



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Control penal de la corrupció: Falacia y utopía de la política criminal

Jorge Andrés Amézquita Toro

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de investigación: Derecho penal y ciencias penales

CONTROL PENAL DE LA CORRUPCIÓN: Falacia y utopía de la política criminal

Director/a: Dra. MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

JORGE ANDRÉS AMÉZQUITA TORO

BARCELONA, 2017

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto alcanzar un *modo* de comprender la ineficacia del Derecho penal frente a la corrupción pública con fines de orden patrimonial. La comprensión gnoseológica de tal problemática es, fundamentalmente, de naturaleza criminológica. Y se dice «un modo» de comprensión, puesto que el paradigma epistemológico, la perspectiva teórica y la postura metodológica que se adopta para lograr tal cometido, permiten establecer tan sólo un «enunciado de posibilidad» sobre la definición del problema referenciado. El enfoque analítico, por tanto, se define por la formulación de una base gnoseológica que permite representar parte de las razones de tal ineficacia. Para ello se asume una perspectiva analítica desde la que concibe el comportamiento delictivo no tanto en su configuración externa y material (objetiva), sino en su dimensión interna y significativa (subjetiva). Planteado así el problema de estudio y el enfoque analítico, la cuestión central a resolver se define por el conjunto de factores que facilitan la impunidad del fenómeno criminal analizado. El fin último de la identificación de las circunstancias generadoras de impunidad se concreta de este modo en la promoción político-criminal de una línea alternativa de prevención que, acorde con la mirada subjetiva del fenómeno estudiado, no se identifica llanamente con las estrategias de intervención situacional del delito, sino con la redefinición de la posición social e institucional frente al interés jurídico tutelado por el Derecho penal. Para alcanzar semejantes propósitos, como se proyecta en la amplia Introducción General que se plantea, se propone una ruta de análisis que bascula entre el acercamiento interdisciplinar a los factores que generan la impunidad del fenómeno criminal y la proposición continua de una serie de alternativas de intervención que van desde la profusión moral que se halla tras el interés superior protegido por la norma jurídico-penal, hasta la estructura misma de las figuras dogmáticas que dificultan su función preventivo-general. Para ese recorrido se establece una categoría central vinculada, precisamente, a esa aspiración de prevención: la función intimidatoria del Derecho penal. Alrededor de esta categoría se desarrolla el problema de análisis. El objetivo general bajo el que se vehicula tal estudio, concretamente, se dirige a establecer por qué la pena no disuade. Y aquí es donde adquiere su mayor importancia la mirada subjetiva adoptada. Para responder a semejante cuestión se propone, con la idea de comprender cuál es el origen y la naturaleza de las justificaciones a las que apela el delincuente corrupto para «desviarse» del curso «correcto» ordenado por el Derecho, un adentramiento al mundo de significados del propio infractor. Y al tratarse de un intento de comprensión comportamental desde la propia mirada del actor criminal –histórica y contextualmente situado-, ineludiblemente se parte de un conjunto de planteamientos de naturaleza psicológica y sociológica que, reunidos, permiten formar una propuesta criminológica desde la que no sólo se alcanza un modo de comprensión del fenómeno objeto de punición, sino que también permite proponer una redefinición de la manera tradicional de abordar el estudio del delito y la promoción de políticas de prevención.

ABSTRACT

This paper aims at reaching a way of understanding the ineffectiveness of the criminal law against the public corruption regarding the purpose of financial gain. The gnoseological understanding of this problem is fundamentally of a criminological nature. And it is said «a way» of understanding, given that the epistemological paradigm, the theoretical perspective and the adopted methodology used to achieve such a purpose, allow to establish just a «statement of possibility» regarding the definition of the highlighted issue. The analytical approach, therefore, is defined by the formulation of a gnoseological framework that allows to represent part of the reasons for such ineffectiveness. In order to do so, an analytical perspective is adopted from which the criminal behavior is conceived not so much from its external and material configuration (objective), but from its internal and significant dimension (subjective). Raised are the statement's problem and the analytical approach, the central issue to resolve is defined by a set of factors that facilitate the impunity of the analyzed criminal phenomenon. The ultimate purpose of the identification of the circumstances generating impunity is materialized from the political-criminal promotion of an alternative line of prevention that, in accordance with the subjective analysis of the studied phenomenon, is not quite simply identified with the crime's situational intervention strategies, but with the redefinition of the social and institutional position in front of the legal interest protected by the Criminal Law. To achieve similar purposes, as projected in the broad General Introduction which proposes a path analysis scale that moves between the interdisciplinary approach to the factors that cause the impunity of the criminal phenomenon and the continuing proposition of a series of intervention alternatives ranging from the abundance of moral principles found behind the superior interests protected by the criminal-legal legislation up to the structure of the dogmatic figures that hinder its general-preventive function. To carry out this analysis, it is established that a central category linked precisely to the aspiration of prevention: the intimidatory role of Criminal Law. Around this category the problem of analysis is developed. The overall objective under which such a study is conveyed, specifically is aimed to establish why the punishment does not dissuade the offenders. And here is where the adopted subjective approach acquires its greatest importance. To respond to such an issue, it is proposed along with the idea of understanding the origin and nature of the justifications that the corrupt offender appeals to in order «deviate» from the «correct» course ordered by the Law, a deeper analysis into the world of meanings from the very own offender. And being an attempt of understanding the behavior from the very own offender's view –historical and contextually located-, undoubtedly it begins from a set of approaches of psychological and sociological nature that together, enable to formulate a criminological proposal which not only achieves a way of understanding the phenomenon subject to punishment, but it also proposes a redefinition of the traditional way of dealing with the study of the crime as well as promoting preventive policies.

RESUM

El present treball té per objecte aconseguir una manera de comprendre la ineficàcia del Dret penal enfront de la corrupció pública amb finalitats d'ordre patrimonial. La comprensió, en un sentit gnoseològic, de tal problemàtica és, fonamentalment, de naturalesa criminològica. I es diu «una manera» de comprensió, ja que el paradigma epistemològic, la perspectiva teòrica i la postura metodològica que s'adopta per assolir tal comesa, permeten establir tan sols un «enunciat de possibilitat» sobre la definició del problema esmentat. L'enfocament analític, per tant, es defineix per la formulació d'una base gnomologia que permet representar part de les raons de tal ineficàcia. Per a això s'assumeix una perspectiva analítica des de la qual concep el comportament delictiu no tant en la seva configuració externa i material (objectiva), sinó en la seva dimensió interna i significativa (subjectiva). Plantejat així el problema d'estudi i l'enfocament analític, la qüestió central a resoldre es defineix pel conjunt de factors que faciliten la impunitat del fenomen criminal analitzat. La fi última de la identificació de les circumstàncies generadores d'impunitat es concreta d'aquesta manera en la promoció polític-criminal d'una línia alternativa de prevenció que, d'acord amb la mirada subjectiva del fenomen estudiat, no s'identifica planament amb les estratègies d'intervenció situacional del delicte, sinó amb la redefinició de la posició social i institucional enfront de l'interès jurídic tutelat pel Dret penal. Per aconseguir semblants propòsits, com es projecta en l'àmplia Introducció General que es planteja, es proposa una ruta d'anàlisi que bascula entre l'acostament interdisciplinari als factors que generen la impunitat del fenomen criminal i la proposició contínua d'una sèrie d'alternatives d'intervenció que van des de la profusió moral que es troba després de l'interès superior protegit per la norma jurídic-penal, fins a l'estructura mateixa de les figures dogmàtiques que dificulten la seva funció preventiu-general. Per a aquest recorregut s'estableix una categoria central vinculada, precisament, a aquesta aspiració de prevenció: la funció intimidatòria del Dret penal. Al voltant d'aquesta categoria es desenvolupa el problema d'anàlisi. L'objectiu general sota el qual es vehicula tal estudi, concretament, es dirigeix a establir per què la pena no dissuadeix. I aquí és on adquireix la seva major importància la mirada subjectiva adoptada. Per respondre a semblant qüestió es proposa, amb la idea de comprendre quin és l'origen i la naturalesa de les justificacions a les quals apel·la el delinqüent corrupte per «desviar-se» del curs «correcte» ordenat pel Dret, un endinsament al món de significats del propi infractor. I en tractar-se d'un intent de comprensió del comportament des de la pròpia mirada de l'actor criminal –històrica i contextualment situat-, ineludiblement es parteix d'un conjunt de plantejaments de naturalesa psicològica i sociològica que, reunits, permeten formar una proposta criminològica des de la qual no només s'aconsegueix una manera de comprensió del fenomen objecte de punició, sinó que també permet proposar una redefinició de la manera tradicional d'abordar l'estudi del delicte i la promoció de polítiques de prevenció.

« [...] una sociedad formada en el sentido de reconocer a los delincuentes por su semblante y estigma criminal, no está preparada para identificar a aquellos que se muestran en similares y mejores condiciones de relación con los ámbitos de poder»¹.

AGRADECIMIENTOS

Expreso mi gratitud a mis maestros del Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona y la Universidad Pompeu Fabra, porque fueron sus tesis las que posibilitaron que se diera forma a la que aquí es objeto de revisión; en especial a sus ilustres Directores, Prof. Dr. Santiago Mir Puig y Prof. Dr. Jesús M. Silva, en cuyas ideas se soportó la postura metodológica y teórica postulada en este trabajo, y en su insigne Coordinadora, Directora de esta tesis, la Profra. Dra. Mirentxu Corcoy, de cuya cátedra “Estructura, elementos y funciones de las normas jurídico-penales” del Máster en Criminología y Sociología Jurídico-Penal de esta Universidad, extraje las primigenias ideas sobre la pregunta a la que aquí se le ha dado un modo de solución; también por sus recomendaciones para llevar a buen término la presentación de este trabajo. Sea de paso elevar sinceros agradecimientos al Prof. Dr. Josep M., Garcia-Borés, titular de la cátedra “Cultura y Criminalidad” del último Programa de Máster citado, cuya postura epistemológica permitió la mejor comprensión del problema de estudio.

A mi padre, madre y hermanos, por su apoyo constante y motivación en este proceso de construcción de mi “edificio académico”; a mi padre, cuyo sentido de corrección y perfección ha servido de fuente de inspiración; a mi madre, por su cariño y admirable capacidad de comprensión; a mis hermanos, en general, por apoyarme en todo este curso de capacitación; afecto especial a mi hermana Marcela, por ser quien puso la primera piedra para el levantamiento de esa difícil construcción.

A aquella persona que ha sabido entender la importancia de este recorrido y, en algún modo, ha acompañado la cimentación de la que hoy es mi más preciada edificación.

¹ ALLER MAISONNAVE, Germán, *Criminalidad del poder económico. Ciencia y praxis*, Ed. B de F., Buenos Aires, 2011, p. 123.

SUMARIO

RESUMEN.....	2
SUMARIO	6
ABREVIATURAS.....	10
INTRODUCCIÓN GENERAL.....	11
1. Planteamiento del problema.....	11
2. Sobre la necesidad de resaltar la dimensión moral de la corrupción pública para la comprensión de la infracción del deber posicional por parte de los regentes.....	18
3. Objetivos	26
4. Repercusión práctica.....	27
5. A manera de hipótesis	29
6. Perfilamiento del enfoque metodológico	36
7. Propuesta metodológica: compatibilización de la comprensión criminológica de la corrupción y las categorías dogmáticas subjetivas de la teoría del delito	40
CAPÍTULO I.....	51
PERFILAMIENTO DE LA NOCIÓN DE INTIMIDACIÓN: CONCEPCIÓN SIMBÓLICA DEL MIEDO JURÍDICO-PUNITIVO.....	51
1. Introducción.....	51
2. Perfilamiento del paradigma epistemológico y la perspectiva teórica utilizados en la delimitación de la doble entidad del miedo punitivo: conductual y cognitivo	52
2.1. Premisas filosófico-penales de la función intimidatoria del Derecho penal: la certeza y el castigo ejemplar como presupuesto de su entidad aversiva	58
2.2. Postulación psicológica del fenómeno de la disuasión normativa	64
3. Proposición de una concepción diacrónica del «miedo» jurídico-punitivo y su relación con los procesos de control personal de orden conductual y cognitivo.....	70
3.1. Capacidad simbolizadora	79
3.2. Capacidad de previsión	82
3.3. Capacidad vicaria	84
3.4. Capacidad autorreguladora.....	88
3.5. Capacidad de autorreflexión.....	90
4. La pena como «refuerzo» de los cánones de autorrestricción frente al delito	92
5. Conclusión.....	100
CAPÍTULO II	101
BASES GNOSEOLÓGICAS PARA LA REDEFINICIÓN SUBJETIVA DEL MODELO CRIMINOLÓGICO DE LA DISUASIÓN	101
1. Introducción.....	101
2. Echando a andar: postulación de las bases epistemológicas, psicológicas y sociológicas para la redefinición subjetiva del modelo teórico de la disuasión.....	102
3. Paradigma epistemológico interpretativo: bases epistemológicas para la comprensión psico-cultural de la «misión motivadora» del castigo legal	111

4. Socioconstruccionismo: bases teóricas para la comprensión psico-cultural del modelo de la disuasión normativa amparada en el miedo al castigo punitivo	116
5. Utilidad de la perspectiva psico-cultural para la comprensión del castigo	122
6. Aplicación de los presupuestos psico-culturales al estudio de la corrupción pública	126
7. Bases sociológicas para la formulación de una concepción bifronte de acción	134
8. Perspectivas sincrónica y diacrónica de la institución del castigo legal	142
9. Conclusión	150
CAPÍTULO III	151
REDEFINICIÓN SUBJETIVA DEL MODELO CRIMINOLÓGICO DE LA DISUASIÓN PUNITIVA	151
1. Introducción	151
2. Repercusiones de la redefinición subjetiva del modelo de la disuasión punitiva	152
3. Modelo criminológico de la disuasión punitiva fundada en la profusión del miedo ..	153
3.1. Perspectiva criminológica de la «elección racional»	156
3.2. Perspectiva criminológica de las «actividades rutinarias»	159
4. Redefinición subjetiva del modelo criminológico de la disuasión	161
5. Redefinición subjetiva de la estructura material de la oportunidad delictiva	169
5.1. Estructura formal	170
5.2. Estructura material	174
6. Integración formal y material de la estructura del acto de corrupción	178
6.1. Expectativa de obtener un beneficio extraposicional: hacia la redefinición subjetiva de los incentivos materiales del acto de corrupción patrimonial	180
6.2. Existencia de un deber posicional: redefinición formal del deber «subjetivo» de cuidado del servidor público frente a los procesos de gestión públicos	182
6.3. Infracción del deber posicional: ampliación de la esfera normativa de protección del valor jurídico protegido por la norma jurídico-penal	186
7. Control de los miedos vinculados a los riesgos inherentes a la infracción del deber .	191
8. Repercusión práctica de la redefinición subjetiva de modelo teórico propuesto	198
9. Conclusión	200
CAPÍTULO IV	201
COMPRESIÓN ESTRUCTURAL DE LA IMPUNIDAD JURÍDICO-PENAL	201
1. Introducción	201
2. Vinculación estructural de los componentes motivacionales del delito	202
3. Origen estructural de la disponibilidad a corromperse	204
4. Génesis estructural de las oportunidades para el delito	212
5. Conexión estructural del control penal: relación entre impunidad –social y jurídico-penal- y factores intervinientes sobre los procesos de criminalización	218
5.1. Selectividad del sistema penal: aproximación conceptual	227
5.2. Fase de criminalización secundaria: marco delimitante para el análisis	233

5.3. Fase de criminalización secundaria: limitantes del proceso de denuncia formal del delito y del procesamiento judicial del acto criminal.....	236
5.4. Conexión de las limitantes estructurales e institucionales del control penal.....	246
6. Conclusión.....	250
CAPÍTULO V.....	251
GENEALOGÍA ESTRUCTURAL DE LA MOTIVACIÓN DELICTIVA	251
1. Introducción.....	251
2. Construcción social de la mente: un enfoque teórico útil para la comprensión de la naturaleza simbólica de los delitos inducidos por fines de tipo patrimonial.....	252
2.1. Subjetividad de la experiencia criminal: validación personal de los fines de éxito y sus repercusiones sobre las definiciones favorables al delito.....	260
2.2. Construcción social de la subjetividad: adquisición de refuerzos conductuales vinculados a la delincuencia de naturaleza patrimonial	270
2.3. Naturaleza cultural de lo psicológico: origen cultural y subcultural de los refuerzos conductuales intervinientes sobre la motivación delictiva	280
3. Invalidación de los incentivos normativos establecidos para la contención de comportamientos ilícitos al interior de las organizaciones gubernamentales.....	290
4. Conclusión.....	300
CAPÍTULO VI.....	301
LIMITANTES ESTRUCTURALES DEL CONTROL PENAL DEL DELITO.....	301
1. Introducción.....	301
2. Banalización de la corrupción: neutralización social de la entidad criminógena del fenómeno y sus repercusiones sobre el proceso de denuncia formal del delito.....	302
2.1. Apariencia de licitud o normalidad del hecho criminal.....	304
2.2. Imperceptibilidad del daño social.....	311
2.3. Victimización difusa: sobre la supuesta «inexistencia» de víctimas individuales vinculada a los efectos nocivos de la corrupción pública.....	318
2.4. Construcción social de «modelos» ideales de conducta y de estereotipos criminales: el criminal corrupto como modelador de ideales de vida.....	324
2.5. Los <i>mass media</i> como vehículo mediador en la construcción social de la realidad criminal	333
3. Vinculación de los factores de banalización de la entidad criminógena del delito a la de-construcción o neutralización cognitiva del miedo a la amenaza de pena	344
4. Conclusión.....	350
CAPÍTULO VII.....	351
LIMITANTES INSTITUCIONALES DEL CONTROL PENAL DEL DELITO	351
1. Introducción.....	351
2. Fase de detección o descubrimiento oficial del hecho punible: control material sobre el proceso de denuncia formal ante los órganos de persecución penal.....	352
2.1. Mimetización del acto de gestión ilícito.....	353

2.2. Influencias jerárquicas sobre cargos de nivel inferior	357
3. Fase de investigación del hecho punible: control material sobre el proceso de obtención y procesamiento policial de los elementos probatorios del delito	360
3.1. Sofisticación del acto fraudulento y complejidad de la prueba	361
3.1. Intromisiones ilegítimas sobre el libre ejercicio de la función investigativa	374
4. Etapa judicialización: control del proceso de aplicación de las reglas de judicialización	387
4.1. Estrategias dogmáticas de impunidad de orden sustantivo	388
4.2. Estrategias dogmáticas de impunidad de orden procesal	395
5. Conclusión.....	400
 CAPÍTULO VIII	 401
FUNDAMENTOS PARA LA IMPUTACIÓN DEL REGIDOR PÚBLICO POR LA INFRACCIÓN OMISIVA DEL DEBER POSICIONAL	401
1. Introducción.....	401
2. Echando a andar: perfilamiento de la propuesta de intervención preventiva.....	402
2.1. Contenido material y substrato moral de los delitos de corrupción: dos dimensiones inseparables de un bien jurídico definido por la ética pública	404
2.2. Concreción jurisprudencial del bien jurídico tutelado por los delitos contra la Administración pública y su vinculación al marco del deber posicional	415
2.3. Concepción mixta de acción.....	422
3. Ampliación del ámbito del deber posicional: bases para la infracción omisiva	426
3.1. Positivización del marco de deberes	427
3.2. Premisas dogmáticas: acoplamiento simbólico de los factores intención e intimidación para sustentar la punición de la infracción del deber cautelar.....	430
3.3. Definición del cuadro de cautelas para la determinación de la infracción omisiva del marco de deberes vinculados a la protección del bien jurídico	445
4. Conclusión.....	450
 CONCLUSIONES.....	 451
Capítulo I.....	452
Capítulo II.....	454
Capítulo III.....	456
Capítulo IV.....	458
Capítulo V.....	460
Capítulo VI.....	462
Capítulo VII	464
Capítulo VIII.....	466
 BIBLIOGRAFÍA.....	 468

ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
Art./s	Artículo/s
CE	Constitución española
CEE	Comunidad Económica Europea
CICC	Convención Interamericana Contra la Corrupción
C. Pol.	Constitución Política de Colombia
CP col.	Código Penal (Col.)
CP esp.	Código Penal (Esp.)
CPP	Código de Procedimiento Penal (Col.)
CSJ	Corte Suprema de Justicia de Colombia
DEA	Drug Enforcement Administration
DIH	Derecho Internacional Humanitario
EAC	Estatuto Anticorrupción (Col.)
EOFGN	Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación (Col.)
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Esp.)
EPC	Estudios Penales y Criminológicos
FAR	Federal Acquisition Regulation
FGN	Fiscalía General de la Nación (Col.)
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act (EE.UU.)
FMI	Fondo Monetario Internacional
FCE	Fondo de Cultura Económica
INDRET	Revista para el Análisis del Derecho
ONG	Organización no gubernamental
p. ej.	Por ejemplo
PGN	Procuraduría General de la Nación (Col.)
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal (Esp.)
LO	Ley Orgánica
MF	Ministerio Fiscal (Esp.)
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo económicos
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de Naciones Unidas
RAE	Real Academia Española
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
SCSJ	Sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Col.)
TC	Tribunal Constitucional (Esp.)
TS	Tribunal Supremo (Esp.)
UNCAC	United Nations Convention Against Corruption
UE	Unión Europea
v. gr.	Verbigracia

INTRODUCCIÓN GENERAL

1. Planteamiento del problema

La ineficacia del Derecho penal frente a la corrupción pública define el problema de estudio planteado en este trabajo. La insuficiencia de la función disuasiva confiada a la pena frente a esta y otras tipologías criminales, a pesar de los grandes avances de la Criminología en su comprensión y del Derecho penal en el campo de la prevención, sigue comportando hoy un problema político-criminal de primer orden. La impunidad rampante de la delincuencia flagrante, además de aquella que forma parte de la gran *cifra negra* de la criminalidad, encarna, en cierta medida, ese déficit de eficacia del Derecho penal. Ante esta realidad, lo primero que viene a la mente es, una vez más, la eterna pregunta de *¿por qué la pena no disuade?*: En los delitos de orden pasional parece haber menor discusión al respecto; pero, ¿y en los de configuración «racional»? Es ésta la cuestión a la que, en términos generales, se le intentará dar respuesta en este trabajo. Las categorías analíticas que integran la referida pregunta: «pena» y «disuasión», como puede inferirse, conducen inequívocamente a la ya anquilosada función preventivo-general negativa del Derecho penal, esto es, a su función *intimidatoria*. BECCARIA, FILANGIERI y BENTHAM, en su versión de *castigo ejemplar*, y FEUERBACH, ROMAGNOSI y SCHOPENHAUER, en su dicción de *amenaza legal*, son apenas una mínima representación de esos teóricos de la pena que ahondaron, principalmente, sobre su fundamentación filosófica y pretenciosa función instrumental. Numerosos son, también, los enfoques críticos sobre las funciones llamadas a cumplir la pena: FERRAJOLI, entre los más influyentes. Pero, en decir verdad, muy poco se ha dicho sobre la forma cómo, ese instrumento de regulación del comportamiento humano, afecta emocionalmente la *psique* del hombre «normal» (no patologizado). Desde la ciencia penal se aborda el tema sólo de forma tangencial. La razón de ello, tal vez, tiene que ver con la limitación epistemológica de su objeto de estudio –que viene delimitado por su entidad normativa-. Pero es precisamente una mirada subjetiva de ese objeto la que motiva el tipo de análisis que aquí se efectúa: Se aborda el problema de la disuasión jurídico-punitiva desde un enfoque que se pregunta por la entidad psicológica del «miedo» a la pena y su relación con la motivación criminal. La comprensión de tal relación tiene por objeto ayudar a discernir las razones por las que esa amenaza jurídico-punitiva no puede prevenir la comisión de delitos de orden «racional» (como los de corrupción). Para alcanzar tal propósito, como se concretará, se efectuará una «mirada» psicológica de aquél elemento aversivo, para lo que se redefine no sólo el mismo presupuesto filosófico que hoy le mantiene con vida: el *homo oeconomicus* –que tiene presuntamente la capacidad de ponderar entre los *beneficios* y *costes* del delito-, sino también el modelo psicológico que legitima una política criminal anclada a esa racionalidad: el esquema *castigo-premial*.

El presente trabajo, por tanto, se describe por la redefinición del *paradigma de la intimidación*. Para ello se evalúan dos grandes temáticas de estudio reunidas en torno a una concreta tipología delictiva: «impunidad» y «disuasión punitiva». La ineficacia del Derecho penal, como correlato de esa impunidad, se instituye así en una categoría de análisis fundamental. El estudio de tal categoría, en consecuencia, implica hablar sobre la capacidad motivadora de la norma jurídico-penal y su función restrictiva de conductas antinormativas². Es la propia consideración motivacional del Derecho penal, alineada con una visión antropológica del hombre como ser «racional», la que permite reflexionar sobre su eficacia suasoria atendiendo a su clásica fundamentación filosófico-penal y psicológica: la lógica de *premios y castigos*³. La capacidad intimidatoria de la pena bajo la amenaza de castigos, teóricamente hablando, constituye el pilar básico que sustenta la referida función restrictiva; porque en el plano práctico, no obstante, la prevención eficaz del delito representa uno de los grandes enigmas de la ciencia penal. La pretensión psico-coactiva de la pena constituye, de acuerdo con aquella visión antropológica de ser humano, el «nudo gordiano» de tal enigma. Y es que es la propia permanencia en el tiempo de las mismas expresiones delictivas la que permite cuestionar dicha función motivadora. Pero esta capacidad suasoria de la pena, también debe subrayarse, no debe de falsarse por sus constantes fracasos⁴, pues como se propondrá en este trabajo, ésta constituye un *instrumento de intermediación simbólica* con capacidad de afectar los cánones autorrestrictivos de la conducta. Y es precisamente esta consideración psico-constructiva de los imperativos legales, a diferencia de la visión instrumental, la que permitirá determinar qué factores, situados en un contexto socio-cultural concreto, afectarían la referida pretensión motivadora. Pero para determinar qué circunstancias impiden dicha misión es necesario concebir el delito, no como un *corpus* con características homogéneas, sino valuando la naturaleza de cada fenómeno delictual. Partiendo de tales premisas, esta investigación tendrá por objeto identificar las razones por las que, el Derecho penal, no puede asegurar su clásica función intimidatoria frente a la señalada tipología delictual.

² Esa función restrictiva de conductas antinormativas, según se concibe en este trabajo, puede operar de dos formas distintas. Así, como propone BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción. Fundamentos sociales*, Ed. Martínez Roca, Barcelona, 1987, p. 285. (Título original: *Social Foundations of Thought and Action*, Ed. Prentice-Hall, New Jersey, 1986): «Las restricciones sobre la conducta pueden proceder de dos fuentes distintas: una de tipo social y otra interna. Las *restricciones sociales* se basan en amenazas de castigo externo. [...] Las *restricciones internas* actúan mediante la autocensura anticipatoria de la propia conducta».

³ Frente a la concepción del delito como *elección racional* formulada por Wilson y Herrnstein (1985), manifiestan GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 189-190: «Estos autores parten de la misma concepción de la acción humana que fue empleada por la escuela clásica y que, con diversa nomenclatura, se halla presente en distintas áreas del conocimiento: el *hedonismo* o *utilitarismo* mencionados en la filosofía, el *valor* o *utilidad*, en terminología económica, o el *reforzamiento* o *recompensa* en el lenguaje psicológico».

⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2011, pp. 119-117: «[...] la eficacia de la pena no debe medirse sobre la base de los que ya han delinquido. Precisamente en éstos el hecho de haber delinquido demuestra inevitablemente que para ellos la pena ha resultado ineficaz. La eficacia de la pena no puede valorarse por esos fracasos, sino por sus posibles éxitos, y éstos han de buscarse entre los que *no han delinquido* y *acaso lo hubieran hecho* de no concurrir la amenaza de la pena»; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*, (Trad. Diego-Manuel Luzón Peña / Miguel Díaz y García Conlledo / Javier de Vicente Ramesal), Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 92: «[...] a la objeción de que todo delito demuestra la ineficacia de la prevención general, puede contraponerse siempre que su efectividad se muestra en el hecho de que, con independencia de toda criminalidad, la mayoría de la población se comporta de acuerdo con el Derecho».

Semejante propósito implica, pues, establecer la relación entre *miedo jurídico-punitivo* y *motivación criminal*. Lo que se dirá en esta tesis es que, para que un individuo llegue a la comisión de un delito de orden racional, ha debido desestructurar previamente la fuerza constrictiva emanada de la amenaza de pena, lo cual se lograría fundamentalmente de dos formas: 1) mediante la anulación de la significación aversiva del castigo legal; 2) a partir del control o dominio de la fuente de riesgo. Estas dos formas de neutralización del miedo al castigo legal, según se concretará en el siguiente capítulo, estarían amparadas en las percepciones de impunidad que permean cada conducta. La reconversión del sentido desagradable del castigo es la modalidad más extrema de la de-construcción cognitiva del miedo vinculado a la infracción penal. Esta modalidad constituye una auténtica conversión del significado aversivo de las representaciones populares sobre la pena, al punto que no sólo la anticipación mental del castigo, sino también la vivencia efectiva del mismo, no intimidarían al sujeto en lo más mínimo. Para éste, claramente, la significación aversiva del castigo no funcionaría como mecanismo disuasor⁵. Pero el control de la situación aversiva, a diferencia del anterior, consiste en que el individuo puede llegar, ya no a no temer abstractamente a las representaciones construidas alrededor del castigo (la prisión le da miedo, efectivamente), sino que adquiere un control de orden cognitivo sobre la fuente de riesgo generadora de la emoción aversiva: puede afrontar la situación delictiva, en este caso, por el conocimiento de los factores generadores de impunidad. Este control puede logarse de tres formas distintas (Capítulo VII). La primera consistiría en un dominio del miedo jurídico-punitivo a partir de la neutralización o disminución de la probabilidad de denuncia formal del acto criminal, por lo que el delito permanecería oculto (impune)⁶. La segunda forma está relacionada con el control material de la situación estimular aversiva mediante la distracción o manipulación de la prueba en la fase de investigación criminalística⁷. Aquí el riesgo vendría limitado por la imposibilidad de evidenciar el delito (duda probatoria). La tercera y última está relacionada con la posibilidad que tiene el individuo de controlar la situación aversiva mediante el dominio de las reglas jurídicas –de orden sustantivo y procesal– que conducen a la aplicación del castigo. A las dos últimas modalidades se les denominará «*estrategias dogmáticas de impunidad*»⁸. Una de las principales repercusiones prácticas que se espera lograr con este trabajo es, precisamente, limitar la aplicación de las referidas estrategias de impunidad a partir de la redefinición de las reglas de atribución de responsabilidad penal de aquellos directivos institucionales que asumen un deber especial de protección del bien jurídico frente al riesgo de corrupción.

⁵ Se trata de aquel sujeto que la aplicación del castigo no le representa temor alguno. Es el caso, por ejemplo, del ex convicto que reincide con la única finalidad de volver a ingresar a la prisión porque, contrario a lo que presupone el modelo teórico, allí dentro encuentra lo que bajo esas condiciones le hace feliz: considera la prisión, por ejemplo, como “su lugar”.

⁶ Es lo que sucede, por ejemplo, cuando un funcionario corrupto se rodea al interior de la institución que preside de personas de su mismo linaje, precisamente para poder propiciar un entorno de seguridad (impunidad) bajo el que la posibilidad de denuncia de sus actuaciones ilícitas se reduce ostensiblemente.

⁷ En este caso el individuo llega a controlar la emoción aversiva porque tiene la capacidad de impedir esa actividad probatoria que en últimas es la que conduciría a la aplicación efectiva del castigo.

⁸ Es este el caso, no menos frecuente en la práctica judicial colombiana y española, de aquellos funcionarios de nivel directivo que cuando se ven implicados en un proceso penal por corrupción, siempre apelan al presunto desconocimiento de la actuación ilícita. Esta técnica de impunidad puede representarse con la ya famosa frase que ha hecho eco en Colombia: «*todo se hizo a mis espaldas*». A partir de ahí no se hace esperar la invocación de los denominados *errores de tipo y de prohibición* y el *in dubio pro reo*.

Para descifrar esa relación que se propone entre la amenaza jurídico-punitiva (la *pena*) y el proceso psicológico desencadenado por ésta, se presentará un modelo criminológico conceptualmente compatible con categorías dogmáticas. Esa concatenación conceptual se lograría mediante la identificación del contenido simbólico de los incentivos del delito: de los factores propositivo y aversivo. Dicha propuesta tiene su anclaje en la denominada «teoría de la motivación de la norma»⁹. La consideración *constructiva* de los *imperativos constrictivos* permitiría concebir tales categorías como partes de un sistema lógico-deductivo que, más allá de servir a los procesos de imputación de responsabilidad penal (silogismo judicial en el plano *reactivo*), posibilite evaluar la capacidad motivatoria de la pena frente a la realización «intencional» de acciones delictivas (plano *preventivo*)¹⁰. La exploración dogmática de los «incentivos» del delito, de acuerdo con dicha concepción racional de hombre, precisaría buscarle un «lugar» a la pena dentro de tal modelo y, a partir de ello, establecer su relación intrínseca con las diversas categorías dogmáticas.

Dicho análisis implica, por tanto, resaltar la subjetividad de las correspondientes categorías dogmáticas, no desde el tradicional enfoque *lógico-deductivo* («pensado» para la *subsunción* judicial), sino desde una perspectiva político-criminal preventiva que gravita sobre la vinculación psicológica de los incentivos *positivos* que inducen el actuar criminal y los incentivos *negativos* que pretenden inhibirlo¹¹. Bajo este modelo se cuestionará que la amenaza de pena, según la concepción instrumental del modelo clásico, tiene la virtud de afectar la motivación delictiva en función de la probabilidad inmediata del castigo. De manera diversa, según la tesis que se irá proyectando, se propondrá que esa inhibición del hombre frente a la comisión de delitos de ordenación racional no depende tanto de la afectación circunstancial de la amenaza legal (externa), sino de su incidencia diacrónica en la formación cognitiva de los cánones de autorrestricción comportamental (internos)¹².

⁹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, “Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma”, en EPC, n.º. 1, 1977, Universidad de Santiago de Compostela, pp. 11-12: «La teoría de la motivación parte de la base de que la norma jurídico penal, el Derecho penal, cumple una función motivadora, función que se atribuye también a la pena y al tipo [...]. La tesis, en síntesis, consiste en que la norma jurídico penal opera, para conseguir la protección de los bienes jurídicos, y los efectos preventivos, *motivando* en el individuo un determinado comportamiento mediante la amenaza de la pena [...]». Otras referencias sobre la *teoría de la motivación de la norma* pueden extraerse de: MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1982; GIMBERNAT, Enrique, “El sistema del derecho penal en la actualidad”, en *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Tecnos, 1990; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, 2ª ed., Ed. Temis, Bogotá, 2012; SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 353 y ss.

¹⁰ La «función motivadora» de la norma jurídico-penal se liga especialmente al momento de la infracción. Así, apunta MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 80: «Tal función sólo puede desarrollarse intentando motivar al sujeto en el momento de su actuación, prohibiéndole que lleve a cabo ningún comportamiento voluntariamente dirigido a la lesión de *bienes jurídicos* [...]».

¹¹ El concepto de «incentivo» denota una doble connotación motivacional de la voluntad: *activar* o *inhibir*. Así, como apunta GARRIDO GAITÁN, Elena, “Decisión individual del delincuente y motivación delictiva”, en SORIA VERDE, Miguel Ángel / SÁIZ ROCA, Dolores (Coords), *Psicología Criminal*, Ed. Pearson, Madrid, 2006, p. 313, los «incentivos» constituyen una «[...] serie de estímulos o acontecimientos, principalmente del entorno del sujeto, que activan o inhiben el comportamiento del sujeto».

¹² Respecto de la consideración del Derecho penal como factor *constructivo-constrictivo* de la motivación humana, refiere MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, p. 20: «Una cosa es, sin embargo, segura: el derecho y el derecho penal como parte de ese derecho ejercen un fuerte influjo en la motivación humana; pues, como elementos pertenecientes al mundo circundante del individuo son interiorizados o internalizados por él y cooperan en la formación de su consciencia, del superyo».

Para desarrollar tal tesis se asumirá, apelando a esta fundamentación psicológica del castigo, una concepción *bifronte* de la «motivación»¹³: se redefine la *intención* como una categoría ideal en la que confluyen el elemento propositivo del delito y el factor de aversión. Bajo esta redefinición la pena no se concebiría tanto como un «incentivo» externo del actuar criminal, sino como mecanismo mediador en los procesos cognitivos de autorrestricción¹⁴. Esta consideración constructiva del castigo legal sobre la experiencia psicológica constituiría la «piedra angular» del modelo teórico que aquí será utilizado para afirmar las razones por las que, el Derecho penal, no puede asegurar su función «contramotivante» frente a una tipología delictiva que bascula entre la capacidad electiva del hombre y la proyección mental del proceso de ejecución criminal. Tal caracterización *bifronte* permitiría ver la motivación no sólo en el sentido dogmático tradicional: caracterizado especialmente por el *fin* específico que preside la realización del comportamiento criminal (como «incentivo-positivo», dogmáticamente representado en el *dolo-intención*), sino también en su dimensión «negativa»: apelando a la eficacia contramotivante del castigo (como «incentivo-negativo»)¹⁵. Instrumentalmente se afirma que, de la primacía de una sobre la otra, dependerá la capacidad motivadora de la norma jurídico-penal; se reconoce también que la probabilidad de castigo afectaría la voluntad criminal, pues si ésta se corresponde con la determinación de ejecutar una acción delictiva, los riesgos que ello comporta no pueden desligarse de tal proceso de ejecución. Pero tanto la dimensión *positiva* como la *negativa* del proceso motivacional se sitúan aquí no a un nivel instrumental, en el que parece concebirse al individuo y al delito como entes autómatas determinados de la realidad material, sino en un plano inter-subjetivo: en el que se vincula la acción delictiva y la respuesta punitiva a las convicciones autorrestrictivas de cada sujeto según el propio contexto histórico-cultural en el que éste se ha construido¹⁶.

¹³ GARRIDO GAITÁN, Elena, “Decisión individual del delincuente y motivación delictiva”, p. 312, trae a colación el siguiente concepto de «motivación» propuesto por Kleigninna y Kleigninna (1981): « [...] proceso multideterminado que energiza y dirige el comportamiento en base a un objetivo».

¹⁴ Desde la *teoría de la motivación de la norma*, refiere GIMBERNAT, Enrique, “El sistema del derecho penal en la actualidad”, p. 279, el tipo penal « [...] consiste en la descripción de la conducta prohibida y su fin es el de motivar –mediante la amenaza con una pena– para que dicha conducta no se cometa».

¹⁵ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “Análisis económico del Derecho y política criminal”, en RDPC, 2ª época, nº extraordinario 2, 2004, (pp. 31-73), p. 56: « [...] el AED se ha ocupado de manera principal de un tipo de incentivos negativos, las variables punitivas, y en concreto del juego conjunto de la gravedad de la pena y la probabilidad de su imposición». Como se mencionó, esta fundamentación teórica encuentra conexión con la *teoría de la coacción psicológica* desarrollada por Feuerbach. Al respecto, observa MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 82: «Para Feuerbach, en efecto, la pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan. Esto es, opera como “coacción psicológica” en el momento abstracto de la incriminación legal». En este mismo sentido, recuerda ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, pp. 89-90: «Feuerbach derivaba su doctrina de prevención general de la llamada “teoría psicológica de la coacción” desarrollada por él [...]. Se imaginaba el alma del delincuente potencial que había caído en la tentación como un campo de batalla entre los motivos que le empujan hacia el delito y los que se resisten a ello; opinaba que había que provocar en la psique del indeciso unas sensaciones de desagrado, que hiciesen prevalecer los esfuerzos por impedir la comisión y, de esta manera, pudiesen ejercer una “coacción psíquica” para abstenerse de la comisión del hecho».

¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, p. 15: «La norma jurídica penal sólo puede comprenderse si se le pone en relación con un determinado sistema social». Puntualiza seguidamente que « [...] la función motivadora de la norma penal sólo puede comprenderse situando el sistema jurídico-penal en un contexto mucho más amplio de *control social*, es decir, de disciplinamiento del comportamiento humano en sociedad» (p. 24).

Para realizar esa comprensión sobre las razones por las que ciertos individuos reconvierten o controlan la significación aversiva del castigo legal se dispone de un número de ocho capítulos: El *Capítulo I* tiene por objeto, en consonancia con una consideración subjetiva del crimen, la concreción de la noción de intimidación (de «miedo») y su correlación con la función autorre restrictiva de comportamientos delictivos. En el *Capítulo II*, acorde con una concepción simbólica del castigo legal, se efectúa una demarcación de los presupuestos epistemológicos que permiten sustentar la postulada capacidad constructiva de la impunidad y su relación con los procesos de decisión criminal. Se justificará que, para la comprensión cabal de la función motivadora de la norma jurídico-penal, resulta necesaria la adopción de un paradigma que se pregunta por el significado que el propio sujeto infractor otorga a su conducta antinormativa. En el *Capítulo III*, en consonancia con el precedente, se procede a delinear un modelo criminológico que permita concatenar la clásica concepción racional del actuar delictivo (vinculada al *homo oeconomicus* –que pondera entre los *costes* y *beneficios* del delito-) y esa significación que el propio sujeto infractor le atribuye. A partir de esta «subjetivación» del delito se propone una categoría ideal de *acción* en la que se concatenan los incentivos positivo (propositivo) y negativo (aversivo) del acto, lo que resultaría útil para comprender, desde la estructura misma de la teoría del delito, los obstáculos a los que se enfrenta la disuasión. En el *Capítulo IV*, siendo coherente con una concepción «mixta» del control penal que se sitúa en sus dimensiones social e institucional, se realiza una redefinición de los procesos de criminalización en la que se vinculan los planos estructural e institucional de los procesos de selectividad penal. El objeto de esta delimitación es obtener una comprensión mayor no sólo sobre la génesis de la impunidad (no-formal y formal), sino también del origen de la motivación criminal. En el *Capítulo V*, siendo consecuente con la referida subjetivación del modelo racional del crimen y la conexión estructural de la motivación criminal, se efectúa un abordaje sobre la génesis estructural de los inductores culturales del delito y, a partir de ello, llegar a una mayor comprensión de los factores que facilitan la neutralización personal de los mecanismos de constrictión legal. En el *Capítulo VI* se procede, precisamente, a explorar qué tipo de factores, situados a un nivel estructural, permiten esa banalización social del delito y, consecuentemente, la neutralización del significado aversivo de su instrumento regulador: la *pena*. Luego, en el *Capítulo VII*, se procede a determinar las repercusiones que genera ese déficit de sanción social sobre el proceso de persecución penal propiamente dicho, esto es, sobre los procedimientos de descubrimiento, investigación y judicialización de la conducta criminal. Finalmente, determinada la génesis de la impunidad resultante de esos factores de selección penal que se sitúan tanto a nivel social como institucional, se procede, en el *Capítulo VIII*, a proponer desde la propia estructura subjetiva del *injusto*, la necesidad de redefinir el contorno normativo del bien jurídico vinculado a los delitos contra la Administración pública y la reconceptualización de las reglas de imputación de la infracción del deber posicional por parte del regidor público, con el fin de evitar la impunidad de conductas omisivas con repercusión criminal. Esa necesidad, y esta es la repercusión práctica de esta tesis, estaría vinculada al objetivo de procurar, desde la misma estructura subjetiva de la teoría del delito, el cumplimiento de una de las funciones legitimadoras de la pena: la prevención.

Lo que se pretende con este trabajo, en últimas, es proponer un marco teórico integral para comprender el porqué de la ineficacia del Derecho penal frente a la contención de comportamientos corruptos. La propuesta radica en ir más allá de la tradicional explicación de los factores *circunstanciales* que generan impunidad del delito: escasez de medios técnicos, complejidad del esquema de defraudación, etc. Se propondrá que la conminación abstracta del castigo jurídico-penal sólo puede desplegar de manera eficaz su función disuasoria si el imperativo normativo ha tenido la «oportunidad» de mediar en los cursos de construcción de los *cánones de autorrestricción comportamental* del ser humano. Bajo este esquema, la amenaza de castigo, al igual que otros estímulos de carácter aversivo vinculados a los mecanismos de control social de naturaleza no-formal (como las reprensiones situadas en entornos familiares, académicos o laborales), se concibe no tanto como un factor de coerción externo con incidencia mecánica (instrumental) sobre la conducta humana, sino como una categoría de significado con vocación de afectar diacrónicamente los procesos cognitivos del hombre. De modo que la impunidad se considera en este modelo, no como esa variable ponderable por parte de un sujeto «racional» en función de la concreta oportunidad delictiva, sino como una categoría de sentido de importante carga significativa con capacidad de afectar gradualmente sus frenos inhibitorios. La mayor o menor probabilidad de incidencia del imperativo jurídico-penal en la disuasión del delito, bajo este prisma, entraría a depender de las consecuencias que produce la impunidad sobre la formación de esas categorías de significado del hombre.

En el modelo de comprensión propuesto, por tanto, la impunidad presenta un doble nivel de incidencia: Los tradicionales modelos explicativos, cabe insistir, sitúan la ineficacia del Derecho penal como una variable motivacional vinculada a las situaciones de oportunidad. En el esquema propuesto, a diferencia de aquéllos, la impunidad se sitúa en el plano de los procesos de construcción de la subjetividad del hombre. En la posibilidad de afectación diacrónica de la impunidad, como se sustentará, se producirían esas percepciones de normalidad del delito que debilitarían el significado aversivo del instrumento de coacción punitivo. Bajo esta mirada, más allá de su relevancia en el esquema de la disuasión situacional, la impunidad ocuparía un lugar central en la formación de las autorrestricciones comportamentales frente al delito. Por ello en el modelo propuesto, como debe insistirse, la racionalidad humana no se corresponde con un proceso conductual de tipo mecánico, sino de naturaleza subjetiva, esto es, en la que los cursos deliberativos del hombre frente al delito se definen por el procesamiento cognitivo de *categorías simbólicas*. Como señala LARRAURI, « [...] la prevención general es subjetiva en dos sentidos: por un lado, porque la ponderación de costes (la pena) y beneficios (el delito) es siempre subjetiva...»¹⁷. Se concluye así que la disuasión estaría limitada por lo que cada sujeto piensa sobre la concreta conducta prohibida por el Derecho penal y por el significado que él adquiere sobre los efectos que crea que se le pueden derivar. Y como la práctica misma demuestra que muchos sujetos adquieren la capacidad de eludir el sentido aversivo de la pena, es que debe limitarse toda posibilidad de control de su fuente, por ejemplo, las que le permiten las *estrategias dogmáticas de impunidad*.

¹⁷ LARRAURI, Elena, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2015, p. 59.

Realizar un estudio sobre la entidad aversiva de la pena, en este caso, vinculando la pérdida de su fuerza constrictiva a la impunidad derivada de los *procesos selectivos de criminalización*¹⁸, posibilita, como opción metodológica, profundizar en todos aquellos aspectos que, por la perspectiva reductiva de un análisis instrumental del delito, pueden no ser incluidos o simplemente pasar desapercibidos. Por dicha razón, el presente trabajo parte de una redefinición subjetiva del crimen para lograr, a partir de las construcciones sociales creadas alrededor del mismo, contribuir a una mayor comprensión del miedo punitivo. A determinar los lindes de tal metodología se dedica la parte final de esta Introducción, para lo que previamente se define el fenómeno, los objetivos y la hipótesis de investigación.

2. Sobre la necesidad de resaltar la dimensión moral de la corrupción pública para la comprensión de la infracción del deber posicional por parte de los regentes

La comprensión cabal de la ineficacia del Derecho penal frente a la corrupción pública, como se verá, implica determinar la naturaleza moral del bien jurídico correspondiente. La consideración del espectro ético de este bien jurídico se compadece precisamente con la función preventiva que está llamada a cumplir la pena en marco del modelo de Estado social y democrático de Derecho¹⁹. Y ello porque el nivel de corrupción de una sociedad está marcado por la entidad de la moral pública. En este caso, atendiendo a esa naturaleza moral del delito, se realiza un estudio que tiene por objeto establecer, integrando un doble plano del control penal (*social* y *legal*), aquellos factores que limitan la prevención penal de la corrupción gestada en las «altas esferas» del poder público. La perspectiva de análisis se centra, fundamentalmente, sobre aquellos agentes ubicados en la cúspide de las distintas organizaciones del Estado: Se trata, concretamente, de un cuestionamiento acerca de la eficacia disuasiva del Derecho penal frente a la corrupción de los regentes públicos: una corrupción de tipo *política* y *patrimonial*; política, en la medida en que implica un uso instrumental de poder político para fines distintos a su naturaleza fundamental (que es la de servir a los intereses generales de la sociedad); y patrimonial, puesto que ese poder político, se utiliza para la satisfacción de intereses económicos de tipo particular. Para ello se analiza el dilema (*círculo vicioso*) que se produce entre factores estructurales e institucionales que posibilitan la impunidad de formas punibles de corrupción tejidas alrededor de los procesos de gestión pública (como su tolerancia social), por un lado, y el correspondiente proceso motivacional ligado al acto ilícito, por otro. Esta sinergia entre estructura e impunidad, como se verá, exige efectuar una correlación entre *norma moral* y *norma legal*, pues tratándose de delitos cuyo bien jurídico se define por lo ético, unas y otras se ven afectadas por el conjunto de prácticas socialmente instituidas que demarcan el agregado de representaciones colectivas que terminan finalmente afectando lo público.

¹⁸ Dicha construcción conceptual, referida a la caracterización criminal del *delito* y del *delincuente*, ha sido tratada por SCHUR, Edwin M., *Our Criminal Society: The Social and Legal Sources of Crime in America*, Ed. Prentice-Hall, New Jersey, 1969, p. 117; Previamente había sido esbozada por TANNENBAUM, Frank, *Crime and the community*, Ed. Columbia University Press, New York, 1957; y por LEMERT, Edwin, *Social Pathology: a systematic approach to the theory of sociopathic behavior*, Ed. McGraw-Hill, New York, 1951.

¹⁹ Al respecto, apunta MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 27: « [...] el Derecho penal del Estado social no podía sino conferir a la pena la función de prevención».

Se verá, pues, que la definición moral de la corrupción es necesaria para comprender los obstáculos de su disuasión. Pero, ¿qué concepto de corrupción es compatible con tal correlación? Vaya por delante que su composición semántica y filogénesis histórico-cultural hace que su definición no sea sencilla. Para empezar, localizar de forma precisa en el tiempo y en el espacio el origen y la evolución de esta patología social es una tarea tan ardua como intentar efectuar un recuento histórico-cultural de las distintas fases del desarrollo de la humanidad, pues no sólo es difícil determinar, desde el plano geopolítico, si ha existido una comunidad que haya sido inmune a tal adversidad, sino también, quizá imposible, establecer, en cada época, los *niveles reprochables de inmoralidad*²⁰. Y es que, tratándose de construcciones conceptuales, más allá de las múltiples formulaciones planteadas por especialistas y organizaciones, hasta la RAE, en su afán de «[...] fijar las voces y vocablos de la lengua castellana en su mayor propiedad, elegancia y pureza»²¹, sugiere su particular definición²². Incluso, prescindiendo de definiciones al uso, algunos especialistas, como KLITGAARD, se proponen definir el fenómeno siguiendo una lógica matemática (en su caso particular, a través de la denominada *ecuación básica de la corrupción*²³). Para finalizar, preciso es remarcar que la corrupción se puede definir desde diversas perspectivas disciplinares²⁴. Por ello la tarea de encontrar una noción apropiada que describa de manera precisa el fenómeno estudiado resulta complejo, sobre todo cuando se trata de un concepto tan heterogéneo como la corrupción. Y ello sin mencionar que son múltiples las connotaciones que la propia categoría reviste y, no minúsculas, las controversias suscitadas a su alrededor²⁵. Pero esta dificultad semántica no impide arribar a un concepto de corrupción cuya traducción lexicológica permita integrar no sólo el carácter antinormativo del fenómeno social, sino también la naturaleza moral de esa misma entidad normativa. Una definición de tal naturaleza, concretamente, debe poder correlacionar la actuación deshonesto de un individuo teniendo en cuenta que, para su contención normativa, debe existir una coherencia entre el contenido de un bien jurídico –que es de naturaleza eminentemente ética- y los contenidos generales de consciencia. Es esta la doble connotación que se imputa aquí la noción de corrupción y que resulta necesaria para vincular el apartamiento normativo del individuo y las disensiones morales de su cultura.

²⁰ Sobre los niveles actuales de *inmoralidad* y su reflejo en las instituciones públicas, Cfr., ÁLVAREZ, Silvina, “Reflexiones sobre la calificación moral del soborno”, en LAPORTA, Francisco J. / ÁLVAREZ, Silvina, *La corrupción política*, Ed. Alianza editorial, Madrid, 1997, p. 102.

²¹ Cfr., «Orígenes y fines de la RAE»: <http://www.rae.es/la-institucion/historia/origenes>

²² Diccionario de la RAE. *Corrupción* (4. f. Der.): «En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores».

²³ Cfr., KLITGAARD, Robert, *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema de fin de siglo*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1988, pp. 74-75: «Ecuación básica de la corrupción»: $C = M + A - T$, donde «C» es corrupción, «M» monopolio, «A» arbitrariedad y «T» transparencia. Según el autor, corrupción sería igual a «[...] monopolio de la decisión pública más discrecionalidad de la decisión pública menos responsabilidad (en el sentido de obligación de dar cuentas) por la decisión pública».

²⁴ Entre muchos otros, VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 25, «La corrupción se puede definir desde diferentes perspectivas –económica, jurídica, sociológica- [...]».

²⁵ Sobre los múltiples significados y connotaciones del término, Cfr. HEIDENHEIMER, Arnold J., *Political corruption: Readings in Comparative Analysis*, Ed. Transactions Books, New York, 1978, p. 3.

Como puede advertirse, formular un concepto teóricamente «correcto» de corrupción es relativamente factible, particularmente cuando se trata de un fenómeno que no es sólo político, económico y jurídico, sino también cultural (esto es, de *moralidad social*). Por tanto, más práctico resulta, siguiendo el método que proponen reputados especialistas, establecer una serie de elementos que, con independencia de su significado etimológico, la perspectiva teórica o los múltiples conceptos construidos al respecto, permitan determinar, de manera clara y precisa, la estructura conceptual de la tipología corrupta que se analiza²⁶: Así, la existencia de un *deber posicional*, derivado del cargo que se ostenta; la *infracción* de tal *deber*, según un *orden normativo de referencia*; y la expectativa de obtener un *beneficio extraposicional* –en este caso, de carácter económico o patrimonial-, constituirían la base esencial de tal estructura. La caracterización de tales elementos es compatible con una propuesta metodológica que pretende explorar, a partir de un modelo criminológico racional-simbólico, el acontecer fáctico que sintetiza el tipo penal y su nexo con la realidad histórico-cultural que precede la infracción normativa. Por ello dicho planteamiento exige adoptar una definición que, además de integrar los mencionados componentes, permita efectuar un análisis diverso y multidisciplinar. Tal exigencia comporta, por consiguiente, inclinarse por una noción amplia e inclusiva, en defecto de una restringida y reductiva.

Teniendo en cuenta tales exigencias metodológicas, en este trabajo, por tratarse de un estudio que se desarrolla alrededor de una tipología criminal de corrupción de naturaleza sustancialmente política –por el *medio* utilizado- y patrimonial –por el *fin* perseguido-, se parte de un concepto de corrupción compatible con dichos parámetros: « [...] *el uso incorrecto del poder público para obtener beneficios privados*»²⁷. Dicha definición, ampliamente acogida por organismos internacionales²⁸, agencias nacionales y numerosos expertos, resulta apropiada no sólo porque en ella se destaca la connotación que caracteriza la categoría criminal que aquí es objeto de observación: el ejercicio indebido de la función pública para la búsqueda o facilitación de las ventajas de la corrupción, sino también porque, con base en los elementos que en ella se sintetizan, se puede proyectar uno de los problemas que en este trabajo se preconiza: la entidad psico-constructiva de la impunidad legal y social (moral): *neutralización de los cánones de autorrestricción comportamental (de-construcción cognitiva del «miedo» a la amenaza jurídico-punitiva)*. Bajo esta tesis, la impunidad no se concibe tan sólo como un factor que anula el *estímulo aversivo* que busca afectar externa o instrumentalmente las proyecciones corruptas del hombre (por la desaparición del *estímulo*), sino como una *categoría de sentido* con capacidad de mediar en la configuración de esas cogniciones que afectan la proyección misma de la conducta.

²⁶ Así, entre otros, Cfr., MALEM SEÑA, Jorge F., *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 23 y ss.; MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2002, p. 32 y ss.

²⁷ Cfr., entre muchos otros, ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias, y reforma*, (Trad. Alfonso Colodrón Gómez), Ed. Siglo Veintiuno Editores de España, Madrid, 2001, p. 125.

²⁸ Una concepción similar es la adoptada por la Organización *Transparencia Internacional*. Así, para la Organización, «*corrupción*» designa « [...] el mal uso del poder encomendado para obtener beneficios privados». Según se apunta *Transparencia Internacional (Colombia)*, dicha definición incluye tres elementos: 1) El mal uso del poder; 2) Un poder encomendado, es decir, puede estar en el sector público o privado; 3) Un beneficio privado. Disponible en: <http://www.transparenciacolombia.org.co>

Tratándose de un estudio sobre la disuasión ligada a los «delitos de corrupción», guardando coherencia con una noción constructiva del hombre, la vinculación de lo *moral* y lo *legal* resulta indisponible. Se verá que la prevención efectiva de la corrupción precisa de la profusión de la «moralidad pública»²⁹. Porque la corrupción de los regentes, en tanto que acción ética y jurídicamente proscrita, constituye una antípoda de aquellos mínimos morales exigibles en las sociedades post-modernas para la gestión de lo público. Dicha consideración moral de la «vida pública» es de vieja data: En el pensamiento aristotélico, por ejemplo, la corrupción ya encarnaba la «desvirtuación» de este «bien mayor»³⁰. Pero la corrupción pública encierra hoy no sólo una cuestión moral; constituye también un «ataque» a ciertos bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal. Previendo estos potenciales ataques, precisamente, el Estado continúa apelando hoy a la presunta fuerza contramotivante de la ley penal con el fin de desincentivarlos. Sin embargo, la realidad criminológica es bien distinta: la conminación abstracta del castigo legal parece no inhibir las tentaciones corruptas de los servidores públicos. Pero la razón de ello no ha de buscarse, como se propone, en la fuerza de amenazas externas, sino en la «autocensura anticipatoria» de la propia conducta³¹. De ahí, precisamente, que la confrontación oficial de aquellos vicios que secundan la gestión de lo público deban buscarse en las propias convenciones sociales, que en últimas se afectan por la moral³². Y es una concepción moral del delito la que permite adoptar una doble dimensión aversiva del control penal: *externa* e *interna*. La dimensión interna permitiría, en este caso, concebir el imperativo jurídico-penal, al lado de otros factores de constricción comportamental como la moral misma o la religión, no sólo como factores de integración o estabilización normativos, sino como «refuerzos aversivos» concurrentes de la mente. Con ello se quiere significar, como aquí se propone, que la pérdida de temor personal hacia las consecuencias penológicas futuras que se asocian a la ejecución de una acción criminal, tiene lugar no en el momento mismo de su realización *típica*, sino a lo largo de los procesos de enculturación de ese *ser moral*.

²⁹ El correcto ejercicio de la función pública se halla evidentemente ligado a la noción de «moralidad pública» reflejada en la gran mayoría de las constituciones modernas que adoptan el modelo de Estado social, democrático y de Derecho. Así, por ejemplo, señaló la Corte Constitucional de Colombia en su primigenia Sentencia C-427 de 1994 que: « [...] la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que integran una moral del funcionario y unos patrones objetivos de lo que son las buenas costumbres en la administración. Pero no sólo eso preceptúa la norma, sino también la obligación de la función pública de acordarse a “la moralidad”, concepto jurídico que aquí no responde a ninguna particular exigencia confesional o subjetiva, sino, se repite, al marco ético conceptual, propio de la moral media o social, que contiene la Constitución».

³⁰ ARISTÓTELES, *Política*, (Trad. Carlos García y Aurelio Pérez), Ed. Alianza, Madrid, 1995, p. 41.

³¹ Sobre «desincentivos y disuasores», particularmente sobre las «fuentes de las restricciones de la conducta», Cfr. BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, pp. 285 y ss.

³² Se afirma, entonces, que la evitación de comportamientos corruptos depende, en gran medida, de su carga significativa. De modo que la de-construcción de los vicios de la vida pública resulta difícil, por ejemplo, bajo la cobertura de aquellas tesis reductivas que, al amparo de enfoques *funcionalistas*, conciben la corrupción como «motor» de las instituciones. En esta dirección apunta la tesis defendida por HUNTINGTON, Samuel P., *Political Order in Changing Societies*, Ed. Yale University Press, New Heaven, 1968, p. 59, para quien, « [...] la corrupción puede ser considerada un factor de modernización y de progreso económico, permitiendo, por ejemplo, un intercambio social a favor de clases emergentes dispuestas a desbancar el obstruccionismo de las viejas élites, agilizando procesos burocráticos y seleccionando a los principales actores del mercado a fin de que surjan aquellos que invierten de forma decidida, incluso sobornando, en sus proyectos empresariales». En este mismo sentido, Cfr., LEFF, Nathaniel H., *Economic Development Through Bureaucratic Corruption*, American Behavioral Scientist, 1964, pp. 8-14.

Esta referencia *moral* del control legal se cita de entrada, no tanto para evocar el fundamento de criminalización de aquellas acciones que se «desvían» de las valoraciones jurídicas que autorizan la aplicación del castigo (vinculado al paradigma del *consenso social*)³³: el *daño social* y la consecuente *protección de la sociedad*³⁴, sino, en este caso, para subrayar el nexo entre disuasión jurídico-penal y autorrestricciones de orden interno. Y establecer este nexo es necesario, precisamente, tratándose de una tipología delictiva que afecta la moral pública. Para el estudio de tal relación debe adoptarse un doble nivel de «moralidad»: uno que coincide con la noción de «*moral social*» –ideal-, en la que se funda la protección legal de la *moralidad pública*, y otro nivel, situado en el reducto de la *moral individual*, que permite advertir la desvinculación personal de esos estándares morales ideales y, a causa de ello, la menor incidencia constrictiva de la norma jurídico-penal.

Un enfoque subjetivo del delito y del castigo posibilitaría, enmarcados bajo un modelo analítico que integra la prevención instrumental del crimen y el control autorre restrictivo del individuo, un estudio del déficit disuasivo de la pena en sus planos *diacrónico* y *sincrónico*³⁵. El último es el típico plano en el que se entra a examinar, en un contexto temporal y circunstancial concreto, aquellos factores que afectan la prevención instrumental del delito, por ejemplo, la limitación de recursos técnicos. Bajo este esquema la amenaza de pena se concibe tan sólo como un elemento de prevención situacional. Pero un análisis de tipo diacrónico, a diferencia del instrumental, facilita el estudio de aquellos factores estructurales de origen político, económico y social que limitan la prevención de esas patologías disfuncionales para el sistema de gestión público, como por ejemplo la *tolerancia social institucionalizada* de los abusos de poder (*cultura de la indulgencia*).

³³ Las teorías criminológicas articuladas bajo el *paradigma del consenso*, como refieren TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, 3ª ed., Ed. Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2007, p. 253, parten de una visión consensual de la sociedad fundada en el presupuesto de que hay un « [...] acuerdo fundamental entre los hombres acerca de las metas de la vida social y acerca de las reglas o normas que deben regir la consecución de las primeras».

³⁴ CID MOLINÉ, José / LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, p. 16: «Mientras que el programa político-criminal de la Escuela Clásica toma como objetivo compatibilizar la protección de la sociedad y el respeto a las garantías de los individuos frente a la intervención punitiva, la Escuela Positiva desarrolla un programa político criminal en que la idea de protección de la sociedad (o defensa social) ocupa un lugar central».

³⁵ Los planos *sincrónico* y *diacrónico* del control del delito se acoplan a la noción de *control social* en su sentido más amplio. En el ámbito de la Sociología criminal, bajo la idea del *consenso social*, el «*control social*» se define en relación a la *desviación criminal* y la *reacción* que ofrece, ya sea la sociedad en su conjunto, caso en el cual puede hablarse de *control social penal no-formal*, o bien instituciones específicas de la misma, particularmente las que conforman el *sistema penal*, caso en cual podrá hablarse de *control social penal formal*. Ello permite hablar, como lo plantea BERGALLI, Roberto (Dir.), *Sistema penal y problemas sociales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 43, por un lado, de *control social de la sociedad*, entendido como «*genus*» y, por otro lado, de *control jurídico-penal del Estado*, entendido como «*typus*». Relacionado con esto, apunta BERGALLI, Roberto, “Perspectiva sociológica: estructura social”, en BERGALLI, Roberto / BUSTOS RAMÍREZ, Juan / MIRALLES, Teresa, *El Pensamiento Criminológico I. Un análisis Crítico*, Ed. Temis, Bogotá, 1983, pp. 147-148: «Las tareas referidas, como propias de las instancias del control social oficial y sus portadores, caen dentro de lo que se conoce como control social jurídico-penal o, sencillamente, control del delito (Kaiser, 1980, p. 160) [...]. El género particular de control citado se diferencia de su especie (control social) en que aquél se concentra únicamente en la prevención o represión del delito. Por el contrario, mediante el control social general, e independientemente de su problemática histórica o de la solución de los problemas que genera, se describen los mecanismos por medio de los cuales la sociedad ejerce y alcanza su dominio sobre el conjunto de las personas que la integran (Wolff, 1969, p. 969) ».

