas porque afectan inmediatamente a su interés y no porque el Estado imponga leyes formales bajo amenaza de castigo. Por esto, la praxis de un comercio libre y general garantizará los derechos humanos más rigurosamente que cualquier teoría que, habiéndose convertido en poder político sobre la opinión pública, dicte leyes y positivice así el derecho natural. La filosofía no necesita esforzarse por su realización"¹⁶⁸.

Es pues, como se ve, toda una entera concepción filosófica vinculada con el derecho natural y con las bases ideológicas de la revolución estadounidense¹⁶⁹ la que se encuentra detrás de la resistencia a aceptar el control del Estado en el control y la dirección de las actividades económicas, pues desde este punto de vista ellas pertenecen a la sociedad civil, y el poder del Estado sobre ellas no puede ser sino mínimo.

Pero la economía no es ciertamente fiel a sus bases filosóficas, y la esperanza de que la mano invisible del mercado y la concurrencia de todos los actores económicos en la libre perse-

¹⁶⁷ PAINE, Thomas, *Common sense*, Adkins, New York, 1953, p. 4.

¹⁶⁸ HABERMAS, *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, cit., ps. 99-100.

¹⁶⁹ Es obvio que otras raíces pueden buscarse, y seguramente se encontrarán, en los discursos que acompañaron el desarrollo del liberalismo europeo. No obstante, una reseña semejante no es el objeto de este trabajo. Véase, sin embargo, MELOSSI, Dario, *El Estado del control social*, Ed. Siglo XXI, México, 1992.

cución de sus fines particulares produjeran un estado equilibrado de bienestar en el que todos fueran beneficiados fue ilusoria. Los numerosos ejemplos de prácticas monopólicas, restricciones de acceso al mercado, acaparamiento de materias primas y productos, distorsión de precios y engaños frecuentes a los consumidores, que pusieron de manifiesto los *muckrackers* en los primeros años del siglo XX, bastan para demostrarlo.

Y en este punto no debe sobrestimarse ni subestimarse la reacción de la sociedad frente a las historias de los crímenes recientes de la economía, puesto que mientras fue ella la que de alguna manera impulsó la creación de los primeros controles, fueron los propios empresarios los que, con el objeto de evitar los posibles abusos de las dispersas y caóticas legislaciones estatales, promovieron que la legislación antimonopólica y otras comisiones regulatorias fueran de orden federal; ya en el pasado habían aprovechado la imposición de requisitos de seguridad para ciertos procesos industriales para deshacerse de competidores pequeños que no podían hacer frente a las reformas necesarias para adecuarse a la ley¹⁷⁰.

A partir de estos antecedentes se ha asistido a un paulatino desarrollo del rol intervencionista del Estado en la economía, especialmente desde la crisis de 1929: el llamado estado de bienestar que caracterizó el rol y la imagen de los estados occidentales desarrollados es el lejano heredero de esa inicial preocupación activa del Estado en corregir los abusos y en fomentar, facilitar y preservar un cierto orden económico y social —con las complicaciones interpretativas que, como veremos más adelante, esta expresión ofrece— fundado en una economía de mercado y en una aspiración al bienestar de todos. En general, esta preocupación encuentra expresión en las constituciones sancionadas luego de la posguerra¹⁷¹.

Este impulso dirigista en la economía, tanto en el ámbito de las naciones capitalistas como obviamente en las vinculadas a sistemas socialistas, ha permitido la aceptación, de manera generalizada, del derecho del Estado a intervenir en la actividad

¹⁷⁰ Cfme. PEARCE, *Los crímenes de los poderosos: el marxismo, el delito y la desviación*, cit., ps. 119 y siguientes.

¹⁷¹ Para el caso de la Constitución española, véase MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, *Derecho penal económico*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1987.

económica para evitar situaciones abusivas o para promover ciertos objetivos de política económica empleando para ello, si fuere necesario, el instrumento penal. La ulterior crisis del Estado de bienestar y el llamado neoliberalismo no han implicado una declinación significativa de los instrumentos legales y de los aparatos burocráticos de control que, por lo demás, se han visto reforzados en algunas áreas como consecuencia de los variados procesos de uniones aduaneras y de integración de los mercados. El proceso al que se asiste, en cambio, es el de la uniformización de las reglas relativas a las actividades económicas, incluyendo en ella obviamente los presupuestos, el tipo y la aplicación de las sanciones penales.

Es cierto que el empleo de sanciones penales ha sido siempre entendido como un recurso de *extrema ratio*, y que en la práctica su efectividad –como se verá más adelante– suele ser sólo simbólica; sin embargo, el hecho de que las formas habituales y crecientes de intervención estatal en la regulación económica y en la prevención de ciertos daños atribuibles al funcionamiento de la economía prevean sanciones típicamente penales significa que determinados comportamientos propios de los actores económicos pueden, bajo de ciertas condiciones, considerarse criminales. Y que esta visión ha dejado de escandalizar como otrora.

1. 4. El derecho penal económico

La aceptación de la necesidad o de la naturalidad de la intervención coactiva del Estado en la economía es lo que ha dado lugar a una nueva rama del derecho penal, que se ha denominado derecho penal económico.

Éste agrupa una serie caótica, heterogénea e interminable de tipificaciones vinculadas con el ejercicio del poder estatal en la regulación y en el control de la economía, pero no obstante la variedad de sus contenidos ha pretendido construir una cierta autonomía en relación al derecho penal o por lo menos constituirse en una de sus ramas especializadas. Ha debido, para ello, sostener la existencia de una cierta homogeneidad de sus contenidos a partir de la afirmación de algún elemento unificador en materia del bien jurídico, que a su vez justificara el desarrollo de algunos principios jurídicos específicos.

Es obvio que el derecho penal económico apunta a una serie de delitos, los delitos económicos, que no coinciden exacta-

mente con el vago concepto de delito de cuello blanco, pero no porque los primeros sean más precisos sino porque provienen de presupuestos analíticos diferentes.

El delito de cuello blanco es una noción sobre todo –pero no únicamente– sociológica, y su relación con el derecho es ambigua: puede o no coincidir con él y se expresa a través de formas contradictorias¹⁷². En cambio, el delito económico depende estrechamente del desarrollo y de la extensión del derecho en el área de la economía: su existencia está ligada a la presencia de incriminaciones formales y no puede exceder de ese ámbito.

No son pacíficas las cuestiones que suscita el derecho penal económico¹⁷³. En primer lugar su misma existencia ha sido controvertida sobre la base de la difícil configuración de un bien jurídico cuya concepción se aparta de la tradicional construcción individual de los derechos subjetivos. Fue necesaria una evolución en el concepto y en la amplitud de los intereses que el Estado se encuentra o se considera legitimado para proteger por vía penal, como los derechos supraindividuales, para poder luego vincularlos a un interés directo de los ciudadanos en el mantenimiento de las relaciones económicas que corresponden a la comunidad en su conjunto¹⁷⁴.

A partir de ello, lo que se discutió fue su misma autonomía o su relación con el cuerpo de los principios reguladores de la corriente principal del derecho penal, y la propia fisonomía de las transgresiones, cuya naturaleza como delito o como meras infracciones administrativas o infracciones al orden fue viva-

¹⁷² Esta distinción, de la cual en el capítulo III se efectuó un primer examen, será desarrollada más adelante.

¹⁷³ En general, sobre este tema, véanse AFTALIÓN, Enrique R., *Tratado de derecho penal especial*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1969; RIGHI, *Los delitos económicos*, cit.; MARTOS NÚÑEZ, *Derecho penal económico*, cit.; RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María, *El derecho penal en la actividad económica. Planteos del bien jurídico protegido y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2000; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico, aplicado a la actividad empresarial*, Ed. Civitas, Madrid, 1978; BACIGALUPO, Enrique y otros, *Derecho penal económico*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

¹⁷⁴ Véanse RIGHI, *Los delitos económicos*, cit., cap. V; HENDLER, *Una aproximación al tema de los delitos económicos*, citado.

mente debatida durante décadas¹⁷⁵. Sin embargo, de manera general, existe acuerdo en que el derecho penal económico constituye, por lo menos, una especialidad del derecho penal, señalada por estar dirigida a la represión de las conductas atentatorias del orden económico¹⁷⁶.

Pero aquí se repite la conocida controversia clasificatoria: ¿a qué porción se refieren, cuáles son sus especies, cómo se relacionan entre ellas y en qué estante las colocamos? Comenzando por el bien jurídico, cuya determinación es la base de la definición o de la amplitud del concepto de derecho penal económico, el contenido atribuido al concepto de delito económico ha sido más bien vasto, cambiante y discutido¹⁷⁷: delitos

¹⁷⁵ Sobre la distinción entre delitos y contravenciones, discusión que se encuentra en el corazón de la evolución del derecho penal económico cuyo material está compuesto, en gran parte, por normas dotadas de sanciones administrativas, véase MATTES, Heinz, *Problemas de derecho penal administrativo: historia y derecho comparado*, Ed. Edersa, Jaén, 1979.

¹⁷⁶ Véase en MARTOS NÚÑEZ, *Derecho penal económico*, cit., ps. 125 y ss., una minuciosa reconstrucción de las diferentes posiciones sobre el concepto y la definición del derecho penal económico, que el autor finalmente concluye con la siguiente propuesta: "el Derecho Penal Económico es el conjunto de normas jurídicos penales que protegen el sistema económico constitucional".

¹⁷⁷ El tema fue examinado en el capítulo III de este trabajo, apartado 3. 6. Cabe sin embargo señalar, en un ámbito más bien dogmático, que el concepto del bien jurídico y consecuentemente del delito económico, y la extensión y la naturaleza del derecho penal económico se reconducen mutuamente: el ejemplo más claro de esta controversia clasificatoria lo proporciona BAJO FERNÁNDEZ, para quien pueden oponerse dos conceptos del derecho penal económico, uno restringido, constituido por *el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía*, y otro amplio, que consiste en *el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios*. Esta distinción es homóloga a la que existiría entre un concepto restringido de delito económico, entendido como *la infracción jurídico-penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía de un país*, y un concepto amplio, para el cual el delito económico es *aquella infracción que, afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios*. Es obvio que esta controversia es más útil para propósitos jurídicos que para la comprensión del fenómeno social sobre el que se despliega.

que afectan el orden económico general, delitos que afectan las reglas de la actividad dirigista del Estado, delitos cometidos mediante el abuso de instrumentos diseñados para la vida económica, delitos de relevancia patrimonial, delitos que teniendo relevancia patrimonial pueden afectar por sus consecuencias y gravedad el orden económico general, delitos que pudiendo afectar el orden socioeconómico son cometidos a través de entidades organizadas como empresa¹⁷⁸, etcétera.

Y a partir de estos intentos de clasificación conceptual no podía faltar el problema de ubicar dentro de la gran familia de los delitos económicos a los tipos penales comunes que generalmente son asimilados a ellos, o negarles esa filiación.

Pero el problema es aquí meramente clasificatorio y accidental, y reviste interés sólo para los usos dogmáticos, especialmente para las cuestiones vinculadas a la interpretación teleológica de los tipos penales, pero poca utilidad para la interpretación sociológica de este tipo de comportamientos.

Es por otra parte vastísima y heterogénea la lista de los delitos incluidos en la literatura específica: atentados a la libre competencia, restricciones al comercio, violaciones a las regulaciones sobre precios, infracciones de propiedad intelectual, marcas y patentes, contrabando e infracciones al comercio internacional, elusión y evasión fiscal, fraude de subvenciones, cobro indebido de beneficios fiscales o aduaneros, infracciones cambiarias, infracciones a las regulaciones bancarias o sobre moneda, balances falsos, empleo indebido de cheques u otros instrumentos económicos, estafas de cierta entidad o fraudes contra el Estado, contaminación y actos lesivos contra el medio ambiente, reciclado de dinero de origen espúreo, corrupción de funcionarios públicos, corrupción de funcionarios privados, etcétera¹⁷⁹.

La afirmación de la vigencia efectiva del derecho penal económico, por lo menos como una especialidad del derecho penal

¹⁷⁸ RODRIGUEZ ESTÉVEZ, *El derecho penal en la actividad económica*, cit., p. 72.

¹⁷⁹ En la legislación argentina se encuentra prevista la mayoría de los comportamientos aludidos: los delitos vinculados a la defensa de la competencia en la ley 25.156 y el art. 159, CP; los delitos contra la salud pública en los artículos 200 a 208, CP; la defensa del medio ambiente a través de la ley 24.051; distintas formas de fraude fiscal y estafa de subvenciones en las leyes 25.239, 24.769 y las modificaciones de la ley 25.345; lo relativo a las patentes, marcas y diseños industriales por las leyes 24.481, 24.572 y 24.766; la protección de la propiedad intelectual por la ley 11.723 modifica-

dirigida a la represión de los comportamientos agresivos del orden económico, implica el definitivo reconocimiento del poder punitivo del Estado sobre una porción de los comportamientos genéricamente atribuibles al delito de cuello blanco.

1. 5. El problema en la criminalización primaria - II

De esta forma, el delito económico se muestra estrechamente tributario de la definición legal de delito y de una evolución sociocultural y político-legislativa que finalmente, aunque de manera formal, ha roto las barreras que originariamente se oponían a una intervención estatal sobre la economía, sobre todo a una intervención que podía desplegarse teniendo como su instrumento la amenaza o el ejercicio de la coacción penal.

Pero, en lo que es pertinente a los problemas de inmunidad concentrados en el área de la criminalización primaria, los problemas que presentan los delitos de cuello blanco (incluso aquel sector más específico ocupado por el derecho penal económico) no se encuentran resueltos. La criminalización formal o legal no se agota en la prohibición de algún modo de conducta lesiva de la economía o de empleo irregular de los instrumentos económicos, sino que depende también de la forma y de los presupuestos que se han fijado para cada definición técnica y para sus condiciones de actuación.

Y éste es un tema que durante largo tiempo ha desvelado a los penalistas, dado que para que la represión sea eficaz parece necesario trasponer algunos de los límites de garantía que son propios de las categorías dogmáticas del derecho penal liberal o establecer formas oblicuas o indirectas de incriminación¹⁸⁰.

da por ley 25.036; el contrabando y las infracciones al comercio internacional en los arts. 863 y ss. del Código Aduanero, ley 22415; las infracciones cambiarias por la ley 19.359, el decreto 480-495 y la ley 24.144; las violaciones a las reglas sobre precios y abastecimiento por la ley 20.680; el delito de balance falso en el art. 300, inc. 3º, CP; el encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo por la ley 25.246 modificatoria del Código Penal, art. 277 y ss.; la corrupción de funcionarios públicos en varios tipos de los delitos contra la administración pública del Código Penal; algunas violaciones a los regímenes de seguridad social y de jubilaciones y pensiones, por las leyes 24.557 y 24.241.

¹⁸⁰ Algunas características de la construcción histórica de la cuestión criminal y su relación con el derecho penal liberal se señalarán, en cuanto sean relevantes para este trabajo, un poco más adelante.

Debe ante todo recordarse la frecuente fragmentación de planes criminales unitarios en diversos episodios parciales, que tienen concreción en lugares y tiempos distintos de los del inicio de la maniobra, o que están a cargo de sujetos distintos, independientes del autor principal o hasta ignorantes del carácter del proceso global en el que se inserta su comportamiento individual, o que producen efectos en lugares o en tiempos distintos de los de la realización de los hechos¹⁸¹.

Estas y otras circunstancias, que se examinarán someramente en los puntos que siguen, señalan que los sistemas penales exhiben una serie de debilidades, situadas en torno a sus presupuestos jurídicos fundamentales, para hacer frente o para regular este tipo de comportamientos.

1. 5. 1. La erosión de los principios de garantía del derecho penal liberal

Esas circunstancias suponen graves problemas de imputación, los que en primer lugar suelen agudizarse en virtud de la relación que es preciso establecer entre los comportamientos prohibidos y algún modo de afectación del bien jurídico. Esta relación supone primero determinar cuál es el bien jurídico, lo que no siempre es sencillo, especialmente en leyes que contienen normas heterogéneas que responden a intereses de protección diversos y que por lo tanto reclaman interpretaciones contrapuestas¹⁸².

También es problemático el grado en el que el bien jurídico es puesto en contacto con el tipo penal, en el sentido de que algunas infracciones vinculadas a la protección del sistema eco-

¹⁸¹ Esta misma visión de los hechos la expresa GARCÍA VITOR, Enrique, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en BAIGÚN, David; ZAFFARONI, E. Raúl; GARCÍA-PABLOS, Antonio y PIERANGELI, José, *De las penas. Homenaje al profesor Isidoro De Benedetti*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, ps. 265 y siguientes.

¹⁸² El caso de las leyes penal tributarias de Argentina (leyes 23.771 y 24.769) es un buen ejemplo de confusión entre delitos meramente patrimoniales y delitos económicos -fiscales- en sentido estricto. La exposición de estos problemas en MEDRANO, Pablo, *Delitos tributarios: bien jurídico y tipos legales*, en "Derecho Penal Tributario", n° 1, 1993, ps. 29 y ss. Sobre el carácter problemático del derecho penal económico y de sus incriminaciones, HENDLER, *Una aproximación al tema de los delitos económicos*, citado.

nómico, como el monopolio, sólo pueden tener aplicación si se las entiende como prohibiciones *per se*¹⁸³, en el sentido de que su punibilidad es independiente de que logren afectar el interés económico general, por lo menos de una manera comprobable: cuando, por el contrario, se requiere algún grado verificable de afectación de ese interés, la aplicación de la ley se torna mucho más restrictiva y condicionada, en particular por los problemas no sólo conceptuales sino probatorios que ello acarrea. Pero es evidente que si se deben sancionar conductas sobre la base de que ellas pueden afectar de alguna manera un interés digno de protección, la prescindencia en el plano procesal o probatorio de cualquier relación comprobable entre la infracción formal y el objeto de la tutela vulnera el principio de lesividad.

En el mismo sentido debe computarse el adelantamiento de la protección a etapas menos avanzadas del *iter criminis* a través de la tipificación autónoma de actos meramente preparatorios, que tienden a permitir la interrupción de procesos económicos antes de que éstos se traduzcan en daños efectivos. Tanto ese procedimiento como el empleo de tipos de peligro abstracto y el uso generalizado de figuras de omisión, especialmente de omisión impropia, imponen o bien responsabilidades penales sin relación directa con algún grado relevante de afectación del bien jurídico, o constituyen posiciones artificiales de garante de bienes jurídicos fundados tan sólo en la atribución de unos genéricos deberes de vigilancia y de control, que no siempre están generados en fuentes de derecho positivo y que por lo tanto traducen un difícil compromiso con el principio de legalidad.

Se trata, en general, de los modos en los que en el nivel dogmático se han intentado resolver los particulares problemas puestos por la fenomenología compleja de estos delitos en relación a las precisas exigencias de la construcción típica. Pero se trata de remiendos parciales y forzados que se imponen a un derecho penal concebido para ser aplicado a otro tipo de comportamientos y que se encuentra incómodo frente a una complejidad que desafía las formas habituales de descripción típica.

Suele decirse que, en general, en el derecho penal económico sólo se sabe qué es lo que se quiere evitar, pero no cuál es la

¹⁸³ Véanse a este respecto las modalidades de aplicación de la ley Sherman en RIGHI, *Los delitos económicos*, cit., cap. 1.

conducta que es necesario prohibir para evitar ese resultado. Y para resolver esa ignorancia, el efecto preventivo de la incriminación se procura a través de la creación artificial de garantes a quienes se imponen deberes formales cuya omisión está sancionada penalmente, pero cuya relación con la causación o con el peligro de causación del resultado es meramente hipotética, lejana o indirecta; en definitiva, suelen o pueden traducirse en forma indirectas de responsabilidad objetiva¹⁸⁴.

En el nivel de los requisitos de participación subjetiva persisten las incomodidades: los problemas puestos por la atribución del dolo y por la autoría mediata son de primera importancia, dado que por lo general los autores materiales de los comportamientos prohibidos no son quienes los deciden y éstos, a su vez, suelen estar tan alejados del teatro de los acontecimientos que muchas veces no conocen a los ejecutores, a los que en ocasiones han podido determinar sin emplear palabra alguna¹⁸⁵. En el mismo nivel deben computarse las calidades típicas de autor requeridas por algunos tipos especiales, cuando se trata de conductas delictivas cometidas en nombre o en representación de una persona jurídica que las posee¹⁸⁶, que se transfiere

¹⁸⁴ Conf. GARCÍA VITOR, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 268.

¹⁸⁵ Los delitos generados en una estructura verticalmente jerarquizada ponen serios problemas a la dogmática en materia de autoría y participación, en particular en cuanto debe verificarse si quien da la orden es o no autor mediato o simple instigador y en qué medida conserva o no el dominio del hecho, circunstancias todas éstas que pueden hacer variar los presupuestos de la punibilidad. Esta realidad es la que ha generado la teoría del autor detrás del autor, debida a Claus Roxin, que fue empleada por el Tribunal que en Argentina condenó a los comandantes en jefe de la dictadura militar por graves violaciones a los derechos humanos; sobre ella, críticamente, ZAFFARONI, SLOKAR y ALAGIA, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 747. También, sobre esta teoría y en general sobre los problemas de autoría que presentan los delitos asociativos, BUNGE CAMPOS, Luis María, *Problemática de los delitos asociativos: autoría y participación*, en VIRGOLINI, Julio y SLOKAR, Alejandro, *Nada personal: ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2002, ps. 133 y siguientes.

¹⁸⁶ Por ejemplo, la calidad de contribuyente (sujeto de la relación jurídico-tributaria) es un requisito de la tipicidad de autor en los delitos fiscales y cuando la evasora es una sociedad, aquella calidad corresponde tan sólo a la persona jurídica y no a los órganos que la han representado o que

ren idealmente a las personas que actuaron personalmente, a través de las conocidas cláusulas de extensión de la autoría: esta comunicabilidad de circunstancias es ciertamente una especie de ficción¹⁸⁷.

En todos estos casos, la dogmática ha debido recurrir a soluciones imaginativas en el marco de una férrea disyuntiva: la represión efectiva –y aquí llamamos efectiva meramente a la que puede abastecer los requisitos materiales de realización de un juicio y de probabilidad de una condena¹⁸⁸– en materia de delitos de cuello blanco requiere sortear, de alguna manera, las barreras y los límites a la punibilidad que opone una visión ortodoxa del derecho penal, cualquiera que sea su orientación dogmática.

Cuando estas barreras pueden ser saltadas acudiendo a una reelaboración más o menos ingeniosa en el marco de la dogmática tradicional, el problema no ofrece otras dificultades que las que generalmente enfrenta el debate de la disciplina¹⁸⁹. Pero cuando no es así, a lo que se asiste es a una continuada erosión de los contenidos del derecho, en una tendencia que lleva a tres consecuencias principales¹⁹⁰.

han actuado por ella en el delito, ejecutando la conducta objetivamente típica; la persona que reviste la calidad de órgano es la única, de acuerdo a la construcción individualista del derecho penal –incluso del derecho penal tributario– que puede ser penalmente imputada, pero no es el contribuyente. Entre las cláusulas que procuran extender los requisitos de la autoría, puede citarse el art. 14 de la ley 24.769.

¹⁸⁷ Conf. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en MAIER, Julio B. J. y BINDER, Alberto (comps.), *El derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1995, p. 20. También, BOLX REIG, Javier y BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Los delitos contra la hacienda pública, bien jurídico y tipos legales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987.

¹⁸⁸ La efectividad es una categoría que se relaciona más bien con los efectos de las sentencias, esto es, con la forma en la que las sanciones se aplican, que pueden conducir a un derecho materialmente efectivo o a un derecho de valencia predominantemente simbólica.

¹⁸⁹ Seguramente la exposición más lúcida y completa de las transformaciones y los esfuerzos dogmáticos que induce la problemática de los delitos concernientes a los intereses difusos, que de alguna manera son los que aquí nos ocupan, y las variadas consecuencias que ellos tienen sobre la noción del bien jurídico y las categorías del derecho penal liberal se encuentra en SGUIBI, *La tutela penale di "interessi difusi"*, citado.

¹⁹⁰ Nos limitamos a señalar las que nos parecen más significativas; esta clasificación no supone negar la existencia de múltiples expresiones de

La primera es la objetivización de las infracciones, que se reducen a meros incumplimientos formales para los que no se considera necesaria investigación alguna sobre la participación subjetiva del autor, en el doble sentido de su intervención personal y de su involucración dolosa. La realización de la conducta objetivamente prohibida suele agotar el juicio de tipicidad, especialmente cuando de omisiones u omisiones impropias se trata. Estos criterios se extienden al ámbito de la práctica procesal, donde los requisitos del dolo se sustituyen por afirmaciones tan genéricas como infundadas del estilo de “no podía ignorarlo”, o por la invocación al desempeño formal de cargos directivos sin indagación alguna sobre las actuaciones personales, el conocimiento o la voluntad.

La segunda es su desapego de la noción de bien jurídico y de las consecuencias que de ella derivan, dado que el objetivo de la protección de los intereses sociales se expresa ahora en la realización de comportamientos formales procurados por la administración para la realización de los fines de la política económica¹⁹¹, cuyo carácter artificial y contingente es incompatible con la noción de bien jurídico que requiere estabilidad en sus contenido y que sobre todo reclama cierta esencialidad. De un derecho penal de protección de intereses sociales preexistentes a la sanción legal se pasa a un derecho que procura la satisfacción de finalidades públicas contingentes a través de comportamientos técnicos cuya realización se pone a cargo de los particulares.

La tercera es la transmutación del contenido de injusto de los delitos en simples desobediencias administrativas, expresadas en la mera remisión del tipo penal a órdenes o a reglamen-

esta transformación, que se traduce sobre todo en la transición hacia una cada vez más extendida normativización del derecho en sentido funcionalista, cuyo exponente más importante es sin duda Günther JAKOBS; la posición opuesta, enderezada a establecer la presencia de límites ónticos a la conceptualización jurídico-penal de la conducta humana, es la que se desarrolla en ZAFFARONI, SLOKAR y ALAGIA, *Derecho penal. Parte general*, cit., 2002, esp. ps. 386 y siguientes.

¹⁹¹ El caso más notorio en este aspecto lo ofrecen las leyes vinculadas a los delitos tributarios, que suelen poner a cargo de los particulares el ejercicio de algunas funciones propias de la administración: los sistemas de autoliquidación o autodeterminación del impuesto, cuyas irregularidades prevén sanciones penales, son una de esas formas.

taciones de inferior jerarquía, que se traducen en una estructura ramificada de normas de rango secundario, movibles en el tiempo y sumamente difíciles de comprender, incluso para especialistas. El derecho penal deja de ser una señalización definida y estable del ámbito de lo prohibido para desenvolverse en un terreno ambiguo y pantanoso, incognoscible al ciudadano.

De esta forma se ven duramente menoscabados algunos de los principios fundacionales del derecho penal liberal, como los de legalidad, taxatividad, lesividad y culpabilidad.

Esta tendencia ha sido recientemente puesta de manifiesto por Filippo SGUBBI en lo que se ha llamado el fenómeno de la inflación penal en el área de la intervención estatal en las esferas social y económica, en el sentido del creciente respaldo penal a la obediencia prescripta a una serie interminable de deberes administrativos tendientes a satisfacer finalidades propias del Estado, pero que se imponen sobre las actividades privadas de los ciudadanos: la creación de numerosas figuras penales, la mayoría de peligro abstracto, en los que la descripción típica no es sino la remisión a variadas prescripciones administrativas, que se superponen al normal desarrollo de las actividades comerciales e industriales lícitas, es la caracterización más acabada de este fenómeno, que tiene importantes implicaciones sobre el contenido y la efectividad de las garantías del derecho penal liberal¹⁹².

En este segmento no parecen existir demasiadas barreras ideológicas al empleo del derecho penal como un medio coadyuvante en la regulación de materias de interés general, principalmente en el área de la economía, las finanzas y el medio ambiente. Pero lo que debe señalarse es el hecho de que el panorama descrito por SGUBBI se desarrolla en un escenario particular, el de la negociabilidad del derecho penal, que se convierte en una especie de recurso público, sobre cuyo dominio —esto es, sobre cuya existencia y sobre la forma y la dirección que adopta— bregan los grupos entre los que se divide y se comparte el poder económico.

El Estado viene así a ser la arena donde se disputan el poder o los privilegios entre los grupos que conforman la sociedad civil, y el derecho penal y la pena misma se convierten en el medio empleado por quienes contingentemente obtienen el predominio, con el objeto de tornar más onerosas las actividades de

¹⁹² Cfme. SGUBBI, *El delito como riesgo social*, citado.

los grupos en competencia o aliviar las propias: la criminalización de algunas actividades informales bajo el pretexto de la formalización de la economía o de la bancarización de las transacciones monetarias suele ser uno de estos procedimientos, a veces enmascarados bajo otros pretextos de segundo orden, como los de favorecer la fiscalización de los tributos o el de disminuir los robos callejeros por la disminución de dinero contante en los bolsillos¹⁹³.

1. 5. 2. La penalización de las personas jurídicas

Un punto de radical importancia consiste en la construcción sobre bases individuales de los conflictos abarcados por el derecho penal, puesto que sus categorías dogmáticas se han desarrollado exclusivamente para ser aplicadas a las conductas de actores individuales, y por lo tanto ofrecen graves dificultades para su aplicación a entes colectivos¹⁹⁴.

Esta estructura se revela impropia para la penalización de los delitos cometidos a través de las corporaciones y las sociedades, que no obstante actúan en la vida del derecho civil, comercial y administrativo a través del reconocimiento de su personalidad jurídica, lo que les permite desenvolverse tal como si fueran personas naturales¹⁹⁵, adquiriendo derechos, contrayendo obli-

¹⁹³ La República Argentina ofrece un riquísimo laboratorio destinado a esos experimentos.

¹⁹⁴ El propio SUTHERLAND ofrece una visión de estas dificultades, aunque excesivamente simplificada. La expresa de esta manera: "Como este análisis se ocupa de las violaciones de leyes por parte de las corporaciones, es necesario hacer una breve descripción de la relación de las corporaciones con la ley penal. Hace tres o cuatro generaciones, los tribunales decidieron unánimemente que las corporaciones no podían cometer delitos. Estas decisiones se basaban en uno o más de los siguientes principios. Primero, como la corporación es un artefacto legislativo y no tiene una mente o alma, no puede tener intención criminal y, por lo tanto, no puede cometer un delito. Segundo, como una corporación no está autorizada a cometer actos ilegales, sus agentes no están autorizados a hacerlos. Si esos agentes los cometen, lo hacen en su capacidad personal y no en su capacidad como agentes. Tercero, salvo unas pocas excepciones, si se encuentran culpables de delitos, son multas. Esas multas son daños a los accionistas en vez de a los agentes, quienes son los responsables directos de las violaciones de las leyes" (SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, cit., p. 44).

¹⁹⁵ Que no se identifican con el sustrato físico: la persona natural es también una construcción fundada en el reconocimiento de derechos y de

gaciones y honrando o estando obligadas o compelidas a honrar sus responsabilidades.

En efecto, no existen dificultades para el reconocimiento, en el ámbito del derecho común, de la existencia y de la actuación de entes ideales que se encuentran formados por una pluralidad de personas organizadas a través de un estatuto y de unos objetivos comunes, pero a los cuales el derecho les reconoce unidad, fundado sobre todo en un principio de representación: un ente ideal, que no existe de por sí y que nadie ha visto ni puede ver, pero que es más que la suma de los individuos que lo componen y de los intereses de los que éstos son portadores, actúa en casi todos los ámbitos del derecho¹⁹⁶, pero sólo puede hacerlo a través de sus agentes o representantes, que expresan su voluntad.

En la tesis que más influencia ha tenido en el derecho civil moderno, debida a DE SAVIGNY, la existencia de las personas jurídicas se fundamenta sobre todo en la ficción, esto es, "en rela-

responsabilidades, y no puede comprender, o no ha comprendido históricamente a todas las personas físicas, como los dementes, los esclavos, los extranjeros, etc.; véase COLEMAN, James S., *Power and the structure of society*, en ERMANN y LUNDMAN, *Corporate and governmental deviance: problems of organizational behavior in contemporary society*, cit., p. 37.

¹⁹⁶ Menos en el de los derechos de familia, que sólo pueden ser reconocidos a la persona física, y en el del derecho penal, objeto de la controversia que sintéticamente se intenta describir en este capítulo. En el resto de las relaciones jurídicas patrimoniales, en la titularidad de derechos y de obligaciones, e incluso en la esfera del honor, bajo la llamada reputación de la entidad, las personas jurídicas se han asimilado totalmente en cuanto titulares y portadores de los mismos derechos e intereses que las personas naturales. La exclusión de las relaciones propias del derecho de familia descansa en la doble distinción del derecho de los bienes y el derecho de las personas naturales en tanto tales, que se distinguen de las personas ideales, que sólo tienen capacidad para el primero. La formulación más ilustre de este principio se debe a DE SAVIGNY: "... que la persona jurídica no afecte sino al derecho de bienes y por lo tanto la familia se encuentra excluida. En efecto, todas las relaciones de familia proceden originariamente del hombre natural, y sus transformaciones jurídicas tienen un carácter relativo y secundario, y de este modo, no se les debería aplicar a otro sujeto que el hombre. Los bienes, por el contrario, son por su naturaleza una extensión de poder, un medio de garantía y de desenvolvimiento para la actividad libre, relación que puede afectar a la persona jurídica como al individuo y los fines para que ha sido creada la persona jurídica merecen atenderse por los mismos medios que los del individuo" (DE SAVIGNY, F. C., *Sistema del derecho romano actual*, Ed. Góngora, Madrid 1879, p. 61).

ción con otros seres ficticios, a los cuales se les llama personas jurídicas, es decir, personas que no existen sino para fines jurídicos, que nos aparecen al lado del individuo como sujetos de las relaciones de derecho"¹⁹⁷.

Y como corresponde a la contraposición entre un sujeto real y un sujeto ideal, un derecho penal dirigido al primero y construido sobre categorías que sólo pueden referirse a la persona natural, no podría dirigirse a los entes ideales, por lo menos sin caer en serias inconsecuencias sistemáticas. Siguiendo todavía a de SAVIGNY: "El derecho criminal considera al hombre natural, es decir, un ser libre, inteligente y sensible: la persona jurídica por el contrario, se encuentra despojada de esos caracteres, siendo sólo un ser abstracto capaz de poseer, y que el derecho criminal no podría mezclarse en su esfera de acción; la realidad de su existencia se funda sobre las determinaciones de un cierto número de representantes que, en virtud de una ficción, son consideradas como sus propias determinaciones; y una representación parecida, que excluya la voluntad propiamente dicha, puede tener efecto en cuanto al derecho civil, nunca en cuanto al penal"¹⁹⁸.

En consecuencia, como la persona jurídica constituye un sujeto de derecho ficticio, no tiene otra voluntad que la que expresa por medio de sus representantes y que le es jurídicamente imputable, y por lo tanto no tiene una voluntad real en el sentido ético sino sólo ficticio. De acuerdo con esta tesis, sólo pueden ser sujeto de derecho penal las personas con voluntad psicológica, de lo que resulta el principio, que se incorporó como uno de los fundamentos de garantía del derecho penal liberal, del *societas delinquere non potest*¹⁹⁹.

¹⁹⁷ DE SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, cit., p. 60. Más adelante (p. 62) DE SAVIGNY agrega: "Empleo la palabra persona jurídica en oposición a persona natural, es decir, al individuo, para indicar que los primeros no existen como personas, sino para el cumplimiento de un fin jurídico".

¹⁹⁸ DE SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, cit., ps. 106-107.

¹⁹⁹ Conf., en general, BACIGALUPO, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, ps. 57 y ss.; en general, véase la detallada presentación que hace de las doctrinas clásicas sobre el principio de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas y de su progresivo debilitamiento, en el capítulo I.

Ese principio rigió mayoritariamente por lo menos en el ámbito del derecho penal de raíz continental, en el que las únicas responsabilidades jurídicas imputables a las personas jurídicas eran de orden patrimonial y negocial, regidas por el derecho común y no por el derecho penal. El derecho penal se ha construido sobre presupuestos totalmente diferentes a la mera imputación jurídica de los derechos y de las responsabilidades patrimoniales o de los intereses societarios; requiere, en cambio, la presencia de ciertos elementos ónticos del comportamiento que no están presentes en las personas jurídicas, como personas cuya existencia es ideal y que deben actuar, por fuerza, a través de sus agentes, sin una voluntad que les sea propia.

Los requisitos de la imputación penal, en especial los de naturaleza subjetiva, que se refieren a la conducta, a la existencia y al contenido de la voluntad, y también a las condiciones del reproche de culpabilidad, sólo pueden ser referibles a la persona física y, en consecuencia, en el caso de los delitos de las corporaciones, la imputación penal debe ser dirigida contra quienes actuaron en representación o a través del ente ideal²⁰⁰; en el marco de estos presupuestos dogmáticos, la pretensión de imponer sanciones penales a las personas jurídicas requiere una fuerte distorsión sistemática que en general no se está dispuesto a aceptar, por lo menos en términos globales²⁰¹.

De alguna manera, la vigencia del principio *societas delinquere non potest* respondía o era compatible con ciertas razones de política criminal, vinculadas con la necesidad de que la penalización de los sujetos colectivos no derivara por reflejo en la impunidad de las personas naturales que están detrás de ellas o que actúan a través de esa cobertura: si las sociedades no eran puni-

²⁰⁰ Conf. ZAFFARONI, SLOKAR y ALAGIA, *Derecho penal. Parte general*, cit., ps. 407 y ss., quienes parten de la premisa de la incapacidad de acción de las personas jurídicas, lo que las priva de la posibilidad de ser sometidas al derecho penal aunque no, ciertamente, a algún tipo de sanciones; éstas, por consiguiente, no podrán ser llamadas penas y sólo se justificarían por el ejercicio de un poder coactivo directo del Estado para prevenir consecuencias sociales nocivas, o como medida reparadora; de esta forma, en el pensamiento que se cita, sería posible sujetarlas a un modelo efectivo de solución de conflictos.

²⁰¹ Sobre la inadecuación de los presupuestos dogmáticos del derecho penal a la penalización de las personas jurídicas, BUSTOS RAMÍREZ, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., ps. 15 y siguientes.

bles, sí lo eran las personas, que no podrían utilizar la cobertura artificial proporcionada por la interposición de una estructura ideal entre las personas y sus conductas, o los efectos de éstas. En cambio, en la actualidad esas razones se han invertido, y dado el poder y la estructura de las grandes corporaciones, el riesgo es que éstas, que permanecen en la vida del mercado con prescindencia de las fugaces actuaciones de sus miembros o de las personas que integran sus órganos, alcancen un grado de protección que las rinda inmunes a toda forma de control.

Y por lo tanto la tesis de la irresponsabilidad penal ya no satisface totalmente, por lo menos por motivos prácticos, dado que la mayoría de las transacciones económicas y financieras de la sociedad moderna se realizan a través de las corporaciones, no sólo nacionales sino transnacionales y supranacionales, y es en el marco de esas relaciones que se comete la mayoría de los delitos económicos o de cuello blanco. Estos motivos, fundados en variadas razones de política criminal²⁰², han generado una serie de teorías tendientes a debilitar aquel principio y admitir en cambio, sobre la base del principio de realidad²⁰³, esto es, de que las corporaciones existen, actúan e influyen en todos los campos de la vida económica y social, la necesidad de controlarlas penalmente y de aplicarles sanciones.

Se trata de diversas formas de aplicación de la tesis de la personalidad jurídica real de la asociación, debida a Otto VON GIERKE²⁰⁴, para quien las personas jurídicas expresan su voluntad a través de sus órganos, actuando de acuerdo a sus estatutos y, en esa calidad, deben ser consideradas de la misma manera que las personas naturales. Las personas jurídicas, como orga-

²⁰² Descriptas con exactitud en BAIGÚN, David, *Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación. Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en BAIGÚN, ZAFFARONI, GARCÍA-PABLOS y PIERANGELI, *De las penas. Homenaje al profesor Isidoro De Benedetti*, cit., ps. 29 y siguientes.

²⁰³ Que en general se expresa sobre bases más bien organicistas (las compañías se asimilan al cuerpo humano, tienen un cerebro, conexiones nerviosas y manos, y todo ello puede ser representado en los diversos roles desempeñados por sus miembros o sus agentes), que son las que animan las tesis tradicionales de la defensa social.

²⁰⁴ VON GIERKE, Otto, *Les Théories politiques du moyen age*, Recueil Si-rey, Paris, 1914; véase el análisis que sobre la tesis de VON GIERKE y sobre su recepción en el ámbito dogmático alemán formula BACIGALUPO, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., ps. 65 y siguientes.

nismos sociales, también son personas sociales y tienen la misma capacidad jurídica que los individuos, y por lo tanto el hecho de que el Estado les reconozca capacidad no obedece a una ficción de ninguna especie. Dentro de esas capacidades se encuentra la posibilidad de cometer delitos y de ser sancionada.

Pero aquí es donde se encuentra la dificultad: aunque se reconozca la existencia histórico-real de agrupaciones humanas que actúan como una unidad²⁰⁵ y que expresan una voluntad distinta de la de sus miembros, a través de un principio de representación, el derecho penal no ha sido construido en función de esa realidad.

Por lo tanto, su aplicación a las personas colectivas requiere o bien forzados ajustamientos de la dogmática tradicional, o bien desarrollar una dogmática específica para este ámbito que corra paralela a la empleada para los sujetos individuales, o bien la necesidad de estructurar una dogmática distinta, sobre bases normativistas.

La posición de David BAIGÚN²⁰⁶ se coloca en la segunda alternativa, bajo su teoría de la doble imputación: contempla la necesidad de adaptar las categorías dogmáticas del derecho penal a la estructura de la acción y de la forma típica de expresión de la voluntad de las personas jurídicas, sobre la base de que es posible la existencia y el desarrollo de dos dogmáticas distintas, adecuadas cada una a las cuestiones totalmente diferentes que deben enfocar, pero que de esta manera permiten conservar el nivel de las garantías en cada uno de esos ámbitos. Sostiene que a la conducta proveniente de las personas físicas, que constituye el objeto de la operación de la dogmática del derecho penal,

²⁰⁵ La historia del derecho, y especialmente la historia política y social del derecho, exhibe abundantes ejemplos de universalidades que, sobre la base de una pluralidad, fueron reconocidos como una unidad jurídica y a los que se le reconocieron derechos y obligaciones: las ciudades, las centurias, los gremios, las iglesias y la Iglesia Católica y, finalmente, la Corona, son ejemplos de una paulatina evolución del derecho hacia el reconocimiento de la realidad de estos entes titulares de derechos, que no se identifican con las personas ni con las voluntades de sus miembros y que, además, no pueden morir. Sobre esta evolución histórica, COLEMAN, James S., *Power and the structure of society*, citado.

²⁰⁶ BAIGÚN, *Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación*, cit., ps. 25 y ss. El desarrollo completo se halla en BAIGÚN, David, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ensayo de un nuevo modelo teórico*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000.

se agrega otro tipo de conducta, que denomina acción institucional y que puede ser gobernada en sede del derecho penal por una dogmática específica. La acción institucional es el resultado de la expresión de la voluntad de las personas jurídicas, a través de tres niveles integrativos: la estructura normativa de la corporación, representada por sus estatutos y por las funciones normativamente prescritas de sus órganos; la trama organizacional, en la que computa las complejas relaciones internas entre las personas y los roles, las respectivas posiciones de poder y los conflictos dirimidos en el seno de esa misma estructura; y el interés económico de las corporaciones, especialmente en cuanto la economía capitalista moderna ha determinado la objetivación de ese interés, de modo de conferirle una relativa autonomía respecto de sus propios titulares. De esta forma, la acción institucional con sus tres niveles de complejidad permite *reconocer a la persona jurídica como expresión institucional de una entidad real: la empresa o explotación económica (...) la persona jurídica en su totalidad, tal cual actúa en la mediación entre relaciones estructurales y superestructurales de la formación económico social capitalista*²⁰⁷. A partir de ese punto de partida, algunos de los presupuestos dogmáticos del derecho penal resultan ociosos, mientras que es posible reconocer, a través de cierta necesaria adaptación, la homóloga aplicabilidad de otros, particularmente en punto a la tipicidad y la antijuridicidad. Uno de los problemas que así pueden resolverse es el de despejar las cuestiones que tiene la injerencia de las sanciones aplicadas a las personas jurídicas en la vida o en el patrimonio de sus miembros, que no han participado en el delito cometido por el sujeto colectivo, y en general el de la preservación de las garantías propias del derecho penal, cuyo nivel es superior al de otros ordenamientos como el administrativo. De manera concurrente, el hecho de que puedan mantenerse las sanciones a las corporaciones dentro del derecho penal les asegura la carga simbólica que sólo éste puede otorgar.

Cierta vaga asonancia con la tesis recién descripta está presente en la posición de Juan BUSTOS RAMÍREZ, quien sostiene que

²⁰⁷ BAIGÚN, *Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación*, cit., p. 36; bien distante está esta construcción del organicismo que animaba las teorías de la personalidad real de las personas jurídicas.

en realidad las sociedades, que no pueden ser autoras de delitos en virtud de la apuntada incompatibilidad de la construcción dogmática del derecho penal, pueden sí ser partícipes de ellos, particularmente en punto al funcionamiento organizativo de la empresa, la forma de configuración de los estatutos, la flexibilidad en los controles o la poca transparencia de la toma de las decisiones²⁰⁸.

La transformación de la dogmática está a cargo de las posturas funcionalistas²⁰⁹, en las que tanto el individuo, como sujeto tradicional del derecho penal, como las sociedades, se reducen a meros sistemas normativos en un mundo constituido por vínculos de comunicación; el delito sería, en ese aspecto, una falsa comunicación que, al poder ser emitida por una persona jurídica, la transforma en un sujeto competente para un derecho penal cuya función es, estrictamente, la reconfirmación de la vigencia de la norma. En ese ámbito es obvio que los límites ónticos a las categorías del derecho penal se tornan totalmente ociosos y sólo cabe considerar el *output* de ese sistema²¹⁰.

Pero en el marco de la subsistencia de una (única) dogmática no funcionalista, la penalización de las personas jurídicas constituye de manera inevitable un avance sobre algunos prin-

²⁰⁸ BUSTOS RAMÍREZ, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 23. Sin embargo, parece contradictorio negar a la persona jurídica la posibilidad de ser autora de un delito y autorizarla a ser partícipe de éste: tanto la autoría como la participación comparten los mismos datos ónticos en relación a la actuación voluntaria, salvo que se trate, y esto es lo que asemeja la postura de BUSTOS RAMÍREZ a la de BAIGÚN, de una dogmática distinta, adecuada a formas de participación identificadas con distintos presupuestos.

²⁰⁹ Ésta es, por otra parte, la tesis de SILVINA BACIGALUPO, fundada en la construcción normativa del sujeto de derecho en el marco de una concepción sistémico-funcionalista del derecho. Véase, sobre todo, el capítulo conclusivo de su libro citado, ps. 354 y siguientes.

²¹⁰ "No cabe fundamentar que en la determinación del sujeto el sistema que ha de formarse deba estar compuesto siempre de los ingredientes de una persona física (mente y cuerpo) y no los de una persona jurídica (estatutos y órganos). Más bien los estatutos y los órganos de una persona jurídica se pueden definir también como sistema, en lo cual lo interno -paralelamente a la situación en la persona física- no interesa (...) pero sí interesa el output. Las actuaciones de los órganos con arreglo a sus estatutos se convierten en acciones propias de la persona jurídica" (JAKOBS, Günter, *Derecho penal. Parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 183).

cipios penales de garantía, entre los cuales sobresalen por su importancia el problema de la fundamentación de la sanción y el principio de intrascendencia (o de trascendencia mínima) de la pena.

La necesidad de imponer, de alguna manera que evite consecuencias sistemáticas intolerables, algunas sanciones que permitan o bien prevenir nuevos delitos, o bien reparar los daños y a la vez privar del enriquecimiento que haya logrado la sociedad a través de un delito, requiere un tipo de consecuencias disvaliosas de las que se pueda excluir cualquier vinculación con un reproche de culpabilidad. Pero tanto las llamadas medidas de seguridad, que podrían aplicarse de manera accesoria a la condena impuesta al agente que actuó en el delito, como el caso de las sanciones o las consecuencias administrativas paralelas o accesorias a la condena o al proceso penal, tienen en común una gran dificultad en deslindar completamente su naturaleza, su motivo y su proporción de las de una sanción penal en el sentido estricto del término: siempre son consecuencias jurídicas imputados a un acto indebido atribuido a un sujeto, con el agregado de que, si se trata de un sujeto individual vinculado a una persona jurídica, la extinción de la acción penal respecto del primero termina debilitando la subsistencia de las sanciones accesorias o concurrentes respecto de la segunda²¹¹. Y al mismo tiempo, la forma y las condiciones de la aplicación de estas con-

²¹¹ Por ejemplo, por la muerte de la persona física. Además, existe un complejo juego de interrelaciones entre la persona física y la persona jurídica que añade una serie de complicaciones significativas: en algunos casos, especialmente en las leyes penal tributarias o en las normas extraordinarias de condonación vinculadas a esas leyes, se dispone la extinción de la acción penal a través de diversas modalidades del pago, pero éste, de ordinario, sólo lo puede hacer el contribuyente, que es el que suele además disponer de los medios para ello; a partir de esta relación, la persona física puede quedar convertida en un rehén entre el Estado que pretende recaudar y una empresa que entrega al sacrificio a un funcionario que se ha tornado irrelevante. Por lo tanto, entre el órgano personalmente responsable del delito, que además no es el calificado legalmente como autor -salvo a través de la ficción que comportan las cláusulas de extensión de autoría-, y la persona jurídica que es la beneficiaria de su conducta delictiva, se generan relaciones en las que la construcción actual del derecho penal sólo aporta problemas y conflictos, y nunca soluciones; se dirá, no obstante, que el derecho penal no resuelve los conflictos, y nada de lo que en este tema pueda decirse contradice esa afirmación.

secuencias, cuyo carácter penal no se puede reconocer sin incurrir en inconsecuencias sistemáticas, se desprenden de las garantías formales y sustanciales que la esfera penal provee o intenta proveer.