Advertir la dimensión moral de la corrupción es, como se verá, necesario para comprender la limitación cultural de la disuasión. Aunque preciso es advertir que el estudio estructural-diacrónico de los factores que limitan la disuasión de comportamientos corruptos no implica necesariamente prescindir del análisis instrumental de los factores motivacionales. Debe hablarse, más bien, de un proceso lineal en el que se vinculan los procesos de construcción cognitivos del individuo y el *iter criminis* del comportamiento ilegal. Un estudio sobre el curso de causalidad de la corrupción, por tanto, debe articular las repercusiones que, sobre la génesis del fenómeno, genera el funcionamiento defectuoso de los mecanismos de control del delito propiciado por factores de selección penal de orden estructural³⁶. Así, situaciones que han entrado a formar parte de la dinámica «normal» de las instituciones públicas, normalmente ligadas a intereses ocultos de partidos políticos como la financiación irregular, el clientelismo, el nepotismo o el fraude electoral, constituyen tan sólo una mínima muestra de las múltiples perversiones institucionales que, más allá de constituir, en sí mismos, importantes focos de corrupción, se institucionalizan por causa de la ineficacia de los procesos oficiales y no institucionales de reacción frente a la *desviación*³⁷. Perversiones del sistema por cuanto, por un lado, constituyen el germen de las más graves formas de corrupción, entre otras, la captura de políticas públicas (*state capture*), el favorecimiento del crimen organizado o la contratación pública irregular; pero también, por otro lado, afectan la eficacia de la norma jurídico-penal, pues como se verá, esa «normalidad» impide la denuncia, investigación y judicialización efectiva del delito.

³⁶ La expresión «*sistema penal*» designa en este trabajo, compartiendo la conceptualización realizada por ZAFFARONI, Eugenio R. (Coord.), *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 18, «[...] el conjunto de agencias que operan la criminalización (primaria y secundaria) o que convergen en la producción de ésta». Frente a los procesos de selección de la criminalidad operados por el *sistema penal*, señalan CID MOLINÉ, José / LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías criminológicas...*, pp. 238-239, que con la expresión «el sistema penal es selectivo», se quiere hacer referencia «[...] a que el sistema penal no pone el mismo énfasis en la persecución de todo tipo de delitos. La policía se ceba en lo que se denomina “delito común” (*street crime*), pero se despreocupa del delito que realizan las multinacionales, las compañías farmacéuticas, químicas, la industria armamentística y el mismo Estado, en definitiva, se ignora el delito realizado por todos aquellos que tienen poder». Respecto del funcionamiento real del *sistema penal* y su papel frente a los *procesos selectivos de criminalización*, refiere BACIGALUPO Z., Enrique, *Manual de Derecho penal. Parte General. Exposición referida a los derechos vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela*, Ed. Temis, Bogotá, 1996, p. 2: «Las sociedades realizan, por medio de órganos con competencia para ello y mediante procedimientos formales, una *selección* de comportamientos desviados que serán objeto del derecho penal. Los *criterios de selección* de estos comportamientos son de difícil sistematización. En parte actúan en el momento en que los órganos del Estado determinan que ciertos comportamientos serán perseguidos con penas del derecho penal. Pero, además, inciden también en el momento en que los órganos del control social (policía, fiscales, jueces de instrucción, tribunales, etc.) aplican las normas legales que prescriben las sanciones para dichos comportamientos».

³⁷ Determinado por las limitaciones de conceptos como «*patología social*», el concepto de «*desviación*» fue utilizado por FORD, James, *Social deviation*, Ed. Macmillan Company, New York, 1939, p. viii. Previendo los posibles reparos sobre el concepto, se adopta una concepción *socio-jurídica* de la noción de comportamiento *desviado*, en donde la *desviación* frente a la *norma penal*, constituye el *typus* frente al *genus* de la desviación normativa. Tal posición implica, a diferencia de la concepción *psico-patológica*, un *juicio moral*. Según lo plantea BERGALLI, Roberto, “Sociología de la desviación”, en BERGALLI, Roberto / BUSTOS RAMÍREZ, Juan / MIRALLES, Teresa, *El Pensamiento Criminológico I...*, p. 162: «Desviación indica la indeseabilidad social, la oposición de hecho al código moral y a las convenciones dominantes. De ahí que el concepto de desviación sea, por lo tanto, *normativo*; es violación de normas consideradas “justas”, “sanas”, “morales” y, en consecuencia, es *violación de interdicciones* (cf. Jervis, 1978, p. 67)». El concepto de *reacción social*, de acuerdo con LEMERT, Edwin Mc., *Social Pathology...*, p. 49, se entiende como aquellas «respuestas globales de las personas y grupos de una sociedad a la desviación».

La correlación entre *disuasión legal* y *disensiones morales* la corrobora el hecho de que si el Derecho penal no se apoya en un consenso social real, el imperativo normativo presentará dificultades de participar en la formación de las representaciones sobre el castigo³⁸. De modo que si el interés protegido por tal imperativo no encuentra respaldo en la consciencia colectiva, el factor constrictivo (la pena) se quedaría sin «*instrumentos de intermediación*»³⁹. Desarrollar tal tesis conlleva establecer por qué, ciertos casos en los que concurren los presupuestos legales de persecución penal, en la práctica escapan al control oficial. A partir de la conclusión obtenida se entraría a determinar la forma en que, la impunidad resultante, repercutiría en la función disuasoria de la pena: por cuanto aquélla incidiría no sólo sobre las situaciones de oportunidad, sino además en la creación de contenidos de consciencia. Establecer los factores que originan tal insuficiencia es necesario, entre otras cosas, porque si el Estado confía ciegamente a sus agencias oficiales una misión que excede su margen de operatividad, la fijación de tales circunstancias constituye un paso inexcusable, no ya para la tradicional reformulación de las políticas de control oficial, sino para el reposicionamiento de la sociedad civil frente al problema⁴⁰.

La postura colectiva frente al delito reviste gran trascendencia de cara a reducir la conformidad social que facilita su *normalización* y, tras ello, la *neutralización* individual de los «miedos» teóricamente asociados a la amenaza de pena. Por ello, cuanto mayor control ejerce la sociedad, mejor es el funcionamiento de sus instituciones. De hecho, los sistemas de justicia penal de los Estados culturalmente más avanzados y con altos niveles de moralidad pública, son precisamente más eficaces porque la sociedad funciona. Y ello es importante, puesto que cuando el control social informal avanza, se puede contraer el campo del Derecho penal; pero sobre todo es relevante, según la tesis que aquí se propone, porque sólo cuando la sociedad tome conciencia sobre los efectos perversos que produce la corrupción sobre la ordenación de la política y las instituciones democráticas, se podrán de-construir aquellos vicios culturales que posibilitan la justificación social de prácticas germinales de corrupción y, a consecuencia de ello, la inoperancia de la ley penal. Y si es en sociedad en donde se forjan los cánones de autorrestricción individual, resulta coherente afirmar que es en esos mismos consensos inter-subjetivos generados a través de los cursos de interacción, en donde se neutraliza esa «*significación social constrictiva*» de la pena.

³⁸ Sobre el *consenso social* y su relación con los intereses jurídicos que debe acompañar la pretensión intimidatoria de la pena, señala MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, pp. 30-31: «[...] un Estado democrático ha de apoyar su Derecho penal en el consenso de sus ciudadanos, por lo que la prevención general no puede perseguirse a través de la mera intimidación que supone la amenaza de la pena para los posibles delincuentes, sino que ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de las valoraciones de la sociedad».

³⁹ Cfr., HASSEMER, Winfried “Prevención general y aplicación de la pena”, en NAUCKE, Wolfgang / HASSEMER, Winfried / LÜDERSEN, Klaus, *Principales problemas de la prevención general* (Trad. Gustavo Eduardo Aboso / Tea Löw), Ed. B de F., Montevideo – Buenos Aires, 2004, p. 64.

⁴⁰ El concepto de «sociedad civil» resulta importante en este trabajo para precisar la noción de «control social». Refiere BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad: Por una teoría general de la política* (Trad. José F. Fernández S.), Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1989, p. 43: «[...] se puede decir que la sociedad civil es el lugar donde surgen y se desarrollan los conflictos económicos, sociales, ideológico, religiosos, que las instituciones estatales tienen la misión de resolver mediándolos, previniéndolos o reprimiéndolos. Los sujetos de estos conflictos y por tanto de la sociedad civil, precisamente en cuanto contrapuesta al Estado, son las clases sociales, o más ampliamente los grupos, los movimientos, las asociaciones, las organizaciones que las representan o que se declaran sus representantes...».

Esta correlación moral la justifica, precisamente, esa realidad en la que políticos y funcionarios corruptos, en abierta contradicción con los lineamientos éticos que definen su cargo o función, logran detraer un beneficio particular valiéndose de su privilegiada posición; también en la que agentes corruptores (empresarios y profesionales), normalmente ocultos tras la personalidad jurídica de sus afables empresas, alcanzan sus intereses amparados en redes clientelares o mediante corrupción. Es en el mismo plano de la disertación oficial en donde se señala la entidad ética del fenómeno, pues deviene obvio que en un contexto de hombres virtuosos la corrupción pasa a un segundo plano. Así, según estiman organismos multilaterales como la ONU, la OEA o la UE, la falta de ética constituye uno de los mayores obstáculos para el desarrollo de las instituciones. Similar conclusión refieren otras organizaciones, de carácter intergubernamental, como la OCDE, y de naturaleza no gubernamental, como Transparencia Internacional⁴¹. Por ello, como se verá, la redefinición del deber posicional del regente público resulta importante para la mejor implementación de estrategias de prevención en el ámbito institucional; deviene importante, particularmente, cuando se combaten estructuras organizativas complejas en las que confluyen representantes de los poderes político y económico unidos por su ambición. Dicha *patrimonialización ilícita* de las corporaciones del Estado, ámbito en donde se confunden intereses políticos y económico-privados y, particularmente, la creación de riesgos por parte de tales agentes para el aseguramiento de los fines inherentes al Estado social y democrático de Derecho⁴², justifica el estudio de los factores que limitan la eficacia de las normas destinadas a tutelar, en marco de los correspondientes bienes jurídicos⁴³, aquellos intereses generales valorados positivamente por el Derecho penal⁴⁴. Por esta razón resulta necesario establecer las consecuencias que, para la prevención jurídico-penal de la corrupción política, genera la divergencia entre las convenciones morales sobre *lo público* y esas valoraciones jurídicas prescritas por el Derecho penal⁴⁵.

⁴¹ La política criminal –formal- que permea buena parte de las legislaciones occidentales a la luz de diversas convenciones multilaterales, constituyen apenas un tibio intento de ello; aunque un tibio intento, y nada más que eso, puesto que cuando no se atacan de raíz ciertos defectos estructurales las disposiciones formales devienen inoperantes. La recepción interna de diversos instrumentos jurídicos internacionales por parte de los distintos Estados, particularmente de las convenciones contra la corrupción de la OCDE y la ONU, así como la transnacionalización de políticas aplicadas por países como Estados Unidos y Reino Unido sobre sus empresas locales y multinacionales, representan muestra fiel de tal intento.

⁴² En este trabajo se concibe al Derecho penal como instrumento de garantía de uso del poder público al servicio de los intereses generales protegibles en marco de un Estado social de Derecho. En este sentido, señala MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 17: «No sólo la pena, sino también el delito han de encontrar, pues, su fundamento en la concepción del Estado social y democrático de Derecho, que se convierte así en el soporte (valorativo) de los dos pilares sobre los que gravita todo el sistema (teleológico) de la Parte General del Derecho penal».

⁴³ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 40: «[...] en el modelo de Estado social y democrático de Derecho del cual arranca nuestro sistema político y, por tanto, jurídico, la pena ha de cumplir (y sólo está legitimado para cumplir) una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos que atenten a estos bienes...».

⁴⁴ MIR PUIG, Santiago, “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, en RECPC, 2004, p. 5: el «concepto de bien jurídico-penal supone una valoración positiva por parte del Derecho penal».

⁴⁵ Dichas valoraciones afectarán a cada una de las categorías de la teoría del delito. Así, refiere MIR PUIG, Santiago, RECPC, 2004, p. 2: «[...] ni la categoría de antijuridicidad penal, ni ninguna otra de la teoría del delito puede comprenderse adecuadamente sólo desde su relación con la norma imperativa, sino solamente desde el reconocimiento de que las diferentes categorías del delito suponen valoraciones jurídicas específicas distintas a la de infracción de aquella norma».

3. Objetivos

Con base en lo referido hasta aquí, el *objetivo general* se compone de dos auténticos interrogantes definidos por la genealogía del fenómeno criminal objeto de análisis y una propuesta de enfrentamiento político-criminal del problema: 1) *¿por qué la amenaza de pena no puede inhibir la proyección de comportamientos corruptos?*; 2) *¿cómo puede la Criminología ayudar a que la pena afirme la función preventivo-general que está llamada a cumplir frente a la referida expresión criminal?* Para dar respuesta a semejantes cuestiones, entonces, se propone la delimitación del propósito general que guía el análisis. Éste consiste en determinar qué factores, situados a lo largo del curso de enculturación del hombre, incidirían sobre sus procesos de dirección interna afectando la fuerza constrictiva de la norma jurídico-penal. Para ello se parte de la premisa de que, el *Derecho penal de la corrupción* (delitos contra la Administración pública), no puede prevenir la corrupción que se gesta al interior de las corporaciones públicas, pero no tanto por los efectos inmediatos sobre la conducta ligados a la baja percepción de riesgo propiciados por la impunidad, sino por las repercusiones que, esa impunidad jurídico-punitiva y la inmunidad social que redundan en aquélla, genera sobre los procesos cognitivos del hombre. Por ello el estudio de sus procesos motivacionales, según la tesis que se propondrá, no puede ceñirse al proceso configurativo inmediato –o sincrónico- del delito (*iter criminis*), sino a todo el curso de socialización del individuo. Para comprender esa repercusión de la impunidad sobre el proceso motivacional, necesariamente, debe hablarse de la mediatización cognitiva de los significados culturalmente adquiridos en la conformación de esos incentivos del delito.

Para desarrollar los dos interrogantes generales se proponen tres *objetivos específicos*. Los dos primeros tienen por finalidad responder a la cuestión que se plantea en el primero de los interrogantes. El tercer objetivo específico, que se vincula al segundo de los interrogantes, está encaminado a desarrollar una repercusión de orden práctica sobre la función intimidatoria del Derecho penal. Así pues, el primer objetivo específico consiste en determinar, según la experiencia de los distintos organismos que participan en la lucha contra el delito, qué factores limitarían la eficacia de las estrategias político-criminales destinadas al descubrimiento, investigación y judicialización del delito. La respuesta a esta primera cuestión se deduciría del análisis de los factores que inducen los procesos selectivos de criminalización. El segundo objetivo, por su parte, consiste en establecer la manera en que la elevada probabilidad de impunidad derivada de tales procesos de selectividad penal, influiría en la de-construcción de los cánones de autorrestricción comportamental que inhiben la comisión del delito. Determinados estos dos primeros propósitos, el tercer objetivo consistiría en determinar cómo puede lograrse una mayor eficiencia de la función preventivo-general del Derecho penal limitando la impunidad de delitos de ordenación racional. Pero más allá de las medidas de orden material dilucidadas en desarrollo de este análisis y que ya han sido ampliamente trabajadas desde diversos sectores (como el refuerzo de controles formales), se propondrá que la redefinición del deber posicional que asume el gestor público y de los criterios de imputación por omisión, permitiría restringir la aplicación judicial de ciertas reglas dogmáticas –de orden sustantivo y procesal- que llevan a la impunidad de las prácticas de corrupción de orden sistémico.

4. Repercusión práctica

El objetivo general, en el sentido que se acaba de plantear, posee una doble naturaleza: la determinación criminológica de los factores que limitan la función intimidatoria de la pena y la identificación de soluciones del mismo orden tendentes a asegurar una mayor eficacia disuasiva. Para el cumplimiento de tal objetivo se parte de dos presupuestos. El primero tiene que ver con la definición de la noción de «miedo» identificable con un concepto jurídico-penal de intimidación (Capítulo I). Guardando coherencia con la teorización psicológica referida al afrontamiento personal de miedos, se sustentará que los factores generadores de impunidad producen idéntico efecto sobre la aversión humana al castigo legal. Se sustentará, concretamente, que el control que alcanza el delincuente sobre los mecanismos de imposición de sanciones de orden legal, en este caso sobre el acto de denuncia, la prueba y las reglas de orden sustantivo y procesal, le permiten alcanzar un control cognitivo respecto de la potencial aplicación del factor aversivo (la pena). El segundo presupuesto, consecuente con el primero, radica en que para que ese factor aversivo cumpla con mayor eficacia la función preventiva que se le irroga, tal elemento ha de situarse en el mismo plano que el elemento propositivo que impulsa el acto delictivo. Esta concepción integral de acción permitiría sostener que cuando el sujeto anticipa mentalmente el acto corrupto, en la medida en que ello implica la representación de su entidad ilícita, cuando actúa es porque confía en que quedará impune. Luego la cuestión es establecer por qué queda impune. Resuelta esta pregunta, la siguiente consiste en determinar qué hacer para evitar tal impunidad y, tras ello, optimizar el efecto aversivo.

La finalidad de la referida integración emotiva es, por lo tanto, eminentemente preventiva. La intervención sobre esas fuentes generadoras de impunidad, como se desarrollará a profundidad, permitiría que el instrumento aversivo pueda desplegar de manera más eficaz su fuerza suasoria, en la medida en que pueda operar en un mismo plano que el elemento propositivo (como dos fuerzas que se contraen entre sí). Se referirá que, por ejemplo, si un sujeto tiene un alto grado de convicción –desde su particular subjetividad- de que puede asegurar la impunidad de su acto ilícito (porque puede mimetizar el acto irregular en la actuación paralela legal, esto es, inocuizar la prueba que conlleva la aplicación material del miedo), el elemento propositivo prevalecerá sobre el factor que tiene por función inhibirlo. Por el contrario, si el sujeto sabe que la realización del fin propuesto conlleva un alto grado de riesgo (punitivo), ello provocaría que, por lo menos, reflexione un poco más sobre la conveniencia del acto. Esa ubicación de los incentivos del delito en un mismo plano, como se verá luego, es coherente con esa noción de «intención» que se vincula a los «medios de realización». Dogmáticamente, como afirma ROXIN, es de la «esencia» del dolo «la realización del plan»⁴⁶. Psicológicamente, como refiere BANDURA «[...] la conducta intencional requiere la representación cognitiva de las metas prospectivas y juicios sobre los medios más adecuados para conseguirlas»⁴⁷. Se verá igualmente luego que la denominada «oportunidad» delictiva implica no sólo la facilidad de ejecución del acto, sino también la seguridad de salir impune del mismo.

⁴⁶ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 417.

⁴⁷ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 493.

La repercusión práctica que se espera de la referida redefinición del deber posicional que asume el servidor público frente a la protección efectiva del bien jurídico respecto de los embates de la corrupción, como se verá en el último capítulo, tiene que ver con el posible incremento de la entidad de riesgo punitivo para aquél, por el hecho de atribuirle la lesión que de ese bien jurídico puedan realizar quienes se hallan bajo su cobertura institucional. Claro está que la participación directa y activa en un acto de corrupción por parte de ese regidor público no ofrece ningún tipo de problema en la aplicación de las reglas dogmáticas de atribución de responsabilidad penal en relación con el ordenamiento jurídico vigente. Pero sin embargo no resulta tan claro que pueda responder por la institucionalización de la corrupción dentro de su ámbito de organización cuando no se ha podido probar su participación directa en un acto concreto y determinado. Para que esta última situación no quede impune, como se delimitará posteriormente, se propone una positivización precisa de un marco de deberes a los que se vincularían una serie de cautelas de imperativa implementación por parte de ese funcionario y cuyo incumplimiento permitirían atribuirle algún grado de responsabilidad de orden penal –que no necesariamente tiene que corresponderse con la privación de la libertad-. Para tal atribución de responsabilidad motivada en su falta de cautela o indiferencia frente a la protección efectiva del bien jurídico que tiene encomendado, se utilizarían las reglas que actualmente consagran códigos penales como el colombiano o el español sobre la denominada «comisión por omisión» y que podrían redefinirse en lo que respecta a la vigilancia o garantía que debería asumir todo regente público frente a una determinada fuente de riesgo, que en este caso lo serían los procesos de gestión frente a la corrupción.

La propuesta anterior se compadece con una visión de la teoría del delito marcada por la función preventiva que está llamada a cumplir la pena. Según la tesis que aquí se desarrollará, la referida redefinición del deber posicional del servidor público y de las reglas de imputación de conductas omisivas por la infracción de ese deber posicional, se concretaría en esa función preventiva de diversas formas. Como se verá en el capítulo final, una de las cautelas resultantes de esa exigencia de deberes en cabeza del regidor público lo constituiría una selección adecuada de su equipo de gestión. Si esta selección se hiciera en base a criterios de alta idoneidad profesional y ética, la mera integración de este tipo de personas en la plantilla de una institución ya limitaría por sí sola el número de funcionarios que estarían dispuestos a corromperse. Pero digamos que esta prevención es de orden estrictamente moral (ética) y no por virtud del incremento del riesgo de sanción. Ahora bien, si se mira esa selección de personal desde el punto de vista de la prevención situacional del delito, en la medida en que estas personas asumen un verdadero compromiso con lo público y en defensa del interés general, aquella persona inescrupulosa que se logre colar dentro de la entidad pública y que tenga firmes intenciones de corromperse, no sólo tendría mayores dificultades de forzar los procesos de gestión para sacar partido de ello, sino que además, de lograrlo, tendría mayores posibilidades de ser denunciado. En este sentido se afirma que el establecimiento de esta y otras cautelas incrementarían la percepción del riesgo de sanción. Luego si este tipo de cautelas no son implementadas por el gestor principal estando obligado a ello, se podrá sustentar dogmáticamente la referida infracción del deber por ser el garante de la fuente de riesgo.

5. A manera de hipótesis

El objetivo general de esta tesis, cabe puntualizar, implica determinar qué factores impiden, sin separarnos de esa lógica psicológica de *premios y castigos* bajo la que se ha amparado el esquema de la disuasión punitiva desde su misma concepción clásica, la prevención intimidatoria de la corrupción. A partir de esos factores se postula, y esta es la hipótesis desde la que se trabaja, que la menor o mayor impunidad resultante afecta no tanto la percepción externa del riesgo de sanción, sino los criterios de autorrestricción. El recurso a la psicología conductista, se insistirá en ello, se adoptaría en este caso porque es el modelo teórico que recoge de manera más fiel la lógica psicológica del clásico y actual esquema de la disuasión jurídico-punitiva. La teoría de la «*coacción psicológica*» propuesta por FEUERBACH constituye precisamente uno de los modelos teóricos más representativos de esa concatenación entre la concepción filosófico-penal del castigo y las teorías conductistas basadas en la lógica del aprendizaje instrumental (operante) y observacional (vicario), a pesar de que para el momento de su concepción se ajustara a la psicología de la época. Como lo reseña GRECO, «En sentido estricto, Feuerbach se basa en la más importante tradición en la psicología, es decir, en la *psicología asociativa*, y sostiene que si el delito fuera asociado psicológicamente con la pena, el potencial autor del hecho ilícito no podría pensar en el delito sin tomar conciencia de la punibilidad»⁴⁸. Tal correlación no ha sido ni mucho menos ajena al campo de la corrupción⁴⁹. Luego es a partir de la misma lógica de premios y castigos adoptada tanto por el utilitarismo filosófico-penal como por el conductismo, que se procede a sustentar que la amenaza de pena (castigo) no puede inhibir la conducta criminal: porque tanto los estímulos *positivos* que impulsan el delito como los estímulos *aversivos* que procuran su inhibición, según se propone en este trabajo, estarían mediatizados por las significaciones que adquiere cada individuo en el curso de sus propios procesos de enculturación; algo similar a la mediación efectuada por el aspecto «organismo» (O) que se introduce al modelo clásico de la teoría conductista respecto de las variables *estímulo y respuesta* (en adelante, la lógica E – R): (E – O – R)⁵⁰. De modo que es uno de los objetivos de esta tesis explorar qué circunstancias subjetivas interfieren en esa relación de estímulos que posibilitan la conducta corrupta.

⁴⁸ GRECO, Luis, “La psicología de la teoría de la coacción psicológica”, en GRECO, Luis, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal* (Trad. Paola Dropulich y José R. Béguelin), Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2015, p. 85.

⁴⁹ FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, Ed. Grupo Editorial Universitario, Santiago de Compostela, 1999, pp. 181-182: «Los cambios en la potencialidad de la conducta son como consecuencia de la experiencia o práctica directa reforzada u observada en lo que otros individuos (considerados como modelos y que también son reforzados) hacen o simulan hacer». Puntualiza que: «Desde la perspectiva de la psicología del aprendizaje los comportamientos corruptos se aprenden, ya a través de la propia conducta reforzada emitida por el individuo u organización, ya observando lo que otras personas hacen. Dicho de otra forma, la génesis de la conducta, sea de naturaleza corrupta o no, se halla, o bien en los propios comportamientos emitidos (conductas operantes o instrumentales) por los organismos o que son reforzadas, o bien en la observación (aprendizaje observacional) de lo que otros individuos hacen u cuyas conductas son también reforzadas».

⁵⁰ ALVIRA MARTÍN, Francisco, “El efecto disuasor de la pena”, EPC, Vol. VII, Servicio de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 1984, pp. 14-15: «El aspecto *disuasor general* introduce un aspecto novel en el modelo S – R al replantear una mediación simbólica del organismos (S – O – R), puesto que la disuasión sólo puede venir de la representación simbólica del posible castigo o pena, o sea de la anticipación cognitiva de dicho castigo o pena».

La concepción conductista del castigo legal amparada en los «refuerzos» originados a partir de la obtención de «recompensas» y «castigos», lógicamente, no podía escapar a la teorización criminológica. En un pasaje de la obra «*Principios de Criminología*» de GARRIDO, STANGELAND y REDONDO referido a la «escuela clásica y la teoría de la disuasión», por ejemplo, se aprecia una clara reseña a aquella concepción cuando, en referencia a la «prontitud y certeza de la pena» caracterizados por BECCARIA como elementos esenciales para su eficacia⁵¹, se dice que la conducta ilícita está mediada por las «asociaciones» que pueda efectuar el individuo respecto de las «consecuencias» inherentes: «La probabilidad de delinquir disminuirá en la medida en que en el intelecto humano se establezcan mayores asociaciones entre los comportamientos de los hombres y las consecuencias que les sobrevienen»⁵². Ya en el ámbito específico de las teorías criminológicas, han sido varias las que han adoptado explícitamente el modelo explicativo de la conducta propuesto por el Conductismo en su modalidad de *condicionamiento operante*, a saber: la teoría del *refuerzo de la asociación diferencial* de BURGESS y AKERS originado en la revisión de la teoría de la *asociación diferencial* de SUTHERLAND o el *principio de inmediatez* de EYSENCK. Frente a esta última posición, apuntan TAYLOR, WALTON y YOUNG que el *aprendizaje* se concibe mediante el referido *condicionamiento operante*: «Los problemas se resuelven racionalmente por refuerzos: lo que produce placer recibe un refuerzo positivo y las actividades que provocan dolor uno negativo»⁵³. Frente a la revisión conductista de la teoría de la *asociación diferencial*, refieren los precitados autores que ello fue posible gracias a su aparente concepción pasiva del hombre: «[...] el actor es visto como un receptor pasivo de motivos delictivos y no delictivos»⁵⁴. A partir de esa visión de hombre es que se arriba a la idea de que el comportamiento delictivo «[...] se aprende según los principios del condicionamiento operante»⁵⁵. En referencia a la revisión realizada por BURGESS y AKERS, recuerdan TAYLOR, WALTON y YOUNG que el Conductismo no supone necesariamente que el delito es resultado de la falta de socialización, «[...] sino que puede concentrarse en el condicionamiento operante, en lugar del clásico, y sostener que el delito se aprende racionalmente mediante refuerzos positivos y negativos»⁵⁶. Pero al tratarse de una revisión conductista, el significado no encuentra allí cabida: al igual que lo asumen ciertas tesis racionalistas, se concibe al hombre desprovisto de *sentido*. Por ello resaltan críticamente los últimos que esa analogía no es del todo afortunada, pues la teoría de la *asociación diferencial* «[...] es una teoría que se ocupa de la adquisición de motivos, y el elemento de elección y finalidad humanos es en ella un ingrediente básico»⁵⁷. Bajo esta y otras premisas similares se dirá que el Conductismo representa uno de los *modos* de comprensión psicológica de la disuasión.

⁵¹ BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene* (1764), *De los delitos y de las penas* (1774) (Trad. Juan Antonio de las Casas), Ed. Alianza, Madrid, 1968, p. 79.

⁵² GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 179.

⁵³ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 70.

⁵⁴ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 154.

⁵⁵ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 157.

⁵⁶ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 157. Frente a la revisión conductista de la teoría de la *asociación diferencial* realizada por BURGESS y AKERS, en relación al «origen» de los refuerzos, señalan estos últimos: «La parte principal del aprendizaje del comportamiento delictivo se produce en aquellos grupos que constituyen la fuente fundamental de los refuerzos del individuo».

⁵⁷ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 158.

La pregunta que debe presidir los propósitos ya referidos, de acuerdo con lo expresado en el apartado precedente, puede formularse en los siguientes términos: *¿repercute la ineficacia de las disposiciones jurídico-penales que juridifican la corrupción pública (su impunidad), en la configuración cognitiva de esos cánones de autorrestricción comportamental?* La respuesta a semejante interrogante sugeriría, en principio, partir de una posición afirmativa o negativa. No obstante a pesar de esta aparente exigencia, resulta factible que una contestación sensata a esta cuestión no pueda presentarse en términos absolutos. Más bien han determinarse qué condiciones, situadas en un contexto histórico y cultural concreto, permiten o impiden la practicidad del doble horizonte propositivo del control penal: la *prevención* general del delito *potencial* y la *persecución* específica del delito *perpetrado*. Para ello es preciso establecer la sociogénesis del delito: Los factores de índole socio-cultural que repercuten en la generación e impunidad del mismo. Es esa sociogénesis la que permite establecer que los significados que sobre la delincuencia se consolidan a través de la interacción humana, mediarían en la construcción continua de esa batería de categorías valorativas a las que acude el individuo para la toma de decisiones.

Esta subjetividad del ser humano, en últimas, permite comprender por qué aquellas personas construidas bajo entornos culturales distintos, como apuntan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, « [...] aun pudiendo, teóricamente, conocer la ilicitud de su hacer, no se planteen siquiera este problema, cuando ese hacer es normal en el grupo social concreto al que pertenece»⁵⁸. Y por la misma razón puede afirmarse que el mero conocimiento de norma prohibitiva, como refieren BUSTOS y HORMAZABAL, « [...] no significa tener conciencia del valor que inspira al ordenamiento jurídico y a un pueblo»⁵⁹. Y lo anterior puede tener lugar por dos factores fundamentales compatibles con la explicación conductista del delito: En primer término, porque la conducta es aprendida. Se dirá aquí, de manera específica, que a ser corrupto se aprende⁶⁰. En segundo término, porque los contenidos que se aprenden no se hallan en otro lugar distinto que en el propio contexto histórico-cultural en el que el sujeto se ha construido⁶¹. Es justamente a partir de esta última propiedad que se entra a sustentar que el «miedo» al castigo punitivo sobre el que se ampara la disuasión legal de comportamientos delictivos, se difumina ante los significados que en una comunidad concreta permean la experiencia psicológica de sus individuos.

⁵⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*. 8ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 382.

⁵⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. / HORMAZABAL MALAREE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal Vol. II. Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*, Ed. Trotta, Madrid 1999, p. 346.

⁶⁰ FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 165: «Consideramos la corrupción como un comportamiento, por ello resulta del todo justificado aplicar el aprendizaje de los comportamientos corruptos los mismos principios de adquisición de cualquier otro tipo de conducta; principios que se centran en los procesos de aprendizaje operante y del aprendizaje por observación o aprendizaje observacional».

⁶¹ El aprendizaje a través de modelos se produce, de acuerdo con BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 40, a través de la «observación de la conducta de otras personas y de las consecuencias que tal conducta produce». Aplicado a los comportamientos corruptos, refiere FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 184: «A través de la observación activa, directa o indirecta, de lo que hacen otras personas, los individuos pueden adquirir nuevas conductas. En nuestro caso concreto, observando el comportamiento corrupto de otros sujetos el ciudadano con intenciones no corruptas puede sentirse motivado o animado a implicarse en estados de comportamientos *deshonestos* o *ilícitos*».

Los significados que adquiere el individuo en su entorno socio-cultural sobre el delito y el castigo son, bajo esta tesis, determinantes para la comprensión de la pérdida del efecto disuasor de la amenaza de pena⁶². Psicológicamente, esa relación entre significados y disuasión es posible gracias al «origen social del pensamiento» y al «aprendizaje vicario a partir de los entornos simbólicos»⁶³. Particularmente, este nexo permite sustentar la tesis de que la *tolerancia social institucionalizada* de prácticas corruptas constituye no sólo uno de los mayores obstáculos para afrontar eficazmente el fenómeno, sino también un *factor criminógeno* fundamental: Uno de los mayores obstáculos, en la medida en que las justificaciones personales que se producen en sociedad y al interior de sus instituciones, posibilitan la opacidad de acciones corruptas⁶⁴: la denuncia formal del delito. Se verá en el decurso de este análisis que aquí se afinca la inconveniencia del *nepotismo*. Y constituiría un factor criminógeno esencial, por cuanto la probabilidad objetiva de impunidad que de tal abstracción se deriva, produciría no sólo un decrecimiento gradual de la percepción individual de los riesgos inherentes al delito (de tipo social e institucional), sino también una neutralización de las «restricciones de autosanción»⁶⁵: la anulación temprana del «miedo» al castigo. Bajo este modelo, la dilución gradual del temor al castigo inducida por la incierta aplicación de la hipotética sanción –de tipo jurídico o social- vinculada a la infracción normativa, más allá de constituir una variable tenida en cuenta por quien, influido por cierta *finalidad*, sólo está a la espera de la *oportunidad* apropiada para alcanzarla⁶⁶, afectaría el surgimiento de la propia pretensión ilícita. Por ello esa racionalización de los incentivos del delito no se entiende aquí en términos meramente instrumentales, sino valorativamente. El enfoque *constructivista* aquí adoptado permitirá observar que la conducta corrupta no depende de una ponderación superficial de estímulos, sino de la forma en que el concreto individuo que recibe esos estímulos los interpreta⁶⁷.

⁶² Por lo mismo le asiste suma razón a LUMIA, Giuseppe, *Principios de teoría e ideología del derecho*, (Trad. Alfonso Ruiz), Ed. Debate, Madrid, 1982, p. 12, cuando refiere que «[...] la obediencia a tales normas no se considera ya como el resultado de una constricción que proviene del exterior, sino como la satisfacción de una necesidad interior que encuentra su gratificación en sí misma».

⁶³ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, pp. 17-19.

⁶⁴ Desde un enfoque teórico estrictamente psicológico, señala FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 139: «Los comportamientos corruptos individuales o corporativos repercuten sobre los otros individuos a nivel cognitivo-motivacional, ya que las prácticas corruptas suelen generar y provocar en los demás sujetos la creencia de que existe una predisposición subjetiva a comportarse de la misma manera».

⁶⁵ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 285: «Las *restricciones internas* actúan mediante la autocensura anticipatoria de la propia conducta».

⁶⁶ Dicha relación se torna especialmente visible cuando se trata de tipologías de criminalidad marcadas por un dilatado proceso de resolución personal (cálculo *racional*). La disección de tal proceso permitiría establecer, utilizando una mirada *expost*, la influencia del déficit de control penal –entendida como componente motivacional específica-, sobre las demás unidades resolutivas fundamentales que interfieren en el proceso motivacional –general-: la *finalidad* específica que guía el acto de corrupción y la *oportunidad* que lo permite. Un ejemplo de esta tesis lo constituye el análisis realizado por BLANCO CORDERO, Isidoro, “La corrupción desde una perspectiva criminológica: un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional”, en SERTA, *In memoriam Alexandri Baratta* (PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando [ed.]), Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 267 y ss.

⁶⁷ Sobre el «enfoque constructivista», refiere MIETZEL, Gerd, *Claves de la Psicología*, (Trad. Macarena González), Ed. Herder, Barcelona, 2003, pp. 38-39: «[...] los seres humanos explican todo lo que experimentan a partir de sus vivencias previas: cada persona se enfrenta al mundo con conocimientos previos construidos sobre la base de sus experiencias individuales y recurre a estos conocimientos previos para entender las ideas».

La visión construccionista de la experiencia psicológica, según se propone aquí, puede confluír con el paradigma de la racionalidad. Pero esta racionalidad sería de tipo *subjetiva*. El criminal que se juega la vida con el delito, bajo esta mirada dual, sería tan racional como aquel que evita el riesgo al máximo. La doctrina de la *libertad de acción*, desde este prisma, no se opone a la consideración del delito como *elección racional-simbólica*: entendiendo que el hombre realiza una prognosis de sus actos a partir de la *gama de alternativas de elección* que adquiere durante su curso de enculturación y luego *elegir* conscientemente el camino de la desviación. Porque es que el referido paradigma de la racionalidad tampoco puede concebirse en términos mecánicos. Como lo refiere GRECO en su crítica a esa visión mecánica propugnada frente a la teoría de la *coacción psicológica* de FEUERBACH, ésta « [...] no tiene nada que ver con versiones actuales de la prevención general negativa-provenientes principalmente de la teoría económica-, que parten de un modelo de elección racional»⁶⁸. Luego ello no conlleva a entrar en el campo de los procesos bio-psicológicos de los procesos de decisión⁶⁹. Ello porque la Ciencia del Derecho penal se mueve en un plano distinto al del empirismo científico-naturalista (como el propugnado por la Neurociencia)⁷⁰. Y es que sin una concepción de autorresponsabilidad del hombre, sensatamente, el Derecho penal se quedaría sin esa base epistemológica que le legitima como instrumento de control social, esto es, en tanto que mecanismo de disuasión del delito amparado en esa presunta racionalidad del hombre⁷¹. Consiguientemente, en este trabajo se pregunta por los factores externos que dotan de sentido las elecciones humanas jurídicamente relevantes: el *qué* y el *porqué* de la decisión delictiva⁷². Por tanto el enfoque es muy diverso: no se pretende discutir sobre la «determinación» o «condicionamiento» orgánico de los procesos de decisión criminal –como se propone desde un ala de la Neurociencia-, sino sobre la capacidad cognitiva que tiene el hombre de elegir entre dos direcciones jurídico-penalmente relevantes: realizar o no delitos⁷³. Y en la formación de esas categorías cognitivas sobre el delito, según se propone en este trabajo, los significados compartidos por parte de los individuos en el curso de sus varios niveles de interacción marcarían la pauta básica para la comprensión de los procesos de desviación normativa.

⁶⁸ GRECO, Luis, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach...*, p. 85.

⁶⁹ Sobre las discusiones dogmáticas y neurocientíficas sobre la doctrina de *libertad de acción*, Cfr., entre muchos otros, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, InDret, 3/2012; DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal”, InDret, 2/2011; HASSEMER, Winfried, “Neurociencias y culpabilidad en derecho penal”, InDret, 2/2011.

⁷⁰ Gerhard Roth, como señala HASSEMER, Winfried, “Neurociencias y culpabilidad en derecho penal”, p. 6: «Ha escrito que “el acto consciente de voluntad de ningún modo [puede] ser el causante del... movimiento, porque este movimiento está fijado ya previamente por procesos neuronales”».

⁷¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 39: «El Derecho penal constituye uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales [...]. Como todo medio de control social, éste tiende a evitar determinados comportamientos sociales que se reputan indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen...».

⁷² Cfr., DEMETRIO CRESPO, Eduardo, InDret, 2/2011, p. 8.

⁷³ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 321: «Una misma conducta es tratada muchas veces de forma distinta en función del momento y del lugar donde sea expresada y de las personas hacia quienes esté dirigida. Por tanto, las expectativas sobre los resultados probables no se elaboran únicamente en base a las acciones y a la supuesta comunidad de sanciones, sino considerando también los factores situacionales que indican, en alguna medida, las reacciones que suscita la propia conducta. Cuando las personas son recompensadas por determinados actos en un contexto determinado, pero ignoradas o castigadas por mostrar esos mismos actos en otra situación distinta, el observador aprende a conocer las demandas de las situación».

En este punto es necesario remarcar dos aspectos referidos a la posición que se asume en este trabajo con respecto a la función *intimidatoria* de la pena: 1) la concepción antropológica de hombre de la que se parte; y, 2) la noción de intimidación adoptada para el estudio de la función de prevención: Se insiste en que cuando se analiza el fenómeno de la disuasión normativa desde el referido paradigma de la racionalidad (de un hombre que pondera entre los beneficios y riesgos del delito) y la teoría conductista basada en la lógica de premios y castigos, se realiza es precisamente para evidenciar los fallos que implica la promoción de una política criminal amparada en reformas punitivas que receptionan acríticamente dichos paradigmas. Así pues, frente a aquellas corrientes de pensamiento que adoptan una postura racional de orden instrumental –como suele hacerse por parte del legislador cuando adopta medidas como la creación de nuevos tipos penales, la inclusión de agravantes o los incrementos de pena- para hacer ver que con ello va a lograr un mayor grado de disuasión punitiva, se adopta una concepción antropológica de ser que si bien tendría la capacidad de valorar los pros y los contras de la decisión delictiva, no obstante esa racionalidad estaría atravesada por las categorías de sentido que conforman su estructura psicológica. Incluso FEUERBACH en la concreción de la denominada «*capacidad de desear a voluntad*», como lo reseña GRECO, deja ver que esa presunta «ponderación» no es econométrica: «Por medio de esta capacidad, por tanto, no nos determinamos según representaciones sensoriales aisladas, por el mero estímulo inmediato del placer; sino por ideas y principios, a través de previa comparación y elección»⁷⁴. Porque se advierte que ni la racionalidad estipulada por los clásicos era del todo mecánica, ni tampoco nadie razona por fuera de sus convicciones más íntimas, porque ¿qué queda de la pena de la Ilustración si la misma se desapropia de su significación?⁷⁵ Por ello mismo, como se precisará en el capítulo siguiente, la noción de intimidación se identifica con la idea de «miedo» o «temor». Al respecto, se pregunta GRECO «Qué significa intimidación». A reglón seguido responde: «Su esencia parece ser en todo caso “ocasionar temor”»⁷⁶. Pero tal concepto de intimidación psicológico se concibe aquí como un estímulo provisto de significado, pues de lo contrario no podría influir en la dirección de la voluntad. Tal vez por esa carencia de *sentido* refiere GRECO que *Intimidación* «no es la provocación psicológica de temor, sino la *definición de una razón prudencial para que el destinatario de la intimidación se comporte del modo esperado*»⁷⁷. La razón de esta aparente contraposición, puede pensarse, se ve facilitada entonces cuando a la pena se le despoja de su correspondiente significación.

⁷⁴ GRECO, Luis, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach...*, p. 83.

⁷⁵ GRECO, Luis, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach...*, p. 76: «Si con ello se entiende que el pensamiento de la Ilustración en su conjunto no comprendía las pasiones y otros “asuntos del corazón” porque reducía al hombre a ala fría razón, entonces, eso sencillamente no es correcto».

⁷⁶ GRECO, Luis, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach...*, pp. 278-279: «Mientras que la amenaza indica en primera línea algo externo, un mal futuro, la intimidación se refiere a algo interno que debe suceder en la psiquis del destinatario. Deben generarse sensaciones de determinado tipo, sensaciones de miedo o de temor, es decir, sensaciones desagradables que se originan a partir de la representación de un mal futuro. Estas sensaciones deben también incidir sobre las acciones, o sea, transformarse en motivos, de modo que el destinatario de la intimidación se comporte de la manera en que se lo representa aquel que emplea la intimidación. Por regla, un *concepto de intimidación psicológico* de este tipo subyace explícita o implícitamente a la mayoría de los sostenedores de la teoría de la intimidación, y también aquellos que escribieron sobre la teoría de la intimidación trabajaron por regla con un concepto de intimidación psicológico, basado en ocasionar temor».

⁷⁷ GRECO, Luis, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach...*, p. 281.

Esta *diacronicidad* en la estructuración de incentivos vinculados al actuar criminal, entre otras cosas, permitiría cuestionar la eficacia de cualquier mecanismo de control del delito cuando no se tiene en cuenta la realidad social e institucional subyacente, esto es, el entorno en la que se «mueve» el destinatario de la norma. Esta misma situación obliga a plantear una cuestión subsidiaria: *¿Sucumben los modernos modelos de control del crimen económico, ante los mismos factores que limitan las políticas tradicionales anti-corrupción?* Por su doble posibilidad de respuesta, esta cuestión exige develar la posición de la que aquí se parte: los modernos sistemas de *compliance penal*, como se verá en el Capítulo VIII, fenecen frente a aquellos actos de corrupción tolerados por quien tiene el deber de asegurar su eficacia: el gestor principal⁷⁸. Será esta misma idea la que servirá para sustentar la necesidad de redefinir el deber posicional que aquél adquiere respecto de la protección del bien jurídico y de las reglas dogmáticas que posibilitan la imputación de su conducta omisiva. Se postulará que la eficacia de dichos instrumentos dependería de su vinculación con la ampliación de ese marco de deberes. Luego debe advertirse que su funcionamiento efectivo puede constituir una «cortina de humo»: aplicado sólo en niveles inferiores de decisión, o bien cuando se utiliza como mecanismo de neutralización de adversarios políticos (contrapoder)⁷⁹. La razón es básica: las élites dominantes no tienen problema en reprimir aquellas prácticas que no ponen en riesgo su posición dentro de los distintos estamentos de la nación. Y ello porque, tal represión, se convierte en aparente aplicación de una política criminal que, normalmente desde las mismas campañas electorales, asumen los futuros representantes públicos como prioritaria obligación; también porque, dicha pretensión, necesita de chivos expiatorios sobre los que asperjar toda el «agua sucia» que va dejando el paso de la corrupción, esto es, para justificar (aparentar) ante la sociedad (electores) una –presunta- lucha contra este tipo de delitos⁸⁰.

⁷⁸ De ahí que uno de los propósitos secundarios de este trabajo consista en establecer hasta qué punto una política penal preventivo-reactiva basada en los denominados *programas de cumplimiento normativo penal* (*Criminal compliance programs*), constituye una alternativa apropiada y eficaz para coadyuvar en la prevención y, en su caso, la persecución penal de las prácticas de corrupción toleradas por su propio garante.

⁷⁹ Un aspecto íntimamente relacionado con la *neutralización penal* de adversarios políticos, lo constituye la proyección de una *buena imagen* por parte de los propios partícipes en política, por un lado, y la destrucción de la reputación de los dirigentes de la oposición, por otro. Al respecto, refiere VILLORIA MENDIETA, Manuel, *La corrupción política*, Ed. Síntesis, Madrid, 2006, p. 74, « [...] promocionar la propia imagen y luchar por destruir la imagen del rival político es fundamental hoy en la lucha política».

⁸⁰ Respecto de las «funciones desarrolladas por el sistema penal en la conservación y reproducción de la realidad social», apunta BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, 8ª ed., Ed. Siglo XXI Editores, México D.F., 2004, p. 173: « [...] el hecho de castigar ciertos comportamientos ilegales sirve para cubrir un número más amplio de comportamientos ilegales que permanecen inmunes al proceso de criminalización». Con independencia de los reparos frente a las *teorías del conflicto*, hay un aspecto que parece no divergir de lo real y que se compadece con su planteamiento central: analizar la relación entre *poder* y procesos de *criminalización*. En cada sociedad existen una serie de grupos que, para la consecución de sus propios intereses, utilizan el poder como artefacto para imponer su posición particular sobre los demás. Quizá por ello, las *teorías del conflicto*, como refiere BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 123: « [...] niegan el principio del interés social y del delito natural afirmando que: a] los intereses que están en la base de la formación y de la aplicación del derecho penal son los intereses de aquellos grupos que tienen en poder de influir sobre los procesos de criminalización». Sobre *las teorías del conflicto* desarrolladas en el ámbito de la Criminología, Cfr., BONGER, Willem A., *Criminality and economic conditions*, Ed. Little Brown and Company, Boston, 1916; VOLD, George, *Theoretical criminology*, Ed. Oxford University Press, Nueva York, 1958; TURK, Austing, *Criminality and legal order*, Ed. Rand McNally & Co., Chicago, 1969; COSER, Lewis A., *The functions of social conflict*, Ed. Routledge & Kegan Paul, Londres, 1956 (*Las funciones del conflicto social*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1961).

6. Perfilamiento del enfoque metodológico

El propósito central de esta tesis, como se ha venido postulando, consiste en determinar parte de las razones por las que, la amenaza de castigo legal, no puede inhibir las «tentaciones» corruptas de los regentes públicos o su desidia frente a evitación de la misma. Para desarrollar ese propósito, como resulta lógico, es preciso adoptar una postura metodológica. Pero antes de precisar tal postura deben referirse cuatro presupuestos necesarios para la comprensión de tal metodología. El primero está relacionado con el *fenómeno social objeto de estudio*: Tratándose de un análisis sobre la eficacia del Derecho penal frente a la corrupción pública, la primera cautela metodológica que se asume es la delimitación normativa del fenómeno. Ésta viene determinada por el marco jurídico que limita el alcance dogmático de los denominados *delitos contra la Administración pública* y el marco moral que define el correspondiente bien jurídico⁸¹. El segundo presupuesto está relacionado con el *enfoque teórico* utilizado para abordar el problema de estudio: Como se desarrollará luego, tratándose de un análisis que parte de una concepción de la pena como incentivo básico del curso de motivación criminal, se adopta una perspectiva criminológica definida por la concatenación de las miradas filosófica, psicológica y sociológica del modelo utilitario del delito que desde la época de la Ilustración hasta hoy, ha sustentado la disuasión del delito mediante el recurso a la intimidación: la búsqueda del «placer» y la evitación del «dolor»⁸². El tercero de los presupuestos, consecuente con el anterior, está relacionado con la *concepción de lo humano* que se adopta: Cuando se habla de un hombre que tiene la capacidad de ponderar entre los *costes* y *beneficios* del delito, esa concepción debe identificarse, casi que necesariamente, con la doctrina de la «libertad de voluntad». Pero tal libertad electiva, entendida aquí en su dicción social, se considera limitada por los procesos de construcción simbólica del hombre⁸³. Y el cuarto presupuesto, consecuente con esa entidad simbólica de la experiencia psicológica, está relacionado con la selección del *paradigma epistemológico* que permite la comprensión de tal individualidad. Ese paradigma es el «interpretativo», pues a diferencia del positivismo –que trata la conducta como un hecho objetivo–, el primero permite comprender por qué las personas reaccionan de forma diferente frente a los «miedos» que teóricamente se asocian al castigo legal⁸⁴.

⁸¹ Para sustentar el nexo entre *disuasión legal* y *moral*, se adopta la concepción *moral de la función pública* adoptada por la Constitución Política de Colombia. Se postulará que la prevención efectiva de la corrupción precisa de esa correlación. Así, como lo refirió la Corte Constitucional de Colombia en una de sus primigenias Resoluciones (Sentencia C-709 de 1996): «*La lucha del Estado contra la impunidad de los hechos delictivos tiende una relevancia constitucional, porque se vincula con el principio de moralidad de la función pública que está consagrado en el artículo 209 de la Constitución*».

⁸² Como recuerdan GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 181, esa concepción del delito encuentra un fundamento en la doctrina filosófica planteada por EPICURO, consistente en que las «motivaciones básicas de la vida» estaban determinadas por el «logro del placer y la evitación del dolor». BENTHAM, como recuerdan estos mismos autores, adoptó la misma doctrina filosófica para su concepción del delito: «El comportamiento de los hombres se halla sometido a *dos dueños soberanos*: la *evitación del dolor* y la *obtención del placer*. Ellos determinan lo que *hacemos*, lo que *decimos* y lo que *pensamos*, y constituyen la única *medida de la correcto y lo incorrecto*».

⁸³ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 63: «Considerada desde una perspectiva social, la libertad se define como el número de opciones de que dispone el individuo y su derecho a ejercerlas».

⁸⁴ El «interpretativismo» comprende, de acuerdo con CORBETTA, Piergiorgio, *Metodología y técnicas de investigación social*, Ed. McGraw-hill / Interamericana de España, Madrid, 2007, p. 18: « [...] todas las perspectivas teóricas para las que la realidad no puede ser sólo observada, sino que debe ser “interpretada” ».

Así pues, según lo dicho hasta aquí –y también para introducir lo que se sigue–, la metodología adoptada tiene por objeto desarrollar, dentro de las variadas líneas de estudio que admite la cuestión, un análisis dirigido a comprender, desde el punto de vista *material* del fenómeno (de la consideración del delito como *suceso*) y la construcción *subjetiva* de sus protagonistas (de la naturaleza significativa de sus acciones), parte de las razones que dan cuenta de la fragilidad del Derecho penal frente a la gran corrupción pública. Esas razones están vinculadas, como se ha referido, con la capacidad del hombre de neutralizar la entidad aversiva del castigo jurídico-punitivo. Por ello, más allá del estudio de los factores que propician la selección penal *negativa* (excluyente) de tales comportamientos antinormativos, se analiza el vínculo que se presenta entre la debilidad de los mecanismos de control formal e informal y las autorrestricciones personales. Pero también debe dejarse claro que no se pretende aquí realizar un análisis de los distintos factores que condicionan el comportamiento criminal en general, esto es, un estudio etiológico del delito según una orientación criminológica sustentada en el paradigma causal. Aunque ello no obsta, según la metodología propuesta, la utilización de aquellas perspectivas criminológicas que han intentado dar respuesta a la génesis de la acción venal con el único fin de señalar la dimensión cultural del crimen y el castigo sobre sus mismos planteamientos teóricos⁸⁵.

Desde la metodología adoptada, por tanto, se presenta un diagnóstico criminológico de la corrupción en el que se examina cómo, las dos componentes del doble nivel teórico del control penal: la *prevención* (frente a potenciales delincuentes) y la *sanción* in-efectiva del delito (perfecto), se condicionarían recíprocamente. Para ello se determina, en primer término, las condiciones sociales que interfieren en la punición de esta concreta expresión criminal y, a partir de ello, la manera cómo, tal *déficit de reacción –concreta–*, terminaría ulteriormente limitando el «miedo» hacia el Derecho penal. La deducción racional de este «miedo», reproduciendo el método aplicado desde la Ética para el estudio de la moral, se efectúa, en parte, de las *sensaciones personales sentidas*⁸⁶, esto es, desde la propia reflexión psico-filosófica en un entorno saturado por el fenómeno objeto de estudio: Filosóficamente, ese proceso de comprensión fenoménica se refiere a la aprehensión propia de los estados de consciencia mediados por la realidad vivida. Psicológicamente, este método de acceso, afincado al paradigma interpretativo, se compadece con una especie de análisis «introspectivo» basado en las percepciones logradas a partir de la propia capacidad reflexiva en esos entornos culturales saturados de corrupción. Algo similar a la «observación participante» aplicada en la investigación sociológica de tipo cualitativa.

⁸⁵ De este modo se tendrían en cuenta estos y otros aportes criminológicos, por ejemplo, relativos a las variables situacionales, circunstanciales o de oportunidad que, al lado de factores personales, sociales o de otra índole, influyen en la decisión de realizar el delito.

⁸⁶ SKUTCH, Alexander F., “La ciencia de la ética”, en SKUTCH, Alexander F., *Fundamentos morales: Una introducción a la ética*, Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica, Vol. XXXVIII, n° 95-96, 2000, p. 18, respecto de las dos «divisiones principales» de la Ética, refiere que su división «analítica» puede proceder al estudio de los fundamentos innatos de la moralidad y su motivación, desde las propias «sensaciones sentidas» del observador: «Y así como una persona que nunca ha tenido un impulso criminal puede estudiar criminología, o patología quien nunca ha estado enfermo, también podría cultivar estas dos ramas de la ética alguien que nunca haya sentido un impulso moral, pero que haya sido instigado por una desinteresada curiosidad. Sin embargo, tal persona estaría en desventaja, incluso como investigador científico, pues tendría que recurrir a otros para obtener indicios del carácter peculiar de los impulsos y las aspiraciones morales, mucho más fáciles de observar cuando concurren dentro de uno mismo».

Esta metodología de análisis, que se valida realizando una correlación entre una serie de presupuestos teóricos y aspectos fácticos reales del fenómeno social analizado, no busca, como cabe dejar claro, una contrastación empírica de los referidos planteamientos teóricos, sino presentar un *modo* de comprender el fenómeno y, si es del caso, que puedan formularse propuestas de intervención a partir del mismo. Esta postura metodológica es consecuente con el paradigma epistemológico del que se parte: Como apunta LARRAURI frente al *interpretacionismo*, «Este paradigma no busca establecer leyes casuales, sino enunciados de posibilidad, “esbozar las condiciones que los hacen posibles” »⁸⁷. Y para presentar este modo particular de «entender» la generación de este fenómeno social a pesar de su proscripción por el orden normativo que teóricamente encarna una mayor fuerza contramotivacional: las consecuencias desagradables asociadas a la infracción de la ley penal, se torna necesario acudir a una serie de premisas ideales para lograr la mejor comprensión del planteamiento; algo similar a los denominados «tipos ideales» propuestos por WEBER. Pero como señala la precitada autora, el paradigma interpretacionista no se opone necesariamente a «producir conocimiento objetivo y generalizaciones, lo cual se consigue mediante la creación de “categorías ideales” que nunca se dan en la realidad en estado puro, pero que son modelos teóricos que ayudan al investigador a interpretarla»⁸⁸. Como se expresará más adelante, algunos de los «tipos ideales» propuestos por el propio WEBER en su concepción de *acción –social–*, sirven de base para la formulación que aquí se realiza sobre la categoría de *acción intencional* adoptada: 1) *la acción racional en relación con las expectativas o fines*; 2) *la acción racional en relación con los valores*⁸⁹. En esta última se legitimaría, precisamente, la sanción del regidor público por la infracción omisiva del deber cautelar que le asiste. Ya desde la mirada psicológica de esa concepción de acción, se adoptan otra serie de «categorías ideales», compatibles con algunas de las denominadas «capacidades básicas» formuladas por BANDURA para la comprensión de su modelo psicológico *cognitivo social*. Para este autor, «La naturaleza de los sujetos se define desde esta perspectiva en base a cierto número de capacidades básicas». Esas categorías son: 1) *capacidad simbolizadora*; 2) *capacidad de previsión*; 3) *capacidad vicaria*; 4) *capacidad autorreguladora*; 5) *capacidad de autorreflexión*⁹⁰. La utilización de estas tipologías será necesaria para la proposición de una categoría de acción acorde con la naturaleza compleja de los procesos cognitivos vinculados al delito: Una categoría «ideal» en la que confluyen los elementos propositivo y aversivo ligados a la decisión criminal.

⁸⁷ LARRAURI, Elena, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, p. 35.

⁸⁸ LARRAURI, Elena, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, p. 35.

⁸⁹ WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, Ed. FCE, México, 1996, p. 6.

⁹⁰ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, pp. 38-42. Sintéticamente, las referidas categorías de «capacidades» se definen de la siguiente manera: 1) *capacidad simbolizadora*: «forma de otorgar significado a las experiencias vividas»; 2) *capacidad de previsión*: posibilidad de predecir las consecuencias más probables de las acciones futuras, esto es, la posibilidad que tienen los seres humanos de establecerse metas a sí mismas y planificar cursos de acción para ocasiones futuras previstas. Por medio de la previsión, «[...] los individuos se motivan y dirigen sus actos de forma anticipada»; 3) *capacidad vicaria*: proceso de aprendizaje a partir de la «observación de la conducta de otras personas y de las consecuencias que tal conducta produce»; 4) *capacidad autorreguladora*: «Los individuos no actúan únicamente para adaptarse a las preferencias de los demás, sino que gran parte de su conducta está motivada y regulada por criterios internos y reacciones autoevaluadoras ante sus propios actos»; 5) *capacidad de autorreflexión*: «Esta capacidad permite al hombre analizar sus experiencias y reflexionar sobre sus procesos mentales».

Y precisamente para tratar de compatibilizar el conjunto de presupuestos teóricos presentados en este trabajo y su hipotética revisión sobre la base de expresiones reales del fenómeno social estudiado, es que se propone una metodología de trabajo en la que se combina ese contenido experiencial directo recogido a partir de una especie de «*introspección cultural*» y aspectos transversales al «*análisis de caso*». Esta metodología se ejecuta a partir de la participación personal activa en entornos institucionales tan diversos, pero tan vinculados, como el «mundo» simbólico de los operadores y los destinatarios del sistema penal. Estas experiencias han sido posibles gracias al *rol* que he desempeñado como investigador judicial y abogado en el campo específico del Derecho penal. En este punto es preciso apuntar que la utilización que aquí se realiza de esa serie de teorías construidas bajo una lógica positivista no se opone al estudio de los distintos problemas que desde el paradigma interpretativo se realiza. Bajo este último paradigma, según lo expresado, la perspectiva positivista se concibe tan sólo como uno de los *modos de entender* los fenómenos sociales. ¿Qué planteamiento psicológico más positivista que el Conductismo?: quizá ninguno; pero aun así, cabe estar de acuerdo que sus planteamientos sobre los procesos de aprendizaje se sostienen con suficiente fundamento. ¿Qué planteamiento sociológico más positivista que la explicación de los fenómenos sociales que propone DURKHEIM?: quizá pocos; pero aun así, cabe igualmente estar de acuerdo que la denominada «conciencia colectiva» posee una entidad propia distinta a la de cada miembro de la comunidad. Por tanto no se dice en este análisis que las teorías construidas bajo el paradigma positivista no tienen validez. Lo que se cuestiona es que se afirme que los constructos teóricos obtenidos son válidos para todo el mundo y en todo lugar, esto es, que se puede formular una teoría clavada sobre la base de leyes generales y universales.

Y es que tratándose de un estudio que se pregunta por qué la conminación abstracta de la pena no puede disuadir el delito, la adopción de una visión subjetiva adquiere su mayor importancia, pues lo que interesa aquí no es tanto por qué la gran mayoría de ciudadanos teme a la pena (extrayendo de ello un planteamiento nomotético), sino por qué otro tanto parece no temerle⁹¹. Luego dentro de este otro tanto, la explicación que se propone aquí es válida apenas para algunos de ellos, pues no sólo los distintos tipos de delitos responden a motivaciones distintas, sino también los de la misma clase. Y tratándose de la corrupción gestada en las altas esferas del poder, la mirada subjetiva del fenómeno adquiere su mayor importancia en la medida en que, no ya porque sus protagonistas no se acoplen a los distintos estereotipos de delincuente que suelen clasificar las tesis positivistas de la criminalidad, sino porque bastan muy pocos de esos seres «educados», refinados, preparados y, en fin, hasta preocupados por los más necesitados, quienes producen los «huecos» más profundos sobre la eticidad de una nación. Sobre estos pocos «adaptados», en términos positivistas, no hay ley probabilística ni mucho menos determinista que pueda prever las derivaciones del pensamiento desviado. A lo sumo podemos establecer, ahora apostados desde el paradigma interpretativista, «enunciados de posibilidad» sobre la motivación de esas acciones, esto es, «esbozar las condiciones que los hacen posible»⁹².

⁹¹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 300: «La teoría de la disuasión está formulada en términos de las creencias sobre los costos y beneficios futuros de las pautas de comportamiento alternativas».

⁹² LARRAURI, Elena, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, p. 35.

7. Propuesta metodológica: compatibilización de la comprensión criminológica de la corrupción y las categorías dogmáticas subjetivas de la teoría del delito

Esbozada la idea sobre la necesidad de orientar la teoría del delito hacia una posición más congruente con la función preventiva que está llamada a cumplir el Derecho penal, la siguiente cuestión que debe plantearse es cómo articular la realidad criminológica que describe el hecho punible a las categorías dogmáticas que lo sistematizan. En los delitos definidos por un fin patrimonial, según se ha indicado, el incentivo *positivo* (el dinero) y el estímulo *aversivo* (la pena) constituirían dos de los componentes motivacionales más importantes del proceso de decisión criminal. El primero se refleja en la mayoría de los tipos penales de corrupción dentro de la categoría del *dolo*. Es el caso del delito de cohecho, cuya estructura subjetiva incluye elementos finalísticos como el «dinero». Pero, ¿por qué esa la estructura subjetiva de la teoría del delito no evidencia el elemento *aversivo* en su distribución interna, si se supone que su función es justamente la de neutralizar la incidencia del estímulo *positivo*? La propuesta metodológica va encaminada, pues, a advertir una mayor participación de la realidad criminológica dentro de la estructura subjetiva del hecho punible. El fin último de esa integración es lograr, desde la misma estructura dogmática del injusto, una mayor comprensión de las razones de ineficacia de la norma penal en la disuasión de un tipo de delitos cuya característica es precisamente la inherencia antijurídica del acto. Luego es a partir de la identificación de esas razones de ineficacia, como se precisará, que se evidencia la necesidad de redefinir dogmáticamente el contorno del deber posicional que vincula al regente público frente a la protección del bien jurídico y las reglas que posibilitan su sanción por la sustracción a ese deber cautelar.

Es esta, vale decir, la consecuencia de considerar la corrupción institucional no tanto como un hecho aislado realizado de forma directa y personal, sino también como un complejo proceso que exige mínimamente la anuencia o la indiferencia de quienes presiden los cargos vitales de una entidad pública. Esta comprensión se hace posible gracias a la adopción de una concepción ideal de *acción* de orden *bifronte*, que se define no sólo por su típica formación positiva (lo que la Dogmática denomina «intención»), sino también por su entidad *aversiva* (los factores que la restringen o inhiben). Y tanto su entidad positiva como la negativa, según aquí se propone, tendrían una dimensión simbólica y que es la que permitiría precisamente vincular al factor propositivo o intencional la desidia del regidor público frente a la protección del bien jurídico que tiene a su cargo y, al factor *aversivo*, concretamente, su renuencia a establecer los correspondientes controles formales tendentes a prevenir la materialización de los riesgos de corrupción que tiene el deber de impedir. Este planteamiento metodológico permitiría, como luego se verá, subrayar la importancia de entender la motivación criminal en los delitos de orden intencional desde el punto de vista de los estímulos restrictivos (la *pena*, concretamente), que en la práctica está traspasada por valoraciones jurídicas mediatizadas por usos sociales, valores culturales, pautas morales, etc. Determinar la naturaleza del «substrato negativo» de la motivación delictiva desde esta mirada resulta importante, en definitiva, para comprender el modo en que las convicciones personales sobre el castigo legal y que se hallan tras la concreta realidad criminológica, se enfrenta a esos incentivos que forjan la comisión del delito.