Ninguna de las alternativas parece satisfactoria, a las que se agrega otra, en cuanto al alcance de las sanciones aplicables²¹², en función del principio de la intrascendencia de la pena. Se trata de la transferencia de los costos económicos de las posibles sanciones a los accionistas, a los trabajadores o al público, que son terceros respecto de la comisión del delito, aunque deben soportar sus consecuencias; la limitación o la justificación de esas consecuencias constituye un problema de política criminal de primer orden²¹³.

Todo ello demuestra que no sólo es en el ámbito de los presupuestos dogmáticos de la aplicación del derecho penal, sino también en la esfera de la penalidad donde se revelan las graves inconsecuencias sistemáticas de la pretensión de compatibilizar un derecho de base individualista con la penalidad a sujetos colectivos. Pero éstas y otras aporías integran, en un nivel privilegiado de importancia, el poblado ámbito de las trabas a la represión de los delitos de cuello blanco, que es el rubro bajo el cual hemos comenzado este capítulo.

²¹² Que en el caso de las personas jurídicas sólo excluyen la prisión y algunas inhabilitaciones personales. El elenco de las penalidades, medidas de seguridad o medidas de coacción directa propuestas es bastante amplio y puede ulteriormente incrementarse: la disolución, la pérdida o la suspensión de la personería jurídica, las multas, el comiso de materiales, artículos o instrumentos en infracción, o de los propios resultados materiales del delito, diversas formas de inhabilitación, la pérdida de beneficios estatales o de concesiones, especialmente para la explotación de servicios públicos, para actuar en el comercio exterior, en la actividad bancaria o como proveedor del Estado, la privación de las ganancias obtenidas por el delito, la clausura definitiva o temporal de la empresa, sus locales o establecimientos, la intervención judicial o administrativa de la sociedad, la publicación de la sentencia condenatoria. Evidentemente el elenco puede crecer: la suspensión de ciertos beneficios fiscales de la promoción industrial, o la carga de destinar cierta parte de sus utilidades a la reparación de los daños, a la constitución de fondos de utilidad común o a la realización de trabajos u obras de utilidad común.

²¹³ Un panorama de estas externalidades en MALAMUD GOTI, Jaime, *Derecho penal de la competencia: abastecimiento, monopolios*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1984.

1. 5. 3. La debilidad de las sanciones

El problema de las sanciones es un capítulo aparte en esta serie de cuestiones relativas a la debilidad en la aplicación de las leyes penales a las infracciones que nos ocupan.

Que las leyes prohíban determinados comportamientos, que éstos se encuentren descriptos bajo las formas típicas del derecho penal y que la ley prevea para ellos sanciones penales, no significa que éstas se apliquen de manera efectiva. Las sanciones suelen aquí reducirse a una valencia simbólica, en especial a causa del abanico de posibilidades que ofrece la mayoría de las leyes en materia penal económico, compuestas por sanciones pecuniaras, formas variadas de inhabilitación, pérdida de licencias, autorizaciones o concesiones, como alternativa a una pena detentiva que (muy) pocas veces se impone, y si se impone, sólo en reducidísimas ocasiones es de cumplimiento efectivo.

Se trata de un sistema, como señala Massimo PAVARINI²¹⁴, de ontológica ineffectividad sancionatoria, expresada más bien en el valor simbólico de la prohibición, pero no en una penalidad material, dado que la primera satisface acabadamente la demanda social de penalidad.

Pero, además, que se considere ilícita cierta conducta de las corporaciones o de los empresarios no significa que exista consenso sobre la política a adoptar respecto de ella. El problema de la ineffectividad material de las sanciones se refiere de manera particular sólo a una de estas estrategias, que es la que consiste en perseguir penalmente a los autores de estos delitos.

De este lado, el empleo de sanciones ha sido visto como una forma eficaz de *deterrence*, sobre la base de considerar que el delincuente económico es en definitiva un calculador amorar, que toma sus decisiones sobre la base de un cálculo objetivo de los costos y de los beneficios, como lo hace cualquier hombre de negocios: no es la moralidad de sus acciones la que está en juego. Y por lo tanto, frente al abanico de decisiones racionales posibles, la amenaza de una pena, especialmente si contempla sanciones de gravedad como la prisión o unas multas significativas,

²¹⁴ PAVARINI, Massimo, *Lucha contra la criminalidad organizada y negociación de la pena*, en VIRGOLINI y SLOKAR, *Nada personal: ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia*, cit., p. 31.

podría disuadir de la comisión de unos delitos que son estrictamente instrumentales: cuando lo que se intenta hacer tiene como objetivo una ganancia pero lo que se puede perder es mucho, la decisión en favor del respeto por las reglas se facilita y se vuelve más probable²¹⁵.

Pero, por el otro lado están quienes critican severamente las políticas enderezadas hacia la simple represión, sosteniendo que son poco efectivas para modificar las normas que rigen el funcionamiento práctico de las corporaciones y que por lo tanto no disminuyen el riesgo de los accidentes o de las violaciones a las reglas en campos tan sensibles como los de la seguridad del trabajo, la salud pública o la contaminación ambiental. Además, la tendencia a incorporar bajo una misma respuesta punitiva a violaciones intencionales e imprudentes, que proviene sobre todo del mayor énfasis puesto en las consecuencias de los comportamientos que sobre los comportamientos mismos, tiende a colapsar la diferencia fundamental entre ambos tipos de actitudes, diluyendo la eficacia disuasiva del estigma criminal²¹⁶. Por lo demás, en el caso de las víctimas sus quejas y sus demandas suelen limitarse a buscar alguna compensación por los daños sufridos o una restitución de los fondos pagados o perdidos, por lo que no tienen un interés definido en lograr una condena de tipo criminal.

Por lo tanto, las políticas enderezadas a obtener el cumplimiento de las reglas mediante la persuasión, los acuerdos o las presiones de tipo administrativo parecen preferibles, para sus sostenedores, a la pura aplicación de las sanciones; y aunque éstas suelen estar presentes o ser necesarias como una suerte de amenaza que garantice el éxito del proceso "educativo" o adaptativo, el recurso efectivo a las sanciones suele interpretarse como un fracaso²¹⁷.

²¹⁵ Una completa exposición de estos temas en GREEN, *Occupational crime*, cit., ps. 247 y ss.; y COLEMAN, James W., *The criminal elite, understanding white collar crime*, cit., ps. 123 y siguientes.

²¹⁶ Se trata del principio de la *strict liability* del derecho anglosajón, véase NELKEN, *White collar crime*, cit., ps. 913-914.

²¹⁷ Este tipo de políticas (*compliance policy*) se ha difundido sobre todo en los procedimientos empleados por las agencias regulatorias de los Estados Unidos, país de donde proviene la mayoría de la literatura al respecto.

Finalmente, los operadores de las agencias regulatorias suelen acomodarse mejor al empleo de las prácticas de persuasión consistentes en avisos, visitas, exhortaciones formales y informales, de manera previa y como condición de la promoción de acciones específicas²¹⁸. Va de suyo que el tipo de consecuencias que suelen derivarse, en el caso de la persistencia en la violación de las reglas, suele ser mucho menos estigmatizante y lesiva que las penas criminales en sentido estricto. Muchas de estas estrategias desembocan en una fuerte presión hacia la puesta en práctica de mecanismos de autorregulación en el seno de las corporaciones de cierta magnitud, a través del establecimiento de un conjunto de reglas éticas y de prácticas comerciales aprobadas por todos los posibles interesados, y de la creación de unidades de control interno sobre el cumplimiento de estas normas, cuyas funciones a su vez puedan ser auditadas por inspectores gubernamentales²¹⁹.

Los fundamentos ocultos de este debate exceden los parámetros técnicos en los que parecen desplegarse sus argumentos, tendientes a establecer la forma más eficaz de hacer efectivas las leyes regulatorias.

En realidad, la controversia señala de una manera clara la ambigüedad del terreno que estas leyes pretenden regular, que incluye conductas lícitas, habituales o normales en el área de los negocios, y verdaderos crímenes a los que, no obstante, cuesta someter al mismo tratamiento que el sistema de justicia y las representaciones sociales sobre la cuestión criminal reservan a los delincuentes comunes.

Es evidente que detrás de todo ello se encuentra una serie de debilidades. En primer lugar, la del derecho penal y la de la sociedad misma para controlar penalmente las conductas que se estiman socialmente dañosas, cuando éstas se desarrollan en el ámbito que a grandes trazos se ha identificado como de cuello blanco: clase alta y criminalidad o, en otros términos, economía y crimen. En segundo lugar, la debilidad del mismo Estado pa-

²¹⁸ CLARKE, M., *Business Crime: its nature and control*, Polity Press, Oxford, 1990, citado por NELKEN, *White collar crime*, citado.

²¹⁹ BRAITHWAITE, John, *Corporate crime and republican criminological praxis*, en PEARCE, Frank y SNIDER, John, *Corporate Crime*, Univ. Toronto Press, Toronto, 1995, citado por NELKEN, *White collar crime*, cit., p. 915.

ra contener las presiones de los grupos de interés en su búsqueda de soluciones legislativas que no los afecten o que no los perjudiquen en demasía.

En todos estos casos el problema no radica en cómo los autores de los delitos de cuello blanco se enfrentan a la ley, sino en cómo pueden configurarla, en cómo pueden distorsionar la construcción de sus categorías dogmáticas y de sus prácticas de aplicación de una manera en que las prohibiciones y las sanciones, si se legislan y si se intentan aplicar, tengan el mínimo impacto²²⁰

2. De la impunidad a la inmunidad

2. 1. La construcción histórica de la cuestión criminal

Las dificultades y las ambivalencias que se presentan en el control y en la represión de esta clase de comportamientos se hacen evidentes desde los distintos niveles que pueden distinguirse en la llamada criminalización primaria y abarcan todos los segmentos y las etapas de ese proceso, a través de una serie escalonada de efectivas barreras (y matices) a su penalización, y continúan en sede de aplicación de la ley.

En la visión ortodoxa, esas dificultades se han adjudicado a las características propias de estos fenómenos²²¹, que se consi-

²²⁰ Frank PEARCE reproduce una frase atribuida a uno de los barones ladrones de fines del siglo XIX, Daniel DREW: "La ley es como una telaraña: está hecha para las moscas y otras clases de insectos pequeños, pero no le corta el paso a los abejorros grandes. Cuando tropecé con problemas técnicos de la ley, siempre me las arreglé para sacármelos de encima con toda facilidad" (PEARCE, *Los crímenes de los poderosos: el marxismo, el delito y la desviación*, cit., p. 120. Debe notarse el parecido con nuestro Martín Fierro: "La ley es como el cuchillo, nunca hiere al que lo empuña". El origen remoto de esta sabiduría parece hallarse una frase atribuida a SOLÓN por Diógenes LAERCIO: "Las leyes, como las telarañas; pues éstas enredan lo leve y de poca fuerza, pero lo mayor las rompe y se escapa" (LAERCIO, *Diógenes, Vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres*, Ed. Emecé, Buenos Aires 1945, p. 42); ésta y otras citas en ZAFFARONI, SLOKAR y ALAGIA, *Derecho penal. Parte general*, cit., 2002, p. 11.

²²¹ David NELKEN (*White collar crime*, cit., p. 912) plantea la pregunta de si la diferencia en las respuestas sociales son la causa o la consecuencia de las características distintivas de los delitos de cuello blanco, y señala que

deran objetivamente poco proclives a la eficacia de los mecanismos de control, para luego ser sucesivamente atribuidas a la distorsión que las representaciones sociales sobre la cuestión criminal despliegan sobre la configuración y la actuación de los mecanismos de control.

En esta perspectiva, la insuficiencia de una actitud general de reprobación pública parece haber sido el elemento que, por lo menos inicialmente, ha debilitado la represión de manera más significativa²²², pero a su vez es evidente que la ineficacia o la ambigüedad del control formal no sólo es el reflejo sino que también se proyecta en la forma en que se despliegan los sentimientos generales de la población: el sistema penal es un eficaz distribuidor de moralidad²²³ y es el principal generador del estereotipo de criminalidad que guía la acción de sus agencias en la selección de los delitos y de los delincuentes.

Los sistemas penales no operan en el vacío, son parte de la estructura social y cultural de un pueblo, y por lo tanto, así co-

la mayoría de los académicos, entre los que cita a CLARKE, asumen que la manera en que la ley encara a estos delitos es el reflejo de las especiales circunstancias que éstos presentan.

²²² Éste es un argumento ya empleado en los albores de la difusión del concepto de delito de cuello blanco, pero duramente criticado por Ernest BURGESS desde una perspectiva estrictamente sociológica para la cual sólo es delito aquello que es percibido tanto por la sociedad como por sus autores como crimen, señalando que los delitos de cuello blanco no son percibidos como una amenaza criminal por parte de la colectividad y, sobre todo, que sus autores no se consideran a sí mismos como criminales, sino como empresarios que han debido realizar sus negocios de una forma determinada, usual en el ámbito en que éstos se desarrollan. Véase BURGESS, Ernest, *Comment y Concluding Comment*, comentario a HARTUNG, Frank E., *White-collar offences in the whole sale meat industry in Detroit*, en GEIS y MEIER, *White-Collar Crime*, cit., ps. 154 y ss. De todas maneras, como se ha señalado en el capítulo anterior, las representaciones sociales sobre la criminalidad de los cuellos blancos se han modificado con el transcurso del tiempo hasta constituir un tema de preocupación pública de gran significación.

²²³ En palabras de SUTHERLAND: "el público no tiene el mismo sentimiento organizado contra el delito de cuello blanco que contra alguna de las felonías graves. La relación entre la ley y los 'mores', finalmente tiende a ser circular. Las leyes, hasta cierto punto, son cristalizaciones de los 'mores', y cada acto de cumplimiento de las leyes tiende a reforzar los 'mores'. Las leyes respecto a los delitos de cuello blanco, que ocultan la criminalidad de la conducta, han sido menos efectivas que otras leyes penales para reforzar los 'mores'" (SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, cit., p. 44).

mo reflejan esa cultura, también inciden sobre su conformación²²⁴. Y esa conformación está fuertemente marcada por la identificación de las clases marginales como aquellas en las que se genera el problema criminal: el delito es el destino social de los pobres, y de ellos es menester defenderse.

En función de ello, la invención del delito de cuello blanco es la que rompe con esa visión, al desnudar la distorsión que sufre el proceso de construcción de la categoría criminal, parcializadamente dirigida a un cierto tipo de autores y de conductas, en la que por cierto influye la configuración del sistema en operación, pero que a la vez es influido por esa construcción.

El sistema está estructurado para responder a esa visión, y de allí resultan sus debilidades cuando la visión, y por lo tanto su objetivo, cambian. De esta manera, las trabas existentes a la criminalización efectiva de los delitos de cuello blanco sólo de manera ingenua pueden ser atribuidas a las características habituales de los delitos económicos, ya que se corresponden y obedecen sobre todo a la forma en que se ha construido una cuestión criminal que nunca los había contemplado²²⁵.

²²⁴ Sobre la concepción de los sistemas de castigo como artefactos culturales que a la vez que reciben y reflejan la influencia de las fuerzas presentes en una sociedad, también contribuyen a moldear a ésta, véase GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna: un estudio de teoría social*, Ed. Siglo XXI, México, 1999, capítulos 11 y 12.

²²⁵ De una manera anticipatoria a los postulados del constructivismo, ya SUTHERLAND había anticipado que la única diferencia existente entre los delitos convencionales y los delitos de cuello blanco radica en el tipo de dispositivos que se predisponen para el control de unos y otros; esa afirmación implica que son los modos de operar de las agencias contra el crimen los que, por lo menos en parte, construyen la cuestión criminal de una manera por la cual algunos delitos son considerados tales y otros no. Conviene recordar algunos textos de SUTHERLAND: "La tesis de este libro, planteada positivamente, es que las personas de la clase socioeconómica alta participan en bastante conducta delictiva; que esta conducta delictiva difiere de la conducta delictiva de la clase socioeconómica baja, principalmente en los procedimientos administrativos que se utilizan en el tratamiento de los delincuentes...", y "Cuando se impone el estigma del delito como un castigo, se coloca al acusado dentro del estereotipo popular de 'el delincuente'. En la sociedad primitiva 'el delincuente' era esencialmente el mismo que 'el extraño', mientras que en la sociedad moderna el estereotipo está limitado, en gran parte, a la clase socioeconómica más baja" (SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, cit., ps. 13 y 38).

Es por eso que, por lo menos en parte, es posible vincular esas barreras a los modos en los que se expresa y se transforma esa construcción que, por cierto, evoluciona en el tiempo y es modificada por el peso de la realidad, más que por los descubrimientos académicos.

El derecho penal es así el fruto de una larga evolución en la que históricamente han confluído y combatido filosofías y concepciones políticas diversas, ideologías penales y necesidades prácticas. Esas y otras muchas influencias, que reciben a su vez el aporte de los universos culturales y de los conflictos y las transiciones a través de los que éstos evolucionan, de las formas históricamente dominantes de la actividad económica, de los cambios sociales y culturales ligados a los procesos de modernización, secularización e individualización que caracterizaron la modernidad, confluyen en la configuración de las formas concretas a través de las cuales se despliega, en cada tiempo y en cada lugar, la antigua y ancestral práctica del castigo.

Ésta es una verdadera construcción social, en el sentido de que no responde a una realidad ontológica distinta o independiente de las acciones, las percepciones, los sentimientos y las labores de los hombres, sino que es el producto de éstas y, fundamentalmente, de sus acciones concertadas en la política.

El derecho penal constituye el ordenamiento constitutivo y regulador de ese sistema de castigos, asumido históricamente por el Estado bajo la doble pretensión de legitimidad y exclusividad. Las formas de ese ordenamiento, la extensión de sus coacciones, las condiciones formales y materiales bajo las cuales éstas se despliegan, dependen del modo en que el sistema se ha conformado históricamente, respondiendo a ese múltiple conjunto y combinación de sus determinaciones sociales y políticas.

De esta construcción, a los fines de esta tesis, deben señalarse sobre todo la presencia de dos características que otorgan al sistema resultante un perfil definido. Se trata del sesgo social y del sesgo individualista de las prácticas del castigo. Ambos denotan tanto la dirección hacia la cual mira esa construcción, como el terreno que permanece ajeno a esa mirada, que es el de las inmunidades²²⁶.

²²⁶ En el marco de una propuesta de uso alternativo del derecho en relación a los intereses difusos, Filippo SGUBBI propone, entre otros proce-

2. 1. 1. *El sesgo social*

Esa construcción es histórica, responde a una serie de circunstancias vinculadas con la construcción de las economías liberales y con el proyecto político de la burguesía; el tiempo y las dinámicas sociales han influido sobre ella, pero sus líneas generales revelan una obstinada persistencia: el proceso histórico de construcción de "lo criminal", de la llamada cuestión criminal, ese complejo de filosofías, discursos científicos, prácticas sociales y condiciones políticas, desplegado en torno de los conceptos de crimen y de castigo, siempre se ha orientado a considerar como su objeto sólo a cierto tipo de conducta de las clases más pobres, y para ellas ha predispuesto los castigos que entendió que eran compatibles con su condición, de acuerdo con los patrones dogmáticos del discurso jurídico y con las premisas científicas de la criminología positivista.

La orientación de un sistema penal enderezado a controlar o a reprimir solamente la criminalidad de los pobres puede deberse, por lo menos en parte, a las influencias recibidas por parte de las representaciones sociales sobre la criminalidad, pero también, de manera recíproca, influye decisivamente en la construcción de éstas, favoreciendo la suposición de que los delitos se concentran sólo en las clases más desventajadas de la sociedad.

De esta forma se generaliza la convicción de que la amenaza criminal sólo proviene de las clases pobres, y por lo tanto sólo puede ser percibida como un acto criminal el que está signado por la violencia explícita y rotunda del delito convencional²²⁷, mientras que la violencia simbólica o sutil de los negocios y de

dimientos, que "confrontar el derecho penal vigente con los intereses de gran relevancia social pero antagonistas respecto de determinados mecanismos de formación y de estabilización del poder económico-político, significa también descubrir y denunciar 'situaciones de inmunidad'. Significa, esto es, descubrir y denunciar formas de exención de la pena, de las cuales usufructúan ciertos comportamientos, a pesar de su sustancial 'dañosidad social': precisamente aquellos comportamientos (...) que, ligados estrechamente a la tarea de obtención y de apropiación de la ganancia privada, o sea ligados a las actividades característicamente propias de ciertos grupos (clases) capaces de influir decisivamente sobre el ordenamiento de la estructura penal, tienden a escapar de todo proceso de 'definición' criminal" (SGUBBI, *La tutela penale di "interessi difusi"*, cit., ps. 443-444).

²²⁷ Además, ejecutado en clave individual.

las corporaciones es desplazada a terrenos no alcanzados por ese estigma.

Una breve reseña de los perfiles que históricamente ha presentado el sistema de justicia penal occidental ayudará a situar el tema.

Los sistemas estatales de castigo siempre se han dirigido hacia la ilegalidad de los individuos dotados de menor poder o situados en las zonas periféricas de la sociedad. Su impacto se produce sobre los sectores más desprovistos de recursos sociales y más vulnerables a los procesos de criminalización, entre otras cosas por su mayor grado de exposición social y la mayor visibilidad de sus conductas.

Pero estas características no se limitan a los grupos sociales así señalados, sino que se extienden a la configuración clara, simple, visible y socialmente expuesta de los hechos que les pueden ser atribuidos o que se encuentran a su alcance, lo que los convierte en hipótesis muy sencillamente definibles en términos jurídicos, lo que facilita tanto la prohibición penal de esos delitos como la estigmatización de sus autores. De esta manera se conforman como criminales los hechos irregulares provenientes de los sectores de menor peso social, que son los que vienen a conformar el núcleo del derecho penal tradicional, esto es, los delitos convencionales.

Se trata, por otra parte, de los delitos que de manera más inmediata impresionan la sensibilidad de los grupos hegemónicos de las sociedades europeas de la época de construcción del derecho penal moderno, que abarca desde la Ilustración hasta todo el siglo XIX. Son episodios en los que la violencia parece ser el común denominador.

Si por una parte la violencia resume claramente todos los delitos contra la vida y la integridad corporal, también lo hace respecto de los delitos contra la propiedad, cuya criminalización, en su mayor parte, proviene del hecho de constituir un recurso prohibido a modos formalmente violentos o agresivos de apropiación. Entre esos modos debe incluirse la clandestinidad y algunas formas de fraude, en razón del poder generalmente coercitivo e insidioso del engaño. Otras formas de delito que se remontan a esa fase originaria de la construcción histórica del derecho penal son los delitos contra el Estado o contra las formas de dominación burocrática que son propias del Estado racionalista.

Son razones históricas las que determinan la centralidad de estos delitos dentro del catálogo habitual de los códigos penales.

Por una parte, debe relevarse el paulatino incremento de la sensibilidad humana frente a formas de comportamiento que denotan o bien violencia o bien la exposición pública de aspectos corporales, íntimos o sangrientos, etc. Estos cambios, sucedidos en el transcurso de los siglos que van desde la temprana Edad Media hasta después de la Ilustración, alimentan el rechazo y la represión de una serie de actos y de relaciones antiguamente considerados normales o naturales, propios de las relaciones humanas o de la defensa del honor, o simplemente adecuados a las circunstancias propias de sociedades con un alto componente bélico, en los que la vida y sus circunstancias se encontraban sometidas a incesantes altibajos y al riesgo cotidiano de la enfermedad, los enfrentamientos personales, las guerras y la muerte²²⁸.

Luego debe computarse la excepcional importancia que asume la defensa de la propiedad, y especialmente de la propiedad mueble, las materias primas y las mercancías, en la fase fundamental de la formación de las modernas sociedades capitalistas. En ellas, al inicial y elemental ilegalismo de los bienes, especialmente peligroso para los procesos económicos que constituyeron la base del poder social de la burguesía, que es reprimido con severidad, lo acompaña un más difuso ilegalismo de los derechos, que no por nada quedó como una porción reservada a las transgresiones de la burguesía, sujeta a procedimientos y leyes de mayor benignidad²²⁹.

Por último, en esta enumeración que no pretende exhaustividad debe señalarse el proceso de formación de los estados nacionales y su paulatina transformación en monarquías constitucionales y en Estados de derecho, que determinó la necesidad de proteger el nuevo principio de autoridad; éste, al no residir ya más en la persona mítica del soberano, sino al expresarse en los cuerpos burocráticos e impersonales que conforman la administración pública, terminó desplazando al viejo concepto de crimen de lesa majestad²³⁰ por la racionalización que le provee un

228 Sobre el argumento, ELIAS, Norbert, *El proceso de la civilización*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1993; SPIERENBURG, Pieter, *The spectacle of suffering. Executions and the evolution of repression: from a preindustrial metropolis to the European experience*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984.

229 FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, Ed. Siglo XXI, Madrid 1978, p. 91.

230 BARATTA, Alessandro, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal*, en "Poder y Control", n° 0, Barcelona, 1986, p. 77.

meticuloso catálogo de delitos contra los poderes de administración y gobierno.

En el arco de tiempo que va desde los momentos iniciales de la construcción del sistema, en la Ilustración, hasta las últimas décadas del siglo XIX, hay algunas características más o menos constantes: se trata de hechos de gran exposición y relativamente simples, y provienen de sectores sociales vulnerables cuyas relaciones y actividades suelen carecer casi por completo de privacidad, los que los expone sobremedida a los controles policiales.

Los hechos que denotan violencia son extremadamente visibles, sea que constituyan atentados personales o formas de sustracción de bienes, y por lo tanto la posibilidad de verificarlos empíricamente es grande, tanto como es simple la técnica empleada para describirlos en un tipo penal. Lo mismo puede decirse de los delitos contra los derechos de propiedad que, aunque ejecutados bajo modalidades engañosas, se despliegan en el contexto de relaciones patrimoniales por lo general de baja complejidad y, por lo tanto, pueden ser regularmente detectados y aprehendidos por las formas incipientes de estafas y defraudaciones que se desarrollaron inicialmente en el derecho penal. Los delitos contra los poderes de la administración pública no escapan a esa regla, puesto que de ordinario están previstos como acciones simples de desobediencias o agresiones a cargo de los particulares en el marco de relaciones bastante sencillas con el poder administrador.

Este itinerario denota un perfil claramente marcado en la concepción de un derecho penal que, tanto por la composición y estructura de los tipos prohibitivos como por el desarrollo de las categorías que definen sus presupuestos fundamentales, sólo puede ser aplicado a conductas de muy bajo nivel de complejidad, generalmente violentas y socialmente expuestas, y sólo atribuibles a los sectores socialmente más vulnerables.

Ninguna complicación hay en este panorama que vaya más allá de eventuales y contingentes dificultades para el ejercicio de los poderes de la jurisdicción: a veces, algún delito no es detectado, algún autor no es individualizado, algún imputado no es condenado, lo que no escapa a las reglas habituales de selectividad de un programa de criminalización que, como el sistema penal, no puede abarcar ni ocuparse de todos los casos que suceden, y para el que la llamada cifra oscura representa un parámetro de relativa eficiencia antes que de ineficiencia.

Sólo recientemente y a regañadientes ha aceptado, de manera limitada y siempre sometida a frecuentes cortapisas, abar-

car los comportamientos o los procesos sociales pertenecientes o dirigidos por los sectores dominantes, respecto de los cuales no concurren los elementos de sencillez, visibilidad y exposición que se han señalado²³¹. Esta orientación marcadamente sesgada del problema criminal otorga una doble protección a este último sector, ya que mientras lo protege de las conductas marginales que genéricamente pueden agredirlo, también excluye sus propias desviaciones del ámbito criminal.

Esa exclusión no es simple impunidad eventual; puede en cambio conjugarse como protección o, mejor aún, como inmunidad, en el sentido preciso de constituir no una situación contingente o más o menos azarosa de salvaguarda, sino el resultado de relaciones y de procesos permanentes.

2. 1. 2. *El sesgo individual*

Pero también juega un elemento esencial para la visibilidad y a la vez para la sencillez de las conductas que fueron el objeto de la represión en la fase central del desarrollo del derecho penal: todos estos delitos pueden reconducirse básicamente a un acto individual, sea porque son cometidos por individuos solitarios, sea porque las formas de asociación de las que provienen son relativamente sencillas, de tal modo que pueden ser abarcadas por las reglas comunes de la participación criminal o por ciertas formas asociativas primarias, como la asociación ilícita, la confabulación o la *conspiracy* del derecho anglosajón²³².

El derecho penal se ha construido sobre una base estrictamente individual, y de allí la persistente incomodidad dogmática que hemos examinado en punto a las propuestas tendientes a la penalización de los sujetos colectivos. Las formas asociativas que puede contemplar se reducen a la prohibición de las formas de organización de asociaciones informales creadas para propósitos prohibidos, y a las formas de adhesión o de integración a esos

²³¹ Sin que estas diferencias autoricen a pensar que las protecciones de que gozan se deban tan sólo a la complejidad, privacidad y reserva de sus comportamientos.

²³² Sobre estas figuras asociativas y algunos trazos de su evolución histórica, BUNGE CAMPOS, *Problemática de los delitos asociativos*, cit., ps. 121 y siguientes.

grupos, cuya existencia depende, de manera estrecha, de la presencia de los miembros que les han dado vida. Una vez detectados los miembros e incapacitados a través de la sanción penal, la asociación como tal desaparece y el derecho carece de interés en imponer otras consecuencias que las destinadas a los individuos.

Pero esta visión depende estrechamente de la naturaleza y especialmente del rol jugado por las asociaciones en la historia o de las corporaciones comerciales e industriales en la actualidad, que en modo alguno permiten colocarlas en la condición mencionada, esto es, que desaparecidos sus miembros (o neutralizados penalmente), la agrupación también desaparece. Y por lo tanto, como la estructura y la actividad de las personas jurídicas permanecen, representan un problema que el derecho debe resolver.

El problema de la reconducción a la unidad de una agrupación consistente en una pluralidad es, antes que jurídico, un problema más bien político, social y cultural. La historia está llena de ejemplos de esta dualidad entre pluralidad y unidad, en la que se juegan la permanencia y el carácter del sujeto de derecho.

La idea de *universitas*, proveniente del derecho romano, permite bajo la idea de una ficción reconocer la existencia de un sujeto de derecho reconducible a una pluralidad de integrantes pero que no se identifica con ellos. Aunque se trata del más ilustre antecedente de una persona colectiva en el ámbito del derecho privado, en la esfera del derecho público el pueblo romano también era, de alguna manera, una unidad, expresada a través de la existencia de cosas comunes y de la presencia de un derecho compartido²³³. De allí el concepto de cosa pública (*res publica*), que es lo que pertenece al pueblo y constituye el concepto sobre el que se da vida a una nación como una unidad política, a pesar de la pluralidad de sus miembros y de los intereses de cada uno de éstos. Es del derecho romano, cuyo estudio renace hacia fines de la Edad Media²³⁴, de donde precisa-

²³³ Un pueblo, según CICERÓN, es algo más que un conjunto de hombres reunidos de cualquier manera, sino el conjunto de una multitud asociada por un mismo derecho (CICERÓN, M. Tulio, *Sobre la República*, Ed. Gredos, Madrid, 1984, t. I-24, p. 62). Un análisis de las relaciones entre la pluralidad y la unidad, bajo el principio de la representación política, en SIMONETTI, *El fin de la inocencia*, cit., ps. 193 y siguientes.

²³⁴ Véase, en relación a la evolución del derecho y a la subyacencia y ulterior reaparición del derecho romano, TIGER, Michael y LEVY, Madelaine, *El derecho y el ascenso del capitalismo*, Ed. Siglo XXI, México, 1981.

mente DE SAVIGNY recoge y desarrolla la teoría de la ficción que hemos mencionado más arriba.

Pero en el interín numerosas formaciones colectivas actuaron con fuerza y persistencia en las dinámicas sociales y políticas. Tanto las iglesias locales como la Iglesia Católica constituyeron una preocupación de primer orden en el desarrollo del derecho y en la percepción habitual sobre la configuración de unas universalidades que no dependían directamente de la presencia o de la propia vida de sus miembros y que tenían una existencia y unos derechos que preexistían y persistían frente a cualquier acontecimiento secular: el problema de la distribución del poder entre el poder temporal y el religioso encuentra aquí uno de sus lugares. En este marco, fueron particularmente los canonistas y los posglosadores los que se encargaron de desarrollar la teoría de la personalidad jurídica de la iglesia y de las corporaciones, generalmente sobre la base de una ficción²³⁵.

El caso de las iglesias locales que se instalaban en los señoríos medievales bajo la protección temporal ofrece un ejemplo interesante acerca de cómo, de manera paulatina, su propia existencia, la propiedad sobre la tierra que ocupaban —que originalmente había sido cedida por el señor territorial—, y sus mismos derechos patrimoniales se independizaron del señorío; y de esta manera pasaron a ser atribuidos ficticiamente al santo bajo cuyo patronazgo y denominación se había erigido la capilla. Estas cuestiones provocaron lentas modificaciones en la visión común y sobre todo jurídica que se desplegaba sobre la titularidad de los derechos y en consecuencia sobre la personalidad de su pretensio titular, que finalmente culminó en su adscripción a entes inmateriales, distintos de los fieles de la congregación o del párroco o sacerdote a cuyo cargo ésta se encontraba.

Un proceso similar se registra en torno a los derechos de las ciudades en la Edad Media, que principalmente a través de los derechos de acción del monarca para la recolección de las multas y de los impuestos fueron reconocidas como sujetos de derecho, sobre todo como sujetos pasivos de la acción del Rey, de otros señores o de los acreedores. Por lo demás, las ciudades, a veces bajo los privilegios de cartas o estatutos concedidos

²³⁵ BACIGALUPO, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, citado.

o reconocidos por los soberanos, fueron lentamente adquiriendo el derecho de cobrar ciertos peajes o derechos de tránsito y de conceder franquicias o licencias, que podían ser contendidas en juicio.

Una de las personas ideales de mayor trascendencia, especialmente ligada a la formación de las grandes monarquías nacionales territoriales, fue la Corona, a través de la doctrina de los dos cuerpos del Rey²³⁶: uno era el cuerpo físico del Rey como persona natural y el otro el cuerpo impersonal en el que residían los derechos permanentes e invulnerables de la Corona, que aunque requería un sustrato físico en la persona del Rey no se identificaba con él, del que podía ser separado. Este problema fue, con todo, más sencillo que el de la reconducción de la pluralidad a una unidad, puesto que aquí se trataba de dos unidades que debían distinguirse: la persona física del Rey y la personalidad abstracta de la Corona.

La distinción de la Corona respecto de la persona física que contingentemente revestía el carácter de Rey²³⁷ fue a todas luces importante en el desarrollo de una teoría del Estado, concebido como un ente permanente e inmortal, titular a su vez de unos derechos y de unos poderes que no eran propiedad patrimonial del Rey como individuo. El desarrollo del concepto del Estado como una universalidad separada del patrimonio personal del soberano fue la condición del desarrollo del derecho público moderno de la formación de los cuerpos burocráticos profesionales que integran la maquinaria permanente de un gobierno²³⁸.

En el ámbito privado, las corporaciones como sujetos de derecho reconocen remoto origen en los *trusts*, una especie de intermediarios a quienes, en el derecho inglés²³⁹, eran traspasados los bienes de los propietarios de las tierras con el objeto de

²³⁶ Véase, sobre todo, KANTOROWICZ, Ernsts, *Los dos cuerpos del Rey, un estudio de teología política medieval*, Ed. Alianza, Madrid, 1985. También, COLEMAN, James S., *Power and the structure of society*, citado.

²³⁷ En el derecho británico, fue la doctrina de la *corporation sole*.

²³⁸ ELIAS, *El proceso de la civilización*, citado.

²³⁹ Según COLEMAN (*Power and the structure of society*, cit., p. 43), se trata de una institución proveniente de los mercaderes lombardos, que sufrían ciertas restricciones para la expresión de su voluntad testamentaria.

eludir las restricciones provenientes del derecho de la primogenitura y de evitar el pago de las elevadas tasas del impuesto a la herencia. El *trustee* era una corporación que se encontraba ligada a una serie de estipulaciones que determinaban el destino de los bienes confiados más allá de la muerte del propietario original, pero que a su vez no podía morir dado que era una personalidad jurídica distinta de la de sus componentes accidentales, que podían ser reemplazados.

Ése parece haber sido el origen remoto de las corporaciones que, en el derecho inglés que precedió en parte a similares desarrollos del derecho continental europeo, permitieron la reunión de personas y la confluencia de medios económicos con propósitos determinados que, de esta manera, no requerían de una carta o de un estatuto concedido por el Estado central, generalmente sujetos a condiciones o a limitaciones; el reconocimiento de su personalidad se remitía ahora al derecho común²⁴⁰. Esta doble condición les permitía tanto evitar las restricciones que acompañaban al reconocimiento por parte del Estado bajo concesiones especiales, como adquirir una protección legal suficiente a través de las instituciones jurídicas corrientes.

La evolución ulterior hacia las modernas corporaciones por acciones, que posibilitaron y canalizaron la impresionante e ilimitada reunión de los medios económicos y tecnológicos capaces de afrontar empresas de largo alcance y de enorme magnitud, no ofrece mayores dificultades. Pero lo que sí interesa es el rol social y político que parece haber revestido este tipo de corporaciones, en el vacío dejado por el crecimiento del individualismo que caracterizó los cambios sociales y políticos de la modernidad.

Durante la Edad Media el hombre no existía como individuo: la noción de tal es producto de la confluencia de una serie de factores sociales y económicos y de discursos que tendían a liberarlo de las ataduras estamentales del medioevo. Entretejido en ellas, el hombre existía en tanto miembro de un grupo que lo excedía y su destino social estaba ligado a la existencia del grupo y a los acontecimientos que ese grupo sufriría: quien nacía labriego no abandonaría jamás esa condición, y esa pertenencia

²⁴⁰ Su empleo no se limitó al comercio; fueron, además, empleados por grupos religiosos no conformistas y puritanos para proteger sus propias congregaciones y su patrimonio.

se repetía en todos los estamentos y en los estatutos locales: de esta manera, la aldea, la familia, el gremio, la iglesia, las órdenes de artesanos y otras corporaciones suministraban la base de la trama social de una sociedad fuertemente jerarquizada y estructuralmente rígida. La identidad de la persona dependía de una pertenencia colectiva que lo acompañaría durante toda su existencia, y ésta se desplegaría a través de una trama de relaciones, de obligaciones y de protecciones recíprocas que ostentaban el aval de una tradición ancestral y de un derecho radicado en la costumbre.

El liberalismo, denominación que de alguna manera resume una gran parte de las ideas políticas que inspiraron la modernidad, constituyó un vasto cuerpo de doctrinas que pretendía liberar a los hombres de las ataduras estamentales y así constituirlos en individuos²⁴¹. De esta manera se explica la clásica y rápida decadencia de los cuerpos intermedios que existían en el Medievo, entre el soberano y los súbditos. Los nuevos sujetos de la política son, en cambio, el Estado y los ciudadanos, y éstos son instituidos como tales por el derecho, a partir de una concepción atomística del individuo. En el medio no hay ni debe haber nada. La familia, que no puede desaparecer, ha perdido la importancia que tenía en el orden tradicional, al desaparecer su rol económico y reducirse a la esfera de las relaciones íntimas y de reproducción; y la comunidad, con sus lazos estrechos e íntimos, cede el paso a una sociedad regida por vínculos impersonales entre los individuos.

De esta forma, según COLEMAN²⁴², fue un movimiento de pinzas, impulsado desde arriba por el incremento y por la centralización de los poderes de la monarquía, y desde abajo por el creciente protagonismo del hombre devenido en individuo, y de éste en ciudadano, los que determinaron la decadencia de los cuerpos intermedios del modelo anterior.

²⁴¹ En general, sobre estos temas MACPHERSON, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo*, Ed. Fontanella, Barcelona, 1979, y *La democracia liberal y su época*, Ed. Alianza, Madrid, 1987. También, en el marco de las transiciones históricas sufridas por las ideas-elemento de la sociología (comunidad y sociedad, autoridad y poder, estatus y clase, sagrado y profano, junto con el concepto de alienación), véanse los reflejos del liberalismo y del individualismo y la reacción conservadora contra ellos, en NISBET, Robert, *La formación del pensamiento sociológico*, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1990.

²⁴² COLEMAN, James S., *Power and the structure of society*, citado.

Ello determina dos situaciones confluyentes. La primera consiste en la nueva realidad del hombre, ahora convertido en un individuo social y absolutamente libre para la persecución de su interés personal, generalmente entendido en clave económico-racional bajo los principios de la economía de mercado. El hombre se libera de las constricciones estamentales y morales de la antigüedad, para enfrentar la búsqueda de su propio interés sin mayores limitaciones que las del interés general, bajo las reglas de un derecho previsible.

La segunda es el desarrollo paulatino de las corporaciones que, lentamente primero e inconteniblemente después, toman el lugar de las antiguas entidades intermedias del Medioevo. Pero, a diferencia de éstas, que contenían a sus miembros en tanto tales, las que caracterizan la economía moderna sólo encierran lo que sus propietarios han invertido en ellas: contienen y desarrollan sólo recursos económicos y tecnológicos y se encuentran sometidas tan sólo a los propósitos artificiales que justificaron su creación.

Por lo tanto, al sustituir a las antiguas corporaciones intermedias, las corporaciones comerciales e industriales también se liberan de las ataduras tradicionales que les habrían impuesto destinos sociales y ámbitos de actuación rígidamente establecidos y, en cambio, se encuentran liberadas para la persecución de sus propósitos en la obtención y multiplicación de la riqueza, a través del ejercicio irrestricto de nuevos derechos de acción en el ámbito de la economía.

De esta forma, sugiere COLEMAN, existe un juego paralelo pero asincrónico en las respectivas evoluciones del individuo y de las corporaciones, pero ambas son homólogas en la liberación de las viejas ataduras: la invención del individuo y el logro de nuevas capacidades para actuar libremente en la economía es cronológicamente anterior a la evolución similar que experimentaron las corporaciones comerciales e industriales.

Esta sugestiva interpretación histórica podría explicar, de alguna manera, que la construcción de las relaciones jurídicas haya podido aprehender de manera más estricta a la conducta individual, por haber sido no sólo anterior en el tiempo sino también prioritaria en la concepción de un orden social fundado en la presencia y la primacía del individuo; y que al hacerlo bajo estos condicionamientos haya desarrollado un sistema de presupuestos jurídicos destinado a regular la conducta individual que, finalmente, exhibe las incomodidades y las debilida-

des que se han examinado cuando de controlar el comportamiento de los actores corporativos de la economía se trata.

De todas maneras, lo que es innegable es que la construcción del problema criminal, expresado tanto en las representaciones sociales generales como en la estructura de los instrumentos del derecho, sufre la doble distorsión de la pertenencia social de los sujetos del derecho penal y de la construcción individual de los conflictos. Y que esa doble distorsión afecta de manera notoria las metodologías con las que las disciplinas pertinentes —el derecho y la criminología— intentan enfrentar los problemas de su ámbito.

2. 2. El problema metodológico de las inmunidades

El examen de las relaciones y de los procesos que generan ámbitos de protección o descentralización respecto de la actividad criminalizadora del Estado requiere la dislocación de los dos límites formales tradicionales del análisis criminológico —uno jurídico: la previsión legal de un hecho como delito; y otro sociológico: la percepción social de un hecho como delito—, y ello permitirá, como veremos más adelante, identificar como uno de los núcleos más significativos de la existencia del delito de cuello blanco como problema a resolver, más allá de su denominación o de su definición, al de las inmunidades que enmarcan el fenómeno o rodean a su autor.

De esta forma, la ausencia de previsiones legales o su insuficiencia técnica, la ineficacia y la ambivalencia de los mecanismos institucionales predispuestos para su control, y ciertas particularidades vinculadas a la visibilidad social y a la ambigua reprobación general que despierta el fenómeno estudiado se corresponden, más que con los efectos externos del delito de cuello blanco, con sus notas distintivas más precisas²⁴³, puesto que provienen de la particular relación que con la ley tienen los fenómenos que estamos estudiando.

Esta afirmación obedece a una diversa manera de considerar los problemas clásicos de la denominación y de la definición del objeto: esta visión es la que prescinde o va más allá del dato de la definición legal.

²⁴³ LASCOUMES y WEINBERGER, *Delinquenza di affaristi e problemi d'affari*, cit., ps. 63-97.

Por supuesto que este enfoque no suscitaría la aprobación de Paul TAPPAN, cuya crítica al criterio legalista de SUTHERLAND, por el solo y simple hecho de comprender también leyes penales en su definición del delito, hemos ya examinado; ni la crítica opuesta pero concurrente de Ernest BURGESS, por considerar que la definición de SUTHERLAND no toma suficientemente en cuenta la percepción social del delito de cuello blanco, al que generalmente excluye de toda connotación criminal; ni finalmente la de la mayoría de los teóricos del delito de cuello blanco, especialmente aquellos que desplegaron sus trabajos en el marco de la sociología de la desviación de raíz estadounidense y que se vieron enredados en improductivas e interminables discusiones sobre la definición, el objeto definido y sus fronteras conceptuales.

Entendemos que es imprescindible traspasar los límites formales. Un solo dato basta por ahora para sostener la necesidad de examinar esta tesis: es precisamente ese límite formal el que se cuestiona cuando se habla de las lagunas de la legislación o de su insuficiencia para aprehender cierta conducta considerada nociva o de los resquicios que ofrece para impedir que en los hechos una conducta teóricamente criminalizada sea efectivamente objeto de sanción penal.

El problema de los límites se presenta cuando se supone que la inmunidad aparece sólo como la consecuencia de que la naturaleza de los hechos los hace impropios o inadecuados para su penalización efectiva, y, en una segunda secuencia, que la inmunidad concreta deriva directamente de las deficiencias y las lagunas de una ley construida en el marco de esas limitaciones.

Esta forma de ver las cosas es el efecto natural de una concepción que ata la existencia, los caracteres empíricos y la propia delimitación conceptual de un objeto en esencia reacio a toda definición o a todo rígido acotamiento, por tratarse de un hecho social, al dato formal de la definición legal; y al atar la realidad a un formalismo, esa concepción atribuye a la fenomenología de los hechos unas consecuencias que no derivan de ella, sino que provienen del tratamiento que la ley y la sociedad han otorgado a ese tipo de fenómenos.

Ello constituye un razonamiento no mucho más razonable que aquel que en el viejo positivismo biologista predicaba al delito como un hecho natural, comprobable empíricamente como un resultado de un curso perverso de las leyes de la naturaleza, pero que a la vez lo vinculaba a los catálogos legales de delitos, y por lo tanto atribuía las consecuencias sociales que provenían

de la prohibición legal a las peculiaridades patológicas que decía haber encontrado en los comportamientos y en los sujetos que la ley había previamente seleccionado.

Nos parece entonces que una mejor manera de ver las cosas es la que prescinde de ese planteo metodológico. Y ello permite explorar una visión opuesta, vinculada a la formas en las que una sociedad elabora la cuestión criminal, que es uno de los modos a través de los cuales se construye el género de relaciones que le dan identidad y persistencia. La definición del crimen suele ser el modo más directo de definir el orden que, en principio, es la ausencia de crimen pero que en ocasiones sólo por el crimen revela su existencia.

El orden, por consistir en el género de relaciones que se despliegan dentro de un ámbito material signado por la libertad, y como ésta es inabarcable, es refractario a toda definición *a priori*. Su caracterización se limita a la descripción de las formas sociales dominantes, pero no se adapta fácilmente a una reglamentación constitutiva ni requiere de definición expresa. En cambio, son las formas que asume, o a través de las que se prohíbe el desorden, las que deben ser definidas de forma particularizada porque, además, es a través de esta definición que, por contraste, se constituye y define el orden²⁴⁴.

²⁴⁴ PASUKANIS lo ha dicho con claridad: "La no sumisión a la norma, la violación de la norma, la ruptura de la normalidad de las relaciones y el conflicto que resulta de ello constituye el punto de partida y el contenido principal de la legislación arcaica. La normalidad, por el contrario, no es definida como tal: únicamente existe. La necesidad de fijar y de determinar de manera precisa la extensión y el contenido de los derechos y deberes recíprocos no surge sino donde ha desaparecido la coexistencia pacífica. Según este punto de vista lleva razón Bentham al decir que la ley crea el derecho al crear el delito. La relación jurídica adquiere históricamente su carácter específico sobre todo en relación con la violación del derecho. El concepto de robo es definido mucho antes que el concepto de propiedad. Las relaciones que derivan del préstamo son definidas en el caso de que el deudor no quiera reembolsar el préstamo..." (PASUKANIS, Evgeni, *Teoría general del derecho y marxismo*, Ed. Labor Universitaria, Barcelona, 1976, p. 143). En el mismo sentido aunque bajo distintos presupuestos teóricos se expresa José M. SIMONETTI: "Es imposible definir el crimen sin delimitar previamente el orden que, en apariencia, sería la ausencia de crimen. Lo paradójico es que el orden se hace evidente sólo a partir de la presencia del crimen" (SIMONETTI, *El ocaso de la virtud*, cit., p. 67).

Entonces, la cuestión de las inmunidades, que en los análisis criminológicos habituales aparece como un problema si se quiere provincial, pertinente sólo a la problemática técnica de una serie de figuras delictivas que con el tiempo han logrado obtener un cierto reconocimiento social y abrir una pequeña brecha para el castigo de algunos de los efectos nocivos de los comportamientos de los sectores dominantes, pertenece en realidad a un campo discursivo mucho más grande y significativo, que es el de la construcción política del orden social. El llamado orden económico representa una parte de ese orden, pero no es, con mucho, el único campo al que estos problemas atañen.