La utilización de aquellos tipos penales asociados a la corrupción pública como marco analítico de referencia para el estudio de los factores que limitan el control institucional de ciertos actos ilícitos perpetrados desde posiciones privilegiadas de poder, por tanto, constituye una opción metodológica necesaria para determinar las barreras que confinan el correspondiente proceso oficial de aplicación de la ley penal. La adopción de tal marco jurídico resulta necesario para dicho estudio, en la medida en que son precisamente las categorías jurídicas sustantivas y procesales definidas por el legislador –con base en la política criminal del Estado-, las directrices que marcan el ámbito operativo de los organismos oficiales de control. Son los códigos penales, en últimas, los que marcan esa ruta de intervención. Pero dicha *traducción jurídica* del problema operada por el legislador no impide, ni mucho menos, un tratamiento desde otras perspectivas analíticas diversas al Derecho. Ahora bien, tratándose de un análisis que tiene por objeto establecer los factores que limitan no sólo el control *formal* de los delitos de corrupción (delitos contra la Administración pública), sino también la reacción *informal* frente a estos y otros problemas asociados –no definidos por el Derecho penal-, resulta casi que obligado abordar el estudio del fenómeno criminal desde una perspectiva *metodológica* que busca operativizar las categorías dogmático-penales⁹³ a partir de una Criminología⁹⁴ –a caballo entre la Sociología Jurídico-Penal⁹⁵, la Psicología Cultural y la Sociología Criminal⁹⁶- que aboga por una Política criminal⁹⁷ vinculada a la concreta realidad fáctica criminalizada.

⁹³ La Dogmática del delito, según SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., “Eficiencia y derecho penal”, ADPCP, t. 49, (1), pp. 93-127, 1996, p. 114, puede definirse como el « [...] conjunto de estructuras y principios de imputación del hecho delictivo». Ahora bien, si bien la expresión «Ciencia del Derecho penal» se utiliza, tal como refiere MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, pp. 49 y ss., para referirse al «contenido interno del Derecho penal, específicamente normativo», aspecto que permite hablar, en términos precisos, de «Dogmática Jurídico-penal», también es válido utilizar el calificativo de «Ciencias penales» como una categoría genérica inclusiva o comprensiva de las diversas disciplinas que tienen por objeto el estudio de distintos fenómenos vinculados a la «cuestión criminal». En consecuencia, refiere el autor, «Hay que distinguir el Derecho penal y las *disciplinas* que tienen por objeto el estudio del Derecho penal. Este estudio puede referirse al contenido interno del Derecho penal, específicamente normativo, o bien a la relación de las normas jurídico-penales con los demás fenómenos sociales [...]. La relación del Derecho penal con los demás fenómenos sociales corresponde a la Sociología del Derecho penal, sector que hoy reivindica la Nueva Criminología o Criminología Crítica».

⁹⁴ No resulta fácil definir el objeto de la Criminología, sobre todo si se tiene en cuenta que, como constructo teórico, sigue los lineamientos básicos propugnados por una u otra de las denominadas *escuelas criminológicas*. A grandes rasgos, puede decirse que el objeto de estudio de la Criminología ha girado en torno a dos aspectos: 1) la génesis del comportamiento delictivo; y 2) la correspondiente reacción social frente a tales comportamientos. Así, entre muchos otros, GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 48.

⁹⁵ Según lo refiere BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, pp. 14-15, «La sociología jurídico-penal estudiará, pues, en primer lugar, los comportamientos normativos que consisten en la formación y en la aplicación de un sistema penal dado; en segundo lugar, estudiará los efectos del sistema entendido como aspecto “institucional” de la reacción al comportamiento desviado y del control social correspondiente. La tercera categoría de comportamiento abarcados por la sociología jurídico-penal concernirá, en cambio a) a las reacciones no institucionales al comportamiento desviado, entendidas como aspecto integrante del control social de la desviación, en convergencia con las reacciones institucionales estudiadas en los primeros aspectos, y b) en un nivel de abstracción más alto, a las conexiones entre un sistema penal dado y la correspondiente estructura económico-social».

⁹⁶ Según BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, pp. 14-15, la Sociología Criminal, a diferencia de la Sociología Jurídico-Penal, estudia « [...] el comportamiento desviado con significación penal, su génesis y su función dentro de la estructura social dada».

⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *Aproximación al Derecho penal...*, p. 98: La Política Criminal constituye el «punto de encuentro» entre el Derecho penal y la Criminología.

El estudio de la función motivatoria de la pena frente a los delitos de corrupción desde las distintas perspectivas teóricas que oscilan alrededor del marco analítico de las denominadas ciencias penales, concretamente, busca resaltar aquellas situaciones que escapan a la previsión de la norma penal pero que, en últimas, son las que posibilitan la lesión del bien jurídico, como por ejemplo la sustracción de los regidores públicos al cumplimiento de su deber posicional y la tolerancia de su grupo de referencia respecto de esas inconvenientes formas de proceder. La comprensión del fracaso de la prevención punitiva de la corrupción desde la propuesta metodológica descrita, por ello, puede analizarse buscando el «significado material del Derecho positivo»⁹⁸. Pero un análisis de tal tipo no implica una mezcla desordenada de varias perspectivas. Al contrario, a pesar de la utilización conjunta de diversos enfoques analíticos en la exploración del problema, pueden respetarse los presupuestos metodológicos de las distintas materias que forman parte de la relación interdisciplinar. Tal combinación se torna necesaria no sólo por la inescindible relación que –en la teoría y en la práctica- se presenta entre tales áreas con respecto al objeto de análisis, sino también por la necesidad de establecer el nexo que une la exploración criminológica de la *acción* –delictiva- y su estructuración dogmático-penal. Este planteo se compadece con una consideración *realista* de la ciencia penal, siguiendo el planteamiento metodológico enunciado por el Prof. MIR⁹⁹, en el que converge una concepción de la *ciencia jurídica como ciencia social*¹⁰⁰, la consideración *realista del proceso de concreción de la ley*¹⁰¹ y la *confluencia entre política criminal y dogmática*¹⁰².

⁹⁸ MIR PUIG, Santiago, RECPC, 2004, p. 3.

⁹⁹ Una *consideración realista* en la ciencia penal debe atender, como plantea MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., Ed., B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2002, pp. 299-300, a tres corrientes que pretenden « [...] la verdadera introducción de esta consideración realista en el interior mismo de la dogmática: la concepción de la ciencia jurídica como ciencia social, la contemplación realista del proceso de aplicación de la ley y la unión de política criminal y dogmática».

¹⁰⁰ Según precisa MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases...*, pp. 299-300, «La concepción de la ciencia jurídico-penal como ciencia social constituye un punto de partida general perfectamente compatible con la consideración realista del proceso de aplicación de la ley. Ambas perspectivas se mueven en niveles distintos. La primera afecta a la naturaleza de la elaboración conceptual propia de la ciencia jurídico-penal. Viene a afirmar que los conceptos jurídico-penales han de obtenerse adoptando el punto de vista de las ciencias sociales. Esto vale para todos los conceptos jurídico-penales, así tanto para los sistemáticos como para los relativos a la aplicación de la ley [...]. Por otra parte, el contenido de esta concepción de la fase de aplicación, lejos de hallarse en contradicción con la elaboración científico social de los conceptos penales, es perfectamente coherente con ella. Pues remite a la necesidad de tomar en cuenta los factores de la realidad social que condicionan, integrándolo, el proceso de aplicación de la ley, y eso se aviene bien con la consideración de dicho proceso como un fenómeno de naturaleza social».

¹⁰¹ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases...*, p. 306: «EL segundo pilar sobre el que ha de basarse una dogmática realista radica en el proceso de aplicación (mejor: concreción) de la ley. Debe partirse de un doble postulado: 1º) La aplicación de la ley a la realidad constituye el objeto último y primordial de la dogmática jurídico-penal, por lo que ha de presidir su contenido; 2º) en el proceso de aplicación de la ley reclaman atención tanto las normas jurídicas como la realidad». Lo primero significa que «Una dogmática que pretenda ser realista ha de empezar por admitir que sólo será válida si sirve adecuadamente a la finalidad de aplicación de la ley». Lo segundo, por su parte, significa que «La concepción de la dogmática jurídico-penal como instrumento de solución de los problemas que presenta la aplicación de la ley es un presupuesto necesario pero por sí solo no suficiente para una concepción realista de nuestra ciencia» (Ibíd. p. 309).

¹⁰² MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases...*, pp. 319-320: « [...] para que los principios axiológicos y las necesidades prácticas tengan específico sentido político-criminal, es preciso algo más: que tanto la valoración, como la consideración de la realidad, se apoyen en bases científico empíricas. Esto es, que los postulados valorativos que inspiran el derecho positivo y la dogmática, y las necesidades del caso, tiendan a escapar de un origen puramente intuitivo y a buscar apoyo en la investigación del delito como fenómeno empírico, individual y social».

La adopción de una concepción «simbólica» de la acción –criminal- marcada por una consideración bifronte de la motivación, permite la exploración del concreto fenómeno articulando los planos criminológico y dogmático-penal. Para ello se opta por una postura metodológica que admite la utilización de un enfoque integral, oscilante entre los postulados de la Sociología jurídico-penal y algunas de las proposiciones del denominado «realismo antiformalista» propugnado desde la Dogmática¹⁰³. Y esta confluencia resulta necesaria dado que permitiría, como apunta MIR¹⁰⁴, introducir en el propio seno de la Dogmática la perspectiva político criminal obtenida a partir de los correspondientes criterios *valorativos* instituidos en una concreta sociedad y su conexión con la *realidad criminológica* que secunda la misma. Establecida tal relación, podrá propenderse por la consideración del Derecho «como forma de configuración de la vida social», pretendiendo una «síntesis» entre «norma jurídica y hecho social»¹⁰⁵. Desde tal confluencia se puede evaluar la aplicabilidad de la norma jurídico-penal –atendiendo a su estructura interna-, pero sin relegar su nexo con la realidad social¹⁰⁶. Ello es coherente cuando se afirma la posibilidad de incidencia que tiene el Derecho en los cursos de construcción cognitivos.

Adoptar una postura analítica de tal tipo implica, como se ha propuesto, combinar métodos alineados a la *Sociología del castigo* y al enfoque *penal*. GARLAND, nominador de la primera construcción conceptual y un claro referente sobre las propuestas metodológicas que buscan conciliar o establecer puntos de encuentro no sólo entre perspectivas disciplinares –como la Sociología y el Derecho penal–, sino además entre diversos enfoques de la misma perspectiva disciplinar tildados de antagónicos –como el estructural-funcionalismo y las teorías conflictuales de la criminalidad-, piensa que ambas perspectivas no se oponen¹⁰⁷. Por dicha razón debe determinarse, precisamente, la entidad criminológica (psico-social) de las categorías dogmáticas, partiendo de la premisa de que la Criminología, más allá de aportar el substrato material del modelo causal-explicativo de la concreta realidad criminal que intenta prevenir la norma, debe asimismo establecer los factores que impiden al Derecho penal el último cometido, para luego convertir las respectivas conclusiones en nuevas formulaciones aplicables por los poderes públicos. Y esos factores, tratándose de corrupción, no pueden ser de otro orden que simbólico, pues es en el seno de la sociedad y de sus organizaciones, en donde se gestan esos significados.

¹⁰³ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases...*, p. 279.

¹⁰⁴ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases...*, p. 282; *op. cit.*, p. 320: «Pedir que la dogmática parta de la política criminal viene a añadir, pues, a la ya postulada necesidad de valoración y contemplación de la realidad, la exigencia de vinculación de la dogmática a los resultados de la criminología».

¹⁰⁵ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases...*, p. 281.

¹⁰⁶ En referencia a la *metodología jurídico-penal aproximada a la realidad*, refiere MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases...*, p. 279: «El planteamiento actual no sólo no desprecia la elaboración jurídica, sino que intenta introducir en el seno mismo del método *jurídico-penal* consideraciones empíricas». Precisa el autor que: «Las observaciones de la hermenéutica en cuanto a los condicionamientos metajurídicos del proceso de aplicación de la ley a la realidad, la unión de política criminal y sistema de derecho penal en el planteamiento de ROXIN y la concepción de la ciencia del derecho penal como ciencia social, son expresión del deseo actual de una metodología jurídico-penal vinculada a la realidad».

¹⁰⁷ El enfoque de la *sociología del castigo*, según GARLAND, David, *Crimen y castigo en la modernidad tardía* (Trad. Manuel A. Iturralde), Ed. Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, Bogotá, 2007p. 131: « [...] de ninguna manera es lo opuesto de aquello que he denominado el enfoque penal. De hecho, ello comparte su mismo enfoque de estudio, adopta una perspectiva científica social o empírica similar, y en sus análisis hace uso extensivo de materias penales».

De manera que el aseguramiento de una de las funciones básicas de la pena: la prevención del delito, exige descifrar no sólo los motivos por los cuales éste se produce, sino también las razones por las que fracasa su prevención. Por lo mismo, la adopción de un punto de partida vinculado a la estructura de la norma como marco analítico para el estudio del fenómeno, se justifica dado que las disposiciones que intentan la contención real del mismo describen una síntesis de la realidad social criminalizada¹⁰⁸. De ahí que, como señala MIR, « [...] la elaboración de los conceptos dogmáticos han de guiarse por la función social perseguida por el derecho penal, y no sólo por puras exigencias de construcción lógicas»¹⁰⁹. Esto permite, como apunta el mismo autor, realizar una consideración de lo *normativo* (jurídico-penal), en su *dimensión social*, lo cual obliga, por defecto, «al estudio de los procesos sociales imaginados normativamente por la ley»¹¹⁰. Y para esto último es preciso, como se dijo, hallar la correlación entre lo legal y lo moral. Es así como se llega a la conclusión de que para comprender la naturaleza de los factores que limitan la función social perseguida por el Derecho penal debe previamente analizarse, más allá de la estructura formal del delito, el grado *real* de aceptación por parte del destinatario de la norma. Y es que si, como señala BUSTOS, a través de la norma jurídico-penal « [...] una organización social determinada *fija objetos de protección* y con ello determina qué es delito y quién es delincuente y al mismo tiempo una forma especial de reacción social»¹¹¹, debe ineludiblemente analizarse el *falso consenso* (o *aparente*) que debilita la fuerza constrictiva del Derecho penal, pues si bien puede haber en toda sociedad un mínimo grado de consenso respecto de la reprensión punitiva de ciertas acciones indeseables, no puede negarse, por otra parte, la existencia de ciertas disensiones personales (conflictos intersubjetivos sobre el consenso formal), que en últimas impide la protección efectiva del sistema de valores (del *ethos*) que respalda la punición formal del concreto fenómeno¹¹².

¹⁰⁸ Sobre el análisis de la legislación como «estatuto epistemológico», recuerda BERGALLI, Roberto (Dir.), *Sistema penal y problemas sociales*, p. 272, «En el análisis de tipo externo es posible distinguir dos niveles o fases. Aparece, por una parte, el nivel de análisis estático, que consiste en mostrar cómo se relacionan entre sí (abstractamente, prescindiendo del proceso *real* de la legislación) los diversos tipos de racionalidad. Por otra, el nivel de análisis dinámico, que consiste en mostrar cómo podrían combinarse estas nociones de racionalidad para dar cuenta del proceso real de la legislación».

¹⁰⁹ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases...*, p. 301.

¹¹⁰ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases...*, p. 302. Estos tres postulados, tomados en su conjunto, permitirían replantear la crítica que se le hace a la Dogmática de «obtener categorías aisladas de la realidad», pasando a considerar una concepción de la misma como «ciencia práctica». Y ello en la medida en que «Son estos principios los que fundamentan la necesidad de contar con la realidad empírica en la determinación del contenido de los conceptos dogmáticos». (*op. cit.*, pp. 304-305).

¹¹¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, «La Criminología», en *El Pensamiento Criminológico I...*, p. 24.

¹¹² BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 84: « [...] es imposible comprender la criminalidad si no se estudia la acción del sistema penal que la define y que reacciona contra ella, comenzando por las normas abstractas hasta llegar a la acción de las instancias oficiales...». Refiere el autor, (*op. cit.*, p. 99), « [...] consideramos que una teoría crítica del sistema penal debe articularse sobre cuatro conceptos, que se refieren a cuatro distintos niveles de calificación de la realidad del comportamiento: a) *Desviación*: desviados son comportamientos o personas definidas como tales porque se apartan de modelos sociales de comportamiento (normas sociales) o de quienes reconocen tales modelos como válidos; b) *Ilicitud penal*: ilícitos penales son los comportamientos definidos como tales por la ley penal, es decir los delitos (*criminalización primaria*, por obra del legislador); c) *Criminalidad*: criminales son personas a quienes se han aplicado, con efectos socialmente significativos, definiciones legales de delito (*criminalización secundaria*, por obra de los organismos instituidos para la aplicación de las leyes penales); d) *Negatividad social*: son socialmente negativos los comportamientos que contrastan con necesidades e intereses importantes de los individuos o de la comunidad, con base en criterios de valoración tenidos por válidos...».

La postura metodológica propuesta busca articular una visión analítica del control penal del delito, que propende por establecer el nexo entre el proceso de criminalización formal de éste (que integra la tipificación legal del mismo [criminalización primaria] y su proceso de aplicación efectiva [criminalización secundaria]) y los procesos de selección penal (que operan no sólo en el plano jurídico-penal, sino además a nivel extra-institucional). Esta exigencia no es ajena en la Dogmática penal, que da cabida mediante la postulación de «sistemas abiertos» a la admisión de los fines del Derecho penal¹¹³ y, a través de ello, a fenómenos adyacentes. Muestra de ello es la concepción *roxiniana* de la unión entre *política criminal y sistema de Derecho penal*¹¹⁴, que da cuenta de la necesidad de «[...] ofrecer la base científico-empírica a la contemplación de la realidad»¹¹⁵. Y es que si «[...] la construcción teórica del delito debe partir de la *función político-criminal* del Derecho penal»¹¹⁶, y si una de tales funciones es la de prevenir delitos, la Criminología debe descomponer su proceso configurativo para poder ver las razones por las que, el Derecho penal, no puede cumplir esa concreta función. Esta posibilidad criminológica resulta coherente cuando se parte precisamente de una concepción de la norma jurídico-penal que se identifica no sólo como «imperativo de conducta», al que se le atribuye una función «motivadora»¹¹⁷, sino además con las valoraciones y principios que se hallan tras aquélla, máxime cuando el interés protegido por esa norma se describe por una entidad ética. De ahí que se comparta, como bien señala SILVA, que la «colaboración de dogmática y criminología ha de pasar ineludiblemente por el “puente” de la Política criminal»¹¹⁸.

¹¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 68: «Se trata, como antes se ha indicado, de conformar un sistema abierto, analizando además cuáles son los valores de referencia de cada categoría, qué finalidades inciden en la atribución de contenido a cada concepto, qué valores resuelven las colisiones de fines, etc. Todo ello con la pretensión de sentar las bases calculables de la posibilidad de una modificación del contenido real de cada categoría, en función de cambios valorativos o de variaciones en la relación existente entre los fines del Derecho penal y del sistema de la teoría del delito».

¹¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 70: «[...] ROXIN procede a orientar el sistema del Derecho penal a las finalidades de política criminal, que son varias y diversas entre sí, pudiendo darse casos de limitación recíproca: muy significativo es que ROXIN se refiera no a los fines de la pena, sino a los fines del Derecho penal en general, lo que para él es algo significativamente más amplio».

¹¹⁵ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases...*, p. 280. La unión de *política criminal y dogmática* puede hacerse compatible con la *concepción de la ciencia jurídica como ciencia social* y la *contemplación realista del proceso de aplicación de la ley* (p. 300): «En el sentido que ahora importa la política criminal se toma en función de conexión con la realidad criminológica [...]. Es el aspecto que destacó Von Liszt: la estrategia de la lucha contra el delito basada en el conocimiento científico-positivo (criminológico) del delito y de la pena. La política criminal tiende aquí un puente entre criminología y dogmática jurídico-penal. Ello no sólo es compatible con la consideración científico-social de la ciencia penal y la concepción realista de la aplicación de la pena, sino que les suministra un necesario complemento. En efecto, el conocimiento de las exigencias propias de la lucha contra el delito -esto es: de la política criminal basada en la criminología- es preciso tanto para una elaboración científico-social de los conceptos penales, como para una aplicación realista de la ley».

¹¹⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, pp. 136-137.

¹¹⁷ Al respecto, apunta SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 353: «Esta asociación entre concepción imperativa de la norma jurídico-penal y atribución a la misma de una misión de motivación es, según creo, correcta [...]». En similar sentido, MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases...*, pp. 57, 106, 107.

¹¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 98: «Se trata de formular claramente los resultados (empíricos) de la investigación criminológica propiamente dicha. A continuación, deben integrarse todos esos datos, junto con aquéllos de los que previamente se disponga, en un contexto general valorativo, a fin de que contribuyan a adoptar las decisiones de las que resultará el contenido (variable) de las premisas político-criminales, desde las más generales hasta las más específicas. Finalmente, debe dejarse «penetrar las decisiones valorativas políticocriminales en el sistema del Derecho penal»

Para ello se propone evidenciar la sinergia –latente– entre los postulados criminológicos fundamentados en la doctrina de la *libertad de acción* y las categorías *subjetivas* de la teoría del delito que se amparan en el mismo presupuesto de imputación. Tal relación permite, visto desde un plano individual, examinar las componentes motivacionales del delito en clave criminológica y dogmático-penal y, a partir de ello, comprender los procesos psicológicos desencadenados por las normas jurídico-penales¹¹⁹. Pero este nexo sugerido entre la estructura de la teoría del delito y ciertos presupuestos criminológicos utilizados para la explicación de ciertas tipologías tipificadas por la ley penal no trata de responder, en este caso, a la idea *lisztiana* de la «ciencia del Derecho penal conjunta» (*die gesamte Strafrechtswissenschaft*), sino a una Criminología vinculada a la Dogmática desde su función preventiva (político-criminal)¹²⁰. Tal vinculación se percibe claramente cuando se efectúa un diagnóstico criminológico sobre los criterios dogmáticos que interfieren en la eficacia preventiva de la norma, en este caso en concreto la rigidez de las reglas de imputación de conductas omisivas con repercusión criminal.

La consideración de la pena como incentivo *negativo* de la acción criminal, en consecuencia, ha de tener como presupuestos, primero, la libertad de acción (*capacidad de elección general*); segundo, la capacidad de ponderar los costes y beneficios de la acción criminal (*capacidad de elección concreta*); y, tercero, la posibilidad de incidencia del imperativo (*capacidad de motivabilidad*). Al respecto, como refiere SILVA, cuando se hace referencia a que la antijuridicidad requiere «motivabilidad» (esto es, «acceso a la motivación de la norma») y que la culpabilidad precisa «motivabilidad *normal*», lo que se quiere indicar es que «el sujeto pueda recibir de algún modo, o pueda recibir normalmente, el mensaje de la norma penal a fin de que ello incida sobre su conducta externa»¹²¹. Tras la concreta capacidad de elección de realizar delitos cuya configuración es eminentemente racional, no puede encontrarse más que el principio mismo que fundamenta los sistemas modernos de atribución de responsabilidad jurídico-penal: el de *culpabilidad* –y, con ello, la doctrina justificante de esa categoría sistemática: el «*poder actuar de otro modo*»-¹²².

¹¹⁹ Cfr., SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 354.

¹²⁰ Un sistema, como recuerda MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases... cit.*, p. 279, en referencia al *sistema dual* planteado por Von Liszt, «[...] en el que criminología y política criminal no encontraban reflejo en la dogmática», esto es, un intento de aproximación de la ciencia jurídico-penal a la realidad, en el que simplemente se añadía «[...] *al lado* de la dogmática jurídico-penal, y no en su seno, el estudio empírico del delito y de la pena», p. 299. En similar sentido, apunta VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho penal. Parte General*, Ed. Temis, Bogotá, 1994, p. 7: «Se trata, pues, de integrar las elaboraciones criminológicas y político-criminales a los planteamientos dogmáticos, configurándose así una *dogmática crítica*; esta parece ser la opción más viable, sobre todo cuando se piensa en países que, como en Colombia, muestran un relativo grado de evolución en este campo y poseen un “saber importado” desde las naciones centrales».

¹²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 358.

¹²² Respecto de la capacidad de los individuos de tomar decisiones racionales, apunta LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *InDret*, 3/2012, pp. 35-36: «Los seres humanos, a diferencia de los restantes animales y de las fuerzas naturales, al tener inteligencia y razón, y además poseer, salvo perturbaciones o desviaciones graves, también conciencia moral, que les hace valorar el significado de los actos como bueno o malo, han desarrollado la capacidad de sustraerse a la ley causal ciega de la naturaleza, incluyendo en gran medida a sus instintos e impulsos profundos y a su disposición y modo de ser, de poder por el contrario controlar la naturaleza y dominarla cada vez en mayor medida, de poder valorar tanto utilitaria como moralmente y de poder elegir y decidir entre posibles efectos, tanto en lo cotidiano y menos importante, como en lo más importante y trascendente».

Certificada esta «capacidad de motivabilidad» –general-, cabe preguntar luego por las fuentes de la motivación delictiva –concreta-. La pena no puede relegarse, como se apuntó, de esta estructura motivacional: porque aquélla está concebida, precisamente, para «contramotivar». A esta tarea contribuyen los presupuestos gnoseológicos que sustentan el modelo criminológico que será propuesto¹²³. Y es que si el Derecho penal intenta responder implícitamente a la pregunta de por qué un individuo no acata el mandato de la norma (*deber ser*), la Criminología puede responder por qué, ese mismo individuo, se desvincula de los mismos imperativos (*ser*). Pero pasa que, para responder a la primera pregunta, el Derecho ha de dar respuesta primero –tal vez *inconscientemente*- a la –eterna- cuestión que se plantea la Criminología tradicional: las razones por las que el individuo delinque¹²⁴. Por lo mismo la Dogmática no ha de ser ajena a los datos de la realidad que subyace al concreto fenómeno criminal. Al respecto, refiere SILVA que «no cabe que el dogmático ignore en su labor los datos de la realidad, pues lo contrario implica marginar toda la vertiente práctica de su ciencia»¹²⁵, esto es, «orientar el discurso dogmático a la realidad de los problemas penales»¹²⁶. Ello implica reconocer, como señala el mismo autor, que «la asunción o recepción de argumentos procedentes de las ciencias sociales produce un indudable efecto de “realismo” en el sistema jurídico»¹²⁷. Ello es consecuente con un sistema de Derecho penal erigido sobre la base de la indicada autoconsciencia humana¹²⁸.

¹²³ Este planteamiento metodológico multidisciplinar surge de la necesidad de dar una respuesta adecuada sobre las razones por las que, el *fin político-criminal de prevención general* vinculado al Derecho penal, fracasa frente a una fenomenología criminal en particular. Y es que si la prevención del delito descansa esencialmente sobre la idea de la *intimidación* de la sociedad, entonces resulta lógico que deba determinarse por qué, bajo determinadas circunstancias, no se produce tal efecto intimidante. Por esta razón dicha cuestión debe analizarse, como se apuntó, observando el condicionamiento recíproco del doble nivel del control penal: determinando cómo, la persecución del delito *perfecto* (plano *concreto* del control penal), incide ulteriormente en la prevención del delito *potencial* (plano *abstracto* del control penal). Por lo mismo, la determinación de los factores que frustran la función intimidatoria del Derecho penal frente a la colectividad en general, exige establecer de qué manera, la impunidad derivada de los procesos de selectividad penal, incide ulteriormente en la motivación criminal del individuo (entendida, por un lado, como estimulante específica del delito –según una concepción criminológica- y, por otro lado, como componente subjetiva de la infracción normativa –según una consideración dogmática-).

¹²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 97: «[...] en la actualidad, ni el Derecho penal ni, en particular, la dogmática del delito —que pretende abrirse a la realidad social— pueden construirse al margen de los datos que les proporcione la criminología en tanto que ciencia de los factores empíricos de la desviación delictiva. En efecto, cualquier construcción preventiva (orientada a fines) del Derecho penal ha de atender a las informaciones que le proporciona la criminología sobre los efectos que puede tener una pena en la vida futura del autor o sobre la eficacia intimidatoria o estabilizadora de determinadas conminaciones penales. Por añadidura, valen las mismas afirmaciones a propósito de una dogmática orientada a fines, que ciertamente precisa, de modo especial, adquirir conocimientos empíricos sobre el autor y la víctima».

¹²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 86.

¹²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 89.

¹²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 93: «En la medida en que tales ciencias sociales tienen por objeto el comportamiento humano, desde diferentes perspectivas, deben tenerse en cuenta los resultados alcanzados por ellas como objeto de valoración».

¹²⁸ Respecto de las tesis deterministas propugnadas desde las neurociencias, apunta DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *InDret*, 2/2011, p. 3: «[...] es muy dudoso que estas investigaciones puedan provocar un cambio de paradigma que ponga en cuestión radical la actual cultura jurídica. Según el punto de vista tradicional mayoritariamente sostenido por la Ciencia del Derecho penal el principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión de la persona, argumentándose que no se puede desconocer la existencia del libre arbitrio como fenómeno asentado en las estructuras elementales de la comunicación social y el propio entendimiento que el ser humano tiene de sí mismo».

Esta propuesta metodológica debe, pues, partir necesariamente de una concepción de la norma penal como imperativo, pero sin relegar la entidad valorativa que la misma precisa para afirmar su función preventiva. Porque es que si una norma prohibitiva tiene por fin proteger un interés superior definido por la ética, necesariamente deben vincularse las valoraciones que se hallan tras ella. Y es que si la antijuridicidad puede concebirse, como lo propuso MIR¹²⁹, «como infracción de una norma motivadora», ello ha de suponer que la propia norma «puede ser recibida de algún modo por su destinatario». Esta postura se compadece con la función preventiva que debe cumplir la pena bajo un Estado social y democrático de Derecho, que no es otra que la de poder incentivar a sus ciudadanos a no cometer delitos (como corolario del principio de culpabilidad)¹³⁰. A partir de ello señala que «Un primer límite que encuentra este mecanismo es que la motivación normativa sólo puede influir en la voluntad de sus destinatarios, y sólo a través de ella en sus acciones»¹³¹. Pero bajo tal modelo de Estado la función motivadora de la pena habrá de verse no sólo desde una concepción imperativa de la norma¹³², sino además en su entidad valorativa¹³³. Esta última visión contribuiría, como señala el mismo MIR, «a aprehender el significado pleno del Derecho positivo» según las valoraciones unidas a los principios que se encuentran tras las normas jurídicas¹³⁴. Ello no obsta, como también lo apunta MIR, «atribuir un significado directivo (en este sentido, “imperativo”), de regulación social, a la norma jurídico-penal, asignándole la función de crear expectativas sociales que motiven a la colectividad en contra de la comisión de delitos»¹³⁵. Y si ese mandato normativo dirigido al individuo se explica por su pretensión de «influir en su motivación y, a través de ella, en su conducta»¹³⁶, resulta coherente proponer una positivización exhaustiva del deber posicional que adquieren ciertos sujetos por razón de su cargo o función frente a la protección del bien jurídico encomendado –para que puedan ser motivados-. Delimitado el contorno de las obligaciones instituidas en cabeza de alguien tendentes a impedir la lesión de dicho interés superior, debe luego possibilitarse la adecuación de las reglas dogmáticas que permitan asegurar que la desidia dolosa de ese regidor obligado no quede impune.

¹²⁹ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 105: «La capacidad del sujeto de ser motivado por la norma constituye, pues, una condición del injusto y, por tanto, debe incluirse entre los elementos del hecho antijurídico».

¹³⁰ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 92: «[...] un Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho, que asuma la misión de proteger a la sociedad de forma democrática, ha de entender la culpabilidad desde otro ángulo: a partir de la función motivadora de la norma». Al respecto, apunta MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito...*, *op. cit.*, pp. 45 - 46: «La prevención a través de la pena sólo tiene lugar frente a los eventuales culpables dirigiéndoles la norma primaria apoyada en la norma secundaria».

¹³¹ De manera que el Derecho penal, como apunta MIR PUIG, Santiago, RECPC, 2004, pp. 13-14: «Sólo puede prohibir conductas voluntarias, en la medida en que su realización es —va siendo, en presente— guiada por la voluntad». Por lo mismo se dice que «La motivación normativa sólo puede operar *ex ante*, no *ex post*».

¹³² MIR PUIG, Santiago, RECPC, 2004, pp. 2 - 3 (En Nota nº 2): «Las normas penales, tanto las secundarias como las primarias, deben entenderse, pues, ante todo como expresión de un imperativo [...]. Las normas secundarias refuerzan esta motivación mediante la amenaza de la pena. Evidentemente, al imperativo precede la valoración negativa de la conducta (Derecho penal cit., 1ª ed. p. 30, 3ª ed. pp. 43 s. ».

¹³³ MIR PUIG, Santiago, RECPC, 2004, p. 7: «[...] las distintas categorías del delito sólo pueden entenderse adecuadamente en función de diferentes valoraciones y principios, y no sólo desde la idea de infracción de una norma de conducta».

¹³⁴ MIR PUIG, Santiago, RECPC, 2004, p. 4.

¹³⁵ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 42.

¹³⁶ MIR PUIG, Santiago, RECPC, 2004, p. 13.

Esta posibilidad de imputación de responsabilidad por la infracción omisiva del deber, como se ahondará en el Capítulo VIII, exige establecer un canal de diálogo entre la Criminología y la estructura imperativa y valorativa de la norma, que en este caso viene dado por el significado que el mismo individuo le confiere a los beneficios que le reporta el delito, al interés que lesiona y al castigo inherente. A partir de ello se observan los factores que afectan la eficacia de la norma. Para ello se busca vincular los procesos formales de aplicación normativa y la realidad social en que estos tienen lugar¹³⁷. Ello es posible, como se dijo, bajo la consideración de un sistema dogmático de carácter abierto¹³⁸. Éste permite realizar una valoración criminológica de los hechos sociales con significación penal desde la misma estructura formal del delito, en el que el plano ideal-abstracto en el que se mueve la norma penal, se aterriza a un nivel concreto-real (aplicativo). La *permisión individual* frente a lo irregular, amparada en un *falso compromiso* frente a un deber posicional, define esa realidad material que difiere del plano abstracto ideal imaginado por la ley penal. Y es de esta manera que se llegará a la conclusión de que cuando ambos niveles normativos difieran, cabrá, pues, esperar una menor eficacia de la norma jurídico-penal. Ahora bien, como apunta SILVA, «Que ello quizá no sea práctico, y le reste eficacia a la norma penal, no significa que no pueda tener lugar realmente»¹³⁹. El principio de *adecuación social*, desarrollado por la doctrina penal, es un ejemplo de esa divergencia entre realidad material y las aspiraciones del Derecho penal –y, con ello, la entrada de consideraciones psicológicas y sociológicas en el pensamiento penal-¹⁴⁰. Como se propondrá en el Capítulo VIII, la *tolerancia* instituida al interior de las entidades públicas frente a las prácticas irregulares que afectan sus procesos, sería la pieza de engranaje para articular la responsabilidad del gestor principal por «no hacer mayor cosa» frente a ello.

¹³⁷ En referencia a la noción de *normas de cultura* presentada por Mayer, refiere SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 319, que «[...] cabe, ciertamente, afirmar que la ley penal no tiene por qué presuponer una norma social-cultural precedente, cuyas infracciones se limite a sancionar. Hay, por una parte, ámbitos en los que el Derecho penal incide antes de que lo haga norma social alguna. Por otra parte, en los casos en que se encuentra con la preexistencia de una norma social de contenido dado, el Derecho penal puede proceder a acoger dicha norma, pero también puede regular esa materia de modo parcialmente distinto o incluso optar por una regulación contraria».

¹³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 148: «[...] De las conclusiones obtenidas en este punto (en el que inciden consideraciones criminológicas y propias, en general, de las ciencias sociales, por un lado, junto a otras filosóficas, valorativas, de teoría del Estado y del modelo antropológico que se acoge, hasta conformar una dirección político-criminal concreta), habrán de obtenerse las premisas básicas para la reconstrucción de las categorías, dilucidando qué aspectos de cada uno de los fines del Derecho penal se manifiestan en qué categorías».

¹³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 319.

¹⁴⁰ Y es que si, según este principio, deben quedar excluidas del *tipo* aquellas lesiones del bien jurídico adecuadas socialmente, no resulta descabellado concluir que, la disuasión penal efectiva de determinados delitos fracasa por circunstancias similares. Según la formulación original presentada por WELZEL sobre esta institución, según la cual, han de quedar por fuera del injusto aquellos comportamientos que se mueven funcionalmente dentro del orden constituido a través del tiempo, estas acciones que se «adecuan» socialmente, en la medida en que designan un «significado social» de un comportamiento de *no estar prohibido*, devela parte de las razones por las que fracasa el control penal frente a conductas graves toleradas socialmente. Por esta razón es que resulta necesario un estudio sociológico del delito y sus componentes. Como apunta SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 89, «[...] el descubrimiento de los elementos normativos del injusto (entre los cuales se cuentan naturalmente los que aluden a valoraciones o sentidos sociales); la concepción material de la antijuricidad; y el concepto normativo de culpabilidad, con la especial referencia a la importancia de los “*begleitende Umstände*”. En todos estos y otros campos es patente la posibilidad de incidencia de puntos de vista sociológicos».

Debe insistirse, pues, en que pese a la remisión directa a la legislación penal (*anti-corrupción*), el objetivo final del estudio no consiste en realizar un estudio dogmático-jurídico de las disposiciones legales que tipifican el fenómeno. Se trata más bien de abordar, partiendo de la propia estructura de la norma, una serie de aspectos que rebasan el contenido formal de la misma¹⁴¹: por ejemplo, la baja exigencia estatal a los regentes públicos respecto a su deber posicional. En suma, se trata de una investigación psico-socio-jurídica de carácter cualitativa, que estudia un fragmento del Derecho penal (los delitos de corrupción) en su vertiente dinámica (aplicativa) y comprensiva de la realidad fenoménica «imaginada» –y también «olvidada»- por la norma penal. Un análisis de tal tipo presupone, por tanto, la utilización de una perspectiva analítica «integradora»¹⁴². La razón es básica: la corrupción es un fenómeno multifactorial, es decir, intervienen distintas circunstancias en su proceso de generación; también es multidimensional: es un problema político, socio-cultural, ético-individual, jurídico-penal, en últimas, ligado a una moralidad pública juridificada. De ahí que su estudio, atendiendo al objeto de observación, pueda abordarse desde una u otra perspectiva, sobre todo cuando de lo que se trata es de establecer el vínculo que se forma entre el anómalo funcionamiento de los controles formales del Estado, los mecanismos de reacción social no institucional y el proceso de configuración del delito. Se trata, en este sentido, de un intento comprensivo acerca de la pervivencia del fenómeno, situando la impunidad como incentivo basilar del actuar criminal. Por tal razón, como se apuntó, este propósito implica determinar la génesis del proceso de desviación y la aplicación práctica de los mecanismos de reacción atendiendo al concreto tipo de delincuencia¹⁴³. A partir de los anteriores parámetros metodológicos, entonces, se procede a la redefinición valorativa tanto del bien jurídico como de la estructura interna de las normas que posibilitan la protección de aquél mediante la intimidación jurídico-penal.

¹⁴¹ Ello no conduce, como puede parecer, a excluir el análisis de aspectos propiamente jurídicos. Al contrario, un estudio de tal tipo resulta necesario para evaluar, más allá de las distintas definiciones legales mediante las que se incrimina el fenómeno, el grado de aplicación institucional efectiva. No se quiere en este trabajo, por consiguiente, evaluar el fenómeno de la corrupción únicamente desde la óptica del legislador, tratando así de no caer en un reduccionismo inapropiado, sino desde una perspectiva analítica mucho más amplia que permita examinar los distintos factores que limitan el control institucional y social del fenómeno. Como pone de manifiesto BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 167-168, un planteamiento crítico del Derecho penal, por supuesto también de los mecanismos e instituciones de control social, no debe considerar el Derecho penal como un «sistema estático de normas sino como sistema dinámico de funciones». Según el autor, desde tal perspectiva, pueden distinguirse tres mecanismos susceptibles de analizarse por separado: «el mecanismo de la producción de las normas (criminalización primaria); el mecanismo de aplicación de las normas, es decir el proceso penal que comprende la acción de los organismos de averiguación y que culmina con el juicio (criminalización secundaria), y finalmente el mecanismo de la ejecución de la pena o de las medidas de seguridad».

¹⁴² Frente a los enfoques diferenciados para el abordaje de la corrupción: GIL VILLA, Fernando, *La cultura de la corrupción*, Ed. Maia Ediciones, Madrid, 1991, p. 52, «La aportación del análisis social debe ser precisamente la de ampliar la perspectiva, algo tan necesario en un mundo donde los fenómenos sociales son cada vez más complejos y obedecen a un conjunto de variables cada vez mayor y más interrelacionado».

¹⁴³ Cabe apuntar que el hecho de adoptar una postura analítica especialmente *criminológica*, tiene por lo menos una consecuencia en el plano metodológico. Ésta tiene que ver con la demarcación del ámbito *espacial*. Como se apuntó, no se trata de analizar las deficiencias del control penal de la corrupción en un país determinado, sino de buscar, a pesar de las referencias directas sobre los ordenamientos de ciertos Estados, parte de los defectos estructurales comunes a diversos sistemas penales. Así las cosas, los planteamientos *socio-criminológicos* que serán esbozados a lo largo del análisis, forman parte del conjunto de presupuestos teóricos utilizados para comprender parte de los factores que interfieren, en primer término, en el deficitario control penal del delito y, ulteriormente, en su proceso de producción.

CAPÍTULO I

PERFILAMIENTO DE LA NOCIÓN DE INTIMIDACIÓN: CONCEPCIÓN SIMBÓLICA DEL MIEDO JURÍDICO-PUNITIVO

1. Introducción

Muchas personas adecúan su comportamiento a los mandatos determinados por la ley penal por incidencia directa del miedo a recibir los castigos que prometen las autoridades que ordenan su cumplimiento. El supuesto más evidente de esa fuerza suasoria puede personificarse en aquellos que, decididos a llevar a cabo un determinado acto ilícito (como entrar a un banco y apoderarse de una suma de dinero), desisten de ello luego de percatarse de la presencia efectiva de la policía. Difícilmente puede negarse aquí que el desistimiento no viene inducido por la aversión al castigo. Es este un tipo de disuasión fundado en un control de orden instrumental y que responde fundamentalmente a una amenaza concreta y real de castigo generadora de un tipo de «miedo» adaptativo (conductual). Distinto es un tipo de miedo de orden abstracto, emanado de una amenaza irreal y omnipresente. Es este el tipo de fuerza suasoria que, según se propone en este trabajo, experimentan aquellas personas que aun sin representarse la posibilidad de cometer un delito, sin embargo se sienten de alguna manera atemorizados por el Derecho penal. En uno y otro caso, como se desarrollará, tanto la persona que se ve disuadida por la presencia efectiva del factor de riesgo como aquella que tan sólo efectúa una proyección abstracta del mismo, tendrían en común la misma representación simbólica que teóricamente se atribuye a esa modalidad de castigo: una imagen aversiva sobre todos los efectos perjudiciales asociados a la prisión, por ejemplo. Bueno es advertir en este punto que también existen algunas personas que desestructuran cognitivamente esas representaciones convencionales que teóricamente generan miedo en «todo el mundo». Es el caso de aquellos, siguiendo el ejemplo referido a las imágenes construidas en torno a la prisión, que no experimentan miedo alguno en caer en ella (al punto de que muchos pueden delinquir con el único fin de regresar a ese «temeroso» mundo). El presente capítulo, por tanto, tiene por objeto caracterizar las referidas categorías de miedo a las que se vincula la disuasión adaptativa y cognitiva del delito. La cimentación de esta tesis es necesaria para luego argumentar cómo la impunidad del crimen, más allá de constituir una variable motivacional del esquema de la disuasión instrumental, permite la de-construcción cognitiva del miedo al castigo jurídico-penal.

2. Perfilamiento del paradigma epistemológico y la perspectiva teórica utilizados en la delimitación de la doble entidad del miedo punitivo: conductual y cognitivo

Hasta este punto se habrá podido apreciar que en este trabajo se aborda el problema de la disuasión jurídico-penal desde una mirada *psico-social*. Teóricamente, se trabaja desde una perspectiva criminológica afincada en los postulados de la Psicología Cultural y la Sociología en sus vertientes Criminal y Jurídico-penal. La mirada psicológica, acorde con su propio objeto, se define por ese conjunto de reflexiones sobre la concreta experiencia psíquica: en este caso, la emoción «miedo». La mirada social, por su parte, estaría referida a la dimensión cultural de esa experiencia. Pero la tesis formulada, debe insistirse, es tan sólo una proposición sobre uno de los *modos* de entender la disuasión normativa de orden legal. Ese *modo* no se define por lo *biológico*, sino por lo *simbólico*, sin querer significar que lo psíquico no pueda hallarse afectado por lo orgánico. Ontológicamente, el modo de concebir el objeto de estudio (el comportamiento corrupto), se define por la naturaleza significativa de la acción para el propio infractor. Llevada esta perspectiva analítica a un supuesto, bajo la mirada propuesta lo que interesa no es qué significado tiene una institución como la prisión para el legislador, los teóricos y la mayoría de individuos que no delinque, sino para ese número de sujetos que hallan una justificación para apartarse de los correspondientes imperativos legales. Uno de los grandes problemas de la ineficacia disuasiva, por tanto, es creer que todos los individuos piensan de igual forma que quienes respetan la norma. Para entender el fenómeno de la desviación normativa, según la tesis que aquí se propone, ha de adentrarse en el mundo de significados del propio infractor.

El enfoque de análisis es, pues, claro: una visión psico-social del castigo legal (la dimensión social de lo psicológico): Interesa cómo se relaciona el delincuente con su mundo social y físico y la forma cómo repercute esa relación en su experiencia psicológica. Para la comprensión de tal relación y su incidencia sobre el crimen se hablará de tres niveles de inmersión del individuo en los significados de su entorno cultural: el primero de ellos es el *interpersonal* (o cara a cara), a partir del cual se aborda la mediación cognitiva de significados sobre el individuo en sus entornos privados: familia, amigos, etc. El segundo nivel está referido a la afectación del individuo por entornos grupales (*interacción grupal*): compañeros de trabajo, enlaces profesionales, etc. Desde este nivel se evalúan las repercusiones del grupo sobre la esfera personal. El tercer nivel estaría referido a las relaciones colectivas más amplias (*interacción social*). Desde este nivel se atiende a la manera cómo se comporta el individuo en su entorno social en tanto que miembro de un sistema histórico-cultural concreto, esto es, cómo le afectan las creencias populares, la moral dominante, los usos sociales, las costumbres, etc. En la concatenación de estos tres niveles, precisamente, adquiere la Psicología Cultural su mayor relevancia. Se discutirá cómo esos cánones culturales como el materialismo o el hedonismo instituidos socialmente (tercer nivel), luego se traducen a nivel personal en la necesidad perene de lograr *símbolos de estatus*¹⁴⁴; los mismos símbolos que pueden representarse a través del elemento propositivo que normalmente induce la comisión de los delitos de corrupción: dinero.

¹⁴⁴ DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus* (Trad. Jesús de Cuellar), Ed. Taurus, 2004, p. 7, define la noción en sentido amplio como: «[...] el valor e importancia que uno tiene ante los ojos del mundo».

Esta mirada psico-social del delito no busca negar la teorización clásica del castigo, sino, más bien, rescatar el contenido simbólico del mismo¹⁴⁵: lo que piensan los propios infractores de la ley penal sobre su instrumento coactivo. La certeza del castigo, según esta mirada, no puede concebirse con independencia de las representaciones o imágenes que constituyen la experiencia psicológica del propio delincuente. La observación de los incentivos que inducen la conducta criminal desde los mismos presupuestos ontológicos que soportan la función disuasoria de la pena, por tanto, no impide tener en cuenta esas valoraciones sociales que se hallan tras la generación del concreto fenómeno delictivo y del funcionamiento de los mecanismos de disuasión (formales e informales)¹⁴⁶. Consiguientemente, el paradigma epistemológico, el enfoque metodológico y la batería teórica utilizados para el examen del miedo al castigo, deben necesariamente permitir la entrada de *lo subjetivo* en ese modelo teórico que se pregunta por la entidad cultural del delito. Ello es coherente cuando se establece una relación circular entre los procesos de selección penal –mediados por la persecución ineficiente del delito y la tolerancia social de sus factores- (plano reactivo) y la capacidad motivadora de la pena (plano preventivo).

Sería esa impunidad resultante de tal selección punitiva, como se ha indicado, la que posibilitaría el control conductual de situaciones aversivas de orden real y el control cognitivo a partir de su sola representación¹⁴⁷. Por ello tal propósito exige situar su estudio en esos dos planos analíticos en los que la percepción individual que permea la construcción subjetiva del miedo, tiene la vocación de incidir ulteriormente en los procesos de decisión criminal. Por lo anterior se llega a deducir que la *cultura de la indulgencia*, por un lado, puede motivar positivamente la generación de prácticas corruptas, pero también, por otro, menoscabar los procesos de reacción social frente a ellas –y, con ello, la fuerza suasoria del Derecho penal frente a sus destinatarios-. Por consiguiente, para comprender por qué se afecta la capacidad motivadora de la norma jurídico-penal frente a una especial tipología de delincuentes, no sólo se tendrían en cuenta esos factores que limitan la operatividad de las agencias penales frente a la realización circunstancial de una conducta criminal, sino también las repercusiones que, la propia *cultura de la indulgencia*, genera sobre las restricciones de autocensura que condicionan el control interno del individuo.

¹⁴⁵ Cfr., ALVIRA MARTÍN, Francisco, EPC, 1984, pp. 14-15.

¹⁴⁶ Las valoraciones vinculadas a los bienes jurídico-penales, apunta MIR PUIG, Santiago, RECPC, 2004, p. 5: «[...] han de ser tomados en cuenta para comprender el significado específico de las distintas categorías de la teoría del delito [...]. Se puede evaluar con más fundamento una norma jurídica si se conoce qué valores protege o cómo resuelve un conflicto de valores». Efecto de ello, como refiere el mismo MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 41: «La teoría del delito no se halla, en efecto, desvinculada del fundamento y la función de la pena».

¹⁴⁷ Sobre la reducción de emociones aversivas a través de la «controlabilidad» de la situación generadora, apunta BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 466: «Desde la perspectiva cognitiva social, lo que hace que los acontecimientos potencialmente aversivos resulten temibles es, sobre todo, la ineficacia percibida para afrontarlos. En la medida en que el individuo piense que puede prevenir, terminar o disminuir la gravedad de los acontecimientos aversivos, dejará de tener razones para temerlos. Sin embargo, si se consideran incapaces de controlar adecuadamente las posibles amenazas, tendrán poderosas razones para temerlos. [...] Un sentido de controlabilidad puede conseguirse de forma conductual o cognitivamente. [...] En el control de tipo conductual, el individuo desarrolla conductas que impiden o atenúan los acontecimientos aversivos. [...] En el control de tipo cognitivo, el individuo cree que puede dominar las amenazas del entorno que puedan surgir».

La consideración estructural del control de la corrupción pública conlleva, por su propia naturaleza simbólica, a que un análisis sobre la inoperancia del *principio de prevención* enmarcado bajo los presupuestos de la *teoría de la motivación de la norma*, no pueda prescindir de las valoraciones sociales sobre el delito y el castigo cimentadas históricamente. Su genealogía socio-cultural no impide hablar de esa intersección entre el esquema psicológico de la disuasión normativa y el paradigma ontológico de la racionalidad¹⁴⁸. Por el contrario, es esa relación entre *entorno* y *psique* la que permite hablar del condicionamiento cultural del comportamiento delictivo, esto es, del aprendizaje vicario a partir de los entornos simbólicos¹⁴⁹. Un análisis de tal tipo implica, por tanto, proyectar un modelo criminológico sobre la base de un paradigma epistemológico que, más allá de integrar las variables objetivas que median en el proceso configurativo del delito, en este caso el dúo impunidad-oportunidad, permita explorar la dimensión cultural (subjettiva) constituyente del mismo y de los procesos de control disuasivo inherentes.

Y es por ello que dicho análisis ha de desarrollarse, en consonancia con esta dimensión simbólica, desde el paradigma interpretativo¹⁵⁰. Tal plano epistemológico posibilitaría realizar un análisis interdisciplinar del delito y del control penal desde la misma lógica positivista en la que se ampara la Criminología tradicional, aunque sin relegar su estructura significativa. De este modo se analiza no sólo la configuración sincrónica del delito y de los factores que limitan su prevención situacional, como por ejemplo la escasez de recursos para el descubrimiento y persecución eficaz de comportamientos corruptos, sino también su estructuración diacrónica, como por ejemplo la incidencia de la tolerancia social del delito sobre las autorrestricciones del individuo¹⁵¹. En el capítulo siguiente se realiza un análisis amplio sobre la conveniencia de adoptar dicha postura epistemológica cuando se afirma la conciliación entre los procesos racionales de decisión humana que desencadenan en comportamientos corruptos y la pre-configuración cultural de sus propios incentivos.

¹⁴⁸ La proyección y ejecución de los delitos complejos, como los de corrupción, sólo puede ser compatible con un comportamiento adecuado a la sofisticación de la conducta. Al respecto, apunta BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 300: «La teoría de la disuasión está formulada en términos de las creencias sobre los costos y beneficios futuros de las pautas de comportamiento alternativas. Las perspectivas de éxito dependen en gran medida de la habilidad con que se ejecuten las actividades. Por tanto, para comprobar los supuestos de esta teoría es necesario realizar un microanálisis de la influencia de los juicios del individuo acerca de sus capacidades y acerca de los resultados probables sobre las elecciones conductuales que realiza».

¹⁴⁹ Frente a la potencialidad de los motivadores vicarios para condicionar el comportamiento humano, señala BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 306: «Los resultados observados pueden modificar la conducta exactamente igual que lo hacen las consecuencias experimentadas directamente. Como regla general, al observar que determinadas pautas de comportamiento de los demás consiguen el éxito aumenta la tendencia del observador a comportarse de forma parecida, mientras que observar el castigo de la conducta disminuye la probabilidad de utilizar medios de conducta similares».

¹⁵⁰ El *paradigma interpretativo* comprende, de acuerdo con CORBETTA, Piergiorgio, *Metodología y técnicas de investigación social*, p. 18: «[...] todas las perspectivas teóricas para las que la realidad no puede ser sólo observada, sino que debe ser “interpretada” ». Significa ello que el comportamiento humano, más que explicarse, debe comprenderse. Para Weber, según apunta CORBETTA, Piergiorgio, *Metodología y técnicas de investigación social*, p. 21 « [...] comprender un acto de un individuo significa hacerse con medios de información suficientes para analizar las motivaciones que lo inspiran».

¹⁵¹ Citando los trabajos de Walters, Leat y Mezei (1963), Walters y Parke (1964), Walters, Parke y Cane (1965), apunta BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 312: «Las personas que han observado que los modelos han sido castigados por violar las prohibiciones tienen menos tendencia a transgredir que aquellas otras que han visto que éstos han sido recompensados o simplemente ignorados».

Desde tal paradigma epistemológico, como se verá, no se concibe el delito y el castigo legal en términos netamente instrumentales, sino mediados por esas disensiones intersubjetivas afincadas en los discursos populares y que inevitablemente intervienen en la configuración de los procesos de decisión. Ello es consecuente con una concepción de libertad entendida como la posibilidad humana –no falsable empíricamente- de tomar racionalmente decisiones a pesar de su pre-configuración cultural. Psicológicamente, esa pre-configuración experiencial permite hablar de «determinación» comportamental; pero este tipo de condicionamiento, en la medida en que el individuo conserva cierto grado de control sobre la influencia de las situaciones, no le impide que tome decisiones racionalmente¹⁵². De ahí que no se comparta la tesis formulada desde las neurociencias sobre el determinismo de la voluntad humana acerca de que los actos del hombre, como recuerda LUZÓN PEÑA, « [...] están totalmente determinados por factores externos e impulsos inconscientes que el sujeto no controla en absoluto (negación de la libertad de decisión o libre albedrío humano)»¹⁵³. Es así como se arriba a la conclusión de que los motivos de la decisión humana o las presiones de distinto orden que en inciden en ella no se podrían evitar ni controlar¹⁵⁴. Para concluir lo contrario, como se verá, se recurre a un modelo criminológico articulado a partir de un grupo de *categorías básicas de entendimiento* de naturaleza sociológica y psicológica cuyo edificio teórico, erigido sobre la base de la doctrina de *libertad de acción*¹⁵⁵, permite conciliar el curso de construcción cultural del hombre y la racionalidad de sus decisiones. Dicho constructo teórico deberá servir para entender la inoperatividad del *principio del fin*¹⁵⁶, el que, según la tesis que aquí se postuló, se vería anulado por esos consensos intersubjetivos justificantes del delito.

¹⁵² En referencia a la «*La libertad como ejercicio de la autoinfluencia*», apunta BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 61: «Como el individuo puede ejercer cierto grado de control sobre la influencia de las situaciones, no es posible eximirle nunca de la responsabilidad de su conducta».

¹⁵³ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *InDret*, 3/2012, p. 4.

¹⁵⁴ Sobre esta posición *determinista* de las neurociencias respecto de la voluntad humana, apunta LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *InDret*, 3/2012, p. 20: «Y eso mismo sostienen actualmente científicos experimentales como representantes de las neurociencias (neurobiología etc.), que sostienen que las investigaciones empíricas sobre la estructura y conexiones neuronales entre partes del cerebro indican que no hay decisión libre y consciente en la actuación humana, pues ésta viene ya prefijada por procesos neuronales. Es más, la creencia humana de que decide la libre voluntad dirigida por el yo consciente es un espejismo o autoengaño, porque las investigaciones neurocientíficas afirman que son los impulsos y deseos inconscientes del sistema límbico del cerebro los que realmente deciden unos instantes antes de que los percibamos conscientemente [...] Si esto es así, para la mayoría de los cultivadores de las neurociencias, la libertad de voluntad y decisión es un artificio inexistente, una mera ilusión, no porque no se pueda probar, sino porque se puede probar que no existe».

¹⁵⁵ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 31: «El delito, como acción, es para Carrara y para la escuela clásica un ente jurídicamente calificado, poseedor de su propia estructura real y de su propio significado jurídico autónomo, que surge de un principio a su vez autónomo...: el acto de la libre voluntad de un sujeto». GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 165: «En esta línea de pensamiento se atribuye a los seres humanos la capacidad y la libertad para decidir acerca de cometer o no delitos (*libre albedrío*)».

¹⁵⁶ La *ideología de la defensa social* descansa, según BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, pp. 36-37, sobre una serie de principios: a) *Principio de legitimidad*; b) *Principio del bien y del mal*; c) *Principio de culpabilidad*; d) *Principio del fin o de la prevención*; e) *Principio de igualdad*; f) *Principio del interés social y del delito natural*. Por contraponerse directamente a la *impunidad* del delito, el análisis dará cuenta acerca de cómo, el *Principio del fin o de la prevención* que sustenta dicha *ideología*, en la práctica resulta negado por incidencia de *factores de selección*. Según este *principio*, «La pena no tiene –o no tiene únicamente- la función de retribuir, sino la de prevenir el crimen. Como sanción abstractamente prevista por la ley, tiene la función de crear una justa y adecuada contramotivación al comportamiento criminal».

El enfoque propuesto parte, pues, de una redefinición de la racionalidad instrumental del comportamiento delictivo a partir de la capacidad cognitiva del hombre de procesar los significados de su entorno. Se adopta así una concepción de *acción* que presupone no sólo la capacidad en el individuo de realizar esas *elecciones* –ilícitas–, sino también la «tensión» entre su contenido propositivo y restrictivo: Se afirmará que la intención que subyace a la acción corrupta, además del elemento finalístico, integra el factor de aversión. Para ello debe integrarse la noción de «*agentividad*»¹⁵⁷ a la «*teoría de la motivación*», pues la libertad de acción presupone no sólo esa capacidad *electiva*, sino además su cualidad *intencional*. Y si la esencia de las acciones corruptas es la intencionalidad, debe buscarse su significado en la capacidad estructurante de la cultura. Se trataría de una *intencionalidad* culturalmente estructurada por los valores instituidos en comunidad, que no sólo orientarían la acción hacia los *finés* instituidos en ésta (dinero, prestigio, etc.), sino que también neutralizarían la capacidad regulativa del Derecho penal¹⁵⁸. Por ello la asunción de tal tesis implica dar respuesta a la cuestión atrás formulada; contestación que, en el fondo, daría cuenta de las razones del mantenimiento de la corrupción en una época en la que, en teoría, las entidades públicas se encuentran sometidas a un mayor control: ¿Qué factores impedirían al Estado, según el doble nivel teórico del control penal, la prevención eficaz de la corrupción? El trabajo va encaminado, pues, a exponer una respuesta a esta cuestión.

Los factores de impunidad de la corrupción se situarían, de este modo, en las dinámicas relacionales instituidas en los tres niveles de interacción personal indicados. En estos mismos niveles se situaría el proceso de-constructivo del miedo punitivo. Por consiguiente, resulta obligado observar no sólo las dificultades intra-institucionales que obstaculizan la persecución de los delitos perpetrados, como por ejemplo la complejidad misma del hecho, sino también aquellas circunstancias extra-institucionales, en este caso la falta de *reproche ético-social*, aspecto que se encuentra estrictamente vinculado al funcionamiento deficiente del sistema penal¹⁵⁹. El relativismo de la sociedad frente al fenómeno, bajo esta idea, se vincula al substrato material que precisa la norma jurídico-penal para incrementar su eficacia preventiva. La importancia de este aspecto no es menor: La indolencia –tal vez inconsciente– de la sociedad frente al ejercicio ilegítimo del poder por parte de sus representantes públicos, constituye uno de los factores de *selección negativa* más importantes con incidencia directa e indirecta en la función motivatoria del Derecho penal: *indirecta*, en la medida en que, la actitud social consecuenta frente a pautas comportamentales indecorosas, estaría en conexión con los frenos inhibitorios internos del individuo; y *directa*, puesto que la misma falta de reproche, incidiría en la persecución eficaz del delito (por cuanto devendría improbable una denuncia de naturaleza formal)¹⁶⁰.

¹⁵⁷ El concepto de «*agentividad*» se define, según BRUNER, Jerome, *Actos de significado. Más allá de la revolución cognitiva* (Trad. J. C. Crespo y J. Linaza), Ed. Alianza, Madrid, 1990, p. 90, como aquella «acción dirigida a determinadas metas controladas por agentes».

¹⁵⁸ Cfr., MERTON, Robert, *Teoría y estructura sociales*, FCE, México, 1992.

¹⁵⁹ NIETO, Alejandro, *El desgobierno de lo público*, Ed. Ariel, Barcelona, 2012, p. 196: «No caben, contra lo que suele creerse, vicios públicos en un contexto social virtuoso [...]». Por lo mismo, puntualiza el autor, «[...] es lógico pensar que la vida pública refleja con fidelidad la temperatura ética del cuerpo social».

¹⁶⁰ De ahí que se afirme que la fuerza suasoria de la pena coincide con otras fuerzas reguladoras. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, p. 27: «[...] la norma penal sólo puede tener eficacia motivadora si va acompañada en la misma dirección por otras instancias sociales motivadoras».

La dimensión estructural del delito permite observar las repercusiones de la impunidad en una extensión mayor. Permite comprender que si el Derecho penal no se apoya en un consenso social amplio, su función intimidante fracasa por cuanto el mensaje coercitivo se queda sin canales para la mediación¹⁶¹: si en el seno de la familia se banaliza el delito, por ejemplo, ese mensaje apenas podrá operar. De ahí la importancia de descifrar el significado de los propósitos culturalmente arraigados que se hallan tras la generación de prácticas corruptas en la tarea de comprender las razones por las que la conminación abstracta de la pena no puede contrarrestar esas justificaciones sociales. Piénsese, por ejemplo, en la falsa creencia social acerca de que el recibo de comisiones corruptas «no hace daño a nadie». El señalamiento de tales valoraciones permitiría poner de relieve la divergencia consensual existente entre el desvalor formal de la acción típica atribuida por el legislador al correspondiente comportamiento punible, por un lado, frente a las estimaciones atribuidas por el conjunto de la sociedad, por otro lado¹⁶². Se produciría, así, algo similar a lo que MUÑOZ CONDE denominaría «*disociación entre normas sociales y normas penales*»¹⁶³.

Tal disociación entre normas sociales y normas penales, según lo enseña la propia realidad, deja ver la gran brecha existente entre los intereses generales tutelados por el Derecho penal (valoraciones jurídicas) y el consenso social real criminalizante de acciones corruptas. Ello tiene relación con lo que coloquialmente se conoce como la «doble moral» de los políticos, los que mientras, por un lado, prometen luchar contra la corrupción, por otro se financian irregularmente. Luego, gran parte de los miembros del correspondiente círculo social, por diversos factores vinculados a su proceso de enculturación, no logra aprehender la *mala esencia* de este tipo de acciones. De ello se sigue que si la valoración cultural de tales acciones es positiva, se anulará cualquier tipo de reacción social. Y ante la ausencia de reacción social negativa, resulta utópico pretender que el Derecho penal pueda contraer la corrupción apelando a la sola fuerza contramotivante de la pena, pues el mensaje constrictivo carecerá de canales comunicativos. De ahí que la pena deba concebirse, como luego se verá, como un «*refuerzo constrictivo de la subjetividad*»¹⁶⁴.