Por lo tanto, las razones que —en cualquiera de los niveles de los procesos de criminalización o en el ámbito de las representaciones sociales sobre el crimen— determinan que el delito de cuello blanco escape con relativa facilidad a la persecución penal no constituyen una variable independiente de este fenómeno.

Por el contrario, estas razones son dependientes de la vinculación funcional que los comportamientos que se han criminalizado con el nombre de delito de cuello blanco mantienen con la estructura general de la sociedad en la que se manifiestan.

Si este planteo es correcto, derivarán de él dos proposiciones importantes.

La primera es que el límite formal del orden jurídico no es indicativo del alcance o de las características del objeto, cuya definición no depende entonces del proceso primario de sujeción a la criminalización y que, en consecuencia, un análisis no superficial del problema debe por fuerza traspasar ese límite legal.

La segunda es que siendo el estudio del delito de cuello blanco una vía de acceso al estudio de la sociedad en la que se produce, sólo una concepción que lo independice de los límites escuetos de los códigos penales podrá arribar a conclusiones válidas sobre el orden general sobre el que se asienta, al que formalmente ataca y al que, finalmente, pertenece.

2. 3. Selectividad y excepciones

El cambio en la orientación metodológica impone examinar tres tipos de consecuencias.

a) La primera consecuencia consiste en que la criminalización de las actividades ilícitas en el área de la economía debería

ser examinada a la luz de una excepción a la inmunidad estructural que las cubre de manera genérica. En este punto presenta la necesidad de distinguir la cuestión de la inmunidad del problema de la selectividad.

Como ya nadie discute²⁴⁵, los sistemas penales son estructuralmente selectivos, esto es, a la vez que seleccionan los tipos de conducta que deciden criminalizar en abstracto, eligen a las personas que son criminalizadas en concreto, y todo ello sobre la base de criterios que son arbitrarios o contingentes, muchas veces producto –por lo menos en el nivel de la criminalización secundaria– del manejo desafortunado de las reglas de interacción comunicativa o del empleo de códigos ocultos que rigen la actuación funcional de los policías y de los jueces conforme a ciertos estereotipos o a determinadas necesidades burocráticas o administrativas²⁴⁶.

La selectividad del sistema opera sobre la base de reglas que no son las propias del postulado cívico de la aplicación igualitaria y equitativa de las leyes protectoras de los derechos y de los bienes de la generalidad de la población, sin distinciones particulares o fundados en conflictos de intereses²⁴⁷. El problema de la cifra negra, ya afrontado en relación a los delitos de cuello blanco²⁴⁸, suele proporcionar la demostración práctica de la brecha existente entre la criminalidad real y la criminalidad detectada, y mucho más grande es aún si se la confronta con la criminalidad efectivamente sancionada.

Pero si el razonamiento se extiende en demasía, entonces el fenómeno de la inmunidad de los delitos de cuello blanco podría

²⁴⁵ Sobre el tema de la selectividad, pueden consultarse PAVARINI, Massimo, *Control y dominación*, cit.; BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*, Ed. Siglo XXI, México, 1986, ps. 101 y ss.; desde el derecho penal mismo, ZAFFARONI, SLOKAR y ALAGIA, *Derecho penal. Parte general*, cit., 2000, ps. 7 y siguientes.

²⁴⁶ Véase TAYLOR, WALTON y YOUNG, *La nueva criminología: contribución a una teoría social de la conducta desviada*, cit., ps. 209 y siguientes.

²⁴⁷ De esta manera, BARATTA sostiene que se vulneran algunos de los principios que componen la ideología de la defensa social, que son los de igualdad y del interés social (BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica*, cit., ps. 37; 101 y ss., y 120 y siguientes).

²⁴⁸ Capítulo III.

reducirse a los normales efectos de la selectividad, como característica propia y genérica de los sistemas penales en general. Pero aquí ya no habría nada nuevo para decir. En cambio, existen diferencias notables.

Una primera diferencia es cuantitativa: la selectividad es incomparablemente mayor en el área de los delitos no convencionales, hasta el punto en que la detección y la condena de un delincuente económico es una verdadera excepción estadística.

Una segunda diferencia atiende a la mecánica de escape de la represión. En el área de los delitos convencionales ésta es contingente: son razones o circunstancias accidentales o a veces conectadas con la mayor o menor habilidad o la fortuna del autor las que le permiten evitar el procesamiento y la condena.

En cambio, en el área de los delitos económicos la impunidad se convierte en inmunidad, lo que tiene características estructurales ya que otorga una protección más bien permanente que no está ligada a la contingente habilidad o a la fortuna del criminal, y que va más allá de la mera calidad y posición social de las personas o del valor y el aprecio de sus propias actividades²⁴⁹, sino que sustancialmente se debe a que las prácticas ilícitas en el área de la economía suelen articularse de modo continuo con el resto de las actividades económicas formalmente lícitas.

Esa vinculación entre prácticas lícitas e ilícitas es permanente y se despliega de una manera que impide establecer una distinción neta entre ambos mundos: prácticas comerciales o industriales habituales pasan a ser ilícitas por razones variadas que provienen de la propia dinámica económica y política o de sus propias transiciones, y el ciclo se suele repetir a la inversa.

Pero, por sobre todo, lo que señala la estrechez de la vinculación entre ambas esferas es que generalmente coexisten las primeras con las segundas, vinculándose de un modo inextrica-

²⁴⁹ Es diferente la estrategia de defensa de un criminal convencional en relación con la de un empresario que viola la ley. El primero debe ocultar su identidad, puesto que el carácter delictivo de su hecho es evidente. El segundo debe ocultar la naturaleza delictiva o socialmente dañosa de las actividades de su empresa, puesto que generalmente su identidad es notoria. Para esto debe sostener que sus actos son lícitos y normales o que son los que se esperan de un empresario en esas circunstancias, y en general esto es lo que sucede: sus actos forman parte del conjunto de la economía y, aunque delictivos, se parecen a los actos lícitos y se entremezclan con éstos; su defensa es la ambigüedad, no la huida.

ble. Esto no sólo revela la confusión de ambos campos sino que también expresa la necesidad o la conveniencia, para las relaciones subyacentes al conjunto del sistema, de que aquellas prácticas prohibidas sigan desenvolviéndose.

De aquí surge la más importante objeción al concepto de orden económico, puesto que si éste debe ser pensado a partir de la ausencia del crimen, es difícil integrar a esa suposición la comprobación de que las actividades criminales en el área económica forman parte del conjunto de esa misma actividad de una manera que, tal como lo expresa RUGGIERO, "el orden económico contiene, 'ab initio', el desorden criminal"²⁵⁰.

De allí que toda sociedad, que debe por fuerza proteger el desarrollo de las actividades relacionadas con la producción y la distribución de la riqueza social, tenga que hacerse cargo también de proteger, aunque sea indirecta o subrepticamente, aquella parte de esa misma actividad que, por motivos que aquí sí parecen ser contingentes pero que no se reducen solamente a un concepto de daño social, han debido prohibirse bajo sanción penal.

De alguna manera oscura, la protección legítima conferida al conjunto de la economía trasciende a aquella parte de esta esfera que se caracteriza por el modo criminal de producir y distribuir la riqueza y que se ha confundido con el resto. Por lo tanto y por esencia, esa protección es permanente y configura una barrera más bien estable al avance de los mecanismos de control penal.

De ello deriva que el hecho de que un delincuente económico sea procesado y condenado significa que se ha abierto una brecha excepcional en un sistema que, deliberadamente o no, tiende a su defensa o a la de las utilidades o de los servicios que presta en el sistema económico real.

b) La segunda consecuencia es que la apertura de esa brecha depende menos de (del consenso sobre) las características del hecho o de la magnitud del daño social que provoca, que de la presencia de dos condiciones que en gran parte son independientes de esos factores.

La primera condición es la excesiva visibilidad que un acto o una maniobra concreta adquiere por razones particulares.

²⁵⁰ RUGGIERO, *Economie Sporche: L'impresa criminale in Europa*, cit., p. 208.

La punibilidad es así más un efecto de la sobreexposición de un hecho o de su grosería inaudita²⁵¹ que impide o hasta avergüenza que sea ocultado, que de la operación regular de los sistemas de control punitivo; la torpeza o la excesiva avidez pueden ser las que abran la puerta del proceso y la condena, cuando la índole de los hechos impide que razonablemente pueda disimularse su comisión o su naturaleza o el suceso llega a tener estado público.

En este último sentido es notoria la función que tiene y ha tenido la prensa al desnudar las coberturas otorgadas a ciertas actividades criminales, al punto de que en algunas ocasiones no sólo ha motorizado investigaciones sino que se ha convertido en aliada de los mecanismos de control²⁵².

La segunda condición consiste en la posibilidad de reconducir el hecho a un acto individual²⁵³. La claridad con la que LASCOUMES y WEINBERGER subrayan esta circunstancia aconseja transcribir la cita completa:

“... las instancias principales de control social parecen prevalentemente orientadas hacia el control de aquella delincuencia de negocios cuyos autores son claramente individualizables, esto es, aquella que es el resultado de la conducta de personas que actúan por cuenta propia. Se trata ésta de una delincuencia individual (aunque, de cuando en cuando, varias personas se unan para un fin fraudulento). La delincuencia que se funda sobre una vasta y compleja organización parece escapar completamente a la acción de los organismos de

²⁵¹ A veces manifestada tan sólo en sus efectos, como en los desastres ambientales.

²⁵² Sobre el rol de la prensa en la investigación de casos de corrupción en Francia véase RUGGIERO, *Delitti dei deboli e dei potenti*, cit., ps. 143 y ss.; sin embargo, la actuación de los medios de prensa tampoco responde al principio de protección universal, puesto que el espacio de la opinión pública está ocupado por empresas comerciales que ejercen el periodismo, más que por empresas periodísticas que ejercen el comercio; ello ha dado lugar a numerosas combinaciones entre sectores del poder político y económico con el poder que otorga la opinión, más que pública, publicada. Sobre el rol ambiguo de la prensa en una sociedad mediática, véase BOURDIEU, Pierre, *Sobre la televisión*, Ed. Anagrama, Barcelona, 1997, entre muchos otros.

²⁵³ Sus condicionamientos históricos se han intentado describir más arriba, en el capítulo IV, apartado 2. 1. 2.

control, o al menos no está sometida a los mismos criterios de regulación que la individual. Estas consideraciones de hecho nos remiten directamente a considerar como hipótesis un primer significado del control social en la materia. La reducción de todo lo que es complejo y organizado a lo individual (al empresario) parece tener la función de focalizar sobre el individuo aquella atención que de otro modo podría ser extendida, sino a toda una clase, por lo menos a sectores enteros de ésta (...) Clásicamente, las estructuras de control social tienden a reconstruir el objeto de su intervención en manera tal que presente la característica de comportamiento individual que más arriba se indicaba. Es más, ellas tienden a seleccionar su 'clientela' de manera de facilitar una tal reconstrucción. Este hecho explica por qué el control social institucionalizado se orienta con mayor facilidad hacia el empresario individual. Cuando sucede que este control se ejerce sobre las actividades criminosas de una gran empresa o que el fraude proviene de una organización vasta y compleja, el proceso de reconstrucción del objeto de la encuesta tiene una función determinante y desemboca en la individualización de algunas personas como solas responsables del ilícito producido. La 'infraestructura' de esta forma de delincuencia permanece, por lo tanto, intacta"²⁵⁴.

En efecto, dados los términos con que los sistemas punitivos, y sobre todo la dogmática penal, reconstruyen el objeto de su intervención²⁵⁵, ésta sólo puede ser desplegada sobre actos que, aunque provengan de sujetos colectivos y organizaciones de gran alcance y aunque suelen manifestarse como procesos dilatados en el tiempo, en el espacio y en su origen causal, pueden ser artificialmente reconducidos a una forma de conducta formalmente definible en un tipo ideal y atribuidos siempre a una

²⁵⁴ LASCOUTES y WEINBERGER, *Delinquenza di affaristi e problemi d'affari*, cit., p. 67.

²⁵⁵ Como segmentos parcializados de una secuencia de conducta mucho más larga, y sólo si el segmento seleccionado puede ser atribuido objetiva y subjetivamente a un individuo competente; las condiciones de esta competencia sin duda restringen la búsqueda de responsabilidades en el área de sujetos colectivos. Sobre la artificialidad del lenguaje del derecho en la reconstrucción del objeto de su acción, véase BARATTA, Alessandro, *L'esistenza e il laboratorio del diritto. A proposito dell'imputazione di responsabilità nel processo penale*, en "Dei Delitti e Delle Pene", 1, 1987, p. 37.

persona individual. Como este itinerario no puede ser fácilmente completado, en la mayoría de los casos el resultado de las investigaciones no hace sino consolidar la inmunidad concedida a estas actividades.

c) La tercera consecuencia es más bien una paradoja: en el fondo, esas excepciones a la inmunidad suelen ser funcionales a la protección concedida genéricamente al resto de las actividades económicas ilegales, con lo que el dato de la represión de algunos sujetos o de ciertos sucesos pierde su significación propia.

La reconstrucción de los hechos delictivos sólo como actos individuales cumple esa función precisa, al excluir de la mirada los episodios que por su estructura no reconocen un autor individual sino que deben atribuirse genéricamente a sujetos colectivos, a grupos de interés o a sectores de una clase social²⁵⁶ o, finalmente, a la dinámica propia de la actividad económica.

Cuando las responsabilidades han podido ser focalizadas en un autor individual, detrás de ellas suelen quedar indemnes la estructura, el sistema, el conjunto de relaciones a las que el delito económico es funcional; el autor individual es casi siempre sustituible, su supresión no altera la estructura del grupo ni la índole y la dirección de sus actividades.

Es a esta dinámica a la que obedecen los episodios de súbito retiro o pérdida de la cobertura que sufren determinados empresarios o personajes de la política, cuando por alguno de los motivos señalados el grupo que integran ya no puede ni le conviene sostenerlos²⁵⁷.

Pero, además, que un sujeto sea responsabilizado por una acción corporativa desarrollada con habitualidad por el resto de su grupo permite sostener la vigencia del principio de la regla-excepción: ha sido un individuo el que, de una manera indisciplinada o actuando con reprobables motivaciones egoístas, ha roto las reglas de juego de la economía, y su castigo, al removerlo, permite que esas reglas, sean cuales fueran, permanezcan.

²⁵⁶ Considérese el párrafo transcripto de LASCOUMES y WEINBERGER.

²⁵⁷ Véase en general ZAFFARONI, E. Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989.

3. El problema del orden económico

3. 1. Capitalismo racional e irracional

Hasta los trabajos de SUTHERLAND, la construcción social del problema criminal no había contemplado los delitos de la clase alta. Sólo a través de las sucesivas verificaciones empíricas que demostraron la difusión y la gravedad de la conducta ilegal de las corporaciones se advirtió que ellas constituían un campo no sólo digno de la atención académica y de la preocupación gubernativa, sino también un dato revolucionario en cuanto desmentía las premisas habituales de la ciencia social.

Pero la pregunta que surge es por qué la ciencia social no las había contemplado²⁵⁸ y por qué hasta mucho después de su formulación original el concepto no motorizó la preocupación de los gobiernos.

Éste es el nudo de la cuestión: poder determinar la razón por la cual se desarrolló históricamente esa visión (o más bien construcción) parcializada del universo de la desviación, que permitió conferir una significativa inmunidad a comportamientos y relaciones de obvia dañosidad social.

Quizás el principio pueda resumirse con cierta sencillez: las sociedades no están, por lo general, en condiciones de criminalizar las actividades que se encuentran en la base de sus relaciones económicas y políticas dominantes. Para hacerlo, es preciso poder diferenciar formas de comportamiento económico que son aceptables de otras que no lo son, y esto requiere pensar un orden económico en el que, por lo menos teóricamente, el crimen esté ausente.

Y para ello la distinción weberiana entre un capitalismo entendido como racionalidad, en el sentido del dominio o la extensión de un principio de moderación de la ambición, y un capitalismo entendido como pura y desmedida voluntad de lucro, constituye un buen punto de partida para el análisis, puesto que,

²⁵⁸ Y no precisamente porque constituyeran formas novedosas de comportamiento: el libro de RUGGIERO *-Economie Sporché: L'impresa criminale in Europa-* tantas veces citado proporciona variados ejemplos de conductas criminales, irregulares o abusivas vinculadas al mundo de los negocios o a las esferas de la clase alta, desde la antigüedad, lo que demuestra que este tipo de fenómenos continúa una tradición ancestral.

en principio y teóricamente, en el primero de esos conceptos no hay lugar para el crimen²⁵⁹.

Para WEBER, el capitalismo no consiste en el afán de lucro —ni obviamente en las formas contingentes en las que históricamente éste se ha expresado—, dado que se trata de un impulso que está y ha estado presente en todas las épocas y en todos los lugares de la historia. El capitalismo, en cambio, consiste en una especie de freno racionalizador de ese impulso, en un principio moderador que WEBER expresa de esta forma:

“Para nosotros, un acto de economía capitalista significa un acto que descansa en la expectativa de una ganancia debida al juego de recíprocas probabilidades de cambio; es decir, en probabilidades (formalmente) pacíficas de lucro”²⁶⁰.

Las probabilidades formalmente pacíficas de lucro hacen referencia sin duda a las condiciones en las que puede desenvolverse el juego y la trama de las relaciones económicas, de una manera en que lo que esté asegurado sea la previsibilidad. La previsibilidad comprende tanto las expectativas de ganancia provenientes de la administración técnica del emprendimiento, como las que dependen de la conducta recíproca de los demás operadores económicos, dado que no puede haber capitalismo sin mercado, que es donde se produce el intercambio. Sólo en el marco de condiciones de recíproca previsibilidad se encuentran y se desarrollan, de modo formalmente pacífico, las probabilidades de cambio sobre las que se basa la expectativa capitalista de ganancia. En la base del capitalismo se encuentra, claramente, la posibilidad de cálculo.

El párrafo es extenso, pero su claridad hace inevitable transcribirlo:

“Por tanto, en una historia universal de la cultura, y desde el punto de vista puramente económico, el problema central no es, en definitiva, el del desarrollo de la actividad capitalista (sólo cambiante en la forma), desde el tipo de capitalista aventurero y comercial, del capitalismo que especula con la guerra, la política y la administración, a las formas actuales de economía

²⁵⁹ Sobre todo este tema, en general, véase SIMONETTI, *El ocaso de la virtud*, cit., ps. 76 y siguientes.

²⁶⁰ WEBER, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, cit., p. 9.

capitalista; sino más bien el del origen del capitalismo industrial burgués con su organización racional del trabajo libre; o, en otros términos, el del origen de la burguesía occidental con sus propias características, que sin duda guarda estrecha conexión con el origen de la organización capitalista del trabajo, aun cuando, naturalmente, no es idéntica con la misma; pues antes de que se desarrollase el capitalismo occidental ya había 'burgueses', en sentido estamentario (pero obsérvese que sólo en Occidente). Ahora bien, el capitalismo moderno ha sido grandemente influenciado en su desarrollo por los avances de la técnica; su actual racionalidad hállase esencialmente condicionada por las posibilidades técnicas de realizar un cálculo exacto (...) El origen de la matemática y la mecánica no fue condicionado por intereses capitalistas, pero la aplicación técnica de los conocimientos científicos (lo decisivo para el orden de vida de nuestras masas) sí que estuvo, desde luego, condicionado por el resultado económico aspirado en Occidente precisamente por este medio; y ese resultado se debe justamente a las características del orden social occidental. Por tanto, habrá que preguntarse a qué elementos de esas características, puesto que, sin duda, todas no poseían la misma importancia. Por de pronto, cabe citar éste: la índole racional del Derecho y la administración; pues el moderno capitalismo industrial racional necesita tanto de los medios técnicos de cálculo del trabajo, como de un Derecho previsible y una administración guiada por reglas formales; sin esto, es posible un capitalismo aventurero, comercial y especulador, y toda suerte de capitalismo político, pero es imposible la industria racional privada con capital fijo y cálculo seguro. Pues bien, sólo el Occidente ha puesto a disposición de la vida económica un Derecho y una administración dotados de esta perfección formal técnico-jurídica"²⁶¹.

Se encuentran aquí las dos formas de capitalismo acuñadas por WEBER, entendidas como históricamente sucesivas, aunque obviamente pueden coincidir, han coincidido y coinciden.

Uno es el capitalismo racional, cuyos presupuestos apuntan a asegurar la posibilidad de cálculo, entre los cuales se encuentra un derecho racional y previsible, a cuyas reglas deben ajustarse los actores del mercado. La otra es el capitalismo aventurero, propio de la guerra o de la política, en el que lo que está

²⁶¹ WEBER, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, cit., ps. 15-16.

presente es el azar, el riesgo o la aventura, pero no el cálculo ni la previsión. Por supuesto se trata de tipos ideales, a los cuales los sistemas económicos diversos pueden aproximarse más o menos, o tomar en parte características de uno y en parte de otro, o entremezclarse, que es lo que sucede habitualmente.

Esto tiene consecuencias en la legalidad: el capitalismo aventurero es el que no se sujeta a reglas y por lo tanto es el que, como contraposición típico-ideal al capitalismo racional, suele constituirse en la sede o en el origen de las prácticas prohibidas o desaprobadas de un sistema económico, cuando en un sistema coexisten ambas formas de hacer economía.

Esta contraposición es la que en sentido crítico retoma PAVARINI²⁶² cuando reclama la atención sobre el hecho de que, en general, lo que la criminología ha denominado delito económico podría ser leído como la expresión de una contradicción entre el capital como inteligencia colectiva y el capital como anarquía.

Esa contradicción, que se expresa en el quebrantamiento de las reglas del juego, es un enfoque relativamente sencillo si se lo remite al esquema del liberalismo clásico, en el cual las leyes económicas eran el automático y necesario producto del funcionamiento del mercado, que proveía mecanismos también automáticos de autorregulación. En esta concepción, simple y esquemática, la desviación era fácilmente referible a la imposición de reglas perversas respecto de la distribución de la riqueza o a la distorsión de un mercado de libre competencia.

El respeto a las reglas de juego en el ámbito de esta racionalidad permite diferenciarlo del sector anárquico, que no se sujeta a las reglas y que, por eso mismo, puede ser criminalizado. En la posibilidad de dibujar estas diferencias reside la condición de la criminalización.

Para la viabilidad de esta contraposición, en el área de la criminología, se requiere que se identifique el orden económico con aquella parte del sistema de la economía que se da reglas a sí misma y las respeta, entendida aquí como una máquina autorregulada en el sentido del liberalismo más ilustre; en este sentido, las leyes que expresan las reglas de juego deben poder ser consideradas neutrales en relación a los diferentes intereses en conflicto.

²⁶² PAVARINI, *Ricerca in tema di "criminalità economica"*, cit., y *Control y dominación*, cit., p. 122.

Tanto esta contraposición como la neutralidad de las reglas de juego son hipotéticas.

Desde una perspectiva histórica no puede negarse la presencia de crimen en los llamados procesos de acumulación originaria²⁶³, y tampoco puede negarse esa presencia durante las transformaciones que siguieron hasta la consolidación de ese sistema de relaciones que se llama capitalismo racional, que bien podría no ser sino un sutil proceso de refinamiento de la violencia originaria. En todo caso, no es posible reducir las transformaciones del inicial capitalismo signado por la violencia, la especulación y la aventura a la sola aparición de un principio de moderación de la ambición, porque en todo caso si fuera posible admitir cierta transformación, en modo alguno puede predicarse su desaparición.

Una serie de elementos técnicos fundados sobre el cálculo y la organización racional del trabajo libre, pero en especial sobre el rol jugado por un derecho previsible, son los que llevaron adelante una modificación más cualitativa que cuantitativa de los primitivos perfiles del capitalismo. Pero esto no basta, se requería el control del Estado, lo que implica el control de las reglas del juego. Nadie mejor que BRAUDEL para expresarlo en palabras simples:

“El Estado moderno, que no ha construido el capitalismo sino que lo ha heredado, tal vez actúa a su favor, tal vez obstaculiza sus propósitos; a veces le permite expandirse libremente, pero

²⁶³ La piratería, la trata de esclavos, el comercio del opio sostenido por la guerra, la conquista y sometimiento de las colonias a sangre y fuego y los saqueos de las poblaciones conquistadas o colonizadas figuran entre los fenómenos más llamativos de la acumulación de capital en las primeras fases del moderno capitalismo, que se desarrolló de un modo estrechamente ligado a las aspiraciones políticas de las naciones imperiales; luego, la expropiación del salario, la explotación desmedida del trabajo de mujeres y niños y las condiciones de vida casi infrahumanas a las que fue reducida la población obrera durante el primer desarrollo de la industria constituyeron otro eslabón de una larga cadena de atrocidades, nunca del todo superadas y a veces sustituidas por otras aún peores. Se trata, en todo caso, de unas características que responden acabadamente al capitalismo que Max WEBER llama aventurero o de los fundadores, aquél que especula con la guerra y la política (WEBER, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, cit., p. 15). Sobre el proceso de acumulación originaria, véase sobre todo MARX, Carlos, *El Capital*, Ed. Metropolitanas, Buenos Aires, 1984, Secciones 7ª y 8ª.

en otros casos destruye sus recursos. El capitalismo puede triunfar sólo cuando se identifica con el Estado, cuando 'es' el Estado (...) apuntar el objetivo sobre aquello que genéricamente llamamos –empleando un término que entró muy tarde en el uso habitual– la historia de la burguesía a partir del momento en el cual ella ha sostenido el proceso capitalista, creado o usado una jerarquía que será la espina dorsal del capitalismo. Para construir sobre fundamentos sólidos su propia fortuna y su propia potencia, el capitalismo se apoya sucesiva o simultáneamente sobre el intercambio local, la usura, el comercio de larga distancia, sobre la venalidad de los cargos administrativos, sobre la tierra –inversión segura y, lo que cuenta en demasía, en condiciones de asegurar un prestigio evidente, mayor de lo que se pueda imaginar–, sobre la sociedad misma (...) creo que la tesis más bien simple y plausible que he sostenido sea más fácilmente comprensible. El crecimiento y el éxito del capitalismo requieren una serie de condiciones sociales. Requieren una cierta tranquilidad en el orden social, una cierta neutralidad, debilidad o complacencia por parte del Estado. También en Occidente existen diversos grados de condescendencia de las estructuras estatales..."²⁶⁴.

En el párrafo transcrito es evidente que el término neutralidad no está usado en el mismo sentido del que se emplea en el ámbito de la criminología para referirse a la neutralidad de las reglas de juego.

Por el contrario, el capitalismo constituye un sistema cuyas reglas de juego deben poder ser adaptadas de modo permanente a sus necesidades y a sus transformaciones, y para cuyo ajuste es necesario disponer del rol del Estado, a veces enteramente complaciente y otras vagamente reticente.

Pero es justamente en ese juego de tendencial y perpetua cooptación del Estado por parte del mercado donde termina erosionado el concepto de capitalismo racional, basado en el cálculo, y pasa a ser el capitalismo político al que aludía WEBER, porque ello supone la desaparición del concepto de Derecho previsible, una de cuyas características es la generalidad²⁶⁵.

²⁶⁴ BRAUDEL, Fernand, *La dinámica del capitalismo*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1988, ps. 65 y siguientes.

²⁶⁵ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Ed. Alianza, Madrid, 1996, p. 149 y ss. A la destrucción de la generalidad de la ley nos referiremos cuando examinemos el impacto de la corrupción.

Cuando, por el contrario, se afirma que el orden económico se da sus propias reglas y que por lo tanto es la violación de éstas la que constituye la criminalidad, lo que en realidad se afirma es la inexistencia de regla alguna, puesto que de esta forma el derecho deja de ser una imposición externa, un orden regulador, para convertirse en una serie de prácticas internas que buscan en el concepto de ley formal simplemente su legitimación externa, por el lado de la autoridad del Estado.

Esta circunstancia marca la particular relación que tiene el sistema económico con la ley o, lo que es el mismo, el mercado con el Estado. Y, de manera consecuente, que la relación existente entre las conductas de los actores del mercado y la ley no puede ser sometida a la contraposición hipotética entre dos clases de capitalismo, uno racional que tiende a imponerse y otro anárquico que va camino a su desaparición.

Y la razón es que las reglas de juego del capitalismo incluyen reglas ostensibles y reglas profundas, reglas que son públicas porque, entre otras cosas, pueden ser publicadas²⁶⁶, y otras cuya condición de existencia y su valor de eficacia consisten en la privacidad y en el ocultamiento. Y el punto más significativo es el siguiente: entre unas y otras es que se conforma la trama verdadera de las relaciones del sistema.

Por lo tanto, la invocación de un mecanismo automático de autorregulación no basta para hacer desaparecer el elemento irracional, si es que con el término irracional se quiere designar la violación de las reglas ostensibles que disciplinan el sistema capitalista. Ese elemento se encuentra presente en un subsistema de reglas distintas de las que son visibles en la superficie, pero es sobre aquéllas que transcurren (por lo menos) algunas de las corrientes profundas de la economía.

De esta manera se vuelve imprecisa la distinción entre actos lícitos y actos ilícitos, entre argucia y habilidad, entre astucias y delitos, entre abusos comerciales y defraudaciones masivas, entre capital legal y capital de origen espúreo²⁶⁷. La dificultad de

²⁶⁶ El carácter de lo público requiere que se trate de la cosa de todos, del pueblo pero, además, que pueda ser expresado en público, que es el componente de la publicidad; véase SIMONETTI, *El fin de la inocencia*, cit., ps. 199 y siguientes.

²⁶⁷ Éste es, en definitiva, el primer gran problema que enfrenta el llamado lavado de dinero, distinguir entre el capital legal y el ilegal, a partir

distinguir, tal como se expresa en el discurso habitual de la criminología, entre prácticas económicas habituales y prácticas delictivas o corruptas responde en realidad a esos orígenes remotos o no tan remotos²⁶⁸.

3. 2. La insuficiencia de los esquemas explicativos dicotómicos

Pero con esto el tema se desplaza fuera del corazón de la Criminología, entendida ésta a la manera habitual: sólo de manera forzada e irreal es posible considerar que las violaciones a las reglas del orden económico constituyen excepciones o accidentes que perturban desde el exterior un panorama signado por la armonía o por un equilibrio espontáneo.

Por el contrario, el tipo de comportamientos reales sobre los que este orden despliega su fundamento consiste en una compleja articulación de conductas legales, de conductas ambiguas y de violaciones claras de esa misma legalidad. La legalidad sólo abarca una parte, y a veces ni siquiera la más considerable, de los comportamientos de los actores económicos en el mercado.

Es de allí, aunque parezca reiterativo, que no es posible trazar el panorama de los delitos de cuello blanco y de los delitos económicos sólo a partir del dato formal de su criminalización legal, porque ello implica reducir los verdaderos problemas del objeto a las condiciones técnicas bajo las cuales es o

de la determinación de los orígenes remotos de anónimos flujos dinerarios que se integran a los de la economía legal, pero que también son anónimos; sólo en función de la identificación de los primeros pasos técnicos y/o de una consideración casi subjetiva de la cuestión –quién es el que actúa o el que realiza la primera transferencia– es posible, y siempre limitadamente, determinar los distintos colores de un dinero que, finalmente, revela siempre una misma tonalidad.

²⁶⁸ Esa ambigüedad se encuentra vinculada a una serie de dilemas de la política pública, que oscilan entre privilegiar un principio básico de la actividad empresarial que es la toma de riesgos como motor de la economía, o frenar ese motor al reducir las oportunidades de que alguien inocente pague por esos riesgos: liberar las restricciones industriales vinculadas a la protección de la salud o a los riesgos del trabajo, reconociendo ciertos niveles “aceptables” o “razonables” de contaminación o de accidentes, o reducir esos riesgos y a la vez tornar más onerosa la actuación de las compañías es sólo uno de los tantos dilemas existentes entre las prácticas aceptables y la generación de unos riesgos intolerables; conf. NELKEN, *White collar crime*, cit., p. 919.

no posible actuar la ley penal respecto de escurridizos delin-
cuentes económicos.

La ley penal constituye por lo tanto sólo una referencia que se debe trasponer: delito de cuello blanco no es sólo aquello que vulnera las reglas del juego económico y que por eso mismo se encuentra criminalizado, aunque su penalización efectiva se encuentre supeditada a aquellas dos condiciones antes referidas: la extrema visibilidad y la posibilidad de reducción de los procesos colectivos a actos individuales y distinguibles con precisión. Es sólo en este marco meramente técnico, en que el delito se concibe como una transgresión a las reglas de juego impuestas por la economía, que cobra relevancia la distinción entre el capitalismo racional y el capitalismo anárquico, este último como excepción abstractamente criminalizable respecto del orden que el primero representa.

En cambio, la conjunción entre clase alta y criminalidad, que con significativa ambigüedad señala el ámbito del delito de cuello blanco, cobra sentido sólo si la búsqueda del dato definitorio se reconduce a una visión totalizadora de la realidad y de las relaciones que ella suscribe y proscribe. Esa visión es extraña a cualquier Criminología que se aferre a un esquema dicotómico para el cual el mundo de los comportamientos puede ser dividido entre la legalidad y la ilegalidad, entre el orden y la transgresión.

Pero el esquema dicotómico, que divide la realidad en dos esferas contrapuestas, conjuntamente exhaustivas y recíprocamente excluyentes, es el que otorga a la criminología su razón de ser y el fundamento de su identidad histórica.

En efecto, ésta nunca ha podido desprenderse de una concepción del universo social dividido entre una esfera del orden, a la que recibe como un producto ya definido y acabado desde el ámbito de la política, que viene a sufrir una transgresión considerada como un acto externo e irracional. De este manera, del lado del orden queda la racionalidad, lo previsible, y del lado del transgresor el momento irracional, imprevisible, que sólo a través de las mediaciones técnicas del derecho o de la ciencia es posible anticipar²⁶⁹.

²⁶⁹ SIMONETTI, *El ocaso de la virtud*, cit.; SIMONETTI, *El fin de la inocencia*, cit.; SIMONETTI, José María y VIRGOLINI, Julio, *La criminología del año que vie-*

Ese mismo esquema es el que se emplea en el ámbito de la economía, pensada como una racionalidad²⁷⁰, esto es, como un sistema de relaciones enfrentada a un acto que rompe las reglas de previsibilidad establecidas y que, por lo tanto, agrede esa racionalidad.

En el ámbito del discurso criminológico sobre los delitos de cuello blanco, el empleo de un esquema dicotómico como el señalado requiere que el orden económico pueda pensarse como una realidad ajena al crimen, tanto en sus fundamentos originarios como en las dinámicas de su comportamiento corriente. Si este orden no es pensable sin el crimen, el esquema es falso y desaparece como fundamento eficaz de una ciencia destinada a explicar el universo social.

Efectivamente, este pensamiento se ha revelado sustancialmente falso²⁷¹: el desenvolvimiento de la economía arroja perdedores, desplazados y excluidos. Son las características de estos procesos las que deberían permitir la construcción de una visión totalizadora del universo social y de las condiciones bajo las cua-

ne, en ELBERT, Carlos, *La criminología del siglo XXI*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 327; SIMONETTI, José María y VIRGOLINI, Julio, *La criminología y el oscurecimiento de la política*, en "Capítulo Criminológico", volumen homenaje a Alessandro BARATTA, en prensa, Maracaibo, Venezuela.

²⁷⁰ En la concepción weberiana, el capitalismo forma parte de un proceso histórico de racionalidad creciente; véase SIMONETTI, *El ocaso de la virtud*, cit., p. 79.

²⁷¹ La literatura sobre la permanente combinación entre lícito e ilícito, entre criminal y honesto, que reflejan las actividades económicas es particularmente extensa, incluso en el campo de la investigación empírica, que ha largamente demostrado que muchas de las actividades económicas legales se desenvuelven, si no favorecidas, muchas veces a través del recurso a prácticas ilegales o a maniobras cuya elevada tasa de rédito proviene de la distribución masiva de perjuicios sobre terceros; una visión aún más crítica es la que, desde el ángulo marxista, atribuye carácter criminal al sistema capitalista en sí mismo, con independencia de la mayor o menor regulación de sus actividades, porque está montado sobre la sustracción de la riqueza a las clases trabajadoras, dentro de un esquema de dominación amparado por la fuerza y el derecho. Una visión globalizadora del problema, que no se reduce al delito de cuello blanco, sino que abraza sus parientes próximos del crimen organizado y la corrupción, se encuentra en los dos libros frecuentemente citados de Vincenzo RUGGIERO, *Economie sporche y Dei delitti dei deboli e dei potenti*. Véanse además CHAMBLISS, William, *On the take; from petty crooks to president*, Indiana Univ. Press; y PEARCE, *Los crímenes de los poderosos: el marxismo, el delito y la desviación*, citado.

les es posible la convivencia, más allá del dato contingente de la criminalización de ciertos comportamientos excepcionales.

El establecimiento de esas condiciones y su aplicación a los problemas de la desviación constituyen una variable dependiente de procesos que exceden notoriamente el alcance del conocimiento criminológico en sentido estricto. Porque, de alguna manera indescifrable, revelan la intimidad existente entre economía, crimen y política, y es en esa intimidad donde el discurso tendencialmente técnico de la criminología deja entrever sus mayores debilidades.

3. 3. El problema de la definición/inmunidad

El problema de las inmunidades vuelve al tema recurrente de la ambigüedad del delito de cuello blanco, no sólo porque constituye el dato que nos proyecta más allá del límite legal de una definición de delito, sino como el instrumento heurístico que permite elaborar una comprensión más profunda del fenómeno.

Esa comprensión requiere traspasar la visión fenomenológica del problema, representada por –y agotada en– las discusiones sobre las tipologías de los autores y de las conductas, la explicación etiológica o la eficacia o no de los instrumentos represivos o regulatorios. Ninguna de éstas supera el nivel de una individualización de las características particulares de un comportamiento desviado, del mismo modo y con la misma relevancia con que lo hace cualquier análisis relativo a cualquiera otra conducta declarada criminal.

Parece que el punto de ruptura está en buscar una distinción cualitativa entre la denominada criminalidad de cuello blanco y la criminalidad común, que vaya más allá de las obvias distinciones que son producto de la connatural y necesaria heterogeneidad del comportamiento criminal y de la particular fenomenología de cada clase de delito.

Porque, en el fondo, nada tienen en común comportamientos tan disímiles entre sí como el homicidio, la estafa, los matrimonios ilegales, el contrabando, la tenencia y consumo de drogas, la contaminación ambiental, el aborto, que no sea el hecho de estar todos ellos sujetos a una sanción penal²⁷².

²⁷² Conf. BARATTA, Alessandro, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, en "Dei Delitti e Delle Pene", 1985, ps. 467-468.

Contra esa heterogeneidad choca frecuentemente todo intento de delinear una exposición y una explicación unitarias del fenómeno criminal en su conjunto. Pero, al mismo tiempo, esa misma heterogeneidad constituye el único elemento –paradójicamente– de ontológica –y por consecuencia también política– homogeneidad: delito sería entonces el resultado positivo de un proceso de definición que, finalmente, permanece problemático, sea al nivel primario como al secundario.

La definición y la inmunidad son dos caras de la misma moneda: cabalgan sobre el aprecio o el rechazo que la sociedad expresa sobre algunas de las relaciones que se despliegan en su interior. La inmunidad es, también, una forma (invertida) de definición, sólo que a veces debe ocultarse en su naturaleza y en sus efectos.

Sobre esta base es posible sugerir que si alguna distinción cualitativa está en condiciones de diferenciar los delitos de cuello blanco de los delitos convencionales, ésta no es el momento –tardío– de su aparición histórica²⁷³, ni las características que asumen sus novedosas formas de manifestación empírica²⁷⁴, sino la acción de los procesos de definición/inmunidad que una sociedad pone en práctica respecto de algunas de las relaciones que la conforman. O más bien la mayor ambigüedad de estos procesos en relación a los que se manifiestan en áreas más periféricas.

Esta afirmación tiene el sentido preciso de advertir que las relaciones que son objeto de esos procesos definitorios/inmunizatorios conforman la trama de las relaciones que constituyen una sociedad; no son extrañas a ésta ni representan –cuando han sido definidos como criminales– ninguna clase de ataque exterior hacia un orden interior entendido como si estuviera libre de ellas. Es la definición como “criminal” la que de un modo sólo nominativo coloca a las relaciones y a los sujetos así designados fuera de los límites de la sociedad, como respuesta a la necesidad social de diferenciar, en un espacio virtual, lo que se tolera de lo que no será tolerado²⁷⁵.

²⁷³ Sólo en el sentido de su invención académica.

²⁷⁴ Ostensiblemente distinguibles del delito convencional en función de la visibilidad extrema y de una cierta violencia explícita que caracterizaron históricamente a éste; véase el capítulo IV, apartado 2. 1. 1 de este texto.

²⁷⁵ Sobre la necesidad social de diferenciar entre las formas de violencia que se toleran y que, en consecuencia, serán legítimas –como las atribuidas al

Pero este proceso de diferenciación no es simple ni ingenuo: es sumamente complejo y depende del modo en que se estructuran los intereses y las relaciones sociales dominantes y está vinculado a la variabilidad de las circunstancias que se suceden en una dinámica siempre cambiante: está ligado, en definitiva, a las formas de dominio.

De una manera general, que refleja la forma social, no sólo formal-penal, en la que se ha construido la cuestión criminal, podrían marcarse algunas diferencias.

En el ámbito de las relaciones periféricas de una sociedad, vale decir, en el ámbito que ocupará la criminalidad de las clases socialmente más débiles, la distinción de lo que no se quiere tolerar aparece con mayor naturalidad y potencia: distinguir entre lo lícito y lo ilícito, cuanto esto último está signado por la diferencia social, la extrema visibilidad y la violencia real o temida, es más sencillo, ya que aquí el crimen se presenta como algo que es naturalmente intolerable pero no ostensiblemente problemático.

En cambio, en el ámbito de las relaciones centrales de una sociedad esa distinción es problemática ya desde el nivel superficial, puesto que aquí no aparecen los caracteres distintivos externos que son propios del delito convencional, como la distancia social, la visibilidad y la violencia explícita. Y si nos ubicamos en un nivel más profundo la diferencia se torna aún más patente: se trata de las relaciones que en general confluyen hacia los procesos generales de la creación y de la distribución de la riqueza, que están en manos de los sectores dominantes; esa confluencia torna confusa y hasta imposible la distinción entre usos habituales y prácticas criminales, porque distinción equivale a posibilidad de separación. Y de ello se deriva naturalmente que lo que no puede ser ideológica y materialmente separado de aquellas relaciones públicamente apreciadas por una sociedad no puede de ordinario ser criminalizado por esa misma sociedad.

De esta forma, lo intolerable en el área de las relaciones dominantes no (puede) aparece(r) con naturalidad y, aun cuando apareciese, la posibilidad de establecer intolerancias efectivas

monopolio estatal de la coacción-, y las formas de violencia que al no tolerarse serán ilegítimas y criminales, véase RESTA, Eligio, *La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia*, Ed. Paidós, Barcelona, 1995.

estaría atada a posibilidades de hecho que exceden las intenciones y los discursos.

Por ese motivo, las intolerancias que se expresan en este ámbito tienden a ser sólo simbólicas o a no tener mayores efectividades materiales, y el proceso que las conduce se caracteriza por su irreductible ambigüedad.

Entonces, la acción de los procesos de definición que, de hecho o de derecho, confieren a ciertas relaciones sociales²⁷⁶ una relativa invulnerabilidad frente al sistema penal, no es sino un resultado de la manera en que se despliegan las relaciones sociales, económicas y políticas, y del modo en la que éstas se ordenan jerárquicamente, en función de los intereses y de los valores sociales.

El modo de ese ordenamiento está vinculado con los componentes estructurales de una sociedad determinada, con las necesidades que expresa su sistema político y económico y con los valores y sentimientos que despliegan su cultura y su historia. Es en ese marco que deberán ser analizados los procesos de definición/inmunidad, de una manera que permita avanzar más allá de una dimensión sólo fenoménica y por ello superficial del problema, hasta sus mismas raíces sociales.

Y la puerta se abre²⁷⁷, entonces, con el tema de la inmunidad, que en realidad significa no definición (como criminal), pero no una no definición en abstracto, sino en relación específica con algo que podría haber sido definido como criminal (o que lo fue, pero de manera simbólica, insuficiente o ineficaz).

3. 4. El referente material de la definición y el problema de la ley

En el marco de la identificación histórica de los procesos políticos, sociales, económicos y culturales que determinan los

²⁷⁶ En el marco técnico del derecho, deberíamos hablar de ciertos actores de ciertos comportamientos.

²⁷⁷ En un trabajo anterior –SIMONETTI, José M. y VIRGOLINI, Julio, *Del delito de cuello blanco a la economía criminal*, Ed. Inacipe, México, 1990, p. 57–, un desarrollo parecido concluía diciendo que “el cerco se cierra con el tema de la inmunidad”, pero esta afirmación era evidentemente prematura e incompleta: la inmunidad marca simplemente la apertura del conocimiento hacia esferas más amplias.

desenlaces posibles de la alternativa definición/inmunidad²⁷⁸ sobre algunas relaciones sociales se presenta el problema, básico por otra parte para la criminología crítica, de cualificar el referente material sobre el que ese proceso se asienta.

La búsqueda de los mecanismos y de los factores que operan en el ámbito de este proceso de definición/inmunidad no puede, ciertamente, estar fundada sobre una interpretación de tipo conspirativo relativa a la acción del capital frente a los órganos del poder político o a las agencias de control social, reducidos a una función sólo instrumental²⁷⁹. De cualquier manera parece —y esto ha sido ya señalado por otros²⁸⁰— que el punto de expresión de esta inmunidad debe buscarse en torno a las relaciones de funcionalidad existentes entre la necesidad de crecimiento y de desarrollo del sistema económico y de reproducción de las relaciones sociales y políticas en una sociedad determinada y ciertos comportamientos económicos lesivos de los derechos, las necesidades y los intereses de la población en general o de alguna parte de ella.

En este sentido, parece posible suponer que los delitos económicos no representan precisamente una patología del sistema, sino que lo integran funcionalmente, y por lo tanto es discutible la afirmación corriente de que esos delitos son objeto de la criminalización en el momento y en la medida en que quebrantan las reglas del juego que el propio sistema se da a sí mismo.

Pero esta última es la concepción corriente en criminología: delito de cuello blanco o delito económico sería tan sólo la criminalidad que se expresa en la violación de las reglas formales

²⁷⁸ Obviamente simplificada a los efectos de esta exposición.

²⁷⁹ Sobre esta problemática en general véase CHAMBLISS, William y SEIDMAN, Robert, *Law, order and power*, Addison-Wesley, 1982.

²⁸⁰ AUBERT, Vilhem, *White collar crime and social structure*, en "American Journal of Sociology", n° 58, noviembre de 1952, ps. 263-271; NUVOLONE, Pietro, *Cambiamenti nelle forme e nelle dimensioni della criminalità sul piano transnazionale e nazionale*, en Rapporto Italiano a cura del Ministero de Grazia e Giustizia y del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale al Quinto Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del reato e sul trattamento del delincente, Taranto, 9; PAVARINI, Massimo, *La National Deviance Conference*, en "La Questione Criminale", 1975, p. 139, y *Ricerca in tema di "criminalità economica"*, cit.; MELOSSI, Dario, *Il dibattito sulla criminalità organizzata*, en "La Questione Criminale", 1979, ps. 317-328, entre otros.

o institucionales del juego económico: criminal sería sólo el acto disfuncional, por su contradicción, a las reglas ostensibles que disciplinan el orden económico²⁸¹. Y esta contradicción sólo puede expresarse de manera formal, y esto es sólo a través de la ley penal, o de las valoraciones que han hallado traducción en el hecho de la ley.

Y con esta concepción, o mejor dicho contra ella, debemos volver a PAVARINI, quien a ese concepto corriente de criminalidad dependiente en todo de la definición legal opone una criminalidad que incluye, también, el comportamiento no criminalizado –tanto por no estar de derecho penalizado, cuanto por no estar de hecho perseguido– pero socialmente dañoso²⁸².

Parece entonces que debe buscarse el pivote o el punto de articulación de la distinción entre los conceptos prejurídicos de “criminal” y “no criminal”, y es de esto que trata el problema de la identificación del referente material de nuestro objeto, es decir, de aquello en lo que nuestro objeto consiste, más allá o antes del derecho.

Esa consistencia se ubicaría en primer lugar en un concepto, ajeno o previo al derecho, que constituye un parámetro de racionalidad del derecho penal, como una especie de anclaje desde el cual se pueda juzgar extrasistemáticamente el sistema punitivo²⁸³, procurando suministrar criterios propios para la determinación del objeto de la disciplina en general, o de algunos de sus objetos en particular.

²⁸¹ Véase el capítulo IV, apartado 3. 1. de este trabajo.

²⁸² PAVARINI, *Ricerca in tema di "criminalità economica"*, citado.

²⁸³ En una perspectiva no limitada al problema de los delitos no convencionales, el problema del referente material puede verse en BARATTA, Alessandro y PAVARINI, Massimo, *La frontiera mobile della penalità nei sistemi di controllo sociale della seconda metà del ventesimo secolo*, en “Dei Delitti e Delle Pene”, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, vol. 1, p. 7; y BARATTA, Alessandro, *La politica criminale e il diritto penale della costituzione: nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, en “Dei Delitti e Delle Pene”, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, vol. 3. Buscando un anclaje en el concepto de derechos humanos, véase SCHWENDINGER, Herman y Julia, *¿Defensores del orden o custodios de los derechos humanos?*, en TAYLOR, WALTON, y YOUNG, *Criminología crítica*, cit. También, en sentido sociológico, HESS, Henner y SCHEERER, Sebastian, *Criminalità come provincia di senso; proposte per una teoria generale*, en “Dei Delitti e Delle Pene”, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1999, vol. 1-2.

Para PAVARINI y la mayoría de los criminólogos que se han ocupado del tema de los delitos de cuello blanco, se trata de un concepto de daño social²⁸⁴.

Desde esta perspectiva, el autor italiano distingue dos puntos de vista: uno, ortodoxo y previsible, que identifica dañosidad social como un acto disfuncional a la organización económica dominante, esto es, al proceso de acumulación en curso en los países de economía capitalista; otro, que la refiere a la disfuncionalidad a los intereses sociales que no se identifican con los intereses hegemónicos, esto es, los de aquellos que PAVARINI considera "sujetos pasivos" del proceso de acumulación, las clases subalternas. Agregaríamos nosotros, y no en una perspectiva exclusivamente periférica, los sectores de la marginación y la exclusión social.

En otros términos, el concepto de daño social podría encontrarse o bien en el quebrantamiento de las reglas de juego que el sistema dominante se da a sí mismo, o bien, alternativamente, en el perjuicio sufrido por aquellos que permanecen ajenos a ese sistema dominante, o bien porque no reciben beneficios relevantes de él o bien porque no lo integran en absoluto.

Es cierto que un enfoque que tienda a establecer pautas para criminalizar ciertas conductas aún no criminalizadas y, a la inversa, descriminalizar otras todavía criminalizadas, sobre la base de acordar en ciertos criterios de merecimiento parece reducirse a la invocación de ciertos patrones valorativos. Y por eso, en general, la ciencia social que pretende la objetividad a toda costa se ha opuesto —como ya se ha visto— al empleo de estos criterios, sobre todo fundada en que adolecerían de precisión. Sin embargo, la ciencia social siempre es una actividad valorativa, y no puede dejar de serlo, especialmente en las materias que rozan el derecho, y especialmente el derecho penal, porque ellas versan sobre lo justo y lo injusto, y ello es clara e inevitablemente valorativo²⁸⁵.

²⁸⁴ O algún equivalente como el abuso de la confianza pública —SHAPIRO, Susan, *Collaring the crime, not the criminal: reconsidering the concept of white-collar crime*, en "American Sociological Review", n° 55, 1990, p. 346—, ser socialmente injurioso, consistir en situaciones de explotación u otros. Véase GREEN, *Occupational crime*, cit., p. 11.

²⁸⁵ Sobre la esterilidad de los criterios objetivistas propios del moderno concepto de la ciencia, y la necesidad de volver a colocar en la agenda

A esta necesidad se suele responder de manera ortodoxa a través del primer punto de vista, según el cual el delito económico es simplemente el quebrantamiento de las reglas del juego, lo que permite acomodarse en un enfoque relativamente sencillo y aparentemente objetivo. Pero está fundado sobre una consideración distorsionada de la realidad.

La complejidad de las relaciones sociales que caracterizan la sociedad neocapitalista, la intervención del Estado en la primera línea de los procesos económicos y la íntima compenetración entre sociedad civil y sociedad política acaban con la aparente simplicidad de las reglas del juego de un sistema, concebido como un mercado perfecto, puestas a tutela de esa perfección. Y en esa complejidad son evidentes los momentos internos de violencia estructural.

Esto no significa que tales momentos no hayan existido en el interior del esquema clásico liberal, puesto que no es posible dudar de la violencia social que acompañó los procesos económicos de la transición desde el sistema feudal al mercantilismo y de éste a una economía capitalista industrial. Significa que la desviación que remite al quebrantamiento de las reglas del juego distorsiona la realidad al reducirse sólo a aquel comportamiento del particular cuyas características de hecho lo hacen aparecer anárquico, y siempre respecto del capital entendido como inteligencia colectiva; es sólo su apariencia, y no en general su esencia, lo que lo hace disfuncional para el proceso general de acumulación, concentración o dominación.

Es en este sentido que cobra importancia el trabajo tantas veces citado de LASCOUMES y WEINBERGER, cuando destaca que son la extrema visibilidad y la posibilidad de reconstruir el suceso como un hecho individual las que permiten aislar el episodio e identificarlo como criminal²⁸⁶.

En consecuencia, la contradicción a la que PAVARINI se refiere, entre capital como inteligencia colectiva y capital como anarquía, entendida como ruptura de las reglas del juego, represen-

de las cuestiones relevantes el problema de los fines, esto es de aquellos valores que se vinculan con los conceptos de lo justo y lo injusto, véase HENNIS, Wilhelm, *Política y filosofía práctica*, Ed. Sur, Buenos Aires, 1973.

²⁸⁶ LASCOUMES y WEINBERGER, *Delinquenza di affaristi e problemi d'affari*, cit., ps. 67-68.

ta sólo la parte visible o evidente del fenómeno del delito de cuello blanco, aquella parte que es concretamente criminalizada o es de hecho criminalizable.

Se trata del delito grosero y explícito del empresario individual, que es el que constituye la gama de los comportamientos que el sistema no vacila en exteriorizar y en criminalizar, puesto que constituye una contradicción disfuncional al sistema, al menos porque se ha hecho evidente, y porque es, finalmente, un comportamiento individual. Y porque, en definitiva, puede poner en peligro otros procesos o relaciones similares a los que se rechaza, o que los han acompañado o que se han beneficiado de ellos.

En otros términos, la conducta irregular podrá ser sometida a la criminalización efectiva no por las cualidades criminales que en sí misma posea, sino cuando ella sea evidente en cuanto inocultablemente contradictoria con las reglas generales y manifiestas del sistema, e individual en cuanto fácilmente referible a empresarios individuales o a individuos aislados que operen, como si fuera por cuenta propia, aun en el interior de organizaciones complejas.

Esto demuestra que el sector criminalizado o criminalizable de los delitos de cuello blanco es sólo una mínima parte del fenómeno global, y que esa selección parece sí responder a un criterio de disfuncionalidad, pero se trata de una disfuncionalidad que se predica sólo de ese sector preciso, y en relación con la totalidad, y aquí por totalidad no nos referimos sólo al capital entendido como inteligencia colectiva (en otros términos a la economía denominada legal), sino a todas las manifestaciones mutuamente articuladas que se encuentran en dicho campo.

Pero además de ese elemento, diríase cuantitativo o proporcional, lo que aparece señalado es que la criminalización de la desviación evidente e individual no supone sino una excepción a un cierto proceso de inmunización que parece ser más bien global, acorde a la forma que ha asumido la construcción del problema criminal.

La criminalización de sólo algunas infracciones, de acuerdo al principio enunciado, constituye más bien una laguna, una excepción a la protección generalmente dispensada a las actividades en las cuales se hace manifiesto el cruce del que hemos partido, inicialmente señalado por SUTHERLAND: clase alta y criminalidad, o economía y criminalidad.

Es posible suponer, al menos como hipótesis, que si los actos que en general expresan esa intersección mantienen una re-

lación funcional con las reglas y la estructura básicas de la sociedad y de su economía, las lagunas de esa protección, las criminalizaciones excepcionales, pueden no ser sino funcionales a esa misma protección.

Esto concierne al efecto ideológico de la criminalización de ciertos subgrupos, por el cual el grupo mayor conserva y reafirma sus límites y los contornos de sus intereses, sus reglas de cohesión y de compatibilidad. La identificación de lo desviado permite la exclusión, pero también la cohesión, permite apartar y excluir, pero al mismo tiempo estabilizar un cierto orden²⁸⁷.

De este modo, el proceso de criminalización tiene como objeto la identificación del delito como lo otro del sistema, pero no debe olvidarse el hecho de que esta criminalización es, también, el ejercicio de una función disciplinar.

En ella y a través de ella se dan los elementos del choque entre los intereses del orden económico, concebido como sistema, y la conducta individual y explícita que aparece como anárquica frente a ese sistema. Pero lo que estos procesos de criminalización omiten es el análisis de los elementos de ese sistema que se defiende y, en última instancia, el juicio sobre la moralidad general de este orden.

Y esto nos devuelve al planteo de PAVARINI. No es la desviación individual la única relevante cuando se mira la criminalidad económica (de cuello blanco) desde el punto de vista del quebrantamiento de las reglas del juego. Si éstas no se interpretan sólo en punto a la funcionalidad de ciertas actividades respecto del orden dominante, sino en base a su nocividad social general, es posible descubrir que el capital como inteligencia colectiva requiere del uso anárquico de ese mismo capital, precisa del empleo violento de los instrumentos de la vida económica y del aprovechamiento de las relaciones de desigualdad social y económica.

Hemos dicho más arriba que los delitos económicos (o de cuello blanco) no constituyen una patología del sistema; podemos ahora agregar que representan la expresión de la patología

²⁸⁷ Toda la criminología funcionalista exhibe ejemplos del efecto reasegurador y cohesivo de la identificación del desviado, como el de un chivo expiatorio. Desde una perspectiva antropológica, véase GIRARD, René, *La violencia y lo sagrado*, Ed. Anagrama, Barcelona, 1995.

del sistema, en la medida en que las reglas de ese sistema puedan calificarse de patológicas. Es cierto que así parece que se ingresa en un terreno valorativo²⁸⁸, pero ni es posible hacer ciencia social de una manera avalorativa ni es cierto que una valoración de este tipo sea excesivamente imprecisa y dependa sólo de posiciones subjetivas.

Las actividades sociales a través de las cuales se crea y se distribuye la riqueza socialmente generada pueden ser verificadas empíricamente y con exactitud, y en todo proceso donde hay ganadores y perdedores la identificación de los segundos y la determinación de las razones de su perjuicio no se reducen a una simple valoración subjetiva. Desde este punto de vista, el concepto de daño social, como posible referente material de las conductas propias del "cuello blanco", admite una comprobación objetiva²⁸⁹.

Pero la distribución de la riqueza no es el único ni el más significativo de esos parámetros.

Las consecuencias a las que lleva la conjunción de dos procesos sociales: el empleo, hasta ahora ineliminable, de medios violentos en la consecución de objetivos económicos, sociales y políticos o en la preservación del sistema, y la protección social acordada al empleo de esos métodos, llevan el análisis a los elementos a partir de los cuales es posible que esa conjunción sea exitosa y persistente.

Y se trata del derecho, y mejor dicho de la forma en que el derecho es introducido como un elemento esencial en esa conjunción, como un componente de las dinámicas internas al desenvolvimiento de las actividades económicas.

El derecho pierde, así, su característica política esencial, que es su generalidad, esto es, la capacidad de proteger a todos los ciudadanos. En palabras de Carl SCHMITT:

²⁸⁸ En definitiva, la pretensión científica de la criminología positivista fue siempre e inexorablemente valorativa, puesto que su énfasis en que la naturaleza y los factores del crimen y del criminal son naturalmente patológicos oculta la esencia y el origen valorativo y político de la distinción.

²⁸⁹ El deterioro constante de la distribución del ingreso entre las franjas de población en América Latina constituye un dato objetivo, y ello justificaría un examen desde el punto de vista que se expresa en el texto sobre los procesos económicos que lo han favorecido, que incluya las relaciones existentes entre los actores del mercado, los beneficiarios del proceso y el rol del Estado, especialmente desde la perspectiva del principio de representación política.

"Igualdad ante la ley significa, no sólo aplicación igual de la ley emitida, sino protección contra quebrantamientos, dispensas y privilegios, cualquiera sea la forma en que surjan"²⁹⁰.

Como principio, tanto las actividades económicas –y en particular el capitalismo de acuerdo a la tipología weberiana que hemos examinado– como la propia convivencia humana en sociedad requieren de la presencia de la ley, como vínculo de unión y como expresión de las formas de convivencia que una sociedad adopta. Ese vínculo está sujeto a presupuestos que, fundamentalmente, miran a las condiciones bajo de las cuales el consenso –esto es, la legitimidad– es posible²⁹¹.

Cuando en cambio la ley es introducida como un elemento –crucial– en la combinación de los factores que llevan a la realización de actos contrarios al bien común y a la protección diferencial de esos actos, se ha perdido el derecho en los dos sentidos expresados.

Quizás el rasgo característico más acentuado del delito de cuello blanco, en cualquiera de sus manifestaciones, es que requiere romper con esa generalidad, convertir la ley, el derecho, en el instrumento público que canalice privadamente los requerimientos del mercado, contra o sobre el principio de representación política expresado en la ley y en el funcionamiento regular de sus modos de formación y de actuación.

El delincuente de cuello blanco se pone, en relación a la ley, en una posición diferente de la que ocupa el delincuente convencional, que está sujeto a ella o que, cuando la quebranta, sólo pretende lograr una excepción particular no siempre posible²⁹². La relación entre el delincuente común y la ley se expresa tan só-

²⁹⁰ SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 162.

²⁹¹ Estos puntos serán examinados más adelante.

²⁹² Aunque se trata de una distinción que no se superpone con la que se examina en el texto, es interesante señalar las diferencias que encuentra Hannah ARENDT entre el desobediente civil y el delincuente con respecto a la relación que ambos mantienen con la ley: el segundo debe ocultarse de la mirada pública, actúa solamente en su propio beneficio y, sobre todo, en lo que nos es pertinente, sólo busca lograr una excepción para sí mismo; el delincuente reconoce, de esta manera, que la ley está vigente y, aunque la quebranta, se somete a ella (ARENDT, Hannah, *Crisis de la república*, Ed. Taurus, Madrid, 1999, p. 83; en idéntico sentido, apéndice XI, p. 195).

lo como infracción o quebrantamiento, lo que también supone sometimiento y sujeción. El delincuente de cuello blanco, en cambio, está fuera de la ley, en el sentido de que puede no estar sujeto a ella, o de que puede darle forma y contenido de acuerdo con sus intereses; el fundamento último de la diferencia radica en que, en síntesis, se puede apropiarse de la ley y privar de ella a los demás.

El tipo de la relación del delincuente de cuello blanco con el derecho excede absolutamente la categoría de la infracción y por lo tanto no encuentra su expresión completa a través del concepto de delito. Y esta posición implica una serie de consecuencias de orden político que se encuentran ausentes del todo en el caso del delito común.

Esta es, a mi juicio, la diferencia fundamental de la siempre controvertida e imprecisa distinción entre el delito de cuello blanco, en cualquiera de sus variantes o tipologías, con el delito convencional, más allá de la exuberancia y de la sofisticación aparente de los criterios fundados exclusivamente en las cuestiones fenomenológicas que con exasperante minuciosidad ha estudiado la sociología de la desviación.

Sobre la validez y las consecuencias implicadas por esta distinción se insistirá más adelante. Debe sin embargo examinarse previamente la relación del delito de cuello blanco con otros campos empíricos con los cuales está vinculado y que exhiben la misma característica, fundamentalmente el delito organizado y la corrupción. A ese análisis están dedicados los capítulos siguientes.

Capítulo V

El crimen organizado

Su relación con el delito de cuello blanco. La definición y la delimitación del campo. La dimensión política de la desviación. El crimen organizado y el derecho: el abatimiento de la ley

1. El crimen organizado

1. 1. Crimen organizado, crimen convencional y delito de cuello blanco

Es innegable el parentesco entre las nociones próximas de delito de cuello blanco, económico o corporativo, con el crimen organizado. Ese parentesco ya estaba en el pensamiento de su fundador, Edwin SUTHERLAND²⁹³, quien había señalado que, en el fondo, delito de cuello blanco siempre era crimen organizado.

Este paralelismo proviene de semejanzas objetivas: su realización presupone una necesaria organización, formal o informal, una conjunción de intereses y de esfuerzos dotados de una cierta coordinación y un despliegue de medios aptos para alcanzar su objetivo. Todo esto era evidente, además, a partir del hecho de que los datos empíricos analizados en la investigación de SUTHERLAND provenían de la conducta delictiva protagonizada o generada por corporaciones industriales y comerciales; por lo demás, a ese origen debe remitirse el hecho de que la corriente principal de la sociología de la desviación estadounidense en este campo se haya dirigido a desarrollar el llamado *corporate crime*²⁹⁴.

Sin embargo, aun en aquella primera referencia que vinculaba ambos conceptos estaba presente una distinción que por

²⁹³ SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, cit., 167 y siguientes.

²⁹⁴ Véase el capítulo III.

mucho tiempo los separaría como pertenecientes a dos campos que, aunque relacionados, no se identifican plenamente o lo hacen con dificultad.

Esa distinción era, originalmente, más bien subjetiva: el delito organizado pertenece a un universo en el que sus integrantes, más que nada por su identidad, sus antecedentes, su cultura, su origen o su misma moralidad, se diferencian netamente del protagonista habitual del delito de cuello blanco, pero no lo hacen de la misma manera respecto del crimen convencional. De esta forma, el crimen organizado formaría parte de un *continuum* con el delito común, del que sólo algunas de sus características, fundamentalmente las referidas a la existencia de una estructura organizada y a la forma que ésta adopta y los objetivos que persigue, permitirían distinguirlo²⁹⁵.

De esta forma, hacia la mitad del siglo XX los análisis corrientes sobre la delincuencia comprendían una corriente importante, aunque cuantitativamente minoritaria²⁹⁶, dedicada a los delitos no convencionales, que se distinguían del vasto universo de la criminalidad común básicamente por la respetabilidad de su autor o por su vinculación con el desempeño de una ocupación en el área de los negocios, y sólo secundariamente por sus aspectos organizativos²⁹⁷. Ya hemos visto que los dos primeros parámetros, que fueron los que indicara Edwin SUTHERLAND con su teoría del delito de cuello blanco, señalan vagamente un cruce entre clase alta y criminalidad. Los delitos no

²⁹⁵ Un análisis agudo de estos temas se encuentra en RUGGIERO, *Economie Sporche: L'impresa criminale in Europa*, cit., esp. ps. 38 y siguientes.

²⁹⁶ La publicación de artículos, ensayos e investigaciones sobre el delito de cuello blanco en general tuvo diversas fases con diferentes volúmenes de producción y distintas orientaciones; un detalle de estas fases y de las obras más significativas en cada una de ellas en GEIS, Gilbert, *Introduction*, en GEIS, MEIER y SALINGER, *White collar crime: classic and contemporary views*, citado.

²⁹⁷ Como hemos visto en capítulos anteriores, el *corporate crime* constituía una especie de subdivisión de los delitos ocupacionales, atendiendo al sujeto corporativo por el cual o a cuyo favor el agente individual cometía el acto ilegal; era en este sector, ocupado por empresas formalmente constituidas y jerárquicamente organizadas, donde el análisis de los aspectos organizativos asumió importancia, especialmente en función de la difícil cuestión etiológica que proponía el comportamiento de personas que no se encontraban afectadas por déficit alguno.

convencionales son en general los que pueden encontrarse en las inmediaciones de este cruce, aunque la ambigüedad de este señalamiento haya provocado los intensos debates fenomenológicos que hemos tenido ocasión de examinar a propósito de las cuestiones referidas a la delimitación de los campos y a las definiciones correspondientes.

Por el contrario, el crimen organizado fue considerado como una parte –la más temible– de ese abigarrado y pintoresco universo de los criminales ordinarios, claramente diferenciados o diferenciables de la gente de bien, pero también diferenciados o diferenciables del delincuente de cuello blanco, cuya proximidad a la gente honesta era la raíz de las ambigüedades del concepto.

De este modo, de ordinario el crimen organizado ha sido considerado más bien una especialización, un subgrupo o una organización diferencial que se hace presente entre los criminales ordinarios, compuesta por individuos que compartían los caracteres de éstos, y como un campo que se mantuvo conceptualmente separado de los igualmente organizados pero respetables criminales económicos o de cuello blanco.

1. 2. El concepto ortodoxo de crimen organizado

El origen histórico del concepto de crimen organizado difiere sustancialmente de la matriz académica que dio vida al delito de cuello blanco²⁹⁸. El primero nació como resultado de las definiciones de las agencias de seguridad estadounidenses, que procuraban delimitar un conjunto de fenómenos que se distinguían, de alguna manera, de la criminalidad convencional, pero que tenían en común con ésta el carácter marginal o culturalmente descentrado de sus actores.

La elaboración del concepto proviene sobre todo de la respuesta que las agencias federales intentaron dar a ciertas manifestaciones criminales que se desarrollaron básicamente en los años de la Prohibición, que estuvo vigente entre 1920 y 1933; las formas delictivas que prosperaron en esos años eran fácilmente

²⁹⁸ Una reseña histórica y crítica de la formación y de las limitaciones del concepto se encuentra en ZAFFARONI, E. Raúl, *El crimen organizado: una categorización frustrada*, en BAIGÚN, ZAFFARONI, GARCÍA-PABLOS y PIERANGELI, *De las penas. Homenaje al profesor Isidoro De Benedetti*, cit., ps. 251 y siguientes.

diferenciables de los episodios criminales que habían constituido el objetivo de los *muckrakers* de dos décadas atrás, que habían estado fundamentalmente enderezados a develar las actividades de los *robber barons* de la última mitad del siglo XIX: aunque muchos de estos magnates tenían origen humilde, el éxito y el poderío alcanzados habían determinado que sus apellidos integraran la base de la más alta sociedad en las finanzas o en la industria estadounidenses y que su prestigio ejerciera una influencia y un temor considerables²⁹⁹.

En cambio, el crimen organizado se constituyó atendiendo a muy distintos materiales. Ésa fue la designación utilizada para significar formas de criminalidad que representaban una amenaza a los estilos de vida dominantes de las clases medias, por extenderse en la explotación de una serie de actividades ilícitas o de un conjunto de servicios culturalmente desaprobados. Así, el juego, la prostitución, la distribución de alcohol durante la prohibición, el sistema de la protección extorsiva y otras actividades criminales menores, hasta alcanzar con el tiempo a la distribución de estupefacientes, constituyeron, más que simples actividades prohibidas, marcas criminales que se dirigían a un preciso estereotipo de criminal: el del integrante de una sociedad secreta, verticalmente jerárquica, cohesionada a través de lazos de fidelidad personal fundados en la identidad racial y cultural, los vínculos familiares y el empleo de la violencia.

Estas definiciones sugerían sobre todo el carácter conspirativo de la organización, su ajenidad a la forma de vida de la sociedad estadounidense y una seria amenaza representada por su apetito de poder y de riqueza. Una definición, que se remonta a 1967 y que se debe al trabajo de análisis efectuado por agencias policiales estadounidenses, sostiene que el crimen organizado se

²⁹⁹ Los barones ladrones fueron personajes como John Jakob ASTOR, Cornelius VANDERBILT, Daniel DREW, Jay GOULD, Russell SAGE, Leland STANFORD, John D. ROCKEFELLER, J. Pierpoint MORGAN, Andrew CARNEGIE, entre otros; en cambio, los nombres de los miembros del crimen organizado en sus primeras décadas eran tales como Arnold ROTHSTEIN, Dutch SCHULTZ, Meyer LANSKY, Lucky LUCIANO, Frank COSTELLO, Vito GENOVESE, Albert ANASTASIA, Carlo GAMBINO, John GOTI, etc.; cfme. ABADINSKY, Howard, *Organized crime*, Ed. Nelson Hall, Chicago, 1999, ps. 39 y ss., y 80 y ss. No se recuerdan fundaciones, universidades o bibliotecas que lleven el nombre de estos últimos.

constituye como una sociedad secreta que trata de operar fuera del control del pueblo americano y de su gobierno³⁰⁰.

Esa identificación del crimen organizado como la expresión de una suerte de conspiración secreta, portadora de un mal temible por su violencia, su clandestinidad y su difusión en el territorio, incorporaba la convicción de que esos grupos se encontraban divididos en segmentos semi-independientes, organizados de tal manera que todas sus ramificaciones respondían o podían responder en última instancia a un grupo, comité o familia centralizada o dominante³⁰¹.

Esta concepción traía consigo otro requisito, constituido por el común origen étnico o cultural de los miembros de los grupos criminales. De esta forma, el crimen organizado se convierte en una amenaza extranjera, representada por las formas criminales en torno a las cuales se agrupan y prosperan nacionalidades diversas, como los polacos, los irlandeses, los judíos, los alemanes y sobre todo los italianos.

Ambas condiciones —organización secreta y origen étnico extranjero— son necesarias para dotar al concepto de una elevada eficacia operativa, en el sentido policial pero también político del término: ambas contribuían a formar los estereotipos de criminalidad que permitían dirigir la acción de los mecanismos de control hacia objetivos precisos, y al mismo tiempo permitían el desarro-

³⁰⁰ Estas definiciones de origen policial se extendieron sin mayores modificaciones a los ámbitos académicos, sobre la base del empleo de una teoría conspirativa; tal fue el caso de Donald CRESSEY, que aplicó la noción de burocracia al análisis de las familias criminales, individualizando su estructura jerárquica, su complejo de reglas formales, la segmentación de sus funciones y los roles de centralización y de coordinación revestidos por algunos de sus integrantes; cfme. RUGGIERO, *Economie Sporche: L'impresa criminale in Europa*, cit., ps. 49 y ss., con cita de CRESSEY, Donald, *Theft of the nation: the structure and operations of organized crime*, Ed. Harper and Row, New York, 1969.

³⁰¹ Uno de los temas en discusión en las primeras décadas de vida del concepto fue la cuestión de si podía considerarse al crimen organizado como una especie de corporación clandestina centralizada bajo el poder de una autoridad central fuertemente jerarquizada, o si en cambio se trataba de una superposición de pequeñas y grandes organizaciones que mantenían entre sí vínculos fluidos y cambiantes, en los que el predominio de unos y otros se jugaba a cada instante; cfme. ABADINSKY, *Organized crime*, cit., ps. 13 y siguientes.

llo de un discurso enderezado al mantenimiento de la ley y el orden que no incomodaba a los sectores integrados del *melting pot*.

El origen subcultural de los criminales organizados pone a la sociedad a salvo de cualquier contaminación, porque en el fondo no se diferencian subjetivamente de los criminales convencionales y es posible aplicar a ellos las recetas explicativas de la criminología tradicional, centradas sobre todo en la idea del déficit³⁰².

Menos influenciadas por esas condiciones subjetivas se encuentran algunas definiciones que se fundan en parámetros cuantitativos como los de la cantidad de personas involucradas; cualitativos como los de la índole y la amplitud de las actividades ilegales emprendidas por un grupo; temporales como la continuidad en el tiempo que permite perpetuar la organización a despecho del arresto de sus jefes o de algunos de sus integrantes; estructurales como la forma organizativa bajo el esquema propio de un clan o grupo cerrado ligado por vínculos estrechos y, en fin, técnicos, como un cierto grado de profesionalidad de sus miembros, por lo menos de los que desempeñan roles significativos.

Una adecuada combinación de estos caracteres suele encontrarse presente en las manifestaciones más conocidas de crimen organizado, pero no en todas ellas ni de la misma manera³⁰³, dado que, como se verá más adelante, existen innumerables variantes de organizaciones dedicadas total o parcialmente al crimen,

³⁰² Todas las teorías sociológicas tuvieron la oportunidad de decir lo suyo a la hora de explicar la conducta de los miembros de las organizaciones criminales, vistas bien como producto de la desorganización social, bien como la adaptación innovativa a situaciones anómicas, bien como el resultado del contraste cultural o bien como una de las formas de adaptación colectiva que caracterizan las subculturas. En todas ellas campea la idea de déficit: es la falta de organización social, de oportunidades, de medios o de integración cultural a la que viene reconducida siempre la opción por conductas criminales organizadas, que permiten un ascenso rápido aunque diverso en la escala social y en las gratificaciones, aunque éstas sean de una especie particular.

³⁰³ Como ejemplo el concepto desarrollado por JOHNSON, que pone énfasis en el criterio temporal, para quien el crimen organizado está representado por "un grupo de tamaño considerable, empeñado en una actividad criminal continua, por un largo período de tiempo, generalmente indefinido"; JOHNSON, Earl, *Organized crime: challenge to the american legal system*, en "J. Crim. Law Police Sci.", vol. LIII, 1962, p. 401, citado por MANNHEIM, Hermann, *Trattado di criminologia comparata*, Ed. Einaudi, Torino, 1975, p. 754.

que a su vez mutan y se transforman constantemente tanto en su interior como en sus relaciones con el contexto. Por ese motivo, la presencia o la ausencia de estos caracteres constituye un dato propio de la fenomenología que adquiere cada formación en el lugar y en el tiempo determinados en los que hace su aparición: ninguno de ellos es de por sí definitorio.

Pero sí existe un dato que relevar; a despecho del carácter aparentemente objetivo de los patrones que se han enumerado, éstos suelen reconocer una referencia o una dependencia específicas en relación a grupos sociales determinados, y es allí donde reaparece el componente subjetivo: sólo un cierto tipo de organizaciones cerradas y de vínculos que las constituyen, sólo un cierto tipo de profesionalidad, sólo un cierto tipo de actividad criminal, sólo un cierto tipo de reclutamiento, han sido considerados típicos del crimen organizado.

Y estas formas son, por lo general, las que son propias de los sectores marginales o de los personajes característicos del crimen convencional: los pobres, los habitantes de las áreas marginales, los fracasados, los criminales de profesión o por naturaleza, etcétera.

Y con ello, la organización cerrada que se invoca como característica es la que corresponde a la familia de origen italiano o a grupos subculturales vinculados a través de lazos personales específicos de orden familiar, étnico o religioso; la profesionalidad es la propia del delincuente profesional que pega un salto hacia horizontes más promisorios a través de una relación estable con otros colegas; las actividades emprendidas por el grupo son las que están al alcance de las personas de clase baja, en las que la violencia o la intimidación suelen ser los medios que trasuntan mayor eficacia y los que son empleados con mayor frecuencia; el reclutamiento es el que se realiza en relación a personas signadas por déficits personales o sociales, que se procuran superar a través de su incorporación a fuentes de éxito, poderío o legitimidad que no podrían alcanzar individualmente.

Es a partir de estas premisas, particularmente las que están alrededor de la forma y de las dinámicas involucradas en el reclutamiento, donde reaparecen las teorías causales de la criminalidad centradas en experiencias patológicas o deficitarias.

En este marco, señalado específicamente por la serie de características subjetivas de los actores involucrados que los diferenciaban notablemente de los hombres honestos, el recurso a las teorías etiológicas fundadas en el déficit constituirá la de-

sembocadura más lógica para una criminología cuya obsesión más persistente era la búsqueda de las causas.

Y las causas eran obvias: la pobreza, la carencia, el déficit, la desventaja, la vulnerabilidad psicológica, la invalidez social. Y estas causas podían responder las dos posibles preguntas: ¿las causas de qué? ¿Del reclutamiento de algunas personas a una organización ya formada o del fenómeno organizativo en sí mismo? ¿Se trata de dos cosas distintas o podían ser atribuidas a la misma mecánica?

El reclutamiento, o más bien su contrapartida representada por la adhesión o la integración personal a un grupo constituye un acto individual o el resultado de una decisión individual: se trata de la adscripción de ciertas personas a pautas criminales que desarrollará en un grupo al que se integra de una manera más o menos estable.

Y por lo tanto, habida cuenta de que se trata de explicar el comportamiento desviado de quienes se encuentran en la base de la pirámide social, enfrentados a notorias carencias de oportunidades, la explicación más coherente y recurrida fue la de la anomia mertoniana: los individuos deben resolver sus problemas de supervivencia y de estatus, y por lo tanto adhieren a un grupo criminal que les asegura el acceso a las oportunidades que les son negadas por su posición en la estructura social. Esta perspectiva tiene el atractivo de que permite mantener en todo su vigor el género de explicaciones patologizantes que fueron características de la sociología de la desviación, aunque en este caso la patología radica en la tensión producida por las metas sociales exigidas por la cultura en relación con las oportunidades provistas por la estructura social, y la consiguiente debilidad del individuo para sobreponerse a ella.

Aunque con una dinámica diversa, centrada en el control social o más bien en la debilidad del control social, las explicaciones de las teorías de la desorganización social siguen un itinerario que en el fondo no es contradictorio con el anterior, señalado por el hecho de que las zonas socialmente desorganizadas excluyen la posibilidad de relaciones adecuadas con la sociedad en general, lo que torna natural que la gente procure organizarse de manera diferencial: una de estas formas diferenciales de organización social es el crimen.

De alguna manera, el puerto final de este tipo de perspectivas es la subcultura, esto es la existencia de una forma grupal de adaptación a las carencias y a las tensiones determinadas por el

ambiente, que toma la forma de una organización dotada de pautas y de técnicas criminales, y que ha desarrollado el modo de provocar y de explotar las *chances* que esas pautas y esas técnicas le permiten; dentro de las teorías subculturales, el crimen organizado constituye la respuesta natural a lo que se ha llamado subcultura criminal³⁰⁴.

Estas explicaciones, por su parte, se enfrentan a la tesis de la asociación diferencial, propuesta por SUTHERLAND como una teoría capaz de explicar todos los comportamientos criminales, fundada en el aprendizaje diferencial de pautas criminales en relación con pautas conformistas. La adhesión de los individuos a los grupos desviados podría así explicarse de manera normal a través de la frecuencia, duración, prioridad e intensidad de los contactos mantenidos con personas portadoras de pautas criminales en relación a los que se han tenido con personas señaladas por su adhesión a modos conformistas de conducta. Pero, como ya se señaló antes, lo que esta teoría no puede explicar es la causa de la formación de las pautas, las técnicas y las estructuras criminales que son objeto de aprendizaje.

Porque, si la adhesión o la integración de individuos a estructuras mayores puede ser explicada de diversas maneras, especialmente a través de un proceso tan normal y libre de patologías como el aprendizaje, la aparición de estas estructuras plantea problemas que una criminología de raíz etiológica no se encuentra en condiciones de abordar.

Pero aun las explicaciones que se refieren a las condiciones que presiden la formación del fenómeno se mantuvieron, por lo general, atadas a la misma idea de déficit, aunque en este caso referido a la presencia del Estado o de una organización social firme y consistente: frente a la ausencia o la ineficacia del Estado en proporcionar aquellas prestaciones que constituyen su cometido principal, o frente a la insubsistencia de lazos sociales

³⁰⁴ Por oposición a las subculturas conflictual y abstencionista, caracterizadas la primera por actos de vandalismo y de una criminalidad violenta y expresiva, y la segunda por actitudes de retirada, generalmente en respuesta al llamado doble fracaso: la derrota al intentar el bienestar a través de una existencia conforme a las pautas sociales y la incapacidad de promover esos mismos objetivos a través de actos criminales; véase CLOWARD y OHLIN, *Delinquency and opportunity: a theory of delinquent gangs*, cit.; críticamente, CLINARD, *Las implicaciones teóricas de la anomia y la conducta desviada*, cit., ps. 37 y siguientes.

estables y consistentes, la aparición de formas sustitutivas de orden social es previsible. Y también es previsible que éstas se manifiesten en términos competitivos con las formas típicas de expresión del Estado, particularmente en cuanto al monopolio de la fuerza, la pacificación de los territorios o la solución de las diferencias entre los particulares³⁰⁵.

La mayoría de estas explicaciones siguen anidando en el terreno subcultural, no sólo las que se desarrollaron para enfrentar la desviación que aparece en las áreas marginales o desorganizadas de las ciudades de Estados Unidos, sino también la que se manifestó en las áreas rurales y semi-rurales sicilianas, que fueron el escenario de origen de las formaciones mafiosas italianas. Y también aquí la aparición de las formas organizadas de conducta criminal se reconduce, con referencia a variables históricas lejanas en el tiempo, a las necesidades arcaicas de suplir la ausencia del Estado, que constituyen siempre el tipo de situaciones que se expresan en un terreno dominado por la carencia o la necesidad.

Por lo tanto, se trata de explicaciones cuyo vigor está limitado sólo a algunas variantes de crimen organizado, pero no a todas sus manifestaciones, por lo que no pueden ser elevadas a teoría general. Por el contrario, muchas de las variantes y modalidades que señalaremos en los próximos capítulos muy difícilmente puedan ser reconducidas a situaciones en las que la clave sea el déficit personal, social o político, dado que se encuentran marcados por la abundancia, tanto de medios y de técnicas, como de oportunidades y de poder.

Y acá debe, por fuerza, acabarse el subjetivismo como modo de definición; pero antes debemos examinar el impacto que las perspectivas subjetivistas y la consecuente separación de los campos empíricos del crimen organizado y del delito de cuello blanco han tenido en el discurso de la criminología.

³⁰⁵ Véase, en este sentido, la tesis de GAMBETTA que atribuye a la mafia un rol sustitutivo del Estado al desarrollar una industria de la protección (GAMBETTA, Diego, *La mafia siciliana: Un'industria della protezione privata*, Ed. Einaudi, Torino, 1994); también ZAMAGNI, Stefano, *Criminalità organizzata e dilemmi della mutua sfiducia: sulla persistenza dell'equilibrio mafioso*, en ZAMAGNI, Stefano (a cura di), *Mercati illegali e mafie: l'economia del crimine organizzato*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1993, ps. 133 y ss. Sobre su desarrollo histórico véase LUPO, Salvatore, *Storia della mafia: dalle origini ai nostri giorni*, Ed. Donzelli, Roma, 1993.

1. 3. El impacto metodológico de las diferencias subjetivas

Es innecesario señalar que este conjunto de factores, predominantemente de orden subjetivo o que se reconducen a experiencias o a imágenes subjetivas, influyó significativamente para mantener separados los campos empíricos y los respectivos discursos académicos referidos al delito de cuello blanco y al crimen organizado.

En este marco, existe una diferencia ostensible entre uno y otro protagonista: a diferencia del criminal convencional, el autor de delitos de cuello blanco no se percibe a sí mismo como delincuente sino como un respetable hombre de negocios, y hace frecuente y sofisticado recurso a técnicas que a la vez que le facilitan enmascarar sus comportamientos de una manera técnicamente razonable, le permiten justificarlos invocando su pertenencia o su similitud con las prácticas comerciales corrientes, o su carácter necesario para resolver situaciones coyunturales o para satisfacer las exigencias o los objetivos de un determinado nivel de rendimiento que de modo sistemático le impone la corporación³⁰⁶.

Este tipo de diferencias entre el criminal convencional y el de cuello blanco había sido ya señalado por SUTHERLAND: el primero no pone empeño en ocultar la perpetración de un delito que a veces es inocultable por su naturaleza, sino en escamotear su propia identidad, y esto para evitar el castigo más que para mantener su estatus, dado que él mismo se reconoce como delincuente y sabe que es reconocido socialmente como tal. En cambio, lo que debe encubrir el criminal de cuello blanco es el delito mismo, ayudado por la naturaleza mayoritaria-

³⁰⁶ Las corporaciones suelen imponer una serie de presiones sobre sus funcionarios a través de exigencias de rendimiento (*performances*) y de logro de resultados monetarios o de mercado, que aunque no se dirijan directamente a la comisión de actos ilegales constituyen de hecho una fuerte presión que puede terminar desembocando en actividades criminales o en todo caso violatorias de la ley; finalmente, algunas de las consecuencias de estas violaciones legales, generalmente consistentes en multas u otras pérdidas monetarias, terminan siendo incorporadas a los costos habituales de las empresas, con lo que adquieren el carácter de contingencias normales de los negocios; sobre este tema, véase GROSS, Edward, *Organization structure and organizational crime*, en GEIS y STOTLAND, *White-collar crime: theory and research*, cit., ps. 52 y siguientes.

mente simbólica de los procedimientos empleados y la dispersión de sus efectos, puesto que la identidad del autor, por lo menos en cuanto al nombre de la compañía que realiza la actividad, es inocultable. Por lo tanto, el empeño en ocultar el crimen corre paralelo a la necesidad de mantener una buena reputación³⁰⁷.

Esta distinción de orden subjetivo es el origen del empeño puesto de manifiesto por la sociología de la desviación en conservar intactas las diferencias entre ambos campos y en mantenerlos separados.

Pero esta distinción no revela el fenómeno en su total integridad, y esto en varios sentidos. Por una parte, oculta una serie de semejanzas objetivas que revisten una importancia descriptiva y definitoria por lo menos igual, si no mayor, a la atribuida a los componentes subjetivos que sustentan la distinción original: oculta, en principio, la identidad de las técnicas empleadas por unos y otros y la articulación que suele establecerse entre las relaciones y los procesos económicos propios de cada uno de estos fenómenos. Por la otra, oculta que en general el conjunto de los valores anclados en la consecución del éxito o del bienestar económico y de cierto prestigio social es básicamente el mismo en ambos casos, aunque el contexto imponga modos diferentes de acceder a esos objetivos.

Pero, si se quiere aún permanecer en el terreno de lo subjetivo, debe relevarse que esta distinción se asienta tan sólo en los estereotipos corrientes de criminalidad, esto es, en las imágenes contrapuestas del delincuente respetable y del delincuente marginal, que alimentaron a la opinión pública a través del mensaje de los medios y de la propaganda de las propias agencias policiales³⁰⁸. Pero los estereotipos no siempre responden a la realidad: se construyen en el seno de un imaginario popular que se alimenta de otra cosa que de investigaciones sociológicas serias, y que a su vez responde a necesidades de control político y de psicología social.

³⁰⁷ SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, cit., p. 172.

³⁰⁸ Sobre el empleo periodístico y político de la imagen de una criminalidad organizada cuyas características fincaban sobre todo en sus aspectos conspirativos y en su origen extranjero, vale decir tan extraños a la buena sociedad estadounidense que permitían poner el "mal" en otra parte, véase ZAFFARONI, *El crimen organizado*, citado.

El delincuente marginal, organizado con sus iguales en el contexto de una trama de relaciones y de pautas subculturales de origen étnico y hasta religioso, siempre fue visto como un personaje marcadamente diferente del estadounidense urbano, educado, blanco y protestante, pero no siempre era ni se mantuvo tan diferente.

Como las personas cambian, también lo hacen sus organizaciones: sobran los ejemplos de grupos criminales que han logrado reciclar su actividad hasta obtener una cierta inserción social y una fuerte imagen de respetabilidad; la evolución de muchas de estas organizaciones, que se han desarrollado desde la más violenta ilegalidad hasta articularse y mimetizarse con las corporaciones que actúan en el mercado legal, ha permitido identificar diversas fases de su trayectoria según un esquema ideal que ha calificado la primera como predatoria, parasitaria la segunda, y simbiótica la final³⁰⁹.

Por último, los criminales convencionales también acuden a racionalizaciones de sus actos que, entre otros objetivos, tienden a atribuir a otros criminales los delitos más graves, o a sostener que todos cometen las mismas ilicitudes, o que los órganos del Estado no son del todo limpios o que no hay otra forma de hacer las cosas que tomando atajos³¹⁰. Todos tienen sus razones, no sólo porque en general todos persiguen las mismas cosas³¹¹ sino porque todos tienen su reputación, aunque la de

³⁰⁹ PETERSON, M., *The changes of a Decade*, en "Criminal Organizations", VI, n° 3-4, ps. 20-22, citado por RUGGIERO, *Economie Sporché: L'impresa criminale in Europa*, cit., p. 53. En el ámbito de la cinematografía, que tanto influye sobre el imaginario popular, ese itinerario es el que muestra la saga de "El Padrino", de Francis Ford Coppola, que permite ver una trayectoria similar que comienza con la violencia y las imágenes más estereotipadas de los grupos mafiosos italoamericanos hasta terminar en una elegante simbiosis político-económica nada menos que con el Vaticano.

³¹⁰ Ver al respecto SYKES, Graham y MATZA, David, *Techniques of neutralization. A Theory of Delinquency*, en "American Sociological Review", n° 22, ps. 664-673.

³¹¹ No es posible atribuir las diferencias de imagen a la existencia de diferencias significativas en los objetivos o en los valores perseguidos por ambas clases de delincuentes puesto que parece que, a grandes trazos, la meta de la riqueza o del éxito social, o del ascenso en la escala social, parece ser una motivación común a todos los delitos de orden más bien instrumental, y los delitos organizativos suelen ser de esta clase.

unos y la de los otros no sea la misma o no resida en el mismo círculo social³¹².

No obstante la debilidad de las diferencias que residen en el origen social o en la cultura, es evidente la fortaleza que detenta la tendencia subjetivista que sostiene que no es lo mismo un delito cometido por funcionarios de una corporación en beneficio de ésta o en beneficio propio, utilizando técnicas vinculadas al ejercicio de la actividad económica que le es propia, que el delito cometido por un grupo que presenta las imágenes estereotipadas de la criminalidad, que recurre con cierta frecuencia y visibilidad al empleo de medios violentos, y que extrae sus beneficios del desarrollo de actividades inequívocamente criminales como el juego, la prostitución, la droga, etcétera³¹³.

Este planteo se acomoda muy bien al discurso dicotómico tradicional del sistema penal y de la criminología, proclive a reificar la delincuencia en una categoría ontológicamente distinta de la normalidad, y que permite de esta manera, al aislar el campo del crimen organizado respecto del ámbito del delito de cuello blanco –cuya relación con la normalidad es ambigua–, establecer algo así como etapas o niveles de criminalidad.

Una cosa es la criminalidad convencional, aun la que de manera más peligrosa y amenazadora se presenta bajo oscuras formas organizativas que ostentan los estigmas de una criminalidad fuertemente distintiva y claramente identificable como lo otro del orden constituido, en este caso, sus antípodas. Y otra

³¹² Finalmente, todos tienen su familia, ante la cual también deben justificar su modo de vida.

³¹³ A esta misma tendencia, aunque también connotada de algunos elementos objetivos como los vinculados al tipo de los delitos cometidos, parece obedecer la tipología de QUINNEY, quien distingue entre los delitos de la economía, que en general se corresponden con la gama de los delitos ocupacionales o económicos, y la economía del crimen, que identifica al crimen organizado que se expresa en la explotación de actividades declaradamente ilegales como la prostitución, el juego, la extorsión, el tráfico de drogas, etc. (QUINNEY, Richard, *The problem of crime*, Dodd/Mead, New York, 1970, citado por RUGGIERO, *Economie Sporche: L'impresa criminale in Europa*, cit., p. 39); como quiera que sea vista, esa distinción contribuye a mantener rígidamente separados el campo de los delitos de cuello blanco de la órbita más amplia constituida por los crímenes convencionales cometidos por criminales organizados.

cosa, más suave y delicada, sería la transgresión excepcional (por ser una excepción) de las reglas de juego de la economía en la que incurren algunos operadores individuales del sistema, que verían criminalizados sus actos en la medida en que se hubiesen hecho visiblemente disfuncionales para el despliegue de las fuerzas del mercado.

Pero si para el discurso criminológico ha sido fácil o preciso establecer una diferencia entre ambos niveles –el de una criminalidad rotunda y ostentosa y el de una criminalidad sólo sugerida por el hecho de la criminalización formal y contingente de algunas actividades técnicas–, también le ha sido preciso ubicar estos dos campos como los elementos de una función necesaria para la identidad y la subsistencia del discurso de la disciplina: ambos, delito de cuello blanco y crimen organizado, no obstante sus incompatibilidades, constituirían partes de un cuerpo extraño, sobreviniente, exterior, que perfora e interrumpe la armonía del orden establecido.

La distinción inicial y la comunidad funcional de estos dos niveles ayuda, sin duda, a diferenciarlos y a alejarlos de toda relación estructural posible con el orden establecido, a metabolizar la conjunción sutherlandiana entre clase alta y criminalidad sin dejar rastros de otra intersección más alarmante, que es la que existe entre el crimen y la política.

La naturaleza criminal de las actividades señaladas, una serie de similitudes objetivas que desembocan en la dificultad para distinguir empíricamente ambos campos, como se verá más adelante, y la imagen de violencia que ellas denotan parecen justificar un análisis conjunto o confluyente desde la perspectiva de las ciencias sociales, sin que éste se invalide por la verificación de alguna diferencia perceptible entre ambos fenómenos³¹⁴.

Pero hay una semejanza más profunda que justifica su vinculación: ambos mantienen, como se verá más adelante, la misma y particular relación con la ley.

De esta manera, ellas conforman campos empíricos que, juntos o separados, pero con mayor claridad en cuanto pertene-

³¹⁴ Ésta es, por otra parte, la sugerencia de RUGGIERO, *Economie Sporché: L'impresa criminale in Europa*, cit., ps. 38 y siguientes.

cientes a un mismo sector de fenómenos desviados, permiten denotar con exactitud tanto la ruptura del esquema de regla excepción del que derivan las ambigüedades más notorias del discurso de la criminología, como el envilecimiento del Derecho, que es su consecuencia más significativa.

1. 4. Semejanzas, proximidades e identidades

Como se ha anticipado, no es sólo una cuestión metodológica la que desaconseja mantener las fronteras que separan los campos del delito de cuello blanco y del crimen organizado.

Ambos tienen ligaduras evidentes desde el aspecto fenomenológico: sus autores comparten una gama de valores entre los cuales el éxito económico y el ascenso social son de primera magnitud; acuden a metodologías ilegales en la persecución de sus objetivos; en muchas ocasiones forman asociaciones contingentes, de medio o de largo alcance, intercambian servicios y promueven recíprocamente sus actividades. Las investigaciones sobre el reciclado del dinero sucio demuestran las conexiones entre criminales profesionales, crimen organizado, estafadores sofisticados, capitanes de la industria, evasores fiscales y personajes políticos y financieros³¹⁵. La motivación económica es similar, así como el empleo de aparatos organizativos de cierta complejidad y el empleo de estrategias que admiten resonancia en las teorías organizacionales.

En general, en contraste con los ingentes esfuerzos dedicados a marcar las ambiguas fronteras existentes entre el delito de cuello blanco y el comportamiento ordinario de los negocios, la sobreposición existente entre el primero y el crimen organizado ha quedado relativamente descuidada³¹⁶. Sin embargo, esa sobreposición es un dato de la realidad: la apariencia de negocios legítimos es a menudo empleada por los criminales del sector organizado de la delincuencia convencional para ocultar la naturaleza real de sus negocios, o bien actuando legalmente por un tiempo para después asestar un golpe aprovechando la ima-

³¹⁵ RUGGIERO, *Economie Sporche: L'impresa criminale in Europa*, cit., p. 45.