¹⁶¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, pp. 26-27: «Las normas penales por sí solas son insuficientes y paradójicamente demasiado débiles para mantener el sistema de valores sobre el que descansa una sociedad. De nada servirían ni la conminación penal contenida en las mismas, ni la imposición de la pena, ni su ejecución, si no existieran previamente otros sistemas de motivación del comportamiento humano en sociedad. La conciencia moral, el superyó, la ética social se forman desde la niñez en referencia primariamente a situaciones y comportamientos de otras personas, y sólo secundariamente y a partir de un determinado grado de desarrollo intelectual en referencia a las normas penales. Así, por ejemplo, todo mundo sabe que matar o robar está prohibido, pero este conocimiento se adquiere primariamente como norma social y sólo posteriormente como norma jurídica penal. Es más, difícilmente puede tener eficacia motivadora alguna, la norma penal en orden a inhibir estos comportamientos, si no va acompañada de otros factores motivadores e igualmente inhibitorios».

¹⁶² MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, pp. 27-28: «Son muchos los casos que se pueden citar de discrepancia entre la función motivadora de la norma penal y la función motivadora emanada de otras instancias de control social. A veces las normas sociales no sólo dan una imagen deformada del derecho penal, sino que también desarrollan estrategias de neutralización o de modificación de las exigencias contenidas en las normas penales. No hace falta citar el caso del aborto para reflejar hasta qué punto sucede esto en la realidad criminológica de nuestros días».

¹⁶³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, p. 29.

¹⁶⁴ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, EPC, n.º. 1, 1977, pp. 47-48: «Sin negar la función preventiva que el Derecho cumple, hay que reconocer que la realidad se moldea más por obra del hábito, de las creencias, convicciones o prejuicios, que de la real virtualidad de las normas jurídicas».

2.1. Premisas filosófico-penales de la función intimidatoria del Derecho penal: la certeza y el castigo ejemplar como presupuesto de su entidad aversiva

La definición psicológica del miedo punitivo, según se ha indicado, implica indagar por su comprensión filosófica. Amplio acuerdo existe sobre el hecho de que los sistemas penales modernos siguen aferrados a la clásica formulación filosófico-penal de la pena en su dicción intimidatoria para intentar la prevención del delito. Esa esperanza disuasiva que se irroga a la amenaza de castigos, como también parece haber acuerdo, se afianza en esa presunta capacidad que tiene el hombre de ponderar entre los beneficios y los costes que vienen asociados a la comisión del delito; algo así como la capacidad que tiene el fiel creyente de ponderar entre el bien y el mal. Este planteamiento dicotómico de la infracción normativa, como se sustentará, permitiría respaldar la idea de que la acción –criminal– tiene una configuración compleja en la que confluyen significados sobre lo «bueno» y lo «malo» del concreto acto antinormativo. Ello permite afirmar que la racionalidad que preside el proceso de resolución personal puede estar gobernada por ambos aspectos. Y si esta idea resulta plausible, la función disuasoria de la pena amparada en la creación de «miedos» terrenales se hallaría limitada por los significados que a ellos se asocian. ¿O qué otra cosa es la función intimidatoria de la pena en su dicción de *castigo ejemplar*, sino simbolismo? Tal tesis se halla en el fundamento mismo del «derecho de penar», en este caso, en los presupuestos utilitaristas de las *teorías relativas* de la pena (interesadas en avizorar las soluciones para que el hombre «no delinca»¹⁶⁵). Dichos postulados pueden hallarse en algunas de las premisas filosófico-penales de la *escuela clásica*¹⁶⁶. Una de las principales, de carácter marcadamente utilitario, se fundamenta en el propio paradigma del *libre albedrío*, que presupone la libertad de acción del individuo y, por correspondencia lógica, el delito como *elección voluntaria y racional*. Esta postura implica, como ya se adelantó, partir del presupuesto de que el hombre, en la medida en que es un ser «libre» y «racional», posee la capacidad de autodeterminarse por la razón –y no, por contra, regirse por rígidas determinaciones-¹⁶⁷. Luego se argumentará que esa racionalidad es subjetiva.

¹⁶⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de Derecho penal. La ley y el delito*, 3ª ed., Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1958, p. 45.

¹⁶⁶ Con respecto a los criterios definitorios de la *escuela clásica*, refiere JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de Derecho penal...*, p. 45: «La Escuela clásica ofrece estos caracteres comunes: a) Método lógico-abstracto, puesto que el Derecho penal, por ser Derecho, había de trabajarse con esa metodología; b) Imputabilidad basada sobre el libre albedrío y la culpabilidad moral: Carrara dijo ya que no podía concebirse el Derecho penal sino construido sobre esas bases; c) El delito como ente jurídico, ya que para los clásicos la acción delictiva no es un “ente de hecho”, sino el concepto jurídico del que, según Carrara, se derivan todas las consecuencias de su sistema de Derecho penal; d) La pena se concibe por los clásicos como un mal y como un medio de tutela jurídica».

¹⁶⁷ Respecto del *rígido determinismo* propugnado por los representantes de la *escuela positiva*, apunta FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, (Trad. Perfecto Andrés Ibáñez / Alfonso Ruiz Miguel / Juan Carlos Bayón Mohino / Juan Terradillos Basoco / Rocío Cantarero Bandrés), Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 267: «En contraposición a las doctrinas pedagógicas de la enmienda, que como las retribucionistas y las de la intimidación general suponen el principio del libre albedrío, estas teorías son la versión penal y criminológica del determinismo positivista, es decir, de una concepción opuesta pero igualmente metafísica del hombre, considerado como entidad animal carente de libertad y completamente sujeta a las leyes de la necesidad natural». Frente a la oposición de la *escuela positiva* al *libre albedrío* propugnado por la *escuela clásica*, recuerdan TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 41: «Los positivistas rechazaron por completo la noción clásica de un hombre racional capaz de ejercer su libre albedrío».

De la referida premisa de la racionalidad se derivan dos conclusiones compatibles: 1) los movimientos corporales no se hayan plenamente regidos por leyes naturales; 2) las acciones pueden regirse por normas. Esta última consideración implica reconocer que el hombre puede restringirse por el temor al castigo legal. Bajo estas fórmulas se erigen, precisamente, las perspectivas criminológicas de la *elección racional*. Como recuerdan CID y LARRAURI, «La similitud de la teoría de la elección racional con la escuela clásica se basa en que esta perspectiva asume que el delito es una opción racional, basada en la maximización de ganancias y minimización de costes»¹⁶⁸. Ya en términos dogmáticos, en esa misma libertad de acción se fundamentan aquellos sistemas de responsabilidad que cimientan en la configuración libre del acto punible la culpabilidad: el «poder actuar de otro modo»¹⁶⁹. Es así como el principio de libertad de acción se instituye en el pilar basilar de una estructura gnoseológica que presupone la racionalidad disuasiva, pues sólo si el individuo puede «elegir» libremente el camino de la desviación, es posible intimidarle.

Para afirmar esa entidad voluntaria y racional del comportamiento, por tanto, ha de aceptarse una concepción instrumental de la pena acorde con aquélla premisa *clasicista*. Y es que afirmar que el individuo realiza un complejo proceso mental para planear y ejecutar determinados delitos, implica, al mismo tiempo, reconocer que la amenaza de pena puede motivarle (atemorizarle)¹⁷⁰. Para BENTHAM, como cabe recordar, la «búsqueda de placer» y la «huida del sufrimiento» constituirían dos poderosas fuerzas con capacidad de incidir sobre la motivación humana: en la previsión de las consecuencias «agradables» o «dolorosas», como el castigo, se fundaría aquella fuerza que teóricamente le llevaría a desistir del delito¹⁷¹. Es este el mismo presupuesto en el que se ampara la concepción de pena de raigambre psico-estimular: «coacción psicológica»¹⁷². Para FEUERBACH, justamente, la amenaza de pena permitiría contrarrestar los «impulsos» y «pasiones» criminales en cuanto factor de «coerción» operante sobre la *psique* del hombre. Luego se verá que esta fórmula encerraba una premonición de lo que después se convertiría en la lógica castigo-premial acogida por el Conductismo para la regulación comportamental.

¹⁶⁸ CID MOLINÉ, José / LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías criminológicas...*, p. 44.

¹⁶⁹ Frente a esta cuestión y su estricta vinculación al «dilema metafísico entre determinismo y libre albedrío», señala FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón...*, pp. 492-493: «El problema, antiquísimo, es la alternativa entre determinismo y libre albedrío, alternativa que ha penetrado la historia entera del pensamiento filosófico occidental. Según las hipótesis deterministas y sus múltiples variantes (fatalistas, teológicas, mecanicistas, histórico-idealistas, economicistas, etc.), todo fenómeno -y por tanto no sólo las acciones, sino también la intención (o sea, la suma de conocimiento y voluntad) de realizarlas- es efecto necesario y, por ello, inevitable de causas absolutamente condicionantes, de tipo físico, psíquico, ambiental, económico o social, condicionadas, a su vez, por otras causas de tipo análogo e igualmente condicionantes y condicionadas en una especie de espiral hacia el infinito. Viceversa, según las hipótesis del libre albedrío, la voluntad humana es normalmente libre e incondicionada, en el sentido de que todos los seres racionales tienen la facultad de autodeterminarse y son padres y dueños de sus acciones».

¹⁷⁰ La «imagen de hombre» que subyace a los postulados clasicistas, según lo refieren CID MOLINÉ, José / LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías criminológicas...*, p. 36, resultaría de vital importancia para el desarrollo posterior de ciertas teorías criminológicas. Afirman, en referencia a los planteamientos de Beccaria, que «[...] si el castigo es útil es porque el hombre está en capacidad de razonar, de comparar el beneficio del delito con el coste de la pena». De esta idea surgiría, como precisan estos autores, la premisa de que «[...] todos los hombres tienen esta capacidad de raciocinio».

¹⁷¹ Sobre los *principios* de la conducta humana, Cfr. BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Ed. Clarendon Press, Oxford, 1907 (Primera edición 1780).

¹⁷² HASSEMER, Winfried, «Prevención general y aplicación de la pena», pp. 45 y ss.

Más allá del constructo gnoseológico que puede articularse a partir del paradigma de la racionalidad y de la consideración de la pena en términos intimidatorios, el componente psico-empírico que facilita la comprensión del fracaso de la referida función se hizo evidente desde las mismas clásicas formulaciones sobre el castigo, a saber: la eficacia preventiva de la pena (su poder disuasorio), de acuerdo con el pensamiento de BECCARIA¹⁷³, dependería, más que de la gravedad o «crueldad» de la misma, de su «infalibilidad», esto es, de su «certeza» o mayor probabilidad de imposición¹⁷⁴. Pronto se verá que tal certeza, según la concepción subjetiva de la amenaza penal que se propone, deberá ser compatible con las representaciones que el individuo tiene sobre el concreto modo de castigo¹⁷⁵. Y es que desde la concepción clásica de la pena parece atribuírsele a ésta un sentido de orden aversivo sin remarcar la significación que el castigo tiene para el destinatario de la norma. Aquella mirada unívoca que presupone tal modelo teórico, como se ha dicho, es la que permite afirmar que la pena constituye un «estímulo» que activaría los mecanismos inhibitorios del individuo cuando éste se enfrenta a la decisión de delinquir, esto es, tendría la vocación de convertirse en un «contraestímulo» frente a sus pulsiones criminales¹⁷⁶. Pero si la amenaza de pena constituye un «contraestímulo», entonces la misma debería integrarse en una misma categoría con la «pulsión estimular». Quizá por ello advierte GRECO que Feuerbach «intenta aplicar la ley de asociación a un ámbito específico, esto es, a la conexión entre delito y pena, para afirmar que la idea placentera del primero importa de modo necesario la idea displacentera de la última»¹⁷⁷. Y ello es importante reseñarlo, porque cuando la pena se concibe como una categoría formada por un conjunto de representaciones, en la práctica éstas entran necesariamente en pugna con las imágenes que el actor tiene asociadas a los beneficios que vincula al delito.

¹⁷³ BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene...*, p. 79.

¹⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., ADPCP, 1996, p. 114: «[...] parece -y eso lo reconocen incluso quienes rechazan el modelo del delincuente racional- que si hay algo que motiva al delincuente potencial es la elevada probabilidad de ser descubierto y sancionado, más que la sanción en sí». Para FEUERBACH, según recuerda ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 90, «[...] “el fin de infligir” la pena está en la “motivación de la eficacia de la amenaza legal, en hasta qué punto sin ella esta amenaza carecería de contenido (sería ineficaz)... »; pp. 90-91: «[...] existe hoy unanimidad acerca de que sólo una parte de las personas con tendencia a la criminalidad cometen el hecho con tanto cálculo que les pueda afectar una “intimidación” y en que estas personas tampoco funciona intimidatoriamente la magnitud de la pena con que se amenaza, sino la dimensión del riesgo de ser atrapados». ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, RDPC, 2/2004, p. 58: «Centrándonos en los costes, y dentro de éstos sólo en las sanciones legalmente previstas, el valor esperado de una sanción se obtiene en principio multiplicando su magnitud por la probabilidad de su imposición».

¹⁷⁵ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 304: «Dado que la certeza del castigo tiene un efecto disuasor superior al de su severidad, las creencias sobre las probabilidades de arresto y de condena son las que podrán mantener más las restricciones autoimpuestas».

¹⁷⁶ Como recuerda BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 27, para Romagnosi «[...] la pena constituye, respeto del impulso criminoso, un contraestímulo». En consonancia con los postulados classicistas, recuerda BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Criminología y evolución de las ideas sociales”, en BERGALLI, Roberto / BUSTOS RAMÍREZ, Juan / MIRALLES, Teresa, *El Pensamiento Criminológico I...*, pp. 30-31: «La llamada escuela clásica del derecho penal consideró la pena como un absoluto, como un mal que debe eliminar otro mal, representado por el delito –es el caso de Kant, Hegel, Carrara-, o como una cuestión de racionalidad dentro de la organización social, esto es desde los fines de la sociedad –es el caso de Schopenhauer, de Feuerbach. Para esta escuela todos los hombres son iguales, libres y racionales». Para estos últimos – partidarios de la *prevención general*, «[...] el hombre se convierte en un *medio*, en tanto en cuanto a través de la pena se logra obtener la racionalidad de la organización social sobre la base de que la pena despierte (coacción psicológica) en el individuo su racionalidad utilitaria, esto es, su facultad para ponderar los beneficios del delito en relación con las desventajas de la pena».

¹⁷⁷ GRECO, Luis, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach...*, p. 88.

La significación que tiene la pena para aquella persona que infringe el ordenamiento jurídico-penal, precisamente, adquiere plena importancia cuando se asume que la certeza de la misma es uno de los elementos que teóricamente aseguran una mayor entidad suasoria de la amenaza de castigo. Y si esto es así, cabe igualmente estar de acuerdo en que la impunidad del crimen tiene una carga significativa tan poderosa sobre la experiencia psicológica del delincuente como la primera. Y tan simbólica es la entidad del castigo que, la inhibición de las «tentaciones» criminales, con independencia de la consideración de la pena en términos de prevención general positiva o de integración social, se fundamenta hoy no sólo en la previsión abstracta de la amenaza *–pre-delictum–*, sino también en su confirmación o imposición judicial efectiva *–post-delictum–*¹⁷⁸. No es un secreto que los sistemas penales modernos se proponen la evitación de futuros delitos por parte de la colectividad no sólo a través de la previsión abstracta de la ley penal, sino además incrementando el grado de «coacción psicológica» sobre los potenciales delincuentes a partir de la sanción efectiva de casos concretos (bajo la «esperanza» de que ello opere como medida ejemplarizante). Ello con independencia de que la pretendida eficacia de la pena se base a la par en otros criterios como la proporcionalidad entre ésta y el ilícito perpetrado o su inmediatez¹⁷⁹. Y es que más allá de elucidaciones filosóficas, es un hecho que la intimidación general basada en el castigo ejemplarizante sigue siendo un criterio *eficientista* de los sistemas penales modernos¹⁸⁰. Es esta la denominada «confirmación de la seriedad de la pena», que en últimas indica su entidad simbólica. Psicológicamente, el «ejemplo» se vincula a la entidad vicaria del hombre. Por ello, más que un presupuesto teórico, constituye un postulado real y práctico sobre el que puede anclarse no sólo la consideración del delito como *elección racional*, sino también la idea de que la impunidad percibida por el delincuente termina influyendo sobre el proceso resolutivo del delito¹⁸¹.

¹⁷⁸ Además de la *certeza* en la imposición de la pena como exigencia básica para asegurar su pretendida eficacia, también la *celeridad* constituiría otra exigencia fundamental para ello. De acuerdo con los planteamientos de BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, pp. 68-69: «Tanto más justa y útil será la pena cuanto más pronta fuere y más vecina del delito cometido [...]. He dicho que la prontitud de la pena es más útil porque cuanto es menos la distancia del tiempo que pasa entre la pena y el delito, tanto es más fuerte y durable en el ánimo la asociación de estas dos ideas: *delito y pena*; de tal modo, que se consideran el uno como causa, y la otra como efecto necesario consiguiente y necesario».

¹⁷⁹ En referencia directa a los postulados *utilitaristas* sobre el castigo, refiere ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, RDPC, 2/2004, p. 50: Beccaria y Bentham «[...] no perdieron de vista la importancia de considerar de forma conjunta la magnitud y la probabilidad de imposición de la sanción para poder decir algo sobre sus efectos sobre la conducta del eventual infractor (esto es, analizaron la pena como un coste esperado, en el sentido que inmediatamente veremos)...».

¹⁸⁰ Pero con ello no se quiere dar a entender, de ninguna manera, que sea la prevención general –negativa– el único fin perseguido actualmente por el Derecho penal, pues los mismos límites que impone el Estado social y democrático de Derecho al ejercicio del *ius puniendi* estatal, obliga a que, aquél fin primigenio de prevención delictiva, sólo encuentre justificación en una «utilidad limitada» del castigo, resultante de la «tensión» entre una aquella «tesis» imbricada en la «lógica de la prevención» y la «antítesis» constituida por la «lógica de las garantías». En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-M., *Aproximación al Derecho penal...*, p. 177.

¹⁸¹ Las ideas de la *escuela clásica* son determinantes, pues, para comprender de la génesis de determinados delitos sobre la base de la imagen *racional y libre* del hombre. Como refieren CID MOLINÉ, José / LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías criminológicas...*, p. 39: «[...] si bien la idea de efectividad de un Derecho penal para reducir delitos es quizá la más relevante, no debemos olvidar que, como manifestamos al exponer las ideas de Beccaria, también en Bentham, hay implícita una teoría de los determinantes del actuar humano: conseguir el placer y evitar el dolor. Y la consiguiente imagen de persona, motivada fundamentalmente por el temor, hedonista, racional y libre».

De ahí que hoy puedan hallarse modelos estatales de prevención del delito claramente simbólicos, que pretenden la intimidación –general- de la sociedad sobre la base de la aplicación efectiva de duros castigos. La ejemplificación del castigo, podría decirse, es inherente a la conminación penal. Dichos modelos de castigo se articulan bajo un marco «restaurado» de intervención punitiva alineado con el «simbolismo» común de las reformas punitivas de último siglo. Y ello muy a pesar de que, con el avenimiento de los principios liberales, se pensara que el cumplimiento de los fines de prevención general depositados en el Derecho penal se sujetaría llanamente a la conminación abstracta de la sanción. Ello marcaría un hito fundamental frente a la manera de concebir dicha función en el antiguo régimen¹⁸², en el que la función intimidatoria asociada al castigo se vinculaba particularmente al momento de ejecución de la pena –concreta-¹⁸³. De ahí que pueda hablarse, más que de un «retorno» al *ancien regime*, de la pervivencia –latente- de las primigenias funciones del castigo –según el criterio utilitario subyacente a la *ideología de la defensa social*¹⁸⁴-, en términos de FERRAJOLI, de una de las «finalidades inconfesadas» del Derecho penal¹⁸⁵. Las anteriores premisas psico-filosóficas, pese a no encontrarse explícitas en los postulados clasicistas¹⁸⁶ (con independencia de su posterior reconocimiento por el denominado «neo-clasicismo»¹⁸⁷), resultan vitales para la comprensión de la pérdida del miedo al castigo. Particularmente, permitirían sustentar que la impunidad del delito afecta la motivación en aquellos actos que precisan de un complejo proceso de resolución personal, en la medida en que el castigo ejemplar constituye uno de los presupuestos básicos para la construcción significativa del temor al castigo. Ante la ausencia de éste (impunidad), según los presupuestos del aprendizaje vicarial, la pena perdería su significado aversivo por cuanto se adquiere un control de la fuente de riesgo.

¹⁸² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-M., *Aproximación al Derecho penal...*, p. 212.

¹⁸³ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1979, pp. 11 y ss.

¹⁸⁴ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 23: « [...] el derecho penal y la pena eran considerados por la escuela clásica no tanto como un medio para modificar al sujeto delincuente, sino sobre todo como un instrumento legal para defender a la sociedad del crimen, creando frente a éste, donde fuese necesario, un disuasivo, es decir una contramotivación. Los límites de la conminación y de la aplicación de la sanción penal, así como las modalidades del ejercicio de la potestad punitiva del Estado, estaban señalados por la *necesidad o utilidad* de la pena y por el principio de legalidad».

¹⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón...*, pp. 407-408: «La única explicación de esta aparente esquizofrenia es a mi juicio una doblez más o menos consciente de la política penal, debida a la persecución de dos finalidades inconfesadas, ambas incompatibles con el modelo garantista del derecho penal. La primera finalidad consiste en la función ejemplar asignada a la pena irrogada, y precisamente a la parte de ella que excede de la pena a cumplir: una función, téngase en cuenta, atribuida no ya, como en las formulaciones de la prevención a través del ejemplo propias del siglo XVIII, a la ejecución de la pena, sino directamente a la condena, que viene así a asumir un carácter marcadamente simbólico. Se trata de una radical alteración del esquema general-preventivo concebido por Feuerbach: la prevención general se ejerce en efecto no mediante la amenaza legal, que está programáticamente desatendida, sino a través del ejemplo ofrecido por la condena a una pena severa que no *debe* sino que simplemente *puede* ser cumplida».

¹⁸⁶ En referencia a los antecedentes sobre la *motivación delictiva* originados en los postulados básicos de la «teoría clásica», refieren TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 20: «Se observa que la teoría clásica es, ante todo, una teoría del control social (en la que las teorías sobre la motivación humana, etc., están implícitas y no explícitas)».

¹⁸⁷ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 28: «Los neoclásicos tomaron al hombre racional solitario de la criminología clásica y le dieron un pasado y un futuro. Siguieron adhiriéndose a la noción de volición humana, teniendo en cuenta la influencia de factores que podrían determinar la comisión de un acto criminal y la conducta del delincuente luego de su condena. Simplemente bosquejaron las estructuras que podían menoscabar o afectar marginalmente el ejercicio de la voluntad».

El castigo ejemplar, de acuerdo con la función atemorizante que se le atribuía en el antiguo régimen, encerraba una auténtica pretensión de modelado psicológico de las mentes a partir de la verificación del castigo con una clara finalidad disuasoria: «*para que la gente aprenda lo que les puede pasar*». Luego si la función intimidatoria de la pena, tal como fuera concebido en el *ancien regime*, puede vincularse al procesamiento judicial del infractor y a la ejecución de la correspondiente sanción, es dable afirmar que la falta de castigo de quienes ante los ojos de la sociedad realizan una serie de delitos sin ser sancionados por ello, puede engendrar un efecto neutralizante de la «coacción psicológica» irrogada a la pena. En ese sentido se afirma que cuando la gente se da cuenta que la comisión de delitos no conlleva necesariamente la aplicación del castigo que prometen los códigos penales, se genera una de-construcción de la significación aversiva teóricamente asociada a la correspondiente infracción. Sucedería algo similar al control del miedo a ser víctima de un delito que pueden efectuar cognitivamente las personas cuando se sienten en un entorno de seguridad. Se sustentará que esa misma seguridad es la que adquieren los criminales cuando controlan los factores generadores de impunidad respecto de un tipo específico de delito. Por ello puede afirmarse, desde un plano instrumental, que la impunidad de los delitos de corrupción constituye un componente motivacional de orden fundamental, al lado del propósito personal que gobierna la acción delictiva (ponderados en función de la oportunidad), que acompaña el proceso resolutorio del actuar criminal.

Por lo anterior este proceso resolutorio no puede desligarse, debe insistirse, del curso constructivo del individuo. Es en este proceso en el que el «miedo» irrogado a la pena se llena o pierde su contenido. El delincuente, en tanto que se va construyendo psíquicamente durante el curso de su carrera criminal, va logrando –de a poco- la capacidad de controlar los factores generadores de impunidad, pues la predictibilidad de la situación le permite alcanzar dominio sobre la fuente de miedo. Visto desde este prisma, la impunidad afectaría el proceso de «intimidación» de la colectividad de forma diacrónica, en la medida en que el castigo no es un ente abstracto desprovisto de significado, sino que está compuesto por un conjunto de categorías simbólicas instituidas en cada sociedad y que terminan alterando las pulsiones personales frente al delito y su orden regulador. Aunado lo simbólico del castigo a la premisa defendida por BECCARIA¹⁸⁸ acerca de que la eficacia preventiva de la pena depende, más que de la «crueldad» de la misma, de su «infalibilidad» o «certeza» (mayor probabilidad del castigo), se puede sostener la tesis de que, la impunidad derivada de los procesos de selectividad penal (condición que se opone a la «infalibilidad» de la amenaza de pena), constituiría una variable motivacional básica del proceso racional de decisión criminal (un factor criminógeno), en el sentido que la pérdida del valor simbólico teóricamente asociado a la amenaza de pena anularía el factor de intermediación básico sobre el que se cimienta su eficacia preventiva: la significación aversiva del «miedo»¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Esta idea se sostiene en la actualidad. Como ya se apuntó de la mano de SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., ADPCP, 1996, p. 103: «[...] incluso los autores contrarios a las tesis del delincuente racional no dejan de reconocer que los incrementos o disminuciones del grado de probabilidad de ser aprehendido y sancionado sí inciden sobre el individuo».

¹⁸⁹ «[...] el delito impune deja el camino abierto, no sólo al mismo delincuente, sino también a todos aquellos que tienen los mismos motivos y oportunidades para realizarlo...»: BENTHAM, *Principles of Penal Law*, citado por CID MOLINÉ, José / LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías criminológicas...*, p. 38.

2.2. Postulación psicológica del fenómeno de la disuasión normativa

Antes de entrar a dilucidar el sentido que aquí se otorga al «miedo» teóricamente asociado a la «pena» de cara a sustentar su doble entidad motivacional: cognitiva y conductual, es preciso esbozar los postulados psicológicos utilizados para establecer la relación sinalagmática entre impunidad y motivación criminal. Se insiste en que se parte de la misma interpretación que parece otorgarle el legislador –y los teóricos en que se apoya– al esquema psicológico que subyace a la teoría clásica del castigo legal: un hombre racional con capacidad de «ponderar». La razón de ello es de orden metodológico: Cuando se buscan los defectos de un determinado modelo teórico, ello debe realizarse desde las mismas bases gnoseológicas que lo sustentan. En el caso concreto, el control jurídico-penal de los delitos de configuración «racional» presenta un inexorable nexo con los fundamentos teóricos de la función preventivo-general negativa de la pena. De ello se sigue que una exploración metodológicamente correcta sobre la disuasión normativa, deba realizarse desde los mismos presupuestos en que se ampara la prevención intimidatoria fundada en el «miedo» al castigo. De acuerdo con esta concepción psico-filosófica de la pena, ésta tendría por función contrarrestar esos «estímulos» positivos que inducen el delito –habida cuenta la presupuesta capacidad racional del hombre-¹⁹⁰. Aquí entra a ocupar un primer plano la *Psicología* en sus distintas perspectivas. Y como si se tratase de una premonición efectuada por teóricos de la pena como BECCARIA, FILANGIERI, BENTHAM, ROMAGNOSI y el propio FEUERBACH, el Conductismo adoptaría un modelo teórico basado en esa lógica de premios y castigos que hoy permite realizar una lectura psicológica de la clásica noción del castigo basada en la ponderación de los beneficios y costes del delito. Pero esta asociación estimular, como lo remarca GRECO frente a la postura de FEUERBACH, no es econométrica¹⁹¹. Sobre la base del mismo modelo conductista, por ampararse en la misma lógica castigo-premial de orden instrumental, se establecen entonces los factores que interfieren en dicho proceso de coacción. Para ello se recurre a otros modelos psicológicos que si bien parten de presupuestos tan fundamentales del primer modelo como el «aprendizaje vicario» en base a «refuerzos», dan cabida a la formación cognitiva del ser a partir de la experiencia y sus efectos sobre la conducta. Uno de esos modelos psicológicos es el formulado por BANDURA: la teoría *Cognitiva social*¹⁹².

¹⁹⁰ ALVIRA MARTÍN, Francisco, EPC, 1984, pp. 10-25: «Desde siempre el “objetivo” aparente de la pena en el campo de la delincuencia ha sido su sobrentendido efecto disuasor. Esta noción tan sencilla concuerda esencialmente con la idea del refuerzo negativo del conductismo: la conducta que es inmediatamente después de su realización reforzada negativa (castigada) y adecuadamente termina por extinguirse. La omisión de delitos –prevención y control del crimen y delincuencia- se lograría mediante una adecuada gradación del sistema de castigos y penas legales».

¹⁹¹ GRECO, Luis, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach...*, p. 91: «[...] se pueden determinar dos cuestiones: en primer lugar, que *el pensamiento de Feuerbach acerca de la psicología se integra en la tradición de la psicología asociativa*; y, en segundo lugar, que *esta tradición fue marcadamente antirracionalista, si por racionalismo psicológico se entiende la idea de un hombre cuidadosamente reflexivo, que pondera consecuencias y que, por ello, se diferencia fundamentalmente de los animales*».

¹⁹² BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, pp. 38-39: «En la concepción cognitiva social no se considera al individuo gobernado por fuerzas internas ni determinado y controlado por estímulos externos, sino que se explica el funcionamiento humano como un modelo de reciprocidad triádica en el que la conducta, los factores personales, cognitivos y de otro tipo, y los acontecimientos ambientales actúan entre sí como determinantes interactivos».

La visualización psicológica de la pena tiene una importancia cardinal, pues gran parte de las decisiones político-criminales que se toman en la actualidad (configuración de nuevos tipos penales y agravantes, aumento de penas, etc.), se basan en esa presunta aptitud que posee la misma de infundir *miedo* sobre la psique del hombre. Y por simple que pueda parecer, ese *miedo* en el que se ampara la disuasión punitiva se fundamenta en los presupuestos conductistas más básicos: Uno de ellos es el denominado «condicionamiento clásico», que sostiene que la conducta puede ser manipulada en función de «estímulos» y «respuestas» (en adelante, la lógica «E – R»). Pero sobre ello no se hará mayor referencia, por cuanto niega casi la voluntad reduciéndola a un instinto animal o proceso fisiológico. El otro modelo es el indicado «condicionamiento operante»¹⁹³, que concibe la conducta a partir de la «dotación genética» del individuo y las «contingencias del entorno»¹⁹⁴, de modo que las situaciones externas, que pueden presentarse en forma de «premios» y «castigos», generarían «refuerzos» de orden «positivo» y «negativo» sobre el sentido de la expresión conductual¹⁹⁵. Respecto de los «premios», la conducta delictiva se podría ver reforzada *positivamente* por incidencia de estímulos gratificantes. El *dinero* es el mejor ejemplo de esta categoría tratándose de delitos patrimoniales: el deseo de riqueza se vería reforzado porque el individuo alcanza con ella consecuencias gratificantes: como los que emanan del *estatus*. Negativamente, la privación de estímulos gratificantes tendría la virtud de inhibir la conducta prohibida: si no se recibe una recompensa con el delito, pierde sentido su realización. Respecto de los «castigos», en su aplicación al delito, podrán concebirse como un estímulo externo de carácter *aversivo* (desagradable) con capacidad de aumentar o reducir la probabilidad de emisión de la conducta amenazada en función de su aplicación o inaplicación. En su dicción *positiva*, la conducta prohibida podría verse disuadida (inhibida) por la aplicación efectiva de aquellos aspectos indeseables asociados al mismo, como por ejemplo los relativos a la ejecución de uno de los castigos que teóricamente infunden mayor temor: la prisión. En su versión *negativa*, a diferencia del primero, la conducta prohibida podría verse reforzada (desinhibida) por la supresión de aquello que produce aversión: la prisión, siguiendo el ejemplo. De ahí, precisamente, que a la dicción de «amenaza legal» deba ligarse, necesariamente, la versión de «castigo ejemplar». Como apunta BANDURA, «El sistema legal de disuasión se basa en gran medida en la función coactiva del castigo ejemplificado»¹⁹⁶. Y es precisamente en este sentido que se afirma que la *impunidad* se instituye en un *refuerzo negativo* de la conducta criminal.

¹⁹³ A través del *condicionamiento operante*, para SKINNER, Burrhus F., *Sobre el conductismo* (Trad. Fernando Barrera), Ed, Fontanella, Barcelona, 1975, p. 44, «[...] el comportamiento que tiene esta clase de consecuencia llega a tener mayor probabilidad de ocurrencia. Se dice que el comportamiento se fortalece por sus consecuencias, y por esa razón a las mismas consecuencias se las llama “reforzadores” ».

¹⁹⁴ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 32. Como precisa este autor, «Este esquema conceptual viene representado por un modelo formado por tres elementos: $S^d - R - S^r$, según el cual las señales de la situación (S^d), la moldean y controlan. Por tanto, la respuesta la considera controlada por estímulos contingentes. Se considera que la conducta viene indicada por los estímulos que la preceden y moldeada y controlada por los estímulos reforzadores que le siguen».

¹⁹⁵ Frente a las formas de *disuasión*, apunta BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 296: «La amenaza de castigo puede actuar como disuasor de dos formas distintas (Packer, 1968; Zimring y Hawkins, 1973). En la *disuasión directa* se castiga a los transgresores para reducir su tendencia a delinquir en el futuro. En la *disuasión vicaria*, los transgresores son castigados para disuadir a los demás de ejecutar una conducta delictiva parecida. Con el ejemplo del castigo se pretende crear un efecto disuasor general».

¹⁹⁶ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 354.

Más allá de la teorización de la disuasión normativa que pueda efectuarse desde los presupuestos de esta corriente psicológica, la propia filosofía del Derecho penal presentaría una concepción del castigo psicologizada que traspasaría toda la teorización dogmática del delito y la misma Criminología: concebiría al hombre como un ser libre y racional, que actúa ponderando beneficios y costes¹⁹⁷. La fundamentación de la *culpabilidad* basada en el «poder actuar de otro modo» es una clara muestra de esa derivación sobre la Dogmática del Derecho penal¹⁹⁸. Como apunta ROXIN en referencia a este fundamento de la culpabilidad, desde esta se concibe que « [...] el ser humano está revestido de autodeterminación moral libre, responsable y es capaz por ello de decidirse por el Derecho y contra el injusto...»¹⁹⁹. Las teorías criminológicas basadas en el paradigma de la *elección racional* adoptan la misma lógica²⁰⁰: Entienden CORNISH y CLARKE, por citar un ejemplo, que diversos delitos se «eligen» y se cometen en razón de un cálculo costo-beneficio²⁰¹. Los delitos de orden patrimonial son los que encajan de mejor forma en dicho modelo.

Frente a esa «libertad» filosóficamente concebida, apunta BANDURA desde una concepción psicológica que si bien «La libertad puede considerarse la antítesis del determinismo», desde una perspectiva cognitiva social «no existe incompatibilidad entre ambos»²⁰². Y precisamente por esa determinación no mecanicista, es que afirma asimismo que «La persona dirige sus esfuerzos hacia metas que le parecen valiosas sirviéndose de guías de carácter cognitivo y de autoincentivos y eligiendo aquellas condiciones del medio que le conducen a la meta deseada»²⁰³. Esa articulación entre la lógica de premios y castigos fundada en el paradigma del libre albedrío y las premisas conductistas, resulta posible por la concepción *tabula rasa* de la mente de la que parten ambos planteamientos. Muestra de ello es la teorización psicológica del *principio de inmediatez* propuesta por EYSENCK, quien parte de una concepción *modernizada* de la naturaleza humana fundada en el hedonismo clásico y según la cual, como bien lo advierten TAYLOR, WALTON y YOUNG, «La motivación fundamental del hombre consiste en buscar placer y evitar el dolor»²⁰⁴.

¹⁹⁷ ALVIRA MARTÍN, Francisco, EPC, 1984, p. 11: «Este es el tema central del utilitarismo inglés y sus intentos de reforma del sistema penitenciario, así como de la escuela clásica de criminología. Se trataría de hacerle al delincuente más “costoso” que beneficioso la comisión de un delito, de tal manera que en el momento de ir a trasgredir una norma sopesara el costo y el beneficio y se abstuviera de dicha trasgresión a la vista de su costo».

¹⁹⁸ En referencia al *principio de culpabilidad como medio de limitación de la intervención* punitiva, señala ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 101: «La concepción aquí defendida evita también los reparos que se plantean desde el punto de partida del determinismo contra una utilización del concepto de culpabilidad en Derecho penal. Pues ciertamente la culpabilidad presupone en el fuero interno la libertad de comportarse de una u otra forma».

¹⁹⁹ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 799.

²⁰⁰ ALVIRA MARTÍN, Francisco, EPC, 1984, p. 11: «Este es un modelo racional de la conducta del hombre: el ser humano persigue fines y su conducta va orientada en esta dirección sopesando en cada momento los costos y beneficios de cada decisión o posible conducta alternativa para un mismo fin».

²⁰¹ Cfr. CLARKE, Ronald / CORNISH, Derek, “Modeling Offenders' Decisions: A framework for research and Policy”, en TONRY, Michael / MORRIS, Norval (eds.), *Crime and Justice. An Annual Review of research*, The University of Chicago Press, vol. 6, Chicago, 1985; CORNISH, Derek / CLARKE, Ronald (eds.), *The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspectives on Offending*, Springer-Verlag, New York, 1985.

²⁰² BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 60: «En ella, la libertad no es concebida de forma negativa como la ausencia de influencias o simplemente la falta de limitaciones externas, sino que se define positivamente como el ejercicio de la autoinfluencia».

²⁰³ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 60.

²⁰⁴ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 70.

El Conductismo, pues, atribuye la expresión criminal a factores de índole externo que refuerzan la conducta. El comportamiento criminal, de acuerdo con esta concepción, se adquiriría por medio de un proceso de condicionamiento vinculado al aprendizaje humano. En ese proceso de aprendizaje, como se ha indicado, las recompensas obtenidas mediante el delito reforzarían la conducta positivamente. Por el contrario, cuando la misma resulta castigada, como también se ha referido, el miedo condicionado se constituiría en un freno a la conducta que se prohíbe normativamente. Por ello la impunidad encuentra aquí su mayor protagonismo. La corrupción se puede explicar precisamente desde este modelo. Como afirma FERNÁNDEZ, «Podemos afirmar, y nadie puede aportar evidencia empírica contraria, que los comportamientos corruptos son aprendidos»²⁰⁵. Frente a la pregunta que se autoformula el autor acerca de «para qué se corrompen los ciudadanos», es preciso en responder que «lo hacen porque les refuerza»²⁰⁶: «[...] los individuos se corrompen porque dicho comportamiento es reforzado de muy diversas maneras»²⁰⁷. Reconoce que a pesar de la simplicidad de la explicación, sin embargo es la más adecuada desde el plano psicológico: «Tal vez parezca una explicación muy conductista y muy sencilla, pero es que realmente no existe otra»²⁰⁸. Bajo este mismo esquema de pensamiento, afirma el autor que el inductor positivo se basa fundamentalmente en que «[...] los sujetos tienen un afán insaciable por poseer cosas»²⁰⁹. Luego ese mismo deseo insaciable, conllevaría a que no se repare en los medios que se utilicen para su satisfacción²¹⁰. Uno de los motivadores principales de esa ambición desmedida que caracteriza a muchos seres humanos, según refiere el autor, estaría sustentada, en buena medida, en los procesos de comparación social que realizan las personas frente a sus semejantes. Esta idea es compatible, tal como se sostiene en este trabajo, con la tesis de que buena parte de los comportamientos corruptos están afincados a la necesidad de obtener símbolos de estatus. Desde esta postura la corrupción estaría motivada en gran medida, como también lo comparte FERNÁNDEZ, «[...] para ser o sentirse superiores a los demás seres humanos. La verdadera cuestión no es tanto tener cosas, sino tener más que el vecino»²¹¹, en términos directos, en la envidia²¹².

²⁰⁵ FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 181.

²⁰⁶ FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 229.

²⁰⁷ FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 168.

²⁰⁸ FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 229: «El individuo sencillamente se compota de esta forma corrupta; todo lo demás corresponde a las contingencias de reforzamiento. Y estas son omnipresentes. Para nosotros, sin refuerzo, o, por lo menos, sin esperanza en él, no existe comportamiento corrupto».

²⁰⁹Sobre la insaciabilidad humana, FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, pp. 167-168: «[...] la ambición de los seres humanos prácticamente no posee límites: siempre quieren y anhelan más y más». [...] Casi todos los hombres ambicionan, anhelan y apetecen cada vez más. Es como si la codicia y el afán de tener cosas constituyese una de las motivaciones prioritarias de los seres humanos».

²¹⁰ FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 167: «El objetivo de los comportamientos corruptos es, en última instancia, sacar un beneficio personal a costa de lo que sea e independientemente de los medios utilizados; el fin es conseguir lo que se anhela, justificando casi todos los procedimientos utilizados».

²¹¹ FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 168.

²¹² FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 191: «En última instancia, tal vez la génesis de la corrupción se halle en el afán egotista e imitado de poseer riquezas, poder, influencia social, etc. En el origen de los comportamientos corruptos puede llegar a jugar a jugar un papel muy importante la envidia. Ésta puede hacer que los individuos, en su afán de tener tantas cosas o más que el otro, se vuelvan cada vez más ambiciosos y avariciosos».

Lo anterior no obsta las críticas al modelo conductista de la disuasión. Ello resulta lógico, puesto que se concibe al hombre como un ente pasivo y manipulable. De ahí que la concepción filosófico-penal del castigo, en la medida en que se construye sobre la base de una concepción antropológica del hombre como ser racional, parece oponerse al automatismo predicable del Conductismo. Pero esta antinomia es sólo aparente, pues ambos planteamientos conciben tanto al premio como al castigo como estímulos externos con capacidad de provocar *cursos de acción* bajo una especie de determinación personal de tipo mecánico: se considera al hombre como un ser pasivo que actúa de forma automática sin mediación relevante de su sistema cognitivo, en donde sus pensamientos suelen ser considerados como simples «acontecimientos intervinientes» que se encontrarían sometidos por una especie de fuerza remota de naturaleza ambiental. Y es esta misma ontología de la *psique*, la que permitirá concluir que la disuasión, tratándose de delitos de compleja ordenación, dependería no tanto de la *entidad, certeza y proximidad* del estímulo aversivo, sino del *significado* que éste tiene para su receptor. Y tan determinante es el significado que el estímulo aversivo tiene para el destinatario, que resulta imposible la disuasión fundada en el *miedo* si ese receptor no ha interiorizado el significado aversivo que teóricamente se le atribuye. El propio WATSON, en su conocido experimento «El niño Albert», dejaría entrever esa entidad simbólica despreciada por los conductitas cuando se propuso demostrar que antes de que se le enseñase al niño que la imagen de la rata debe asociarse al miedo, el roedor le representaba tan solo un estímulo neutro: no le asustaba.

La anterior idea será, según se verá, determinante para la comprensión de la tesis que aquí se propondrá: Se planteará que la impunidad del delito, sin separarnos de esa misma lógica conductista, le resta ese significado aversivo que el modelo teórico de la disuasión normativa presupone. La idea precedente encuentra correlato en el modelo propuesto por BANDURA. El modelo *cognitivo social de determinación interactiva de la acción*, según el autor, no parte de una concepción de ser humano como «agente autónomo» o mero portador de «fuerzas ambientales animadas», sino que se basa en una concepción en la que « [...] se contempla a las personas como influyentes de forma recíproca en sus propias motivaciones y conductas, dentro de un sistema de causalidad en el que participan determinantes personales, la acción y factores ambientales»²¹³. Aquí se propondrá que la impunidad opera como un «mediador» conductual y cognitivo mediante el que el individuo puede anular la entidad aversiva del castigo. Aquél, según BANDURA, «Una vez que ya se ha vuelto experto en la conducta autoprotectora, la emite en situaciones potencialmente amenazantes, sin esperar a sentirse amenazado»²¹⁴. El «legislador penal», por el contrario, parte de una concepción en la que el castigo se asimila a una especie de «determinante mecánico», en el que la conducta puede ser reforzada automáticamente. Pero la práctica demuestra que los individuos no se limitan a «emitir respuestas y experimentar sus resultados, sino que desarrollan creencias a partir de la observación de que al emitir determinadas conductas en determinadas situaciones se producen regularmente determinadas consecuencias y actúan posteriormente de acuerdo con tales creencias»²¹⁵.

²¹³ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción*..., p. 33.

²¹⁴ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción*..., p. 211.

²¹⁵ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción*..., p. 33.

Para postular una noción de pena como refuerzo de los cánones de autorrestricción comportamental es preciso remarcar un presupuesto basilar. Este tiene que ver con que la *subjetividad* que en este trabajo se predica de los seres humanos y a partir de la cual se afirma que cada quien puede construir unas representaciones diferentes sobre el castigo legal, se debe entender en un doble plano: 1) nomotético; 2) idiosincrático²¹⁶. El primero indica que el comportamiento del ser social sigue unos principios generales o procesos en común, identificables en la gran mayoría de las personas que habitan en una determinada comunidad. Este primer sentido adquiere importancia cuando se buscan esos rasgos generales presentes en la mayoría de las personas, pasando los aspectos específicos a un plano distinto. Como afirma BANDURA, «La teoría cognitiva social se preocupa de las condiciones que determinan tanto la generalidad como la especificidad de la conducta, en vez de defender únicamente la variabilidad de la misma»²¹⁷. El segundo, por su parte, indica que el comportamiento humano presenta unos rasgos específicos. Y este plano adquiere precisamente su mayor importancia en esta definición constructiva del castigo legal, pues tratándose de un análisis del comportamiento «desviado», el aspecto que resulta justamente importante es la divergencia dentro de la generalidad. La adopción de este último punto de vista no obsta la atención sobre el primero, pues de los significados del entorno es de donde el individuo extrae los contenidos que conforman su experiencia psicológica²¹⁸. Esta racionalidad subjetiva no riñe con la base psicológica que subyace al modelo de la disuasión, pues como señala GRECO, para ello basta la capacidad más básica de los seres humanos de anticipar las consecuencias negativas que pueden generarse de sus acciones²¹⁹. Para la comprensión cabal de los fallos de la disuasión normativa, en últimas, lo que interesa no es tanto la situación objetivamente considerada, sino el significado subjetivo de la misma²²⁰. A partir de aquí resulta preciso proceder a determinar finalmente el contenido de la concepción de «miedo» que se plantea en este trabajo para la redefinición de la noción de intimidación y su reciprocidad con la impunidad del delito.

²¹⁶ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción*..., 31: «[...] es obvio que las personas difieren en parte en su modo de ser, pero su forma de reaccionar ante las influencias sociales, la forma de adquirir habilidades y conocimientos y la forma de regular sus acciones no son completamente distintas. El estudio de la individualidad, que puede darse como consecuencia de una combinación idiosincrática de influencias, puede proporcionar una información que no sea generalizable por los elementos particulares que en lo que se refiere a determinantes pueden no repetirse en todos los casos. En realidad, las culturas proporcionan numerosas experiencias comunes, creándose por tanto numerosos determinantes y procesos de comportamiento comunes en varios individuos».

²¹⁷ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción*..., p. 32.

²¹⁸ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción*..., p. 123: «El modelado ha demostrado ser un medio muy eficaz para establecer una conducta abstracta o regulada por alguna regla. Basándose en la información modelada, el individuo adquiere, entre otras cosas, los criterios evaluativos, las reglas lingüísticas, los estilos de indagación, las habilidades para el procesamiento de información y los criterios para la autoevaluación».

²¹⁹ GRECO, Luis, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*..., pp. 92-93: «[...] la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach, en verdad, no necesita mucha más psicología que aquella de la que todos disponemos cuando en nuestra vida cotidiana partimos de que la anunciada perspectiva de consecuencias negativas a causa de la comisión de un determinado comportamiento, de alguna manera, influye en los hombres en el sentido de no realizar este comportamiento».

²²⁰ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción*..., p. 33: «La idea de que las consecuencias influyen en la conducta se aviene mejor con las consecuencias esperadas que con las consecuencias reales (Bandura, 1977^a). En los estudios realizados respecto al poder de las creencias en contraposición con el de las consecuencias, se ha encontrado que los efectos de unas mismas consecuencias ambientales sobre la conducta son marcadamente distintos en función de las creencias que el individuo tenga sobre la relación entre ambas y de lo importante que las consecuencias sean para él (Dulany, 1968; Kaufman, Baron y Kopp, 1966) ».

3. Proposición de una concepción diacrónica del «miedo» jurídico-punitivo y su relación con los procesos de control personal de orden conductual y cognitivo

Parece claro que la pretensión preventiva de la pena en su versión *general negativa* es *intimidar* al conjunto social en disfavor de la comisión de delitos. Sin eufemismos, su función consiste promover la adhesión normativa mediante la inducción de «miedo». El tipo de miedo que respalda dicha misión motivadora se asocia, fundamentalmente, a dos factores generadores: la pena privativa de libertad (la prisión o la cárcel, en términos coloquiales) y la pena de muerte. La amenaza, claramente, se dirige aquí frente a dos de los bienes que teóricamente tienen una gran valía para la mayoría de los seres humanos: la libertad y la vida. Nada más espantoso que jugarse la libertad (perpetua) o la vida a cambio de obtener los beneficios que reporta la comisión del delito –«piensa» el modelo teórico de la disuasión-. Pero, ¿será esta misma previsión mental la que realizan quienes delinquen, al punto de que «caer» en prisión o «morir en el intento» se tenga asumido como variables probables en su propósito criminal? Es este, vale recordar, el punto de vista que se asume en este trabajo para intentar comprender el porqué de la ineficacia del Derecho penal frente a los delitos de configuración racional: el del propio delincuente. Y para comprender esa serie de factores que inciden en la pérdida del miedo que teóricamente se asocia al castigo legal, es que se torna necesario realizar una delimitación sobre ese contenido del «miedo» que teóricamente se vincula a la amenaza de pena, particularmente a la privativa de libertad –en tanto que sanción legal de mayor profusión-. La finalidad es, en últimas, convalidar la tesis de que la amenaza de pena tiene la virtud de afectar no tanto la conducta externa del hombre, sino los cánones de autorrestricción que le inhiben frente al crimen.

A partir de aquí se afirma que la pena pierde su fuerza suasoria en el curso de formación de esos cánones de autorrestricción. Para validar tal tesis, entretanto, lo primero que debe dejarse claro es qué concepción de miedo se adopta. Vaya por delante que existe acuerdo en la comunidad psicológica en que el miedo se trata de una «emoción primaria» que se deriva de la aversión natural al riesgo del ser humano. La noción más básica sirve para los fines propuestos: Según el diccionario de la RAE, tal emoción consiste en una «perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o daño real o imaginario». De esta sintética y difundida definición se quiere destacar la naturaleza «real» e «imaginaria» que puede tener la emoción perturbadora. Otra definición nos indica que el *miedo* o *temor* es «una emoción caracterizada por una intensa sensación desagradable provocada por la percepción de un peligro, real o supuesto, presente, futuro o incluso pasado». De esta cabe resaltar que ese «peligro» puede ser «presente» o «futuro». Luego debe decirse que el grado de ansiedad o angustia derivada del miedo no es uniforme en todas las personas. En este sentido se habla de varios niveles: La máxima expresión de esos estados emocionales asociados es el terror. En escalas intermedias se sitúan otros: espanto, pavor, horror, fobia, susto, etc. Y diferenciar las entidades «real» y «presente» e «imaginaria» y «futura» del miedo es relevante en este análisis, puesto que al primer dúo de caracteres se adscribe el control conductual ligado a la presencia del riesgo efectivo, mientras el segundo se vincula al control cognitivo asociado a omnipresencia del riesgo supuesto. Es este último tipo de miedo, según aquí se propone, el que realmente tendría mayor incidencia preventiva.

Las referidas capacidades *simbolizadora, previsiva, vicaria, autorreguladora y autorreflexiva* facilitan la comprensión de la relación entre la amenaza de castigo y el control cognitivo del delito. La autorrestricción interna frente al delito, como se ahondará, es precisamente posible a partir de la previsión imaginaria y futura del miedo. Y es que la valoración precisa de la probabilidad de recibir castigos, tratándose de delitos de configuración racional, la efectúan fundamentalmente quienes se plantean siquiera sumariamente aventurarse por el camino de la ilicitud. Más difícil resulta, sin embargo, afirmar que quienes no se plantean acudir al delito realicen una valoración siquiera sumaria de los riesgos representados en las posibilidades de castigo. Este tipo de personas, según se afirma aquí, tendrán una concepción abstracta del miedo a ser sancionados. Para ello debe entenderse el miedo como sinónimo de «preocupación» (*worry*). Este estado psicológico de preocupación se identificaría con un temor desvinculado de cualquier factor de peligro real, concreto e inmediato, cuyas manifestaciones variarían en función de las representaciones simbólicas de cada sujeto: intranquilidad, nerviosismo, tensión, etc. Ese estado permanente de ansiedad se asociaría así a una situación imaginaria que, de algún modo, cree el sujeto que podría eventualmente sucederle por «esas cosas de la vida», no a algo que previsible y objetivamente se daría: la mente «se va al futuro», podría decirse.

«*Que miedo a llegar a caer en una cárcel*», suele escucharse de muchas personas ajenas al mundo del delito. Esta popular frase ayuda a ilustrar ese estado de preocupación abstracto que acompaña al individuo (como la ansiedad de estatus). Las fobias son un buen ejemplo de ese «acompañamiento» permanente de estados de preocupación: miedo a morir (sin riesgo alguno); miedo a ser víctima de un tipo de delito (sin peligro cierto); miedo a «caer» en la cárcel (sin haber cometido un delito), etc. La singularidad subjetiva de tales miedos devela la entidad construida (social) de las correspondientes amenazas. Y en tanto que construcción humana, ya arrimados al campo a la profusión de riesgos, esa entidad simbólica del miedo puede representarse en lo que SILVA ha denominado «*riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural*»²²¹. Ello daría lugar a una especie de «institucionalización de la inseguridad»²²², en la que la «falta de dominio del curso de los acontecimientos»²²³ por parte de los individuos provocaría un estado de angustia o intranquilidad de orden permanente. La reducción de esa sensación de angustia y la correspondiente recuperación de la tranquilidad, se la irrogaría precisamente el Derecho penal²²⁴. Y esta idea resulta de capital importancia para el análisis que aquí se efectúa, pues la impunidad encierra un conjunto de imágenes que le permiten al delincuente alcanzar un dominio cierto sobre la «inseguridad» (temor) que le produce la proyección del delito.

²²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades contemporáneas*, 3ª ed. Ampliada, Ed. B de F., Montevideo – Buenos Aires, 2011, p. 14. Esto tendría lugar, según el autor, «[...] por el hecho de que buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provienen precisamente de decisiones que otros ciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos...».

²²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-M., *La expansión del Derecho penal...* p. 15.

²²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-M., *La expansión del Derecho penal...*, p. 21.

²²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-M., *La expansión del Derecho penal...*, p. 32 : «Así, puede advertirse que frente a los movimientos sociales clásicos de restricción del derecho penal, aparecen cada vez más con mayor claridad demandas de una ampliación de la protección penal que ponga fin, al menos nominalmente, a la angustia derivada de la inseguridad».

Guardando relación con los presupuestos socioconstruccionistas que serán indicados en el capítulo siguiente, el miedo jurídico-punitivo se identifica aquí, al igual que el deseo de éxito (concretamente, el de tipo económico), con un conjunto de representaciones (en este caso, de orden desagradable) cimentadas a partir de los procesos de construcción cultural del individuo. Como refiere TAUSSIG, el miedo «no sólo es un estado fisiológico, sino también social»²²⁵. Esta postura es coherente con la doble naturaleza del miedo que posteriormente será referida: 1) innatos (como la aversión natural al dolor); 2) aprendidos (como el temor a la cárcel). Por ello puede decirse, como señala RIEZLER, que «el miedo y el conocimiento tienen una dimensión social»²²⁶. Incluso las posturas psicológicas que reniegan de factores no universales dejan ver en sus planteamientos esa caracterización subjetiva de la experiencia psicológica. El propio conductismo reconoce el recurso al miedo para el moldeamiento de comportamientos. En el sistema educativo se aprecia claramente: Está en la base misma del sistema educativo, como el propio SKINNER lo reconoce, el modelo castigo-premial²²⁷. Ya en el terreno del delito, como se ha venido afirmando desde el principio de este análisis, el ordenamiento jurídico-penal se fundamenta en el recurso al miedo punitivo para moldear el comportamiento «socialmente» querido.

Para llegar a tal conclusión, consecencialmente, debe reconocerse que existen varios enfoques teóricos sobre el miedo: biológico, neurológico, psicológico y social (cultural). Siendo coherentes con el paradigma epistemológico y la metodología aquí adoptada, interesan estos dos últimos: Desde el punto de vista psicológico el miedo puede identificarse con un estado afectivo o emocional, necesario para la correcta adaptación del organismo al medio, que se manifiesta mediante la angustia o ansiedad. Desde el punto de vista socio-cultural, por su parte, el miedo se vincula a los discursos vigentes en la concreta organización en la que el sujeto se ha construido²²⁸. La denominada «sociedad del riesgo» caracterizada por Ulrich BECK (*risikogesellschaft*) es un buen ejemplo de la profusión social del miedo y su efecto sobre la experiencia psicológica de quienes son socializados bajo esos entornos²²⁹. Quiere ello decir, según las premisas conductistas, que se puede aprender tanto a temer a ciertas situaciones como a no temerlas. Y si la entidad del miedo punitivo no hace parte del sustrato biológico del individuo, sino que depende de un proceso de aprehensión de contenidos histórica y contextualmente situados, entonces la aversión a los riesgos es eminentemente subjetiva. Como bien lo señala SILVA, «la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la propia existencia objetiva de los mismos»²³⁰.

²²⁵ TAUSSIG, Michael, *Shamanism, Colonialism, and the Wild Man. A Study in Terror and Healing*, Ed. The University of Chicago Press, Chicago, 1987, p. 5. En sentido correlativo, señala REGUILLO, Rossana, “Los laberintos del miedo. Un recorrido para fin de siglo”, en *Revista de Estudios Sociales*, n° 5, 2000, p. 65, « [...] la sociedad la que construye las nociones de riesgo, amenaza, peligro y genera unos modos de respuesta estandarizada, reactualizando ambos, nociones y modos de respuesta, según los diferentes períodos históricos».

²²⁶ RIEZLER, Kurt, “Psicología social del miedo”, en RIEZLER, Kurt y otros, *Miedo y sociedad*, Ed. Escuela, Buenos Aires, 1966, p. 103.

²²⁷ Cfr., SKINNER, Burrhus F., *Sobre el conductismo...*

²²⁸ Para RIEZLER, Kurt, “Psicología social del miedo”, p. 112: «La inseguridad colectiva puede interpretarse como un conjunto de múltiples razones definidas de un miedo definido que amenaza la multiplicidad de un individuo de una sociedad».

²²⁹ Cfr., BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Ed. Paidós, 2006.

²³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-M., *La expansión del Derecho penal...*, pp. 26-27.

Para validar lo anterior hay que preguntar, pues, por la naturaleza del «miedo legal». Guardando relación con la postura psicológica aquí tratada, desde el Conductismo el miedo es algo aprendido. Concebido así el castigo, en un hipotético supuesto, probablemente no se generaría miedo al infierno para muchos si se les enseñase que tras la muerte se hallan los placeres de la vida mundana. Pero se enseña es que el infierno encarna sufrimiento eterno. Desde la concepción de miedo aquí adoptada, siguiendo con el ejemplo, no habría que esperar hasta estar en edad de morir para experimentar la angustia que comúnmente se asocia a ello. Ya situados en el terreno del delito, se temería a la cárcel por los miedos que se han asociado a ella. Pero en uno y otro caso no hace falta estar en situación real de peligro. De lo anterior que se afirme aquí que el miedo es una «construcción cultural», en la medida en que los significados del entorno pueden afectar la relación entre psique y emociones. ¿Qué es lo que posibilita que muchos creyentes no teman a la muerte?: la posibilidad que tienen de regular su vida terrenal conforme a la ley de Dios y de ese modo asegurar la felicidad eterna. Psicológicamente entendida, esa posibilidad se traduce en un control de la situación aversiva (del infierno). Claramente no puede el fiel controlar materialmente la situación (conductualmente), sino cognitivamente. Tratándose del delito, según la tesis propuesta, sucede igual: ¿qué haría que el criminal no tema a la pena?: su capacidad de controlar la situación aversiva cognitiva y materialmente. Como afirma BANDURA, «Un sentido fuerte de capacidad de control hace que las situaciones sean menos intimidantes y reduce por tanto respuestas de estrés ante las situaciones atemorizantes»²³¹.

Este tipo de autocontrol cognitivo no responde necesariamente a la interiorización del valor protegido por la norma (prevención-integración). Pero como también cabe esta posibilidad, se afirma aquí que una cosa es que la persona logre comprender tal valor mediante un acto de sensible adhesión (estabilización adhesiva), pero otra que lo haga apercebido por algún grado de temor (estabilización aversiva). A partir de esta doble categoría se afirma luego que el mismo factor de intimidación (el miedo), también coadyuvaría en el refuerzo del valor positivo (por ejemplo, la honradez y la honestidad, que previenen la corrupción). De modo que esa intimidación también implica comunicación del valor protegido, pero para otorgarle legitimidad a la punición; *intimidar*, en términos de GRECO, «significa, por tanto, indicar que alguien se debe comportar de una manera o de otra no porque ello sea correcto en sí, es decir, no por razones morales, sino porque de lo contrario podría tener lugar algo no deseado por el destinatario –o sea, por razones de prudencia-»²³². Pero esa interiorización no dependería sólo de una llana «toma de conciencia» sobre la necesidad de proteger el valor jurídico protegido penalmente, sino también de ese factor aversivo que permite dimensionar su entidad. Se afirma así que la pena es apenas un refuerzo que se aúna a otros como la moral. Señala allí mismo el último autor que «Por medio de la amenaza de un mal, él obtiene una razón adicional para actuar de ese modo también en el supuesto de que las razones morales no sean suficientes o no puedan transformarse psicológicamente en motivos». A partir de esta idea deja de ser tan claro el límite que se establece entre la función integradora de la norma jurídico-penal y su función intimidatoria, pues esta última participa en gran medida en formación de aquélla.

²³¹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 467.

²³² GRECO, Luis, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach...*, p. 281.

La entidad aversiva que se asigna aquí al «miedo» punitivo, de acuerdo con lo anterior, se identifica con una concepción abstracta del castigo, en donde su función intimidatoria no se concibe en referencia a una situación delictiva en concreto, sino en razón del sistema punitivo en su conjunto; algo similar a la denominada «función disuasoria superior» del Derecho penal referida por SILVA, en la que su fuerza suasoria se atribuye no a una norma penal específica, sino al orden legal globalmente considerado²³³. Esa intimidación, como precisa el autor, « [...] no se producirá normalmente de modo directo, como parecería indicar el modelo esquemático de FEUERBACH, -algo que, por otra parte, sería imposible ante el general desconocimiento de las normas penales como tales-, sino mediante numerosas «instancias mediadoras»²³⁴. Bajo aquélla concepción el mensaje aversivo cumpliría su cometido de motivar a los destinatarios de la ley penal en disfavor de la comisión de delitos, no sólo de forma circunstanciada (en presencia de la situación delictiva), específica (mediante una norma y penalidad determinada) y directa (real y presente), sino de manera indirecta (representaciones vicarias), omnipresente (amenaza latente), futura (a largo plazo) y desfigurado. Como refiere BANDURA, «Las personas que no suelen infringir las leyes tienen todas ellas una percepción distorsionada de las amenazas legales, de modo que sobreestiman en gran medida el riesgo de ser detenidos y castigados por cometer actos ilegales»²³⁵. En últimas, se afirma aquí que la pena intimida «de algún modo». Como refiere GRECO, «La única afirmación psicológica de la que parte el modelo aquí propuesto es la de que las razones pueden motivar de alguna manera»²³⁶. Esta incidencia diacrónica del miedo, es preciso insistir, puede coexistir con la función moralizante, pues los distintos instrumentos de regulación se sirven de los mismos canales de mediación. La tesis postulada por SILVA resulta así necesaria para delimitar tal noción:

[...] la concepción con origen en FEUERBACH acerca del «modus operandi» de la función intimidatoria del Derecho penal, debe puntualizarse en otro sentido. Así, resulta que no es sólo que la misma no opere de modo *directo*, sino casi siempre *indirecto*; además, debe afirmarse que opera no sólo *específicamente* (esto es, mediante una norma y respecto a una conducta delictiva determinada) sino también *genéricamente* (el Derecho penal como sistema global de normas contra el delito como conjunto de conductas «criminales»). Este último aspecto ha sido resaltado últimamente por DÓLLING. Este autor, en efecto, señala que una de las funciones básicas del sistema penal en su conjunto es la de influir, no ya sólo sobre las decisiones puntuales de infringir o no infringir una determinada norma, sino también sobre las decisiones fundamentales que adopta un sujeto «a largo plazo» y que configuran las líneas esenciales de su «estilo de vida». Estas líneas esenciales en la configuración de la propia vida pueden condicionarse a través de la educación (socialización e internalización de normas). Sin embargo, lo que aquí interesa es que el Derecho penal puede contribuir a ello mostrando, a través de la intimidación —que, en estos casos, será también necesariamente indirecta— que la opción por el delito no merece la pena («*crime doesn't pay*»): en una palabra, desacreditando, en términos generales, y desde perspectivas de utilidad, la decisión por una carrera criminal, con el fin de lograr que el sujeto tome la decisión genérica de adecuar su conducta externa a las normas penales²³⁷.