³¹⁶ Cfme. NELKEN, *White collar crime*, cit., ps. 910 y ss., a quien pertenecen algunos de los ejemplos que siguen, referentes a la simbiosis existente entre el delito de cuello blanco y el crimen organizado.

gen que habían creado, o bien penetrando o adquiriendo compañías legítimas para lanzar desde ellas su plan criminal. Una de las manifestaciones más corrientes del crimen organizado es el monopolio de algunas actividades legítimas en la producción de bienes y servicios, como la construcción, la operación de los puertos³¹⁷ o la recolección de la basura. Pero también existe una suerte de división del trabajo entre los delincuentes económicos y el crimen organizado: los primeros suelen subcontratar servicios criminales para asegurar o forzar el repago de sus créditos, el lavado de dinero negro, el ocultamiento o la transferencia de los capitales evadidos de los impuestos o el enmascaramiento de la misma evasión o de otros delitos acudiendo a la falsificación de documentos³¹⁸; también es común el recurso a contrabandistas para favorecer sistemas controlados de precios internacionales o la subcontratación de matones para asegurar el orden en algunas industrias o para deshacerse de desechos tóxicos. Pero, a la inversa, también son los criminales organizados los que suelen llamar a la colaboración de sus colegas de círculos más respetables, como por ejemplo para el reciclado del dinero sucio a través de los bancos y las entidades financieras y, lo que asume una importancia crucial, para favorecer la red de contactos políticos o policiales a través de relaciones mediadas por la corrupción³¹⁹.

Las variables de este complejo panorama de sobreposiciones y de mediaciones se enriquecen si se toman en cuenta los sectores de la economía sumergida o informal, que ocupan una vasta

³¹⁷ Es clásico el estudio de Daniel BELL sobre la organización mafiosa que controlaba los muelles de Nueva York (BELL, Daniel, *The racket-ridden longshoremen*, cap. 9 de *End of ideology*, The Free Press of Glencoe, New York, 1960, citado por MATZA, *El proceso de desviación*, cit., ps. 46 y siguientes).

³¹⁸ El caso conocido como "Equity Funding Corporation of America", de 1973, probablemente el más grande caso de fraude ocurrido en los Estados Unidos desde el proceso antitrust por los equipamientos eléctricos de la General Electric (véase GEIS, Gilbert, *The heavy electrical equipment antitrust cases of 1961*, en GEIS, MEIER y SALINGER, *White collar crime: classic and contemporary views*, cit., p. 151), consistió en una compleja maniobra ejecutada en torno a operaciones de seguros y fondos mutuos, que requirió la falsificación sistemática de miles de documentos, pólizas de seguro, solitudes de clientes, certificados médicos y demás, en una altísima escala; véase GROSS, *Organization structure and organizational crime*, cit., ps. 71 y siguientes.

³¹⁹ Este tema será examinado más adelante.

área de situación indefinida: en una visión ortodoxa, su lugar más claro estaría entre los sectores de la economía legal y la ilegal, participando en parte de una y en parte de la otra, o de manera intermitente con la una y con la otra. Esta visión la coloca como una especie de puente que aseguraría la continuidad o la integración del sistema global de la economía, pero al mismo tiempo la constituye en un colchón: una forma de intermediación que, al tiempo que vincula a ambas partes en una perspectiva funcional, permite separarlas en cómodos términos subjetivos. Sin embargo, en el terreno de la economía, no parece que el crimen requiera de intermediarios de una clase tan precaria.

Desde este punto de vista, en una definición que incorpora algunas de las variables definitorias que se han señalado más arriba, pero que sobre todo privilegia el modo de manifestación del crimen organizado por sobre sus contingentes componentes subjetivos, se ha dicho que

"hay crimen organizado cuando se ponen en acción estructuras y modalidades articuladas, diversificadas, capaces de conducir actividades flexibles. Una organización de ese tipo (...) debe dar respuesta a exigencias peculiares ligadas a su condición de ilegalidad. Primera de todas la exigencia, aunque manteniéndose secreta, de hacer valer públicamente la propia fuerza de coacción y de disuasión. Un justo equilibrio, entonces, entre publicidad y ocultamiento que solamente una estructura compleja está en condiciones de conseguir. En segundo lugar, la exigencia de neutralizar la intervención de la ley a través del silencio (omertà), la corrupción, las represalias. Finalmente, la necesidad de conciliar el orden en su propio interior, a través de formas de control y de solución de los conflictos, con la legitimidad hacia el exterior, a través de la erogación de oportunidades sociales y ocupacionales³²⁰".

El párrafo es clarísimo y echa luz sobre las significativas semejanzas que guardan las organizaciones criminales declaradas con la actuación de los grupos económicos que recurren a ma-

³²⁰ RUGGIERO, *Economie Sporche: L'impresa criminale in Europa*, cit., p. 51, con cita de Stanley COHEN, *The concept of Criminal Organization*, en "British Journal of Criminology", XVII, n° 2, ps. 97-111.

niobras ilegales, se valen de operaciones de propaganda, sobornan funcionarios, obtienen o amplían sus oportunidades de negocio a través de actos de corrupción, influyen en el Estado para mejorar su porción en el mercado a través de la aprobación de normativas, incluso penales, que favorecen sus intereses y desmejoran los de sus competidores, forman y refuerzan monopolios, se apropian de clientelas cautivas o del patrimonio social a través de procesos arreglados de privatización, recurren a actos hostiles en lo que no está excluido el uso de la fuerza, además de la descalificación empleando los medios de comunicación pública para hacerse un lugar o defenderlo, y emplean todos los mecanismos de coerción política nacional e internacional para sostener sus pretensiones.

El recurso a la violencia extrema no distingue suficientemente ambos campos: las sutiles y elegantes dinámicas de la delincuencia económica y de la corrupción política también han dejado sus muertos³²¹.

Es que, de hecho, las notas definitorias del crimen organizado no pueden reducirse a sus componentes subjetivos originales, lo que limita la comprensión del fenómeno a un imaginario social que se caracteriza ante todo por la temibilidad³²². Lo que

³²¹ En Argentina son varios y notorios los casos vinculados a procesos que versaban sobre delitos económicos y fenómenos de corrupción política en que aparecieron cadáveres y suicidios en situaciones, valga la paradoja, claramente dudosas.

³²² Según PAVARINI, los desarrollos que para la definición de este campo apuntan sobre los elementos organizativos despiertan una serie de ambigüedades: la primera, que hasta un cierto punto, todo delito económicamente motivado prevé una cierta organización y por lo tanto el delito desorganizado no existiría como trasfondo del crimen organizado, lo que conduciría a la desaparición de este concepto; desde el otro lado, el acento sobre los elementos económicos tiende a disolver la misma categoría, toda vez que existe una fuerte tendencia a la confusión entre economías legales e ilegales y, por lo tanto el concepto alcanzaría una inabarcable e inmanejable amplitud, abrazando la ilegalidad económica y política *tout court*. Sobre esas ambigüedades, PAVARINI sugiere que en realidad la categoría de crimen organizado difícilmente se pueda desarrollar sobre terrenos ajenos a las asociaciones o culturas mafiosas tradicionales, cuya distinción sobre otros elementos del universo social reside sobre todo en el valor de la temibilidad o peligrosidad, que es la que provee los materiales para la construcción –y sobre todo para la percepción social alarmada– del fenómeno; PAVARINI, Massimo, *Lo sguardo artificiale sul crimine organizzato*, en GIOSTRA, Glauco e INSOLERA, Gaetano (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Ed. Giuffrè, Milano, 1995, ps. 75 y siguientes.

en definitiva importa es más bien aquello que los criminales organizados hacen, cómo lo hacen, con quiénes lo hacen y qué consecuencias acarrea todo ello, en lugar de, simplemente, cómo son o de dónde vienen³²³.

Y en aquello que hacen, es innegable que existe una gran comunidad de técnicas y de formas de actuación que liga a los delincuentes económicos con los criminales organizados, hasta el punto de que es frecuente que el *know how* empleado en sus diversas actividades constituya un patrimonio que muda permanentemente de uno a otro campo y viceversa³²⁴.

La semejanza que las corporaciones de la economía corriente mantienen con las organizaciones criminales en ciertas formas objetivas de la organización, la actuación y la apropiación de la riqueza, constituye una clara señal de que en muchos casos unos y otros conforman, en puntos marcados por el distinto grado de penetración en la economía legal, partes del mismo *continuum*; y esas notas son las que denotan con mayor evidencia la presencia del crimen en el marco de las relaciones económicas y políticas dominantes.

La íntima compenetración entre la economía y la política ha hecho a esta última dependiente en gran parte de la lógica del mercado y ha determinado la adopción de decisiones políticas e incluso de enteros modelos económicos y sociales sobre la base de la conveniencia privada de los grupos que actúan en

³²³ Según SHAPIRO, el énfasis puesto en las distinciones subjetivas confunde los actos con los actores, las normas violadas con sus violadores, el *modus operandi* con el operador y, por lo tanto, los delitos no pueden ser definidos a través de las características de quien los comete, porque así se corre el riesgo de descuidar los aspectos relevantes constituidos por los delitos mismos y por las técnicas que conducen a su realización (SHAPIRO, *Collaring the crime, not the criminal*, cit., citado por RUGGIERO, *Economie Sporche: L'impresa criminale in Europa*, cit., p. 43).

³²⁴ El argumento frecuentemente utilizado para señalar los peligros de la inserción de criminales provenientes del crimen organizado convencional en el área de la economía lícita lo suministra el temor de que éstos aporten su cuota de violencia y de salvajismo en un mundo dominado por reglas formalmente pacíficas. Sin embargo, lo usual es que sean las técnicas sofisticadas para delinquir desarrolladas en el mundo de los negocios las que se traspasen a los recién llegados. En el sentido de que esas técnicas pueden pasar de un grupo a otro de forma intermitente, ver RUGGIERO, *Economie Sporche: L'impresa criminale in Europa*, cit., p. 43.

la economía³²⁵. Este cuadro ubica a la política en sí y a las formas institucionales del ejercicio del poder como partes integrantes de un nuevo conjunto donde la indiferenciación entre legal e ilegal, legítimo e ilegítimo ha devenido en su nota característica.

Ello señala el problema de la articulación entre las economías legales y las ilegales, que es el dato de la confusión entre legitimidad e ilegitimidad, lo que se traduce en las acentuadas formas de mimetismo que se manifiestan en el ámbito de la economía legal y de la política, donde se despliegan prácticas ilegales y violentas de apropiación de un rédito y explotación de las oportunidades que esa posición ofrece, hasta un punto tal que puede decirse que el orden económico y político contiene, *ab initio*, el desorden criminal³²⁶.

A partir de allí, la antigua obsesión criminológica o de las ciencias sociales en el establecimiento de fronteras que separen ambos campos ha perdido parte de su sentido metodológico o interpretativo original.

1. 5. El crimen como empresa

En el discurso de la sociología de la desviación, esta confusión entre las economías legales y las economías criminales se expresa en el hecho de que las explicaciones, tanto etiológicas como simplemente descriptivas, del fenómeno del crimen organizado se hayan deslizado paulatinamente hacia el terreno del análisis económico, vinculado a su vez con las teorías de la organización. Y esto tiene sus ventajas: el acento puesto en los aspectos organizativos permite con mayor facilidad comparar y vincular ambos campos, el del delito de cuello blanco y el del crimen organizado, como dos formas semisuperpuestas del mismo tipo de fenómeno social. Y a la vez conduce el análisis hacia horizontes cada vez más alejados del patologismo que anima las explicaciones corrientes sobre el crimen convencional.

³²⁵ FERRAJOLI, Luigi, *El Estado constitucional de derecho hoy*, en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Corrupción y Estado de derecho; el papel de la jurisdicción*, Ed. Trotta, Madrid, 1996.

³²⁶ RUGGIERO, *Economie Sporche: L'impresa criminale in Europa*, cit., p. 208.

De esta forma, el crimen organizado cobra otro sentido si se lo reconduce a una forma de actividad económica marcada por la misma racionalidad que determina o que conduce cualquier otra forma de actividad corriente. En este marco, la elección por una determinada actividad criminal está presidida por el mismo tipo de reflexión y de decisión personal que caracteriza a cualquier emprendimiento económico de la vida corriente, fundado en preferencias en las que el cálculo de las ventajas y las desventajas constituye un elemento de base³²⁷. En este marco, la ecuación entre los costos y los beneficios no es el único factor a tener en cuenta: la probabilidad del arresto y de la condena influyen ciertamente en las decisiones de los actores del mercado ilegal, y cuanto mayor sea esa posibilidad, se entiende que un elector racional preferirá el crimen con menor frecuencia³²⁸.

La perspectiva fundada en los análisis económicos se separa así radicalmente de los enfoques patológicos: la empresa criminal es en el fondo una empresa, aunque algunos perfiles de su operación puedan asumir contornos delictivos. El por qué y el cómo de esos contornos, que pueden referirse tanto a los méto-

³²⁷ Sobre la aplicabilidad de los enfoques económicos al crimen organizado, entendido éste como una elección racional en el marco de los componentes de cualquier empresa que procura beneficios, véanse BECKER, Gary, *Crime and Punishment: an economic approach*, en "Journal of Political Economy", 1968; RUBIN, P. H., *The economics of crime*, en ANDREANO, R. y SIGFRIED, J. (comps.), *The economics of crime*, Ed. Wiley, New York, 1980; STIGLER, G., *The optimum enforcement of law*, en "Journal of Political Economy", LXXVIII, n° 3, 1970, ps. 526 y ss.; un panorama de las perspectivas economicistas aplicadas al análisis del crimen, RUGGIERO, *Economie Sporché: L'impresa criminale in Europa*, cit., ps. 62 y ss., y REY, Guido, *Analisi economica ed evidenza empirica dell'attività illegale in Italia*, en ZAMAGNI, Stefano, *Mercati Illegali e mafie: l'economia del crimine organizzato*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1993, ps. 15 y ss. Algunas de las primeras citas proceden de los trabajos de RUGGIERO y de REY.

³²⁸ Esta circunstancia conduce a la aplicación de la cuestión del costo-beneficio a los sistemas de control social punitivo: aunque sería teóricamente posible aumentar los riesgos de los delincuentes de ser arrestados y condenados, ese incremento conlleva un fuerte aumento en los costos sociales del sistema, lo que importa una alteración en la ecuación original que debe ser nuevamente evaluada. Un beneficio marginal en la eficacia del sistema punitivo podría estar contrabalanceado por un aumento desproporcionado de los costos sociales que implica mantenerlo en operación, lo que lo tornaría en ineficiente.

dos empleados como a los objetivos perseguidos, a las áreas geográficas a desarrollar, al tipo y a la complejidad de la estructura a desplegar, a la clase de las alianzas a establecer, al tipo de productos o servicios a ofrecer, a la forma de protección o seguridades que se procurarán, abandonan toda explicación fundada en las características personales de sus protagonistas, hasta el punto en que terminan por ser asimilados como efectos necesarios, aunque indeseados, de una actividad económica.

Pero con esos condimentos marcados por la ilegalidad, el problema que sigue es determinar si una empresa criminal deja de ser una actividad económica en el sentido ortodoxo del término, y por lo tanto debe ser analizada tan sólo desde el punto de vista de la ilegalidad de todas o de algunas de las secuencias de los procesos que despliega, esto es desde el derecho criminal o desde la sociología de la desviación o, en cambio, le es igualmente aplicable o es útil un análisis desde la economía y desde la teoría de las organizaciones. Este tipo de análisis presupone que una organización criminal no es otra cosa, en el fondo, que una empresa con finalidad económica a la que la ilegalidad le aporta cierta diferenciación, es decir, le impone las características y las consecuencias derivadas de esa ilegalidad³²⁹.

Desde esta perspectiva, entendida como un emprendimiento racional que busca obtener y maximizar sus resultados económicos, la organización criminal se encuentra sometida a la influencia de las mismas condiciones internas y de contexto que cualquier empresa, pero con los costos y con las ventajas adicionales que comporta la ilegalidad.

Esto tiene un sentido determinado: un proceso económico cualquiera, sea de producción o de distribución o de intercam-

³²⁹ Los efectos de la ilegalidad son muchos y se expresan en sentidos diversos: por una parte el riesgo de la detección, el proceso y la condena, o los derivados de las situaciones de violencia, corrupción, delaciones, traiciones y otras alternativas propias de un mundo criminal o de la inserción de rasgos criminales en el mundo de la economía; por otra parte, la ilegalidad proporciona mercados protegidos, en el sentido de que, encontrándose prohibida una actividad, los delincuentes que la llevan a cabo sólo encontrarán competidores que se animen a arrostrar los mismos riesgos, y ello determina que, en algunos campos, las actividades criminales organizadas tiendan a actuar en condiciones monopólicas u oligopólicas; por otra parte, la ilegalidad suele ser la condición de la existencia de un mercado para la venta de productos o servicios prohibidos, en la que el origen de la renta consiste precisamente en una prohibición penal.

bio de bienes y de servicios, de cualquier índole, representa el resultado más o menos previsible o gobernable de una serie de factores internos y externos: por una parte el capital, la mano de obra, los insumos, la competencia técnica, la administración de esos recursos, y por la otra las condiciones generales a los que está sometido el intercambio, la conducta de los proveedores y de los clientes y el tipo y las reglas que rigen la relación que se establece con ellos, la reinversión de los resultados, etcétera.

Desde el ángulo de la sociología weberiana, una empresa capitalista requiere tener la posibilidad de controlar esos factores, en el sentido no de dominarlos sino de calcularlos y de incorporarlos a una proyección de resultados. Es a esta posibilidad de previsión a la que se refiere Max WEBER de manera específica con su exigencia de una administración llevada a cabo conforme a reglas formales y de un derecho previsible que regule la conducta de los actores del mercado. En este sentido preciso, la ley, el derecho, forman parte del entorno, integran las condiciones dentro de las cuales o bajo las cuales una organización cualquiera desarrolla sus actividades económicas.

El caso no es distinto para una organización criminal enderezada a la creación o a la acumulación de la riqueza: el derecho representa un factor a tener en cuenta³³⁰, aunque aquí de manera especial: por una parte influye en sus costos y por la otra incide en su ganancia. La forma en que esta ambivalente relación se despliega respecto de una organización determinada depende de la estructura y de los objetivos de esta organización.

De ordinario, cuando una organización criminal se dedica a la distribución de bienes o de servicios ilegales, la ilegalidad representa la condición de la ganancia: esto es lo que sucede con el tráfico de estupefacientes, con la producción y la venta de alcohol durante los años de la prohibición en los Estados Unidos, la administración de la oferta de servicios sexuales, la red de apuestas ilegales y en general en todos los casos en que la prohibición o la existencia de algunas limitaciones legales genera

³³⁰ Cfme., en general, GROSS (*Organization structure and organizational crime*, cit., ps. 53 y 66), para quien "el 'crimen organizacional' debe ser visto como una transacción entre personas corporativas (esto es, corporaciones) y la ley, en el proceso en el cual la persona corporativa juega un rol clave en el trato con la ley, como lo hace con todo otro elemento de su ambiente".

un mercado negro de productos igualmente apetecidos por alguna parte de la población, que configura una demanda de cierta rigidez³³¹.

La ilegalidad de un producto aumenta de por sí el precio, porque lo torna difícil de obtener, lo somete a condiciones de monopolio o aumenta los riesgos de su adquisición o de su disfrute, especialmente en los casos en que puede esperarse que la demanda se mantenga constante, como en el consumo de estupefacientes³³²; por otra parte, el hecho de que el producto o el servicio sea ilegal representa costos adicionales de producción, transporte o puesta a disposición del consumidor, que deben incorporarse al precio que éste finalmente paga. Sea como sea, el hecho de que el producto o el servicio sea ilegal aumenta los márgenes de ganancia, por lo menos en algunos de los segmentos de la cadena³³³.

³³¹ En rigor de verdad, el principio no es sólo aplicable a los casos en los que la prohibición ha generado un mercado negro, aunque éstos son sin duda los más evidentes. También sucede en otros tipos de servicios ilegales, como los de venta de facturas falsas para fraguar contabilidades o gastos deducibles de impuestos, o los de la falsificación de documentos personales, o los de la introducción a pedido de mercaderías de contrabando, o las operaciones bancarias que canalizan el lavado de dinero; en todos estos casos rigen, diríase, precios de mercado, a veces calculados en porcentajes sobre el valor de la operación, y a veces influidos por la presencia de riesgos especiales, como los atribuibles a la importancia o a la situación que atraviesa el personaje para quien se piden documentos falsificados. Las leyes de la oferta y la demanda tienen aquí aplicación directa, aunque no figuran en los informes de las bolsas de comercio.

³³² Las infracciones cometidas por las organizaciones que se dedican a la venta de productos o de servicios declarados ilegales suelen consistir en delitos sin víctimas, puesto que el consumidor está tan interesado en adquirir el producto o el servicio como lo está su productor en colocarlo; la consecuencia más relevante de esta relación consensuada es que, cuando los consumidores expresan necesidades reales o incoercibles, se ven forzados a participar, con el vendedor, en el mismo marco y en las mismas condiciones clandestinas y criminales en las que el último actúa, y esto es desde ya el problema principal de algunos mercados negros en los que la prohibición desencadena efectos no queridos sobre el eslabón más débil de la cadena: el consumidor; sobre este tema en particular, véase MANCONI, Luigi, *Limitare la sofferenza: per un programma di riduzione dei danni*, en MANCONI, Luigi (a cura di), *Legalizzare la droga: una ragionevole proposta di sperimentazione*, Ed. Feltrinelli, Milano, 1991, ps. 5 y siguientes.

³³³ En el caso de narcotráfico, por ejemplo, los márgenes de ganancia son incomparablemente mayores en las etapas generalmente controladas

Si la ilegalidad de una actividad, de un producto o de un servicio suele representar la condición de la ganancia y de la propia formación de grupos criminales para desarrollarla, al mismo tiempo representa una serie de costos que deben tomarse en cuenta.

Cuando se trata de organizaciones que producen estos bienes y servicios, algunos costos pueden ser incorporados a los precios que paga el público, dado que son calculables, y nadie supone que las organizaciones criminales más racionalmente estructuradas no realizan cálculos de costos a la manera de las industrias normales. Junto a los costos que provienen de los procesos de producción, transporte o venta se encuentran aquellos cuya razón de ser reside en la ilegalidad: costos de protección, sobornos a funcionarios públicos, policías, jueces y políticos en pago de actos de corrupción o de servicios de protección, gastos en armamentos, custodias y una cantidad infinita de servicios especiales, a veces subcontratados a otras organizaciones delictivas, como las vinculadas a actos de coerción directa a través de terceros, a la falsificación de documentos, al contrabando, a operaciones bancarias de manejo de dinero, transferencias, pagos y lavado, o de servicios profesionales como los de abogados, escribanos, contadores y administradores, especialmente cuando éstos están al corriente de aquello para lo cual colaboran, etcétera.

Todo esto es calculable, a lo que se suman los costos eventuales, que suelen ser de extraordinaria importancia cuando provienen de los gastos necesarios para hacer frente a los arrestos, los procesos, el cumplimiento de las condenas, el pago de las multas, las pérdidas patrimoniales por confiscaciones e incluso las que se sufren a manos de competidores que aprovechan las épocas de infortunio, y hasta los costos de las heridas y los fallecimientos sufridos en el cumplimiento de los deberes impuestos por la organización.

por las grandes organizaciones, especialmente en la elaboración del producto final, su transporte hacia los centros de consumo y la puesta a disposición de los distribuidores locales; los eslabones marginales de este proceso suelen ser los más débiles, como los campesinos productores de la materia prima, y los vendedores al menudeo, que suelen ser ellos mismos consumidores.

El tipo y la gravedad de estas consecuencias y en general de los costos de la ilegalidad dependen obviamente del tipo, de la estructura, de la actividad y de los métodos empleados por la empresa, dado que no es lo mismo un grupo dedicado a una actividad inequívocamente criminal y perseguida activamente como tal, como lo es el tráfico de estupefacientes, que un grupo que combina actividades legítimas con actos delictivos, o que procura las primeras a través de medios criminales con algún grado de sofisticación.

Pero, en cualquier caso, éstas son las características de los emprendimientos económicos criminales que los asemejan al tipo ideal weberiano de capitalismo anárquico o aventurero, puesto que se encuentra fundado en una serie de parámetros de los cuales algunos son calculables y otros imprevisibles, salvo estadísticamente. Aunque es posible, por ejemplo, calcular cuántos individuos que transportan drogas a través de las fronteras podrían ser detectados o cuántos vendedores callejeros de droga podrían ser arrestados o cuánta droga podría ser decomisada, a través de series estadísticas de extrema amplitud o a través de los datos disponibles sobre los resultados alcanzados hasta ese momento, esas magnitudes están siempre sometidas a las variaciones que de manera constante sufren los sistemas de control. Pero, más allá de este esfuerzo en prever el ritmo imprevisible de lo que en algún momento y de alguna forma podrá o deberá suceder, es evidente que una empresa que funda su rentabilidad en la posibilidad de permanecer fuera de los ojos de la policía o de que no ocurra un accidente inesperado pero probable³³⁴ es, definitivamente, una empresa aventurera.

La presencia de la ley constituye así un dato relevante en el ambiente con que el crimen organizado tiene que lidiar, de una manera inversa a cómo se espera que lo haga una empresa corriente en un sistema capitalista racional. De allí que una gran parte de las condiciones a través de las cuales puede desarrollarse una empresa de este tipo se encuentran abrazadas a la co-

³³⁴ Para referirnos a acontecimientos corrientes, que el funcionario corrupto a quien se le ha comprado protección o favores se arrepienta o le entre miedo.

rrupción y a la forma en que, a su amparo, el crimen organizado despliega una relación particular con el Derecho³³⁵.

Pero volviendo a los componentes estrictamente económicos de una empresa criminal, es evidente que el tipo de organización que se establezca deberá ser el adecuado para soportar los costos que se han señalado y los que derivan de ciertos elementos tecnológicos que pueden hacer preferible diseñar una empresa de grandes dimensiones. En este sentido, el tamaño de la organización suele depender de factores estrictamente económicos o cuya función es equiparable a los factores propios de la economía. Los costos tecnológicos y de gestión, la necesidad de actuar en condiciones de monopolio y los factores de riesgo legal son los que suelen determinar el tamaño y la estructura de las organizaciones de tipo más bien instrumental o generadas para un propósito definido³³⁶.

La equiparación puede extenderse también al *output* del emprendimiento. Como lo hace cualquier actividad económica, su producto final está acompañado de costos externos indeseables; toda empresa produce efectos beneficiosos, pero al mismo tiempo genera diseconomías, costos que repercuten generalmente hacia el exterior, bajo la forma de daño ambiental, lesión a derechos sindicales, evasión impositiva, etc. El problema es minimizar esos costos, absorbiéndolos en lo posible, o reduciéndolos a través de la equiparación de algunos de ellos a delitos y sometiéndolos a sanción formal, con todas las dificultades que la teoría del delito de cuello blanco expuso.

La situación no es distinta en el caso de las actividades criminales, y la presencia de esos costos externos aparece con mayor evidencia en los sectores en que la diferenciación entre lo criminal y lo corriente aparece más sencilla, como en la organización de las apuestas clandestinas, el manejo de la prostitución o la venta de productos ilegalizados; no obstante, esos costos también se exhiben en aquellas que, en algún punto del arco que ocupan, ya no pueden ser adecuadamente diferenciadas de las actividades lícitas.

³³⁵ Este tema será tratado con mayor detalle más adelante.

³³⁶ Con esto pretendemos dejar afuera de esta afirmación a las organizaciones mafiosas, cuya estructura y composición dependen más bien de componentes históricos y sociales que al parecer no se encuentran exclusivamente vinculados a sus objetivos instrumentales.

Las diseconomías debidas a la ilegalidad son prácticamente indeterminadas: desde el daño ambiental, la pérdida patrimonial del Estado en forma de impuestos no cobrados o de subsidios u otros beneficios pagados, el daño a la salud y al patrimonio de los consumidores, la pérdida de la propiedad ajena y muchos otros. No obstante, hay dos que sobresalen entre todos ellos, que sin duda alguna son la corrupción y la violencia. La primera tiende a asegurar un ambiente favorable o seguro al desarrollo de las actividades que constituyen el objeto de la organización, bajo la forma de la compra de los favores estatales o de ciertos modos de protección o de silencio; la segunda, a imponer un cierto grado de disciplina sobre los agentes del exterior, sean éstos proveedores o adquirentes, competidores, aliados o socios ocasionales; sin perjuicio de la que también se puede volver hacia su propio interior.

Y en este punto se presenta una paradoja: si en los términos del control de la legalidad las grandes organizaciones criminales se presentan como más peligrosas o, por lo menos, son las que despiertan mayor alarma social, en los términos de la economía, en cambio, podrían ser consideradas preferibles a los grupos pequeños y relativamente indisciplinados e inestables³³⁷. El principio parte de la base de considerar que una organización grande se encuentra en mejores condiciones de internalizar estas diseconomías en la medida en que, por lo general, se encuentran atadas a proyectos de permanencia. Por lo tanto, los efectos colaterales podrían atacar contra estos proyectos: el recurso frecuente o excesivo a la violencia, por poner la más notoria de estas externalidades, podría debilitar su política de alianzas, despertar mayor atención de los medios, exacerbar la preocupación política e incrementar el control de la policía o de los jueces.

³³⁷ Sobre la preferibilidad del crimen organizado respecto de las bandas pequeñas y relativamente desorganizadas, SCHELLING, T. C., *Economic analysis of organized crime*, en PRESIDENT'S COMMISSION ON LAW ENFORCEMENT AND THE ADMINISTRATION OF JUSTICE, *Task force report: organized crime*, Washington, 1967, y *Economics and criminal enterprise*, en ANDREANO y SIEGFRIED, *The economics of crime*, cit.; BUCHANAN, J., *A defence of organized crime?*, en ANDREANO y SIEGFRIED, *The economics of crime*, cit., citados por RUGGIERO, *Economie Sporche: L'impresa criminale in Europa*, cit., ps. 63 y ss., y por REY, *Analisi economica ed evidenza empirica dell'attività illegale in Italia*, citado.

El tamaño de estas organizaciones les permitirían abstenerse de emplear métodos excesivamente irritativos y absorber hacia el interior algunos de los costos externos de su operación; por lo demás, cuando éstos se relacionan con el empleo de la violencia, una organización poderosa suele no verse compelida a ejercerla, dado que la sola amenaza o una sugerencia suficientemente explícita³³⁸ —en condiciones en las que todos saben que puede ser cumplida— suelen ser suficientes para sus propósitos.

De manera adicional, las reglas económicas sobre el funcionamiento de los monopolios pueden llevar a la misma conclusión: los efectos propios de una actividad desarrollada en condiciones monopolísticas radican en la disminución de la oferta de los bienes o de los servicios producidos y en el incremento de los precios. Si se considera el *output* de una empresa criminal como un bien económico, aunque deba ser considerado un mal en términos sociales generales, es posible pensar que la captación de determinados mercados ilegales por una sola o por un grupo compacto de grandes organizaciones podría reducir la oferta de bienes y de servicios ilegales y elevar sus precios: sería ésta una manera, indirecta, de reducir el impacto de la ilegalidad sobre el contexto social³³⁹. Al mismo tiempo, una empresa que opere en condiciones de monopolio carece de interés en ejercer violencia sobre otros competidores para asegurarse su cuota de mercado, con lo que desde esta perspectiva podría reducirse el empleo de la fuerza, por lo menos hacia el exterior de estas organizaciones.

La perspectiva de la preferibilidad del gran crimen organizado en relación a las bandas pequeñas e inestables permitiría pensar que algunos mercados serían más disciplinados y previsibles y además menos dañinos si se encontraran dominados por el primero: pero ésta es una paradoja difícil de aceptar, dado que equivale a conceder a particulares, para colmo dotados de una cultura y de unas técnicas criminales, el control del or-

³³⁸ En el imaginario mafioso, *una oferta que no podrá rechazar*.

³³⁹ Estas apreciaciones pueden no obstante cuestionarse, por lo menos en las áreas donde la demanda de bienes o de servicios ilegales —como en la droga o la prostitución— es más bien rígida y constante: el monopolio no estaría así en condiciones de reducir sensiblemente el consumo de estos “bienes”.

den público: las reglas públicas del Estado de derecho podrían ser privatizadas de manera ostensible.

Es cierto que la difusión y el poder de las organizaciones criminales que se insertan en la economía legal y en la propia política constituye el más sólido obstáculo a la vigencia efectiva del Estado de derecho, porque expresan formas ocultas de privatización de la esfera pública³⁴⁰, pero ello es una cosa bien distinta que aceptar con ligereza que un dato indeseable de la realidad lleve a aceptar a éste como una regla a seguir, bajo una impronta exclusivamente tecnocrática.

De todas maneras, la perspectiva de la preferibilidad del gran crimen organizado depende de un cierto preconceito sobre la realidad de estos grupos: que éstos se compongan, de manera cuantitativamente significativa, de grandes organizaciones estables, coordinadas centralmente, con una disciplina interna consistente y con posibilidades de controlar eficazmente territorios y personas. Pero esta concepción es harto discutible, salvo que se quiera identificar el crimen organizado tan sólo con las estructuras mafiosas italianas o ítalo-americanas, que representan tan sólo una de las posibles variantes del crimen organizado.

En suma, tanto esa perspectiva como el concepto que está en la base de los enfoques económicos dependen de la posibilidad de distinguir netamente entre crimen organizado y crimen desorganizado, otorgándole al primero una serie de características que lo hagan netamente diferente de sus parientes menores. Pero esta distinción constituye un problema difícil de resolver.

1. 6. Definir lo indefinible, delimitar lo que no tiene límites

Es que aquí se abre un gran abanico de posibilidades que conspira finalmente contra la subsistencia de un concepto consistente de crimen organizado: si éste se resuelve en algún grado de organización de las actividades económicamente motivadas que comportan alguna connotación delictiva en algunos de los tramos de su operación, el universo es prácticamente ilimitado. Todos los delitos instrumentales requieren algún tipo de organización, que va desde la preparación cuidadosa de sus ac-

³⁴⁰ Como veremos más adelante.

ciones por parte de un criminal individual que hace de su actividad una profesión³⁴¹, a distintos tipos de agregados, estructuras, coordinaciones, metodologías, alianzas estables o inestables, hasta las organizaciones criminales consolidadas que operan, a guisa de ejemplo, en el narcotráfico o en el comercio internacional de armas.

Como en todas las actividades humanas, éstas se disponen en una especie de *continuum*, de acuerdo a la categoría interpretativa que se elija: si ésta es el grado organizativo, los niveles pueden seguir la escala y la variedad que se han descrito, aunque es posible todavía subdividir aún más el tema entre los diversos aspectos que una organización presenta: el grado de profesionalidad entre sus miembros³⁴², el grado de inserción de la actividad criminal en las actividades económicas legítimas, el grado de inserción social o cultural en un territorio, el grado de violencia ejercido, el grado de ocupación del territorio y así hasta agotar todos los aspectos relevantes para la delimitación del campo.

Pero, además, las líneas de cada una de estas escalas se entrecruzan con otras, y esto es lo que sucede con los intentos de diferenciación del crimen organizado en relación a otros fenómenos criminales como, por ejemplo, el delito de cuello blanco, respecto del cual comparten cruces o itinerarios en torno a otros aspectos definitorios: la respetabilidad, el grado de inserción o de confusión con la economía legal, el grado de influencia política, etcétera.

En definitiva, es tan difícil trazar la línea que separa el crimen organizado del crimen (relativamente) no organizado como la que distingue el primero del delito de cuello blanco: cada uno de éstos se pueden representar como conceptos abstractos, tipos ideales respecto de los cuales las distintas formaciones criminales se acercan o se alejan, se asemejan o se superponen, se confunden o se entrecruzan, siempre en distintos grados y formas.

³⁴¹ La referencia obligada es, por supuesto, SUTHERLAND, *El ladrón profesional*, citado.

³⁴² Como señala MANNHEIM, en una organización criminal "los miembros pueden ser de varias categorías, no necesariamente todos profesionales en alto grado (...) es necesaria la cooperación de gente de estatus más elevado y de estatus más bajo, en la jerarquía criminal" (MANNHEIM, *Tratado de criminología*, cit., p. 755).

Pero si es así, ¿qué sentido tiene, en el fondo, establecer una categoría como la del crimen organizado que ni siquiera puede ser distinguida eficazmente de sus parientes más próximos del delito convencional o de sus homólogos no convencionales del delito de cuello blanco o empresario en sentido estricto?

Lleva razón PAVARINI cuando afirma que la categoría del crimen organizado, cuyas definiciones más difundidas apuntan sobre sus elementos organizativos, despierta una serie de perplejidades. Más allá de las cuestiones sobre si la característica definitoria de la organización la dan sus aspectos cuantitativos o cualitativos, es innegable que, por lo menos hasta un cierto punto, todo delito económicamente motivado prevé una cierta organización y por lo tanto el delito desorganizado podría no existir como trasfondo del crimen organizado, lo que conduciría a la desaparición de este último concepto: la categoría de delito organizado sólo es pensable por contraste con un delito no organizado. Por otra parte, el acento puesto sobre los elementos económicos también tiende a disolver la categoría, ya que a partir de la fuerte tendencia a la confusión entre las economías legales y las ilegales que denota cualquier mirada sobre el campo empírico, el concepto alcanzaría una inabarcable e inmanejable amplitud, abrazando la ilegalidad económica y política *tout court*: la única diferenciación posible estaría o bien contaminada de prejuicios morales o bien debería ignorar que la acumulación y la distribución de las riquezas legales requieren funcionalmente de los mismos procesos pero sobre bases ilegales.

Sobre esas ambigüedades, PAVARINI sugiere que en realidad la categoría de crimen organizado difícilmente se pueda desarrollar sobre terrenos ajenos a los que ocupan las asociaciones o las culturas mafiosas tradicionales, cuya distinción sobre otros elementos del universo social reside sobre todo en el valor de la temibilidad o peligrosidad: la temibilidad sería la categoría psicológico social que provee los materiales para la construcción –y sobre todo para la percepción social alarmada– del fenómeno, pero esto no es más que una de las formas artificiales de construcción de los fenómenos que constituyen el objeto de la criminología.

La constitución de estos objetos depende de las características y de los alcances de los horizontes artificiales desplegados, de tiempo en tiempo, por los criminólogos o por las respectivas teorías que han desarrollado. Estos horizontes se encuentran determinados, por lo menos en parte, por las teo-

rías y por los métodos disponibles y, en el caso del crimen organizado y para que este concepto conserve alguna utilidad, este horizonte debería encontrarse subordinado a las metodologías disponibles en el campo del sistema penal; de otra manera correría el riesgo de perder el último anclaje posible a la noción de criminalidad³⁴³.

Con lo cual el concepto de crimen organizado se convierte en el resultado artificial de un intento de delimitación que, al igual que en el caso del delito de cuello blanco, suele reducirse a una descripción fenomenológica, imprecisa y llena de superposiciones y de contradicciones porque, además, las variantes que presenta son tanto o más variadas y pintorescas que las que ofrece la categoría homóloga del delito de cuello blanco.

Pero con éste comparte un dato esencial, que es la relación particular que liga al criminal organizado con el Derecho. Habíamos dicho, en relación al delincuente de cuello blanco, que éste se pone en una relación particular con la ley, que no puede ser expresada sólo como infracción. El delincuente de cuello blanco, al igual que el criminal organizado, trata con la ley de una manera que no siempre implica sometimiento, sino dominio.

Esta relación particular representa un dato significativo de la naturaleza del fenómeno de que se trata, dado que si por una parte está caracterizado como ilegal, por la otra no está debajo de la ley, sino fuera de ella, pero no en el sentido del criminal convencional. Esta relación particular es ineficaz para delimitar un campo empírico a la manera de la contabilidad minuciosa de la criminología habitual, pero ofrece un terreno mucho más fértil para comprender el fenómeno en toda su significación.

2. El crimen organizado y el derecho

2. 1. Una explicación de base subjetiva

Hemos dicho que tanto el delito de cuello blanco como el crimen organizado mantienen una relación particular con la ley,

³⁴³ PAVARINI, *Lo sguardo artificiale sul crimine organizzato*, cit. En un sentido por lo menos parcialmente coincidente, para ZAFFARONI la improductividad del concepto de crimen organizado proviene del hecho de que constituye una *pretensión de asir en un concepto criminológico la dinámica del mercado*; para él hay un conjunto de actividades y fenómenos económicos, entre los cuales algunos son clarísimamente criminales, pero no hay una categoría capaz de abarcarlos en el plano criminológico y menos aún en el legal (ZAFFARONI, *El crimen organizado*, cit., p. 271).

que los diferencia de modo sustancial con el crimen convencional u ordinario. Pero decir que los diferencia de modo sustancial no implica volver a caer en la cerrada discusión sobre campos empíricos cuya permanente confusión desmiente cualquier intento por trazar fronteras conceptuales definidas y estables.

La innumerable variedad de los fenómenos sociales –individuales y grupales– que se despliegan en el ancho e indefinido mundo del crimen sólo permite trazar imágenes generales pero no líneas de corte. Y cada una de esas imágenes generales se compone de una serie de características fenomenológicas no exclusivas, puesto que también son compartidas por las otras especies de formaciones criminales o de las relaciones sociales próximas con las que se suelen comparar.

De manera que los campos empíricos correspondientes a los fenómenos delictivos que, de una manera ciertamente imprecisa pero vagamente satisfactoria, se han dado en llamar delito de cuello blanco y crimen organizado se superponen entre sí en extensiones nada despreciables, pero también se superponen con los fenómenos que deberían constituir su trasfondo, su elemento de comparación, constituido por los delitos convencionales³⁴⁴; éstos, para reclamar el derecho a ser distintos de los primeros (o a la inversa), deberían ser siempre actos o comportamientos individuales, visibles, violentos, no organizados, no vinculados a posiciones respetables o al desempeño de ocupaciones profesionales o de negocios, no estar vinculados con los procesos generales de la economía o de la política, etc. Porque en cuanto salta alguna de estas características, reaparece la confusión y la criminología habitual se sumerge en la minuciosa tarea de deslinde conceptual que la ha caracterizado.

Pero por sobre la confusión, o a partir de ella, debería poder recurrirse a algún elemento que señale cuál es la significación fundamental por la cual es conceptualmente válido o útil señalar campos empíricos que se distinguen del vasto mundo de la criminalidad convencional, pero no de un modo sólo vinculado a los caracteres externos o contingentes de los fenómenos

³⁴⁴ Obviamente, que ya ha sido dicho, se superponen de la misma manera con las relaciones legítimas de la economía y de la política, lo que contribuye a aumentar la confusión conceptual y la ambigüedad de los términos del discurso de la criminología. Todo ello será analizado a continuación con mayor detalle.

que se comparan: esta distinción es, a nuestro juicio, la relación con el Derecho.

Pero para señalar este criterio parece que uno de los caminos debería ser el de preguntar a sus protagonistas. Puede resultar extraño que, luego de haber cuestionado la validez de los criterios subjetivistas que se han empleado para la definición de algunos de estos fenómenos³⁴⁵, se intente ahora delinear una posible distinción sobre una base subjetiva. Sin embargo, una base subjetiva puede servir de (primer) señalamiento sobre el tipo de relación particular que algunos delincuentes establecen con la ley.

Se trata de un tipo de explicación que recuerda la reflexión criminológica de base etiológica tradicional, pero que aquí no lo emplearemos para identificar las causas o los procesos de formación de los comportamientos criminales, sino en función de lo que éstos parecen implicar sobre la concepción del mundo social en que esos comportamientos se despliegan.

Los protagonistas de las historias criminales suelen estar en condiciones de explicarlas, pero como es obvio no siempre lo hacen de una manera veraz³⁴⁶. Sin embargo, existen explicaciones más o menos corrientes que pueden agruparse en torno a dos formas distintas, concebidas como tipos ideales opuestos, de explicación de la conducta desviada. Esas dos formas pueden llegar a incidir, con distintas consecuencias, en la forma o en las modalidades de la construcción del orden social y político.

No me refiero a una explicación académica, que es externa a los hechos que intenta aclarar y que por lo general no incide

³⁴⁵ Por ejemplo, la insuficiencia del criterio de la respetabilidad para caracterizar el delito de cuello blanco o la del origen subcultural para el señalamiento del crimen organizado.

³⁴⁶ Está claro que en los tribunales los imputados tratan de ocultar la perpetración de su delito o su responsabilidad en ellos; lo mismo sucede en otro tipo de encuestas informales, como las periodísticas; es conocida además la existencia de importantes distorsiones en la información proporcionada a las encuestas sociológicas dirigidas a establecer si los entrevistados han cometido algún delito, aunque se hagan de manera anónima, dado que el interés en ocultar la verdad corre paralelo a la falta de percepción sobre la ilegalidad de los propios comportamientos, especialmente los que dentro del ámbito de los negocios se desarrollan en la zona gris existente entre lo corriente y legítimo por una parte y lo declaradamente ilegal por la otra. Finalmente, muchos violadores de la ley no se consideran criminales.

directamente en la realidad, sino a las explicaciones que darían los propios infractores, si fueren preguntados por lo que han hecho, de una manera que guarda cierta semejanza con las técnicas de neutralización que identificaron SYKES y MATZA³⁴⁷, pero agrupadas aquí según un patrón distinto.

Según los autores citados, los delincuentes suelen justificar sus acciones a través de racionalizaciones que tienden a disminuir la gravedad del delito o a descargar o compartir la responsabilidad con la propia víctima o con terceros. Esas técnicas que neutralizan las ataduras normativas han sido dispuestas en cinco tipos básicos: a) la negación de la responsabilidad personal –una enfermedad o una compulsión–; b) la negación del perjuicio –les sobra el dinero; el seguro paga–; c) la negación de la víctima –se lo buscó–; d) la condenación de los que condenan –todos los demás roban; los jueces son corruptos–; e) el recurso a lealtades superiores –no podía negarme; no fue para mi beneficio–. Al mismo tiempo que son empleadas para aliviar el sentido de culpa que los comportamientos criminales ya ejecutados podrían provocar, estas racionalizaciones también miran hacia el futuro, puesto que constituirían por lo menos una parte de lo que SUTHERLAND denominaba las definiciones favorables a la violación de la ley³⁴⁸.

En el caso de la posible diferencia entre los delitos de cuello blanco y el crimen organizado por una parte y los delitos convencionales por la otra, el patrón debería ser otro. No se trata de pedir a los protagonistas que expresen la razón que dan a sus conductas, que se culpen o se justifiquen en sus motivos o en las circunstancias contingentes, sino de indagar su modo de organizar y de percibir el mundo en el que actúan y cómo se inserta en él el comportamiento criminal.

Reduciendo las numerosas formas posibles de autoexplicación a tipos representativos podrían distinguirse dos categorías, agrupadas por lo que ellas tienen de esencial y no como descripciones exactas de una realidad exterior; su importancia, al igual

³⁴⁷ SYKES, Graham y MATZA, David, *Techniques of neutralization. A Theory of Delinquency*, en "American Sociological Review", n° 22, ps. 664-673.

³⁴⁸ Cfme., TAYLOR, WALTON y YOUNG, *La nueva criminología: contribución a una teoría social de la conducta desviada*, cit., ps. 192 y siguientes.

que en el caso de las técnicas de neutralización de SYKES y MATZA, radica en que operan no sólo *a posteriori* de la conducta, justificándola, sino antes, preparando su camino o determinando, si cabe, su propia existencia. Pero aquí hay algo más: en determinadas condiciones pueden incidir en el cambio de la realidad normativa.

Un tipo está representado por respuestas del orden de: estaba enfermo, no sabía lo que hacía, no me di cuenta, las circunstancias me forzaron, no pude elegir, no pude pensarlo libremente, estaba como loco, nadie me frenó, estaba muy necesitado, no tenía otra salida, no entendí bien de qué se trataba, me enceguécí, se lo buscaron, no pude negarme, tenía que hacerlo, etc. Lo que a primera vista estas respuestas tienen de común es la referencia a la idea de déficit: déficit de poder en relación al ambiente, déficit de control sobre las propias pasiones o necesidades, déficit de capacidad personal o técnica, de fortaleza para soportar situaciones de desventaja, de independencia frente a otras lealtades, etcétera.

El segundo se traduce en respuestas como éstas: así se hace, no hay otra forma de hacerlo, esto se hace de esta manera, todos lo hacen, no causa ningún daño, es el modo propio de regular el negocio, siempre se ha hecho de la misma manera, si no lo hago me quedo afuera, etc. La idea de déficit está por lo general ausente o tiene una valencia tangencial; por lo general se remite a la idea de dominio o a la de normalidad de los modos de actuar, sugiriendo, implícitamente, que las cosas no se pueden hacer de otra forma.

2. 2. Las dimensiones jurídica y política de la desviación

El primer tipo de explicaciones expresa una cierta dimensión jurídica de la desviación, porque permite desplegar el control dentro de un ámbito caracterizado por el esquema conceptual del derecho, fundado en el principio de la regla excepción. El segundo es el que, en cambio, genera o revela una dimensión política de la desviación, porque devela la insuficiencia del esquema binario propio del derecho al atacar la propia razón de la existencia de lo jurídico: la posibilidad de establecer una diferenciación consensuada y estable entre lo justo y lo injusto.

En efecto, los motivos agrupados en torno a lo que hemos denominado la dimensión jurídica de la infracción no ponen en cuestión la vigencia del mundo social y de la estructura de las

normas vigentes; se limitan a establecer excepciones contingentes, transitorias, no generalizables, respecto de esas normas y, por lo tanto, respetan su autonomía y su validez³⁴⁹. Aquí ya no es posible afirmar que el autor rechaza la gama de los valores y de los objetivos expresados, de una manera genérica, por la cultura en la que se encuentra inserto, aunque por lo general de una manera desventajosa; la misma situación se repite en los trazos característicos de lo que se ha llamado una subcultura abstencionista, ya que aunque en ésta el individuo o los grupos no adhieren a las pautas y los valores dominantes, ello no proviene de la propuesta de su sustitución por otras reglas alternativas, sino de actitudes de retiro o de derrota.

La explicación o la justificación, personal o grupal, por el déficit permite conservar la estructura conceptual del orden social que, así, tanto se ve agredido desde su exterior como es percibido precisamente a través de esa agresión.

Las desviaciones al orden pueden así ser gobernadas mediante las reglas usuales del mundo jurídico, que requieren emplear el esquema de la regla-excepción, en el cual la presencia del segundo de estos elementos no pone en juego la existencia o la validez del primero más que por el hecho concreto que éste ha sido, sólo en ese caso, desobedecido.

El mantenimiento de este esquema es necesario para la operación de un sistema de control cuya condición de posibilidad radica no sólo en la afirmación de la existencia previa e independiente del orden legal a defender, sino en la relativa invulnerabilidad de ese orden aun al ataque episódico, excepcional, contingente y no sistemático, de la transgresión. Esa condición está dada por la posibilidad de aislar, de individualizar la transgresión, esto es, de diferenciarla y de cualificarla como recién se ha dicho. El género de explicaciones agrupadas bajo esta rúbrica no pone en juego este esquema conceptual.

En cambio, el género de respuestas que hemos referido a una dimensión política de la desviación señala una situación genera-

³⁴⁹ Para Hannah ARENDT (*Crisis de la república*, apéndice XI, Ed. Taurus, Madrid, 1998, p. 195), el criminal es el que busca lograr una excepción a la ley en beneficio propio, pero la búsqueda de una excepción deja subsistente el reconocimiento de la validez del orden jurídico. Por el contrario, lo que el revolucionario busca es cambiar la ley, que es lo mismo que, limitadamente, procura la desobediencia civil, aunque en beneficio de todos.

lizable, una trama de infinitas excepciones regulares y sistemáticas a las normas, lo que significa que existen, en realidad, uno o varios códigos normativos que contrastan con las leyes o que éstas, en definitiva, no conservan o ven amenazada su validez.

Lo que se invoca aquí no es ya una excepción contingente u ocasional, explicable sobre la base de ciertos o falsos déficits de naturaleza social o personal, sino que lo que se expresa es la pretensión de generalización³⁵⁰ de la transgresión, considerada ahora como sistema³⁵¹. Y donde las excepciones a la regla son tantas que el comportamiento normal (o normalmente eficaz) consiste en infringir la regla, ésta ya no existe y la ley ha sido invalidada.

Como la desviación ha perdido aquí su carácter excepcional, aislado, individual, se revela su verdadera dimensión política, porque lo que está puesto en juego es la validez o la subsistencia del orden constituido o, en otras palabras, cuál es el orden efectivo.

De una manera no tan lejana se escucha el eco de las viejas palabras de BECCARIA, pronunciadas hacia el giro del pensamiento político-filosófico sobre el que la desobediencia política se convertía en criminalidad, cuando era el peligro de que los infractores de las leyes sumergieran a la sociedad en el antiguo caos lo que justificaba el derecho del príncipe a penar³⁵².

³⁵⁰ La pretensión de generalizar la excepción es una tendencia que sólo puede alcanzar un resultado parcial porque, fundada ella en el goce de un privilegio que no se concede a todos, su generalización efectiva disolvería esa ventaja. Esto es particularmente aplicable a los fenómenos de la corrupción, montados sobre privilegios concedidos en razón de relaciones personales y de circunstancias particulares —e ilegítimas— cuyo atractivos y sus ventajas, que son su diferencia, se perderían con la difusión de la práctica.

³⁵¹ Aunque aplicada al tema de los delitos económicos, la reflexión de HENDLER parece conciliarse con la tesis del texto. HENDLER sostiene: "El carácter problemático de la determinación de los bienes jurídicos en los delitos económicos es, desde luego, una constante en la bibliografía del tema. Los comportamientos aislados constitutivos de esta clase de delitos no suelen ser, en sí mismos, mayormente dañosos. La dañinidad está relacionada con su eventual generalización y con el desajuste del modelo económico imperante" (HENDLER, *Una aproximación al tema de los delitos económicos*, cit., p. 117).

³⁵² BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Ed. Aguilar, Madrid, 1969, cap. II, p. 72.

El riesgo que genera la desobediencia es el de la destrucción del mundo civilizado, en que las condiciones para la convivencia se identifican con la vigencia de las leyes y con su respeto. Sin ellas, sólo hay anarquía, y la desobediencia retoma su dimensión política cuando, al generalizarse, puede ser elevada a regla general de conducta social o, lo que es lo mismo, conduce a la inexistencia de toda regla, que es la condición prepolítica por excelencia.

Por ello es el que el derecho debe enfrentarse a la posibilidad de ser desobedecido, y debe imponerse en ese enfrentamiento³⁵³. Si no se impone en términos genéricos se pierden las condiciones de la convivencia, y esto sucede cuando se enfrenta no ya a individuos o a grupos que se encuentran sujetos al derecho, aunque lo desobedezcan y aunque esta desobediencia sea frecuente y grave, sino cuando se enfrenta a la pretensión de generalizar la transgresión, como racionalidad, esto es, como sistema de relaciones.

Cabe preguntarse en qué medida el significado subyacente a esta pretensión puede cambiar el mundo, generalizando comportamientos que de otro modo serían excepcionales, que se exaltan así a modos normales de conducta. Como hemos dicho, la desobediencia no afecta la validez de las reglas del derecho, que pueden ser reafirmadas a través de la sanción. Es de la esencia de aquéllas la posibilidad de ser desobedecidas. Pero si la validez no depende de la eficacia, la ineficacia perdurable o sistemática puede reclamar su invalidez cuando los modos de comportamiento contrarios a las reglas se repiten, institucionalizándose de manera contradictoria con las leyes del mundo formal, hasta el punto de reclamar ellos mismos obediencia³⁵⁴.

³⁵³ Por supuesto que con esta expresión no nos referimos a que debe intervenir en todos los casos de transgresión, dado que la efectividad completa del programa criminalizador que expresa el sistema penal conduciría a la transformación de un orden social en un orden penal o meramente policial, y a la multiplicación, por doquier, de institutos penales de toda índole. Que el sistema penal sea materialmente inefectivo es en buena parte una de las condiciones de la subsistencia de la libertad.

³⁵⁴ Esto es, de alguna manera, lo que implica la frecuente expresión, o más bien lamento, de muchos viejos criminales cuando dicen que los nuevos delincuentes ya *no tienen códigos* o *no tienen escuela*. Ello significa que ni siquiera en el caso del mundo desviado es deseable la anarquía, y la exis-

Las perspectivas del constructivismo social desplazaron hace ya tiempo a las teorías fundadas en una concepción ontológica y rígida de la realidad, referidas a un mundo normativo estable y objetivo³⁵⁵. En cambio, están claros el papel que juegan la interacción y los procesos de comunicación en la construcción del mundo social, y el hecho de que las reglas que estructuran nuestra percepción de la realidad son parte de una construcción, por lo que ésta no es sino un momento transitorio dentro de un proceso de mayor duración e inacabable complejidad.

El mundo social no es sólo una realidad exterior que se impone al actor y le impone sentidos y formas a su comportamiento; los hombres lo construyen, y esa tarea se realiza por lo menos en parte a través de la insistencia en un modo compartido de ver, de valorar y de reaccionar frente a los objetos y frente a los demás, que son los modos con los que damos forma a nuestros vínculos sociales, y con éstos o a través de éstos, a la legalidad que hemos construido.

La realidad se construye y da cuerpo a la relación con una legalidad, pero ésta, en términos no jurídicos ni formales, está constituida por la forma habitual, el modo normal y compartido de actuar frente a y con los otros, en el marco de las situaciones vividas y en relación a la definición que se ha dado a éstas³⁵⁶.

tencia de un cierto número de reglas de comportamiento es la que hace pre-visibles las relaciones internas a este mundo, que desde esta perspectiva ofrece un aspecto subcultural. El problema aquí no es ya la anarquía interna, sino que esos códigos invaden otros ámbitos, se extienden a la esfera de los negocios privados y públicos, abrazan franjas más amplias de comportamiento (no se limitan, por ejemplo, a cuestiones limitadas de lealtad subcultural), desplazando los *códigos* legales o confundiéndose con ellos.

³⁵⁵ Aunque por lo general es empleado en criminología para referirse a las consecuencias criminales que provienen o que se generan a partir de la definición como criminal de un cierto objeto o de un cierto comportamiento, el teorema de THOMAS, que indica que la definición como real de un suceso o de una relación genera en la realidad las consecuencias propias de esa definición, tiene perfecta aplicación al punto que se intenta desarrollar en el texto.

³⁵⁶ SIMONETTI expresa este concepto de legalidad de modo coincidente cuando, al referirse a una sociedad en la que la regla es el quebrantamiento de la ley, señala que "Este modelo de sociedad caníbal implica el fracaso del proceso de cooperación, que es un fin social que sólo puede hacerse posible en el contexto de una interacción institucional que se repi-

Pero esta construcción no siempre es unívoca: la ambigüedad suele aparecer bajo la forma de una contradicción entre las reglas formales que hemos aceptado y una percepción de esa legalidad formal como la de una realidad a abatir y a plegar.

Y, por lo tanto, esa ambigüedad aparece bajo la forma de una legalidad que se debe o que se puede doblegar para alcanzar los fines particulares, y que por lo tanto no se presenta como una racionalidad incluyente, entendido aquí el término racionalidad como un sistema total de relaciones; la trama de las relaciones de la legalidad ya no puede incluir todas las experiencias individuales, a las que no somete, y consecuentemente puede ser destruida o alterada.

El punto es entonces la percepción de la legalidad formal como una barrera a derrotar y no como un mandato a obedecer y en la conciencia de que se tienen a disposición los medios para lograrlo o de que en parte el trabajo ya está hecho y sólo resta aprovecharlo, profundizándolo. A todo ello se suma la circunstancia de que el género de explicaciones que tipificadamente hemos señalado como pertenecientes a la dimensión política de la desviación tiende, precisamente, a generalizar y reproducir tanto esa percepción como esa conciencia.

Y esta situación es la que liga el problema de la legalidad con el crimen organizado.

2. 3. Legalidades y crimen organizado

La tendencia a reproducir esas relaciones ambiguas con la legalidad no es ajena a los procesos subjetivos que se han señalado, pero el despliegue de aquéllas está íntimamente vinculado a una serie de procesos objetivos que se desarrollan en áreas distintas, como las de las relaciones económicas y los vínculos políticos. Sería irreal considerar que esas repercusiones normativas se generan tan sólo por la acción de un distinto modo de percibir el significado de las relaciones sociales; afirmar que la transformación general de los modos de conducta proviene sólo

te y se consolida en el tiempo, y se funda en el ejercicio y el respeto de la legalidad, entendida como el conjunto de normas destinado a contener y dar forma a un proyecto de convivencia. Rota la legalidad, se rompe la cooperación y aparece la exclusión" (SIMONETTI, *El fin de la inocencia*, cit., p. 75).

de los cambios en las modalidades de la percepción social sería un reduccionismo inaceptable.

Es innegable, en cambio, que la generalización de pautas de conducta derogatorias, de hecho, de las reglas formales no se produce por sí sola o por una suerte de efecto contagio³⁵⁷, ni está generada a partir de un proceso aislado de aprendizaje diferencial³⁵⁸; todos estos procesos pueden, según los casos, integrar o no lo que estamos tratando de explicar, pero no agotan su complejidad.

Las reglas sociales no se generan ni operan en el vacío: obedecen a intereses específicos y a modos de relación que no son independientes de las relaciones materiales determinadas en la esfera económica, ni de las relaciones de jerarquía y subordina-

³⁵⁷ Ni los procesos de imitación a los que se refiere Gabriel TARDE o el efecto contagio que desempeña un rol explicativo central en la teoría de la desorganización social, en este caso en el marco teórico desplegado por la escuela ecológica de Chicago, son suficientes, por lo menos por sí solas, para explicar algo más que cierta clase de desviación individual –en el sentido de la adscripción personal a pautas desviadas–, y por lo tanto no generalizable. El problema, para emplear los términos de la tesis de Tarde, es la invención, no el proceso posterior constituido por la imitación; véase GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de Criminología*, cit., p. 433.

³⁵⁸ La teoría de la asociación diferencial debida a Edwin SUTHERLAND puede efectivamente dar cuenta de los procesos de aprendizaje por los que las personas adoptan definiciones y técnicas vinculadas a conductas desviadas, que por lo general son propias de grupos o de subculturas desviadas, y por lo tanto proporciona una base empírica importante para explicar los procesos –normales, por otra parte– por los que una persona adopta diferencialmente ciertos modos de conducta desviados o contradictorios con las reglas formales, y en función de ellos percibe a estas reglas como un obstáculo que puede eludir. En el mismo nivel se encuentran las demás teorías que comparten la misma matriz, como las que ponen el acento en los procesos de identificación con personalidades o con grupos desviados más que en un proceso puramente intelectual (véanse, sobre la teoría de los roles de Daniel GLASER y sobre la teoría de los estímulos reforzadores diferenciados de AKERS y BURGESS, a PITCH, *La devianza*, cit., ps. 43 y ss., y CID MOLINÉ, José y LARRAURI PUOÁN, Elena, *Teorías criminológicas: explicación y prevención de la delincuencia*, Ed. Bosch, Barcelona 2001, ps. 116 y ss.). Sin embargo, lo que la teoría de SUTHERLAND y el resto de las que se centran en procesos identificatorios o de transmisión no alcanzan a explicar son los componentes materiales que contribuyen a generar esa precisa trama de significados, de formas de comportamiento y de valores que el individuo aprende, que es previa al proceso de aprendizaje y que requiere una explicación independiente.

ción que, más allá de los desarrollos de la teoría política que procuran explicarlas o justificarlas, han atravesado siempre las sociedades humanas³⁵⁹. La esfera de la vida material y la de las relaciones políticas son, de una manera autónoma pero interdependiente, productoras de las condiciones dentro de las que se desarrollan las relaciones sociales, y son a su vez el producto de estas mismas relaciones.

El tipo de relaciones fundadas o desplegadas a partir de la percepción de la legalidad formal como un obstáculo a abatir o a doblegar para intereses particulares puede ciertamente generar beneficios y beneficiarios, pero al mismo tiempo produce perjuicios y perjudicados, y esta ecuación es a veces la explicación de su propia persistencia³⁶⁰. La experiencia del sistema mafioso del sur italiano, que distribuye diferencialmente oportunidades, riqueza y favores a través de un sistema clientelar de relaciones personales es un buen ejemplo de ello³⁶¹.

Cuando el beneficio para unos implica un perjuicio para otros, las consecuencias de estas relaciones contradictorias con la legalidad se sitúan en sectores sociales bien definidos e implican divisiones sociales que repercuten en la configuración del orden político, y éste a su vez reproduce las condiciones de su propia existencia. Esto es en parte el producto de la percepción

³⁵⁹ BRAUDEL es convincente cuando vincula la dinámica y el desarrollo de las relaciones económicas generadas por la economía capitalista, como el desarrollo superior de la economía de cambio, con la persistencia o más bien con la perpetuidad de las relaciones jerárquicas que han estructurado desde siempre la vida social, en cualquiera de las fases de la economía. Ambas esferas son interdependientes y se necesitan y condicionan mutuamente, y a la vez son conjuntamente productoras de las relaciones y de las reglas sociales. Véase BRAUDEL, *La dinámica del capitalismo*, citado.

³⁶⁰ Sobre la persistencia de sistemas ilegales como la cultura mafiosa en Italia, a pesar de su ineficiencia e injusticia sociales, véase sobre todo SIMONETTI, *El fin de la inocencia*, cit., cap. I.

³⁶¹ Hasta el punto de que los estudiosos del problema han hablado de un cierto equilibrio mafioso, representado por el hecho de que las relaciones sociales de tipo personal que se generan al amparo de las organizaciones mafiosas o en el seno de la cultura mafiosa representan o proporcionan una serie de ventajas que son comparativamente, por lo menos para sus beneficiarios directos, superiores a los beneficios generalizados e impersonales que procuran las reglas del denominado Estado de derecho, aunque en conjunto el sistema mafioso sea injusto y socialmente ineficiente; ZAMAGNI, *Criminalità organizzata e dilemmi della mutua sfiducia*, citado.

de la legalidad como un obstáculo, pero esta percepción es también el resultado de su propia autoafirmación.

Existe una interacción en ambos sentidos, entre las condiciones históricas que provocan o traducen cambios económicos, actores sociales nuevos, tecnologías y modos de relación, formas de ejercicio del poder político, con las esferas personales, sociales, significativas, de la mentalidad y de la organización subjetiva del mundo social³⁶².

Sea como fuere, la percepción de la legalidad como una barrera a doblegar o como una racionalidad no incluyente no es independiente del resto de los procesos sociales, culturales y económicos que han dado lugar a las numerosas formas desviadas que la criminología ha denominado genéricamente crimen organizado.

Pero para estas aproximaciones originarias propias de la reflexión criminológica tradicional, el punto de partida del problema podía ser ubicado en un contexto subcultural, que es el mismo en el que había nacido el concepto de crimen organizado y que por lo tanto facilitaba su diferenciación. Pero ahora ese contexto se ha reducido a un dato originario, de valor histórico, pero incapaz para definir adecuadamente el fenómeno o para diferenciarlo de otras estructuras económicas y de otras formas de relación política de las que el crimen es parte integrante.

En cambio, es posible que sea aquélla la característica esencial y la razón propia del temor que despierta el huidizo concepto de crimen organizado: la pretensión de elevar las formas de conducta ilegítima del estatus precario de una infracción jurídica contingente al de una regla general, permanente, constante y extendida de conducta, que defina un modo de vida, nuevas formas de relación, un círculo de protecciones recíprocas. Lo que de esta manera se organiza como crimen es un modo de relación, caracterizado por la nueva legitimidad que

³⁶² Tiene relación con la oposición entre estructura y conciencia, que con José M. SIMONETTI hemos examinado desde una perspectiva histórica vinculada a la relación existente entre la persistencia de los procesos de inestabilidad política en la Argentina y la conformación de una mentalidad que tiende a percibir la legalidad como un obstáculo ilegítimo a las aspiraciones de la clase dirigente; VIRGOLINI, Julio y SIMONETTI, José M., *Economía ilegal e inestabilidad política en la Argentina*, en "Doctrina Penal", 46/7, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, ps. 542 y siguientes.

alcanza la infracción a la ley formal, encarada ahora de forma sistemática y racionalizada.

No interesan aquí los aspectos fenomenológicos y siempre contingentes y cambiantes de la estructura organizativa (el número de sus integrantes, los medios disponibles, sus jerarquías internas, la distribución personal y conceptual de sus funciones, el grado de profesionalismo, etc.), sino la pretensión de relativa, aunque siempre parcial y secreta³⁶³, universalización y generalización de un modo regular de vida política y de actividad económica.

Lo que en el fondo interesa y es temible es la interrupción o la regresión del proceso de diferenciación entre la legalidad formal y otro tipo de legalidad fundado en la violencia y en el crimen³⁶⁴. Ese proceso había acompañado el itinerario histórico de la formación de los poderes político-jurídico modernos y el concepto ideal de Estado de derecho³⁶⁵, que estaban fundados sobre la posibilidad de marcar indeleblemente las diferencias

³⁶³ La generalización de una nueva legalidad, aunque se difunda y sea conocida, no puede empero despojarse de su carácter parcial y relativamente secreto; la generalización responde a la necesidad de perpetuar y reproducir las condiciones que permiten gozar de las ventajas del poder político y económico, que sólo existen en relación (en comparación) con quienes no disponen de ese poder ni de las oportunidades para disputarlo, puesto que han sido privados de todo ello. Y nada de esto puede exteriorizarse libremente, dado que estas nuevas relaciones no pueden ser públicas y por ello no pueden hacerse visibles.

³⁶⁴ Esta regresión es la que vuelve a vincular, como dos elementos históricamente opuestos pero conceptualmente homólogos en el proceso de la formación de las relaciones políticas, al estado de naturaleza con el crimen organizado. En palabras de SIMONETTI: "Lo más grave es advertir que cuando el estado de naturaleza, que por sus particularidades es necesariamente inestable, se organiza para perpetuarse, sólo se trata de crimen organizado. La afirmación suena fuerte, pero es más corriente de lo que parece, si se tiene en cuenta que cualquier actividad social o empresarial que necesita prescindir o doblegar la ley para ser llevada adelante, se transforma en crimen organizado" (SIMONETTI, *El fin de la inocencia*, cit., p. 89).

³⁶⁵ Véase RESTA, *La certeza y la esperanza*, cit., sobre el proceso de diferenciación entre una violencia difusa en la sociedad con la violencia legítima y monopólica del Estado. En el mismo sentido, GIRARD, *La violencia y lo sagrado*, cit. Es obligada, también la referencia general a FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1997, sobre el rol histórico y las condiciones que presidieron la formación del Estado de derecho, como idealmente opuesto al mítico estado de naturaleza.

entre una violencia tolerada, legítima —que es la del Estado—, y la violencia intolerable, que es la del criminal o la de la guerra.

Lo que en definitiva se amenaza es la subsistencia de las fronteras y de las separaciones entre el crimen y la política, lo que es doblemente grave porque es sobre el mantenimiento de esas diferencias —o más bien sobre la posibilidad de delinear y de mantener esas diferencias— que se asienta la base de un poder político con pretensiones de regular con legitimidad las relaciones sociales.

2. 4. Confusión y excepción: la diferenciación imposible

Si la posibilidad de generalización de las pautas criminales constituye una fuente razonable de temor, su fundamento se confirma cuando esa posibilidad se verifica en los hechos.

Éste es el punto donde generalmente el concepto de crimen organizado adquiere relevancia pública o periodística³⁶⁶, que es cuando los modos criminales de hacer política o economía tienden a generalizarse más de la cuenta, de una manera que de forma inmediata parece el triunfo de su propia concepción: los sectores originarios de la economía legal hacen lo mismo, recurren a los mismos procedimientos o inventan otros más perversos todavía, porque sin tantas mediaciones necesariamente clandestinas su acceso a la política y a los recursos del Estado es, por así decirlo, más natural y no requiere de muchos subterfugios. Y de esta forma, aun los grupos diferenciada u originariamente criminales pueden beneficiarse de este nuevo género de relación, que además de brindarles nuevos y más sofisticados *know how*, les facilita su inserción y su confusión en la economía legal³⁶⁷.

³⁶⁶ Que, obviamente, no son lo mismo. Público atañe al concepto de la cosa o el espacio públicos, en la cual todos están igualmente interesados e implicados; lo periodístico se ha venido degradando, en la versión actual de su ejercicio, hacia el cada vez más extendido empleo privado del espacio público de la comunicación con fines comerciales o de predominio político.

³⁶⁷ El temor habitual de que los recién llegados a la economía lícita puedan trastornar las reglas habituales de los negocios al incorporar prácticas absolutamente desprejuiciadas suele ser infundado o tener un fundamento sólo marginal. Los temores más frecuentes radican en que una empresa dirigida por delincuentes organizados puede hacer un uso más

De esta manera, códigos de conducta desviada de origen histórico en contextos subculturales tienden, para generalizarse o precisamente por ello, a exceder el dato subcultural, insertarse en otros ámbitos, mezclarse profundamente e incluso transformar a éstos.

Con lo que la vieja distinción entre las economías del crimen y los crímenes de la economía revela su total banalidad al reducirse a un intento de distinguir entre sujetos diferentes de acuerdo a sus respectivos orígenes criminales o empresarios, más que en relación a los modos y las técnicas empleadas y sus campos de actuación, cada vez más confundidos y entrelazados. El dato subcultural aquí se vuelve sólo un dato histórico, lejano en el tiempo y en el espacio, al que sólo como referencia necesaria para construir una definición mayormente subjetiva del fenómeno se puede recurrir.

Y la razón es que ese dato subcultural, entendido de acuerdo a su formulación original, es insuficiente para captar la complejidad de un fenómeno cuya caracterización más exacta la dan sus vínculos y la confusión con lo que no es subcultura. Si ésta hace su aparición en la medida en que puede resolver el problema de la inexistencia de oportunidades sociales que aqueja a los sectores marcados por el déficit, sólo puede desarrollarse y perpetuarse en la medida en la que amplía el abanico de las *chances* sociales, pero ello es posible sólo a partir de la integración y del establecimiento de lazos con la sociedad legítima: el momento en el que se multiplican las oportunidades ilegítimas cuya búsqueda provee de sentido a la organización criminal subcul-

frecuente de la violencia para desalojar a sus competidores o para apropiarse de cuotas del mercado o del territorio, o en el hecho de que podría disponer de fuentes de capital de otros orígenes y en cantidades ilimitadas cuyo empleo podría alterar las reglas de una competencia igualitaria. Sin embargo, ninguno de esos procedimientos es exclusivo del crimen organizado en el sentido tradicional, ya que de ambos se registran sobrados antecedentes entre los empresarios de origen legítimo. En cambio, lo que sí puede verificarse es la adopción de las pautas sofisticadas desarrolladas en el mundo "legal" para evadir, defraudar o corromper, transmitidas por sus propios autores a los recién llegados. Entre esos procedimientos ilegales se encuentran las técnicas y los contactos de la corrupción, sobre lo que trataremos más adelante en punto a su significación política. Sobre la comunidad de técnicas entre los integrantes de ambos grupos, véase RUGGIERO, *Economie Sporche: L'impresa criminale in Europa*, cit., ps. 70 y siguientes.

tural es el momento en el que ésta adquiere vínculos estables con lo que no es subcultura, y se integra a movimientos y corrientes culturales y económicas mayores.

Con lo cual el enfoque subcultural se revela insuficiente si sólo atiende a la explicación de las relaciones internas entre sus miembros, descuidando su vocación de establecer relaciones hacia afuera. El triunfo de una subcultura criminal se produce, precisa y paradójicamente, cuando cesa de ser una subcultura³⁶⁸.

Y allí es cuando los modos ilegales de hacer economía se suman y confunden con los modos ilegales de hacer política o, dicho de otra manera, el crimen, organizado o no, la economía y la política se confunden. Las fases que PETERSON³⁶⁹ estableció, en una especie de concepto evolutivo del crimen organizado marcado por sus sucesivos estadios predatorio, parasitario y simbiótico, representan un intento de explicación esquemática de este proceso de generalización de formas criminales marginales a modos estables y sistemáticos de relación social, sin demarcaciones precisas.

Pero no puede generalizarse del todo aquello que está destinado a ser secreto, reservado, exclusivo, porque se destruye el terreno que asegura la propia persistencia, su propia razón de ser. El triunfo del crimen organizado, al invadir todas las esferas de lo real, se convierte en el germen de su propia destrucción, y a la vez la del Estado de derecho.

Es evidente que la generalización de los modos criminales de relación social tiene que ser obviamente parcial, y no puede ser de otra forma: si se generalizasen totalmente estarían al alcance de cualquiera, lo que quiere decir de todos, y perderían su carácter diferencial: toda ventaja de este origen requiere la objetiva desventaja y perjuicio para un tercero. La ganancia ilegítima sólo es ganancia cuando sólo unos pocos la disfrutan, porque supone la exclusión del otro: cuando todos la pueden alcanzar la diferencia se ha borrado y la ganancia, o más bien ese tipo de ganancia, también. Pero aquí el proceso es distinto, porque supondría que se han cambiado las reglas, de forma pública, para todos.

³⁶⁸ Conf. RUGGIERO, *Economie Sporche: L'impresa criminale in Europa*, cit., ps. 59-60.

³⁶⁹ PETERSON, *The changes of a Decade*, citado.

El secreto de esta forma de crimen está, pues, en el secreto, en lo clandestino, aunque sea difuso y extendido. Porque, en otros términos, lo que suponen estas formas de relaciones criminales en los ámbitos de la economía y de la política es que las reglas públicas que dominan esa esfera se han privatizado, y al hacerse privadas pierden no sólo su carácter de públicas, esto es, de pertenecer a todos, sino también su visibilidad.

Por eso es que los códigos alternativos no pueden publicarse, y esto vale en un doble sentido, porque lo que se ha hecho privado no se puede tratar como público en el sentido de lo que pertenece a todos, ya que no todos participan de ello, y no puede hacerse visible, precisamente a causa de que su fundamento es la exclusión³⁷⁰. Se trata de la derogación, en los hechos, de las reglas de la ley, que conservan una especie de vigencia virtual, retórica, y cuya existencia se despliega de manera independiente y ajena a los modos de relación que rigen la vida política y económica.

El fenómeno que expresa de modo más consistente ese proceso es la corrupción.

³⁷⁰ Sobre la relación entre el secreto y la visibilidad, como elementos fundantes de lo privado y de lo público, respectivamente, y sus consecuencias sobre el principio de la representación política, véase SIMONETTI, *El fin de la inocencia*, cit., parte V.

Capítulo VI

La corrupción

Su relación con el delito de cuello blanco y el crimen organizado.
Visiones instrumentales y políticas. Los daños de la corrupción.
Su impacto en el derecho y en la concepción de la ciudadanía

1. Las visiones instrumentales de la corrupción

Parece extraño que hayamos dejado el tema de la corrupción para este lugar aparentemente terminal del desarrollo de este trabajo. A lo largo del texto hemos hecho varias referencias a su presencia repetida, tanto en el marco del denominado delito de cuello blanco como en el del crimen organizado. Pero por lo general esas referencias la presentaban bajo un aspecto reducido, como un método más, una técnica si se quiere, para alcanzar o para asegurar los objetivos a los que esos géneros delictivos se encaminan.

De esta manera, el logro de los favores, las complacencias o las protecciones de los poderes públicos fueron hasta ahora presentados como el modo por el cual los delincuentes (de cuello blanco o del crimen organizado) prosperaban o hacían prosperar su negocio. Los ejemplos son variados: el dictado de leyes favorables a cierto sector empresario, el otorgamiento de subsidios o de regímenes fiscales, aduaneros o de cualquier otra índole, el desfavorecimiento de sectores o de grupos en concurrencia, la debilidad en la investigación y la lenidad en el juzgamiento de las infracciones, el énfasis puesto en políticas no estrictamente penales fueron, de manera general, algunos de los trazos que caracterizaron el delito de cuello blanco y que culminaron con su relativa inmunidad a los procesos de criminalización o de reprobación social. Aunque con algunas particularidades derivadas sobre todo del imaginario social³⁷¹ y de las representaciones

³⁷¹ No sólo del imaginario popular, sino del académico, político y periodístico.

habituales sobre la cuestión, el crimen organizado se supo hacer beneficiario de favores parecidos, y cada vez más cuanto mayor era su inserción en la economía legal.

En la confusión existente entre la economía legal y la economía ilegal, y en la correlativa superposición y confusión entre el crimen económico o de cuello blanco y el crimen organizado, el recurso a la corrupción constituye una especie de técnica compartida, de *know how* comunitario. Todos ellos han sobornado a los políticos, a los funcionarios, a los jueces y a los policías y en general los contactos para desarrollar estos métodos son más sofisticados, costosos, discretos y seguros a medida de que se eleva en la jerarquía social y la índole y la importancia de los negocios requieren cada vez más de las mediaciones de la política.

Pero la corrupción es algo más, por lo menos por sus consecuencias y sus implicaciones, que una simple técnica para lograr objetivos delictivos.

Ese algo más no es sólo la circunstancia formal y obviamente limitada en su significación, consistente en que los actos de corrupción constituyen delitos³⁷².

Y tampoco lo es el hecho de que se trata de un género de episodios que de alguna manera constituye un punto de encuentro, o más bien un ancho campo común que hermana al delito de cuello blanco con el crimen organizado, y que está presente en la mayoría de las variantes de cada uno de ellos. Porque de la

³⁷² La figura delictiva que recubre con mayor exactitud la estructura y los componentes objetivos y subjetivos de la corrupción como concepto sociológico es sin duda la que en Argentina se denomina cohecho, que de manera general se refiere al funcionario público que recibe dinero o dádivas para realizar actos relativos al desempeño de sus funciones (art. 256 y conss. del Código Penal); otras figuras cuyas estructuras reclaman la inserción de intereses privados a motivación de los actos públicos son el delito de negociaciones incompatibles (art. 265), el de empleo de información reservada con fines privados (art. 268.1) y el de enriquecimiento ilícito de funcionarios (art. 268.2); el elenco de figuras penales vinculadas genéricamente a este fenómeno es todavía más vasto que el aquí señalado. Este tipo de delitos se llama, en algunos códigos europeos, directamente corrupción; sobre las diversas figuras de la corrupción, la concusión, la corrupción propia e impropia y el tráfico de influencias en la legislación europea, véase STORTONI, Luigi, *Criminalidad organizada y administración pública*, en VIRGOLINI y SLOKAR, *Nada personal: ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia*, cit., ps. 165 y siguientes.

misma manera que lo hemos señalado respecto de las relaciones existentes entre el delito de cuello blanco y el crimen organizado, la superposición nunca es completa: es frecuente que estos dos géneros recurran a la corrupción, pero a veces no, y para algunos de sus actores el recurso a la violencia, al engaño o al fraude les resulta suficiente.

A la vez, y a la inversa, aunque es frecuente que sean los delincuentes de cuello blanco o los representantes del crimen organizado los que protagonicen los actos de corrupción, puesto que la importancia de sus emprendimientos suelen requerirlos, tampoco son sólo ellos y son también simplemente los particulares, los grupos no estrictamente organizados, los individuos de conducta mayoritariamente honesta, o los criminales individuales, los que de manera sistemática u ocasional sobornan a algún funcionario o compran algún favor.

La picaresca social está llena de ejemplos de ese tipo, que a veces son incluidos a fundamento empírico de versiones más bien populares de base moralista: el pago de una coima a un policía para evitar una multa de tránsito, el pago de un suplemento para conseguir una buena ubicación en un espectáculo, el pago de una gratificación por un favor grande o pequeño de un funcionario público o de un empleado de una empresa privada. Pero, por lo general, aquí nos encontramos con un campo dilatadísimo de conductas cuyo común denominador no es otro que la deshonestidad personal o la infracción a alguna regla, y por lo tanto la diferencia entre la corrupción que importa y la que no importa se fundamenta en un criterio sólo cuantitativo: el pago por una entrada de cine viene a ser lo mismo que un sobreprecio aplicado a los insumos vendidos a una empresa, la infracción cometida en un campo deportivo lo mismo que la malversación de dinero destinado a comprar alimentos a la niñez desamparada³⁷³, sólo que según los casos unos son mayores que los otros³⁷⁴.

Si el análisis sobre la corrupción se montara sobre este tipo de afirmaciones sería posible reiterar la problemática habitual de

³⁷³ El ejemplo es de MORENO OCAMPO, Luis, *En defensa propia: cómo salir de la corrupción*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1993, p. 9.

³⁷⁴ Para la discusión detallada de estas visiones sobre la corrupción, SIMONETTI, *El ocaso de la virtud*, cit., ps. 123 y siguientes.

la criminología y así preguntarnos, por ejemplo, si la corrupción constituye un campo empírico particular que pueda ser distinguido de los otros a los fines metodológicos y que sea poseedor de algunas características exclusivas que justifiquen el desarrollo de algunos principios propios. Y por lo tanto podría constituirse en el fundamento de una nueva subdivisión o especialización de la criminología, como lo fueron en su momento el delito de cuello blanco y el crimen organizado: se podrían repetir las mismas discusiones circulares que se desarrollaron a su sombra.

Pero esta visión indiscriminada neutraliza todas las diferencias: donde todo es objetivamente igual, salvo en su cantidad, el problema se reduce a una violación mayor o menor de las reglas del juego, pero su esencia y su significación quedan limitadas por este concepto estrecho. Y de esta manera la corrupción se convierte en una especie de campo empírico autónomo constituido por una suma inorgánica de comportamientos disfuncionales cuya presencia se manifiesta en cualquier recodo de la conducta humana.

Y como de esta manera se trata de un fenómeno cuya caracterización más importante se debe a su ubicuidad, se reduce a un concepto totalmente privado de significación: lo que está en todas partes, en todas las sociedades y en todas las épocas de la historia no tiene ni puede tener otra relevancia que la que apunta a la necesidad de reducir sus manifestaciones más incómodas, en el marco de la aceptación resignada de una presencia permanente e ineliminable: es un dato de la naturaleza (humana).

Y por lo tanto su análisis se practica solamente en función de los niveles de posible tolerancia, y éstos se determinan partiendo de criterios cuantitativos. Pero debe advertirse aquí que los criterios cuantitativos de la tolerancia, que son tributarios directos del viejo esquema que identifica a la transgresión como la violación de las reglas del juego, suelen manifestarse operativamente sólo en función de los caracteres contingentes que ya hemos señalado, constituidos por su extrema visibilidad y por la posibilidad de ser reconducidos a actos individuales³⁷⁵. Con lo que el *quantum* y la tolerancia permiten sólo un

³⁷⁵ Nos referimos a los conceptos de LASCOUMES y WEINBERGER, ya examinados en capítulos anteriores a propósito de similar patrón aplicado a la criminalización de los delitos de cuello blanco.

análisis instrumental, pero nada pueden decir sobre la naturaleza o la significación real del fenómeno.

La visión que considera a la corrupción como un mal endémico que se derrama por doquier, desde la niñez y a partir de lo trivial hasta alcanzar a los adultos y a las cosas importantes se traduce, precisamente, en una suma de trivialidades: la primera es el hecho de que reduce todos esos fenómenos a un problema de deshonestidad, como si la corrupción y la honestidad fueran términos opuestos y exhaustivamente explicativos de sus respectivas esferas, y por lo tanto pretende que la primera puede ser explicada tan sólo a través de la desaparición de los patrones de conducta inspirados en la ética del trabajo, de los negocios o la heredada de nuestros mayores. Así, la corrupción es sólo un problema de moralidad o, en términos más claros, se trata nuevamente de un déficit, el de la moralidad.

Pero como la corrupción es ubicua, en el tren de la ubicuidad todos somos, en algún punto, corruptos, por lo que la conclusión es obligada: todos somos culpables, que es un buen lugar común donde recalcan los espíritus sedentarios. Pero con esta afirmación se produce un efecto tranquilizador: donde todos somos culpables, se alivia la culpa de los más culpables³⁷⁶.

Y si se quiere desplazar el tema hacia las condiciones sociales, el déficit reaparece bajo la forma de la debilidad humana para sobreponerse a las irresistibles presiones del ambiente, que se identifican sobre todo con las condiciones de la política. Salvo que el funcionario sea un superhombre, lo que no es exigido a nadie. Y las explicaciones se conjugan a través de la banalidad de algunos juegos de palabras, al estilo de las afirmaciones que sostienen que la corrupción proviene del hecho de que el poder pone a hombres ordinarios frente a tentaciones extraordinarias, o de frases que anclan en la metafísica de lo inexorable: si el poder corrompe, el poder absoluto corrompe absolutamente³⁷⁷.

Y en aparente consonancia con ello, la dirección de los esfuerzos publicísticos se suele desplazar hacia una dimensión mayormente técnica, que busca las soluciones dentro de los ni-

³⁷⁶ SIMONETTI, *El ocaso de la virtud*, cit., p. 126.

³⁷⁷ SIMONETTI, *El fin de la inocencia*, cit., p. 67.

veles organizativos y con los métodos académicos propios de la teoría sociológica de las organizaciones; y por lo tanto su nivel explicativo se limita a este contexto³⁷⁸. Y lo hace por lo general de un modo que puede o que pretende gobernar esas mismas soluciones dentro de las reglas del mercado. Esto es, se trata de una concepción que se manifiesta no a partir de la comprensión del problema, sino como la propuesta de respuestas y de barreras operativas disponibles o que se pueden disponer o contratar dentro de los niveles de las organizaciones.

La solución al problema puesto por la corrupción se encuentra así dentro del mercado, y para ello ya es innecesario buscar y expresar cuál es su significación teórica más profunda, puesto que simplemente se trata de incorporarla como una prestación profesional apta para el intercambio por su valor económico³⁷⁹.

Pero ello supone confinar la corrupción dentro de la práctica política, que viene a ser considerada como el momento corruptor por excelencia frente a la inexorable debilidad natural

³⁷⁸ Por lo general se trata de desarrollos que se efectúan en el marco de la teoría de las organizaciones y que se limitan a describir algunos procesos interactivos y a distinguir subsistemas dentro de las estructuras corporativas, como por ejemplo los operativos de apoyo, como aquellos por los cuales se canalizan y se aseguran respectivamente los actos corruptos. Pero el nivel de precisión teórica es casi inexistente, puesto que señalan el fenómeno atendiendo a una suma de elementos exteriores y contingentes; las variables que habitualmente se toman en cuenta para identificar la corrupción pueden sintetizarse a partir de la presencia de los siguientes elementos: la búsqueda de un beneficio y la correlativa causación de un perjuicio, desplegadas a través de una transgresión normativa que se produce de modo oculto en una situación de interacción entre dos o más actores de los cuales por lo menos uno goza de una posición de poder (conf. SUÁREZ, Francisco e ISUANI, Fernando, *El árbol y el bosque: un marco referencial*, en "Encrucijada", Ed. Universidad de Buenos Aires, n° 19, 2002, ps. 8 y ss.). La suma o la combinación de esos elementos no explican nada y se limitan a una descripción de algunos elementos exteriores que, además, son contingentes y variables y por lo tanto no pueden definir adecuadamente el fenómeno, o pueden definir cualquier otro. Finalmente, ese tipo de enfoque descuida los componentes y las consecuencias más significativas aparejadas por la corrupción, que son las que inciden en el uso y en la distorsión del derecho, con sus obvias implicaciones en el área de la política.

³⁷⁹ Ofrecidas profesionalmente en el mercado por algunos de los autores de estos desarrollos pseudoteóricos, a través de disertaciones, artículos periodísticos y la exposición mediática de la imagen.

de los hombres comunes, y al mismo tiempo absolver al mercado, porque es allí donde pueden encontrarse los anticuerpos. Y ésta es una manera, la más práctica y sencilla, de despojarla de su aspecto político más relevante.

2. La visión política de la corrupción

Opuesta a esas visiones se encuentra la que toma como punto de partida la afirmación de que los actos de corrupción significan algo más que transgresión, debilidad moral o deshonestidad, porque con esos términos puede definirse o cualificarse cualquier conducta ilícita. En cambio, supone que la corrupción adquiere importancia por las implicaciones que tiene sobre la formación o sobre la configuración de los modos de convivencia social elegidos por cada comunidad.

La bifurcación proviene de la diferente dirección del análisis: una es la que la enfoca sólo porque consiste en una forma de transgresión y gira en torno a ese concepto, y por lo tanto se trata de un fenómeno, que, aunque extendido e incluso sistemático³⁸⁰, siempre constituye una especie de excepción a las reglas generales. Se trata del mismo esquema aplicado a los análisis ortodoxos en materia de delitos de cuello blanco y de crimen organizado, que permite centrar el interés académico en el descubrimiento de los procedimientos técnicos tendientes a reducir la extensión o la gravedad del fenómeno.

En cambio, la corrupción revela su costado más significativo si se la entiende como la introducción en la trama de la sociedad de formas irregulares de relación social, con la consecuente aparición de nuevas y diferentes relaciones y de otros actores sociales³⁸¹; de este modo, el impacto que la corrupción

³⁸⁰ Los análisis usuales distinguen correctamente entre el acto corrupto como un hecho aislado u ocasional, y la práctica o el sistema de relaciones corruptas, que configura una trama permanente; pero en general, tanto uno como la otra se constituyen en esos discursos como excepciones a una regla general de normalidad.

³⁸¹ Conf. SIMONETTI, *El ocaso de la virtud*, cit., p. 123; debe verse en ese mismo trabajo la significación que cabe atribuir a la palabra corrupción, en función de una etimología similar a las de los vocablos irrumpir o interrumpir, que caracteriza al verbo corromper como lo que rompe en unión de otros (co-rrompe), de lo que deriva el pudrir o echar a perder como su efecto, dado que se trata de algo que vincula dos esferas, la del que corrom-

tiene sobre la estructura general de la sociedad es el reflejo de su naturaleza y de su operación propias, y es lo que contribuye a definirla de un modo no sólo nominal, sino enderezado sobre todo a su comprensión.

Esta comprensión requiere que se considere al elemento corruptor no como un individuo o un grupo que simplemente transgrede las normas, sino como alguien que altera, modifica, configura en su beneficio, la trama de las relaciones sociales instituidas, y que se reconozca a esta alteración como su efecto propio.

Este tipo de perspectiva, que a nuestro juicio es la que exige la pretensión de una comprensión profunda de este fenómeno, es similar al que ya habíamos señalado a propósito de los delitos de cuello blanco y del crimen organizado: los actores sociales presentes en estos fenómenos no están debajo de la ley, sometidos a ella en tanto sus conductas ilícitas procuran una excepción, sino que se sobreponen al mandato de la legalidad e intentan —y consiguen— alterarla en algunos de sus aspectos significativos.

Esta perspectiva por lo tanto se relaciona estrechamente con la extensión y con los alcances de la ley, en tanto ésta constituye el instrumento principal de pertenencia a la comunidad jurídico-política y en tanto es esa función asociativa la que de manera directa resulta alterada por la presencia de la corrupción³⁸². En este ámbito, en el que se juegan las reglas de la asociación política, la corrupción significa corrupción política, pero esto no es lo mismo que atribuir a la esfera política la generación de las prácticas corruptas, como se hace habitualmente.

pe y la del que se corrompe; de esta forma, la expresión alcanza su sentido más pleno como la afirmación de una presencia que provoca la ruptura de lo instituido como proceso normal, la alteración de un orden (*ibidem*, p. 49). Pero esta alteración no se expresa sólo como transgresión, dado que ésta no modifica la estructura de las reglas, sino como su modificación: el orden corrompido ya no es el mismo.

³⁸² Como veremos, las consecuencias más significativas de la corrupción se asientan en la esfera política, y no en el área de la economía, que es a donde apuntan los análisis más corrientes; véase, como ejemplo de esta orientación economicista, BERALDI, Carlos Alberto, *Control de la corrupción mediante la desregulación*, en "Pena y Estado", Corrupción, nº 1, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1995, ps. 33 y siguientes.

El problema básico de la corrupción es que se manifiesta en la esfera política, pero no sólo en cuanto ésta se constituye en el necesario partícipe de prácticas que requieren intercambio y que consisten en modos ilegítimos de mediación entre el Estado y el mercado, sino fundamentalmente por su efecto principal, que es la generación de relaciones sociales excluyentes.

Aunque es en la política donde se manifiestan, su origen está en el mercado.

Pero antes de examinar esto es menester despejar el campo un poco más.

3. Corrupción y mercado

Existe una doble confusión que habitualmente modifica la relación que juega entre los elementos fundantes de este fenómeno y que es menester examinar.

La primera es la que parifica la corrupción pública o política con la corrupción privada, pero ésta no es otra cosa que deshonestidad o delito –de cualquiera de las categorías en uso en la criminología– aunque pueda ser explicada en términos similares a la primera.

Cuando el funcionario de una corporación acepta ser sobornado para, por ejemplo, comprar insumos o productos a mayor valor, ha elegido entre la lealtad a los deberes y los objetivos que nacen de su vinculación con su empleador, y sus propias apétencias privadas que no coinciden con esos deberes. Este doblez o conflicto de roles había sido ya invocado por el propio SUTHERLAND como una de las dinámicas que llevan a la comisión de los delitos de cuello blanco, pero no reviste otra trascendencia que la de ayudar a explicar la comisión de un acto delictivo en el marco de las ocupaciones habituales del actor, una especie de quebrantamiento de la ética o de las obligaciones profesionales, tal como lo hace el boletero del cine que cobra una gratificación para entregar una ubicación decente en la sala³⁸³.

³⁸³ En la famosa disertación en la que anunció su teoría del delito de cuello blanco, SUTHERLAND señaló que los "variados tipos de delitos de cuello blanco existentes en el mundo de los negocios y de las profesiones, consisten sobre todo en la violación de la confianza implícitamente delegada, y muchos de ellos pueden ser reducidos a dos modalidades: tasaciones a la baja de valores y duplicidad en el manejo del poder. La primera se asemeja

Pero afirmar que estos actos constituyen corrupción en un sentido que merezca ocuparse de ella en un ámbito distinto de, por ejemplo, el delito ocupacional o la mera defraudación, es decir una banalidad³⁸⁴.

La otra confusión, ciertamente más sutil, es la que, aunque reconoce la existencia de la corrupción privada, trasvasa el problema al Estado o a la política en sí misma, como si ella constituyera la génesis del fenómeno: una especie de amenaza constante de un mal inexorable que sólo puede desembocar en el sabio consejo de alejarse de la política.

La síntesis de esta posición es clara: es en el mercado donde se encontrarán las respuestas adecuadas para combatir la corrupción, puesto que ella proviene del exceso de las regulaciones estatales, que otorgan excesivos márgenes de discrecionalidad a las atribuciones de los funcionarios públicos, a lo que se une la consabida falta de transparencia³⁸⁵: para resolver todo ello es preciso reducir el Estado³⁸⁶ pero a la vez aumentar los controles.

La conclusión que se sugiere es ciertamente paradójica: mientras proclama que la existencia de monopolios de decisión o de controles estatales favorece la corrupción porque suminis-

más al fraude y a la estafa; la segunda al engaño y a la trampa (...) El principio en el que se basa esta duplicidad es que el transgresor posee dos posiciones antagónicas, una es su posición de hombre de confianza que es violada generalmente mediante un trasvase de fondos en interés de la otra posición..."; SUTHERLAND, *Delincuencia de cuello blanco*, en SUTHERLAND, *Ladrones profesionales*, cit., p. 222. En cuanto a la estructura de las motivaciones, la modalidad a la que hace referencia SUTHERLAND es homóloga a la que se suele encontrar en los casos típicos de corrupción, en los que un particular compra favores de un funcionario público, que se ve así enfrentado a las obligaciones propias de su rol y a las exigencias opuestas provenientes o representadas por sus intereses personales. Sin embargo, la significación que esta duplicidad tiene en los ámbitos público y privado es esencialmente distinta, y distintas son sus consecuencias.