²³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 221: «[...] es obvio que una cosa es que el Derecho penal (como conjunto) desempeñe funciones disuasorias superiores a las que existirían en su ausencia y otra, muy distinta, que ello suceda con todas y cada una de las normas penales».

²³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 221.

²³⁵ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 296.

²³⁶ GRECO, Luis, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach...*, p. 282.

²³⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, pp. 223-224.

Para la comprensión cabal de esta concepción sobre la función intimidatoria del Derecho penal, como se describirá seguidamente, resulta didáctico realizar una lectura de las representaciones del castigo jurídico-punitivo desde el modelo intimidatorio que profesa la religión: comparando el acato ciudadano de los imperativos determinados por el Derecho penal –fundada en la amenaza de pena- con el respeto de los creyentes católicos – y religiones asimiladas- hacia los mandamientos de la ley de Dios. Este respeto no estaría referido al acto concienzudo sobre el valor protegido por cada mandamiento (el mandato divino: la vida, el patrimonio, etc.), esto es, lo «deseable por el Derecho penal» expresado por la norma primaria, diría MIR²³⁸: «no matarás, no lesionarás, etc.», sino mediante la profusión del miedo al infierno (por las representaciones que este encarna culturalmente). Se refiere ese miedo a una concepción mística que hace que muchas personas dejen de hacer aquello que va en contra de los mandatos de Dios, al punto de que para muchos puede, incluso, costar escribir su nombre con minúscula inicial (porque «quién sabe si algo le puede a uno pasar»). Es este el mismo tipo de miedo abstracto, omnipresente y distorsionado al que aquí se hace referencia y que no tiene nada que ver con la aprehensión consciente del valor que se protege mediante el correspondiente imperativo normativo.

Para validar tal tesis, en consonancia con la referida concepción intimidatoria, lo primero que debe hacerse es reconocer la pretensión real que se esconde tras la función preventivo-general negativa: moralizar a la sociedad en el sentido que expresan los códigos penales, en otros términos, educar a través del miedo al castigo (aunque teóricamente se niegue y defienda que ello se opone a las garantías del individuo)²³⁹. El mismo discurso punitivo de los legisladores delata esa función moralizante: «*Los hombres tienen que aprender que tratar mal a las mujeres es muy grave*» (por lo que se crea la figura del feminicidio). Esta expresión popular, tan común en países como Colombia, reflejan, pues, claramente esta solapada función. Ello resulta coherente cuando se afirma que, como apunta MIR, la pena debe crear una «*expectativa social*» tendente a *motivar* en los ciudadanos un comportamiento conforme al Derecho penal²⁴⁰. Considerada la amenaza de pena como generadora de *expectativas* en el destinatario de la norma, la misma no operaría sólo de forma directa y circunstanciada, sino también a «largo plazo», para lo que necesariamente debe haber una internalización del fundamento de criminalización²⁴¹. Pero este fundamento, contrario a lo que podría pensarse, puede adquirirse también a través de la profusión del miedo y no sólo mediante adhesión sensible a un determinado valor²⁴².

²³⁸ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 45.

²³⁹ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 32: «De otro modo, requerir la prevención general estabilizadora tendría un sentido “moralizante”, de imposición mediante la coacción de la pena de una *adhesión interna* de los ciudadanos a los valores jurídicos, y ello sería absolutamente impropio de un Derecho penal de garantía del individuo».

²⁴⁰ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 44.

²⁴¹ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 44: «Ello no supone que las normas penales motiven únicamente a través de la amenaza *directa* de la pena (lo que VON WRIGHT llama “presión normativa”), sino que generalmente se produce una “internalización” de las normas que permite que éstas operen mediante su *aceptación* por parte del destinatario».

²⁴² MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 45: «La eficacia de la prevención depende, pues, de ambos factores: de una amenaza de la pena (a) capaz por su fuerza de convicción, de determinar su aceptación por parte de sus destinatarios. (b) Junto a la prevención *intimidativa* debe destacarse, pues, la prevención *positiva* que tiende a afirmar el Derecho en la conciencia jurídica de sus destinatarios».

La referida correlación entre una concepción intimidatoria del castigo legal definida por su capacidad de motivar las consciencias humanas en desfavor del delito mediante la profusión de un miedo de orden abstracto y omnipresente, como se ha indicado, puede graficarse realizando un paralelo con el castigo infernal diseminado por la religión. Para validar tal correlación puede incluso partirse de los mismos presupuestos básicos de la teoría del delito. Esta correlación resulta plausible, como se ha avanzado y se desarrollará en el último capítulo de esta tesis, cuando se postula que el elemento que le otorga sustento mismo a la teoría del hecho punible: la pena, debe de algún modo «participar» en un mismo plano con los elementos subjetivos del delito, esto es, cuando lo que se pretende es que el elemento emotivo (la pena) «batale» en un mismo plano contra el elemento inductivo (el fin). Lo que se pretenderá con esa correlación subjetiva entre el inductor positivo de la conducta delictiva y el factor aversivo que teóricamente la desincentiva es, en definitiva, «basar la teoría del delito en la función de prevención»²⁴³, en los términos del Prof. MIR, «[...] teniendo en cuenta la forma de operar de la norma preventiva...»²⁴⁴. Luego es esa misma función la que permite integrar dogmáticamente el factor aversivo.

La exigencia de comportamiento humano es el primero de esos requerimientos de una teoría del delito definida por la función preventiva de la pena²⁴⁵. El castigo legal, de acuerdo con este primer presupuesto, sólo puede intentar «motivar a la evitación» de un delito cuando el comportamiento es controlado por la voluntad humana²⁴⁶. Realizando una lectura de este presupuesto desde la doctrina religiosa, es esa misma capacidad de voluntad la que le permite al hombre elegir entre el «camino del bien» y el «camino del mal»: «podemos escoger entre el bien y la vida, y el mal y la muerte. En cualquiera de los dos casos, la decisión es nuestra» (versículos 16 al 18; Gálatas 6:7, 8). Luego, la antijuridicidad del acto exige como requisito adicional al comportamiento respectivo, la tipicidad, pues la primera precisa la *realización voluntaria* de la conducta que se prohíbe normativamente²⁴⁷. La exigencia de tipicidad se concreta, de este modo, en la determinación de esa específica prohibición. Jurídico-penalmente referida, la norma primaria viene a definir el comportamiento que la norma pretende evitar: prohibido matar, prohibido robar, etc. Los mandamientos de la ley de Dios se acoplan a la misma estructura: no matarás, no robarás, etc. Más allá del desvalor del resultado que encarnan los correspondientes imperativos, los mismos encierran un auténtico desvalor de la propia acción, al punto de que el segundo orden proscribiera en su noveno mandamiento aquellos «pensamientos y deseos impuros». Sorprendentemente este mandamiento expresa aquella hipocresía que esconde el Derecho penal arriba referenciada: su pretensión de control cognitivo de comportamientos indeseados (interno), y no meramente la contención conductual de los mismos (externa).

²⁴³ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 48.

²⁴⁴ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 48.

²⁴⁵ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 49: «Según la definición de delito, ampliamente admitida, en su estructura central, por la doctrina dominante que VON LISZT inició hace cerca de un siglo, el primer requisito de dicho concepto es la concurrencia de una *acción o comportamiento*».

²⁴⁶ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 50: «Si el cometido de la amenaza penal es el de conseguir siquiera a través de la internalización que tiene lugar a través de la mediación de la sociedad motivar al ciudadano para que deje de cometer delitos, sólo podrá pretender tener éxito con relación a comportamientos que el ciudadano conduzca finalmente y pueda, por tanto, controlar y dejar de realizar».

²⁴⁷ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 57 y ss.

Bueno sea de paso advertir que ello no debe llevar al equívoco de que aquí se legitima una penalización de pensamientos o actitudes internas, pues éstos sólo deben importar al Derecho penal en tanto en cuanto se exterioricen y se realicen en uno de los tipos penales allí previstos. Lo que se busca, debe insistirse, es el reconocimiento, como se lee entre líneas en la anterior cita del Prof. SILVA, de que la función intimidatoria de la pena debe, de algún modo, afectar la esfera interna del hombre para que tenga la virtud de inhibirle «genéricamente» y «a largo plazo» (de modo que pueda «adecuar su conducta externa»). La misma idea resulta de vital importancia para la delimitación de la concepción de acción –sociológica, psicológicamente concebida- que se propondrá a lo largo de este trabajo, cuya entidad intencional o propositiva no se define sólo por la sustancia o cualidad activa, sino también por lo simbólico del factor aversivo (que lucha en un mismo plano con aquél elemento inductivo). De ahí, precisamente, que el estudio de la categoría del dolo adquiera su máxima importancia en la translación de esa tipología de acción sobre una teoría del delito definida por su función preventiva. Dentro de la denominada tipicidad subjetiva, por tanto, las representaciones simbólicas sobre el castigo legal se entroncarían en un mismo plano con las imágenes que criminológica y dogmáticamente se asocian al dolo (a la intención, concretamente). Sobre este aspecto se hará mayor análisis en el Capítulo VIII.

Esta fusión tiene sentido cuando se asume plenamente la tesis de que, en los términos del Prof. MIR, el Derecho penal «debe actuar sobre el proceso de *motivación*, intentando determinar la voluntad de los ciudadanos en el sentido de que no conduzca a acciones que puedan vulnerar aquellos bienes»²⁴⁸. Precisamente por esa función preventiva que tiene asignada la norma jurídico-penal, es que el dolo se introduce necesariamente en el tipo de injusto²⁴⁹. Y por lo mismo se dice que el Derecho penal no puede castigar a quienes realizan alguno de estos hechos sin culpabilidad²⁵⁰, pues en ella misma se fundamenta la función motivadora de la norma²⁵¹. Ello presupone, lógicamente, una «normalidad de la motivación» del hombre²⁵². La posibilidad de elegir entre el camino del bien o del mal, en términos religiosos, encierra la auténtica filosofía del libre albedrío; la misma de la que parte la clásica y aún vigente concepción del esquema de la disuasión punitiva²⁵³. Dejando de lado las críticas sobre esta postura filosófica, el pensamiento bíblico está enmarcado desde la denominada «libertad de selección» (Génesis 1:26; Deuteronomio 7:6), de donde se deriva la capacidad del hombre para pensar, ponderar lo bueno y lo malo y, en fin, para tomar decisiones y distinguir entre lo correcto y lo incorrecto (Hebreos 5:14). Luego se sustentará la tesis de que esa racionalidad no puede concebirse en un sentido instrumental, sino que está permeada por la naturaleza simbólica de la propia experiencia psicológica.

²⁴⁸ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 74.

²⁴⁹ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 75.

²⁵⁰ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 91.

²⁵¹ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 92: «[...] un Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho, que asuma la misión de proteger a la sociedad de forma democrática, ha de entender la culpabilidad desde otro ángulo: a partir de la función motivadora de la norma».

²⁵² MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 96.

²⁵³ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 93: «El principio según el cual la pena presupone la culpabilidad del autor del injusto (*principio de culpabilidad*), puede fundarse por distintos caminos. El planteamiento tradicional se ha basado en la idea de *libertad de voluntad*, y ha considerado como presupuesto fundamental de la responsabilidad el “*poder actuar de otro modo*”».

Todo lo anterior para decir que la función intimidatoria de la pena debe concebirse en dos sentidos de distinto alcance: concreta y abstracta. Para ello se diferencia entre dos tipos de disuasión: 1) disuasión *instrumental o externa*; 2) disuasión *autorre restrictiva o interna*. La primera se identifica con la referida noción de miedo real y presente (concreto); la segunda con la noción de miedo imaginario y futuro (abstracto). La primera es la típica imagen del delincuente racional cuando se propone realizar un delito: una ponderación neutral sobre los beneficios y costes que le representan, desde su particular forma perceptiva, la realización del delito. En este esquema el riesgo de sanción que experimenta el actor se asocia a la percepción individual sobre la certeza de ser sancionado y otras variables econométricas. No se pregunta desde esta postura, por ejemplo, nada que tenga que ver con la significación subjetiva del riesgo: *¿le tendrá miedo el sicario a la cárcel o a morir?* Pero otra muy distinta es la concepción de miedo imaginaria y futura. Ese miedo dependería de otros estados afectivos asociados al castigo, como el temor al fracaso o a la soledad. No se trata, por tanto, de un estado momentáneo de ansiedad, sino de un estado permanente que acompaña al individuo en su vida. De este modo la psique se somete de forma permanente a estados variables de angustia, limitando el comportamiento desde un orden no precisamente racional. Como señala BANDURA, «La valoración de las capacidades personales y de los peligros potenciales no es siempre exacta ni racional»²⁵⁴.

Se afirma así que el miedo al castigo tiene su origen en las representaciones que la mente construye del futuro, sustentadas en las experiencias diversas o condicionamientos simbólicos del individuo. La evitación del delito a partir de esas imágenes futuras, es lo que aquí se enuncia como autorrestricción de orden interno (control cognitivo)²⁵⁵. Se diferencia del control de orden externo, en la medida en que este último depende fundamentalmente de la percepción sobre la probabilidad objetiva de ser sancionado (control conductual)²⁵⁶. Pero uno y otro tipo de control del acto ilícito, según las «capacidades» que serán referidas seguidamente, se verían anulados por la de-construcción del miedo a realizar la actividad delictiva mediante la capacidad afrontativa (dominio o control) de la situación aversiva. Frente a la posibilidad de neutralización de la aversión al riesgo mediante el control de la situación estimular, apunta BANDURA que «Un sentido fuerte de capacidad de control hace que las situaciones sean menos intimidantes y reduce por tanto respuestas de estrés ante las interacciones atemorizantes»²⁵⁷. Y este dominio de la situación, cabe insistir, lo induciría la impunidad, pues ésta generaría el mismo efecto que el control de la fuente de aversión. Se sustenta así que la posibilidad que tiene el corrupto de afectar la prueba o conseguir la aplicación de reglas dogmáticas tendentes a la exclusión de la responsabilidad, constituyen auténticas estrategias de dominación del miedo legal.

²⁵⁴ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción*..., p. 211.

²⁵⁵ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción*..., p. 467: «En toda experiencia dolorosa pueden distinguirse dos componentes: el malestar producido por los acontecimientos externos aversivos y el malestar producido por los pensamientos que se originan. El componente correspondiente al pensamiento –la activación generada por las ideas perturbadoras y repetitivas– es el responsable de buena parte del malestar del hombre».

²⁵⁶ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción*..., p. 467: «El poder de controlar las amenazas potenciales puede disminuir el grado de activación fisiológica ya que puede utilizarse esta capacidad para reducir o prevenir las experiencias dolorosas».

²⁵⁷ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción*..., p. 467.

3.1. Capacidad simbolizadora

Se mencionó en la Introducción General que la denominada capacidad «simbolizadora» es una condición inherente a la especie humana que puede ser definida, de acuerdo con BANDURA, como la forma de otorgar significado a las experiencias vividas²⁵⁸. ¿Cuál es la importancia de esta *capacidad* humana de otorgar sentido a las experiencias vinculadas a las diversas modalidades de castigo, como los que teóricamente se atribuyen a la pena de prisión? Para responder a esta cuestión previamente hay que remarcar que el castigo legal comprende un conjunto de representaciones teóricamente desagradables dirigidas a evitar la realización del comportamiento indeseado «socialmente», valiéndose de la presupuesta tendencia aversiva de los seres humanos hacia ciertos objetos o situaciones, en este caso, los que encarna el encierro legal: hacinamiento, afectación de las relaciones familiares, precaria alimentación, en definitiva, la frustración de un proyecto de vida. La mayor o menor valía de esos bienes que un individuo se expone a perder tras su implicación con la situación (el delito) que desata la aplicación del factor generador del miedo (la prisión), probablemente, afectará la posición de aquél frente a aquella situación generadora de miedo. Ello puede tener lugar en la medida en que, como también señala el precitado autor, «Los símbolos que representan los acontecimientos, las operaciones cognitivas y las relaciones actúan como vehículos del pensamiento»²⁵⁹. Y este aspecto es importante destacarlo, pues como se sostiene en este trabajo, los actos inhibidos por un estado de ansiedad de origen aversivo no siempre obedecen a un riesgo de orden real y racional.

La capacidad simbolizadora del individuo es, necesariamente, la circunstancia que permite la incidencia psicológica del conjunto de representaciones asociadas a una determinada forma de castigo. Las representaciones que se hallan tras el castigo bíblico, permiten ilustrar claramente esta entidad simbólica de la experiencia psicológica y las repercusiones de ese conjunto de contenidos simbólicos de carácter aversivo (los asociados al infierno) respecto de la inhibición por parte de los creyentes frente a las conductas prohibidas por este orden regulador: los pecados. Para ver esa incidencia del castigo infernal sobre la conducta del creyente y su homologación al castigo legal, es oportuno completar esa «lectura» del primer orden regulador desde las teorías preventivo-generales de la pena. Por un lado, muchos estarían de acuerdo en que la profusión de los valores que profesa la religión católica –como la vida, la honradez, etc.- evitan la infracción de los «mandamientos» católicos quinto (no matar) y séptimo (no robar). En este sentido puede decirse que la prevención es «positiva». Pero, por otro lado, también cabría estar de acuerdo con el hecho de que la evitación de tales infracciones viene ayudada por ese factor intimidante constructor de la preocupación por la suerte de la vida eterna: el infierno. Nadie negaría que los temores asociados al infierno son de naturaleza simbólica, pues nadie ha venido del «inframundo» a contar si son ciertas, o no, tales representaciones. Y si estas ideas se sostienen, cabría estar de acuerdo con que un miedo imaginario y futuro basado en las representaciones del castigo legal, afecta de algún modo la voluntad. Se insiste aquí, nuevamente, en que este tipo de miedo se vincula a quienes no delinquen.

²⁵⁸ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 39.

²⁵⁹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 487.

Esa capacidad simbolizadora permite otorgar sentido a las dos formas de prevención intimidatoria que aquí se proponen. Frente a la forma de disuasión basada en la presencia de castigos externos reales y presentes, la tesis es que aquellos que, desprovistos de ese valor positivo que protege la norma (la vida, el patrimonio, etc.), no delinquen por incidencia de la amenaza externa: sólo le inhibe una percepción de riesgo elevado. Llevado a un supuesto, el funcionario siempre estará dispuesto a corromperse si se le presenta la oportunidad, es decir, siempre «lleva consigo» la disponibilidad a corromperse. A este sujeto sólo le frena la posibilidad de sanción asociada a la eficacia de los instrumentos de control. Es el caso del sicario que, dispuesto a matar, sólo se contiene porque se topa con la policía el día que tiene que cumplir con uno de sus «encargos». En uno y otro supuesto, por tanto, podrá afirmarse que no se delinque simplemente por el miedo que le genera la posibilidad de recibir un castigo inmediato. Para ello el actor delictivo ha debido interiorizar la significación del castigo que teóricamente se le asigna a la sanción correspondiente: graficando la situación, el sicario tendrá cierta valía por su vida (por lo que tiene claro que no enfrentará al policía) y de la libertad (puesto que si cumple con su «labor» bajo estas condiciones aumentará la posibilidad de que le apresen). Ahora bien, existirá aquel sicario que, aún bajo una situación aversiva de tal magnitud, simplemente no le preocupa en demasía el hecho de ser castigado. Si delinque, según la tesis que aquí se propone, es porque habrá desestructurado la significación del miedo legal: no teme perder la vida o someterse a las infamias asociadas al castigo penal (echar al traste su vida).

Diferente de la anterior es la situación de aquellas personas que, no teniendo simpatía con el bien jurídico o valor que se protege y sin presencia real y presente de la amenaza de riesgo asociada al castigo legal, sin embargo no se atreven a infringir la norma. Y la razón fundamental es porque experimentan de alguna manera algún grado de temor aunque éste sea de orden abstracto, imaginario y distorsionado. En otros términos, estas personas podrán verse disuadidas no por incidencia de la amenaza externa, sino por la autorrestricción interna: Esta persona se habrá forjado mentalmente un grado de aversión tal, que le inhibe del delito: una especie de peligro omnipresente que le genera un estado de ansiedad permanente que se incrementa ante la opción del delito; un estado de ansiedad permanente similar al que genera la necesidad de alcanzar estatus (incentivo positivo). Observado desde el punto de vista del castigo (incentivo negativo), se trataría de un estado de ansiedad o preocupación permanente que anularía la disponibilidad permanente al delito. A diferencia de la anterior categoría, la «amenaza» no se encuentra «fuera»: el policía, la cámara de vigilancia, la auditoría contable, la traza informática, la huella dactilar, en definitiva, en esos factores que llevan a la aplicación del castigo, etc., sino «dentro»: miedo permanente a perder esos bienes que se asocian a la pena sin necesidad de encontrarse frente a la situación estimular aversiva: como quien teme a la muerte sin encontrarse en peligro real. Cuestión distinta es determinar la manera cómo las representaciones teóricas del castigo posibilitan esa aversión interna y, resuelta la misma, responder por qué razones fracasa la función intimidatoria de la pena, esto es, por qué se neutraliza cognitivamente la aversión a ella, incluso al punto de que muchos sujetos tengan una visión positiva del mismo: como aquel que delinque sólo por regresar a la prisión. A dar respuesta a estos interrogantes se dedican gran parte de los contenidos de esta tesis.

La capacidad simbolizadora del hombre es la que permite, en suma, que ese conjunto de representaciones sobre las diversas situaciones aversivas que aquél adquiere a partir de su experiencia, incidan sobre su función de autocontrol. Muchas de las personas que por uno u otro motivo han recibido una fuerte influencia durante sus vidas de esos contenidos de la religión y que asocian a la realización del mal el castigo infernal, han desarrollado una especie de sensación de ser observados constantemente por un ser omnipresente que está atento, a diario y en cada momento, de su incorrecto comportamiento, incluso hasta de sus malos pensamientos. En un pasaje del capítulo «El Mal» del documental «La Historia de Dios» conducida por Morgan FREEMAN, se pregunta este comunicador si es realmente posible que los seres humanos puedan contraer el mal sin la amenaza de un «verdadero diablo», esto es, sin que puedan verificar la presencia efectiva de un castigo real, presente y posible. Para responder a esta cuestión trae a colación la tesis defendida por el Psicólogo Jesse BERING, relacionada con el control conductual mediante fuerzas místicas, según el cual los seres humanos necesitan de la presencia de seres sobrenaturales para mantenerse en el camino correcto («para mantener el mal a raya»). Este tipo de autocontrol obedecería a una fuerza omnipresente conformada por un conjunto de representaciones simbólicas adquiridas en el curso de socialización del ser humano, que luego la mente procesaría como situaciones reales, al punto de que pueden gobernar la expresión comportamental. Es este el mismo tipo de control omnipresente que en esta tesis se irroga al Derecho penal.

Para probar su teoría, BERING reunió un grupo de niños de seis años –en promedio- a los que haría luego entrar de manera individual a una habitación en la que debían medir sus capacidades al tiro al blanco en posición de espaldas, prometiendo un premio al mejor resultado. Muchos de estos niños, ante la inexistencia de amenazas de castigo al interior de la habitación, optaron por darse la vuelta e incluso acercarse hasta la misma diana para alcanzar el mejor de los resultados. Posteriormente reunió otro grupo de niños con las mismas características a los que, previo a hacerlos entrar a la habitación, les indujo una serie de representaciones acerca de un ser invisible y omnipresente que estaría sentado en una silla apostada al lado de la diana, es decir, «vigilándoles» durante su ejercicio. Al pasar de manera individual a la habitación, todos y cada uno de los niños se ajustaron a las reglas establecidas para el juego. Este experimento lo repitió en múltiples ocasiones obteniendo los mismos resultados. Concluye el referido Psicólogo que este es el poder de la fe: los niños nunca oyeron hablar antes de ese momento del ser omnipresente en sus vidas, pero tras una corta instrucción se vuelve real en sus mentes, al punto de controlarles. Afirma que es esta la misma sensación que tiene la gente en una sociedad frente a Dios o un agente sobrenatural, al punto que muchos llegan a creer que recibirán una consecuencia negativa por violar algunas de sus reglas. Una deidad que todo lo ve y todo lo sabe; una deidad todopoderosa que, bajo la promesa de la recompensa del cielo y la amenaza de un castigo eterno, mantendría a los hombres en el camino correcto. La misma fuerza abstracta y omnipresente que, para muchas personas profanas, puede encarnar el castigo punitivo²⁶⁰.

²⁶⁰ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 467: « [...] los individuos que se consideran ineficaces se preocupan excesivamente por sus deficiencias de afrontamiento y viven las situaciones de reto con amenazas de peligro. No sólo exageran la gravedad de las posibles amenazas sino que también se preocupan por peligros que raramente o quizá nunca llegan a producirse».

3.2. Capacidad de previsión

La denominada *capacidad de previsión*, de acuerdo con BANDURA, está referida a la posibilidad de anticipar cognitivamente las consecuencias más probables de las acciones futuras, esto es, la posibilidad que tienen los seres humanos de establecerse metas a sí mismas y planificar cursos de acción para ocasiones futuras previstas. Por medio de la previsión, apunta el referido autor, «[...] los individuos se motivan y dirigen sus actos de forma anticipada»²⁶¹. Tratándose de la «previsión» de los acontecimientos futuros vinculados a un acto delictivo, siguiendo la lógica de premios y castigos que define la entidad de los delitos de configuración racional, resulta más que lógico que el individuo que se propone la generación del evento criminal prevea, en menor o mayor medida, las consecuencias positivas y negativas de su acción. Frente a la consideración de la corrupción como comportamiento planificado e intencional, apunta precisamente FERNÁNDEZ que «[...] el individuo se comporta de forma corrupta cuando lo hace de manera consciente, voluntaria e intencionada»²⁶². Más adelante agrega que la misma no se entiende sin una proyección del concreto acto de corrupción: «La corrupción no surge por generación espontánea sino que suele ser planificada de forma consciente y voluntaria»²⁶³.

Pero esta predicción del comportamiento futuro, de acuerdo con el presupuesto anterior, depende de las propias representaciones simbólicas del individuo. Como señala BANDURA, «Al representar simbólicamente los resultados deseados, el sujeto puede convertir las consecuencias futuras en motivadores y reguladores actuales de la conducta previsor»²⁶⁴. Se afirma de este modo que si una persona puede anticipar ese conjunto de imágenes que tiene asociadas al factor aversivo sin que sea necesario para ello proponerse seriamente la comisión de cualquier delito, ese factor aversivo basado en una consecuencia imaginaria e imprecisa podrá igualmente afectar la conducta en un sentido determinado, en tanto que el estado de preocupación adquiere una naturaleza real²⁶⁵. Al respecto, afirma BANDURA que «La falta de exactitud sobre el momento y el lugar en el que pueden producirse las amenazas origina anticipaciones perceptivas de ansiedad»²⁶⁶. Luego sería este estado de ansiedad generado por la indefinición de la situación aversiva, la que generaría una connatural incapacidad o imposibilidad personal de realizar un control material de la misma, en la medida en que, por definición, una fuente de riesgo imaginaria e irreal sólo puede ser controlada mediante un ejercicio de dominio de tipo cognitivo²⁶⁷. Se verá luego la manera cómo en la cadena de previsión del delito, la impunidad ocupa su lugar.

²⁶¹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 39.

²⁶² FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 174.

²⁶³ FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 174.

²⁶⁴ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 39.

²⁶⁵ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 467: «Como consecuencia de esto, los individuos experimentan un elevado nivel de malestar generado cognitivamente. A su vez, la activación que se produce aumenta la preocupación por la ineficacia personal y las posibles consecuencias adversas».

²⁶⁶ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 345.

²⁶⁷ La proyección del miedo puede generar un sentimiento de impotencia o imposibilidad de enfrentarse a la situación aversiva. BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 210, «Las experiencias aversivas, ya sean de tipo personal o vicario, pueden inducir una creencia de ineficacia personal para controlar los resultados dolorosos, que genera tanto la activación del miedo como la conducta defensiva».

La anterior referencia permite claramente sustentar la idea de que las predicciones efectuadas por el hombre no necesariamente tienen que basarse en información precisa o situaciones reales. El miedo irrogado por muchas personas a la amenaza de pena, según se ha dicho, puede basarse en representaciones simbólicas imprecisas, aunque se tornen ciertas desde la particular subjetividad. Porque es que sólo el delincuente puede alcanzar una comprensión más o menos completa del delito. Por ello no es casual la gran aceptación que ha tenido en el ámbito de la Sociología y la Psicología social la reflexión de THOMAS sobre el poder que tienen las definiciones sociales sobre la experiencia psicológica: «si se definen situaciones como reales, son reales en sus consecuencias». La comprensión personal de los factores que teóricamente generan ansiedad o preocupación en los creyentes, siguiendo el ejemplo atrás referido, permiten graficar este planteamiento: Volviendo al miedo bíblico, muchos estarían de acuerdo en que las personas altamente creyentes ven modificados sus esquemas de pensamiento y, en consecuencia, sus acciones, mediante la «anticipación» cognitiva de los premios y castigos que simbólicamente se han vinculado a las representaciones que conforman el «cielo» (felicidad eterna) y el «infierno» (sufrimiento eterno). La validación interior de este esquema genera una especie de estado permanente de inhibición frente a la tentación de «caer en pecado». En este sentido puede decirse que el factor aversivo (el infierno) ha «colaborado» de alguna forma en ello. Por lógicas razones, no se puede controlar materialmente la situación aversiva: nadie puede «ir al infierno» y realizar un control material de las situaciones desagradables que se hallan allí (control conductual). No obstante sí pueden las personas efectuar un control cognitivo de la situación aversiva mediante la de-construcción simbólica de esas mismas situaciones desagradables: «*En el infierno no hay ateos, allí todos creen en Dios*», afirman de forma jocosa quienes realmente no creen en el «más allá». Y esta satírica frase resulta importante, pues más allá de que la misma representa la de-construcción cognitiva de la significación aversiva de las representaciones populares del infierno, también puede decirse que las imágenes asociadas al castigo legal generan, en análogo sentido, un estado permanente de inhibición respecto a la comisión de delitos. Luego será en función de la capacidad que adquiera cada persona de dominar esas situaciones de aversión, la que determinará la pérdida del miedo a ser sancionado. Como apunta BANDURA, «El temor de las personas hacia acontecimientos potencialmente peligrosos sobre los que no puede ejercerse control personal variará en función de la eficacia percibida para protegerse de sus efectos»²⁶⁸. Se verá precisamente en los capítulos VI, VII y VIII que el control realizado por parte del delincuente sobre los factores que generan impunidad (control del acto de denuncia, ocultación de la prueba, y dominio sobre la aplicación de las reglas de sanción, etc.), es la condición que le permite alcanzar un dominio cognitivo del miedo jurídico-punitivo²⁶⁹.

²⁶⁸ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 466.

²⁶⁹ Cuando el individuo realiza un acto de control de la situación aversiva y no se genera consecuencia negativa alguna, cree que lo puede controlar, lo que refuerza su conducta. En términos de BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 211, «Cuando tras la realización de un acto defensivo no aparece la adversidad esperada, su no ocurrencia se interpreta como una consecuencia confirmatoria de la eficacia del acto, no como la falta de ocurrencia real de la adversidad. La no ocurrencia de las adversidades esperadas actúa como un resultado positivo (Crandall, 1963; Crandall, Good y Crandall, 1964). [...] Por tanto, la no materialización de la desgracia anticipada se convierte en evidencia confirmatoria que refuerza la creencia de que las maniobras defensivas sirven para evitarla».

3.3. Capacidad vicaria

Siendo consecuente con la lógica del esquema de la disuasión vigente desde la concepción clásica del castigo –definido por la ponderación de los premios y castigos asociados al delito- hasta las modernas teorías economicistas del delito –preconizadas por la consideración racional de los beneficios y costes de la acción-, la multireferida *capacidad vicaria* del ser humano o aprendizaje a partir de conductas modeladas resulta de vital trascendencia para comprender la entidad aversiva del castigo legal y su posibilidad de construcción de contenidos de consciencia. Para validar tal tesis, por tanto, lo primero que cabe remarcar es que el ser humano tiene la capacidad de aprender, como apunta BANDURA, a partir de la «observación de la conducta de otras personas y de las consecuencias que tal conducta produce»²⁷⁰. Y valga insistir que los miedos no escapan al aprendizaje modelado, por cuanto muchos de ellos están anclados a las representaciones aversivas que se vinculan a la infracción de un orden regulador determinado. Al respecto refiere BANDURA que «Observando a los demás formamos las reglas de conducta, y esta información codificada sirve en ocasiones futuras de guía para la acción»²⁷¹. Poca discusión ofrece la Criminología sobre el hecho de que la exposición a un factor real de miedo disuade. Ceñidos a la esfera del delito, sobraría evidencia para demostrar que cuando quien se propone la comisión de un determinado delito se enfrenta a una situación real y presente de riesgo –a ser descubierto y apresado-, puede desistir de su pretensión delictiva en la medida en que posea la capacidad cognitiva de relacionarlo²⁷². Es este el caso ya referido del ladrón de bancos o el sicario que desisten de su intento criminal cuando se percatan de la presencia efectiva de la policía. Como refiere el precitado autor, «Cuando el miedo y el sufrimiento están modelados como respuesta a peligros reales, la activación emocional mediada socialmente resulta en extremo útil»²⁷³. En este sentido suele concebirse el modelo tradicional de la disuasión. Ahora bien, se sostiene aquí que el miedo imaginario y futuro también puede repercutir en la modificación del comportamiento. La ansiedad producida es similar a la que genera el miedo «irracional» referido por BANDURA y que puede influir sobre «amenazas inexistentes». En sus propios términos, « [...] si el miedo es irracional, como ocurre con frecuencia, la activación emocional vicaria crea mucho sufrimiento innecesario, y obliga a invertir esfuerzo en la autoprotección contra amenazas inexistentes»²⁷⁴. La posibilidad de adquisición de criterios simbólicos de aversión asociados al castigo se ven posibilitados por los «procesos constituyentes» del aprendizaje vicario y el correspondiente acto de producción de la conducta: 1) *procesos de atención*; 2) *procesos de retención*; 3) *procesos de motivación*:

²⁷⁰ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 40: «La capacidad de aprender por medio de la observación permite al individuo adquirir las reglas necesarias para generar y regular patrones de conducta sin tener que ir formándolos gradualmente mediante ensayo y error».

²⁷¹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 68.

²⁷² BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 70: «Mediante la observación de la actuación de los demás, los observadores pueden adquirir habilidades cognitivas y nuevos patrones de conducta. El aprendizaje puede consistir en patrones de conducta nuevos, criterios de evaluación, competencias cognitivas y reglas generativas de nuevas conductas».

²⁷³ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 341.

²⁷⁴ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 341.

a) Procesos de atención: Los denominados «procesos de atención», según refiere BANDURA, « [...] regulan la exploración y la percepción de las actividades modeladas»²⁷⁵. La atención, psicológicamente concebida, se describe como un proceso de orden conductual y cognitivo de «concentración selectiva», ya sea de naturaleza objetiva o subjetiva, respecto de un objeto o situación afectada por el filtro de la percepción. Esa atención subjetiva, tratándose de fenómenos sociales de gran profusión, se ve afectada por los efectos que se perciben. Para BANDURA, concretamente, «La participación de la atención en actividades que se están desarrollando se ve afectada por las consecuencias experimentadas por los demás, así como por las consecuencias que uno experimenta directamente»²⁷⁶. Claro está que las situaciones que generan consecuencias gratificantes activan esos procesos de atención: «El individuo presta una gran atención a las ejecuciones modeladas que producen consecuencias gratificantes...»²⁷⁷. Pero lo mismo sucede con las consecuencias desagradables, aunque en este caso generando una reacción aversiva en el observador. Al respecto apunta el autor que «Aunque la observación del castigo atrae la atención hacia las acciones castigadas y, por tanto, favorece su aprendizaje, por lo general se suelen evitar aquellos modelos que experimentan consecuencias dolorosas que resultan aversivas para el observador»²⁷⁸. La atención que prestan la mayoría de seres humanos que viven en sociedad sobre el desarrollo de los distintos fenómenos sociales, entonces, es la situación que posibilita que puedan percibirse abstractamente de los factores de riesgo.

b) Procesos de retención: Naturalmente, esas representaciones vinculadas a los factores de riesgo deben ser recordadas por la gente para que, en un momento determinado, afecten su pensamiento. Como reseña BANDURA, «Las actividades modeladas no pueden influir en nada sobre el individuo si éste no las recuerda»²⁷⁹. Es este el proceso de retención de los conocimientos sobre las actividades modeladas que precisa todo proceso de aprendizaje. Ahora bien, como se ha venido indicando, lo que se «retiene» en este caso es una representación simbólica de la situación. Precisa este autor que « [...] es necesario que la información modelada sea representada en la memoria de forma simbólica». En referencia a aquellos planteamientos conductistas de aprendizaje por observación de «patrones modelados» mediante asociación, ese proceso de atención se define como «una transformación cognitiva significativa de los patrones de acción»²⁸⁰. A partir de lo anterior, centrados en los procesos de retención o fijación mental de las representaciones del castigo legal, resulta hasta lógico que para que un individuo pueda en un momento determinado ponderar entre los costes y los beneficios del delito, ha de poder acudir a esas representaciones que se ha hecho sobre el concreto fenómeno. En este mismo sentido, puede decirse que las personas pueden «acudir» permanentemente a esas fijaciones mentales para regular su conducta y no necesariamente esperar la situación estimular para recordar y recrear esas representaciones socialmente construidas sobre los fenómenos.

²⁷⁵ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 73.

²⁷⁶ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 74.

²⁷⁷ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 74.

²⁷⁸ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 75.

²⁷⁹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 77.

²⁸⁰ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 80.

c) Procesos de motivación: Resulta una deducción de Perogrullo que los procesos de aprendizaje dependen de esa maduración orgánica del hombre y la entidad motora vinculada a los referidos procesos de atención y retención de las representaciones del castigo. Como señala BANDURA, « [...] la transformación de los símbolos en acciones implica aprender a organizar las secuencias de actos, a observar y comparar las actuaciones con un modelo simbólico y a corregir las imitaciones erróneas»²⁸¹. A partir de aquí lo siguiente que cabe preguntar es por los procesos de orden motivacional que redefinen cognitivamente dichas representaciones. Según advierte el precitado autor, «Los procesos de motivación determinan que las competencias adquiridas por observación se pongan o no en práctica»²⁸². Parece claro que aquellas conductas que constituyen un incentivo positivo para el individuo generan una mayor probabilidad de que la misma se realice: «La conducta modelada que comporta resultados valiosos para el individuo tiene mayor probabilidad de manifestarse que aquella cuyos efectos sean negativos o bien carezca de gratificación alguna»²⁸³. En el Capítulo V se realizará un análisis amplio sobre la manera cómo se adquieren gradualmente esos incentivos positivos que repercuten en la generación del delito. Ahora lo que interesa es señalar cómo influye el castigo –y, en su caso, la impunidad- en la motivación frente a la neutralización de esos miedos legales.

Para esto último, por tanto, es preciso establecer previamente de dónde emergen esas representaciones simbólicas que inciden en los procesos de motivación. Para empezar, parece poco cuestionable que el aprendizaje de motivos se extrae de la propia cotidianidad. Como bien apunta BANDURA, «Gran parte del aprendizaje social se produce por la observación fortuita o dirigida de otras personas en las situaciones cotidianas»²⁸⁴. Entornos familiares, escolares, laborales, religiosos, etc., constituyen todos ellos campos intersubjetivos de información de donde se extraen las representaciones construidas sobre los factores de aversión. Basta revisar los discursos que se generan y transmiten en comunidades criminales, en donde el delito es una manera misma de concebir su mundo. Como se desarrollará, especial atención reviste el gran poder de modelado que ejercen los *media* para la profusión de estilos de vida, en términos de BANDURA, «estilos de conducta». Frente a este tipo de modelado, según reseña el precitado autor, «Otra fuente de influencia en el aprendizaje social a cualquier edad es el abundante y variado modelado simbólico que proporcionan la televisión, el cine y otros medios audiovisuales»²⁸⁵. Las diversas fuentes de información, lógicamente, no suelen presentarse de forma aislada²⁸⁶. Pero los miedos también se difunden de la misma forma que los estilos de vida bien vistos. Tanto los discursos sobre el castigo ejemplar diseminados en la cotidianidad como a través de los *media*, como se verá, repercutirían negativamente sobre la motivación criminal.

²⁸¹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 111.

²⁸² BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 73.

²⁸³ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 89. Puntualiza el autor que: «Los resultados observados influyen en la ejecución de la conducta modelada casi siempre de la misma forma. Entre las innúmerables conductas que pueden adquirirse por observación, las que parecen resultar más eficaces a los demás son preferidas a las que se ha observado que producen consecuencias negativas».

²⁸⁴ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 91.

²⁸⁵ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 91.

²⁸⁶ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 93.

Este proceso motivacional vinculado a la observación cotidiana o especializada de los acontecimientos del castigo legal, por tanto, no se entiende sin la referida capacidad vicaria del hombre. Esta posibilidad de adquisición modelada originada en la masiva transmisión de información de los medios de comunicación se debe, precisamente, a la capacidad que tienen los *media* de captar la atención del público²⁸⁷. A partir de ello puede hablarse de una «inducción vicaria» del miedo²⁸⁸. En este sentido puede afirmarse, como menciona BANDURA, que los cursos motivacionales no precisan necesariamente del recibo de premios: « [...] el aprendizaje por observación se produce mediante procesamiento cognitivo, durante la exposición a los acontecimientos modelados, antes de emitirse cualquier respuesta y no precisa necesariamente la existencia de recompensa extrínseca»²⁸⁹. Y la anterior idea resulta vital para la tesis que aquí se predica, pues para que una persona refuerce una conducta antinormativa a partir de la inaplicación del castigo (refuerzo negativo), no hace falta servirse de la impunidad «en carne propia», sino también observándola. Bajo esta misma premisa, en consecuencia, se afirma que la de-construcción cognitiva del miedo puede lograrse cuando se está expuesto a un entorno de impunidad. Contrariamente, la eficacia del castigo generaría el efecto inverso. Por ello le asiste razón a BANDURA cuando refiere que «Los miedos persistentes muchas veces no se producen como consecuencia de experiencias personales nocivas, sino a partir de observar que los demás responden temerosamente ante acontecimientos amenazantes, o bien resultan dañados por ellos»²⁹⁰. Es este el proceso de adquisición vicaria del miedo. Al respecto, precisa el autor que «Los estudios experimentales de Mineka y sus colaboradores [...] apoyan en gran medida la suposición de que los miedos intensos y persistentes pueden adquirirse simplemente a partir de experiencias de observación»²⁹¹. Y tanto cabe la posibilidad de que las personas adquieran un estado de ansiedad –aunque en diversos grados- respecto de los diversos factores de riesgo (incluso las fobias que se definen por un miedo de gran intensidad al punto de arribar al pánico), el mismo puede ser generado por conductas modeladas. Frente a la responsabilidad que tienen las representaciones televisadas en la configuración de estos estados de miedo, reseña BANDURA que «Las respuestas fóbicas que se producen como consecuencia de tales experiencias están reforzadas muchas veces por el modelado de terror filmado o televisado...»²⁹². Y si las fobias acompañan permanentemente a quien las padece, lo que normalmente le lleva a evitar la situación aversiva, también resulta plausible afirmar que el miedo a la pena sigue la misma suerte.

²⁸⁷ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 76: «De entre los diversos determinantes de la atención está claro que las redes de asociación son de una importancia capital. Las personas con las que uno interactúa de forma habitual, ya sea por preferencias o por imposiciones, delimitan los patrones de conducta que observarán de forma repetida y que, por tanto, tienen más probabilidad de ser aprendidas».

²⁸⁸ Frente a la *inducción vicaria de miedo*, refiere BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 342: «La inducción vicaria del miedo tiene consecuencias sociales más profundas que la inducción por experiencia directa, ya que los procedimientos vicarios, sobre todo el modelado televisado, pueden influir en la vida de muchas personas a la vez. Un ejemplo notable es el creciente miedo de la gente a ser víctima de algún acto violento».

²⁸⁹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 97.

²⁹⁰ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 341.

²⁹¹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 341: «Cuanto más intensas eran las respuestas de miedo modeladas, más fuerte fue el miedo adquirido».

²⁹² BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, pp. 341-342.

3.4. Capacidad autorreguladora

Se adopta en este trabajo la tesis de que la mayor capacidad intimidante de la pena se advierte en la propia capacidad autorrestrictriva del individuo frente a la «imaginación» futura o «tentación» presente del delito. Esa capacidad de autorrestricción, también se ha dicho, se debe a la posibilidad que tiene el factor intimidante de reforzar los mecanismos inhibitorios de forma interna, más que de conseguir la mera contención externa frente a amenazas de castigo de orden real. Esa posibilidad de autoevaluación interna, consecuentemente, implica un verdadero ejercicio cognitivo de autocontrol. Como señala BANDURA, «Los individuos no actúan únicamente para adaptarse a las preferencias de los demás, sino que gran parte de su conducta está motivada y regulada por criterios internos y reacciones autoevaluatoras ante sus propios actos»²⁹³. FERNÁNDEZ define la autorregulación como aquella «capacidad individual para elegir las diversas contingencias de reforzamiento»²⁹⁴. Con ello se pueden diferenciar dos modos de inhibición criminal: interna y externa. Esta doble posibilidad de inhibirse frente al delito por causa de la estimulación aversiva se produciría por la vía de dos caminos distintos, respectivamente: 1) neutralización cognitiva y 2) control conductual. La impunidad del delito, de acuerdo con esta doble posibilidad de incidencia del factor aversivo, tendría la virtud de afectar la formación de esos criterios de inhibición no sólo de forma externa (control material), sino también de forma interna (control de la representación). Es en este último caso donde se afirma que la impunidad operaría como un *refuerzo negativo* de conductas indeseadas.

Se habla aquí, en efecto, de dos modos distintos de vencer la significación aversiva del castigo: 1) Mediante la desestructuración cognitiva del significado aversivo del conjunto de representaciones específicas teóricamente asociadas al castigo (por ejemplo, tras la banalización de las situaciones que producen angustia asociadas a la prisión: «*la comida de la cárcel no es tan mala*», «*aquí he hecho una familia*», etc.); 2) mediante el control o dominio conductual de la fuente generadora del factor aversivo que permite aislar o anular la probabilidad de ser preso de esas representaciones aversivas, control que en este análisis, como se desarrollará, se vinculan a la dificultad de obtención de la prueba del delito (como por ejemplo aquel corrupto de alto rango que consigue desaparecer la evidencia de su acto ilegal), o bien a la aplicación habilidosa de reglas dogmáticas para lograr la exclusión de responsabilidad (como invocar un error de tipo o de prohibición escampado en la facultad de delegación de los actos). En ambos casos se anula la entidad aversiva del castigo: En el primero mediante una auténtica conversión cognitiva (simbólica) del significado del miedo; en el segundo sólo mediante un control o dominio conductual (meramente adaptativo) de la situación. En uno y otro caso se aprende a controlar la fuente del miedo. Esa capacidad de control, como se verá en los Capítulos VI, VII y VIII, se lograría, respectivamente, por causa de los factores que impiden la denuncia formal del delito (control de la *noticia criminis*) y de aquellos que, una vez superado el filtro de la denuncia, limitan su investigación y procesamiento (control de la prueba y de reglas aplicativas). En últimas, una y otra forma, anularían la entidad aversiva del miedo por control material.

²⁹³ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 41.

²⁹⁴ FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 179.

La función autoevaluatora del individuo será, pues, fundamental para sustentar la capacidad que tiene el individuo de afrontar los miedos a los que se expone cuando delinque, en este caso los vinculados a la pena. Esa función autoevaluatora implica un acto racional del individuo, por lo que deben distinguirse los miedos primarios o innatos. En este caso, el sujeto simplemente reacciona instintivamente frente a situaciones peligrosas (como la investida inesperada). Otros son los racionales o aprendidos, estos últimos vinculados a las experiencias no placenteras del mundo propio. La amígdala cerebral es el instituto emocional vinculado al primer tipo de miedo, y el hipocampo, que es la mente lógica, estaría vinculada al proceso racional. Esta última es la que permite que el hombre se formule preguntas como « *¿y por qué razón recurro al delito?* », « *¿y si me sorprenden en el intento?* », etc. La última categoría de miedos, siguiendo la lógica conductista, permite hablar del condicionamiento del temor. Significa ello que los miedos pueden ser aprendidos en base a refuerzos. Pero si el miedo es aprendido, como sin duda lo es el miedo al infierno o a la pena, el «antídoto» también puede ser condicionado. Tratándose del delito, el delincuente puede aprender que la fuente de temor, bajo determinadas circunstancias, puede no generar una respuesta desagradable (la imposición de una sanción). La misma terapia que se realiza para combatir el miedo, puede correlacionarse con el efecto generado por la impunidad: mediante la exposición gradual a la cosa temida. Luego como el ser humano puede aprender en base a modelos, esa impunidad resultante puede transmitirse a través de la observación y el lenguaje («traspaso social del miedo»).

Desde la Psicología se afirma que el distanciamiento o el control de la fuente de riesgos alejan el miedo. Lo primero es compatible con la disminución de la aversión a los miedos de orden abstracto. Lo segundo es compatible con el control de los miedos de orden real. Desde las emociones primarias o innatas, como el temor a la muerte, parece claro que si el paracaidista se arroja en caída libre, es porque tiene control sobre ello. Pero lo mismo sucede con las emociones adquiridas a través del aprendizaje o la experiencia: Una persona puede asumir una respuesta de evitación de la situación aversiva. Llevada al terreno del delito, esta respuesta puede representarse en aquella persona que evita entrar en contacto con cualquier situación vinculada. La huida y el ataque constituyen las otras medidas de afrontamiento del miedo. Llevadas al plano social o del delito, el delincuente puede huir de la situación o bien arremeter contra la prueba, esto es, adaptarse al entorno concreto de riesgo (para obtener el control). El que delinque, según la tesis aquí propuesta, piensa que puede controlar las consecuencias. Se verá a lo largo de este trabajo cómo los factores de impunidad permiten tal control. En este sentido se dice que la impunidad operaría como una especie de «tratamiento por habituación» tendente a la eliminación de la respuesta de miedo, pues si el delincuente puede conocer los factores generadores de impunidad (seguridad), podrá reducir la entidad aversiva. Desde la teoría conductista, precisamente, se afirma que de la misma manera en que se adquiere el miedo, así mismo puede eliminarse: Básicamente, consiste en reemplazar las representaciones aversivas con otras nuevas y positivas (extinción el miedo). Por ello si un peligro no es percibido como amenazante, aunque exista en su sentido objetivo, no adquirirá la naturaleza de fuente de temor²⁹⁵.

²⁹⁵ RIEZLER, Kurt, "Psicología social del miedo", pp. 21-22.

3.5. Capacidad de autorreflexión

Las capacidades descritas hasta este punto conlleva, casi que necesariamente, a dar por sentada la capacidad del ser humano de deliberar, desde su propia experiencia, sobre los fenómenos sociales que le afectan. La denominada *capacidad autorreflexiva*, de acuerdo con BANDURA, « [...] permite al hombre analizar sus experiencias y reflexionar sobre sus procesos mentales »²⁹⁶. Esa capacidad le permite adquirir un conocimiento más o menos general respecto de las situaciones sobre las que reflexiona y, a partir de ello, articular sus esquemas de pensamiento. Tratándose de procesos de reflexión sobre el castigo legal, la deliberación correspondiente se basaría, más que sobre la situación real en su dimensión objetiva, en las representaciones que el individuo se forme sobre tal situación y las modificaciones que se puedan generar de su facilidad perceptiva. No hay que hacer mayor esfuerzo explicativo, por ello, para concluir que el contenido de los objetos y situaciones que se someten a la autorreflexión sobre el delito y su orden regulador varía, en una buena medida, si tales procesos reflexivos son realizados por un delincuente declarado o por uno que apenas se inicia en el mundo del delito. Cada uno tendrá unas representaciones propias sobre la criminalidad que no dependen de la exposición más o menos inmediata a la situación estimular, sino de la desemejante configuración de la experiencia psicológica.

De este modo se afirma que según sean las convenciones culturales respecto del delito, lo serán las reflexiones sobre él. Por lo mismo se dice aquí que la configuración simbólica del individuo altera la referida libertad absoluta predicada por las teorías econométricas de la elección racional²⁹⁷. Los asesinatos cometidos en nombre de la religión en los países de Oriente permiten graficar claramente esa confusión entre libertad y los significados del entorno que afectan la experiencia psicológica. También se afirma que, en la medida en que el delincuente va aprendiendo a controlar los riesgos de su particular actividad delictiva, en sentido correlativo podrá desplegar las actuaciones requeridas para enfrentar la situación aversiva vinculada a aquélla. Como apunta el precitado autor, «Tan pronto como las personas consiguen el medio de evitar los resultados ansiógenos, desaparece rápidamente su miedo en la medida en que siempre que surja la necesidad aplique los recursos afrontativos necesarios (Notterman, Schoenfeld y Bersch, 1952)»²⁹⁸. El conocimiento personal de los factores de impunidad operaría, bajo esta tesis, como medios idóneos para afrontar los factores específicos que generan la situación global de riesgo.

²⁹⁶ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 41.

²⁹⁷ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, pp. 93 y 94: «Aun admitiendo que la decisión humana no se explica como mero producto mecanicista, es razonable pensar que sí se halla determinada, en cambio, por la concurrencia de los distintos factores, en parte *normativos*, que concurren en el *proceso de motivación racional* con arreglo a sentido: la disposición hereditaria y el medio dan origen, al confluir, a una personalidad determinada que reacciona de una determinada forma ante cada situación motivacional y en definitiva no puede dejar de decidirse por el motivo que según *su* modo de ser del que no es libre *en el momento concreto e irrepitable* le parece preferible por la razón que sea y en el sentido (incluso irracional) que sea. Una tal decisión será *propia* del sujeto, pero lo lógico es pensar que en el instante en que se tomó no *pudo* ser otra ante los concretos (e *irrepetibles*) factores concurrentes incluso el punto de vista del sujeto en ese preciso momento, por mucho que en un momento anterior o posterior, o introduciendo alguna variante, *hubiera podido* ser distinta. Si esto es así o, por lo menos, no hay posibilidad de probar científicamente que no sea así, no cabe fundar la culpabilidad en el poder actuar de otro modo».

²⁹⁸ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, pp. 210-211.

Este tipo de capacidad reflexiva ha de compadecerse, lógicamente, con la racionalidad subjetiva que en este trabajo se predica. La racionalidad del hombre, debe insistirse, no puede escindirse de su construcción subjetiva. Bajo este prisma la racionalidad se define por su prefiguración histórica y contextual. Significa ello que ésta viene diversificada por un interés momentáneo y circunstancial. Esa subjetivación implica, además, que los cursos de autoreflexión no demanden un cálculo preciso sobre las situaciones de riesgo. Llevada esta perspectiva al terreno del delito, cuando alguien se propone la comisión de un ilícito, el hecho de que se juegue la vida o la libertad con una probabilidad de éxito del 1%, ello no le hace irracional. Por el contrario, desde su particular subjetividad el propósito que le mueve a arriesgarse es tan importante que vale la pena jugarse la vida o la libertad con un 99% de probabilidad de perder. Los técnicos antiexplosivos se juegan la vida cuando se enfrentan a la desactivación de una carga con una alta probabilidad de fracasar, y ello no los hace irracionales bajo una mirada subjetiva (pues el honor está por encima de la propia vida); el enfermo que se somete a una intervención quirúrgica de alto riesgo para mejorar su calidad de vida se expone a la muerte, y ello no lo hace irracional bajo la misma mirada (pues para él la vida en deplorables condiciones no vale nada). Y lo mismo sucede con el delincuente racional: el asaltante de bancos está dispuesto muchas veces a morir en su intento de alzarse con el botín, y la mayor o menor reflexión no le hace irracional. En todos los supuestos la materialización del riesgo se deja librado al azar, pero la esperanza de salir vencedor tras el intento hace que se pueda lograr un control cognitivo de la aversión.

Ahora bien, común a todos los casos citados, es la creencia de tener cierto control sobre la fuente del miedo (la muerte). Lo que hace que muchos se atrevan a delinquir, según se propone aquí, es la creencia de que se tiene el control sobre la situación: El técnico antiexplosivos confía en su formación y experiencia; el enfermo confía en la idoneidad de su cirujano. Y lo mismo sucede con el delincuente: tomará las «medidas» preventivas del caso para que «todo salga bien». En últimas, la sola esperanza le permite al individuo tener un control cognitivo del miedo. Así, como señala RIEZLER, «El miedo y la esperanza son antagónicos. La esperanza quiere alejar el miedo, demanda acción. El miedo hace que la esperanza tema su fin»²⁹⁹. Tratándose de corrupción, precisamente, la capacidad de autorreflexión permite que el sujeto se formule preguntas como «¿y si todo sale bien, qué puedo comprarme con el dinerito que me gane?», «¿y qué pasaría con mi vida si me pillan?», «¿por qué aquí todo el mundo lo hace y no pasa nada?», etc. Evidentemente, todas estas reflexiones contienen un alto grado de subjetividad, pero ello no las hace irracionales, menos cuando el sujeto es profesional y puede realizar un mayor control sobre el acto irregular. Y todo lo dicho permite sostener no sólo que el acto intencional se define por una simbiosis de representaciones sobre lo bueno y lo malo de la acción, sino también que la anticipación cognitiva de los riesgos es imprecisa, por lo que el control sobre las técnicas de aseguramiento de impunidad también lo es: «quién se va a dar cuenta de esta irregularidad contractual; igual para eso tengo en la nómina un mago en contratación pública», «¿y si me pillan?, pues consigo el mejor abogado y seguro me salva de esta». Y quizá tenga la razón, pues su abogado seguramente apelará a sus «trucos» dogmáticos.

²⁹⁹ RIEZLER, Kurt, “Psicología social del miedo”, p. 103.

4. La pena como «refuerzo» de los cánones de autorrestricción frente al delito

Para afirmar la entidad constructiva de la pena, según se ha indicado, ésta debe considerarse como un refuerzo cognitivo. La formulación conductista sobre el castigo y su pretensión de «modificación» de actos indeseados, como se ha referido, se identifica con una concepción de hombre en la que éste responde de forma mecánica ante los estímulos del exterior. Es este el denominado «control mediante estímulos contingentes» propuesto por el Conductismo en su versión «Radical». Este modelo de control conductual, como apunta BANDURA, se identifica con una concepción de «determinación mecánica» en el que los estímulos ambientales controlan la conducta de forma automática³⁰⁰. La noción legal de la pena, leída desde esa concepción, se define por un estímulo aversivo al que se vinculan un conjunto de consecuencias teóricamente desagradables para «todos» los individuos y que tienen confiada la misión de generar la misma emoción de «miedo» sobre quienes se proponen delinquir: Presupone, por ejemplo, que a todos les genera temor, y con igual intensidad, pensar en que pueden «caer» en prisión. La mayor o menor incidencia psíquica de ese «miedo», como señalaría el propio BECCARIA, dependería de la elevación de los «costes» del delito: proporcionalidad entre el ilícito y el quantum del castigo, certeza o infalibilidad en su aplicación y prontitud del mismo³⁰¹. Y aunque pueda resultar sorprendente, el mismo modelo es mantenido por las modernas teorías de la disuasión.

La teoría de la disuasión en la actualidad, como afirman GARRIDO, STANGELAND y REDONDO en referencia a su dicción intimidatoria, « [...] incluye los tres parámetros comentados antes en la discusión sobre la teoría clásica: certeza, prontitud y dureza»³⁰². Psicológicamente concebidos, según BANDURA, «Entre las sanciones legales se presta especial atención a la certeza y gravedad del castigo, las dos formas principales en que la sociedad intenta elevar los costos de la conducta delictiva»³⁰³. Pero esta clásica formulación del castigo obvia la variable de que, para que ese «miedo» teóricamente asociado al estímulo aversivo pueda generar una sensación de desagrado sobre el individuo, éste ha de tener la misma significación del castigo que presupone el modelo teórico: le ha de atemorizar perder la libertad, siguiendo el mismo ejemplo, etc. Es en esta última lógica que se concibe el castigo en este trabajo: desde el significado que el propio individuo le atribuye al orden regulador legal y sus instrumentos de coacción. Esta inversión de la mirada analítica es coherente con el paradigma epistemológico que se asume aquí. Como recuerda LARRAURI en referencia al *interpretacionismo*, « [...] para entender el comportamiento, hay que situarse en la “perspectiva de quien actúa”»³⁰⁴.

³⁰⁰ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 33.

³⁰¹ BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, p. 79: «No es la crueldad de las penas uno de los más grades frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas [...]. La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos amedrentan siempre los ánimos de los hombres...». BENTHAM, como recuerdan GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 182, refería que «Los placeres y los dolores serán mayores o menores según su intensidad, su duración, su certeza e incerteza, su proximidad o lejanía...».

³⁰² GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 187.

³⁰³ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 297.

³⁰⁴ LARRAURI, Elena, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, p. 35.

La referida «inversión» analítica implica hablar de los criterios de «autosanción» que participan en la inhibición frente al delito. La cuestión capital estriba en determinar si la fuerza aversiva del castigo legal participa en la conformación de esos criterios autorre restrictivos. *Prima facie* podría decirse que la autocensura resultante de factores de constrictión como la moral o la religión y que afectan la contención interna del individuo frente al delito, opera de forma independiente a los procesos psicológicos de intimidación asociados a la pena³⁰⁵. Esta conclusión resulta inexacta cuando se asume que el imperativo legal no opera fundamentalmente en un momento más o menos próximo a la actuación criminal, sino que afecta los procesos de construcción cognitivos. El análisis criminológico del curso de ejecución de aquellos delitos mediados –en menor o mayor medida– por la reflexividad, permite afirmar que dicha escisión desnaturaliza el curso complejo de la motivación delictiva. Esta tesis se ve corroborada por el hecho de que esa fuerza constrictiva puede operar de dos maneras distintas: como propone SILVA, el tipo de «incidencia» que supone la motivación normativa opera de dos formas: una que puede «condicionar su conducta externa, sin penetrar en su esfera valorativa», y otra que logra «producir una interiorización por el sujeto de los valores contenidos en las normas»³⁰⁶.

Este doble nivel de incidencia facilita precisamente situar el *factor constrictivo* en dos estadios lineales: uno que operaría en el curso de socialización del individuo y, el otro, en función de la concreta situación³⁰⁷. El primero se identifica con el «control cognitivo» del miedo y el segundo con el «control conductual». La concepción *bifronte* de la motivación y su vinculación al mundo simbólico del individuo, permite advertir que si los incentivos positivos que confluyen en la realización de delitos planificados se conectan a las valoraciones vigentes en una sociedad, como por ejemplo las justificaciones religiosas que subyacen a ciertos asesinatos cometidos en Oriente, del mismo modo puede pensarse que la prevalencia de otros cánones culturales que inhiben esta clase de crímenes, como las directrices religiosas en Occidente, puede estar «reforzada» por la fuerza simbólica del Derecho. Y es que si resulta plausible afirmar que en el primer contexto social el deseo de matar no se origina de forma espontánea, circunstancial y desconectado de los significados históricamente afianzados en dicho contexto, del mismo modo puede decirse que la fuerza constrictiva emanada de la ley penal no opera sólo de forma externa y concomitante al concreto acto, sino también en la construcción gradual de esos cánones de autocensura.

³⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, pp. 358-359. «[...] las normas serían recibidas en su propia dimensión de normas penales, y no confundidas en el complejo de normas sociales. Está claro, con todo, que la motivación penal no es la más eficaz, pues no es la que incide más profundamente sobre el individuo. Por ello, la eficacia preventiva es mayor cuando la norma penal y otras normas sociales, incluso las convicciones del sujeto, van en la misma dirección. Sin embargo, es evidente que hay casos en que no se puede contar con una coincidencia con la conciencia ética del individuo, ni con un apoyo excesivo de normas sociales, y no obstante, tampoco en tales casos cabe descartar la eficacia motivatoria del Derecho penal; ello probaría que la motivación por normas penales constituye una instancia autónoma de prevención, cuya eficacia es susceptible de una valoración independiente».

³⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 356.

³⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 356: «[...] para el común de los individuos debe afirmarse esa dualidad de efectos: uno a corto plazo sobre la conducta externa y otro a largo plazo, de interiorización de valores. Es más: parece obvio que los medios del control social persigan este último efecto, por cuanto el mismo garantiza una seguridad mucho mayor en la conducción de los comportamientos que el primero, meramente externo, del temor a la sanción».