³⁸⁴ Que conduce a los criterios cuantitativos y técnicos que hemos criticado más arriba.

³⁸⁵ Similar a ésta es la difundida fórmula de KLITGAARD, según la cual: "corrupción = monopolio + discrecionalidad - transparencia" (KLITGAARD, Robert, *Controlando la corrupción: una indagación práctica para el gran problema social de fin de siglo*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1988).

³⁸⁶ O simplificar la complejidad de su normativa junto con la privatización de algunos servicios actualmente a cargo del Estado; véase BERALDI, *Control de la corrupción*, citado.

tra las ocasiones para que ella se manifieste, al mismo tiempo desenvuelve una especie de ética de los controles privados bajo la lógica de una vigilancia permanente llamada transparencia³⁸⁷.

En la base de todo ello está la convicción de que la corrupción es finalmente un problema de *management*, más fácilmente corregible en el área privada, desde la cual las soluciones pueden desplazarse, suministrarse o venderse a un Estado cada vez más desprovisto de controles propios.

Pero el problema no es administrar y controlar menos por el lado del Estado y vigilar más por el lado del mercado³⁸⁸, sino que consiste en el olvido de que la corrupción se genera precisamente en el mercado, y desde el mercado se instala en las estructuras políticas desde las cuales se consolida y perpetúa en los modos efectivos de hacer política y economía. SIMONETTI lo expresa claramente, cuando señala que

“la corrupción de los funcionarios no es solamente un simple hecho puntual que puede explicarse por sí mismo, o por la mera ambición de los autores, sino que forma parte de un proceso que necesariamente tiene su origen en el mercado, para finalmente volver sobre él, después de haberse consolidado a través de la corrupción del Estado”³⁸⁹.

De allí que sean erradas³⁹⁰ las concepciones usuales en materia de corrupción, cuando la representan tan sólo como el resultado de la actuación contradictoria de dos códigos alternati-

³⁸⁷ Se trata del principio según al cual es posible construir la ética mediante el empleo de una cámara oculta.

³⁸⁸ Las críticas a esta posición no se refieren ni se extienden a la cuestiones puestas por la eficacia instrumental de los controles administrativos aplicados a las organizaciones, cuya razonabilidad técnica no se discute aquí. Más allá de su posible eficacia en algunos casos, el problema más grave se encuentra en otro lado, que es donde esos procedimientos no llegan, porque los presupuestos teóricos de los que parten les impiden comprenderlo.

³⁸⁹ SIMONETTI, *El fin de la inocencia*, cit., p. 73.

³⁹⁰ O por lo menos incompletas, que es también una forma del error.

vos pero coexistentes³⁹¹: uno representado por el conjunto de normas formales y otro por un segundo código informal, opuesto al primero en sus contenidos normativos, pero efectivo en tanto es el que canaliza las corrientes profundas de la economía y determina cuáles son los métodos eficaces para obtener los resultados económicos procurados.

Ese segundo código se vincula y tiene origen en el comportamiento de los actores económicos, pero debe extenderse al área de la política, precisamente para poder incorporarla como uno de los elementos de su propia construcción.

4. Corrupción y análisis funcional

A este espíritu corresponden las versiones economicistas de la corrupción, a veces más preocupadas por justificarla que por combatirla. De la misma manera que el crimen organizado suele ser objeto de discusión en términos funcionalistas³⁹², también la corrupción ha despertado debates sobre la funcionalidad, permanente o transitoria, de una ruptura sistemática al sistema de reglas formales.

El ejemplo más conocido se refiere, casi es una obviedad decirlo, al análisis de MERTON sobre la máquina política estadounidense, a partir de su conocida distinción entre las funciones manifiestas y las funciones latentes de las instituciones o de los fenómenos sociales. A grandes trazos, el principio rector del análisis funcional en criminología es el siguiente: la persistencia es signo evidente de la función y, por lo tanto, si algo persiste es que despliega algunas funciones positivas³⁹³. Y si-

³⁹¹ En la formulación de Michael REISMAN, se trata de la coexistencia entre un código mítico que determina lo prohibido y lo permitido con un código operativo que establece qué cosas se pueden hacer sin temor a ser sancionado por el primero (REISMAN, Michael, *Remedios contra la corrupción*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1981).

³⁹² Véanse, en el capítulo anterior, las discusiones sobre la preferibilidad del crimen organizado de grandes dimensiones o establecido en condiciones monopólicas respecto de las bandas relativamente desorganizadas o inestables, por cuanto se supone que la presencia del primero puede contribuir a disciplinar el mercado, a disminuir la cantidad de las prestaciones ilícitas erogadas o a reducir el empleo de la violencia.

³⁹³ Sobre el rol jugado por el funcionalismo en criminología, véase MATZA, *El proceso de desviación*, cit., capítulos 2, 3 y 4, especialmente p. 77, en relación al principio recién enunciado.

guiendo a pie juntillas ese principio, el funcionalismo pone el acento en la existencia de las funciones latentes y positivas de una institución, afirmando la existencia de una especie de sabiduría implícita que compensa sus disfunciones manifiestas y que en consecuencia promete una disculpa a los fenómenos más severamente dañinos. De manera paradójica, el énfasis puesto en las funciones ocultas, que serían las positivas, hace que permanezcan fuera del foco de la atención las funciones manifiestas, que serían las negativas pero que, quizá por obvias, son descuidadas.

El aparato de la política, según MERTON, admite esta distinción, dado que aunque ciertas prácticas comunes en ella violan los códigos morales y sus propias reglas formales, de manera paralela desarrollan algunas funciones latentes. Así, mientras es evidente que el clientelismo supone la ruptura de las reglas por las cuales las designaciones deben ser efectuadas sobre la base de la carrera o de la idoneidad, algunas designaciones políticas cumplen una función tutelar o asistencial que se vería impedida si el sistema se atuviera estrictamente a las regulaciones formales en materia de admisión a la administración pública; mientras el intercambio de votos entre fracciones diversas vulnera un principio de representación política y permite, por ejemplo, recompensar a candidatos sin la suficiente experiencia o capacidad política, al mismo tiempo permite proveer a los necesarios equilibrios entre las fuerzas, sin los cuales el despliegue del poder político se vería notoriamente obstaculizado³⁹⁴.

Pero lo que el análisis funcionalista no dice es que estas funciones latentes suponen costos que en definitiva tienen que ser soportados por alguien.

El argumento que subyace al análisis del aparato político es que éste proporciona canales de movilidad social a aquellos que se encuentran excluidos de los cauces normales de ascenso social, lo que es del todo compatible con las explicaciones anómicas de la conducta desviada desarrolladas por el mismo MERTON, cuyo terreno es el espacio social ocupado por la desventaja o la

³⁹⁴ Un análisis crítico de estas posturas funcionalistas en RUGGIERO, *Delitti dei deboli e dei potenti*, cit., ps. 123 y ss.; para la crítica a la teoría de MERTON sobre la significación, los límites y los defectos de los análisis de tipo funcionalista, sin falta debe verse el ya clásico trabajo de MATZA recién citado, ps. 70 y siguientes.

pobreza. La tesis de la anomia tiene como base la discrepancia existente entre las metas sancionadas por la cultura y los medios legítimos puestos a disposición de los individuos para obtenerlas: la tensión producida por esta discrepancia es la que induce a algunos de ellos a tomar un atajo que en el lenguaje mertoniano es la adaptación innovativa pero que en los términos del derecho penal es el delito.

Pero esto se traduce en algo más que en una descripción atractiva³⁹⁵. Comporta costos; por ejemplo, que el ascenso social se efectúe por canales que no tengan en cuenta los méritos o los esfuerzos de los individuos o, lo que es más grave, que la oportunidad otorgada a una persona sea la misma de la que es privada otra con más derecho. Los recursos públicos asistenciales son escasos, y cuando son distribuidos de manera clientelar lo que se altera es el sistema igualitario de acceso a esos recursos que debe proveer la ley. Este género de costos generalmente no es contemplado en los análisis funcionalistas ortodoxos.

El argumento de la movilidad social, empero, no es inconsistente sólo por ese motivo³⁹⁶, sino que hay otras razones que concurren a debilitarlo: la realidad demuestra que los canales alternativos o suplementarios que los aparatos políticos desarrollan no siempre están destinados a los sectores de la vulnerabilidad social, sino que son aprovechados por los hombres de negocios, los políticos, o las personas poderosas, más todos los demás que emplean la ley y los recursos del Estado como un instrumento privado. Y por lo tanto la invocada utilidad latente de los aparatos de la política queda despojada de todo contenido social, salvo en épocas electorales³⁹⁷.

³⁹⁵ No del todo convincente ni aplicable a todos los fenómenos. No es éste, sin embargo, el lugar para analizarla a fondo.

³⁹⁶ Bien que, en nuestra opinión, ese argumento resulta ser el más importante, pero a condición de que se entienda que el desarrollo de relaciones sociales y de vínculos con el Estado sobre la base de una política clientelar altera el propio Estado de derecho al degradar a la ley como el vínculo de la unión entre los ciudadanos.

³⁹⁷ Según MATZA, el análisis funcionalista de ese aparato oscurece el hecho real: "La máquina es una excelente mafia que si algo hace es explotar a la vasta mayoría de los pobres y de los más afortunados buenos ciudadanos para conseguir asistencia, beneficios y movilidad repentinas para algunos favorecidos. La cuestión de 'quién se beneficia' (...) no tiene mucho sentido, si no se pregunta simultáneamente 'a costa de quiénes'" (MATZA, *El proceso de desviación*, cit., p. 80).

Las consideraciones efectuadas a propósito de los aparatos políticos y especialmente la crítica al enfoque de MERTON resultan enteramente aplicables a otros análisis del fenómeno de la corrupción que se encuentran igualmente animados de este mismo funcionalismo.

En épocas de transición, se ha dicho, la corrupción favorece los procesos de desarrollo económico e institucional porque representa la apertura de canales de integración para aquellos grupos que, de otro modo, al expresar sus propias demandas recurrirían a la violencia; de este modo, la corrupción puede ser funcional al mantenimiento del orden político³⁹⁸. De manera vagamente similar, la corrupción ha sido frecuentemente ligada a situaciones de atraso económico o de desorden institucional, cuya superación debería conllevar naturalmente una disminución de la tolerancia social respecto de este fenómeno; en esta perspectiva, los costos de la corrupción podrían ser inferiores a los beneficios que produce, porque proporciona el único instrumento disponible para superar los obstáculos que impiden el desarrollo económico³⁹⁹.

Que el problema de la corrupción pueda ser puesto en términos de funcionalidad o de disfuncionalidad proviene, por lo menos en parte, de la aparente ausencia de la víctima, en tanto los protagonistas de las prácticas corruptas son actores consensuales: compran y venden, intercambian prestaciones de forma voluntaria. En el marco de estas relaciones, la víctima es invisible, porque en realidad el daño se produce en otro ámbito y en otro tiempo que en aquellos en los cuales se produce el intercambio,

³⁹⁸ RUGGIERO, *Delitti dei deboli e dei potenti*, cit., p. 125, con cita de HUNTINGTON, Samuel, *Modernization and Corruption*, Yale University Press, New Haven, 1968, p. 651, a quien atribuye la siguiente opinión en apoyo de esta teoría: "Aquellos que corrompen un policía se identifican con el sistema más de lo que lo hacen aquellos que atacan una estación de policía".

³⁹⁹ RUGGIERO, *Delitti dei deboli e dei potenti*, cit., p. 126, con cita de NYE, J., *Corruption and political development: a cost-benefit analysis*, en HEIDENHEIMER, Arnold; JOHNSON, Michael y LEVINE, Victor, *Political corruption: a handbook*, Transaction Publ., New Jersey, 1990. No obstante, RUGGIERO señala que tales teorías no parecen adaptarse, por ejemplo, a una realidad como la italiana, caracterizada por un constante aumento de los niveles de actividad económica y de ingreso, que en lugar de disolver o de disminuir la incidencia de la corrupción ha difundido una cultura del intercambio corrupto en todos los contextos y grupos sociales (cit., ps. 131 y siguientes).

y además en relación a otras personas. Este tipo de circunstancias se asemejan notablemente a las que se verifican en el área de los delitos de cuello blanco, especialmente cuando se pone la atención sobre la frecuencia con que las víctimas de estos hechos no llegan a tomar conciencia del daño que han sufrido.

Por lo tanto, si la víctima es de ordinario invisible o desconocida, el daño ocasionado suele compartir estos caracteres. Sin embargo, la identificación del daño es esencial para una adecuada caracterización de la corrupción, especialmente si se quiere salir del círculo de hierro de las teorías de base economicista que se agotan en la funcionalidad o disfuncionalidad del fenómeno o que desembocan en una opción de costo-beneficio: cuanto más graves sean los costos de la corrupción en relación a sus ventajas, menos motivos tendrán las personas para recurrir a ella, dado que deben ser consideradas actores racionales que toman decisiones basadas en el cálculo. En el nivel del control social el razonamiento es similar: la corrupción puede y debe ser combatida cuando sus costos exceden los costos que insumen los mecanismos de control y de represión, pero no a la inversa.

5. Los daños de la corrupción

La determinación del daño es pues esencial, pero por lo general éste se identifica con entidades abstractas como el desarrollo, las condiciones de la libre competencia, el espíritu de empresa, la capacidad de inversión productiva, etcétera⁴⁰⁰. Estas abstracciones, sin embargo, son de difícil cuantificación y la relación que puede establecerse entre la corrupción y ellas es ambivalente: según las circunstancias, una práctica corrupta puede tanto favorecer como obstaculizar determinados emprendimientos y condiciones del desarrollo, y elegir entre uno y otro resultado depende de verificaciones contingentes.

Pero, además, requiere que se presuponga abstractamente la existencia de esas entidades, o que éstas constituyan en esencia algo más que unos ideales bastante vagos, lo que es bastante dudoso. Sobre la base de esa duda, parece pues preferible buscar un anclaje más concreto, que es el camino inten-

⁴⁰⁰ RUGGIERO, *Delitti dei deboli e dei potenti*, cit., p. 127.

tado por Vincenzo RUGGIERO de una manera singularmente interesante⁴⁰¹, a través de una serie de formas efectivas de victimización.

Una de ellas está constituida por lo que RUGGIERO llama la mercificación de los derechos, esto es, la conversión a bienes privados, que pueden ser objeto de negociación en el mercado, de los derechos que la Constitución y las leyes aseguran a cada ciudadano en su calidad de tal y que, por lo tanto, no deberían encontrarse sometidos sino a las regulaciones igualitarias que su reglamentación democrática establece. Los derechos al trabajo, a la vivienda, a la salud, a la educación, a la expresión de las ideas, etc., pertenecen a la esfera de la ciudadanía, pero la corrupción los transforma en bienes negociables, lo que distorsiona la justicia social, cuyas características deberían ser la previsibilidad y la igualdad, para convertirla en el resultado de una negociación privada o de una concesión arbitraria o graciosa.

Vinculada a ella, o más bien como su presupuesto, se encuentra la modificación de las condiciones a través de las cuales se conduce la actividad política, que implican transparencia, visibilidad, igualdad de los derechos políticos y en el acceso a los beneficios de la actividad del Estado.

El intercambio corrupto es por naturaleza opaco, oscuro, se constituye en la negación de la visibilidad⁴⁰², lo que proviene de la necesidad, inherente a los sistemas de la democracia representativa, de recurrir a mediadores que cubren la función de vincular con el gobierno las necesidades y los intereses de los ciudadanos. Pero estos políticos tienen gastos de financiamiento que deben ser cubiertos de alguna manera, lo que constituye el primer incentivo para la corrupción, y ésta se ve ulteriormen-

⁴⁰¹ RUGGIERO, *Delitti dei deboli e dei potenti*, cit., ps. 132 y siguientes.

⁴⁰² RUGGIERO toma en general este argumento de Alessandro PIZZORNO, pero subraya que, por el contrario, en Italia la corrupción ha asumido unas características de visibilidad y de difusión que desmienten esa opacidad. Sin embargo, el señalamiento no invalida el razonamiento de PIZZORNO, que se refiere de manera directa a los requisitos propios de una democracia representativa. Ver el tema en PIZZORNO, Alessandro, *La corruzione nel sistema politico*, en DELLA PORTA, Donatella, *Lo scambio occulto*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1992, ps. 13 y ss. Para la relación entre visibilidad y principio de representación política, SIMONETTI, *El fin de la inocencia*, cit., parte V.

te facilitada cuando estos políticos provienen de sectores de modesto estatus y no tienen una reputación para salvaguardar. Aparece aquí la figura del político de negocios⁴⁰³, cuya potencia política proviene precisamente de la conjunción entre sus ilimitadas necesidades de financiamiento, su comportamiento desprejuiciado y su falta de escrúpulos, provenientes éstos de su modesto origen social⁴⁰⁴.

Pero lo que aquí importa, que es lo que releva RUGGIERO, es la alteración de las reglas de la representación política, socavadas por la corrupción con su exigencia de intercambios que no pueden hacerse visibles.

De una manera adicional, lo que se oscurece es la capacidad del ciudadano para verificar el cumplimiento del mandato otorgado a sus representantes o el contenido de las decisiones tomadas por éstos durante su función, puesto que en realidad pasan a depender de las fuerzas ocultas que actúan en el interior de los partidos políticos: la representación política se desenvuelve así en la más absoluta oscuridad, lo que lleva a la descalificación moral y política del ciudadano.

Esta forma de victimización no es la única. Según RUGGIERO, un problema adicional consiste en la difusión de las prácticas corruptas en todos los niveles de la sociedad, en parte alentada por la impunidad general, y en parte por el hábito cada vez mayor y más extendido socialmente de obtener algún beneficio de pequeños y cotidianos intercambios corruptos. El acostumbramiento a la corrupción que se verifica en los niveles menores reduce la sensibilidad a este tipo de episodios, con lo que de hecho terminan parificadas la pequeña corrupción individual con los grandes negociados. El punto señalado por RUGGIERO es, precisamente, la pérdida de la sensibilidad que se produce en función de la aparente equivalencia de actos diferentes de corrupción, de magnitudes diversas pero igualados en la impunidad. Parafraseando a SYKES y MATZA, una de cuyas técnicas de neutralización rezaba "condenar a quienes condenan", RUGGIERO sugiere que la técnica adecuada a la corrupción es, en cambio, "perdonar a los que perdonan".

De una manera similar a cuanto se intentará desarrollar en lo que resta de este texto, la serie de argumentos desplegada por

⁴⁰³ *I politici d'affari*, en el trabajo de Pizzorno.

⁴⁰⁴ Tienen, en su origen, poco que perder.

RUGGIERO intenta superar los oscurecimientos en los que incurren las concepciones ortodoxas y economicistas sobre la corrupción: en general, todas ellas excluyen las consecuencias provocadas por las mediaciones presentes entre la política, la economía y el crimen, al instituir relaciones irregulares y permanentes que degradan la estructura y la función del Estado, en beneficio de los grupos que actúan a través de él con métodos o con propósitos criminales.

La degradación del Estado y de los modos en los que se desarrollan las relaciones políticas no es superficial ni irrelevante, porque en ellos coexisten y conviven formas criminales de hacer economía y de conducir la política: delito de cuello blanco y crimen organizado, en cualquiera o en todas sus diferentes variantes, participan y aprovechan de esa degradación y e integran esos modos de relación en diferentes grados de superposición o instrumentalidad. Y todas ellas alcanzan resultados que pueden ser apreciados de una manera que en nada se parece a una abstracción.

En palabras que atienden a la realidad italiana, pero que muy claramente pueden ser referidas a la argentina o a la de muchos otros países, especialmente del área latinoamericana, en donde se despliegan procesos extendidos y prolongados de corrupción y de crimen, FERRAJOLI describe la situación de esta manera:

“En efecto, a la vista de las dimensiones alcanzadas por la corrupción y las colusiones del poder político con la mafia, la camorra y con los otros poderes invisibles (logias masónicas, Gladio, P2 y servicios secretos desviados), nuestro Estado es en realidad un doble Estado, detrás de cuya fachada legal y representativa había crecido un infra-Estado clandestino, dotado de sus propios códigos y atributos, organizado en centros de poder ocultos, destinado a la apropiación privada de la cosa pública y recorrido secretamente de recurrentes tentaciones subversivas. Así, pues, un doble Estado oculto y paralelo que contradecía todos los principios de la democracia política y del Estado de Derecho, desde el principio de legalidad al de publicidad, visibilidad, controlabilidad y responsabilidad de los poderes públicos”⁴⁰⁵.

⁴⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi, *El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad*, en ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto (comp.), *Corrupción y Estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, Ed. Trotta, Madrid, 1996, p. 16.

Nada de esto tiene que ver con las versiones exclusivamente economicistas de la corrupción ni con sus derivaciones administrativas, propias de una visión que confunde corrupción con un problema de *management* desviado susceptible de corrección técnica a través de controles de transparencia.

El problema de la corrupción es esencialmente político, y su consecuencia más relevante es que desemboca en un proceso de exclusión.

6. Público y privado: la privatización de la ley

La manifestación primera y más conspicua de la corrupción es la de confundir las esferas de lo público y lo privado⁴⁰⁶, a través de la inserción de motivaciones e intereses privados como motivo o causa de los actos públicos. De esta manera, los actos y las decisiones encaminadas a la administración y a la dirección de la cosa pública, entendida ésta como la cosa de todos, o el bien común, se convierten en la ocasión para que su gestión se realice en procura de obtener o de alcanzar finalidades privadas.

La variedad y el colorido de los actos de este tipo superan cualquier exceso imaginativo⁴⁰⁷ y, en realidad, los procesos de corrupción, en la medida en que puedan ser definidos de esa manera, han acompañado desde siempre e invariablemente a ese tipo de fenómenos que la Criminología agrupó bajo los nombres de delito de cuello blanco y de crimen organizado, con todas sus variantes y subespecies.

No se concibe, por lo general, que estos procesos criminales puedan desarrollarse al margen de la connivencia o de la complacencia de los poderes públicos, por lo menos en una parte significativa de su variadísima fenomenología. Por lo demás, ambos expresan de manera certera la desaparición de los límites nítidos entre lo legal y lo ilegal, en virtud de la confusa

⁴⁰⁶ Para la distinción histórico-filosófica entre ambas esferas, ARENDT, Hannah, *La condición humana*, Ed. Paidós, Barcelona, 1998, cap. II.

⁴⁰⁷ Un buen panorama de la riqueza de las situaciones posibles vinculadas a la corrupción, en el ámbito de algunos países de Europa Occidental y de la extensión de sus actividades económicas a los países de la periferia, se encuentra en RUGGIERO, *Delitti dei deboli e dei potenti*, cit., caps. 5, 6, 7 y 8.

mezcla que se verifica entre actividades económicas y procesos políticos legales e ilegales, entre personajes criminales y empresarios, entre privados y políticos, entre objetivos de la economía y finalidades de la política. La confusión entre público y privado, expresada en los términos de la ambigüedad o la ambivalencia, constituyen la característica más específica de estos géneros delictivos.

Pero la corrupción no es sólo la violación de la ley por parte de los funcionarios públicos, en procura de ventajas, generalmente económicas –pero no limitadas a éstas– para ellos o para los particulares con quienes contratan o quienes los han contratado, o a la inversa.

El empleo criminal de la ley no puede ser descripto sólo bajo los términos de su quebrantamiento. Su efecto principal es sobre todo distorsivo, el de convertir a la ley en un recurso de acceso diferencial al bien común, pero entendido éste o convertido ya en un bien privado. Y ello supone dos cosas: que el acceso a la ley se restringe a unos pocos, y que el bien común se disuelve en un bien privado.

Debe entenderse aquí el acceso a la ley como la posibilidad de disfrutar de las ventajas y de las protecciones que proporciona la administración de la legalidad, pero bajo reglas o motivos ilegales: administrar la legalidad, pero no ya *con arreglo a* la ley, aunque se realice *por medio de* ésta⁴⁰⁸, conduce a la atribución de privilegios, menores cargas relativas, subsidios y otros beneficios innumerables que en definitiva se vierten en favor de unos pocos en función de relaciones no (inter)mediadas por la ley sino por lazos de colusión.

De lo que se trata, en términos de corrupción, es de convertir al Estado en el instrumento para la generación de la renta privada, ante la ausencia o la debilidad de los mecanismos típicamente económicos como la innovación tecnológica, la apertura de nuevos mercados, el desarrollo de nuevas formas de financiamiento o de comercialización, la inversión de capitales, los proyectos de largo plazo, etcétera.

El acceso diferencial al Estado determina que sea éste el que, en el marco de las relaciones privilegiadas que garantizan las

⁴⁰⁸ Esta distinción respecto de la función de la ley en el Estado de derecho puede verse en SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 159. En el texto, a los fines ilustrativos se la emplea de modo inverso.

prácticas corruptas, establezca las modalidades de política económica, financiera o fiscal que generan una renta diferencial, un monopolio transitorio de ventajas que diferencia el rendimiento o la inserción de unos emprendimientos en relación a los otros.

De esta forma, la rentabilidad del sistema económico no se fundamenta en la renta de la actividad económica propiamente dicha, en sus recursos innovativos, sino en una cuasi-renta de privilegio, esto es, en la ventaja procurada a través del disfrute diferencial de un beneficio, un derecho o una concesión otorgados por el Estado, pero al margen de las reglas de igualdad abstracta⁴⁰⁹.

Pero de esta manera se quiebran las reglas del mercado, entendidas en su ortodoxia, que de una manera genérica reclaman tanto por condiciones igualitarias de competencia como por la previsibilidad de las condiciones en las que se despliega la actividad económica; pero aquí ese quiebre se produce a pedido y en beneficio del propio mercado, que dada su conformación particular sólo parece que puede prosperar si esas condiciones desaparecen y son sustituidas por el privilegio.

Pero el privilegio nada tiene que ver con la previsibilidad en sentido genérico, en los términos propios del capitalismo racional, aunque sí la tiene en un sentido particularizado, en tanto para quien tiene acceso al Estado, porque disfruta de relaciones privilegiadas con sus funcionarios, lo que sí es previsible es que ha de gozar de un cierto beneficio, cuya probabilidad deriva del hecho de que lo ha adquirido previamente, lo ha contratado o se lo ha asegurado.

Lo que de esta manera se instala es la precariedad calculable, no el cálculo previsible.

Está claro que esta situación no puede dejar de tener consecuencias en términos de la actividad económica general, ya que un sistema que no requiere del crecimiento para prosperar admite como posibilidad razonable que el mercado y el mismo sistema puedan achicarse, que otros actores económicos sean excluidos de él y que el consumo social se deteriore, pero que al mismo tiempo la economía —una parte de ella— prospere: la ren-

⁴⁰⁹ El enfoque de la corrupción como creadora de una cuasi-renta de privilegio, en SIMONETTI, *El ocaso de la virtud*, cit., ps. 216 y ss., apoyado en SCHUMPETER, Joseph, *Teoría del desenvolvimiento económico*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1957.

tabilidad no depende, por lo menos de manera inmediata, de esos elementos⁴¹⁰.

Se trata de un modelo de capitalismo sin proyecto, en el sentido de la ausencia de un proyecto que abrace a todos los actores sociales, aunque sí lo tiene en relación a los sectores económicamente concentrados, en función del logro de sus objetivos inmediatos. Pero, además, se trata de un modelo de capitalismo sin ley, opuesto a todas las concepciones racionales que reclaman previsibilidad y que fundan esa previsibilidad en la presencia genérica de la ley.

En consecuencia, se genera un capitalismo extraño, que requiere violar la ley para establecer las condiciones de su desarrollo, pero que se asegura esas condiciones a través de prácticas corruptas cuya eficacia y permanencia están condicionadas a la permanencia y a la estabilidad en el poder de quien le otorga el privilegio, pero éste a su vez forma parte de una estructura corrupta cuyas condiciones de estabilidad también son dudosas⁴¹¹. Es que, en el fondo, también la inestabilidad ha sabido

⁴¹⁰ Depende, en realidad, de la posibilidad de mantener y de acentuar la distribución regresiva del ingreso, dado que mientras sea posible aumentar la parte de la torta que corresponde a los sectores de ingresos más elevados, no importa cuánto se deterioran los del otro extremo. En la Argentina parece haberse asistido a un caso paradigmático de suicidio de clase, porque cuesta creer que los sectores dirigentes de la economía hayan puesto en práctica modelos económicos cuyo éxito dependía de la exclusión de parte de la población, y cuesta aún más creer que hubieran pensado que una situación como ésta podría no haberlos afectado al fin del proceso; sin embargo las dos cosas ocurrieron.

⁴¹¹ La historia reciente del capitalismo argentino demuestra su necesidad de violar la ley para instalarse y prosperar, y para ello ha recurrido tanto a la violencia terrorista como a la corrupción política. Sobre los modos empleados para montar un capitalismo sin ley, cuyos orígenes cercanos se remontan en la Argentina a la dictadura militar de 1976, SIMONETTI, *El fin de la inocencia*, cit., parte III, donde puede notarse la oscura similitud existente entre el Estado terrorista implantado por esa dictadura con la estructura de las organizaciones mafiosas italianas. Sobre los orígenes más lejanos de estas particularidades perversas del capitalismo argentino, SÁBATO, Jorge, *Notas sobre la formación de la clase dominante en la Argentina moderna (1880-1914)*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 1979; y SÁBATO, Jorge y SCHVARZER, Jorge, *Funcionamiento de la economía y poder político en la Argentina: trabas para la democracia*, en ROUQUIÉ, Alain y SCHVARZER, Jorge, *¿Cómo renacen las democracias?*, Ed. Emecé, Buenos Aires, 1985.

formar parte de las condiciones de desarrollo de un capitalismo que pudo prosperar aprovechando las transiciones, cuanto más imprevistas y bruscas mejor, porque otorgaban oportunidades para hacer diferencias a quienes no se veían sorprendidos por su advenimiento⁴¹².

El resultado es un capitalismo ambiguo, que mientras requiere asegurar el mantenimiento de ciertas condiciones de privilegio, recurre para ello a procedimientos imprevisibles e inseguros, aunque aparentemente disponibles según las reglas de mercado, donde todo tiene valor y precio. La estabilidad de las condiciones del mercado vigentes en determinado período es la misma que la de la contratación que las genera.

Estas particularidades alteran la función de la ley como elemento del orden económico capitalista, dado que aquélla requiere una generalidad que está ausente en la presencia de la corrupción.

La ley y el Estado se han convertido así en un sistema de recursos públicos generadores de beneficios desiguales, que se derraman de modo no público sobre grupos selectos de particulares de una manera contradictoria con la pretensión de generalidad e impersonalidad de la ley que los regula. El diagrama requiere privilegiar las relaciones personales clandestinas por sobre los derechos impersonales que consagra el sistema legal formal propio del Estado de derecho.

De este modo, tanto la ley en sí misma, como medio de vinculación igualitaria entre los ciudadanos, como los derechos y beneficios que de ella se esperan, pasan a ser un recurso que de público en su origen y en su concepción originarias se privatiza y que es empleado de modo excluyente por quienes tienen u obtienen ese acceso privilegiado que otorga la corrupción.

Aquí es donde se manifiesta un proceso de exclusión, que es innegablemente político y constituye el efecto más distintivo, y pernicioso, de la corrupción.

⁴¹² Sobre el rol de la inestabilidad política argentina en la producción de sorpresivas oportunidades de negocio y su influencia en la generación de un tipo particular de capitalismo adaptativo que prospera en esas condiciones incompatibles con el capitalismo racional, véase SABATO y SCHWARZER, *Funcionamiento de la economía y poder político en la Argentina*, cit. En el mismo sentido, VIRGOLINI y SIMONETTI, *Economía ilegal e inestabilidad política en la Argentina*, citado.

El empleo privado de la ley es doblemente excluyente: no sólo excluye a los ciudadanos comunes de las ventajas que el Estado les puede brindar en el sentido acotado de actores económicos, sino que también los priva de la disponibilidad de la ley, esto es, de la condición sobre la que reposa su misma calidad de ciudadanos.

Se es ciudadano tan sólo sobre la base de la presencia de una ley general y abstracta que asegura igualdad de derechos y de tratamiento –sin necesidad de colusión, de pagos, de relaciones privilegiadas o de recomendaciones de ninguna especie–. La ley es tanto el vínculo de unión societaria como, a la vez, el instrumento a través del cual los ciudadanos pueden reclamar del Estado las prestaciones que la ley asegura de manera igualitaria y sólo en virtud de esa condición: vínculo de ciudadanía y derechos se incluyen mutuamente.

Pero, a través de la corrupción y de los privilegios que genera, el ciudadano se convierte en un hombre sin ley, porque ha sido privado de ésta. Y al estar privado de la ley está privado del espacio de la política y de la posibilidad de incidir en la determinación y en la búsqueda del bien común, que es una forma de estar privado de la sociedad.

Ése es el efecto político de la corrupción: degradar al ciudadano a la condición de cliente, en el peor sentido político del término. Y es también el elemento que la define con propiedad y permite vincularla a otros campos empíricos, en los que la relación de sus actores con la ley no es la de sometimiento, sino la de dominio.

Capítulo VII

Derecho, política y criminología

La exclusión de la ley y la ciudadanía.

El problema de la legitimidad y la criminología

1. Ley y ciudadanía

1. 1. La presencia de la ley

Es evidente la vinculación que el concepto teórico y la experiencia y la condición efectivas de la calidad de ciudadano tienen con la presencia de la ley. Esa condición requiere la disponibilidad del derecho para el amparo de su despliegue vital, tanto como la existencia de las condiciones materiales que lo hagan posible. Y ambos aspectos se vinculan mutuamente.

De esta manera, el derecho, que es la forma de expresión típica del poder político, se convierte en el medio y en la garantía específicas de la identidad de ciudadano, sin las cuales éste no puede percibirse ni expresarse como tal. Y ello deriva de una doble relación de pertenencia, del ciudadano a la nación y de la nación al ciudadano, en igualdad con los otros hombres, que sólo puede ser expresada en el lenguaje del derecho. Sin la presencia del derecho, esa relación sólo puede ser violenta.

Porque el derecho es el único medio que a la vez sirve para reconocer, para establecer y para delimitar la libertad y la propiedad, esto es para instituir las condiciones esenciales de la convivencia entre los hombres. Estas condiciones requieren tanto de bases materiales como de una protección jurídica: se trata, en este caso, de la necesaria protección contra la arbitrariedad del poder y contra el abuso de los otros hombres; en palabras más definitivas, de una protección contra la violencia.

Y aquí entra en juego el concepto de ley, que no puede ser reducida a su sentido formal, que atiende a la regularidad y al origen de los procedimientos legislativos de los que emana, sino que en función de su sentido político como expresión del Esta-

do de derecho y de las cualidades que éste le exige, es o debe ser una ley general.

Por ley general se entiende una norma que regule la generalidad de los casos similares, reconduciendo a la igualdad las diferencias eventuales. Lo opuesto es un acto particular, que puede o no tener forma de ley, esto es, sancionada por el Parlamento, o que puede provenir de otros poderes del Estado, pero que se dirige a regular casos particulares, especiales, no abstractos ni generales. Éste es el significado de la distinción entre un ordenamiento estatal desplegado *por medio de* la ley y un ordenamiento establecido *con arreglo a* la ley⁴¹³. La primera expresión se refiere a la ley en sentido formal; el segundo giro se vincula con una ley en sentido material que regula relaciones con carácter general, de una manera uniforme, para todos los casos y para todas las personas que se encuentran en condiciones similares.

Y como contrapartida del carácter general de la ley, lo es su carácter igualitario. Sólo lo que es general desde el lado del mandato es igualitario desde el aspecto del sometimiento, lo que significa que también debe ser igualitario desde el punto de vista de la protección⁴¹⁴.

Y es en todo esto, y no fuera de esto, donde está la determinación del bien común, los objetivos de la convivencia, que se corporizan en la previsión con arreglo a la ley de las mínimas limitaciones a la libertad y de las necesarias regulaciones de la propiedad, del establecimiento de los derechos, y de la consagración de cuáles serán las relaciones entre los ciudadanos y los poderes políticos, dentro de un proyecto que debe ser común.

Pero común no significa igual, y ley general y protección igualitaria no suponen eliminar las diversidades: significa establecer un espacio en donde se puede definir el bien común y la forma de alcanzarlo a través del derecho, que supone el establecimiento de reglas válidas para todos, que sirvan para resolver de modo pacífico las diferencias y los conflictos.

La presencia de la ley es así la precondition para la existencia de un espacio político dentro del cual pueda expresarse el

⁴¹³ SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 159.

⁴¹⁴ Ya habíamos recordado las palabras de SCHMITT: "Igualdad ante la ley significa, no sólo aplicación igual de la ley emitida, sino protección contra quebrantamientos, dispensas y privilegios, cualquiera sea la forma en que surjan" (*Teoría de la Constitución*, cit., p. 162).

consenso. Éste, por su parte, es el que sustenta la legitimidad del sistema de reglas de derecho que, aunque finalmente descansa sobre la amenaza de una sanción violenta, a la vez pretende despojar de violencia a las relaciones sociales.

La relación que se establece es inversa: la presencia de la ley es la condición para el desalojo de la violencia; la ausencia de la ley llama en causa a la violencia. Las condiciones a las que se sujeta el ejercicio de la violencia legal corresponden a un nivel distinto, simplemente operativo, que se refiere a la racionalidad instrumental del sistema, a su justificación como instrumento adecuado para la persecución de un fin cuya legitimidad se halla en otra parte, que es el ámbito donde ha sido determinado.

De esta manera, el ciudadano es un sujeto que existe y actúa en un espacio instituido por el derecho, y que sólo a través de la lógica interna al derecho puede reclamar que ese espacio esté exento de violencia.

1. 2. La exclusión de la ley

Pero no siempre los espacios de la ciudadanía están mediados por el derecho. A veces los hombres están privados del derecho. No me refiero aquí a la privación de tal o cual derecho, ni al éxito contingente de un reclamo en favor del ejercicio de un derecho subjetivo específico, ni al proceso o a la tendencia a la reducción de las desigualdades. Me refiero a la disponibilidad del derecho como creador de ese espacio.

Se trata de los fenómenos a través de los cuales se produce la exclusión del derecho, y esto tiene dos modos principales de manifestación. Uno de ellos ha sido ya examinado: se trata de la corrupción, que es la exclusión de la ley a causa del uso privado o privilegiado de ella y de las relaciones que el derecho constituye.

El otro es una suerte de contrapartida inevitable, que es la exclusión social, esto es, la ruptura de los lazos sociales y de todos los vínculos con el derecho que sufren los que han sido arrojados afuera. Es obvio que las manifestaciones más extremas y profundas de la exclusión social se encuentran en América Latina⁴¹⁵, pero también en los países de economías desarrolladas es posible en-

⁴¹⁵ Nos limitamos simplemente a la exclusión social que se despliega en países cuyas formas culturales y su historia se encuentran más cercanas o dentro de lo que se conoce como cultura occidental; no pretendemos agotar el elenco de las formas de exclusión que se reparten por el mundo, so-

contrar trazos de una experiencia social parecida aunque, por supuesto, cuentan con redes de protección de mayor consistencia⁴¹⁶.

Ésa es una experiencia personal y social que no puede ser descripta tan sólo acudiendo a los términos de la economía, como las líneas debajo de las cuales se vive en la pobreza o en la indigencia, o simplemente se muere. Pero tampoco se refiere de manera exclusiva a las carencias materiales propias de la marginalidad, bien que el estatus de ciudadano requiere de condiciones que aseguran una cierta autonomía, igualdad de oportunidades, responsabilidades y eficacia social⁴¹⁷, que de ordinario son negadas en las condiciones de grave y persistente desempleo⁴¹⁸. Y tampoco puede señalarse de manera suficiente a través de la destrucción o de la degradación de las pautas culturales originarias de una sociedad integrada, representadas por la existencia continuada, a lo largo de varias generaciones, en el seno de relaciones próximas mediadas por la miseria y por la violencia, en un espacio geográfica y culturalmente acotado por la ruptura de los vínculos con el exterior⁴¹⁹.

bre todo porque no las conocemos. De una manera específica, las reflexiones del texto se refieren a las formas profundas de marginalidad social que se desarrollaron en Argentina, en el marco de los modelos económicos excluyentes y corruptos que se han señalado en el capítulo anterior.

⁴¹⁶ La cuestión social en los países europeos, y más bien la nueva cuestión social, ha sido admirablemente desarrollada desde sus orígenes históricos hasta las aporías del presente en CASTEL, Robert, *Las metamorfosis de la cuestión social: una crónica del salariado*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2001; también, en general o sobre otros aspectos del mismo tema, TILLY, Charles, *La desigualdad persistente*, Ed. Manantial, Buenos Aires, 2000; ROSANVALLON, Pierre, *La nueva cuestión social: repensar el Estado providencia*, Ed. Manantial, Buenos Aires, 1995, y, más cercano a las cuestiones penales, WACQUANT, Loïc, *Parias urbanos: marginalidad en la ciudad a comienzos del milenio*, Ed. Manantial, Buenos Aires, 2001.

⁴¹⁷ Véanse al respecto las condiciones materiales de la ciudadanía que señala VILAS, Carlos M., *Buscando al Leviatán: hipótesis sobre ciudadanía, desigualdad y democracia*, en SADER, Emil (ed.), *Democracia sin exclusiones ni excluidos*, Ed. Nueva sociedad, Caracas, 1998, ps. 115 y siguientes.

⁴¹⁸ Tiene sin duda razón CASTEL cuando señala que *el trabajo es más que el trabajo, y por lo tanto el no-trabajo es más que el desempleo* (CASTEL, *Las metamorfosis de la cuestión social*, cit., p. 390).

⁴¹⁹ Un relieve expresivo de las experiencias personales impuestas en condiciones de exclusión, en AUVERO, Javier, *Claves para pensar la marginalidad*, introducción a WACQUANT, *Parias urbanos: marginalidad en la ciudad a comienzos del milenio*, citado.

Todos esos patrones son válidos y conjuntamente descriptivos del fenómeno de la exclusión social. Pero quizá no expresen suficientemente la exclusión política que le subyace, cuya significación excede los parámetros exclusivamente sociales. La marginalidad no es lo mismo que la desigualdad, pero tampoco lo mismo que la exclusión: ésta supone la exclusión del derecho y la reducción de su estatus de ciudadanos a la de poblaciones que deben ser administradas para la reducción de los riesgos sociales que una multitud excluida puede representar.

La condición de sujeto del derecho, que es la misma⁴²⁰ que la de sujeto político, se vuelve la de objeto de una intervención estatal sólo autorizada a través de las normas del derecho penal y, de una forma limitada y aleatoria, de alguna acción asistencial signada por la precariedad o el clientelismo. Es éste, el penal, el único ordenamiento estatal que se les ha vuelto pertinente de una manera sistemática y, por lo tanto, quien no puede, sea por cuestiones culturales, materiales, de desintegración de sus lazos sociales o simplemente por su resentimiento, expresar su reclamo por los derechos que emergen del derecho —derechos concretos al trabajo, a la vivienda, a la salud, a la educación, a la expresión libre, a la cultura, al desarrollo personal, etc.—, no es ciudadano sino sospechoso.

Como no puede ajustarse a las formas del derecho, no puede ser reconocido por éste, está fuera de la ley, pero no por su voluntad. Estar al margen de los derechos significa estar afuera del derecho, y estar afuera del derecho significa no tener cosas comunes con el resto de los ciudadanos. Porque, en sustancia, una democracia no puede construirse con inválidos sociales: requiere ciudadanos.

Pero sin ellos se encuentran minadas las bases de la asociación política que, recordemos, requiere de cosas comunes y de un derecho compartido⁴²¹.

Haber reflexionado aquí sobre la experiencia social de la exclusión no obedece a una excentricidad. La exclusión del derecho que se despliega en los niveles más bajos de la estructura social presenta homologías con la exclusión del derecho que expresan la corrupción o los fenómenos criminales que se despliegan en

⁴²⁰ En cuanto a su fundamento.

⁴²¹ CICERÓN, *Sobre la República*, I, 24, cit., p. 62.

torno a la utilización de la ley y del Estado como su campo de operaciones. Pero no es sólo una equivalencia formal o metodológica la que importa, sino el hecho, por lo menos en la historia reciente de las sociedades latinoamericanas en general y en la de Argentina en particular, de que esta última expresión criminal es la generadora directa de las situaciones de exclusión social.

Se trata, ésta, de una de las formas en las que el abstracto daño social causado por la corrupción muestra sus formas más siniestras y persistentes⁴²².

Y el tema vuelve a abrirse hacia el rol y la estructura de la disciplina que intenta explicar este tipo de fenómenos y de relaciones.

2. Política y criminología

2. 1. Una doble contradicción

El discurso de la criminología siempre ha exhibido una relación conflictiva con la dimensión política que constituye su marco natural, especialmente desde las posiciones signadas por su ortodoxia epistemológica.

La referencia a la dimensión política no se agota en el hecho de que, tanto en la formulación de las definiciones de la desviación como en la configuración de los sistemas punitivos, el poder político interviene de manera decisiva, a veces concebido como una oscura e imprecisa influencia. El discurso criminológico procede de la esfera de un orden definido y asegurado por la política, y siempre ha dependido, tanto en su rol social como en su configuración científica, del modo en el que se formulan y le alcanzan los requerimientos de control social.

Aquí se revela una primera contradicción: la criminología no puede hacerse cargo de la definición del crimen, porque sería invadir el campo de la política, al adoptar como su objeto el de precisar los contenidos del orden. Si, como lo hace generalmente, admite que la definición del crimen está fuera de su misión y de sus posibilidades, no le queda más que considerarla como un fenómeno

⁴²² Es posible que aquí, de una forma oscura e invertida, pueda renacer la vieja ecuación contra la que combatió SUTHERLAND, aquella asociación tradicional entre crimen y pobreza; está claro, empero, que ese vínculo ahora asume una significación totalmente distinta, cargada de dimensión política.

no externo, lógicamente previo a su pretensión científica autónoma, a la que le viene impuesto⁴²³. Una primera limitación de la criminología en relación a la política está pues expresada en el hecho de que recibe un objeto definido, acabado, proveniente de la forma en que la sociedad elabora las definiciones del crimen, lo que es un modo de definir el orden por la política.

El marco en el que se expresa el discurso de la criminología no se agota en la dimensión originaria de la definición del crimen: ésta se despliega en el terreno que la política señaló como el tema de la obligación política, esto es, el deber de obedecer las leyes, correlativo al poder de hacerlas cumplir y de aplicar las penas. Este poder y este deber se desenvuelven en el marco de una relación continuada, sujeta a las determinaciones propias de la esfera política. En todo caso corresponde a una de las caras del poder de *imperium*. Sólo así, en la perspectiva de un deber de obediencia nacido de las leyes y del poder coactivo que éstas implican, se comprende la importancia que para la concepción del Estado tenía la pretensión de monopolizar el ejercicio de la fuerza, fuerza que, en todos los casos, debe tener como atributo la legitimidad.

De esta manera, el marco en el que se desarrolla el discurso de la criminología no se define solamente por su parentesco con el derecho penal, sino que hunde sus raíces en la trama de las relaciones políticas y en la presencia y en las condiciones del derecho como su instrumento. Y el derecho que le es más próximo es, aunque suene raro, el derecho de la Constitución.

Y aquí es donde se presenta una segunda contradicción de la disciplina, que al mismo tiempo que hereda un objeto definido desde la esfera de la política, pretende ignorar las determinaciones de la política sobre ese mismo objeto. Y por lo tanto desenvuelve un discurso conjeturando que las condiciones de validez o de subsistencia de la obligación política –al deber de obediencia y al correlativo poder de castigar– le resultan ajenas y están privadas de toda consecuencia.

⁴²³ La búsqueda del referente material de la desviación –desarrollada en el ámbito de la llamada criminología crítica–, a la que ya hemos hecho referencia en tema de los delitos de cuello blanco, constituye el paso más incisivo en la búsqueda de una fundamentación propia de la definición del orden público y en el reconocimiento de una dimensión política operativa del discurso propio de la disciplina.

Las cuestiones referentes al consenso y a la legitimidad ocupan un primer plano entre esas determinaciones, pero no parecen encontrar suficientes reflejos en la criminología, aunque de hecho ésta se desenvuelve dentro del mismo ámbito.

No es ajena a esta doble contradicción el que las referencias criminológicas más ortodoxas suelen agotarse en la descripción fenomenológica de los fenómenos que se estudian, como una perspectiva más de los procesos de su formación, tal como se ha visto a propósito de los desarrollos ortodoxos en materia de los delitos de cuello blanco, del crimen organizado y de la corrupción. Y es a partir de esa limitación que no suelen ser exploradas todas las consecuencias que la inmediatez de la política, vinculadas a las reglas de la legitimación del poder político que se expresa en el derecho, pueden tener sobre el discurso criminológico.

Es evidente, no obstante, la existencia de una real preocupación política que se expresa en el multiforme ámbito de la criminología crítica, que es el que ha abierto la brecha para entrever la dimensión política de su discurso. Pero aun aquí se suelen separar ambos planos como pertenecientes a dos mundos ajenos: por una parte el de la eficacia de los sistemas de control social y la crítica técnico-ideológica a sus modalidades y sus consecuencias, desenvuelto con renovada conciencia de sus implicaciones políticas, y por la otra el plano general de la crítica filosófica o política.

2. 2. El desplazamiento del problema de la legitimidad

Y, en consecuencia, por lo general no se extraen conclusiones sobre la medida en la que la crisis filosófico-política debería afectar al sistema punitivo, o en qué consiste o cómo se define una crisis de legitimidad o cuáles son las implicaciones que ésta debería tener sobre el discurso de la disciplina.

Por lo tanto, aunque el discurso de la criminología se despliega sobre el ejercicio del poder estatal de castigar, el tema de la legitimidad del ordenamiento está privado de repercusiones sobre la forma o el contenido de la disciplina. Como ese poder se ha rutinizado y naturalizado a través de las formas cotidianas y de las prácticas burocráticas del sistema penal, este problema no se juzga relevante y se remite a una consideración sólo técnica.

En el desplazamiento de este problema interviene sin duda la convicción de que por legitimidad se entiende sólo un juicio de nivel valorativo que, por lo tanto, es extremadamente reacio a la verificación empírica. Partiendo de este supuesto, la posibilidad de establecer un parámetro de legitimidad y de sus conse-

cuencias de una manera teóricamente generalizable es excepcionalmente difícil.

Pero a este cuadro le falta un elemento: enfrentar la tarea de establecer las mediaciones entre la política y la criminología apareja el peligro de la disolución de esta última, representado por el riesgo de la pérdida de su identidad científica o de su autonomía. Y es por esto que ambos campos se desarrollaron de forma independiente, a través de discursos cuyos puntos de contacto eran considerados de manera tangencial, como una especie de confusión.

La criminología se ha desarrollado así en torno de una autolimitación, expresada en su separación de la política y en la negación de las consecuencias que derivan de ésta y de sus determinaciones propias, aunque éstas estén referidas a las relaciones precisas que constituyen el objeto de la disciplina. A través de esta autolimitación, los sistemas punitivos han desplegado su visión propia, como si su operación técnica y el discurso que la anima fueran independientes del marco político.

2. 3. Los presupuestos empíricos de la legitimidad

Sin embargo, aunque es innegable que el problema de la legitimidad proviene de una inicial asunción valorativa, ésta se construye a partir de algunos presupuestos que son empíricamente verificables, y que afectan a esa esfera.

La legitimidad del dominio político, más allá de los modos en los que se ejerce y logra desplegar la convicción en la validez del ordenamiento que lo expresa⁴²⁴, reside en la forma en la que

⁴²⁴ La legitimidad se fundamenta en una especie de creencia en la validez o en la fuerza obligatoria de un determinado ordenamiento. Esa creencia, fundada en diversos principios que la sociología weberiana identificó en los tipos ideales de la dominación tradicional, carismática y legal-racional, es la que permite considerar legítimo o no un orden fundado en el empleo monopólico de la coacción estatal; pero esa creencia no constituye una cara que se distinga netamente de la cara opuesta. Legítimo e ilegítimo no conforman una dicotomía con fronteras netas; su ponderación proviene de proporciones y el tránsito entre una y otra es fluido. Pero las condiciones y los presupuestos de una u otra condición son perceptibles. En este sentido, "La legitimidad de una dominación debe considerarse sólo como una probabilidad, la de ser tratada prácticamente como tal y mantenida en una proporción importante" (WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 171). Pero el hecho de que sea una probabilidad no excusa la necesidad de preservarla.

se ha logrado estructurar una asociación voluntaria y duradera entre los hombres en pos de un objetivo común. Los presupuestos materiales de esta asociación también son, en parte, los de la legitimidad de su ordenamiento, y ésta supone que se han resuelto dos cuestiones: la forma que ha de asumir la sociedad y el ejercicio del poder en ella, atendiendo siempre a los objetivos comunes.

Pero ambas constituyen las condiciones bajo las cuales estos hombres se han asociado, y aquí asociación significa inclusión, e inclusión significa ciudadanía. Las condiciones de esa inclusión son las leyes, que establecen y regulan las formas de la convivencia que adopta esa sociedad, una de las cuales es la que expresa el modo a través del cual puede ejercerse legítimamente la autoridad y, consecuentemente, puede requerirse legítimamente el deber de obediencia.

Es pues necesaria la presencia de la ley, en el sentido de que sólo en virtud de relaciones establecidas, mediadas y reguladas por la ley es posible concebir los términos de una convivencia. La ley es la que marca las condiciones de la inclusión de una persona como ciudadano, esto es, como miembro de una asociación política. Es sólo en base a ese punto de partida que la ley puede intentar igualar las diferencias y regular los derechos, dentro del marco de los discursos de sus respectivas especializaciones y de sus justificaciones técnicas racionales.

La legitimidad política atiende a aquel primer nivel de inclusión; la racionalidad de los sistemas subsiguientes pertenece a un momento posterior. Es evidente que la irracionalidad de los momentos posteriores de un derecho también lo privan de legitimidad, pero aquí la legitimidad no expresa el sentido señalado en primer término, que constituye en cambio su presupuesto esencial: que todos los ciudadanos estén representados y vinculados a través del derecho.

La irracionalidad técnica o los contenidos aberrantes de las leyes comprometen sobre todo su justificación como instrumentos idóneos de regulación de la convivencia entre los ciudadanos, y un grado de esa irracionalidad lo representan los sistemas legales que son incapaces de alcanzar los fines propuestos por la política o los que exhiben una brecha incolmable entre su discurso de justificación y su modo de operación técnica. El grado mayor de esa irracionalidad es que se expresa cuando el derecho degrada la condición de los ciudadanos a la de simples objetos de una operación técnica autoritaria.

Pero el acento de este trabajo está puesto en un momento lógicamente previo: que en relación al derecho. –bueno o malo, justo o injusto, perfecto o imperfecto, de alto o de bajo grado de racionalidad– no existan personas que hayan sido privadas de la ley, porque al haber sido excluidas han quedado fuera de la ley. Porque con la ruptura de las condiciones de la asociación se destruyen los presupuestos políticos que gobiernan la subsistencia de la relación de mando y obediencia, y desaparece así la relación política que constituye el terreno donde se despliegan legítimamente el saber técnico científico de la criminología y el discurso jurídico del derecho.

La presencia de la ley es así la condición de la inclusión política, o de existencia de una comunidad política que incluye a todos los ciudadanos: la operación jurídica de la ley es el instrumento de la igualdad y del respeto por los derechos, dentro de la comunidad política.

Esa distinción se reitera en sus respectivos presupuestos, los primeros de orden exclusivamente político, y los segundos que reconocen una expresión más bien técnica; pero el hecho de que la expresión técnica sea más adecuada a estos momentos posteriores ha implicado un innecesario y perjudicial desplazamiento o minimización de la dimensión política de base, y esto es lo que ha conducido a los discursos ortodoxos en criminología a un tratamiento casi irreal o reductivo de los problemas que enfrentan.

Hay sin embargo algunas fórmulas que cancelan la habitual separación artificial que se manifiesta entre el campo definidamente político y los despliegues mayormente técnicos del derecho o del sistema penal. Una de ellas es el incisivo señalamiento de Alessandro BARATTA: en relación a situaciones de grave exclusión social y de desconocimiento de los derechos de los ciudadanos, que expresan de alguna manera la propia ruptura del pacto constitucional o de sus condiciones de subsistencia, se asiste a la imposibilidad de un derecho penal normal⁴²⁵.

⁴²⁵ BARATTA, Alessandro, *La politica criminale e il diritto penale della costituzione: nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, en "Dei Delitti e Delle Pene", Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, vol. 3. Conviene sin duda transcribir el párrafo entero: "La normalidad del sistema penal es una consecuencia de la validez ideal y del respeto efectivo del pacto social, y por lo tanto de la vigencia de la constitución. Del pacto social la paz es por lo demás condición necesaria, pero no suficiente: las otras condiciones necesarias se deben buscar en la eficacia de las normas que re-

Pero la imposibilidad de un derecho penal normal no guarda ninguna diferencia conceptual, aunque pueda haberla en el lenguaje, con la tesis de este trabajo, porque lo que un derecho penal anormal denota es la ausencia de derecho, ya que ha dejado de ser un derecho común que vincule a todos los ciudadanos, para constituirse en un ordenamiento hostil que somete a una parcialidad en beneficio de otra. Un derecho penal anormal es en sustancia un derecho ilegítimo por haber degenerado en un acto de fuerza o, en otras palabras, en un mero poder de hecho⁴²⁶.

Pero es menester también señalar una distinción, para nada despreciable, en el seno de la esfera política en la que nace el concepto de legitimidad.

Si en relación a un momento originario es posible predicar la legitimidad o la ilegitimidad del poder del Estado o del derecho que constituye su expresión pública, atendiendo a las formas o a las modalidades de la formación del consenso político⁴²⁷, de modo subsecuente es posible examinar esos mismos

gulan la organización y la división de los poderes del Estado y garantizan los derechos fundamentales de los ciudadanos/hombres (...). La utopía concreta de la alianza de las víctimas de la modernidad y de una reformulación del pacto social que garantice la "inclusión de los excluidos" indica el recorrido para un proceso político de dimensiones planetarias que conduce, más allá de los límites del pacto social moderno, a formas más altas de "desarrollo humano" en las cuales la relación entre necesidades, capacidades y derechos fundamentales alcanzará un nivel superior. Este camino de las luchas políticas pacíficas pasa también por una interpretación y una aplicación dinámica de la constitución de los Estados sociales de derecho, por una política de desarrollo social y de protección integral de los derechos (derechos civiles, sociales, económicos, culturales y de participación política), protección que no es solamente la finalidad (indicada por lo menos bajo la forma de los principios generales de la acción estatal), sino también la garantía de funcionamiento de estas constituciones. Si no se recorre este camino, si el recorrido es obstaculizado o interrumpido, el desarrollo humano impedido, si se eleva el nivel de la desigualdad y de la violencia estructural en la sociedad, entonces no están las condiciones suficientes para la existencia de un derecho penal normal, aunque se haya realizado en todo o en parte la condición necesaria: la paz".

⁴²⁶ Los derechos penales de la emergencia suelen construirse sobre supuestos de este tipo, en los que la relación existente entre el derecho y el infractor no es la de la ciudadanía sino la de la hostilidad: se trata, más que nada, de un modelo bélico inspirado en la relación amigo-enemigo.

⁴²⁷ Nos consideramos eximidos de exponer la evolución del pensamiento político sobre las formas de dominio legítimo, a los efectos procurados en el texto parece suficiente acordar en que ellas suponen algún modo eficaz de consenso.

atributos en torno a los modos en los que se despliega de manera continua la relación de los ciudadanos con la ley: si se deterioran o se interrumpen esos modos de relación, la legitimidad del sistema entra en crisis, y ésta es empíricamente verificable.

Los presupuestos empíricos de la legitimidad política radican, pues, sobre la subsistencia de una relación inclusiva, a través de la presencia y de la operación de un derecho compartido, vigente sobre las cosas comunes; esos presupuestos se invalidan por la situación opuesta, que es la de la exclusión.

2. 4. La crisis de legitimidad política

Y aquí se debe volver a los dos procesos que se han examinado en este trabajo como igualmente representativos de la exclusión de la ley: uno de ellos expresa los modos criminales de relación social en los que la exclusión o la privación de la ley constituyen su nota definitoria; el otro traduce las manifestaciones y los efectos que genera la presencia de crimen en las relaciones políticas y económicas, determinando la degradación del estatus de ciudadano de las poblaciones excluidas.

En ambos, en lugar de marcar los términos de la inclusión, la ley ha sido transformada en la herramienta o en el modo en el que la exclusión se persigue, manifiesta y consolida.

Aunque son teóricamente distinguibles, la corrupción (en esa conjunción ambigua que la enlaza al delito de cuello blanco y al crimen organizado) y la exclusión social no pueden ser analizados de manera aislada, como fenómenos casualmente coincidentes en un mismo tiempo y espacio; en cambio, corrupción y exclusión social son los modos, distintos en expresión pero homólogos en significación y en consecuencias, en los que se manifiesta el mismo proceso de exclusión y de uso particular de la ley pública.

No son dos fenómenos particulares del universo criminal, sino que se trata de formaciones enlazadas a través de un elemento común, como es la exclusión directa de la ley o, lo que es lo mismo, su uso monopolístico por intereses privados que capturan el Estado. Pero también, y coincidentemente, la corrupción y la exclusión aparecen como la negación de la representación, constituyendo una verdadera crisis de legitimidad política⁴²⁸.

⁴²⁸ Véase el capítulo VI, apartado 5, especialmente el análisis de Vincenzo RUGGIERO sobre la tesis de Alessandro PIZZORNO. Véase, además, SIMONETTI, *El fin de la inocencia*, citado.

De este modo, la exclusión y la corrupción constituyen las notas más relevantes del proceso que degrada la condición de ciudadano y sus vínculos con el derecho, y se constituyen en los disparadores empíricos más caracterizados de la crisis de legitimación del poder político.

Pero de lo que se trata aquí es de la presencia de la determinación política más esencial en materia del deber de obediencia, lo que debería tener alguna consecuencia en el área del discurso que desarrolla y justifica técnicamente esa relación política. Pero aquélla ya no se despliega en un nivel abstracto o meramente valorativo, sino que proviene de una formación social cuya verificación empírica es ciertamente factible.

Porque si se acepta que a la esfera de la política pertenecen tanto la determinación del bien común como la de los medios aptos para perseguirlo, también debe aceptarse que los diseños de la política condicionen los discursos locales que despliegan el conocimiento necesario para operar en esos medios. La criminología es sólo uno de ellos.

La crisis de legitimidad provocada por la erosión del consenso y por la destrucción de la cosa pública y del derecho común constituye la principal de estas determinaciones, que deberían tener alguna resonancia sobre el sistema institucional de castigos y sobre sus discursos técnicos de justificación y de regulación, salvo que se pretenda afirmar que éstos no participan de la construcción y de la recreación de la legitimidad.

2. 5. Una criminología olvidada de las determinaciones de la política

Porque, ¿cómo ha de subsistir la criminología cuando el deber político de obediencia –sobre cuya subsistencia y validez reposa la condición de posibilidad de su discurso– ha sido invalidado por las propias determinaciones de la política? ¿O hará caso omiso de esta circunstancia y proseguirá como si nada hubiera pasado?

En general, poco se suele decir en punto a las consecuencias que la pérdida de la legitimidad debería tener sobre el discurso o sobre el rol social de la criminología, a pesar de que situaciones como ésta son las que con mayor evidencia expresan la ambivalente relación entre la criminología y la política.

Y de ordinario, el tema de la legitimidad se confunde con el de la equidad, en el sentido de interrogarse sobre si es adecua-

do a ciertos parámetros de justicia la existencia y la operación de un sistema penal –y consecuentemente de una criminología que se limita a explicar, a justificar y a criticar la forma dada de operación de aquél– que se dedique de manera predominante a criminalizar el delito de los pobres, y que otorgue una relativa atención y una disminuida eficacia a la persecución penal y al control de los delitos de los que no son pobres.

Es de allí que tanto la invención del delito de cuello blanco como los desarrollos que, de una manera hartó dificultosa, han hecho la teoría y en parte los sistemas penales para asegurar un cierto control de las actividades socialmente nocivas de los poderosos, sobre bases penales, han sido saludados como un esfuerzo en procura de la equidad del sistema, una buena y demostrada movida tendiente a disminuir las desigualdades en la exposición a los riesgos y a las cargas que un sistema penal siempre conlleva.

Pero cuanto más contigua está la cuestión penal a la política, cuanto más difícil se hace para una disciplina que –como la criminología– parece haber nacido para separar el crimen de la política, el poder exhibir una comprensión de sus objetos que no sea reductiva, simplificadora u oscurecedora de su esencia.

La tendencial cientificidad de su discurso, su pretensión de autonomía respecto de las ciencias sociales en general y de la política en particular, han conspirado desde siempre para reducir la impronta de su discurso y de los efectos de sus conocimientos a una simple operación técnica, tendiente a resolver ciertos problemas inmediatos. Y estos problemas son los que a la esfera política se le presentan como portadores de una incomodidad tal que su solución sólo puede ser hallada a través de formas represivas, cargadas por lo general de unos efectos más bien simbólicos; sus efectos materiales suelen estar presididos, en cambio, de una cierta intencionalidad que se resiste a hacerse visible.

El sistema penal no puede, porque no está diseñado para ello, resolver los problemas sociales. Propone modos formales de obturación simbólica de los conflictos, pero no modifica sus condiciones ni los procesos de su formación. La definición como criminal de ciertas relaciones no es neutral ni desinteresada, y suele provocar la difusión de reflejos que tienen, éstos sí, verdadera naturaleza criminal, si es que de ontología nos es todavía permitido hablar.

Pero la exigencia de equidad, que se resuelve en un por demás justificado ataque a la deslegitimación técnica generada

por la selectividad perversa de los sistemas penales, no suele trascender más allá, hacia la esencia política de las relaciones sobre las que discurre el derecho penal y la criminología.

El análisis de las múltiples variantes de los delitos de cuello blanco o de las formas organizativas que asumen muchas actividades criminales, enlazados o vinculados todos ellos en torno al empleo corrupto del Estado y de su forma particular de expresión que es el Derecho, demuestra las dificultades que las categorías de una criminología dirigida a inventariar y a clasificar fenomenologías varias tiene que enfrentar cuando se aproxima a la política.

Y una de esas dificultades se expresa en la ceguera hacia los hechos realmente determinantes: en las áreas criminales que han sido el objeto de esta tesis, de lo que realmente se trata es de la exclusión del derecho, por parte de actores sociales cuya relación con la ley no se expresa bajo la categoría de la transgresión o de la infracción excepcionales, sino bajo las categorías del dominio y de la persistencia del poder.

Una criminología que deba explicar historias criminales cuyos protagonistas dominan el derecho ya no puede confiar en el viejo horizonte metodológico que le había otorgado su antigua identidad disciplinaria: el estudio de actos excepcionales, externos, agresivos de un orden dado, acabado y predefinido al que tiene que defender; o el estudio de actores marginales, que representan "lo otro" del sistema, una amenaza oscura pero diferenciable y a la vez segregable o gobernable según parámetros técnicos.

En este campo es donde la Criminología puede desarrollar su contabilidad habitual sobre las circunstancias que preceden o que rodean la aparición de los actos criminales. Pero esta contabilidad es la expresión de un rol social que ha sido determinado a su vez por la política, que traduce una necesidad parcial; y la necesidad es ésta: el crimen sólo puede ser pensado en base a una categoría que habita los espacios abandonados por las relaciones y por las formas de dominio determinantes de una formación político-económica precisa.

El itinerario intelectual comenzado con SUTHERLAND en 1939 llega a su fin de una manera que confirma el propósito inicial del autor que nos acompañó a lo largo de este trabajo, que era el de reformar la teoría de la conducta delictiva⁴²⁹. Una

⁴²⁹ Ver capítulo II, apartado 1.

apropiada elaboración de las sugerencias de su teoría demuestra, aunque bajo términos y horizontes entonces quizá no imaginados, que SUTHERLAND tenía razón.

Los campos empíricos que han sido el objeto de esta tesis reclaman, efectivamente, una criminología reflexiva, pero en el sentido de escrutar las profundidades y los designios del rol social que desenvuelve en la superficie, y las determinaciones políticas que inciden sobre el discurso desarrollado en torno a la autolimitación de su rol histórico.

Esa mirada reflexiva puede implicar el riesgo de disolución de las categorías que han otorgado a la Criminología su identidad histórica, pero afrontarlo significa ahora su mayor rasgo de autenticidad. Si las disciplinas subsisten y se desarrollan es en base a la autenticidad del rol que despliegan y a su capacidad de responder a la necesidad social de autocomprensión; no es la adhesión ritual a fórmulas intelectuales inadecuadas o vaciadas de contenido lo que marca su horizonte posible.

Bibliografía

- ABADINSKY, Howard, *Organized Crime*, Nelson Hall, Chicago, 1999.
- AFTALIÓN, Enrique R., *Tratado de derecho penal especial*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1969.
- ANDREANO, R. y SIGFRIED, J. (comps.), *The economics of crime*, Wiley, New York, 1980.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (comp.), *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*, Ed. Trotta, Madrid, 1996.
- ARENDT, Hannah, *Crisis de la república*, Ed. Taurus, Madrid, 1999.
– *La condición humana*, Ed. Paidós, Barcelona, 1998.
- AUBERT, Vilhem, *White collar crime and social structure*, en "American Journal of Sociology", n° 58, noviembre de 1952; también en GEIS, Gilbert; MEIER, Robert F. y SALINGER, Lawrence M., *White collar crime: classic and contemporary views*, The Free Press, New York, 1995.
- AUYERO, Javier, *Claves para pensar la marginación*, introducción a WACQUANT, Loïc, *Parias urbanos: marginalidad en la ciudad a comienzos del milenio*, Ed. Manantial, Buenos Aires, 2001.
- BACIGALUPO, Enrique y otros, *Derecho penal económico*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- BACIGALUPO, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.
- BAIGÚN, David, *Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación. Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en BAIGÚN, David; ZAFFARONI, E. Raúl; GARCÍA-PABLOS, Antonio y PIERANGELI, José, *De las penas. Homenaje al profesor Isidoro De Benedetti*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997.
- BAIGÚN, David; ZAFFARONI, E. Raúl; GARCÍA-PABLOS, Antonio y PIERANGELI, José, *De las penas. Homenaje al profesor Isidoro De Benedetti*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico, aplicado a la actividad empresarial*, Ed. Civitas, Madrid, 1978.

- BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Ed. Siglo XXI, México, 1986.
- *La política criminal e il diritto penale della costituzione: nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, en "Dei Delitti e Delle Pene", Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, vol. 3.
 - *L'esistenza e il laboratorio del diritto. A proposito dell'imputazione di responsabilità nel processo penale*, en "Dei Delitti e Delle Pene", 1, 1987.
 - *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, en "Dei Delitti e Delle Pene", 1985.
 - *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal*, en "Poder y Control", n° 0, Barcelona, 1986.
- BARATTA, Alessandro y PAVARINI, Massimo, *La frontiera mobile della penalità nei sistemi di controllo sociale della seconda metà del ventesimo secolo*, en "Dei Delitti e Delle Pene", Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, vol. 1.
- BASAGLIA, Franco y BASAGLIA ONGARO, Franca, *La maggioranza deviante*, Ed. Einaudi, Torino, 1978.
- BAUMAN, Zygmunt, *Social issues of law and order*, en "The British Journal of Criminology", vol. 40, n° 2, primavera 2000, Oxford University Press.
- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Ed. Aguilar, Madrid, 1969.
- BECKER, Gary, *Crime and Punishment: an economic approach*, en "Journal of Political Economy", 1968.
- BECKER, Howard, *Outsiders: saggi sulla sociologia della devianza*, Ed. Gruppo Abele, Torino, 1997.
- BELL, Daniel, *The racket-ridden longshoremen*, cap. 9 de *End of ideology*, The Free Press of Glencoe, New York, 1960.
- BENJAMIN, Walter, *Para una crítica de la violencia*, Ed. Taurus, Madrid, 1999.
- BERALDI, Carlos Alberto, *Control de la corrupción mediante la desregulación*, en "Pena y Estado", Corrupción, n° 1, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1995.
- BOIX REIG, Javier y BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Los delitos contra la hacienda pública, bien jurídico y tipos legales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987.
- BONGER, W. A., *Criminality and economic conditios*, New York, 1916.
- BOURDIEU, Pierre, *Sobre la televisión*, Ed. Anagrama, Barcelona, 1997.
- BRAITHWAITE, John, *Corporate crime and republican criminological praxis*, en PEARCE, Frank y SNIDER, John, *Corporate Crime*, University Toronto Press, Toronto, 1995.
- *White collar crime*, en GEIS, Gilbert; MEIER, Robert F. y SALINGER, Lawrence M., *White collar crime: classic and contemporary views*, The Free Press, New York, 1995.

- BRAUDEL, Fernand, *La dinámica del capitalismo*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1988.
- BUCHANAN, J., *A defence of organized crime?*, en ANDREANO, R. y SIGFRIED, J. (comps.), *The economics of crime*, Wiley, New York, 1980.
- BUNGE CAMPOS, Luis María, *Problemática de los delitos asociativos: autoría y participación*, en VIRGOLINI, Julio y SLOKAR, Alejandro, *Nada personal: ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2002.
- BURGESS, Ernest, *Comment y Concluding Comment*, comentario a HARTUNG, Frank E., *White-collar offences in the whole sale meat industry in Detroit*, en GEIS, Gilbert; MEIER, Robert F. y SALINGER, Lawrence M., *White collar crime: classic and contemporary views*, The Free Press, New York, 1995.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en MAIER, Julio B. J. y BINDER, Alberto (comps.), *El derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1995.
- CASTEL, Robert, *Las metamorfosis de la cuestión social: una crónica del salariado*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2001.
- CERETTI, Adolfo, *L'orizzonte artificiale*, Ed. Cedam, Padova, 1992.
- CERETTI, Adolfo y MERZAGORA, Isabella (a cura di), *La criminalità dei colletti bianchi e altri scritti di Edwin H. Sutherland*, Ed. Unicopli, Milano, 1986.
- CHAMBLISS, William, *On the take; from petty crooks to president*, Indiana University Press.
- CHAMBLISS, William y SEIDMAN, Robert, *Law, order and power*, Addison-Wesley, 1982.
- CIACCI, Margherita (a cura di), *Interazionismo simbolico*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1983.
- CICERÓN, M. Tulio, *Sobre la República*, Ed. Gredos, Madrid, 1984, t. I-24.
- CID MOLINÉ, José y LARRAURI PIJOÁN, Elena, *Teorías criminológicas: explicación y prevención de la delincuencia*, Ed. Bosch, Barcelona 2001.
- CLARKE, M., *Business Crime: its nature and control*, Polity Press, Oxford, 1990.
- CLINARD, Marshall B., *Anomia y conducta desviada*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1967.
- *Corporate Ethics and Crime: The role of middle management*, Sage, Beverly Hills, 1983.
 - *Crime: white collar crime*, en *International Encyclopædia of the Social Sciences*, New York, 1972.
 - *Las implicaciones teóricas de la anomia y la conducta desviada*, en CLINARD, Marshall, *Anomia y conducta desviada*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1967.

- CLINARD, Marshall y QUINNEY, Richard, *Criminal behavior systems: a ti-
pology*, Holt, Rinehart and Winston, New York, 1967.
- CLINARD, Marshall y YEAGER, Peter, *Corporate crime*, The Free Press,
New York.
– *Corporate organization and criminal behavior*, en ERMANN, David y
LUNDMANN, Richard, *Corporate and governmental deviance: problems
of organizational behavior in contemporary society*, Oxford Univer-
sity Press, 1982.
- CLOWARD, Richard, *Illegitimate means, anomie and deviant behavior*, en
"American Sociological Review", 24, abril 1959.
- CLOWARD, Richard y OHLIN, Lloyd, *Delinquency and opportunity; a theo-
ry of delinquent gangs*, Glencoe, 1964.
- COHEN, Albert K., *Controllo sociale e comportamento deviante*, Ed. Il
Mulino, Bologna, 1969.
– *Ragazzi delinquenti*, Ed. Feltrinelli, Milano, 1963.
- COHEN, Albert K.; LINDESMITH, Alfred y SCHUESSLER, Karl, *The Suther-
land papers*, Bloomington, 1956.
- COHEN, Stanley, *The concept of Criminal Organization*, en "British Jour-
nal of Criminology", XVII, n° 2.
- COLEMAN, James S., *Power and the structure of society*, en ERMANN y
LUNDMAN, *Corporate and governmental deviance: problems of organi-
zational behavior in contemporary society*, Oxford University Press,
1982.
– *The assymmetric society*, Syracuse University Press, Syracuse, 1982.
- COLEMAN, James W., *The criminal elite, understanding white collar crime*,
St. Martin Press, New York, 1998.
– *Toward and integrated theory of white collar crime*, en "American
Journal of Sociology", n° 93.
- CRESSEY, Donald R., *Other People's Money; A Study in the Social Psycho-
logy of Embezzlement*, Free Press, 1963.
– *The respectable criminal*, en SHORT, J. F. jr., *Law and Order; modern
criminals*, Chicago, 1970.
– *Theft of the nation: the structure and operations of organized crime*,
Ed. Harper and Row, New York, 1969.
- DE LEO, Gaetano y PATRIZI, Patrizia, *La spiegazione del crimine*, Ed. Il
Mulino, Bologna, 1992.
- DEL OLMO, Rosa, *Estigmatización y conducta desviada*, Ed. Universidad
del Zulia, Maracaibo.
- DELLA PORTA, Donatella, *Lo scambio occulto*, Ed. Il Mulino, Bologna,
1992.
- EDELHERTZ, Herbert, *The nature, impact and prosecution of white-collar
crime*, en JOHNSON, John M. y DOUGLAS, Jack D., *Crime at the top: de-
viance in business and the professions*, Lipincott, 1978.
- ELBERT, Carlos, *La criminología del siglo XXI*, Ed. Rubinzal Culzoni,

- Buenos Aires, 1999.
- ELIAS, Norbert, *El proceso de la civilización*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1993.
- ENZENSBERGER, Hans Magnus, *Política y delito*, Ed. Seix Barral, Barcelona, 1968.
- ERMANN, David y LUNDMANN, Richard, *Corporate and governmental deviance: problems of organizational behavior in contemporary society*, Oxford University Press, 1982.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1997.
 – *El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad*, en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (comp.), *Corrupción y Estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, Ed. Trotta, Madrid, 1996.
- FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, Ed. Centro de Góngora, Madrid.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, Ed. Siglo XXI, Madrid 1978.
- GAMBETTA, Diego, *La mafia siciliana: Un'industria della protezione privata*, Ed. Einaudi, Torino, 1994.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de Criminología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- GARCÍA VITOR, Enrique, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en BAIGÚN, David; ZAFFARONI, E. Raúl; GARCÍA-PABLOS, Antonio y PIERANGELI, José, *De las penas. Homenaje al profesor Isidoro De Benediti*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997.
- GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna: un estudio de teoría social*, Ed. Siglo XXI, México, 1999.
- GARLAND, David y SPARKS, Richard, *Criminology, social theory and the challenge of our times*, en "The British Journal of Criminology", vol. 40, n° 2, Oxford University Press, primavera 2000.
- GEIS, Gilbert, *Introduction*, en GEIS, Gilbert; MEIER, Robert F. y SALINGER, Lawrence M., *White collar crime: classic and contemporary views*, The Free Press, New York, 1995.
 – *The heavy electrical equipment antitrust cases of 1961*, en GEIS, Gilbert; MEIER, Robert F. y SALINGER, Lawrence M., *White collar crime: classic and contemporary views*, The Free Press, New York, 1995.
- GEIS, Gilbert; MEIER, Robert F. y SALINGER, Lawrence M., *White collar crime: classic and contemporary views*, The Free Press, New York, 1995.
- GIERKE VON, Otto, *Les Théories politiques du moyen age*, Recueil Sirey, Paris, 1914.
- GIOSTRA, Glaucio e INSOLERA, Gaetano (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Ed. Giuffrè, Milano, 1995.
- GIRARD, René, *La violencia y lo sagrado*, Ed. Anagrama, Barcelona, 1995.

- GREEN, Gary S., *Occupational crime*, Nelson Hall, Chicago, 1996.
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000.
- HARTUNG, Frank E., *White-collar offenses in the wholesale meat industry in Detroit*, en GEIS, Gilbert; MEIER, Robert F. y SALINGER, Lawrence M., *White collar crime: classic and contemporary views*, The Free Press, New York, 1995.
- HEIDENHEIMER, Arnold; JOHNSON, Michael y LEVINE, Victor, *Political corruption: a handbook*, Transaction Publications, New Jersey, 1990.
- HENDERSON, Charles R., *Introduction to the study of the dependent, defective, and delinquent*, Ed. Heath, Boston 1901.
- HENDLER, Edmundo S., *Una aproximación al tema de los delitos económicos*, en "Revista Jurídica de Buenos Aires", Universidad de Buenos Aires.
- HENNIS, Wilhelm, *Política y filosofía práctica*, Ed. Sur, Buenos Aires, 1973.
- HESS, Henner y SCHEERER, Sebastian, *Criminalità come provincia di senso; proposte per una teoria generale*, en "Dei Delitti e Delle Pene", Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan*, Ed. Nacional, Madrid, 1980.
- *Leviatan, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- HUNTINGTON, Samuel, *Modernization and Corruption*, Yale University Press, New Haven, 1968.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.
- JOHNSON, Earl, *Organized crime: challenge to the american legal system*, en "J. Crim. Law Police Sci.", vol. LIII, 1962.
- JOHNSON, John M. y DOUGLAS, Jack D., *Crime at the top: deviance in business and the professions*, Lipincott, 1978.
- JOSEPHSON, Matthew, *The robber barons*, Ed. Harcourt Brace, New York, 1934.
- KANTOROWICZ, Ernst, *Los dos cuerpos del Rey, un estudio de teología política medieval*, Ed. Alianza, Madrid, 1985.
- KLITGAARD, Robert, *Controlando la corrupción: una indagación práctica para el gran problema social de fin de siglo*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1988.
- LAERCIO, Diógenes, *Vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres*, Ed. Emecé, Buenos Aires 1945.
- LASCOUMES, Pierre, *Gli attori e la legge penale: pluralità di attori, pluralità di azioni nell'odierna formazione delle leggi*, en "Dei Delitti e Delle Pene", n° 1/92, Ed. Gruppo Abele, Torino, 1992.
- LASCOUMES, Pierre y WEINBERGER, Jean-Claude, *Delinquenza di affaristi e problemi d'affari*, en "La Questione Criminale", 1/78.

- LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Ed. Alianza, Madrid, 2000.
- LOMBROSO, Cesare, *L'uomo delinquente*, 1876.
- LUPO, Salvatore, *Storia della mafia: dalle origini ai nostri giorni*, Ed. Donzelli, Roma, 1993.
- MACPHERSON, C. B., *La democracia liberal y su época*, Ed. Alianza, Madrid, 1987.
 – *La teoría política del individualismo posesivo*, Ed. Fontanella, Barcelona, 1979.
- MAGUIRE, Morgan y Reiner, *The Oxford Handbook of Criminology*, 2ª ed., Oxford University Press, 1997.
- MAJER, Julio B. J. y BINDER, Alberto (comp.), *El derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1995.
- MALAMUD GOTI, Jaime, *Derecho penal de la competencia: abastecimiento, monopolios*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1984.
- MANCONI, Luigi, *Limitare la sofferenza: per un programma di riduzione dei danni*, en MANCONI, Luigi (a cura di), *Legalizzare la droga: una ragionevole proposta di sperimentazione*, Ed. Feltrinelli, Milano, 1991.
- MANCONI, Luigi (a cura di), *Legalizzare la droga: una ragionevole proposta di sperimentazione*, Ed. Feltrinelli, Milano, 1991.
- MANNHEIM, Hermann, *Trattato di criminologia comparata*, Ed. Giulio Einaudi, Torino, 1975.
- MARAT, Jean Paul, *Plan de legislación criminal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- MAROTTA, Gemma y SCARDACCIONE, Gilda, *Criminalità economica: letteratura e definizioni*, en *Devianza, controllo e mutamento sociale*, Ed. Franco Angeli, Milano.
- MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, *Derecho penal económico*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1987.
- MARX, Carlos, *El Capital*, Ed. Metropolitanas, Buenos Aires, 1984.
- MATTES, Heinz, *Problemas de derecho penal administrativo: historia y derecho comparado*, Ed. Edersa, Jaén, 1979.
- MATZA, David, *El proceso de desviación*, Ed. Taurus, Madrid, 1981.
- MCINTOSH, Mary, *The organisation of crime*, Macmillan, Essex, 1975.
- MEDRANO, Pablo, *Delitos tributarios: bien jurídico y tipos legales*, en "Derecho Penal Tributario", n° 1, 1993.
- MELOSSI, Dario, *El Estado del control social*, Ed. Siglo XXI, México, 1992.
 – *Il dibattito sulla criminalità organizzata*, en "La Questione Criminale", 1979.
- MERTON, Robert K., *Anomie, anomia e interacción social. Contextos de conducta desviada*, en CLINARD, *Anomia y conducta desviada*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1967.

- MILLS, Charles W., *White Collar: The american middle classes*, 1951.
- MORENO OCAMPO, Luis, *En defensa propia: cómo salir de la corrupción*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1993.
- MORRIS, Albert, *Criminals of the upperworld*, en GEIS, Gilbert, *White Collar Criminal*, Atherton Press, New York, 1968.
- *Criminology*, New York, 1934.
- NADER, Raph, *The case for federal chartering*, en NADER, Ralph y GREEN, Mark, *Corporate Power in America*, Penguin, 1973.
- NADER, Ralph y GREEN, Mark, *Corporate Power in America*, Penguin, 1973.
- NELKEN, David, *White Collar Crime*, en MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod y REINER, Robert, *The Oxford Handbook of Criminology*, 2ª ed., Oxford University Press, 1997.
- NEWMAN, Donald J., *White-collar crime: an overview and analysis*, en GEIS, Gilbert; MEIER, Robert F. y SALINGER, Lawrence M., *White collar crime: classic and contemporary views*, The Free Press, New York, 1995.
- NISBET, Robert, *La formación del pensamiento sociológico*, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1990.
- NUVOLONE, Pietro, *Cambiamenti nelle forme e nelle dimensioni della criminalità sul piano transnazionale e nazionale*, en Rapporto Italiano a cura del Ministero de Grazia e Giustizia y del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale al Quinto Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del reato e sul trattamento del delinquente, Taranto.
- NYE, J., *Corruption and political development: a cost-benefit analysis*, en HEIDENHEIMER, Arnold; JOHNSON, Michael y LEVINE, Victor, *Political corruption: a handbook*, Transaction Publ., New Jersey, 1990.
- ODUM, H. W., *Edwin Sutherland*, en "Social Forces", 29, 1950.
- PAINE, Thomas, *Common sense*, Adkins, New York, 1953.
- PARADISO, Pietro, *La criminalità negli affari, un approccio criminológico*, Ed. Cedam, Padova 1983.
- PARSONS, Talcott, *Il sistema sociale*, Ed. di Comunità, Milano, 1965.
- PASUKANIS, Evgeni, *Teoría general del derecho y marxismo*, Ed. Labor Universitaria, Barcelona, 1976.
- PAVARINI, Massimo, *Control y dominación*, Ed. Siglo XXI, México, 1998.
- *La National Deviance Conference*, en "La Questione Criminale", 1975.
- *Lo sguardo artificiale sul crimine organizzato*, en GIOSTRA, Glauco e INSOLERA, Gaetano (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Ed. Giuffrè, Milano, 1995.
- *Lucha contra la criminalidad organizada y negociación de la pena*, en VIRGOLINI, Julio y SLOKAR, Alejandro, *Nada personal: ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2002.

- *Ricerca in tema di "criminalità economica"*, en "La Questione Criminale", 1975.
- PEARCE, Frank, *Los crímenes de los poderosos: el marxismo, el delito y la desviación*, Ed. Siglo XXI, México, 1976.
- PEARCE, Frank y SNIDER, John, *Corporate Crime*, University Toronto Press, Toronto, 1995.
- PETERSON, M., *The changes of a Decade*, en "Criminal Organizations", VI, n° 3-4.
- PITCH, Tamar, *La devianza*, Ed. La Nuova Italia, Firenze, 1982.
- *Responsabilità limitate: attori, conflitti, giustizia penale*, Ed. Feltrinelli, Milano, 1989.
- PIZZORNO, Alessandro, *La corruzione nel sistema politico*, en DELLA PORTA, Donatella, *Lo scambio occulto*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1992.
- QUINNEY, Richard, *Criminology*, 2ª ed., Little, Brown & Company.
- *The problem of crime*, Dodd/Mead, New York, 1970.
- *The study of white-collar crime: toward a reorientation in theory and practice*, en GEIS, Gilbert; MEIER, Robert F. y SALINGER, Lawrence M., *White collar crime: classic and contemporary views*, The Free Press, New York, 1995.
- RAPPORTO ITALIANO, a cura del Ministero de Grazia e Giustizia y del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale al Quinto Congresso delle Nazione Unite sulla prevenzione del reato e sul trattamento del delinquente, Taranto.
- REISMAN, Michael, *Remedios contra la corrupción*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1981.
- RESTA, Eligio, *La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia*, Ed. Paidós, Barcelona, 1995.
- RESTA, Eligio, *La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia*, Ed. Paidós, Barcelona, 1995.
- REY, Guido, *Analisi economica ed evidenza empirica dell'attività illegale in Italia*, en ZAMAGNI, Stefano, *Mercati Illegali e mafie: l'economia del crimine organizzato*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1993.
- RIGHI, Esteban, *Los delitos económicos*, Ed. Ed-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María, *El derecho penal en la actividad económica. Planteos del bien jurídico protegido y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2000.
- ROSANVALLON, Pierre, *La nueva cuestión social: repensar el Estado providencia*, Ed. Manantial, Buenos Aires, 1995.
- ROSS, Edward A., *The criminaloid*, en GEIS, Gilbert y MEIER, Robert M., *White-Collar Crime*, The Free Press, New York, 1968.
- ROUQUIÉ, Alain y SCHVARZER, Jorge, *¿Cómo renacen las democracias?*, Ed. Emecé, Buenos Aires, 1985.

- RUBIN, P. H., *The economics of crime*, en ANDREANO, R. y SIGFRIED, J. (comps.), *The economics of crime*, Ed. Wiley, New York, 1980.
- RUGGIERO, Vincenzo, *Delitti dei deboli e dei potenti*, Ed. Bollati Boringhieri, Torino, 1999.
- *Economie Sporche: L'impresa criminale in Europa*, Ed. Bollati Boringhieri, Torino, 1996.
 - *Quando la criminologia evade il reale: una critica del realismo criminologico*, en "Dei Delitti e Delle Pene", n° 1/92, Ed. Gruppo Abele, Torino, 1992.
- SABATO, Jorge, *Notas sobre la formación de la clase dominante en la Argentina moderna (1880-1914)*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 1979.
- SABATO, Jorge y SCHVARZER, Jorge, *Funcionamiento de la economía y poder político en la Argentina: trabas para la democracia*, en ROUQUIÉ, Alain y SCHVARZER, Jorge, *¿Cómo renacen las democracias?*, Ed. Emecé, Buenos Aires, 1985.
- SADER, Emil (ed.), *Democracia sin exclusiones ni excluidos*, Ed. Nueva sociedad, Caracas, 1998.
- SAVIGNY, F. C., *Sistema del derecho romano actual*, Ed. Góngora, Madrid, 1879.
- SCHELLING, T. C., *Economic analysis of organized crime*, en PRESIDENT'S COMMISSION ON LAW ENFORCEMENT AND THE ADMINISTRATION OF JUSTICE, *Task force report: organized crime*, Washington, 1967.
- *Economics and criminal enterprise*, en ANDREANO, R. y SIGFRIED, J. (comps.), *The economics of crime*, Wiley, New York, 1980.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Ed. Alianza, Madrid, 1996.
- SCHRAGER, Laura S. y SHORT, James F., *How serious a crime? Perceptions of organizational and common crimes*, en STOTLAND, Ezra y GEIS, Gilbert, *White-collar crime: theory and research*, Ed. Sage, California, 1980.
- SCHUMPETER, Joseph, *Teoría del desenvolvimiento económico*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1957.
- SCHUR, Edwin M., *Our Criminal Society*, New York, 1969.
- SCHWENDINGER, Herman y Julia, *¿Defensores del orden o custodios de los derechos humanos?*, en TAYLOR, Ian; WALTON, Paul y YOUNG, Jock, *Criminología crítica*, Ed. Siglo XXI, México, 1985.
- SELLIN, Thornsten, *The significance of records of crime*, en "Law Quarterly Review", 67, 1951.
- SGUBBI, Filippo, *El delito como riesgo social*, Ed. Ábaco-Depalma, Buenos Aires, 1998.
- *La tutela penale di "interessi difusi"*, en "La Questione Criminale", 1975.
- SHAPIRO, Susan, *Collaring the crime, not the criminal: reconsidering the concept of white-collar crime*, en "American Sociological Review", n° 55, 1990.

- SIMONETTI, José María, *El fin de la inocencia*, Ed. Universidad de Quilmes, Buenos Aires, 2002.
- *El ocaso de la virtud; ensayo sobre la corrupción y el discurso del control social*, Ed. Universidad Nacional de Quilmes y de la Plata, 1998.
- SIMONETTI, José M. y VIRGOLINI, Julio, *Del delito de cuello blanco a la economía criminal*, Ed. Inacipe, México, 1990.
- *La criminología del año que viene*, en ELBERT, Carlos, *La criminología del siglo XXI*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999.
 - *La criminología y el oscurecimiento de la política*, en "Capítulo Criminológico", volumen homenaje a Alessandro BARATTA, en prensa, Maracaibo, Venezuela.
- SPIERENBURG, Pieter, *The spectacle of suffering. Executions and the evolution of repression: from a preindustrial metropolis to the European experience*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984.
- STIGLER, G., *The optimum enforcement of law*, en "Journal of Political Economy", LXXVIII, n° 3, 1970.
- STORTONI, Luigi, *Criminalidad organizada y administración pública*, en VIRGOLINI, Julio y SLOKAR, Alejandro, *Nada personal: ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2002.
- STOTLAND, Ezra y GEIS, Gilbert, *White-collar crime: theory and research*, Ed. Sage, California, 1980.
- STOTLAND, Ezra y y GEIS, Gilbert, *White-collar crime: theory and research*, Ed. Sage, California, 1980.
- SUÁREZ, Francisco e ISUANI, Fernando, *El árbol y el bosque: un marco referencial*, en "Encrucijada", Ed. Universidad de Buenos Aires, n° 19, 2002.
- SUTHERLAND, *Delincuencia de cuello blanco*, en SUTHERLAND, Edwin, *Ladrones profesionales*, Ed. La Piqueta, Madrid, 1988.
- *El delito de cuello blanco*, Ed. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1969.
 - *Il crimine come processo conflittuale*, en CERETTI y MERZAGORA (a cura di), *La criminalità dei colletti bianchi e altri scritti di Edwin H. Sutherland*, Ed. Unicopli, Milano, 1986.
 - *Il reati delle imprese*, en CERETTI y MERZAGORA (a cura di), *La criminalità dei colletti bianchi e altri scritti di Edwin H. Sutherland*, Ed. Unicopli, Milano, 1986.
 - *Is white collar crime crime?*, en "American Sociological Review", X, 1945.
 - *Ladrones profesionales*, Ed. La Piqueta, Madrid, 1988.
 - *Principles of Criminology*, Ed. Lippincott, Philadelphia, 1947.
 - *White-Collar Criminality*, en GEIS, Gilbert; MEIER, Robert F. y SALLINGER, Lawrence M., *White collar crime: classic and contemporary views*, The Free Press, New York, 1995. Hay traducción española co-

- mo apéndice (*Delincuencia de cuello blanco*), en SUTHERLAND, Edwin, *Ladrones profesionales*, Ed. La Piqueta, Madrid, 1988.
- SUTHERLAND, Edwin y CRESSEY, Donald R., *Criminology*, 10ª ed., Ed. Lippincott.
- SYKES, Graham y MATZA, David, *Techniques of neutralization. A Theory of Delinquency*, en "American Sociological Review", n° 22.
- TAPPAN, Paul, *Who is the criminal?*, en "American Sociological Review" 12, febrero de 1947, reproducido en GEIS y MEIER, *White-Collar Crime*, cit.
- TAYLOR, Ian; WALTON, Paul y YOUNG, Jack, *Criminología crítica*, Ed. Siglo XXI, México, 1985.
- *La nuova criminologia*, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1977.
- THOMAS, W. I. y ZNANIECKI, Florian, *The polish peasant in Europa and America*, trad. italiana: *Il contadino polacco in Europa e in America*, Ed. di Comunità, Milano, 1968.
- TIEDEMANN, Klaus, *La criminalità economica. Situazione internazionale delle riforme e delle ricerche*, relación presentada en las "Primeras Jornadas Europeas de Defensa Social sobre Problemas de la Criminalidad Económica", Roma, octubre de 1977, Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Milano.
- *Poder económico y delito*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona 1985.
- TIGER, Michael y LEVY, Madelaine, *El derecho y el ascenso del capitalismo*, Ed. Siglo XXI, México, 1981.
- TILLY, Charles, *La desigualdad persistente*, Ed. Manantial, Buenos Aires, 2000.
- VEBLEN, Thorstein, *La teoria della classe agiata*, Ed. Rizzoli, Milano, 1981 (título original: *The theory of the leisure class*).
- VILADÁS JENE, Carlos, *La delincuencia económica*, en *El pensamiento criminológico*, II, Ed. Ariel, Barcelona, 1983.
- VILAS, Carlos M., *Buscando al Leviatán: hipótesis sobre ciudadanía, desigualdad y democracia*, en SADER, Emil (ed.), *Democracia sin exclusiones ni excluidos*, Ed. Nueva sociedad, Caracas, 1998.
- VILLA, Renzo, *Il deviante e i suoi segni*, Ed. Franco Angeli, Milano, 1985.
- VIRGOLINI, Julio y SIMONETTI, José M., *Economía ilegal e inestabilidad política en la Argentina*, en "Doctrina Penal", 46/7, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989.
- VIRGOLINI, Julio y SLOKAR, Alejandro, *Nada personal: ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2002.
- VOLD, George B., *Theoretical Criminology*, Oxford University Press, 1979.
- WACQUANT, Loïc, *Parias urbanos: marginalidad en la ciudad a comienzos del milenio*, Ed. Manantial, Buenos Aires, 2001.

- WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Ed. Península, Barcelona, 1969.
- WRIGHT MILLS, Charles, *White Collar: The american middle classes*, 1951.
- ZAFFARONI, E. Raúl, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Ed. Temis, Bogotá, 1993.
- *El crimen organizado: una categorización frustrada*, en BAIGÚN, David; ZAFFARONI, E. Raúl; GARCÍA-PABLOS, Antonio y PIERANGELI, José, *De las penas. Homenaje al profesor Isidoro De Benedetti*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997.
 - *En busca de las penas perdidas*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989.
- ZAFFARONI, E. Raúl; SLOKAR, Alejandro y ALAGIA, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.
- ZAMAGNI, Stefano, *Criminalità organizzata e dilemmi della mutua sfiducia: sulla persistenza dell'equilibrio mafioso*, en ZAMAGNI, Stefano (a cura di), *Mercati illegali e mafie: l'economia del crimine organizzato*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1993.
- *Mercati illegali e mafie: l'economia del crimine organizzato*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1993.