Concebida la aptitud motivadora de la norma en este doble sentido, la amenaza de pena tendría vocación de incidir tanto de forma «externa» frente a la conducta de los individuos (como por ejemplo quien decidido a hurtar un banco desiste de ello por la presencia de la policía), así como de forma «interna» (como quien ni se plantea delinquir por la concepción aversiva que tiene del delito)³⁰⁸. Para afirmar tal idea hay que partir del presupuesto que la pena, particularmente la de prisión, posee un contenido *significativo-social-constrictivo*³⁰⁹. Así concebida, la pena de prisión no sería sinónimo de la llana pérdida de la libertad ambulatoria; simbolizaría mucho más que eso: encarnaría el temor al abandono familiar, perder un empleo, malograr una reputación social, someterse a unas condiciones indignas de reclusión, etc., en últimas, el temor a perder todo aquello valorado positivamente por gran parte de la sociedad. Y si la pena simboliza la pérdida de bienes cuya valoración positiva se adquiere durante el curso de socialización, el castigo no puede comprenderse sin esa carga significativa. Es esta carga la que permite arribar a una noción de intimidación que no se identifica llanamente con un temor de contenido predefinido (el del legislador), sino como una categoría de significado que no sólo comunica el porqué de la amenaza de sanción, sino también la consecuencia anexa a la potencial infracción de la norma que preceptúa un determinado acto de abstención. Se comparte así parcialmente el concepto de intimidación postulado por GRECO, según el cual esta « [...] no significa otra cosa que el hecho de que por medio de la conminación penal se dan a conocer las razones prudenciales para comportarse de modo conforme al Derecho, las cuales ocasionalmente también pueden tener un efecto motivador»³¹⁰. Y se dice parcial, porque esa conminación general debe tener en cuenta las convenciones instituidas en el entorno de los destinatarios de la norma, pues son esas las que en últimas marcan el fracaso de pretensión suasoria³¹¹.

³⁰⁸ Al respecto, señala SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 356-357: « [...] la norma jurídico-penal, en la medida en que se integra con la amenaza de una pena para el caso de infracción, tiene una incidencia sobre (determina, en una medida por cuantificar) la conducta externa de los destinatarios. Ahora bien, tampoco se discute —desde una perspectiva puramente empírica— que, a la larga, las normas penales pueden reforzar la internalización de valores ya existentes en la esfera de la conciencia como consecuencia del proceso educativo e incluso pueden producir (de modo previo o simultáneo a la incidencia de otros medios del control social) la internalización de nuevos valores (piénsese, por ejemplo en la formación de una “conciencia fiscal”) ».

³⁰⁹ Concebida la pena en su significación social, adquiere entidad de «*refuerzo coercitivo*». GARLAND, David, *Crimen y castigo...*, pp. 191-192: «El “castigo”, en lo que al control se refiere, es apenas un refuerzo coercitivo de estos mecanismos sociales más confiables, un refuerzo que usualmente es incapaz de hacer algo distinto a ocuparse de aquellos que escapan a estas redes de control e integración normalizadores. El castigo está destinado a no tener “éxito” de manera significativa, porque las condiciones que más contribuyen a inducir conformidad —o a promover el crimen y la desviación— están por fuera de la jurisdicción de las instituciones penales».

³¹⁰ GRECO, Luis, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach...*, p. 282.

³¹¹ Respecto de la posibilidad de internalizar valores a través de los distintos mecanismos de control, apunta SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 356: «En efecto, es lo normal —en los medios no jurídicos del control social, por ejemplo— que inicialmente la norma y la amenaza de la sanción (familiar, social) que aparece vinculada a su infracción se limiten a influir sobre la propia conducta externa; sin embargo, a la larga acaban produciendo efectos de configuración de la conciencia personados. Este último efecto de configuración de la conciencia personal tiene, ciertamente, la excepción de aquellos sujetos que, por su pertenencia a un grupo específico (p. ej. una subcultura), poseen determinados valores —diversos de los dominantes— firmemente arraigados; frente a tales sujetos, el influjo de los medios del control social se limitará a incidir sobre la conducta externa de los mismos (por el temor a la sanción) y será bastante más difícil observar el efecto de sustitución (en la esfera de la conciencia) de los valores preexistentes por los valores subyacentes a las normas sociales de que se trate».

La consideración de la pena como un *factor constrictivo* que tiene vocación de operar tanto como condicionante superficial de la conducta externa del hombre como en la construcción de su esfera interna, conlleva a determinar el origen de la *significación social constrictiva* del castigo (la representación personal de la pena como amenaza latente frente a bienes valiosos): los procesos de interacción social. ¿Pero, entonces, cómo operaría este *factor constrictivo* en el esquema *bifronte* de la motivación criminal? Para responder a semejante cuestión debe partirse de la premisa de que la norma primaria, que en principio es la llamada a contra-motivar a los potenciales delincuentes, no puede separarse en su «misión motivatoria» (su «*fin normativo*», diría SILVA³¹²) de la norma secundaria³¹³. Esta integración posibilita considerar al factor *impunidad* como *refuerzo negativo* de la conducta, esto es, con vocación de incidir sobre el fuero interno del hombre, de tal suerte que si el castigo externo deviene improbable, la amenaza legal simplemente no puede operar puesto que aquél ya se encontraría decidido a delinquir: porque la impunidad ha impedido la introyección de esos «miedos» punitivos que posibilitan la autorrestricción.

La pre-configuración simbólica de incentivos explica, precisamente, el hecho de que ciertas personas, aún sin mediar amenaza de ningún tipo, no se vean tentados por el delito: piénsese, por ejemplo, en aquel funcionario que no le interesa el recibo de una comisión dineraria (sería éste el sujeto «ritualista» caracterizado por MERTON)³¹⁴. Ahora bien, puede plantearse el supuesto de que muchos funcionarios se verían tentados a corromperse. De este modo la pregunta que cabría formular es, ¿por qué ese funcionario puede rechazar una comisión corrupta sin riesgo a ser sancionado penal o socialmente? Si se responde que no se acepta por gracia de su código moral interno, la siguiente pregunta que cabría formular es si, esa fuerza moral interior, ha sido reforzada por el imperativo legal. La respuesta que aquí se propone es afirmativa: El *significado social constrictivo* de la pena es compatible con la tesis de que las imágenes aversivas que el infractor se forma sobre el castigo legal, como la pérdida de la reputación que sufriría el funcionario tras ser condenado penalmente, han podido participar en la formación de sus cogniciones durante el intervalo de su proceso de enculturación y, a partir de ello, reforzar sus cánones de autorrestricción individual³¹⁵.

³¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 353.

³¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 360: «[...] la norma primaria debe ir acompañada de la secundaria: El fin de motivación corresponde básicamente a la norma primaria. Claro es que en esa misión se ve reforzada, en general, por la norma secundaria, que ordena la imposición de una sanción penal en el caso de que a la infracción de la norma primaria se añadan otros requisitos. Ahora bien, esto último muestra que no siempre la norma primaria dispone efectivamente de ese refuerzo. Como apunta MIR PUIG, “la prevención a través de la pena sólo tiene lugar frente a los eventuales culpables dirigiéndoles la norma primaria apoyada en la secundaria” ». Desde una visión crítica a la *teoría de la motivación de la norma*, reconoce BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, «Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma», p. 23: «Que la norma además de valoración es imperativo, se ha convertido también en concepción dominante en la doctrina jurídico penal».

³¹⁴ Es este el sujeto que aceptando los medios socialmente estructurados para alcanzar los objetivos culturalmente previstos, sin embargo rehúsa buscar dichos objetivos. *Cfr.*, al respecto, MERTON, Robert K., “Social Structure and Anomie”, *American Sociological Review*, Vol. 3, n° 5, (Oct., 1938), pp. 672-682.

³¹⁵ Frente a la regulación de la conducta humana por los criterios de dirección interna del individuo, señala BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 348: «La conducta humana está regulada en parte por las preferencias en cuanto a valores y por criterios evaluativos. Mediante esta fuente de dirección interna, el individuo dirige su vida y obtiene satisfacción a partir de lo que hace. Los valores y los criterios internos de conducta son extensamente desarrollados y modificados por las experiencias de los demás».

De ello cabe deducir que la construcción social de la esfera valorativa del individuo se compone en simultánea de *refuerzos* de diversa índole sobre lo «bueno» y lo «malo», como los de orden moral, religioso o legal, recibidos gradualmente a través de los diferentes canales de intermediación que participan en la construcción simbólica del individuo (como los *mass media*), que bien pueden ser de carácter *integrativo*, como por ejemplo el refuerzo de la honestidad que se transmite con la prohibición religiosa y legal del hurto o la corrupción, pero también de carácter *intimidatorio*, como el miedo a perder todos aquellos bienes valiosos asociados a una y otra infracción: el infierno bíblico y la prisión (estímulos aversivos). Por ello si la pena se concibe como el riesgo potencial que experimenta un individuo a perder ese conjunto de bienes que valora positivamente, las consecuencias indeseables que asocie a su eventual comportamiento irregular tendrían la vocación de desincentivar diacrónicamente los estímulos positivos de la proyección criminal. De este modo puede decirse que el imperativo penal habría participado en la construcción de la subjetividad del individuo. Significa ello que las normas de carácter legal ocuparían un lugar preponderante en la constitución de los criterios de autorrestricción del individuo, que en buena medida serían los responsables de su inhibición temprana frente al delito³¹⁶.

Puede hablarse, de este modo, de una mediación cognitiva de la norma jurídico-penal sobre los procesos de control interno del individuo. En los delitos de ordenación racional el anterior razonamiento permite, por ejemplo, plantear que si el sujeto no delinque, no por la alta probabilidad del castigo material, sino simplemente porque «su conciencia no le dejaría dormir en paz», el imperativo legal pudo haber mediado en ese ejercicio de autorrestricción frente al delito, porque lo que su realización significa para el concreto sujeto se opone a una condición que valora positivamente y que *teme* se destruya: en este caso, su tranquilidad de conciencia –que no es sólo de orden moral-. Y ello porque esa mediación jurídico-penal, empíricamente inseparables de otros factores de constricción (como la moral y la religión), se sirven de los mismos *instrumentos de intermediación*³¹⁷: mediaciones en el ámbito familiar, escolar, corporativo, etc. De ello se sigue que si, por ejemplo, en el ámbito de una familia cristiana se le enseña a un niño desde temprana edad que robar está mal porque es pecado y ello influye en el hecho de que no delinca en su vida, por lo que nadie negaría que los dogmas de la religión –reforzados por el miedo al «infierno»- han posibilitado su inhibición³¹⁸, del mismo modo no habría razón para negar la posible incidencia del «miedo» a la cárcel a través de los mismos canales mediadores.

³¹⁶ Se afirma, de modo cierto, que las normas legales ayudan a solidificar los valores que rigen el individuo. Al respecto, señala BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 304: «Dado que la certeza del castigo tiene un efecto disuasor superior al de su severidad, las creencias sobre las probabilidades de arresto y de condena son las que podrán mantener más las restricciones autoimpuestas. Sin embargo, hay que recordar que las sanciones legales expresan valores de la sociedad, además de actuar como disuasores».

³¹⁷ HASSEMER, Winfried, “Prevención general y aplicación de la pena”, p. 64.

³¹⁸ Frente a la incidencia de los procesos de interacción en el comportamiento humano, refiere BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 306: «Las personas no viven aisladas en su propio mundo particular sino que, como seres sociales que son, observan la conducta de los demás y las ocasiones en que éstos son recompensados, ignorados o castigados, pudiendo sacar provecho, por tanto, de los éxitos y fracasos de otras personas asó como de los suyos propios. [...] Esta misma capacidad simbólica permite al individuo regular sus actos de forma ventajosa, basándose en el conocimiento, adquirido vicariamente, de los beneficios y riesgos más probables de cada pauta determinada de actuación».

A partir de lo anterior se entra a afirmar que los mensajes coercitivos de disímil naturaleza, ya sean de naturaleza social o legal, transitan en la realidad de la vida cotidiana por los mismos canales de intermediación. Esos mensajes coercitivos de naturaleza moral, religiosa, legal y, en general, todos aquellos factores constrictivos con vocación de restringir una determinada manifestación conductual, confluirían en la conformación de lo que en este trabajo se ha denominado «*canon de autorrestricción comportamental*». De modo que el Derecho penal, concebido como una de esas fuentes de autorrestricción, incidiría no tanto sobre la conducta externa, sino en la formación de esos cánones de autocensura que impiden la proyección misma del comportamiento desviado (cognitivamente). A ello se suma la imposibilidad empírica de separar los estímulos de tipo diverso percibidos por el individuo en marco de sus distintos niveles de interacción³¹⁹. Pero esta posibilidad de incidencia no estaría referida, como cabe reiterar, a su función de «afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales»³²⁰ (*prevención general positiva*), sino a esa posibilidad que tiene la amenaza de pena de participar en la construcción cognitiva de la significación del «miedo» al castigo, pues según sea el contenido simbólico que el sujeto atribuya al conjunto de categorías que lo representan (entre otros, los efectos aversivos que asocia a los procesos de detención policial, procesamiento judicial y proceso de ejecución penal), su inhibición frente al delito adquirirá una menor o mayor entidad.

A partir de lo anterior se afirma, en efecto, que sin la conformación cognitiva de esos significados construidos socialmente alrededor del castigo su posibilidad de incidencia externa no podría tener lugar: para que al individuo le atemorice la prisión, por ejemplo, previamente debe aprender «lo que le espera» si un día se le ocurre delinquir. Y si esta idea se sostiene, según el supuesto referido, también es válido decir que si al niño se le enseña que robar está mal porque está prohibido por el Derecho penal y la consecuencia inherente es la cárcel, por lo que bloquea sus justificaciones para delinquir, de esta forma estará operando el imperativo legal. Ello no niega la posibilidad de incidencia externa del castigo. Por esto puede afirmarse que los procesos conscientes siempre pueden inhibir otros procesos más profundos –como se reconoce desde la propia neurociencia-³²¹. La visión determinista sobre el comportamiento humano de la que parten las tesis bio-psicológicas, en el fondo no puede invalidar la capacidad electiva del hombre, pues en la medida en que el contenido simbólico que estructura su *psique* se construye gradual y permanentemente, ello no le pre-determina, sino que le suministra una *gama de alternativas de elección*³²².

³¹⁹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 304: «Dado que en la vida diaria, tanto los incentivos vicarios como los directos se producen inevitablemente juntos, son más importantes sus efectos interactivos que los efectos independientes de cada uno».

³²⁰ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 31.

³²¹ Al respecto, apunta LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *InDret*, 3/2012, p. 22, que «[...] el propio impulsor de estas tesis de la neurobiología, LIBET, acaba destacando que la voluntad consciente puede bloquear el impulso surgido de procesos neuronales inconscientes». «[...] “la voluntad consciente influye el resultado del proceso de voluntad, aunque este último fue introducido por procesos cerebrales inconscientes” y concluye que tan no demostrado está el determinismo como el indeterminismo».

³²² LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *InDret*, 3/2012, p. 35: «[...] ocurre que, aunque por supuesto que otros motivos, impulsos y condicionantes previos y actuales influyen en el actuar humano, éste cuenta también con un factor que no concurre en los fenómenos naturales o en los movimientos animales: la voluntad racional, con la libertad de elección y decisión por la misma, y ésta también puede ser causa, y la causa decisiva y determinante del acto humano como efecto de tal causa».

El proceso de enculturación del individuo impide, por tanto, que pueda hablarse de determinismo³²³, pues dichos procesos dotarán al individuo de una simbología particular a partir de la cual se concibe a sí mismo y a los demás. El proceso de construcción cultural (ambiental) –al que casi ningún ser puede escapar–, otorga un *sentido de orientación* a las decisiones humanas, aunque el hombre no siempre pueda ser consciente de ellas. Con todo, la fórmula conductista de la disuasión normativa mediante estímulos aversivos menosprecia esos procesos internos. De este modo puede afirmarse que a pesar de que los procesos cognitivos del hombre tengan un sistema de símbolos como base, siempre subsiste la posibilidad de que pueda «actuar de otro modo», precisamente por su capacidad de reconstrucción simbólica. Y es que resulta hasta incomprensible decir que un individuo está determinado a delinquir, cuando los motivos del concreto delito no encuentran una correspondencia simbólica. Más bien puede decirse que lo que sucede es una ponderación de una gama de alternativas de elección disponibles, con independencia de la profundidad de fijación mental y la rapidez de su racionalización. Y obvio que toda decisión viene precedida por procesos bio-psicológicos, incluso la decisión de no delinquir, pero ello no excluye el hecho de que, de forma más o menos consciente, se efectúen ponderaciones.

Esta pre-configuración inconsciente de orientaciones de acción a partir de las categorías significativas que va adquiriendo cada individuo, permite explicar precisamente la neutralización del miedo a la pena. Por ello puede explicarse que quien es capaz, en un hipotético caso, de atribuirse un delito ajeno y poder así asegurar una cifra astronómica de dinero a pesar de ser consciente de que no escaparía a una condena de veinte años de prisión, es que tiene una significación propia respecto de los bienes que se expone a perder: estará motivado por los beneficios que puede conseguir (incentivos positivos), pero también por su particular significación sobre la sanción. De modo que si la pena –y otros factores– no le intimida en lo más mínimo (porque no teme perder esos bienes teóricamente valiosos) y ello no lo frena en su propósito de realizar tal fin, cabe afirmar que cuando un individuo no delinque porque valora positivamente los bienes que se ponen en riesgo según su comprensión del castigo, el «miedo» que encarna la pena podrá estar operando, pues aún sin percibir riesgos inmediatos, la mera contención interna también podrá estar afectada por aquélla, dado que el castigo legal opera como uno de los refuerzos coercitivos, materialmente inseparable de otros, que participan en la construcción de la cognición³²⁴.

³²³ La libertad de decisión se adquiere gradualmente en proceso de enculturación. Al respecto, apunta LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *InDret*, 3/2012, p. 36: «La libertad de decisión consiste en la capacidad, que se va adquiriendo progresivamente en el proceso de maduración, educación y socialización, de ser, gracias a la capacidad racional de motivación y autocontrol, dueño de los propios actos –naturalmente dentro de límites de lo humanamente factible–, en vez de un mero juguete de las circunstancias, los impulsos inconscientes y demás condicionantes. [...] Es por ello esencialmente correcto el planteamiento doctrinal del fundamento mixto: empírico – sociológico, antropológico y psicológico– y normativo de la libertad humana como base de la culpabilidad».

³²⁴ Con respecto a la interiorización de las normas penales, apunta SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 358: «[...] lo que se acaba de expresar no excluye ciertamente la posibilidad —real— de que las normas penales contribuyan a largo plazo a la interiorización de determinados valores». Aunque repara en que «[...] tal interiorización no es algo que la norma penal por sí sola esté en condiciones de alcanzar, aunque sí en combinación con otros medios (informales) del control social. En realidad, puede decirse que lo interiorizado son valores y que a tal interiorización contribuyen las diversas instancias del control social en desigual medida (variando también según las épocas y los sujetos) ».

El reto de este trabajo consiste, entre otros, en determinar por qué ese *estímulo* punitivo no puede coadyuvar en la formación de esos cánones de autorrestricción que inhiben la proyección del delito. Se establecerá que la divergencia entre consenso *formal* (jurídico) y consenso *real* (social) marcará el grado de incidencia de la norma jurídico-penal³²⁵. Pero esta tesis no puede llevar a concluir que lo que aquí se afirma es que la no interiorización de valores morales facilita la realización del delito. El planteamiento es distinto. Lo que realmente se intenta señalar es que el Derecho penal es tan sólo una, aunque de las más relevantes, fuentes de restricción interna frente a esos comportamientos que también confina la religión y la moral. Pero ese tipo de restricción no sería sólo de naturaleza *estabilizadora*, sino también de carácter *aversiva*. Los factores generadores de impunidad – en su plano *estructural* e *institucional*- serían los «culpables» de invalidar aquella pretensión motivadora de la pena fundada en el miedo asociado al castigo ejemplar: esto, por incidir la percepción mínima de riesgo de sanción –formal e informal-, en la formación de los cánones de autorrestricción que inhiben el delito. Dicho de otro modo, la observación personal sobre la impunidad objetiva que opera frente al hecho delictivo, afectaría la percepción del individuo sobre el mismo y, con ello, su estructura cognitiva³²⁶. Como apunta BANDURA, «Los estudios experimentales de Mineka y sus colaboradores [...] apoyan en gran medida la suposición de que los miedos intensos y persistentes pueden adquirirse simplemente a partir de experiencias de observación»³²⁷. Por ello la impunidad ha de verse como un factor que afecta no solo el control externo frente al delito, sino también los cánones de autorrestricción, esto es, como una categoría de sentido que invalida la significación del imperativo legal. Pero, ¿cómo se concreta este déficit de control punitivo en este proceso?: en el curso de generación del delito (dogmáticamente referido, en el proceso de realización del *tipo*), en donde la puesta en marcha del plan criminal no se concibe sin la racionalización de esos miedos ligados a la amenaza penal, cuya interiorización se produjo a partir de la experiencias de los demás³²⁸. Según lo refiere BANDURA en relación al modelado de miedos, «Cuanto más intensas eran las respuestas de miedo modeladas, más fuerte fue el miedo adquirido vicariamente»³²⁹. En los Capítulos VI y VII se observará cómo puede el individuo realizar un control cognitivo y conductual del «miedo» punitivo a partir de la comprensión de los factores promotores de impunidad.

³²⁵ Citando a Zipf, señalan BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. / HORMAZABAL MALAREE, Hernán, “Significación social y tipicidad”, en EPC, Vol. 5, Universidad de Santiago de Compostela, 1982, p. 28: « [...] la función del tipo en la teoría del delito se infiere de la función de advertencia respecto del ciudadano. Ella es el pórtico de entrada para que la conducta de un ciudadano pueda probarse en su contravención al derecho penal” ».

³²⁶ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 304: « [...] el efecto disuasor de las sanciones legales se basa en las creencias sobre la probabilidad de ser detenido y castigado por los actos ilegales. La ventaja de este mecanismo psicológico de control es que el alto riesgo percibido ayuda a mantener la legalidad de la conducta a pesar de lo bajo del riesgo real de ser detenido».

³²⁷ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 341.

³²⁸ MACINTYRE, Alasdair, “La ética de Aristóteles”, en MACINTYRE, Alasdair, *Historia de la Ética*, Ed. Paidós, Barcelona, 1998, pp. 76-77: «En relación con la acción voluntaria surge en un sentido positivo el hecho de que la elección y la deliberación tienen un papel decisivo en ella. La deliberación que conduce a la acción siempre se refiere a los medios y no a los fines [...]. Se infiere que si puedo deliberar o no acerca de la conveniencia de una acción, siempre estaré reflexionando acerca de los medios a la luz de un fin determinado. Si luego delibero acerca de lo que en el caso anterior era un fin, lo estaré considerando como un medio, con alternativas, para un nuevo fin».

³²⁹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 341.

5. Conclusión

Basar la prevención del delito en la entidad intimidatoria de la pena implica reconocer dos presupuestos gnoseológicos. En primer lugar, ha de partirse de una concepción antropológica del hombre como ser racional, en este caso, con capacidad de ponderar entre los «camino del bien y del mal». En segundo lugar, presupone el clásico modelo de la disuasión instrumental que a «todos» los seres humanos les atemoriza, casi en igual medida, el riesgo de verse abocados a la imposición de una sanción de tipo penal. En este capítulo se han intentado evidenciar los problemas que integra este modelo de la disuasión instrumental y a los que se les atribuye, en buena medida, el fracaso de su función disuasoria. Frente a la consideración del hombre como ser racional, por un lado, se ha indicado que si bien no se niega la capacidad autoreflexiva del hombre, tal racionalidad es de naturaleza eminentemente simbólica. La alteración que produce la subjetividad sobre aquél modelo objetivo de la disuasión es demoledora: Se dijo para expresar tal subjetividad, que bien puede el delincuente jugarse la vida con apenas una probabilidad del 1% de salir victorioso en su cruzada delictiva. Esta baja probabilidad de éxito en la comisión del delito quizá tenga poco de racional desde un enfoque instrumental de la disuasión estrictamente econométrico, pero sin embargo alcanza la máxima racionalidad desde la mirada subjetiva de quien lo comete. Frente a la consideración nomotética de la aversión al miedo, por otro lado, presupone el modelo oficial de la disuasión que todos los individuos, por igual, temen a la amenaza abstracta de la pena. Pero nada más lejos de la realidad. El hecho de que muchos delincuentes no teman perder su libertad, incluso la propia vida, basta para invalidar esa entidad aversiva que teóricamente se liga a la pena.

Sobre la base de esa subjetividad, según se vio, se ha postulado una noción de «miedo» vinculado al concepto de «intimidación» penal. Para delimitar tal noción se realizó un sintético rastreo en su teorización clásica, de donde se rescatan dos de los elementos principales que toma el moderno modelo de la disuasión para vincularlos a la función intimidatoria: la certeza del castigo y su profusión ejemplar. Luego se expuso que tanto el clásico como el moderno esquema de la disuasión, pueden leerse desde el modelo psicológico construido bajo la lógica castigo-premial: el Conductismo. La correlación psico-filosófica de los dúos «placer y dolor» y «premios y castigos», concretamente, develan tal correspondencia. Fijada tal correlación, se delimitaron dos nociones distintas de miedo: Una tipología concreta y real, identificada con la concepción instrumental del castigo, y otra de orden abstracta y virtual, compatible con la conminación abstracta de la pena. A partir de ello se propuso que la entidad aversiva de la pena se diluye tanto en su entidad abstracta como en su dicción concreta por causa de la impunidad. Frente al primero, se propuso que las personas pueden realizar un control cognitivo de ese miedo teóricamente asociado al castigo cuando se dan cuenta que «todo el mundo» delinque y no resulta sancionado. Aquí la impunidad operaría como un refuerzo negativo vinculado a la experiencia psicológica mediante el aprendizaje vicarial (modelado). Frente al segundo, se dijo que el delincuente, a partir de su acercamiento al delito, aprende a realizar un control material (conductual) de la fuente de riesgo, por lo que puede así neutralizar la entidad aversiva del miedo. Planteados esos presupuestos, se dejó abierto su desarrollo teórico.

CAPÍTULO II

BASES GNOSEOLÓGICAS PARA LA REDEFINICIÓN SUBJETIVA DEL MODELO CRIMINOLÓGICO DE LA DISUASIÓN

1. Introducción

En el capítulo precedente se propuso delimitar una noción de intimidación ligada a la función preventiva del Derecho penal como categoría significativa y cuyo contenido se concretaba en esa construcción de imágenes o representaciones que los hombres, histórica y contextualmente situados, producen en su entorno cultural sobre los fenómenos sociales. El fin último de esa definición constructiva sobre el miedo jurídico-punitivo, no era otro que postular la idea de que ningún modelo disuasorio estatal del delito puede partir del presupuesto de que todos los individuos de una comunidad tienen la misma representación del castigo y que, en consonancia con esa definición objetiva y nomotética del mismo, todos van a reaccionar de la misma manera. Nada más lejos de la realidad: El castigo legal está afectado por distintas representaciones y, por lo tanto, por diversas formas de comprensión individual. Esa comprensión subjetiva de los fenómenos puede explicarse, precisamente, desde los postulados del paradigma epistemológico *interpretativo*. Desde este paradigma, como se ahondará, se busca explorar ese mundo de significados transformados por la cultura, a partir de los cuales los individuos otorgan un sentido a sus actos. Y al tratar la cultura como esa fuente de donde emergen ese conjunto de significados que afectan los procesos de construcción de la psique, resulta coherente que se adopte una perspectiva psicológica que se pregunta por las implicaciones de ese mundo simbólico sobre lo psíquico: la *Psicología Cultural*. Luego, en la medida en que la cultura se concibe dentro de esta propuesta como un sistema de prácticas socialmente instituidas formado por un conjunto de representaciones colectivas depositarias de un sentido propio y que afectan la conciencia de los individuos expuestos a ese conjunto de representaciones, resulta igualmente coherente adoptar una perspectiva sociológica en la que la acción se define por su entidad significativa-intencional. En últimas, lo que se postula es una visión de la dimensión social de la experiencia psicológica afectada por un tipo de miedo terrenal. Para ello se acude aquí al *Socioconstruccionismo*. A definir esas bases se dedica este capítulo.

2. Echando a andar: postulación de las bases epistemológicas, psicológicas y sociológicas para la redefinición subjetiva del modelo teórico de la disuasión

Postulada la perspectiva subjetiva adoptada en este análisis para el abordaje de los procesos de disuasión basados en el recurso a la intimidación, se hace preciso en este punto reformular la pregunta central que lo guía: ¿por qué razón el miedo teóricamente ligado al castigo legal no puede disuadir a ciertos individuos? Para responder a dicha cuestión se ha perfilado un camino epistemológico, metodológico y teórico mediante el que se pretende arribar a uno de los *modos* de entender esa razón por la que muchos individuos, en su propósito de alcanzar esas metas que por antonomasia se logran a través del dinero, no hallan reparo en sacar provecho ilícito de su cargo, función o posición frente a los procesos económicos de gestión públicos. Para alcanzar tal comprensión, como se ha apuntado, se propone situar la observación del fenómeno desde la perspectiva de los propios individuos que se abstraen al cumplimiento de la ley. En este sentido es que se hace preciso establecer una base gnoseológica que permita un adentramiento en ese mundo de significados a los que acude una persona para validar tal apartamiento normativo. En ese mundo significativo vinculado al delito, como aquí se ha venido resaltando, tanto la aplicación efectiva del castigo como la inoperancia del mismo, repercutirían cognitivamente sobre la visión que la gente se forma de uno y otro. La *impunidad* del delito, bajo este presupuesto, afectaría la función constrictiva de la norma jurídico-penal, en la medida en que la aplicación del castigo legal opera sobre la experiencia psicológica como un «refuerzo coercitivo» con capacidad de mediar en la conformación de los cánones de autorrestricción individual³³⁰.

Para arribar a tal tesis ha de vincularse la impunidad legal a las propias disensiones de la comunidad. Dos son las razones: Por un lado, dado que la ciudadanía es, por sí misma, un instrumento de control social; por otro lado, puesto que la ciudadanía tiene una gran responsabilidad en la denuncia oficial del delito. Uno y otro efecto puede concebirse cuando se sostiene la tesis de que la actitud indolente frente a los vicios que secundan la vida pública, se encuentra ligada a la validación personal de esas pautas culturalmente instituidas que se oponen a los valores ideales tutelados por la norma jurídico-penal. ¿O acaso qué otra explicación encuentra, si no es en referencia a valoraciones, por ejemplo, que un funcionario público experimente dilemas para recibir una comisión en marco de una licitación (por considerarse un corrupto), mientras otro no advierte disyuntiva alguna (por considerar que no hace daño a nadie)? La diferencia es eminentemente subjetiva: depende de la comprensión inter-individual de los significados instituidos culturalmente sobre el delito. Tal deducción resulta factible cuando la motivación individual frente al valor que protege la norma penal no se concibe como con un proceso psíquico desligado del marco social del individuo, sino sujeta al sistema de valores arraigados en el contexto en el que éste se construye. Y este proceso resulta plausible por esa capacidad natural del hombre de «otorgar significado a las experiencias vividas»³³¹. Por la misma razón es que es posible sostener que la *prevención penal general* de la corrupción basada en la intimidación o el miedo, deviene ineficaz sin un verdadero consenso social subyacente.

³³⁰ GARLAND, David, *Crimen y castigo...*, pp. 191-192.

³³¹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 39.

Para advertir tal relación es que es preciso, pues, recurrir a esa serie de premisas de carácter epistemológico y disciplinar compatibles en su visión «constructiva» del hombre. El paradigma epistemológico *interpretativo* permite establecer, apoyado en una perspectiva teórica *psico-cultural*, el papel que juega la impunidad en la valoración individual de esos fenómenos delictivos arraigados en la cultura popular y que luego surten efecto sobre la fuerza suasoria de las normas. Esta confluencia resulta posible por cuanto, desde el referido paradigma, el examen de los fenómenos sociales se enmarca dentro de un contexto cultural y temporal concreto, en el que esos elementos que definen la cultura, como el cuerpo de valores, las creencias, los hábitos, la costumbres y, en general, las normas de distinto orden, son interiorizados a través de los procesos de interacción social por los individuos de la concreta comunidad en la que surgen, generando una serie de patrones de comportamiento colectivos que forman una identidad entre sus miembros. Y si se pregunta por la manera en que influye la cultura en la experiencia psicológica, ha de adoptarse, casi que necesariamente, una perspectiva psicológica enderezada con ese paradigma epistemológico: La Psicología Cultural, en los términos de SERRANO, permite establecer el nexo entre «la experiencia psicológica y los sistemas culturales que la conforman»³³². Precisa que el objeto de estudio de esa psicología es, fundamentalmente, «el mundo de la experiencia subjetiva y la construcción del significado por los sujetos de la vida social»³³³.

Las instituciones de castigo del mundo terrenal y sobrenatural conforman, sin duda, esos sistemas culturales. Luego cabe apreciar que el miedo asociado a esas instituciones se transmite socialmente, en la medida en que son las propias comunidades las depositarias de los cánones culturales: La familia, la escuela o la religión, en tanto que esferas de esa sociedad civil que participa en la construcción cultural y transmisión de contenidos de consciencia, mediarían en la transferencia de esos factores de *constricción* de diverso carácter: divino (el infierno); social (el rechazo); legal (la pena), etc. En este sentido se afirma que la sociedad –como un todo– adquiere la categoría de «vehículo» de los imperativos legales. DURKHEIM estableció claramente la diferencia entre la «conciencia colectiva» y la individual. Y es que con independencia de las críticas que pueda recibir su mirada objetiva de los fenómenos sociales y que su visión de la pena esté concebida en términos de estabilización social (cohesionando la solidaridad), cabe estar de acuerdo con la idea de que para que en una sociedad determinada los actos reputados como criminales puedan cesar de cometerse, sería « [...] preciso que los sentimientos que ofenden se encontrasen en todas las consciencias individuales, sin excepción, y con el grado de fuerza necesaria para contener los sentimientos contrarios»³³⁴. En ese proceso divergente que se genera entre sentimientos colectivos instituidos frente al delito y expectativas legalmente reguladas, precisamente, es que se modificarían ese conjunto de normas, valores, creencias, costumbres, etc. que intervienen en la construcción de las restricciones de autosanción³³⁵.

³³² SERRANO BLASCO, “Psicología Cultural”, en KAULINO, A., STECHER, A. (Eds.), *Cartografía de la Psicología contemporánea. Pluralismo y Modernidad*, Ed. MOD, Chile, 2008, p. 349.

³³³ SERRANO BLASCO, “Psicología Cultural”, p. 360.

³³⁴ DURKHEIM, Emile, *Las reglas del método sociológico* (Trad. Antonio de Ferrer y Robert), 6ª ed., Ed. Akal, Madrid, 2001, pp. 86-87.

³³⁵ La pena, según DURKHEIM, Emile, *Las reglas del método sociológico*, p. 114, se explicaría precisamente « [...] por la indignación que determina en el individuo toda lesión grave de sus intereses».

La inoperatividad del *Derecho penal de la corrupción* no puede comprenderse, de acuerdo con esa visión constructiva de la mente, sin analizar la interrelación que se genera entre la suma de actitudes individuales, pautas comportamentales, usos sociales, discursos populares, etc., que cimientan gradualmente la conciencia colectiva y, con ello, las dinámicas del control penal. La expresión lingüística de una comunidad es el mejor termómetro de tal diversidad: «*Robando al Estado no se hace daño a nadie*», «*en este país el vivo vive del bobo*», «*el que da papaya pierde*», «*las cosas no son del dueño, sino del que las necesita*», son apenas una mínima muestra de las expresiones que, en países como Colombia, reflejan una auténtica filosofía de vida que termina afectando las relaciones entre la ciudadanía y sus instituciones. Para SERRANO, precisamente, «Uno de los modos, de enorme importancia desde la perspectiva psicocultural, que los individuos poseen para organizar significativamente sus vidas y dotar de sentido a los acontecimientos es mediante las construcciones narrativas de los episodios vitales»³³⁶. Esta afectación narrativa de la mente obedece a que los procesos cognitivos que intervienen en la configuración de los pensamientos y sentimientos que confluyen en la ordenación del comportamiento, están afectados por esa facultad natural del hombre de adquirir conocimiento bajo el filtro de sus juicios de percepción. Y esa posibilidad de que los acontecimientos del entorno afecten permanentemente los procesos de cognitivos del hombre, como el aprendizaje, el razonamiento, la resolución de problemas o los sentimientos, es la que permite que un estudio del control penal sobre un fenómeno criminal mediado por la institucionalización de convenciones culturales, no pueda prescindir del análisis de la posición que adoptan los actores sociales que modulan la opinión pública y las demandas de punición. El consenso social frente a la solución de la corrupción, en consecuencia, constituye un presupuesto básico para provocar un cambio de posicionamiento institucional frente a sus factores dinamizadores y, a partir de ello, un giro de postura colectiva frente a esos esquemas culturales que toleran, banalizan e, incluso, justifican los «vicios» de la vida pública³³⁷. En términos de BANDURA, «[...] una actitud social condenatoria hacia ciertos delitos disuade de cometerlos, consigue la participación del ciudadano en la represión de las conductas ilegales y presiona a los medios de aplicación de la ley...»³³⁸. Y si dichas permisiones sociales afectan las dinámicas del control del delito, resulta, pues, coherente concluir que la capacidad emotiva de la norma jurídico-penal puede verse indefectiblemente afectada³³⁹.

³³⁶ SERRANO BLASCO, “Psicología Cultural”, p. 355.

³³⁷ DURKHEIM, Emile, *Las reglas del método sociológico*, p. 87: «En efecto, para que los sentimientos colectivos que protege el derecho penal de un pueblo, en un momento determinado de su historia, lleguen a penetrar en las conciencias que hasta entonces les eran extrañas, o tomar cierto imperio allí donde tenían escasa importancia, es preciso que adquieran una intensidad superior a la que tuvieron hasta entonces. Es preciso que la comunidad, en su conjunto, los sienta con una vivacidad mayor [...]».

³³⁸ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 301.

³³⁹ Se afirma, entonces, que las conciencias individuales vienen afectadas por la indignación colectiva. Así, DURKHEIM, Emile, *Las reglas del método sociológico*, p. 87, estima que «[...] un sentimiento aparece más respetable cuando es siempre y uniformemente respetado. Pero se olvida que estos estados fuertes de la conciencia común no pueden reforzarse de esta manera sin que los estados más débiles, cuya violación sólo originaba antes faltas puramente morales, sean a su vez vigorizados. Y esto porque los segundos no son más que la prolongación, la forma atenuada de los primeros. Así, el robo y la simple falta de delicadeza lesionan un solo y mismo sentimiento altruista: el respeto a la propiedad ajena. La diferencia estriba en la fuerza de la ofensa, y como el término medio de las conciencias no poseen una intensidad suficiente para sentir vivamente la más ligera de estas dos ofensas, ésta es objeto de una mayor tolerancia».

Esta visión *cultural* del control penal permite ver que la respuesta punitiva del Estado frente a esos vicios que debilitan las entidades que sustentan el modelo de Estado social y democrático de Derecho encierra no sólo un problema de eficiencia institucional, sino también de virtud social. Dicho aspecto se relaciona con lo que ELÍAS denominaría «*sensibilidades civilizadas*». GARLAND, en referencia al primer autor, plantea claramente cómo las decisiones político-criminales en las sociedades modernas occidentales « [...] se toman siempre en medio de un escenario de valores morales y sentimientos que, en la mayoría de los casos, fijan límites sobre aquello que será tolerado por la opinión pública e implementado por el personal del sistema penal»³⁴⁰. Se entiende así que en países como Colombia un gran escándalo de corrupción no pase de ser una mera primicia. Tratándose de corrupción pública, por tal razón, la acción del Estado estaría condicionada por el respaldo social (moral) del interés material tutelado por el bien jurídico-penal. Pero de esa tensión generada por las demandas sociales de castigo que se produce al calor del sentimiento colectivo –resultante de las acciones y resistencias que se configuran en las consciencias individuales-³⁴¹, dependería no sólo la respuesta penal articulada en la política criminal correspondiente, sino también el nivel de interferencia del imperativo legal en la formación de esos contenidos conciencia de los individuos sometidos a esas tensiones.

De esta idea se puede deducir que una conducta que atente contra el interés social *ideal* juridificado por el Derecho penal –integrado dentro del contenido del bien jurídico correspondiente-, difícilmente podrá desencadenar un efecto de rechazo generalizado por parte de una comunidad si un gran número de sus miembros no ha podido albergar el fundamento de criminalización del comportamiento respectivo³⁴². Precisamente, apuntaba DURKHEIM que « [...] la reacción social que significa la pena se debe a la intensidad de los sentimientos colectivos que el crimen ofende». Y si la baja «intensidad» de tales sentimientos afecta la reacción social, el poder constrictivo de la pena probablemente se verá afectado por cuanto ese sentimiento no encuentra un canal para su curso de comunicación. Bajo un escenario de tolerancia social del delito, como ya se indicó, el individuo que se propone delinquir vería limitada la probabilidad de ser sancionado no sólo penalmente (por cuanto aquélla reduce la posibilidad objetiva de denuncia formal), sino también por su círculo social. Luego la impunidad legal y social resultante, es la que tiene la virtud de afectar los contenidos de conciencia. De ahí, justamente, la importancia de que los delitos cometidos no queden sin castigo, pues como afirma el mismo DURKHEIM, « [...] la pena tiene por función útil el mantener estos sentimientos en el mismo grado de intensidad, pues si no se castigaran los ataques que sufren, no tardarían en debilitarse»³⁴³.

³⁴⁰ GARLAND, David, *Crimen y castigo...*, p. 167.

³⁴¹ DURKHEIM, Emile, *Las reglas del método sociológico*, p. 41.

³⁴² GARLAND, David, *Crimen y castigo...*, pp. 191-192, aludiendo a la relación efectuada por DURKHEIM sobre las posiciones sociales y el castigo, señala: «A pesar de la esperanza recurrente y de las afirmaciones exageradas de algunos reformadores, la experiencia se empeña en mostrar que ningún método de castigo ha logrado índices significativos de rehabilitación o de disminución de la criminalidad, y ningún método llegará a conseguirlo. Todos los castigos “fracasan” regularmente en este aspecto porque, como Emile Durkheim (1973) y otros autores lo han demostrado, sólo los procesos de socialización más generalizados (la moralidad que ha sido interiorizada y el sentido del deber, los incentivos y recompensas informales que premian la conformidad, las redes espontáneas y culturales de interdependencia y expectativas mutuas, etc.) son capaces de promover formas apropiadas de conducta de manera consistente y continua».

³⁴³ DURKHEIM, Emile, *Las reglas del método sociológico*, p. 110.

La exploración histórico-cultural del curso de la motivación delictiva permite advertir, a partir de la relación que se produce entre acción individual y las convenciones firmemente arraigadas en la conciencia popular, el déficit de persuasión de la ley penal frente a sus destinatarios. Un análisis del delito desde la *Sociología de la reacción social* o la *Sociología del castigo*³⁴⁴, permite entrever por qué cuando el sistema de valores culturales imperante diverge del sistema de valores reglado por el Derecho penal, el control institucional flaquea. Y ello porque no se tienen en cuenta esos códigos comportamentales y lingüísticos mediados por la cultura y que terminan afectando la subjetividad del ser humano. Piénsese, por ejemplo, en las denominadas «cultura de la picaresca», arraigada en la sociedad española, o la «malicia indígena», alabada en Colombia, en las que se ensalza el engaño o la trampa por sobre las virtudes. Ello explica los variables niveles de corrupción en los distintos Estados. ¿O acaso alguien se atrevería a sostener que las sociedades nórdicas son *genéticamente* más éticas que las «tercermundistas»? Sólo un fanático «lombrosiano» defendería semejante deducción. La cuestión es que cada sociedad ha estado sometida a un proceso de enculturación histórico y materialmente diverso³⁴⁵.

La entidad construida de las sociedades, precisamente, permite que el desarrollo constructivo de valores positivos y la de-construcción de los negativos en cada comunidad siempre sean posible³⁴⁶. Pero también resulta posible, contrariamente, que se institucionalicen valores nocivos. Es lo que sucede cuando se acepta el éxito económico como *fin* cultural supremo sin reparar en los *medios* de realización. MERTON, como luego se desarrollará, pondría la profusión del éxito en el centro de la motivación del delito³⁴⁷. De sus planteamientos se infiere que uno de los factores generadores de la criminalidad de tipo patrimonial, radica en la asunción personal de estos ideales culturales marcados por las filosofías de vida inspiradas en el hedonismo y el materialismo. La obtención de *símbolos de estatus*, que en buena medida pueden ser adquiridos con dinero, es expresión básica de esa cultura del éxito material que, por evidentes razones, incide en las formas diversas de delincuencia patrimonial. Luego es esta misma singularidad cultural la que condicionaría el sentido de la reacción de las mayorías frente a la criminalización de esos *medios* ilegítimos de los que la gente se sirve para alcanzar los *fines* alentados socialmente³⁴⁸. En este sentido es que se afirma que la fuerza suasoria del Derecho fenece frente a la identidad cultural.

³⁴⁴ GARLAND, David, *Crimen y castigo*....

³⁴⁵ Respecto de los procesos de *socialización (enculturación)*, apunta FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 190: «El proceso de socialización se incardina directamente con el de la psicología cultural. Así, por ejemplo, si un sujeto se desarrolla en un contexto de corrupción, mayores probabilidades tiene de llegar a considerar positivamente las prácticas corruptas».

³⁴⁶ Según lo señala CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, *La corrupción en la contratación pública en Europa*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2009, pp. 109, en referencia a la teoría criminológica del «aprendizaje social», «[...] así como se pueden aprender comportamientos delictuales, también se pueden adquirir conductas altruistas a través del ambiente social, el aprendizaje de modelos positivos y la generación de estados afectivos positivos al actuar correctamente, lo cual nos enseña que para la reducción de la corrupción no solamente es necesaria la represión y el control, sino también el reforzamiento de las conductas honestas, otorgando recompensas y valoraciones positivas a quien se comporte honradamente».

³⁴⁷ Entre otros, MERTON, Robert K., «Funciones manifiestas y latentes», en *Teoría y Estructuras Sociales*, Ed. FCE, México, 1976, p. 92 y ss.

³⁴⁸ GIL VILLA, Fernando, *La cultura de la corrupción*, p. 14: «[...] ese factor aparentemente oscuro que es la idiosincrasia de un pueblo, su carácter social o sus raíces culturales, condicionan de alguna manera la posición de la opinión pública acerca de la corrupción».

Una visión estructural de los fenómenos sociales permite, pues, vincular las causas de la delincuencia, aquí la de carácter patrimonial, a las *presiones anómicas* ejercidas dentro del contexto cultural. Llevar una buena vestimenta, comprar un buen vehículo, adquirir una vivienda, etc., son apenas una mínima muestra de esos propósitos por los que, según se enseña a los niños desde pequeños, se debe ir al colegio y luego a la universidad. Pero, ¿y si la propia estructura no posibilita el acceso a los medios requeridos para ello? En este «desajuste», como se verá, situó MERTON el origen de la desviación³⁴⁹. Y para tal deducción, como apuntan BERGER y LUCKMAN, MERTON se propuso integrar el enfoque de la *Sociología del conocimiento* con el *estructural-funcionalismo*³⁵⁰. Tal acoplamiento tiene sentido, en tanto en cuanto, la primera se ocupa precisamente de « [...] la relación entre el pensamiento humano y el contexto social en el que se origina»³⁵¹. La misma observación de la cotidianidad permite apreciar que los miembros de una sociedad determinada se sienten apercibidos por la simbología del mundo que les rodea³⁵². Por esta misma razón, los sistemas de símbolos del mundo externo, como las creencias populares, las costumbres, las maneras de resolver los conflictos, en definitiva, las experiencias acumuladas por parte del individuo a lo largo de su proceso de enculturación, permiten advertir la incidencia del conjunto común de contenidos de consciencia institucionalizados en una determinada sociedad –tomada en su conjunto–, en la consciencia de grupos específicos de la misma (como las corporaciones del Estado)³⁵³. La Psicología Cultural destaca, justamente, cómo la *psique* se cimienta a partir de los contenidos que se producen en el contexto cultural en el que una persona se ha construido simbólicamente³⁵⁴. Por lo mismo se afirma, desde esta perspectiva psicológica, que la cultura define el mundo de significados que rigen la experiencia psicológica del individuo, esto es, repercute psicológicamente en el hombre como consecuencia de desarrollarse en contextos socioculturales históricos concretos. Aquí se generaría aquella «predisposición» individual al delito de la que hablaba MERTON³⁵⁵.

³⁴⁹ MERTON, Robert K., “Funciones manifiestas y latentes”, pp. 92 y ss.

³⁵⁰ BERGER Peter L. / LUCKMANN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, Ed. Amorrortu Editores, Buenos Aires - Madrid, 2011, pp. 23-24.

³⁵¹ BERGER, Peter L. / LUCKMAN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, p. 15; « [...] la sociología del conocimiento debe, ante todo, ocuparse de lo que la gente “conoce” como “realidad” en su vida cotidiana, no-teórica o pre-teórica. Dicho de otra manera, el “conocimiento” del sentido común más que las “ideas” debe constituir el tema central de la sociología del conocimiento. Precisamente, este “conocimiento” constituye el edificio de significados sin el cual ninguna sociedad podría existir» (p. 29).

³⁵² Dicha apreciación no es ni mucho menos original. BERGER, Peter L. / LUCKMAN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, pp. 11-13, concluyen de forma meridianamente clara que «El hombre de la calle vive un mundo que para él es “real”, aunque en grados diferentes, y “sabe”, con diferentes grados de certeza, que este mundo posee tales o cuales características».

³⁵³ BERGER, Peter L. / LUCKMAN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, pp. 11-13: «Su “realidad” y su “conocimiento” los da por establecidos... [...] los hombres de la calle dan por establecidas “realidades” que son bastante diferentes entre una sociedad y otra. [...] Lo que es “real” para un monje del Tíbet puede no ser “real” para un hombre de negocios norteamericano».

³⁵⁴ GARCIA-BORÉS, José M., “Paisajes de la Psicología Cultural”, *Anuario de Psicología*, Vol. 31, n.º. 4, 9-25, Universidad de Barcelona, Facultad de Psicología, Barcelona, 2000, p. 20, la Psicología Cultural tendría como objeto de estudio « [...] la influencia de la cultura en la vida psicológica». Partiendo de este presupuesto, señala que «La Psicología Cultural tratará así de comprender, explicar e interpretar el grado y la naturaleza de la correspondencia entre la “objetividad” de las categorías socioculturales, su doble función estructural y estructurante, y la “subjetividad” de las categorías psicológicas, tal y como son vividas y experimentadas por los agentes, a través de su capacidad estructuradora».

³⁵⁵ *Cfr.*, al respecto, MERTON, Robert K., “Social Structure and Anomie”, pp. 672-682.

El factor *cultural* adquiere, de este modo, una importancia cardinal en la determinación de las circunstancias que interfieren en la capacidad constrictiva del Derecho. La *dimensión cultural* de la criminalidad, particularmente cuando se trata de un fenómeno delictivo atravesado por la idiosincrasia o la cultura popular, es una categoría de análisis fundamental en la tarea de advertir no sólo las dinámicas constitutivas del delito, sino también las interferencias sobre el control penal. Tratándose de corrupción, lo propio sucede con la *dimensión subcultural*: la solidaridad intersubjetiva que se instituye al interior de ciertos grupos sociales, como las corporaciones públicas, es un aspecto a tener en cuenta en aras de advertir la génesis de aquellas acciones corruptas que se producen en su interior y la consecuente inoperatividad del Derecho penal. El menor reproche intersubjetivo, bajo este contexto, neutralizaría el proceso de autocensura que de forma anticipada debe operar en la proyección y realización de un acto ilícito. Quizá por ello concluía WEBER que la *acción social* «[...] es una acción en donde el sentido mentado por su sujeto o sujetos está referido a la conducta de otros, orientándose por ésta en su desarrollo»³⁵⁶. Y es que si es en el seno de los distintos grupos de interacción social en donde se fijan los límites éticos frente a aquellas acciones proscritas por el Derecho penal, su fuerza constrictiva podrá verse indefectiblemente afectada por esos mismos límites.

Esta dimensión *subcultural* se corresponde con ese segundo nivel de condicionamiento individual por entornos grupales. La misma dimensión permite afirmar, tratándose de entes públicos, que la cultura política de la concreta comunidad termina afectando las dinámicas institucionales³⁵⁷. Y es que si la política y la función pública se consideran por parte de un individuo como una oportunidad para la realización de sus fines de índole material, no puede pensarse en que ese mismo individuo repare en las actitudes venales de su entorno. Por esto no le falta razón a GARLAND³⁵⁸ cuando concluye que si la cultura es «un puente de doble vía que vincula el castigo con el orden moral de una sociedad» y el castigo una «representación simbólica de patrones culturales más amplios», en el campo penal esos patrones culturales condicionarían «[...] la forma como pensamos y sentimos con respecto a los criminales y el crimen y también como reaccionamos frente a ellos». El temor al castigo, según esta idea, se diluiría como criterio regulador del comportamiento, en la medida en que la tolerancia del grupo de referencia (un partido político, por ejemplo), debilitaría esos cánones de autocensura que afectan la toma de decisiones³⁵⁹. Es la venia del referente interindividual (que operaría como *instrumento mediador*), el factor que ayuda en la invalidación de ese estímulo aversivo ligado a la infracción del imperativo.

³⁵⁶ WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, Ed. FCE, México, 1996, p. 5.

³⁵⁷ VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción...*, pp. 99-100: «[...] la relación entre cultura política y conducta individual correlaciona perfecta y positivamente siempre. Cada persona es diferente e, incluso, en sociedades con muy bajo nivel de cultura política pueden existir héroes morales. Lo cierto es que la cultura política tiene relación con el nivel de desarrollo moral medio de una población y, por ello, define la tendencia normal de actuación política y moral de los habitantes de una comunidad».

³⁵⁸ GARLAND, David, *Crimen y castigo...*, pp. 55-56.

³⁵⁹ Precisamente, frente a los delitos de *cuello blanco*, dentro de los cuales se incluyen algunos delitos de corrupción como el cohecho, señala GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno: Una teoría moral de los delitos de cuello blanco*, (Trad. José Ramón Agustina Sanllehí / Miriam Amorós Bas / Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno), Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2013, pp. 82-83, cuando la tipificación de determinadas conductas como delictivas «[...] sea consistente con lo que la sociedad en su totalidad entienda como moralmente ilícito, el Derecho y las normas sociales se refuerzan mutua o recíprocamente».

Las anteriores reflexiones permiten, pues, ir moldeando la idea de que tanto la genealogía de la corrupción como la prevención penal en su vertiente intimidatoria, tienen una «dimensión cultural». Dicha consideración no ha sido ajena a los planteamientos de la Sociología Criminal. PARSONS³⁶⁰, como se ahondará en un apartado posterior, concedería un lugar fundamental a la *cultura* como subsistema regulador de la *acción social* (del subsistema de la *personalidad*). MERTON³⁶¹, como brevemente se ha indicado, pondría de relieve la *tensión* que se presenta entre ciertas *necesidades* culturalmente marcadas (como la necesidad desmedida de dinero) y los medios convencionales que prevé la correspondiente estructura social para satisfacerlas. En el fondo, ambos planteamientos reconocen la influencia de la cultura sobre el «sentido de orientación» de la acción³⁶². Y ello confiere, por consecuencia lógica, un papel fundamental a la cultura en la constitución de lo psicológico. Reconocer tal relación es importante, puesto que si en las sociedades post-modernas priman valores como el hedonismo y el materialismo frente a otros como la solidaridad, tal ordenación de «relevancias» en función de la utilidad de dichos valores, provocaría, como propugnan BERGER y LUCKMAN, que las decisiones particulares en torno a lo público se ordenen en razón de los «propios intereses pragmáticos inmediatos»³⁶³.

³⁶⁰ Cfr., al respecto, PARSONS, Talcott / SHILS, Edward (Dirs.), *Hacia una teoría general de la acción*, Ed. Kapelusz, Buenos Aires, 1968. Basado en parte en los planteamientos sociológicos desarrollados por WEBER, PARSONS propone una «orientación microsociológica» para la comprensión de los fenómenos sociales centrada en el análisis de la acción social. En esa orientación el individuo ocupa un lugar central para la determinación de sus orientaciones y la correspondiente estructura de la acción. De acuerdo con este planteamiento inicial, la orientación de la acción dependería de los fines que el propio individuo se traza, quedando su realización condicionada por los medios disponibles. De acuerdo con PARSONS, la elección de los medios dispuestos se determinaría en función de las normas y valores imperantes en la concreta sociedad en la que se desenvuelve en individuo. Pero dicha acción social, según aclara PARSONS, no estaría determinada por un análisis costo-beneficio de carácter netamente instrumental, sino en razón de los valores y normas de la sociedad. Dicho planteamiento primigenio quedaría contenido en su obra «La estructura de la acción social» (1937). Posteriormente PARSONS reformularía el planteamiento inicial, abordando el estudio de la acción social desde una perspectiva de «orientación macrosociológica». Desde esta perspectiva, el centro de atención ya no será el individuo, sus orientaciones y la estructura de la acción social, sino los sistemas y estructuras sociales en que tiene lugar el desarrollo de la acción. En este nuevo planteamiento, la acción se concebirá dentro de un sistema general integrado por diversos subsistemas básicos: el sistema social, el sistema cultural, el sistema de la personalidad (y posteriormente, el biológico). Dentro de este nuevo planteamiento de carácter macrosociológico, PARSONS concedería una gran importancia al sistema cultural, en la medida en que en éste se encontrarían inmersas las normas y valores sociales que modularían la acción social. Es así como el subsistema cultural, el subsistema de la personalidad y el subsistema social, se interrelacionarían dentro del sistema general de la acción, dando lugar a un todo estable y perdurable en función del cual se estructurará la acción social individual.

³⁶¹ Cfr., al respecto, MERTON, Robert K., “Social Structure and Anomie”, pp. 672-682; Cfr., MERTON, Robert, *Teoría y estructura sociales*, 1992.

³⁶² Las creencias, valores y pautas morales afianzadas en el entorno social, constituyen, en definitiva, la subjetividad del ser humano frente a la realidad objetiva. Ello significa que dichos aspectos son culturales, esto es, son de origen social; no son en sí mismos realidades, sino representaciones de la realidad. Por lo mismo, afirma PARSONS que el sistema cultural respalda el sistema social y el de la personalidad. En el primero hay personas y en el segundo relaciones de personas. Pero entre el sistema de la personalidad y el social también habría una relación caracterizada por dos procesos: de «asignación de recursos» y de «integración». El primero implicaría la asignación de lugares sociales entre los sujetos. De ello se deriva que no todos los motivos ocupan el mismo lugar en un concreto sistema social (hay jerarquías de preferencias o relaciones de poder). El segundo proceso, por su parte, va a mantener unidos esos distintos motivos o sistemas de motivos individuales en vida comunitaria. De ahí que muchas veces los motivos son fruto de la institucionalización, por lo tanto no son algo natural del sujeto.

³⁶³ BERGER, Peter L. / LUCKMAN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, p. 62.

Las anteriores referencias develan, pues, la necesidad de abordar el estudio del control penal de la corrupción desde un *paradigma epistemológico* y unas *perspectivas teóricas* que confieren un lugar preponderante a la subjetividad de las acciones humanas y a la cultura en su estructuración intencional. Y es que cuando en una comunidad la corrupción se percibe como algo «normal» (nómico), es esperable que sus miembros se rijan por tal «normalidad». De tal suerte, las valoraciones individuales frente a la política y la función pública guiarían y legitimarían la actuación de sus regentes, entendiendo por «legitimación», la asunción social de los valores culturales que sustentan cierta manera de «hacer las cosas» (como válidos). De esta forma la legitimación resultante de los procesos comunes de construcción social de la realidad³⁶⁴, generaría la posibilidad de que se institucionalicen prácticas negativas en la vida pública, como por ejemplo el cobro de comisiones ilícitas, y como corolario de ello, la inoperancia del Derecho penal. Por esta razón es que la criminalización efectiva de la corrupción requiere previamente la *deslegitimación* social de las prácticas institucionalmente nocivas y la promoción efectiva de «alternativas prosociales». Así, como refiere BANDURA, «El mejor disuasor de la conducta prohibida es el desarrollo de alternativas prosociales lo suficientemente atractivas como para sustituir a los patrones antisociales»³⁶⁵. La sanción penal efectiva de tales prácticas precisaría, de este modo, alcanzar no sólo un consenso social amplio sobre la necesidad de su criminalización, sino también un reordenamiento de las valoraciones que lo permitan.

Adoptar una perspectiva epistemológica y disciplinar que sitúa la acción individual en el plano intersubjetivo de las relaciones humanas, por tanto, es necesario cuando se analiza precisamente una modalidad criminal caracterizada por la legitimación colectiva de los *finés* que pueden alcanzarse a través de ella, lo que en cierto modo banaliza los *medios* ilícitos de realización. De ahí que nunca pierda vigencia la máxima de MAQUIAVELO: «el fin justifica los medios». En vista de ello no resulta incoherente el planteamiento propuesto por MERTON, pues si en una sociedad prima la obtención de fines materiales, no puede luego resultar extraño que muchos se valgan de medios ilegítimos para lograrlos. A partir de esa profusión social del éxito se entiende que WEBER afirmara que la «tendencia a enriquecerse» se encuentra en todos los hombres con independencia de su condición (en «*all sorts and conditions of men*»), esto es, «en toda circunstancia que ofrezca una posibilidad objetiva de lograr una finalidad de lucro»³⁶⁶. Y aquí la necesidad de integrar el factor «*oportunidad*» en todo modelo criminológico aplicado a la delincuencia patrimonial, pues si una buena parte de la población encausa su plan de vida hacia la realización del éxito monetario, resulta mayor la probabilidad de que termine sucumbiendo ante una de las «oportunidades diferenciales» que en un momento dado se le presenten³⁶⁷. Así las cosas, cabe entonces precisar por qué el *paradigma epistemológico* y las *perspectivas teóricas* propuestos, son necesarios para comprender la manera en que la disensión social frente a los fenómenos proscritos por el Derecho penal repercutiría en su función intimidatoria.

³⁶⁴ BERGER, Peter L. / LUCKMAN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, p. 134 y ss.; Cfr., GERGEN, Kenneth J., *Realidades y Relaciones: aproximación a la construcción social*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1996.

³⁶⁵ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 295.

³⁶⁶ WEBER, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Ed. Península, Barcelona, 1988, p. 8.

³⁶⁷ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 295.

3. Paradigma epistemológico interpretativo: bases epistemológicas para la comprensión psico-cultural de la «misión motivadora» del castigo legal

La comprensión psico-social del fenómeno de la disuasión normativa, como se ha propuesto, implica establecer la manera en que esas construcciones subjetivas producidas por la sociedad y al interior de sus instituciones, invalidan los cánones de autorrestricción frente al delito. «El éxito a cualquier precio» es un buen ejemplo de esos cánones neutralizadores. Ello da cuenta de la *internalización* humana de los significados imperantes en cada cultura y la *intermediación* del castigo en dicho proceso de internalización. Y para establecerlo es preciso, según se indicó, inclinarse sobre el paradigma epistemológico «interpretativo». El propio concepto de «paradigma», aplicado a la *ciencia del conocimiento*, se define por aquel conjunto de creencias que presentan la realidad de una forma determinada. Las perspectivas teóricas que se agrupan bajo este paradigma las aúna, precisamente, la idea de que « [...] la realidad no puede ser sólo observada, sino que debe ser “interpretada” »³⁶⁸. De modo que este paradigma permite realizar una *comprensión* psicológica de la realidad que rodea cada fenómeno socio-cultural, en función de la naturaleza de los significados que el hombre atribuye a sus propias acciones y a las de los demás. Y esta comprensión resulta factible, en términos de BRUNER, a raíz de la «creación cultural del significado»³⁶⁹, entendiendo por «significado», un «fenómeno mediado culturalmente cuya existencia depende de un sistema previo de símbolos compartidos»³⁷⁰.

La subjetividad que informa la cultura se acopla justamente a tal paradigma. Clifford GEERTZ identificaría la cultura no sólo con un conjunto de prácticas socialmente instituidas, sino además con un sistema de representaciones colectivas depositarias de un sentido propio³⁷¹. Basado en la *Sociología Comprensiva* postulada por WEBER y en la hermenéutica de corte neokantiana desarrollada por DILTHEY, GEERTZ efectuaría una revisión teórica y metodológica de la noción de cultura para estudiar la afectación de la conducta humana. Y si la cultura se identifica con estructuras de significados socialmente establecidos, el Derecho podrá ser concebido como una creación cultural que responde generalmente a los intereses de una porción más o menos amplia de la sociedad. Y en tanto que sería una creación cultural, no puede hablarse de un «monismo jurídico» universal por la propia diversidad y dinamicidad cultural. Es por tanto a partir de tal consideración de la cultura, que podrá decirse que la « [...] corrupción es un producto culturalmente condicionado»³⁷². Pero también lo sería la institución del castigo: La disuasión normativa no dependería llanamente, como se dijo, de la entidad, certeza y proximidad del estímulo aversivo (la amenaza legal), sino del significado que éste tiene para el destinatario. Sólo así se explica el hecho de que existan reos que una vez purgan su pena privativa de libertad, delincan nuevamente con el único objeto de volver a ingresar a su entorno de encierro.

³⁶⁸ CORBETTA, Piergiorgio, *Metodología y técnicas de investigación social*, p. 18.

³⁶⁹ BRUNER, Jerome, *Actos de significado...*, p. 81.

³⁷⁰ BRUNER, Jerome, *Actos de significado...*, p. 83: «El significado *simbólico*, por tanto, depende críticamente de la capacidad humana para internalizar ese lenguaje y usar su *sistema* de signos como interpretación de estas relaciones de “representación” ».

³⁷¹ Al respecto, *Cfr.*, GEERTZ, Clifford, *La interpretación de las culturas*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1988.

³⁷² CARTOLANO S., Mariano J., *La corrupción: aproximación teórica*, Ed. Leyer, Bogotá, 2009, p. 35.

Desde el referido paradigma interpretativo, mismo en el que se fundamenta el *Socioconstruccionismo*³⁷³, se puede explorar el proceso de conocimiento que se genera a partir de la interacción entre el individuo y la realidad objetiva que lo circunda (entre sujeto y objeto). Por tanto, la realidad social objetiva no puede escindirse del significado que el individuo le atribuye, cuando de lo que se trata es de comprender esas situaciones propias de cada entorno cultural que condicionan su motivación frente al Derecho³⁷⁴. Aquí encuentra sentido la afirmación de BRUNER acerca de que «Pertener a una cultura viable es estar ligado a un conjunto de historias interconectadas»³⁷⁵. De modo que para analizar las pautas culturales que dan lugar a prácticas corruptas –y, por defecto, a la indiferencia del sujeto frente al correspondiente imperativo legal-, se debe efectuar una evaluación de los significados instituidos que determinan la conciencia colectiva de la estructura social y de esta manera comprender la lógica de esos significados que dan cobertura a tales formas de comportamiento³⁷⁶. Por ello la perspectiva teórica traída para la comprensión de tal relación debe sustentarse en este concreto paradigma: La Psicología Cultural, justamente, «[...] es una psicología interpretativa, prácticamente en el mismo sentido en que la historia, la antropología y la lingüística son disciplinas interpretativas»³⁷⁷. Acertada resulta, de conformidad con tal deducción, la conclusión de SERRANO acerca de que esta rama de la Psicología, en sus diversas expresiones, «[...] busca sobre todo el reconocimiento de sí misma como una visión o mirada ontológica, epistemológica y metodológica que trata de renovar y alimentar el debate teórico y la práctica de la psicología»³⁷⁸. Preciso es apuntar que este paradigma no se opone a los planteamientos *explicativos*. El propio GEERTZ realizaría una integración de los métodos *comprensivo* y *explicativo* en aras de alcanzar un entendimiento de la relación entre comportamiento y cultura³⁷⁹. Ya WEBER planteaba que para la comprensión cabal de los comportamientos, la búsqueda del significado debía partir de una perspectiva interpretativa, para luego formular un planteamiento explicativo respecto de la diversidad de las pautas comportamentales instituidas en cada contexto³⁸⁰.

³⁷³ Para una mayor profundización de los presupuestos ontológicos del *Socioconstruccionismo*, Cfr., IBÁÑEZ, Tomás, *Aproximaciones a la Psicología Social*, Ed. Sendai, Barcelona, 1990.

³⁷⁴ Esa interpretación subjetiva de la realidad material repercutiría no sólo en la interiorización, comprensión y transmisión de cierta visión de la «vida», sino también, amparados en tal «realidad», en fenómenos específicos de la misma, como el castigo legal. Por ello los ciudadanos, como refiere DíEZ-PICAZO, Luis María, *La criminalidad de los gobernantes*, Ed. Crítica, Barcelona, 2000, p. 167, «[...] deben percatarse de que, al menos como electores, ellos también son responsables del nivel de moralidad pública imperante en su país». Añade, frente a la eficacia del sistema penal, que «Crear que la corrupción y el abuso de poder pueden ser dejados sólo en la manos de la justicia penal, cualquiera que sea la configuración de ésta, es un grave error para cualquier persona que ame el Estado democrático de derecho».

³⁷⁵ BRUNER, Jerome, *Actos de significado...*, pp. 105-106.

³⁷⁶ BRUNER, Jerome, *Actos de significado...*, p. 105: «[...] lo que constituye una comunidad cultural no es sólo el compartir creencias acerca de cómo son las personas y el mundo o acerca de cómo valorar las cosas. Evidentemente, debe existir algún tipo de consenso que asegure la convivencia civilizada. Pero hay algo que puede ser igual de importante para lograr la coherencia de una cultura, y es la existencia de procedimientos interpretativos que nos permitan juzgar las diversas construcciones de la realidad que son inevitables en cualquier sociedad».

³⁷⁷ BRUNER, Jerome, *Actos de significado...*, p. 126: «Pero eso no significa que tenga que carecer de principios o prescindir de métodos, ni siquiera los más duros. Su objetivo son las reglas a las que recurren los seres humanos a la hora de crear significados en contextos culturales».

³⁷⁸ SERRANO BLASCO, “Psicología Cultural”, p. 349.

³⁷⁹ Cfr., GEERTZ, Clifford, *La interpretación de las culturas...*

³⁸⁰ WEBER, Max, *Economía y sociedad...*

La capacidad constrictiva de la pena frente a la corrupción, desde esta mirada, estaría afectada por los niveles de moralidad pública instituidos en la propia sociedad y, por efecto de ello, por la posición que sus miembros adoptan frente al fundamento de criminalización. En vista de ello, un análisis en el que se vincula la posición individual frente al delito al consenso intersubjetivo sobre el interés subyacente, precisa adoptar una perspectiva psico-social. El *Socioconstruccionismo*, en tanto que perspectiva teórica anclada a la *Sociología del Conocimiento*, resulta apropiado para analizar, a partir de las construcciones subjetivas sobre el delito³⁸¹, la génesis cultural de la corrupción y el grado de reacción social limitado por aquélla. De suma importancia para tal análisis resultan los postulados fundamentados en la *Etnometodología*³⁸² y el *análisis fenomenológico de la realidad de la vida cotidiana*³⁸³. El método *etnometodológico* resulta aquí apropiado, como señala BLÚMER³⁸⁴, dado que estudia los modos en que se organiza el conocimiento que la gente tiene de sus asuntos habituales, y el *fenomenológico*, como bien apuntan TAYLOR, WALTON y YOUNG, por cuanto considera no sólo que la mente es un «*proceso activo consciente*», sino además que dicha «actividad deberá ser estudiada examinando la intencionalidad del sujeto»³⁸⁵.

Los referidos postulados son compatibles con la postura epistemológica articulada por GEERTZ, en donde la noción de cultura se compadece con un conjunto de categorías simbólicas a partir de las cuales los miembros de una comunidad se comunican, perpetúan y desarrollan su conocimiento sobre las actitudes hacia la vida³⁸⁶. Ello explica que las distintas formas de criminalidad generen una u otra reacción en la comunidad en función de lo que la mayoría de sus miembros entienda por las mismas³⁸⁷. Son esas construcciones las que permiten entender el hecho de que, en países como Colombia, un gran número de sus ciudadanos se muestren indiferentes frente al saqueo flagrante del herario público. La respuesta se encuentra precisamente en esos códigos culturales. Y es que cómo esperar la reacción de las mayorías, cuando ese mismo ciudadano es el que entrega su voto a cambio de un precio. Al lector colombiano le debe sonar conocida, entre otras patrañas vinculadas a la elección popular de gobernantes, la compra de votos al menudeo el día de las elecciones, la promesa de un empleo en la Administración o de un «contratito» y, dentro de los supuestos más bochornosos, el reparto de «tamales». Ni qué de lo que se «mueve» en las *altas esferas del poder*: Para no ir muy lejos, el hoy atronador caso «Odebrecht».

³⁸¹ BERGER, Peter L. / LUCKMAN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, p. 12.

³⁸² Como recuerda BERGALLI, Roberto, “Sociología de la desviación”, p. 176, «La construcción metódica que propone la etnometodología se dirige a descubrir el sentido de las actividades prácticas de la gente en el contexto en que se producen, a fin de que tales actividades puedan ser interpretadas y explicadas tanto por quienes las llevan a cabo como por quienes las estudian».

³⁸³ BERGER, Peter L. / LUCKMAN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, p. 7.

³⁸⁴ BLUMER, Herbert, *Symbolic Interactionism. Perspective and Method*, Ed. Prentice Hall, New Jersey, 1969.

³⁸⁵ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 224. El análisis *fenomenológico* de «la experiencia subjetiva de la vida cotidiana», refieren BERGER, Peter L. / LUCKMAN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, p. 35, «[...] es un freno contra todas las hipótesis causales o genéticas, así como contra las aseveraciones acerca de la situación ontológica de los fenómenos analizados».

³⁸⁶ Cfr., GEERTZ, Clifford, *La interpretación de las culturas*.

³⁸⁷ Como refiere BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 110, «La criminalidad no existe en la naturaleza, sino que es una *realidad* construida socialmente a través de procesos de definición y de interacción. En este sentido, la criminalidad es una de las “realidades sociales”».

Pero antes de entrar a esbozar los planteamientos socioconstruccionistas que facilitan un acercamiento piso-cultural al problema de estudio, es preciso referir que la adopción del paradigma interpretativo no implica necesariamente cuestionar los desarrollos teóricos elaborados desde el paradigma positivista, sino que trata, más bien, de ahondar en su dimensión subjetiva. Lo propio sucede con la perspectiva teórica psicológica propuesta. Al respecto, apunta BRUNER que «El programa de una psicología cultural no es negar la biología o la economía, sino mostrar cómo las mentes y las vidas humanas son reflejo de la cultura y la historia tanto como de la biología y los recursos físicos»³⁸⁸. El problema es que adoptar una postura de este tipo implica cuestionar los propios pilares basilares del paradigma positivista, como la pretensión *nomotética* y *predictiva* de los planteamientos teóricos resultantes. Ello implica asumir la idea de que una comprensión mayor del mundo de lo humano no se alcanza solamente a partir del estudio exclusivo de los *hechos* (de la explicación material de los fenómenos sociales), sino también a partir de la comprensión de los *significados* que el propio individuo les atribuye. Porque es que no puede relegarse la mirada del infractor, cuando se trata precisamente de comprender por qué la comunidad en general tolera uno u otro modo ilícito de proceder. De ahí las limitaciones con que se topa el Conductismo frente al esquema de la disuasión. Frente al desdén conductista del subjetivismo, resalta GARCIA-BORÉS que bajo tal planteamiento la cultura quedará aislada por el radical ambientalismo definido por la Psicología conductista: «Y es que ésta propuso un *ambiente-cosa* en lugar de un *ambiente-significado*», apunta el referido autor. Ello se vería evidenciado, como también lo reseña, «[...] en el énfasis en el estímulo y las respuestas planteados como elementos objetivos carentes de carga simbólica»³⁸⁹. De ahí, también, la adscripción epistemológica de la Psicología Cultural: «[...] en esta posición no-positivista subyace, eso sí, una cuestión ontológica y no sólo metodológica: ver lo psicológico como algo fundamentalmente circunscrito al significado, a lo simbólico»³⁹⁰.

³⁸⁸ BRUNER, Jerome, *Actos de significado...*, p. 143

³⁸⁹ *Cfr.*, GARCIA-BORÉS, José M, “Paisajes de la Psicología Cultural”, pp. 11 y ss. Desde la referida lógica dual (*objetivo-subjetiva*), centrados en las críticas efectuadas dentro de la Psicología frente al Conductismo, puede decirse que WATSON tenía parcialmente la razón cuando concluía que la conducta constituía una respuesta a un estímulo del exterior (Lógica E-R). Pero también le asistía suma razón a George MEAD, cuando concluía que en los humanos la conducta no obedecía a una simple respuesta a los estímulos del exterior –como en los animales–, sino una respuesta al *significado* que ese estímulo tenía para el individuo. Cuestión muy distinta es que, bajo los presupuestos del paradigma positivista, se concluyera que lo único que puede ser estudiado «científicamente» son los hechos (la conducta externa). De ahí la fuerza rampante del conductismo. Y es que si bien puede considerarse, desde los presupuestos de la perspectiva conductista, que la conducta constituye una respuesta a un estímulo del exterior puesto que los individuos hacen asociaciones entre estímulos y respuestas en función del resultado obtenido por la respuesta (tendencia automática a responder), esto es, en función de si las consecuencias son positivas (gratificantes) o negativas para el individuo, también debe reconocerse que, dichas asociaciones, no pueden prescindir de las significaciones (valoraciones) que se hallan detrás de los propios estímulos. Los propios conductistas apelaron a su «caja negra» para incluir en ella aquellos procesos mentales que no se pueden observar «científicamente» (como los pensamientos, los sentimientos o los deseos etc.). Por tanto, si se reconoce que se pueden producir conductas por *asociación*, el significado que el individuo le atribuye a esos estímulos no se puede desconocer. Pero, ¿entonces cómo se resuelve el problema de la subjetividad desde el conductismo? Se asume que dos personas se comportan de forma diferente ante una misma situación, en función de su distinta experiencia (aprendizaje previo). Al respecto, *Cfr.*, WATSON, John. B., *La batalla del conductismo*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1955; SKINNER, Burrhus F., *Ciencia y conducta humana* (Trad. Ma. Josefa Gallofré), Ed. Fontanella, Barcelona, 1969; SKINNER, Burrhus F., *Sobre el conductismo* (Trad. Fernando Barrera), Ed. Fontanella, Barcelona, 1975.

³⁹⁰ GARCIA-BORÉS, José M, “Paisajes de la Psicología Cultural”, p. 16.

Si se es coherente con la variada naturaleza de la motivación criminal, como ya se advirtió, resulta inadecuado en un análisis sobre la disuasión normativa echar en un mismo saco todos los delitos, pues todos responden a finalidades muy distintas. En este sentido la metodología que aquí se adopta para el abordaje del problema planteado es fundamentalmente subjetiva: No se postula una pregunta del tipo «por qué los individuos (*todos*) delinquen», sino del orden «por qué *algunos* individuos cometen *un* determinado tipo de delitos». En últimas, se pregunta tan sólo por *una de las formas* de entender un fenómeno determinado. Por esta razón, vale insistir, la adopción de un paradigma epistemológico que hable de leyes generales, válidas para todo momento y contexto, resulta inapropiado. El análisis psico-cultural, como señala SERRANO apelando a la «descripción densa» efectuada por GEERTZ y el modelo hermenéutico de THOMPSON, se define como « [...] *aquel proceso interpretativo mediante el cual un investigador, o grupo de investigadores, reconstruye uno de los sentidos posibles de cualesquiera acciones y expresiones humanas significativas*»³⁹¹. La aplicación del análisis psico-cultural al fenómeno de la corrupción, por tanto, implica asumir que los cánones culturales que afectan las restricciones de autocensura se conectan con la realidad cultural históricamente situada. Por ello apunta BRUNER que «La psicología cultural, casi por definición, no se puede preocupar de la “conducta”, sino de la “acción”, que es su equivalente intencional; y, más concretamente, se preocupa de la *acción situada* (situada dentro de un escenario cultural y en los estados intencionales mutuamente interactuantes de los partícipes)»³⁹².

Es por causa de la influencia de tales *estructuras*, que el sistema de reglas y valores instituidos refuerzan o modifican la experiencia psicológica del individuo en función de las situaciones a las que se expone (otorgándoles uno u otro significado). Están en la base de las teorías de las «subculturas», precisamente, los sistemas normativos diferenciales. Esto se explica por el hecho de que cada persona es un ser interactivo y participativo, esto es, « [...] un agente activo con una actividad interpretativa de naturaleza simbólica, es decir, receptora y otorgadora de significados»³⁹³. Y es en este mismo sentido que se afirma que el individuo podrá verse afectado por el conjunto de representaciones que tensan sus orientaciones de acción. Quizá por ello refiere BRUNER que las personas y la cultura « [...] están gobernadas por significados y valores compartidos»³⁹⁴. DURKHEIM hablaba de fenómenos sociales con «vida independiente»³⁹⁵, esto es, una realidad «*sui generis*» distinta de los hechos individuales; indicaba que el individuo cuando nace se encuentra con creencias, prácticas profesionales, etc., que constituyen su «sustrato». MEAD hablaba del «otro generalizado»: la «unidad de persona» que suministra al individuo el concreto grupo social organizado al que pertenece³⁹⁶. De esta forma la interiorización o integración de los comportamientos socialmente instituidos a la personalidad del individuo (a su *Yo*), le proporcionarían una identidad específica y ciertas maneras de aprehender esa realidad.

³⁹¹ SERRANO BLASCO, “Psicología Cultural”, p. 357.

³⁹² BRUNER, Jerome, *Actos de significado*..., p. 37.

³⁹³ GARCIA-BORÉS, José M, “Paisajes de la Psicología Cultural”, pp. 17-18.

³⁹⁴ BRUNER, Jerome, *Actos de significado*..., p. 38: « [...] las verdaderas causas de la acción humana son la cultura y la búsqueda del significado dentro de la cultura», donde la «sustrato biológico» operaría no como causa de la acción, sino como «una *restricción* o una *condición* de ella».

³⁹⁵ DURKHEIM, Emile, *Las reglas del método sociológico*, p. 35.

³⁹⁶ MEAD, George H., *Espíritu, persona y sociedad*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1968, p. 174.

4. Socioconstruccionismo: bases teóricas para la comprensión psico-cultural del modelo de la disuasión normativa amparada en el miedo al castigo punitivo

La comprensión del problema referido precisa, pues, una correlación entre los presupuestos del paradigma acogido y la perspectiva teórica utilizada. Bajo el paradigma *interpretativo* confluyen, como se indicó, « [...] todas las perspectivas teóricas para las que la realidad no puede ser sólo observada, sino que debe ser “interpretada” »³⁹⁷. Esa perspectiva es el *Socioconstruccionismo*. El también denominado *Construccionismo Social*, en su vertiente psicológica, se define como aquella corriente de pensamiento que, a diferencia de otras perspectivas como el Conductismo, el Psicoanálisis o el Cognitivismo, permite comprender los modos como son percibidos e interiorizados, por parte de cada individuo, los fenómenos del entorno cultural al que pertenece. Dicha corriente encuentra gran parte de sus bases teóricas en el *interaccionismo simbólico* desarrollado esencialmente por Georg H. MEAD³⁹⁸. Como cabe recordar, esta perspectiva analítica – aplicada en Psicología y en Sociología-, ajustada *interpretativismo*, se propone estudiar la comprensión de la sociedad a partir de los procesos comunicativos que se producen entre sus miembros³⁹⁹. HEIDEGGER⁴⁰⁰, quien se refiere a la interpretación de dichas interacciones, propone estudiar la significación que los individuos le confieren a sus acciones en función de las concretas situaciones a las que se enfrentan. El paradigma interpretativo facilita precisamente la comprensión significativa de los fenómenos sociales según el concreto contexto histórico-cultural del individuo, con independencia de su explicación causalista. MEAD⁴⁰¹, según esta idea, se plantea determinar la génesis de los valores culturales y sus significados a partir de las actitudes comportamentales humanas y las predicciones de sentido que se generan de los procesos de interacción desarrollados alrededor de las prácticas cotidianas instituidas culturalmente⁴⁰². Desde su visión fenomenológica, recuerda HUSSERL que este enfoque contribuye a las determinaciones acerca de cómo es la realidad, según sea la manera como los individuos piensan (perciben) que sucede realmente⁴⁰³.

³⁹⁷ CORBETTA, Piergiorgio, *Metodología y técnicas de investigación social*, p. 18.

³⁹⁸ Sobre el *interaccionismo simbólico*, Cfr., MEAD, George H., *Mind, Self, and Society: From the Standpoint of a Social Behaviorist*, University of Chicago Press, Chicago, 2009; BERGER, Peter L. / LUCKMAN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, p. 31, reconocen la influencia del *interaccionismo simbólico*: « [...] de especial importancia para el análisis de la internalización de la realidad social están influidos en gran medida por George Hebert Mead y algunos desarrollos de su obra debidos a la llamada escuela simbólico-interaccionista de la sociología norteamericana».

³⁹⁹ Al respecto, refiere BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, pp.110-111 que «El paradigma de estas teorías interaccionistas de la realidad social puede relacionarse de manera más general al llamado teorema de Thomas [...] que destaca el efecto constitutivo que tienen las definiciones ante las consecuencias sociales: “si se definen situaciones como reales, son reales en sus consecuencias”».

⁴⁰⁰ HEIDEGGER, Martin, *Los problemas fundamentales de la fenomenología*, Ed. Trotta, Madrid, 2000.

⁴⁰¹ MEAD, George H., *Mind, Self, and Society...*, pp. 61 y ss. 266 y ss., y 281 y ss.

⁴⁰² BERGER, Peter L. / LUCKMAN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, p. 66: « [...] el proceso por el cual se llega a ser hombre se produce en una interrelación con un ambiente. Este enunciado cobra significación si se piensa que dicho ambiente es tanto natural como humano. O sea, que el ser humano en proceso de desarrollo se interrelaciona no sólo con un ambiente natural determinado, sino también con un orden cultural y social específico mediatizado para él por los otros significantes a cuyo cargo se halla».

⁴⁰³ HUSSERL, Edmund, *La idea de la fenomenología*, Ed. Herder, Barcelona, 2012. Por ello, para este autor, lo importante no lo es tanto la interacción física del individuo, sino la manera cómo se constituye el significado y la comprensión de los fenómenos en el interior de su propia conciencia.

El Socioconstruccionismo «psicologista», movimiento teórico anclado a los presupuestos de la Psicología Social, presenta una visión de ser humano en la que su subjetividad se construye en la cultura: una concepción de lo psicológico vinculada a los procesos de enculturación. Ello implica situar la cultura en un lugar preponderante desde el que no se la considerará como simple variable externa que influye en el comportamiento del hombre, sino constitutiva de su experiencia psicológica, esto es, determinante del filtro a partir del cual el individuo razona. La cultura adquiriría tal entidad, puesto que sería éste el campo intersubjetivo de donde el individuo recoge el material simbólico desde el que forma su mirada al mundo y a sí mismo. El nexo entre *cultura y experiencia psicológica* (enculturación), es precisamente el objeto de estudio de la Psicología Cultural, perspectiva psicológica que se nutre de otras como el Psicoanálisis, en la que la cultura limita el *superyo*, y de forma limitada, en el Conductismo y el Cognitivismo, en los que se da a la cultura un lugar accesorio, respectivamente, en los procesos de aprendizaje y cognitivos.

Quizá por ello diversos autores, como GERGEN, hayan concluido que los presupuestos socioconstruccionistas no son nuevos. Por el contrario, para este autor, tales presupuestos pueden identificarse en las mismas ideas censuradas por la lógica positivista a los propios conductistas y cognitivistas⁴⁰⁴. De ahí que el modelo «*cognitivo social*» propuesto por BANDURA resulte compatible con las premisas construccionistas al articular la subjetividad a los cursos de aprendizaje⁴⁰⁵. De esas tradiciones psicológicas apartadas por el positivismo, cobraría relevancia el *interaccionismo simbólico*, que cedería paso en la primera mitad del siglo XX frente al Conductismo, aunque no tanto por el contenido del planteamiento (basado en la lógica E – R), sino por la fuerza del paradigma epistemológico que le respaldaba: el positivismo científico-naturalista (al que le «incomodarían» las variables subjetivas en la construcción de conocimiento). Precisamente por ello referiría MEAD que la conducta humana no sería una respuesta a los estímulos del exterior (E - R), sino, acaso, una respuesta al significado que ese estímulo posee para la propia persona.

⁴⁰⁴ Según la postura adoptada en este trabajo, no es que la explicación del delito en una lógica conductista deba desecharse. Por el contrario, una de las visiones esenciales de ser humano desarrolladas desde esta perspectiva teórica: la del aprendizaje, no puede ser relegada cuando de lo que se trata es de sustentar la generación de comportamientos corruptos a partir de los procesos de enculturación. De modo que el problema no es la teoría, sino la pretensión universalista (nomotética) y predictiva del planteamiento epistemológico que lo respalda: lo primero, por cuanto no puede sostenerse la idea de que todo individuo reaccione de la misma manera ante la misma combinación de estímulos, en este caso el castigo; lo segundo, porque presentan una visión vacía del individuo, perfectamente manipulable. Pero semejante déficit no podía pasar inadvertido por la Psicología, provocando precisamente la crisis del Conductismo y la instauración de la denominada «Revolución cognitiva». Con la entrada del Cognitivismo a partir de los 70 y la mutación del Conductismo al denominado Conductismo cognitivo, el objeto de estudio ya no vendría dado sólo por la conducta, sino además por las cogniciones, que es precisamente el elemento que permite diferenciar el hombre de los animales. Consecuencia de ello, es que ya no se podía concluir solamente que toda conducta es aprendida (conductismo), sino que el hombre piensa de una manera porque ha aprendido a pensar de esa manera. En este sentido, *Cfr.*, GARCIA-BORÉS, José M, “Paisajes de la Psicología Cultural”, pp. 11 y ss.

⁴⁰⁵ GARCIA-BORÉS, José M, “Paisajes de la Psicología Cultural”, p. 12: «Habría que esperar al conductismo de Bandura, y su teoría del aprendizaje por observación (Bandura y Walters, 1963), para que la futura psicología cultural pudiera beneficiarse de las aportaciones del conductismo. La teoría de Bandura, con la importancia atribuida al concepto de modelo y la inclusión de las representaciones simbólicas en la explicación de los aprendizajes humanos, resultará ciertamente de gran utilidad para comprender la mecánica de un proceso tan básico para la psicología cultural como es la socialización o, más específicamente, la enculturación».

La visión de ser humano planteada desde el Socioconstruccionismo responde, como sintetiza GARCIA-BORÉS⁴⁰⁶, a tres ideas: 1) la *subjetividad humana*; 2) la *construcción social de la subjetividad*; y, 3) la *naturaleza cultural de lo psicológico*. El concepto de *subjetividad* (1) ocupa así el centro de atención (contrario a los planteamientos objetivo-nomotéticos). La subjetividad, en tanto que se define por la forma en que cada persona percibe la realidad y articula sus decisiones, establecerá la manera en que aquélla reacciona frente a las concretas situaciones a las que se enfrenta en cada momento y contexto. La subjetividad humana, por consiguiente, daría cuenta de una imagen del hombre como ser interpretativo de la realidad que le rodea y de sí mismo desde su particular subjetividad (esto es, auto-interpretativo). Por lo mismo, la construcción social de la subjetividad está directamente relacionada con las fases evolutivas del hombre⁴⁰⁷. Pero, ¿cómo estuvo relegada esta idea que, *prima facie*, parece tan simple? Por la censura positivista de la perspectiva analítica, pues bajo los enfoques constructivistas el objeto de estudio no sería la conducta en sí misma, sino las interpretaciones sobre la conducta (subjetividad). Ello se explica por las implicaciones que trae acoplar la subjetividad al mundo de lo objetivo (de los hechos): adoptar una postura subjetiva de la experiencia humana, implica asumir que la realidad objetiva pasa a un segundo plano, dando paso a la vivencia subjetiva de ella. Psicológicamente entendida, la realidad para los humanos se torna de esta forma en una realidad interpretada a la que resulta difícil escapar. Desde el punto de vista psico-social, lo que interesaría del objeto no sería tanto sus caracteres objetivos, sino la vivencia subjetiva de ese objeto. La afirmación de que ninguna subjetividad es igual a otra (lo que se contrapone a los planteamientos nomotéticos), tendría consecuencias inaceptables desde el positivismo: de que nunca podrá haber un convencimiento absoluto sobre la «verdadera realidad». Y en la medida en que no se puede afirmar un planteamiento universal cuando se incluye la subjetividad, se desmorona la pretensión *predictiva* del positivismo. Por esta razón es que es dable afirmar, según la segunda característica socioconstruccionista, que la subjetividad es una *construcción social* (2): la subjetividad o marco de interpretación de la realidad, se construye socialmente. Luego, para llegar a tal conclusión, hay que ver de qué se compone tal cuadro de interpretación: Este marco estaría conformado por creencias, valores, actitudes, etc., que forman el *filtro* desde el que el individuo se concibe a sí mismo y al mundo. A partir de ahí, atañe preguntar seguidamente cuál sería el origen de estos elementos. Y éste no puede ser sino de tipo social, esto es, originado en el mundo circundante de cada cultura. Porque es que la corrupción no se genera en otro sitio que en las deferencias de aquélla. De ahí, entonces, que la tercera característica que identifica el Socioconstruccionismo, venga definida por la *naturaleza cultural de lo psicológico* (3).

⁴⁰⁶ Los presupuestos socioconstruccionistas que se articulan al cuerpo argumentativo de este trabajo, fueron discutidos en marco de la asignatura *Cultura y Criminalidad* desarrollada dentro del *Máster Oficial en Criminología y Sociología Jurídico-penal* de la Universidad de Barcelona, impartida por el Prof. José M. GARCIA-BORÉS. Cfr., GARCIA-BORÉS, José M, “Paisajes de la Psicología Cultural”.

⁴⁰⁷ De acuerdo con la *Psicología del Desarrollo*, los seres humanos nacemos en blanco. Luego empezamos a socializar a partir del mismo momento en que se inicia el desarrollo, enfrentándonos a un flujo incesante de símbolos que permiten dar sentido a las situaciones. Por ello se dice que la subjetividad es activa, dado que el ser humano necesita disponer de referentes para otorgar sentido a las distintas situaciones a las que se enfrenta. Al respecto, Cfr. PIAGET, Jean, *La formación del símbolo en el niño*, Ed. FCE, México, 1992; PIAGET, Jean, *Criterio moral en el niño*, Ed. Martínez Roca, Barcelona, 1984; ERIKSON, Erik H., *Infancia y sociedad*, Ed. Horme-Paidós, Buenos Aires, 2009.

De lo anterior se puede sustentar la idea de que la *acción* está regulada (orientada) por ese conjunto de cánones culturales adquiridos por parte del individuo a lo largo de su proceso de socialización, dado que el significado (sentido) que confiere él mismo a los fenómenos sociales, se adquiere de su experiencia o vivencias pasadas: Las personas adquieren ciertas tendencias dentro del proceso de socialización, aprenden de las normas sociales y del comportamiento de los demás⁴⁰⁸. Luego se verá que los referidos postulados socioconstruccionistas se expresan claramente en la Psicología Cultural, como refiere GARCIA-BORÉS, particularmente « [...] en la tendencia a resaltar las peculiaridades de la experiencia psicológica desarrollada en cada contexto cultural e histórico»⁴⁰⁹. Tal planteamiento no es ajeno al análisis del *déficit ético* que posibilita el surgimiento de actitudes venales. Como afirma VILLORIA –citando a Kohlberg (1984)-, «No existen rasgos éticos con los que la gente nazca –excepto casos extremos de psicopatías-, sino que los valores se *desarrollan* como resultado de una interacción entre individuo y entorno»⁴¹⁰.

Precisamente el interaccionismo simbólico, como recuerda BUSTOS⁴¹¹ –citando a Carabaña y Lamo de Espinosa-, concibe al individuo como « [...] activo frente al ambiente y a éste moldeable por el individuo; y viceversa, el individuo también es flexible para poder adaptarse al ambiente mismo»⁴¹². Esta corriente de pensamiento permite, por tanto, comprender la intercomunicación que se produce de forma permanente entre el individuo y el entorno cultural que le rodea (en otros términos, la relación « [...] de interacción y mutuo influjo»⁴¹³). En este sentido es que el Socioconstruccionismo abre la posibilidad de apreciar la forma en que esos cánones culturales de orden moral, religioso, legal, etc. de los que se sirve el individuo para comprender los fenómenos sociales que le afectan, en este caso la corrupción, condicionan su posición frente al delito y su orden regulador (la pena). Y es por esta razón que puede llegarse a afirmar, como propone BANDURA, de que « [...] los imperativos sociales y morales pueden ser responsables en gran medida tanto de la aplicación estricta de la ley como de la conducta prosocial»⁴¹⁴.

⁴⁰⁸ Al respecto, señala BERGALLI, Roberto, “Perspectiva sociológica: estructura social”, pp. 148-149, que cuando se hace referencia al *interaccionismo simbólico*, se hace alusión a la « [...] crucial influencia del lenguaje y otros medios de comunicación simbólicos en las relaciones sociales».

⁴⁰⁹ GARCIA-BORÉS, José M, “Paisajes de la Psicología Cultural”, p. 19.

⁴¹⁰ VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción*, p. 39.

⁴¹¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “La Criminología”, p. 40.

⁴¹² Por ello afirman BERGER, Peter L. / LUCKMAN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, p. 71: «El orden social no se da biológicamente ni deriva de *datos* biológicos en sus manifestaciones empíricas [...]. El orden social no forma parte de la “naturaleza de las cosas” y no puede derivar de las “leyes de la naturaleza”. Existe solamente como producto de la actividad humana».

⁴¹³ Dicho proceso de influjo recíproco es descrito de forma ilustrativa por BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 85: «Según el interaccionismo simbólico, la sociedad –esto es, la realidad social– está constituida por una infinidad de interacciones concretas entre individuos, a quienes un proceso de tipificación confiere un significado que es abstraído de las situaciones concretas, y continúa extendiéndose por medio del lenguaje. Asimismo, según la etnometodología la sociedad no es una realidad que pueda ser conocida sobre el plano objetivo, sino como producto de una “construcción social”, obtenido gracias a un proceso de definiciones y de tipificaciones por parte de individuos y de grupos diversos. Y en consecuencia, según el interaccionismo y la etnometodología, estudiar la *realidad social* (p. ej., la desviación) significa esencialmente estudiar estos procesos partiendo de los que se aplican a simples comportamientos y llegando hasta las construcciones más complejas, como la propia concepción del orden social». *Cfr.*, MEAD, George H., *Mind, Self, and Society...*

⁴¹⁴ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 301.

Por lo anterior resulta coherente afirmar, ahora desde el enfoque sociológico propuesto por PARSONS, que el sistema social no está compuesto de personas individualmente consideradas, sino de *interacciones reguladas de personas*⁴¹⁵. De este modo la mirada no recae sólo sobre cada individuo, sino también sobre sus relaciones. Y si todo sistema «está sometido a las tensiones de un ambiente», es comprensible que los instrumentos de control no pueden escapar a esas tensiones. Precisamente, los postulados fundamentados en la *etnometodología* y el *análisis fenomenológico de la realidad* y, con base en estos, la propia *Psicología Cultural*, permiten deducir que la cultura está organizada por un «sistema de orientación de la acción», dado que está mediada por «sistemas de símbolos»⁴¹⁶. De ahí, también, que pueda afirmarse que «Los hombres producen juntos un ambiente social con la totalidad de sus formaciones socio-culturales y psicológicas»⁴¹⁷. En este espacio, la implantación de reglas pasaría por la aceptación de pautas comunes (de significados compartidos). El entendimiento de la desviación debe incluir el estudio de esas pautas. Es este el proceso de «comprensión» (*Verstehen*): Para WEBER, como recuerda CORBETTA – citando a R. Boudon (1984)-, «[...] comprender un acto de un individuo significa hacerse con medios de información suficientes para analizar las motivaciones que lo inspiran»⁴¹⁸.

Este método permite, pues, una «[...] comprensión racional de las motivaciones para los actos; no se trata de intuición, sino de “interpretación”: entender el objetivo de los actos, la magnitud del propósito y la intención de la acción humana»⁴¹⁹. Y es que si la aceptación de pautas culturales posibilita la creación de ciertas expectativas en los demás, cuyo incumplimiento genera una sanción, es dable afirmar que la corrupción no puede suscitar una reacción suficiente si las pautas venales que la generan son aceptadas culturalmente. Bajo este contexto es esperable que la amenaza de pena no sea eficaz, pues si la sociedad tolera lo que el Derecho penal prohíbe, su instrumento de coacción se quedará sin canales para la mediación comunicativa frente a sus destinatarios. De ahí la importancia de los *mass media* para el «modelado» de ideales de vida o la difusión de «miedos». Como señala BANDURA, «La inducción vicaria del miedo tiene consecuencias sociales más profundas que la inducción por experiencia directa, ya que los procedimientos vicarios, sobre todo el modelado televisado, pueden influir en la vida de muchas personas a la vez»⁴²⁰. Por tanto, si el imperativo jurídico no encuentra un canal de diálogo con las regulaciones sociales que surgen de esos espacios simbólicos de la estructura social influidos por los usos lingüísticos de sus miembros, su fuerza caerá indefectiblemente⁴²¹.

⁴¹⁵ PARSONS, Talcott, “Sistemas, análisis de sistemas sociales”, p. 710: «El, concepto de “sistema” se refiere tanto a un conjunto de interdependencias entre partes, componentes; y procesos que implica regularidades de relación discernibles, como a un tipo similar de interdependencia entre dicho conjunto y el ambiente que lo rodea».

⁴¹⁶ En referencia a Berger y Luckman, refiere BERGALLI, Roberto, “Sociología de la desviación”, p. 149, que la *Etnometodología*, «[...] permite conocer la sociedad no como una realidad sobre el plano objetivo, sino como el producto de una construcción social».

⁴¹⁷ BERGER, Peter L. / LUCKMAN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, p. 70.

⁴¹⁸ CORBETTA, Piergiorgio, *Metodología y técnicas de investigación social*, p. 21.

⁴¹⁹ CORBETTA, Piergiorgio, *Metodología y técnicas de investigación social*, p. 21.

⁴²⁰ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 342.

⁴²¹ BRUNER, Jerome, *Actos de significado...*, p. 42: «Tanto el enfoque irracionalista de los valores como el racionalista pierden de vista algo que es crucial: el compromiso con “formas de vida” determinadas es inherente a los valores, y las formas de vida, en su compleja interacción, constituyen una cultura».

La comprensión efectiva de los fenómenos sociales, según la anterior relación, no puede entonces basarse sólo en su estudio objetivo. SCHÜTZ veía precisamente la necesidad de rescatar el «sentido olvidado» en la comprensión de la realidad social en detrimento del objetivismo absoluto desdeñoso de la subjetividad. Para ello se propuso buscar un nexo (punto de equilibrio) entre las categorías subjetivas y objetivas en la construcción de conocimiento. Esta propuesta encuentra plena correspondencia en los planteamientos de PARSONS en lo relativo a la recuperación del punto de vista subjetivo⁴²². El propio SCHÜTZ refiere que PARSONS está en lo correcto cuando afirma que una teoría de la acción carecería de sentido sin la aplicación del punto de vista subjetivo, esto es, sin realizar una alineación entre el mundo real y la interpretación subjetiva de éste. La combinación de estos dos puntos de vista permite, justamente, comprender la manera en que se produce socialmente la institucionalización de la legitimidad de las reglas⁴²³ y, a partir de ello, la afectación de los procesos de disuasión normativos por esos consensos intersubjetivos. En el Capítulo VIII se verá cómo esos mismos consensos afectan la interpretación de la norma penal.

Ese doble punto de vista permite entender el doble enfoque del control penal que se adopta en este trabajo. Permite comprender, por ejemplo, el hecho de que una persona haga del delito una manera de vivir, como el sicario, inhibiéndole sólo el hecho de encontrarse una patrulla de policía cuando se enfrenta a la situación delictiva. Es este el modelo psicológico de afectación de la conducta externa (objetivo). Pero también permite comprender, subjetivamente considerado, las razones por las que ese mismo sicario ha logrado neutralizar la fuerza del imperativo jurídico-penal en su particular curso de vida. Es aquí donde se afirma que la asunción de ciertos cánones o ideales marcados por cada entorno cultural, determinarían la comprensión individual del delito y, con ello, la capacidad reguladora del Derecho penal. A ello se debe, de acuerdo con dicha visión subjetiva, la comprensión diferencial individual de los incentivos de la acción criminal⁴²⁴. La misma entidad cultural de múltiples realidades delictivas es la que exige, casi que necesariamente, adoptar una concepción de acción «orientada culturalmente», aspecto que abre paso a la exploración de la acción –con significación *delictiva*– desde el prisma de la Psicología Cultural⁴²⁵. Cabe, entonces, entrar a desarrollar seguidamente estos aspectos.

⁴²² SCHÜTZ, Alfred / PARSONS, Talcott, *The Theory of Social Action: The Correspondence of Alfred Schutz and Talcott Parsons*, Indiana University Press, Bloomington, 1978.

⁴²³ BERGER, Peter L. / LUCKMAN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, p. 74: «La institucionalización aparece cada vez que se da una tipificación recíproca de acciones habitualizadas».

⁴²⁴ Quizá por lo anterior, PARSONS, frente al modelo behaviorista del comportamiento (presidido por la lógica E-R y, por lo tanto, observable), insistió en la importancia, para la estructuración de los planteamientos sociológicos, de establecer una categoría de «acción» caracterizada por su cualidad intencional. Precisamente, la intencionalidad (el significado), sería la cualidad que no sólo diferenciaría la acción del comportamiento «científicamente» observable, sino que además, en parte basado en los propios planteamientos de MEAD y CASSIRER, daría cabida al «lenguaje» para la comprensión del sentido de orientación de la acción. Ya desde el ámbito de la Psicología, por ejemplo BRUNER, Jerome, *Actos de significado...*, pp. 29-31, pondría de relieve que la acción ha de estar centrada en el significado: «Nuestra forma de vida, adaptada culturalmente, depende de significados y conceptos compartidos, y depende también de formas de discurso compartidas que sirven para negociar las diferencias de significado e interpretación».

⁴²⁵ BRUNER, Jerome, *Actos de significado...*, p. 34: «La psicología cultural, casi por definición, no se puede preocupar de la “conducta” sino de la “acción”, que es su equivalente intencional; y, más concretamente, se preocupa de la acción situada (situada en un escenario cultural y en los estados intencionales mutuamente interactuantes de los participantes)»

5. Utilidad de la perspectiva psico-cultural para la comprensión del castigo

La *comprensión* de los procesos de motivación criminal desde el prisma de los cursos de enculturación, en el sentido referido, puede efectuarse desde los postulados de la Psicología Cultural. Dicha perspectiva teórica, que puede ser definida como « [...] el estudio del nexo extrínseco entre cultura y experiencia psicológica; o, si se prefiere, el estudio del papel que la cultura tiene en la constitución de la experiencia psicológica de los humanos...»⁴²⁶, encuentra sustento en los tres presupuestos socioconstruccionistas aludidos: 1) la *subjetividad*; 2) la *construcción social de la subjetividad*; y 3) la *naturaleza cultural de lo psicológico*. Como precisa el mismo autor, dado que se comparte la visión socioconstruccionista de ser humano, « [...] como un ser que, desde el punto de vista psicológico, es subjetivo, socialmente construido y de naturaleza cultural, la psicología cultural cobra ciertamente todo el sentido»⁴²⁷. La *subjetividad* (1), según se apuntó, es indicativa de una concepción de ser humano como «agente activo, intencional y reflexivo»⁴²⁸. Esta caracterización se compadece con la categoría de «agentividad», tipología que, según BRUNER, « [...] supone la conducta de la acción bajo el dominio de estados intencionales»⁴²⁹. La posibilidad que tiene el hombre de establecerse metas y planificar cursos de acción para ocasiones futuras, se compadece con la «capacidad de previsión» referida por BANDURA⁴³⁰. Esa entidad intencional de ciertos comportamientos del hombre, justamente, exige que en la comprensión de lo psicológico deba atenderse a la fuente de adquisición de esos significados que otorgan sentido a los cursos de acción: los *procesos de construcción social de la subjetividad* (2), dado que la experiencia psicológica del hombre se construye en interacción con los demás (intersubjetividad). De ahí la importancia que esta corriente teórica concederá al entorno socio-cultural, «puesto que es el campo intersubjetivo de la persona el espacio de donde extrae y negocia los significados sobre la realidad que configuran su experiencia psicológica»⁴³¹. Ello da cuenta de la dinamicidad del ser humano y su permanente reconstrucción *cultural* (3). Y esto tiene lugar si se concibe la *cultura* como « [...] todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridas por el hombre en cuanto miembro de la sociedad»⁴³². En este complejo, naturalmente, entrarían las representaciones construidas alrededor del castigo, especialmente las que se forman quienes de algún modo se hallan al límite de lo ilegal.

⁴²⁶ GARCIA-BORÉS, José M, “Paisajes de la Psicología Cultural”, p. 20; SERRANO BLASCO, “Psicología Cultural”, p. 357: « [...] el estudio de la constitución mental de y por las formas simbólicas -esto es, acciones y expresiones humanas significativas-, discursivamente estructuradas, históricamente contextualizadas y socialmente producidas, reproducidas y transmitidas».

⁴²⁷ GARCIA-BORÉS, José M, “Paisajes de la Psicología Cultural”, p. 19

⁴²⁸ GARCIA-BORÉS, José M, “Paisajes de la Psicología Cultural”, p. 18.

⁴²⁹ BRUNER, Jerome, *Actos de significado...*, pp. 29 y 90.

⁴³⁰ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 39.

⁴³¹ GARCIA-BORÉS, José M, GARCIA-BORÉS, José M, “Paisajes de la Psicología Cultural”, p. 18.

⁴³² TYLOR, Edward B., [1871] “La ciencia de la cultura”, en Kahn, J.S. (comp.), *El concepto de cultura: textos fundamentales*, Ed. Anagrama, Barcelona, 1975, pp. 29-46; Para HARRIS, Marvin, *Introducción a la antropología general*, Ed. Alianza, Madrid, 1987, p. 136, «cultura» significa los « [...] modos socialmente adquiridos de pensar, sentir y actuar de los miembros de una sociedad concreta». Según GARCIA-BORÉS, José M, “Paisajes de la Psicología Cultural”, p. 19, la cultura [...] es el mundo de las representaciones de la realidad, vigentes en un determinado contexto social, en un determinado contexto histórico».

De manera que si el hombre interioriza la cultura a través de sus procesos de socialización, la *lógica psíquica* de sus actos vendrá indefectiblemente determinada por las normas, los valores y las actitudes comunes que la caracterizan. El *análisis fenomenológico de la realidad de la vida cotidiana*⁴³³, de este modo, representa una herramienta metodológica válida para observar las dinámicas vinculadas a la corrupción. Ello es factible si se tiene en cuenta que la «vida cotidiana» se identifica con ese mundo coherente de significados que comparten los hombres. Dentro de este mundo social, la situación de cada individuo y sus códigos lingüísticos posibilitarían la cimentación del conocimiento desde temprana edad y su transmisión intergeneracional⁴³⁴. Y es precisamente en razón de esta evolución simbólica del ser humano, que éste construye su mundo concreto de significados. Porque es que algún efecto psíquico ha de arrastrar el individuo cuando desde niño se valida en sus círculos inmediatos el recurso al delito (familia, escuela, amigos, etc.). Luego la «vida cotidiana» resultante, se aceptará sin mayor reflexión como una «realidad» ordenada y objetivada. Bajo tal vivencia subjetiva de la realidad cotidiana, será el sentido común el que confiera un marco de referencia a esas interpretaciones de la propia realidad que cada individuo asume como «verdaderas». Esta posibilidad de aprehensión de los significados del entorno se relaciona con la «capacidad simbolizadora» a la que hace referencia BANDURA, a partir de la cual el hombre puede «otorgar significado a las experiencias vividas»⁴³⁵. Precisamente, en la exploración de dicho proceso de construcción social de la realidad, la denominada «Psicología Popular» (base de la Psicología Cultural) hallaría sus bases fundamentales⁴³⁶. Como señala BRUNER, «la gente tiene creencias y deseos: *creemos* que el mundo está organizado de determinada manera, que *queremos* determinadas cosas, que algunas cosas *importan* más que otras, etc.»⁴³⁷. Puntualiza el autor que, tal perspectiva psicológica, «trata de agentes humanos que hacen cosas basándose en sus creencias y deseos, que se esfuerzan por alcanzar metas y encuentran obstáculos que superan o que les doblegan...»⁴³⁸. De aquí que pueda hablarse de la formación temprana de la naturaleza intencional de las acciones de ser humano⁴³⁹.

⁴³³ BERGER, Peter L. / LUCKMAN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, p. 7.

⁴³⁴ BRUNER, Jerome, *Actos de significado...*, pp. 91, 93 y 98: « [...] el niño pequeño es, desde muy temprano, profundamente sensible a las “metas” y a su consecución. [...] aunque tengamos una predisposición primitiva e “innata” para la organización narrativa que nos permite comprenderla y utilizarla de modo fácil y rápido, la cultura nos equipa enseguida con nuevos poderes narrativos gracias al conjunto de herramientas que la caracterizan y a las tradiciones de contar e interpretar en las que comenzamos a participar muy pronto». De ahí que se diga que «*Logos y praxis* son inseparables culturalmente». Los «niños también llegan a entender la narrativa “cotidiana” no sólo como una forma de contar, sino también como una forma de retórica. Cuando tienen tres o cuatro años, vemos a los niños aprender a usar sus narraciones para halagar, engañar, adular, justificar, obtener lo que pretenden sin provocar una confrontación con aquellos a los que quieren».

⁴³⁵ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 39.

⁴³⁶ BRUNER, Jerome, *Actos de significado...*, p. 53: « [...] el concepto fundamental de la psicología humana es el de *significado* y los procesos y transacciones que se dan en la construcción de los significados». Partiendo de dichas premisas, la Psicología Popular se define como aquel « [...] sistema mediante el cual la gente organiza su experiencia, conocimiento y transacciones relativos al mundo social».

⁴³⁷ BRUNER, Jerome, *Actos de significado...*, p. 56.

⁴³⁸ BRUNER, Jerome, *Actos de significado...*, p. 60.

⁴³⁹ Para BRUNER, Jerome, *Actos de significado...*, p. 51, ello se basa en dos premisas relacionadas entre sí: «El primero es que, para comprender al hombre, es preciso comprender cómo sus experiencias y actos están moldeados por sus estados intencionales; y el segundo es que la forma de esos estados intencionales sólo puede plasmarse mediante la participación en los sistemas simbólicos de la cultura».

La *construcción social de la subjetividad* se instituye, así, en el objeto esencial de la Psicología Cultural. Al respecto, refiere GARCIA-BORÉS que la visión de ser humano que desde el Socioconstruccionismo se adopta, sirve a la vez como planteamiento idóneo para el análisis psico-cultural⁴⁴⁰. Dicha perspectiva permite formular una explicación válida acerca de cómo, la interacción del individuo en el universo simbólico de su sistema cultural, determina su propia realidad (subjetividad). A similar conclusión llega SERRANO. Para este autor, el ser humano construye su particular forma de ver la realidad a partir de la significación que él mismo le atribuye a la vida en base a su propio proceso interpretativo y reinterpretativo de la realidad que vive⁴⁴¹. El análisis psico-cultural no es ajeno al campo de la corrupción. Para FERNÁNDEZ, por ejemplo, « [...] la “psicología cultural” se centra en lo que los individuos aprenden (por ejemplo, las prácticas corruptas) de forma natural a través del proceso de socialización, y de cómo piensan, interactúan y se comportan»⁴⁴².

Se irá sustentando que esa forma «natural» de aprender a partir de los cursos de enculturación explica, precisamente, la indiferencia de la sociedad frente a fenómenos como la corrupción y, a partir de ello, la inoperatividad del Derecho⁴⁴³. Dicha posibilidad aprehender los cánones vigentes del entorno se debe a la «capacidad vicaria» del hombre, esto es, a la posibilidad de aprendizaje a partir de la «observación de la conducta de otras personas y de las consecuencias que tal conducta produce»⁴⁴⁴. Bajo estas condiciones la imperatividad del canon legal simplemente se diluye. Y si la imperatividad del canon es bajo, es, pues, improbable suscitar esa reacción generalizada requerida para la formación de cánones de autosanción. Significa ello que es la propia entidad de la reacción social la que terminaría decretando hasta qué punto las personas consideran necesario, o no, ajustarse a uno u otro canon social según sea la carga positiva o negativa del mismo⁴⁴⁵.

⁴⁴⁰ Al respecto, señala GARCIA-BORÉS, José M., “Paisajes de la Psicología Cultural”, pp. 17-18, «Centrar la atención en la subjetividad supone reconocer “a la persona como agente activo con una actividad interpretativa de naturaleza simbólica, es decir receptora y otorgadora de significados” (García-Borés, 1993, p. 94). Un ser que interpreta la realidad que le rodea; un ser que se interpreta a sí mismo...».

⁴⁴¹ Pone asimismo de relieve SERRANO BLASCO, “Psicología Cultural”, p. 352, «Para la Psicología Cultural, el actor social no sólo reproduce las categorías socioculturales interiorizadas, sino que las recrea constantemente en el proceso discursivo mediante el que otorga sentido a sus acciones y, junto a ellas, a su vida entera. Vivir es, para el sujeto social, vivir interpretativamente».

⁴⁴² FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 155.

⁴⁴³ BUSTOS GISBERT, Rafael, “La lucha contra la corrupción de los gobernantes: ¿una labor imposible?”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (Coords.), *Corrupción y delincuencia económica*, Ed. Grupo Editorial Ibáñez, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2008, p. 107: «Este alejamiento entre el ciudadano (principal) y representante (agente) genera una profunda desconfianza del primero respecto del segundo y su abstencionismo (o al menos su incredulidad) en los procesos de decisión política y, muy singularmente, de los procesos electorales en los que ha de seleccionar “buenos dirigentes” a partir de juicios retrospectivos sobre la corrección con la que aquéllos han desarrollado las funciones públicas que les habían sido encomendadas. De este modo se acaba generando un absoluto desinterés en particular de forma activa en la vida política de un país, o una descalificación general de los representantes políticos o, lo que es peor, se instaura un absoluto cinismo, derivado del desprecio generado por unos representantes que buscan sólo su interés personal, en el que el ciudadano sólo pretende la satisfacción de sus necesidades más inmediatas sin importar la catadura moral o ética de sus representantes».

⁴⁴⁴ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, pp. 40-41.

⁴⁴⁵ BERGER, Peter L. / LUCKMAN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, p. 103. Ello dependerá « [...] de la generalidad de las estructuras de relevancia. Si muchas o la mayoría de las estructuras de relevancia son generalmente compartidas en una sociedad, el alcance de la institucionalización será amplio; si son pocas las compartidas, ese alcance será restringido».

La construcción cultural del ser humano permite cuestionar las tesis deterministas del comportamiento humano, pues resulta difícil concebir los procesos neuro-biológicos y bio-psíquicos sin atender a la estructuración permanente de la mente a partir de categorías simbólicas. Porque el aborígen sólo se distingue cognitivamente de su homólogo ciudadano por su equipamiento simbólico. Y es que la naturaleza de lo psicológico, esto es, de los elementos que componen la subjetividad, no puede venir formada sino por el entramado de creencias populares, valores morales, pautas de comportamiento, etc., que no son realidades, sino representaciones humanas de la realidad. Al respecto, afirma SERRANO: «El espacio psicocultural es un espacio de significaciones construidas históricamente»⁴⁴⁶. ¿O acaso que otra explicación encuentran, sino es en razón de las «realidades» de la concreta comunidad cultural, las inmolaciones cometidas en nombre de la religión? Es en este sentido que se afirma que la institucionalización de la subjetividad humana es el resultado de un proceso de aprendizaje constante y de «habitación»⁴⁴⁷: de la referida «capacidad vicaria». La Psicología Cultural, precisamente, estudia « [...] la forma en que las tradiciones culturales y las prácticas sociales regulan, expresan y transforman la psique humana»⁴⁴⁸. Es así como se comprende que, en determinados contextos culturales, ciertas prácticas indecorosas de sus representantes públicos que no alcanzan una connotación formal delictiva, basten para cesarles de la vida pública, mientras que en otros contextos, aún manchados por la estela criminal, tales sujetos no sólo son reelegidos o mantenidos en sus cargos, sino además admirados (con independencia de la infracción ética o legal)⁴⁴⁹. De ahí que pueda decirse que « [...] la cultura aporta los significados de la realidad, y el ser humano desarrolla una u otra experiencia psicológica en función del significado que atribuye a lo que le sucede»⁴⁵⁰. Y aunque si bien la experiencia psicológica es individual (subjetividad), las «subjetividades» comparten unas características homogéneas, en la medida en que los individuos sean socializados en un mismo contexto histórico-cultural («comparten genéricamente un mundo de significados»)⁴⁵¹. Por consiguiente, no resulta sorprendente que la capacidad constrictiva del Derecho penal en el entorno de una comunidad determinada, se encuentre permeada por sus comprensiones instituidas⁴⁵².

⁴⁴⁶ SERRANO BLASCO, “Psicología Cultural”, p. 352.

⁴⁴⁷ Un proceso de habituación, según BERGER, Peter L. / LUCKMAN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, p. 72, dado que «Todo acto que se repite con frecuencia, crea una pauta que luego puede reproducirse con economía de esfuerzos y que *ipso facto* es aprehendida como pauta por el que la ejecuta».

⁴⁴⁸ FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 155.

⁴⁴⁹ Citando a McClelland (1989), refiere FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 152, respecto de la motivación vinculada a la cultura de una sociedad, que aquél « [...] trata de poner de manifiesto cómo una determinada cultura a través del lenguaje y de las prácticas cotidianas socializa a los individuos infundiéndoles o haciéndoles partícipes de unas tendencias motivacionales colectivas y, al mismo tiempo, específicas». [...] si los individuos ya son socializados dentro de un contexto en el cual las prácticas corruptas son cotidianas, llegarán a considerar la corrupción, no sólo como algo normal, sino también como algo a practicar».

⁴⁵⁰ GARCIA-BORÉS, José M, “Paisajes de la Psicología Cultural”, p. 20.

⁴⁵¹ GARCIA-BORÉS, José M, “Paisajes de la Psicología Cultural”, p. 21.

⁴⁵² En referencia a las «éticas antifundacionales», señala VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción...*, p. 59: «Para Nietzsche, Heidegger, Derrida o Dewey, la objetividad es una cuestión de consenso intersubjetivo entre seres humanos, y no una representación precisa de algo no humano. Los seres humanos pueden disentir sobre lo que sucede objetivamente, máxime cuando no comparten las mismas necesidades. Para Dewey o Foucault, el sujeto es una construcción social y las prácticas discursivas lo permean todo».

6. Aplicación de los presupuestos psico-culturales al estudio de la corrupción pública

Los presupuestos socioconstruccionistas aplicados al análisis psico-cultural permiten apreciar de un modo simple y comprensible, según lo visto, cómo la cultura afecta la experiencia psicológica. En consonancia con el primer presupuesto, el individuo comprende la realidad de manera parcial formándose su particular perspectiva de la vida (*subjetividad*). Dicha comprensión subjetiva terminará instalándose en todo el conjunto social a través de un proceso comunicativo (interacción). Sería éste el proceso de *construcción social de la subjetividad*. Como refiere BRUNER, « [...] en la mayor parte de las interacciones humanas, la “realidad” es el resultado de prolongados e intrincados procesos de construcción y negociación profundamente implantados en la cultura»⁴⁵³. De este modo podrá decirse que la acción posee una naturaleza *cultural*⁴⁵⁴. Y en la medida en que posee tal naturaleza, la fuerza constrictiva de los imperativos normativos se verá afectada por esos significados instituidos socialmente y que mutan la experiencia psicológica. El entorno cultural se instituye así en la fuente de esos contenidos de consciencia que afectan la toma de decisiones. Como se verá luego, el principio central de la teoría de la *asociación diferencial* postulado por SUTHERLAND sigue una premisa similar, puesto que la norma fenece frente a las «definiciones favorables» a delinquir. Es en esta posibilidad que tiene el agente de acoplar su conducta a los significados de su entorno que puede decirse, en términos de BRUNER, que la acción está regida por estados intencionales⁴⁵⁵. Y es que si el entorno es el «campo intersubjetivo» de donde la persona extrae los significados que rigen su experiencia psicológica, es coherente sostener que en un contexto cultural en el que la corrupción campa a sus anchas, esa fuerza suasoria del Derecho fenecerá frente a esos significados. Por ello, como apunta FERNÁNDEZ, « [...] la socialización de los miembros más pequeños de una sociedad en tal cultura de la corrupción sólo puede generar a su vez ciudadanos claramente motivados para llevar a cabo comportamientos corruptos»⁴⁵⁶. En este sentido se dice aquí que la corrupción encarna una comprensión subjetiva de los constructos de sentido que define la cultura.

⁴⁵³ BRUNER, Jerome, *Actos de significado...*, p. 39.

⁴⁵⁴ Al respecto señala GARCIA-BORÉS, José M, “Paisajes de la Psicología Cultural”, p. 18: « [...] el desarrollo psicológico es una construcción social o, dicho de otro modo, la experiencia psicológica se constituye a partir de la interacción con los demás y, en este sentido, es un proceso social, tiene un origen social [...]. De ahí la importancia teórica que esta corriente atribuirá al entorno social, puesto que es el campo intersubjetivo de la persona el espacio de donde extrae y negocia los significados sobre la realidad que configuran su experiencia psicológica. Un ser que se construye *de* y *en* lo social. Y, a su vez, lo social es construido por los humanos, “lo social no aparece hasta el momento en que se constituye un mundo de significados compartidos entre varias personas” (Ibáñez, 1989, p. 118) ».

⁴⁵⁵ BRUNER, Jerome, *Actos de significado...*, p. 28: «El renovado ataque a los estados mentales y la intencionalidad venía acompañado de un ataque parecido al concepto de agentividad. Los científicos cognitivos, en general, no tienen nada que objetar a la idea de que la conducta está dirigida, incluso dirigida a metas. Si la direccionalidad está gobernada por los resultados de computar la utilidad de resultados alternativos, ésta resulta perfectamente admisible y, de hecho, constituye incluso la pieza maestra de la “teoría de la elección racional”. Pero la ciencia cognitiva, en su nueva modalidad, a pesar de la hospitalidad que exhibe hacia la conducta dirigida a metas, se muestra aún cautelosa respecto al concepto de agentividad. Porque la “agentividad” supone la conducta de la acción bajo el dominio de estados intencionales. De manera que, actualmente, la acción basada en creencias, deseos o compromisos morales –a menos que sea puramente estipulativa en el sentido de Dennett– es considerada por los científicos cognitivos bienpensantes como algo que hay que evitar a toda costa. Es algo así como el libre albedrío para los deterministas».

⁴⁵⁶ FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 190.

Las variaciones en los índices de corrupción que presenta una determinada sociedad dependerían, bajo tales presupuestos, de la referida diversidad de significados que en cada comunidad histórica y contextualmente situada se generan. Esta situación es la que permite hablar, en términos de GIDDENS, de «actores históricamente situados»⁴⁵⁷. Como apunta FERNÁNDEZ, «Todo individuo, aunque parezca una simple perogrullada afirmarlo, tiende que comportarse, independientemente de su propia voluntad, dentro de unas determinadas condiciones sociomateriales»⁴⁵⁸. Puntualiza este autor que tales condiciones, aunque generalmente no tienen necesariamente que determinar al individuo para que se comporte de un determinado sentido, no obstante sí «*conducen y guían*» la expresión comportamental en una determinada manera⁴⁵⁹. En este sentido encuentra cabida el análisis psico-cultural frente al delito. Frente a esta postura, apunta el referido Psicólogo que «La “psicología cultural” se focaliza en lo que las personas aprenden, piensan, hablan y hacen en su vida cotidiana, teniendo en cuenta su contexto sociomaterial de existencia»⁴⁶⁰. Ya aplicado al campo específico de la corrupción, señala que «[...] la psicología cultural se centra en lo que los individuos aprenden (por ejemplo, las prácticas corruptas) de forma natural a través del proceso de socialización, y de cómo piensan, interactúan y se comportan en el lugar o cultura que, por azar o por propia elección, tienen que vivir»⁴⁶¹.

Pero este condicionamiento cultural, como también lo referencia este autor, no impide hablar de intenciones. En referencia a BRUNER, señala asimismo que «la “psicología cultural” se preocupa por la acción intencionada en el “*proceder normal de la vida*” como pueden ser las prácticas corruptas»⁴⁶². Esta subjetivación de los fenómenos sociales, naturalmente, habrá de derivar consecuencias tanto sobre el fenómeno criminal como sobre su instrumento de coacción objetivamente considerados. Frente al fenómeno como delito, el propio Derecho penal de la corrupción –en su parte dogmática-aplicativa (judicial)- se enfrenta a esas definiciones subjetivas: piénsese, sin necesidad de entrar en ejemplos abstraídos de la realidad, ¿qué es lo que diferenciaría el tráfico de influencias respecto de la acción de grupos de presión dirigida a promover sus propios intereses (*lobby*)?: Objetivamente, nada. La diferencia estriba en un interés subjetivo difícilmente objetivable por el Derecho (significativo). Frente al instrumento de coacción como amenaza objetiva, las definiciones teóricas (las del legislador) sobre el castigo legal se tienen necesariamente que ver modificadas por las representaciones de los destinatarios de la norma, pues los «miedos» terrenales y sobrenaturales también serían una construcción de tipo cultural⁴⁶³.

⁴⁵⁷ GIDDENS, Anthony, *Las nuevas reglas del método sociológico*, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1987, p. 164.

⁴⁵⁸ FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 153.

⁴⁵⁹ FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 153.

⁴⁶⁰ FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 155.

⁴⁶¹ FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 155.

⁴⁶² FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 156

⁴⁶³ En su crítica al biologismo exacerbado de los fenómenos psicológicos, refiere GARCIA-BORÉS, José M., “Paisajes de la Psicología Cultural”, p. 10: «Más allá de ver lo biológico como soporte orgánico de lo psicológico, o del importante estudio de las alteraciones psicológicas motivadas por problemas somáticos, nos referimos a esa postura reiterante de entender lo biológico como factor determinante de la experiencia psicológica. Como si las dudas, los miedos, las ilusiones o el modo de valorarse a uno mismo pudieran transmitirse misteriosamente –como dice Anastasi –(1971)- a través de los genes, o verse instaurados por el capricho de un neurotransmisor travieso».

Psicológicamente, entonces, ¿de qué manera incidirían las construcciones sociales en la «desobediencia» personal frente a las regulaciones legales de la vida pública? Para responder a esta cuestión es, pues, necesario reiterar que la actividad interpretativa que cada individuo efectúa frente esos espacios de regulación, entre ellos los vicios generadores de corrupción, es la que permite una adhesión a los cánones culturales instituidos en el seno de esas estructuras grupales y, a partir de ello, una neutralización de las correspondientes regulaciones legales. Por ello le asiste razón a BANDURA cuando afirma que «Las consecuencias experimentadas por los demás informan a los observadores del tipo de actos que con más probabilidad resultarán eficaces o perjudiciales»⁴⁶⁴. Es por ello que, a pesar de que la realidad objetiva que envuelve la corrupción justifique indubitadamente su represión, la forma en que el individuo aprecia tal realidad diluye el mensaje constrictivo del imperativo legal⁴⁶⁵. Esto tiene que ver con la idea de que, como se propone desde la Psicología Cultural, «[...] el actor social no solo reproduce las categorías socioculturales interiorizadas, sino que las recrea constantemente en el proceso discursivo mediante el que confiere un sentido a sus acciones y, junto a ellas, a su vida entera»⁴⁶⁶.

En esos discursos o narrativas populares, como se desarrollará luego, se forjaría lo que la Criminología, acertadamente, se ha dado en denominar, en la terminología de SYKES y MATZA, «técnicas de neutralización», o en los términos de SUTHERLAND, «definiciones favorables» al delito⁴⁶⁷: «*Robé, pero para el pueblo*», frase pronunciada por el alcalde Manuel Ramos del Municipio de Barranco de Loba (Col.), es muestra fiel de esa filosofía justificante. De ahí que expertos en corrupción como Bardham (1997) y Persson (2012), según apunta VILLORIA, afirmen que «[...] al creer la mayoría de los agentes que los demás son corruptos y existir constantes presiones para asumir la corrupción, una gran parte de los ciudadanos tiene muchos incentivos para actuar de forma corrupta y enormes desincentivos para combatirla»⁴⁶⁸. Es éste un aprendizaje en referencia a «modelos». Por ello, como apunta BANDURA, «Las personas que han observado que los modelos han sido castigados por violar las prohibiciones tienen menos tendencia a transgredir que aquellas otras que han observado que éstos han sido recompensados o simplemente ignorados»⁴⁶⁹.

⁴⁶⁴ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 320.

⁴⁶⁵ GARCIA-BORÉS, José M, “Paisajes de la Psicología Cultural”, p. 18.

⁴⁶⁶ SERRANO BLASCO, “Psicología Cultural”, p. 352.

⁴⁶⁷ Frente a la denominada psicología de los refranes, señala FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, pp. 157-158: «Una forma de aproximarse a la “psicología cultural” de los pueblos es analizando el contenido de sus refranes. Estos siempre son el resultado de la experiencia y sabiduría popular transmitida de unas generaciones a otras y sinterizada brevemente en una expresión oral. El sentido común, y la experiencia popular reconocen que los refranes frecuentemente dicen *la verdad*, o al menos *su verdad*; además, la gente los usa muy a menudo. [...] a través de los refranes, las gentes, los pueblos, manifiestan su resentimiento y fatalismo; su voluntarismo y prudencia; sus miedos y sus celos; la valoración del dinero, de la hipocresía social, y de la desconfianza; sus anhelos; sus esperanzas; sus ilusiones; etc. [...] Podemos observar cómo en los refranes mencionados, entre otros muchos no citados aquí, se pone de manifiesto cómo la codicia por el dinero y la posesión de riquezas materiales hacen que los hombres, sean políticos o no, se corrompan. Y se llegan a corromper en muchas ocasiones hasta límites insospechados, haciendo que lleguen a robar, estafar y expoliar a quien sea y a todo lo que puedan para un provecho privado de la situación».

⁴⁶⁸ VILLORIA MENDIETA, Manuel, ““Hacia una comprensión de la corrupción en España””, TransJus, Institut de Recerca, Facultat de Dret, Universitat de Barcelona, Working Paper 1/2014, p. 14.

⁴⁶⁹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 312.

Determinar por qué unos sujetos se ven intimidados por el Derecho penal y otros no, por tanto, implica incluir la *subjetividad* en la comprensión de la institución del castigo legal, pues las emociones, entre ellas el miedo, son expresión psicológica de la cultura⁴⁷⁰. Por ello no puede perderse de vista que la cultura actúa como constituyente de lo psicológico y no como una mera variable externa⁴⁷¹. Pero se habla, bajo esta tesis, de una posibilidad de re-construcción permanente de la *psique* y no de un condicionamiento absoluto por determinación de la cultura, pues dado que ésta puede resultar alterada por los significados, el hombre siempre conserva la posibilidad de transformarlos (por su capacidad de razonamiento)⁴⁷². Esta posibilidad de transformación resulta posible dada la «capacidad de autorreflexión» del hombre, esto es, esa aptitud que le « [...] analizar sus experiencias y reflexionar sobre sus procesos mentales»⁴⁷³, lo que va a ser determinante para que el delincuente pueda transformar su aversión al riesgo. De ahí la importancia de los procesos de interacción social, en los que se revalúan las creencias, costumbres, rutinas y, para cuanto aquí interesa, el significado del miedo⁴⁷⁴. Y si el comportamiento criminal se «aprende», como afirmara SUTHERLAND⁴⁷⁵, resulta lógico que ello suceda «en interacción con otras personas mediante un proceso de comunicación», específicamente «dentro de los grupos de íntima relación personal». A este respecto, señala BANDURA que «Si una persona experimenta demasiadas consecuencias en el seno de un grupo, los resultados observados pueden influir sobre la conducta de la totalidad del mismo»⁴⁷⁶. En el campo de la corrupción, precisamente, el respeto hacia la cosa pública dependería de esos límites éticos que se instituyen corporativamente. Ya se apuntó que « [...] si nuestra creencia es que la mayoría de los ciudadanos actúan corruptamente y, por ello, con bastante impunidad, todos tenemos incentivos para actuar corruptamente»⁴⁷⁷. Esos comportamientos corruptos individuales o corporativos, como señala FERNÁNDEZ, « [...] repercuten sobre los otros individuos a nivel cognitivo-motivacional, ya que las prácticas corruptas suelen generar y provocar en los demás sujetos la creencia de que existe una predisposición subjetiva a comportarse de la misma manera»⁴⁷⁸. Este proceso se refleja justamente en el ámbito interno de las organizaciones públicas, en donde la posición de sus miembros frente a los comportamientos indecorosos que se producen en su interior, se vería afectada por la justificación interindividual de esas actitudes venales del grupo.

⁴⁷⁰ GARCIA-BORÉS, José M, “Paisajes de la Psicología Cultural”, p. 10.

⁴⁷¹ SERRANO BLASCO, “Psicología Cultural”, p. 357: los fenómenos psico-culturales se refieren a « [...] las formas simbólicas –acciones, gestos, rituales, producciones artísticas, mediáticas, y narrativas en general, tal y como son creadas, transmitidas e interpretadas por los individuos en la interacción social».

⁴⁷² GARCIA-BORÉS, José M, “Paisajes de la Psicología Cultural”, p. 21

⁴⁷³ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, pp. 41-42.

⁴⁷⁴ Como apunta GARCIA-BORÉS, José M, “Paisajes de la Psicología Cultural”, pp. 20-21: « [...] las subjetividades se parecen en la medida que han sido socializadas en un mismo contexto cultural, porque comparten genéricamente un mundo de significados. Por ello, los socializados bajo una misma cultura se parecen mucho: coinciden en considerar algo como un problema, no discrepan demasiado en la gravedad que tiene, se les ocurre un margen reducido de soluciones, generan muy parecidos estados de ánimo, etc. Sin embargo, eso mismo en otra cultura puede que ni tan solo sea vivido como un problema».

⁴⁷⁵ SUTHERLAND, Edwin H. / CRESSEY Donald R., *Principles of Criminology*, 5ª ed., Ed. J. B. Lippincott Company, Chicago, 1955, pp. 77-78.

⁴⁷⁶ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 308.

⁴⁷⁷ VILLORIA MENDIETA, Manuel, “Hacia una comprensión de la corrupción en España”, p. 3.

⁴⁷⁸ FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 139.

Pero, ¿cómo afecta psicológicamente la *cultura de la corrupción* la autocensura que posibilita la disuasión de orden cognitivo? Se ha enunciado ya que para responder a esta cuestión habrá que concebir el castigo legal como un *refuerzo* coercitivo (negativo) de la subjetividad. ¿Y cómo se producirían esos refuerzos?: la impunidad, en sus dicciones social y legal, operarían como refuerzo negativo de la conducta que se proscribía formalmente. En términos estrictamente psicológicos, no hay que hacer mayor disquisición para afirmar que el delincuente que sale impune una y otra vez de su cruzada delictiva refuerza dicha actitud. Es este el ya referido condicionamiento operante o instrumental (directo). Pero también puede la impunidad generar efectos sobre el comportamiento mediante el proceso de modelado: observando lo que sucede con los demás. Es este el denominado aprendizaje vicario u observacional desarrollado por BANDURA. ¿Y mediante qué vehículos se transmitiría el correspondiente conjunto de contenidos?: Sintéticamente puede definirse en un lenguaje de orden verbal y gráfico⁴⁷⁹. Son esos mensajes que circulan por los diversos canales de mediación como la familia, amigos, compañeros de trabajo, la televisión, etc., en donde el «miedo» asociado al tipo de sanción que representa la infracción del Derecho penal se modifica en uno u otro sentido. La impunidad afectaría así esas representaciones simbólicas del castigo que contiene el modelo teórico –y el legislador- de la disuasión, esto es, los mismos patrones de conducta preestablecidos oficialmente y que suponen una forma «universal» de codificar la emoción del «miedo».

Ya se indicó que esa variabilidad de la categoría de intimidación puede graficarse en las doctrinas religiosas sobre el miedo que teóricamente viene asociado a la muerte. La amenaza de la infracción (del pecado) viene representada en el contenido simbólico del «infierno» (la «prisión de los pecadores», en donde el sufrimiento es infinito y eterno). Pero este miedo, para los creyentes, se irá modificando en función del cumplimiento de las leyes de su Dios. El mayor acercamiento a Dios con los años, se explica justamente porque se va adquiriendo conciencia sobre la proximidad del juicio final. Y con la amenaza legal, según la tesis propuesta, sucede lo mismo. Concebido el miedo como una categoría cognitiva en la que se relaciona la emoción y el conocimiento, esto es, una comprensión del discernimiento de las propiedades del factor generador, el «miedo legal» se modificaría por la ineficacia misma de la probabilidad de sanción –legal y social-, en la medida en que esa *incerteza* genera la creencia de controlar el riesgo. De este modo el «miedo legal» habrá de concebirse en su entidad constructiva, en función de las propias experiencias y no meramente en su calidad de emoción momentánea despojada de significado (de la misma manera en que se construye el «miedo infernal»). En este sentido, esa emoción de «miedo» encuentra una conexión con la realidad cultural del concreto sujeto que lo experimenta.

⁴⁷⁹ Como señala SERRANO BLASCO, “Psicología Cultural”, p. 355, uno de los modos que los individuos poseen para organizar significativamente sus vidas y dotar de sentido a los acontecimientos, es mediante las construcciones narrativas de los episodios vitales. Esta competencia narrativa del hombre, como señala el autor apelando a Bruner, presentaría una doble función: a) en el plano individual, la competencia narrativa otorga a los sujetos los instrumentos necesarios para organizar su vida en episodios significativos, y b) en el plano cultural, contribuye a cohesionar las creencias compartidas, al tiempo que facilita la transmisión de aquellos valores y creencias que fundamentan el nacimiento y evolución de las comunidades humanas. Las culturas producen diversos significados narrativos en sus mitos, leyendas, relatos e historias. Participar activamente como miembro de una cultura requiere el conocimiento extenso del conjunto de significados acumulados, renovados continuamente mediante la práctica creativa de sus miembros.

La conexión de la Psicología Cultural respecto de los presupuestos socio-construccionistas, como se ha visto, resulta coherente puesto que la subjetividad humana forma parte de un curso humano evolutivo –o en permanente reconstrucción- mediado por la cultura (de donde el individuo adquirirá las actitudes, valores morales, etc., esto es, el universo de recursos simbólicos desde donde interpretará la realidad)⁴⁸⁰. Este proceso de enculturación, puesto que estaría ligado a la fase primigenia del desarrollo humano, exige situar la cultura como constitutiva de la experiencia psicológica⁴⁸¹. Esta entidad de la cultura permite justamente comprender la particular significación del castigo que cada persona se forma. El fenómeno del tráfico de estupefacientes permite graficar claramente esta relación. ¿Y qué mejor país para explorar este fenómeno que Colombia? Apelando al método esbozado en el penúltimo apartado de la Introducción General, que en parte se compadece con una especie de «observación participante» aplicada a la investigación cualitativa, basta darse una vuelta por una de sus cárceles para entrar en ese mundo de significados de los reos que purgan pena por esta clase de delito para comprender esa desestructuración cognitiva del «miedo» al castigo legal. Cualquier abogado penalista que haya entrado a ver a su representado en prisión por conducta reincidente, podrá escuchar de éste las justificaciones referidas a su acción reiterada: *«porque no había nada más que hacer»* (en referencia al desempleo), *«porque estaba simplemente haciendo un “cruce” y me “estripé”»* (en referencia a que sólo se trataba de un favor puntual), *«porque compré más de la dosis pa’ “la fiesta” y me “pillaron”»* (en referencia a que no estaba destinada al tráfico, sino al consumo), etc. Pero también escuchará justificaciones referidas a su particular representación del encierro: *«tres añitos se pasan volando»*, *«estoy en el pabellón de los “duros”»*, *«aquí están todos los “parceros” »*, *«en el “parche” tenemos internet»*, *«afuera la cosa está muy “caliente”»*, entre otras varias defensas de contenido simbólico que se oponen a esa representación teórica de un castigo pensado para aquellas mentes que la prisión les aterroriza. Es ésta la lógica conductista en la que se ampara el populismo punitivo para el incremento desmedido de penas, confiando ciegamente en su presunta capacidad aversiva. Pero es que ni la más grave de las penas afecta la motivación si no se tienen en cuenta los significados que esa específica amenaza tiene para su concreto destinatario. *«¿Y qué te parece si en una de esas “calenturas” en las que te mantienes allí afuera, resultas enredado con un extraditable y te pilla la DEA y te lleva a EE-UU a purgar veinte años?»*, preguntaba el curioso estudioso en ciencias penales al precitado reo. *«Nada mi Doc.»*, responde, *«nada de nervios»; si eso pasa es que uno ya está en las “grandes ligas”; que “chimba” que a uno lo vean salir por la “tv” subiéndose a un avión de esos gringos; además en las películas uno ve que las cárceles es todo ordenado, hasta uniforme le dan a uno...»*. Parafraseando a un positivista convencido en la bondad de sus estadísticas cuando refiere que *«los números hablan por sí solos»*, podría decirse, bajo el paradigma epistémico y teórico aquí adoptado: *«los significados hablan por sí solos»*.

⁴⁸⁰ BERGER, Peter L. / LUCKMAN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, p. 58: «Mi interacción con los otros en la vida cotidiana resulta, pues, afectada constantemente por nuestra participación común en ese acopio social de conocimiento que está a nuestro alcance».

⁴⁸¹ FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 190: «[...] la socialización de los miembros más pequeños de una sociedad en tal cultura de la corrupción sólo puede generar a su vez ciudadanos claramente motivados para llevar a cabo comportamientos corruptos».

Esta complejidad de la motivación delictiva en la que confluyen representaciones tanto sobre lo bueno como sobre lo malo del delito, resulta cardinal para la proposición de esa categoría de acción concebida como dos «estímulos» o «incentivos» antitéticos que entran en «tensión». En términos físicos, la *tensión* se define como esa *acción de fuerzas opuestas a las que está sometida un cuerpo*. Esas fuerzas antagónicas, llevadas al terreno del delito, vendrían representadas por la lógica de premios y castigos que ha fundamentado la teorización filosófica de la disuasión de la *escuela clásica* y que luego aterrizaría al Conductismo. La posibilidad de integrar en una misma categoría «ideal» las dos fuerzas que confluyen en la realización del delito, según dicho modelo psicológico, resulta plausible por la propia naturaleza dual del concepto de «incentivo»: *activar o inhibir* la voluntad. Así, como apunta GARRIDO –citando a Spence (1956)- los «incentivos» se definen por esa « [...] serie de estímulos o acontecimientos, principalmente del entorno del sujeto, que activan o inhiben el comportamiento del sujeto»⁴⁸². Es esta la misma concepción que se utiliza en Economía. En este ámbito, un incentivo se define como aquello que tiene la capacidad de inducir en un individuo un determinado comportamiento, cuya naturaleza puede venir representada en *recompensas* o *castigos*⁴⁸³. Esta concepción, naturalmente, parte de una visión racional del hombre (que pondera costos y beneficios). Siguiendo la misma lógica económica, tratándose de delitos con fines patrimoniales, los incentivos positivos vendrían representados en expectativas de recompensas, como por ejemplo el dinero. La posibilidad de generar *expectativas*, precisamente, es posible por esa capacidad de humana de realizar anticipaciones cognitivas de acontecimientos futuros.

Los incentivos de naturaleza coercitiva, precisamente, vendrían representados en esa expectativa de castigo que el individuo asocia como consecuencia probable de su conducta. Pero bajo esta doble caracterización, según el modelo del *condicionamiento operante*, los incentivos premiales también operarían como *refuerzos positivos* de la conducta delictiva. A su turno, la impunidad adquiriría la naturaleza de *refuerzo negativo*, por cuanto la probabilidad de castigo desaparecería –o, como mínimo, se reduciría-. Y aquí es donde lo *simbólico* adquiere su mayor importancia, puesto que en esta misma lógica de *refuerzos* conductuales, la presión hacia la consecución de símbolos de estatus –normalmente adquiribles con dinero- establecida en las sociedades post-modernas, actuaría como una especie de refuerzo positivo en la medida en que repercute en la frecuencia de la respuesta: la búsqueda del fin –por medios lícitos o ilícitos-. Pero lo mismo sucedería con la impunidad, pues si el refuerzo negativo se define por la posibilidad que tiene una conducta determinada de ser reforzada por la carencia de un estímulo aversivo (la amenaza de pena), entonces es dable afirmar que en la toma de decisiones ilícitas la incerteza del castigo se instituye en una variable motivacional fundamental. Ahora bien, este proceso motivacional, presentado bajo esta lógica, se trataría tan sólo de un modelo de condicionamiento nomotético. Y es que cuestión bien distinta es entrar en la lógica de los significados de los incentivos del delito, pues como ya se ha referido, el castigo legal, abstracta o teóricamente concebido, no puede alcanzar su cometido si, ese estímulo aversivo, tiene un significado diverso para el concreto sujeto al que se dirige el castigo.

⁴⁸² GARRIDO GAITÁN, Elena, “Decisión individual del delincuente y motivación delictiva”, p. 313.

⁴⁸³ MANKIW, N., Gregory, *Principios de Economía*, 6ª ed., Ed. Cengage Learning, México, 2012, p. 7.

Los anteriores presupuestos deberán permitir llegar a la conclusión acerca de que la amenaza externa de castigos, materialmente concebida, resulta insuficiente para asegurar la fuerza constrictiva de los imperativos legales. Una situación estimular carente de significado, como se concibe desde el Conductismo, no puede producir el efecto teóricamente atribuido a ese estímulo si el destinatario del mismo no tiene la misma significación que se le atribuye desde en el modelo teórico. Y no sería suficiente, tratándose de delitos de corrupción, puesto que el substrato que contiene el correspondiente bien jurídico posee una dimensión moral limitada por la cultura⁴⁸⁴. Porque es que «cada pueblo tiene los gobernantes que se le parecen», se dice por ahí. Y es que si el Derecho penal pretende modificar la conducta externa de los individuos que se enfrentan racionalmente a la posibilidad de delinquir, resulta coherente sostener que el imperativo normativo correspondiente ha de tener la posibilidad de afectar esa dimensión simbólica del sujeto, que en últimas es la que posibilita la autocensura frente al delito. Y ello gracias a su «capacidad autorreguladora». Esta posibilidad de autorrestricción que tiene el hombre es posible, como afirma BANDURA, porque «gran parte de su conducta está motivada y regulada por criterios internos y reacciones autoevaluadoras ante sus propios actos»⁴⁸⁵. Mayor la importancia de lo *moral*, en la medida en que el leal ejercicio de la función pública requiere justamente de la virtud de sus regidores. Aunque ello no implica hablar de criterios morales universales, sino de esos mínimos éticos requeridos para el buen funcionamiento de las instituciones⁴⁸⁶. Pero se insiste en que esa posibilidad de autorregulación no se atribuye aquí a la fuerza *estabilizadora* del Derecho, sino a su dimensión *intimidatoria*: la autocensura temprana frente al delito no puede atribuirse sólo a la capacidad que tiene la norma jurídico-penal de «concienciar» a la gente de actuar de forma honesta, sino también a la posibilidad que ella tiene reforzar el significado de los estímulos aversivos⁴⁸⁷. Pero la neutralización de esa emoción, como luego se verá, se produciría por las *justificaciones* que se «cuelan» en nuestros procesos de socialización.

⁴⁸⁴ En correlativo sentido, BRUNER, Jerome, *Actos de significado...*, pp. 28-30, describe de forma nítida que la Psicología y, en consecuencia, la construcción de significados por parte del hombre, se encuentra inescindiblemente ligada a la cultura que lo circunda. De forma literal, señala que «Dado que la psicología se encuentra tan inmersa en la cultura, debe estar organizada en torno a esos procesos de construcción y utilización del significado que conectan al hombre con la cultura». Seguidamente, señala que ello no implica un «mayor grado de subjetividad en la psicología», pues de forma contraria, en virtud de tal interrelación con la cultura, «el significado se hace *público y compartido*».

⁴⁸⁵ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 41.

⁴⁸⁶ Precisamente, en relación a la necesidad de que *código social y legal* coincidan como presupuesto indispensable para asegurar la criminalización efectiva de tales comportamientos, refieren CID MOLINÉ, José / LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías criminológicas...*, p. 122, «La primera premisa de que parte Sutherland (1949: 240-257) es que la realización de delitos de cuello blanco se explica porque es una forma socialmente admitida de hacer negocios»; precisan que, «[...] el código de comportamiento de los hombres de negocios, que se transmite como una tradición, no coincide con el código legal y tiene por tanto un contenido criminal. Éste es el factor de “exceso de definiciones favorables a infringir la ley” ».

⁴⁸⁷ Señala GARCIA-BORÉS, José M, “Paisajes de la Psicología Cultural”, pp. 18-19., de acuerdo con el anterior planteamiento, que «[...] cuando analizamos la subjetividad, los elementos que la componen, lo que encontramos es un entramado de creencias, valores, pautas morales y pautas de comportamiento». Afirma que tales elementos no sólo confirman el origen social de la construcción de lo psicológico, frente a lo cual refiere que «no pueden haber surgido de otro lugar que de lo social», sino además evidencian «[...] que tales elementos son de naturaleza simbólica, en el sentido amplio, es decir, no son realidades sino representaciones de la realidad». Señala además que «[...] decir que los elementos que componen nuestra subjetividad son de naturaleza simbólica es lo mismo que decir que son de naturaleza cultural...»

7. Bases sociológicas para la formulación de una concepción bifronte de acción

Con la fundamentación epistemológica y teórica que en este capítulo se realiza se pretende, además de señalar la relevancia del significado de los incentivos del delito, dar sustento a una concepción de *acción* delictiva, psicológica y sociológicamente concebida, en la que lo simbólico del propósito material que la motiva y del factor aversivo que teóricamente la desincentiva, se concatenan cognitivamente en un mismo «proceso autoevaluador». Para ello se propone, como se ha indicado, integrar la racionalidad que preconiza el modelo de la disuasión punitiva y la subjetividad. La teoría sociológica también posibilita aterrizar esta visión racional-subjetiva al análisis de los procesos de desviación normativa. La contemplación de una concepción sociológica del actuar humano compatible con dicho paradigma, por tanto, debe responder también al principio de «libertad de acción»⁴⁸⁸. El propio Aristóteles situaría la *acción* como objeto del conocimiento práctico o moral, esto es, como el uso activo de la razón dirigida a la consecución del bien del hombre⁴⁸⁹. La importancia de semejante precedente no es menor, puesto que si la acción era considerada como una cualidad humana a la que subyacía algo más que un mero movimiento corporal, a la misma habría de sumarse también *metas* y *deseos* personales. Pero dicha conclusión también se encuentra en concepciones sociológicas modernas. Particular relevancia alcanzan las concepciones de *acción* propuestas por WEBER y PARSONS, útiles para comprender la naturaleza *intencional* del delito, y la contribución criminológica formulada por MERTON, útil en la tarea de comprender el origen cultural de los propósitos (*finés*) que lo motivan. Sobre el planteamiento desarrollado por el último de los autores se volverá en el Capítulo V, al tratar la *tensión* que se presenta entre ciertas *necesidades* culturalmente marcadas (como el afán desmedido de dinero)⁴⁹⁰ y los medios que prevé la correspondiente estructura social para satisfacerlas⁴⁹¹. Y por esta evidente relación que se produce entre los significados originados en sociedad y la construcción de los procesos cognitivos implicados en la autorregulación, es que se deviene justo integrar esa concepción de acción sociológicamente concebida y los principios psicológicos sobre los que tradicionalmente se ha sustentado la función disuasoria del Derecho penal. La utilidad de esta definición sociológica de lo simbólico, como se verá en el Capítulo VIII, tiene por fin sustentar que la sustracción del regidor público a sus deberes inherentes, encarna un fundamento suficiente para la imputación de la corrupción de «sus agentes».

⁴⁸⁸ Dicha correspondencia es acertada, máxime si, como refiere BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “La Criminología”, p. 15. citando a ZEITLIN y MARSAL (en referencia a los «inicios» de la Criminología y la Sociología), «[...] el punto de partida de la teoría sociológica es el iluminismo».

⁴⁸⁹ ARISTÓTELES, *Política*...

⁴⁹⁰ Al respecto, señala BERGALLI, Roberto, “Sociología de la desviación”, p. 165: «[...] la teoría de la anomia, ya creada por Emile Durkheim y desarrollada por Merton, establece el cuadro interpretativo de las conductas no conformistas que resultarían inducidas por la presión bien definida sobre ciertos miembros de la sociedad que ejercitan algunas estructuras sociales».

⁴⁹¹ BERGALLI, Roberto, “Sociología de la desviación”, p. 165: «Para descubrir el origen y la dirección de estas presiones estructurales, Merton destaca dos elementos fundamentales constitutivos del sistema social en su complejo: la estructura cultural y la estructura social, formada ésta por los *status* y por sus correspondientes comportamientos de *rol*. Dentro de cada estructura cultural son analíticamente separables dos tipos de valores institucionalizados, definidos unos como *metas* o aspiraciones –ordenadas según una jerarquía de prioridad que caracteriza a todo el sistema social examinado- y otros como *medios* o normas que fijan los modos legítimos para alcanzar las metas».

Vaya por delante que para la formulación de tal planteamiento debe adoptarse una perspectiva macro-sociológica: se observa el delito como un proceso de elección individual mediatizado por las reglas de diversa índole que se instituyen en sociedad. La observación *macro* de los fenómenos criminales permite, precisamente, advertir la génesis histórico-cultural de aquellas tipologías de criminalidad definidas por un marcado proceso de *razonabilidad*. La *Teoría general de la acción* presentada por PARSONS posibilita tal comprensión, pues permite realizar una traslación de la *acción* al comportamiento humano con significación penal. Dicha teoría forma parte de un constructo sometido a constante revisión. De cierta manera, PARSONS partió de las consideraciones formuladas por WEBER sobre la *acción social*, atendiendo especialmente a su significación «intencional». Precisamente, entiende este último que la *acción social* no solamente consiste en un hacer, sino también en un no hacer, siempre y cuando los individuos vinculen a su conducta un *sentido*. Concretamente, refiere WEBER que la acción debe ser entendida como « [...] una conducta humana (bien consista en un hacer externo o interno, ya en un omitir o permitir) siempre que el sujeto o los sujetos de la acción enlacen a ella un sentido subjetivo»⁴⁹².

La *Teoría general de la acción*, en consecuencia, resulta compatible con los «tipos de acción social» definidos por WEBER: 1) *la acción racional en relación con las expectativas o fines*; 2) *la acción racional en relación con los valores*; 3) *la acción afectiva*; y 4) *la acción tradicional*. Conforme con la doble consideración *instrumental* y *valorativa* de acción definida por las dos primeras categorías, puede entonces proponerse una interpretación «racional-simbólica» del actuar humano omisivo (como cuando un cargo superior se despreocupa de sus deberes de control), vinculando a aquélla las categorías de «propósito» y «medio», esto es, entendiendo la acción como «*racionalidad propositiva posterior*». De ahí que, frente al modelo *behaviorista* del comportamiento –basado en la lógica E-R–, PARSONS resaltara la trascendencia, en especial para la Sociología, de una categoría de «acción» entendida como comportamiento «intencional» de contenido «simbólico»⁴⁹³. Este concepto de «intencionalidad» permitiría entender la acción como una expresión humana racional cuyo significado no sólo se identificaría con un hacer positivo, sino también con eso que se deja de hacer (intencionalidad no determinada causalmente), en términos del propio WEBER, «acción racional con arreglo a fines»⁴⁹⁴. Y de esos contenidos simbólicos, como aquí se propone, no deben aislarse los ligados al castigo⁴⁹⁵.

⁴⁹² WEBER, Max, *Economía y sociedad*, p. 5.

⁴⁹³ Por ello es importante apuntar la diferencia que el propio WEBER introdujo entre acción y conducta –puramente reactiva–, en donde la última estaría reservada a comportamientos automáticos en procesos no pensados –secundarios para las categorías sociológicas–, a diferencia de la acción, que presupondría la intervención de procesos reflexivos. PARSONS resaltó también la diferencia: la *conducta* implicaría una respuesta mecánica a los estímulos, mientras *acción* entrañaría un proceso mental activo y creativo. Por esta misma razón tuvo la precaución de distinguir la *teoría de la acción* del *conductismo*.

⁴⁹⁴ WEBER, Max, *Economía y sociedad*, pp. 6 y ss.

⁴⁹⁵ BERGALLI, Roberto, “Sociología de la desviación”, p. 167: «La acción, para Parsons, se define como orientada en relación a una situación determinada, constituida ésta por un conjunto de objetos físicos, sociales y culturales que tienen una relevancia motivacional para el sujeto que actúa (acción finalista). Respecto de tales objetos, la acción aparece subordinada a la posibilidad de obtener gratificaciones y sanciones; cuando tales objetos están constituidos por la acción de otra persona, la orientación se manifiesta conformándose con las expectativas de aquélla. Por lo tanto, el proceso de interdependencia se funda en esa orientación motivacional y básica de la acción humana que es obtener gratificaciones y evitar sanciones».

Planteado de esta forma, el análisis *funcionalista* no se contrapone al pensamiento *consecuencialista* propio de las modernas corrientes del *Law and Economics*⁴⁹⁶. Según el planteamiento presentado por PARSONS, el individuo (*actor*) actuaría (*acción*) en función del significado que le otorga a sus decisiones luego de reflexionar sobre el alcance que su acción puede tener para sí mismo y para los demás. Es así como se afirma que la *acción* tendría una «orientación» determinada por lo simbólico, en la medida en que vendría « [...] guiada por el significado que el individuo le confiere en relación a sus metas e intereses»⁴⁹⁷. Y sería tal perspectiva simbólica de la orientación de la acción (intención), por tanto, la que serviría precisamente para que el resultado lesivo de los procederes omisivos de los regidores públicos asegurados por un deber posicional, puedan ser objeto de atención (sanción) por parte del Derecho penal. De lo anterior se desprende una premisa básica de análisis: se asume una concepción *finalista* de acción –psico y sociológicamente entendida- en la que, incluso presuponiendo la existencia de un mundo objetivo en el que el sujeto se «orienta», la valoración de la conducta activa y omisiva de aquellas personas que tienen un deber especial de protección frente a un interés jurídico determinado, se califique jurídicamente no tanto por su vínculo causal frente a un resultado lesivo, sino por su repercusión significativa: por el resultado lesivo que pueda desprenderse de su proceder normativamente incorrecto. Ello implica sostener, por un lado, que la cultura imperante en el concreto sistema social en el que aquél se desarrolla modularía las actitudes individuales frente a los subsistemas normativos (como el Derecho penal); pero también, por otro lado, que los individuos que interactúan bajo el mismo sistema social influirían sobre los diversos subsistemas⁴⁹⁸. De ello se sigue que el subsistema cultural incidiría tanto sobre la disposición individual frente a esos deberes como sobre la propia respuesta normativa.

⁴⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., ADPCP, 1996, p. 95.

⁴⁹⁷ PARSONS, Talcott / SHILS, Edward (Dir.), *Hacia una teoría general de la acción*, pp. 21 y ss. En este modelo teórico presentado por PARSONS, la acción tendería a constituirse en el sistema fundamental del supra-sistema social. Para ello se propuso descomponer su *totalidad* en la búsqueda de ese «sistema social elemental» configurado por la *acción*. De ello deduciría que la sociedad se compone de múltiples acciones. A partir de tal reducción de análisis se obtendría el «acto unidad», entendido como aquel *sistema social elemental* resultante de la descomposición de la totalidad social. Tales acciones, de acuerdo con PARSONS, precisarían considerar un «actor» en «situación». Aquí se percibe la influencia de los planteamientos de WEBER, pues para este último toda acción estaría conformada por un componente de carácter subjetivo: el actor, y por un componente de carácter objetivo: la situación. Este último elemento vendría representado, por un lado, por aquello que el actor no puede cambiar, esto es, las «condiciones» de la acción, en la medida en que si le vienen dadas, *determinarían* la *acción*, y por otro, por aquello que el actor sí puede cambiar –y usar para ejecutar la acción-, constituido por los «medios». En estos términos, *condiciones* y *medios* serían los dos elementos básicos *objetivos* de toda acción. El actor, que integraría el componente *subjetivo*, jugaría un papel determinante frente a la acción puesto que predefiniría los fines que rigen la misma; el propio sujeto seleccionaría los fines según el propio sistema valores y reglas en el que se integra.

⁴⁹⁸ Para la consideración de la actuación del individuo respecto de la relación formada entre *fin*es propuestos y *medios* apropiados, de acuerdo con la *teoría general de la acción*, deberá establecerse la correlación entre ciertas variables que condicionan esta relación. PARSONS plantea originariamente tres sistemas básicos de conocimiento: 1) personalidad; 2) cultural; y 3) social. El sistema de la «personalidad» constituiría uno de los componentes fundamentales del supra-sistema. Dicho criterio, vinculado estrictamente al subjetivismo del *actor social*, cumpliría su función en razón de las metas proyectadas a través de la consideración previa de los objetivos del sistema y la disposición de los recursos que éste dispone para lograrlos. En perfecta correlación con el anterior criterio, el sistema «cultural» cumpliría la función de proporcionar a los *actores* las normas y los valores que les motivan para la acción. Este criterio resultaría de vital importancia para comprender la naturaleza de los fines que se marca el individuo. El sistema «social», finalmente, se ocuparía de la función de integración, al controlar sus distintos componentes del sistema.

Como se ve, PARSONS redefine el planteamiento de WEBER, en el entendido que toda acción estaría conformada por un componente de carácter subjetivo: el *actor*, y por un componente de carácter objetivo: la *situación*, encumbrando de este modo el componente *subjetivo* de la misma. Su naturaleza subjetiva se concretaría, así, bajo el entendido que la acción vendría constituida por el significado que el actor le asigna a los fines que la «orientan» -según su propio sistema de valores y de normas-⁴⁹⁹. De aquí se puede extraer una premisa fundamental de análisis según la tesis propuesta: el *actor* y la *situación*, componentes esenciales del modelo criminológico que en el siguiente capítulo se expone, constituirían dos variables fundamentales en la tarea de comprender el proceso de decisión racional que se teje alrededor de una concreta situación delictiva (suceso)⁵⁰⁰. Aquí se aprecia que tal constructo teórico también presenta un claro influjo de los planteamientos de DURKHEIM. Sorteando su visión *holística* sobre los fenómenos sociales, PARSONS vendría a decir que la acción puede ser descompuesta, en la medida en que ésta constituye un supra-sistema integrado por niveles específicos relacionados entre sí. Ya luego se presenta un cierto viraje respecto del modelo anterior, puesto que comprende la acción en términos sistémicos. La acción sería, de acuerdo con el primer modelo, la concatenación de distintos componentes que se relacionan de forma lógica. Específicamente, este supra-sistema vendría configurado originariamente por tres componentes básicos o sub-sistemas, descriptos por PARSONS con las categorías de «cultura», «personalidad» y «sociedad»⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ Esto, con base en los tres conceptos básicos que se integran en el núcleo de la *teoría de la acción social*: el *acto unidad*, el *voluntarismo* y la *verstehen*. Así, el *acto unidad* sería el componente fundamental de la *teoría de la acción*, que vendría caracterizado por cuatro elementos: 1) la presencia de un *actor*; 2) la presuposición de un *fin* (entendido como curso futuro hacia el que se orienta la acción); 3) una *acción* modulada por dos aspectos de carácter *situacional*: a) las *condiciones*, definidas como aquellas *situaciones* que el actor no puede controlar, y b) los *medios*, comprendidos por aquellas cosas que sí puede controlar; y 4) las *normas* y los *valores* que determinarían la elección del actor de los *medios* para alcanzar los *fin*es que guían la acción. Por su parte, el *voluntarismo* estaría referido a las «elecciones» realizadas por el actor según la concreta situación social en la que se halla, *voluntarismo* que no ha de entenderse como «libertad total» del sujeto (actor) en su proceso de «elección», sino como proceso mental consciente para la toma de decisiones. Finalmente, el componente de la *verstehen*, confirmaría la necesidad de observar la acción desde una perspectiva subjetiva.

⁵⁰⁰ La perspectiva del *actor* resulta fundamental para comprender tanto la génesis del delito como el correspondiente proceso de reacción social. El *status* que ostenta y el *rol* que dicho sujeto cumple en su particular entorno son, según se sostiene en este trabajo, dos condiciones fundamentales vinculadas al aspecto *subjetivo* de la concreta acción delictiva. Como señala BERGALLI, Roberto, “Sociología de la desviación”, p. 167: «Parsons afirmó que su sistema social “es un sistema de acción, de procesos de acción interdependientes” (1976 p. 193). Estos procesos de acción interdependientes son los que se conocen como “comportamientos de *rol*”, lo que significa que el individuo actúa sobre la base de su *status* social, el cual resulta definido por ciertas expectativas en torno a su comportamiento, ya institucionalizadas y de las cuales forman parte los *status* y *roles* de los demás».

⁵⁰¹ Como recuerda BERGALLI, Roberto, “Sociología de la desviación”, p. 166: «La teoría general de la acción de Parsons en la cual da su visión completa de cómo están estructuradas las sociedades, incluye cuatro niveles de sistemas: el cultural, el social, el de la personalidad y el del organismo comportamental. A través de esos niveles, y a partir del sistema cultural en que se fijan los valores compartidos, tiene lugar el proceso de socialización que constituye la fuerza integradora más poderosa para mantener el control social y la unidad de la sociedad». En dicho sistema, la *acción* implicaría el reconocimiento de un «actor» al que pertenece la acción, acción que vendría presidida por una «finalidad» hacia la cual se orienta la misma, entendiendo que ésta dependería no sólo de una *situación* determinada por ciertas condiciones ambientales no controlables por el actor y por «medios» sobre los cuales tiene posibilidad de control, sino también de ciertas pautas «normativas» y «valorativas» a partir de las cuales se *orienta* la acción (esto es, el actor *elige* unos u otros medios para la realización de los *fin*es propuestos).

La interrelación de estos subsistemas vincularía al agente individual (al actor) frente a las estructuras y las funciones asociadas a aquéllas, pues según apunta PARSONS, la *acción* no va a ser algo simple y uniforme, sino que está mediada por distintos componentes. Uno de ellos lo serían las normas instituidas que rigen las relaciones que operan como dimensiones constitutivas de la acción. Los subsistemas de la «personalidad», la «cultura» y la «sociedad», serían las tres dimensiones constitutivas de esa acción social que darán lugar a tres elementos presentes en tal relación: los *motivos*, las *reglas* y los *símbolos*. En esta relación, el subsistema de la *personalidad* vendría determinado por aquel conjunto ordenado de *motivos* que el individuo tiene para actuar según su propio contexto. Según la modalidad criminal analizada, en esta categoría se integrarían ese conjunto de elementos de la cultura que se hallan tras el fin material que motiva el acto: por ejemplo, la obtención de símbolos de estatus. El subsistema *cultural*, como condicionante del subsistema de la personalidad, elevaría los procesos de interacción humana. Del campo intersubjetivo de la cultura, como se apuntó, el individuo recogería el material simbólico desde el que forma su mirada al mundo y a sí mismo, en este caso la ideografía del castigo. Y en la medida en que el actor modularía su actuar en función de su constitución simbólica, las pautas normativas de distinto orden aceptadas en su comunidad legitimarían sus diversos procederes. Y si esta idea resulta plausible, puede decirse que esos códigos culturales cimentados social e institucionalmente terminan afectando el sentido de la voluntad en una dimensión significativa en la que se congrega tanto lo propositivo como lo constrictivo.

Es así, pues, como el conjunto ordenado de pautas culturales que se institucionalizan en una determinada sociedad no pueden desligarse del subsistema legal, pues en la medida en que se presenten interacciones, se va conformar una estructura social regida por reglas (dentro de estas, las previstas por el Derecho penal). Luego, la eficacia de estas reglas, dependería de su mayor o menor aceptación social. En este sentido puede decirse que tales acciones humanas estarían motivadas por las necesidades experimentadas individualmente en función de la eficacia del orden normativo. Pero, ¿por qué el actor puede regirse, o no, bajo esas reglas que intentan restringir las decisiones individuales? Porque pueden estar, o no, legitimadas culturalmente: Para que la sociedad se ordene por reglas, han de existir una serie de valores instituidos que validen los motivos de la acción. Vinculada la acción a esos valores instituidos, los componentes que la motivan positivamente (como por ejemplo los aspectos que se hallan tras la adquisición de símbolos de estatus) y todos esos factores de constrictión vinculados a los diversos órdenes reguladores del comportamiento, como la moral, la religión o el Derecho, deben poder concatenarse en una misma categoría para poder evaluar la confluencia y tensión de las diversas fuerzas en acción. En este sentido puede decirse que la *motivación* es un « [...] proceso multideterminado que energiza y dirige el comportamiento en base a un objetivo»⁵⁰². Tratándose de un comportamiento prohibido legalmente, según la concepción mixta de acción propuesta, la *intencionalidad* no podrá concebirse, por tanto, como un mero artefacto simbólico formado tan sólo por los significados que la impulsan positivamente, sino además por todas esas representaciones restrictivas de orden moral, religioso, legal, etc. que conforman la experiencia psíquica.

⁵⁰² GARRIDO GAITÁN, Elena, “Decisión individual del delincuente y motivación delictiva”, p. 312.

La *Teoría general de la acción* integraría estos tres criterios esenciales dirigidos a determinar la manera en que, la formación de «los sistemas de acción», se encontrarían integrados por aspectos personales, sociales y culturales⁵⁰³, teniendo en cuenta que, según la propuesta de PARSONS, « [...] en cierto sentido, el sistema social es el núcleo de los sistemas de acción humana, puesto que constituye el vínculo primordial entre la cultura y el individuo considerado a la vez como personalidad y como organismo...»⁵⁰⁴. Por tal razón también precisa que « [...] las relaciones de la personalidad y el sistema social con “la realidad no empírica” última están básicamente *mediadas* por el sistema cultural»⁵⁰⁵. A partir de tales categorías se puede hablar, por tanto, de una «acción social racional», entendida como aquella en la que el *actor social* decide y actúa en términos de una relación de *medio* a *fin*, guiado por la consecución de ciertos propósitos trascendentales según su propia cosmogonía⁵⁰⁶. Y a esos *medios*, vale insistir, se vincularían necesariamente todos esos factores de constricción que en últimas determinan la acción en uno u otro sentido.

Con base estas premisas se puede elaborar un constructo teórico-aplicativo en el que, el punto de referencia de la acción, vendría determinado por la manera como cada sujeto organiza sus «orientaciones» según sea la situación. Esto deja al descubierto, llevado al terreno de la acción con significación penal, que en la realización de ciertas actividades delictivas no sólo mediarían incentivos de tipo instrumental (*beneficios* y *costes* objetivos), sino también los significados restrictivos conexos (como el reproche intersubjetivo). Luego, cuando se hace referencia a la «orientación» de la acción, tal «orientación» estaría referida a que la misma puede llevar implícita no sólo un fin positivo materialmente concebido (un hacer determinado), sino también un «no hacer», cuyo significado en el plano fenomenológico, tendría incluso una mayor potencialidad de posibilitar resultados lesivos. Y esta misma «orientación», según se propone, también estaría afectada por las representaciones articuladas alrededor del castigo. De lo anterior se desprende que la acción –delictiva- tiene un sentido de «orientación», en la medida en que es «guiada» por el propio significado que el sujeto le otorga a los fines y riesgos inherentes a aquella⁵⁰⁷.

⁵⁰³ PARSONS, Talcott / SHILS, Edward (Dirs.), *Hacia una teoría general de la acción*, pp. 21 y ss. Así, la *Personalidad* influiría en la «orientación de la acción», en la medida en que los atributos personales y motivacionales específicos, serían determinantes para emprender cualquier acción. El *sistema social*, por su parte, estaría formado por la interacción del individuo en su particular entorno, esto es, por el conjunto de acciones realizadas por los diversos miembros de tal sistema y la comunicabilidad de los problemas que se presentan en marco de la integración de las distintas acciones. A través de esos procesos de interacción se impondrían ciertas convenciones normativas a los diversos actores participantes. Estas convenciones normativas dependerían del concreto contexto histórico y cultural (*sistema cultural*).

⁵⁰⁴ PARSONS, Talcott, “Sistemas, análisis de sistemas sociales”, pp.710-711.

⁵⁰⁵ PARSONS, Talcott, “Sistemas, análisis de sistemas sociales”, p.712.

⁵⁰⁶ Y es por ello que puede considerarse la tradición cultural de los actores como «objeto de orientación», por un lado, y las pautas culturales de cada sistema social, como «pautas internalizadas de expectativas cognoscitivas y de selección catéctico-evaluativa». Dichas pautas culturales bien pueden corresponderse con el predominio de los intereses de cada uno de los modos de orientación motivacional (por ejemplo, los sistemas de ideas o creencias, sistemas de símbolos expresivos, sistemas de orientación de valor), o bien con pautas culturales internalizadas por el propio individuo, integrándolas dentro de su sistema de orientación.

⁵⁰⁷ PARSONS, Talcott / SHILS, Edward (Dirs.), *Hacia una teoría general de la acción*, pp. 21 y ss. Dichas orientaciones de acción vendrían configuradas por un proceso racional de selección -y a veces por simple elección-, realizado a través de un juicio de discriminación cognoscitiva mediante el que se confiere un valor positivo o negativo a ciertos objetos en razón de su relevancia para la satisfacción de sus propios intereses y de su estructura organizativa motivacional (*modo catéctico de orientación*).

Sociológicamente hablando, se puede concluir que la acción pertenece a un sujeto concreto que tiene «motivaciones», «necesidades», «intereses», esto es, que tiene «deseos», pero sin prescindir de la importancia, para la realización de estos, de la naturaleza compleja de su sistema cognitivo, lo que permite integrar en una misma categoría los *deseos* y *riesgos* subyacentes. Porque es que la orientación de un sujeto en una dirección opuesta al orden que le obliga implica necesariamente que anticipe la inconveniencia de ello. Y al haber un componente «subjetivo» en toda acción (definida por el «sistema de la personalidad»), es que puede afirmarse que un sujeto puede experimentar, en un momento dado, una gran variedad de «orientaciones de acción», esto es, de «motivos» para actuar de muy diversos modos (puesto que tales orientaciones estarían fundamentadas en su «estructura motivacional»⁵⁰⁸). Ello resulta compatible con una concepción de acción de carácter *racional* y *finalista* a la que se suma su naturaleza *significativa*⁵⁰⁹. De modo que tal consideración *intencional* del comportamiento humano (*purposive behavior*), no ha de caracterizarse llanamente bajo la presuposición de un mundo objetivo previamente ordenado –en términos ontológicos-, en el que el individuo se orienta según unos fines pre-definidos y los medios disponibles para alcanzarlos, sino también como una *acción* de contenido simbólico, en la que el propio individuo le confiere un significado en razón de sus intereses pragmáticos. Y en la formación de ese significado, como cabe insistir, la eficacia del castigo sería terminante. La anterior consideración implica reconocer que la acción está precedida por un proceso de carácter subjetivo (*finalístico*) que permite observar no sólo la realización objetiva del hecho, sino también la significación del mismo⁵¹⁰. Psicológicamente concebida, según esta significación subjetiva, la acción *criminal* podrá ser comprendida así desde el doble efecto que produciría la impunidad sobre su propio curso causal: como «incentivo», en el entendido que puede afectar la conducta de forma circunstancial; como «refuerzo», bajo la tesis de que afecta interiormente el proceso neutralizador del «miedo» a la amenaza de castigos.

⁵⁰⁸ Es así como el sistema de la personalidad entroncaría con los «sistemas motivacionales», esto es, por sistemas compuestos de orientaciones de acción. Un *motivo* vendría dado en términos de una determinada *orientación de acción*. De esta manera cada sistema tendría una estructura. Los sistemas de la personalidad, en consecuencia, tendrían una «estructura motivacional», es decir, un conjunto de «orientaciones de acción». Y cada sistema de la personalidad estaría controlado no sólo por el sistema *cultural*, sino también por el *social*. Así las cosas, la personalidad sería el sistema organizado de la orientación y la motivación de la acción del actor individual. El componente básico de la personalidad estaría constituido por la disposición de necesidad, entendida como unidades más relevantes de la motivación de la acción.

⁵⁰⁹ PARSONS, Talcott / SHILS, Edward A. (Dirs.), *Hacia una teoría general de la acción*, pp. 21-22: «La orientación de la acción hacia los objetos implica selección, y quizá elección. La selección se hace posible por medio de *discriminaciones* cognoscitivas: la ubicación y caracterización de los objetos, que son experimentados por él, simultánea o sucesivamente, como si tuvieran valor positivo o negativo, de acuerdo a su relevancia para la satisfacción de los impulsos y de su organización en la motivación. A esta tendencia a reaccionar, positiva o negativamente, la llamamos *modo catéctico de orientación*. La catexia –fijación a objetos que son gratificantes y el rechazo de aquellos que son nocivos- descansa en la raíz de la naturaleza selectiva de la acción».

⁵¹⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, «Criminología y evolución de las ideas sociales», p. 38, «[...] ya en sus inicios, con los planteamientos de Weber, se pueden constatar efectos dentro de la teoría de la acción en el derecho penal, en la llamada “teoría de la acción social”, intento de replantear desde el punto de vista del sistema social la llamada “teoría natural causal”, que era el derivado más puro en el campo del derecho penal del positivismo naturalista. Pero más aún, en el plano de la teoría de la acción hay coincidencias sorprendentes entre los planteamientos de Weber y aún de Talcott Parsons y la llamada “teoría de la acción final” (cf. Bustos-Hormazábal, p. 539), que justamente pretende desligarse del puro causalismo y dar un sentido o un carácter teleológico a la acción».

Cabe terminar este apartado postulando que esta concepción incentiva de acción definida por lo simbólico del elemento propositivo y del factor aversivo que «lucha» contra lo positivo de la intención, tiene implicancia en la teoría del delito, concretamente en la atribución del injusto. En el capítulo VIII se procederá a sustentar que una concepción de intención de orden significativa, permitiría criminalizar esas acciones omisivas de los regentes públicos que por no adecuarse a la estructura físico-causal clásica, se quedan en no pocas veces en la impunidad. Por tal razón no ha de olvidarse, en el discurrir de su lectura, que la pregunta sobre la cual bascula el análisis no radica en «descubrir» por qué un individuo realiza acciones corruptas, sino en comprender por qué, el Derecho penal, no puede prevenir una concreta expresión de corrupción que presenta una característica en particular: la infracción consciente de un deber posicional. Pero ello no implica, ni mucho menos, que no se realicen referencias sobre ciertos condicionantes del comportamiento humano –con significación penal-, insistiendo en que no se hace alusión al delito genéricamente considerado, sino en referencia a una definida fenomenología delictual⁵¹¹. Y es que para comprender por qué un individuo realiza una concreta «elección» delictiva, se debe precisamente atender a la naturaleza específica de la correspondiente tipología delictual⁵¹². La razón es básica: los delitos responden a propósitos y situaciones muy diversas, incluso algunos ni siquiera siguen una lógica «racional»⁵¹³. En definitiva, no se trata de descifrar la génesis del comportamiento criminal, sino de establecer qué condiciones, aunque conectadas a su proceso configurativo, diluyen la fuerza coactiva del Derecho penal (intimidatoria); fuerza suasoria que, según la tesis aquí propuesta, se vería lastrada por la percepción de impunidad asociada a los procesos de selectividad penal.

⁵¹¹ Respecto a la crítica sobre los intentos de ofrecer planteamientos teóricos con pretensión de explicar el comportamiento criminal en general, refiere AGUSTINA, José R., “Premisas valorativas y enfoque práctico en la definición de una teoría criminológica: A propósito del modelo antropológico de la teoría de las actividades rutinarias”, REPCP, 2012, p. 5: « [...] la definición criminológica de delito no debería incluir nunca todos o la mayor parte de los comportamientos humanos (Felson 2006: 36-37). El afán desmesurado por construir una macro-teoría perfecta solo conduce a un callejón sin salida. A saber, si con la elaboración de una teoría pretendíamos acercarnos a explicar la realidad, ¿por qué nos alejamos de los hechos, de las definiciones descriptivas de conductas bien delimitadas, en favor de enfoques abstractos, generalistas, que más que ayudar a resolver problemas desorientan al “analista delictivo” por su tendencia a la vaguedad? En definitiva, las presentes reflexiones pretenden señalar los peligros de una construcción teórica alejada de la realidad que nos lleva a absurdas aporías, preguntas irresolubles o, cuando menos, cuestiones de dudosa utilidad».

⁵¹² Para determinar los aspectos materiales y subjetivos que intervienen en la judicialización efectiva de la corrupción, se traerán a colación algunas investigaciones realizadas en el campo de la criminalidad económica propiamente dicha, pues en últimas las formas de corrupción de naturaleza patrimonial presentan la misma lógica motivacional y situacional. Además de ello, ambos fenómenos aparecen, en la práctica, como dos *realidades criminológicas* interconectadas. Entre ellos, los reconocidos trabajos de BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico. Aplicado a la actividad empresarial*, Ed. Civitas, Madrid, 1978, pp. 47-84; FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *Estudios sobre criminalidad económica*, Ed. Bosch, Barcelona, 1978; FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, Ed. Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1983.

⁵¹³ En relación a la perspectiva criminológica de la *elección racional*, señala BLANCO CORDERO, Isidoro, “La corrupción desde una perspectiva criminológica...”, p. 270: « [...] la *naturaleza del delito* cometido es crucial para la explicación del mismo. Los motivos que llevan a decidir la comisión de un determinado delito son normalmente diferentes de los que guían la comisión de otros. Esto significa que las razones que mueven a un sujeto a realizar comportamientos corruptos, normalmente van a diferir de las que inspiran la comisión de otros delitos. Es más, como se ha evidenciado, en función del delito no sólo difieren las razones para cometerlo, sino también las formas de comisión».

8. Perspectivas sincrónica y diacrónica de la institución del castigo legal

La adopción de una concepción simbólica de la intención criminal, como se ha sugerido, implica realizar una categorización *temporal* del *iter* del delito y del proceso de incidencia del factor de constricción: 1) observación *diacrónica* de la infracción normativa; 2) observación *sincrónica* de la expresión delictiva. Ello resulta necesario para comprender no sólo la forma en que se produce la *selección penal negativa* del concreto fenómeno punido, sino también la forma en que ese déficit de persecución punitiva afectaría la capacidad motivadora del factor aversivo. La *impunidad* tendría entonces la virtud de generar sus efectos en ambas fases. La impunidad vinculada a los procesos de selección punitiva de naturaleza excluyente o negativa, bajo esa doble configuración temporal, representaría no sólo un factor motivacional básico del esquema de la disuasión instrumental, sino además una categoría simbólica con capacidad de afectar los procesos cognitivos que determinan la toma de decisiones. Dicha tesis se compadece con una concepción *simbólica* de la motivación delictiva, en la que el déficit de castigo percibido por parte del actor en sus distintos niveles de interacción, afectaría sus cánones de autorrestricción. Asumir dicha tesis implica afirmar que la decisión de ejecutar un delito, cuya sofisticación demanda una mínima proyección de su curso futuro, se halla mediada no por el castigo penal neutralmente considerado, sino por el significado que éste tenga para el concreto sujeto. Ello es coherente con una concepción de la norma jurídico-penal como imperativo, la que, como apunta ROXIN, « [...] se dirige a la voluntad humana y le dice al individuo lo que debe hacer y dejar de hacer...»⁵¹⁴. Esa posibilidad de afectación de la voluntad humana es la que permite precisamente considerar la dimensión simbólica del castigo, pues la naturaleza de los incentivos que confluyen en la proyección del específico delito, estaría afectada por valoraciones de orden cultural. El grado de eficacia de las normas jurídico-penales, de acuerdo con tal tesis, se vincularía no tanto a la percepción circunstancial de la amenaza de castigo, sino a la calidad e intensidad de los mensajes constrictivos que discurren permanentemente por los distintos *canales de intermediación*⁵¹⁵: la familia, los amigos, los *mass media*, etc. De modo que la presencia de la concreta oportunidad, tratándose de delitos de ordenación racional, pondría a prueba no tanto los miedos que percibe el delincuente potencial en función de la concreta situación, sino su «codificación autorre restrictiva». De ahí que quepa preguntar por el mundo simbólico del destinatario del miedo⁵¹⁶, en nuestro caso: los *señores de la corrupción*, que viene en gran parte determinado por su círculo de relaciones políticas e institucionales.

⁵¹⁴ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 322.

⁵¹⁵ HASSEMER, Winfried “Prevención general y aplicación de la pena”, p. 79: «Metodológicamente, la prevención general de la aplicación de la pena exige también una intermediación con el destinatario, cuya motivación es una aplicación del conocimiento en el decisor».

⁵¹⁶ HASSEMER, Winfried, “Prevención general y aplicación de la pena”, pp. 70 – 71: «En este marco se debe aceptar aún más el reconocimiento de la criminología para las teorías preventivo-generales de la pena y de la aplicación de la pena y, consecuentemente, diferenciar sus hipótesis. Muchas veces se remarca que la prevención general exige siempre a una persona “calculadora”, que sopesa los beneficios y perjuicios de su accionar. Esto es al menos sintéticamente. La descripción del sujeto actuante se completa recién con el interrogante de si y bajo cuáles condiciones también puede realizarse el cálculo. Esto no es una trivialidad, como se demuestra inmediatamente al tener en cuenta que la aceptación de normas no implica directamente su observancia».

La ordenación *temporal* del curso formativo del delito posibilita el análisis de los procesos disuasión normativa, dado que permite considerar no sólo la configuración subjetiva y circunstancial del acto, sino también la incidencia de la impunidad en la conformación cognitiva del *actor* protagónico. Esto último obliga a resaltar la dimensión histórico-cultural de los cursos de decisión humanos, analizando el nexo que vincula el proceso de enculturación previo del individuo y el *iter* de ejecución delictivo. A partir de tal concreción es que se determina que la acción tipificada por el Derecho penal posee una dimensión *social* que posibilita comprender, particularmente en los delitos de corrupción, el apartamiento individual de los fundamentos que legitiman su punición legal en razón de la propia construcción cultural⁵¹⁷. Por ello tal dimensión espacio-temporal de la motivación humana, como se apuntó, implica situar el factor intimidante en dos estadios lineales de incidencia: uno que operaría antes de la configuración del *iter criminis* propiamente dicho –afectado por el proceso de construcción social de la mente–, y otro que custodiaría todo el curso de proyección y ejecución del acto –anuladas las *restricciones de autosanción*–⁵¹⁸.

La caracterización *sincrónica* de la conducta corrupta, que se corresponde con la observación material-externa del delito en su último estadio configurativo, es la que permite deducir no sólo que su realización objetiva precisa de la existencia de una concreta *oportunidad*, sino además que, la utilización de esas opciones para delinquir, implica indefectiblemente que el agente corrupto realice una mínima proyección sobre los riesgos –o efectos no deseados– que potencialmente comportaría su actuación. Pero esta proyección no puede desligarse de la definición simbólica que el propio sujeto jurídicamente obligado realice de la decisión⁵¹⁹. Ésta caracterización subjetiva de la decisión, por tanto, es la que posibilita afirmar que la ponderación individual de los *beneficios* y los *riesgos* que subyacen a la concreta *oportunidad*, no puede mirarse como una simple operación econométrica en la que se procesan variables cuantitativas, sino en función de la fijación de ciertos esquemas previos de valoración. Son estos cánones de valoración introyectados gradualmente por cada individuo –y que afectan la formación de su estructura cognitiva–, los que permiten una comprensión mayor de los procesos de disuasión jurídico-penal.

⁵¹⁷ HASSEMER, Winfried “Prevención general y aplicación de la pena”, p. 71: «Para las teorías preventivo-generales de la pena y de la aplicación de la pena, es significativo lo que descubrieron SPERGEL, en el marco de la “*blue collar Kriminalität*”, sobre las diferentes opiniones de bandas frente a las normas; SHORT y STRODTBECK, en el trabajo normativo en procesos grupales, o lo que la criminología denomina –ante todo a continuación de SYKES y MATZA– “técnicas de neutralización”: estas tres direcciones de investigación se basan en la tesis de que en todos los casos en que las personas que viven en subculturas criminales y mal socializadas realizan una asimilación normativa que debe ser tomada en consideración si se quiere hacer una afirmación sobre la motivación mediante normas o amenazas de pena».

⁵¹⁸ HASSEMER, Winfried “Prevención general y aplicación de la pena”, p. 72: «Semejantes reconocimientos no están de ninguna manera delimitados en subculturas criminales de origen “clásico”. Palabras claves como “moral limitante” y “dependencia” de normas grupales, “psicología de finanzas y competencias” señalan estructuras y procesos de formación de normas y estabilización normativa en autores penales económicos, los cuales contraponen por lo menos una resistencia a una motivación, a través de la amenaza de pena; también el autor “socialmente adaptado” subyace –justamente a través de su adaptación profesional– en mecanismos que podrían ser resistentes contra esfuerzos preventivo-generales».

⁵¹⁹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 296: «El papel de las sanciones legales en la conducta delictiva ha de analizarse dentro del sistema conceptual mucho más amplio de regulación del comportamiento humano. Los disuasores de la conducta delictiva provienen de tres fuentes principales: las restricciones de la autosanción, de la sanción social y de la sanción legal».

La caracterización del acto de corrupción desde un plano *sincrónico* permite señalar, a partir de su configuración material, los factores institucionales que afectan la criminalización negativa del delito y, por efecto de ello, el control individual de los factores que generan aversión al riesgo. Es esta la típica caracterización del delito que realizan las perspectivas criminológicas fundamentadas en la consideración circunstancial del acto, para ser más exactos, las propuestas de *prevención situacional*, por ejemplo, dirigidas a reducir la probabilidad de ocurrencia del delito incidiendo sobre las estructuras de oportunidad: discrecionalidad de los funcionarios públicos para la toma de decisiones, ausencia de controles externos sobre los procesos de gestión de los recursos asignados, etc. Precisamente, como señala BLANCO, «Normalmente un delito, y en particular la corrupción, no se puede llevar a cabo si no existe una oportunidad»⁵²⁰. Pero esta caracterización circunstancial no dice nada sobre la *génesis* de los motivos de la acción. De ello se sigue que la motivación frente a la corrupción no deba de apreciarse solamente desde un prisma estático, en el que ve al funcionario realizando un análisis costo-beneficio abstraído de la realidad cultural que lo condiciona, sino estableciendo el influjo de los cánones valorativos introyectados por éste a lo largo de su curso de enculturación y que luego pueden posibilitar su permisión respecto de la protección de intereses jurídicos.

Desde el punto de vista de la entidad material de la corrupción, como es común, ésta puede comprenderse en razón de las *opciones* que se configuran en torno al sistema de gestión público para la adquisición de los fines que la motivan. La consideración de la *oportunidad delictiva* en su entidad motivacional tiene que ver con el hecho de que, como apunta BANDURA, «Violando las prohibiciones, el individuo puede conseguir lo que desea más expeditivamente que siguiendo las reglas molestas»⁵²¹. Y esa infracción tendría que ver, como también lo plantea el autor, con la limitación de medios legítimos para la consecución: «Aquellos que carecen de alternativas prosociales, mediante la transgresión pueden asegurarse recompensas que de otra forma estarían vedadas para ellos»⁵²². Por ello tal análisis puede efectuarse a partir de la identificación de áreas concretas de ese sistema de gestión vulnerables al fenómeno (*danger zone*)⁵²³. Los procesos ilícitos de contratación pública representan, sin duda alguna, una de las áreas más vulnerables a la corrupción. La adopción de este criterio no es fútil: Como recuerda MALEM, «[...] las licitaciones se han señalado como el caldo de cultivo más fructífero para el desarrollo de las actividades venales»⁵²⁴. Advertir el aspecto circunstancial del delito resulta de suma importancia en este análisis, pues es precisamente en razón de la omisión de los regidores públicos frente a la protección efectiva de este y otro tipo de procesos, que se ve facilitada la corrupción.

⁵²⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro, “La corrupción desde una perspectiva criminológica...”, p. 269.

⁵²¹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 313.

⁵²² BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 313.

⁵²³ Siguiendo el planteamiento propuesto por ANDERSSON, Staffan, “Political Corruption in Sweden”, en *Corruption in Contemporary Politics*, [Martin Bull y James Newell (Eds.)], Palgrave, Houndmills, 2003, el concepto de «*Danger zone*» utilizado aquí para el análisis de la corrupción desde el plano material, estaría referido a aquellas áreas (zonas) concretas del sistema de gestión político-administrativo del Estado, que presentan un grado de vulnerabilidad o de exposición más o menos importante frente al fenómeno.

⁵²⁴ MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, p. 78; ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos...*, p. 36. Según refiere la autora, «Los pagos corruptos para obtener grandes contratos y concesiones constituyen generalmente el coto de los grandes negocios y funcionarios de alto nivel».

La consideración de los procesos ilícitos de contratación pública como *situación propicia* para alcanzar un objetivo económico que se torna atractivo por el alto valor de la transacción inherente a tal *oportunidad diferencial*, posibilita objetivar esos incentivos de naturaleza subjetiva que confluyen en la fase de ejecución criminal⁵²⁵. La caracterización material de *zonas* de gestión vulnerables a la corrupción, concretamente, permite observar la relación que se forma entre tres de los principales factores motivacionales utilizados por las perspectivas criminológicas de la *elección racional* (*rational choice*) y la *oportunidad* (*routine activities*) para prever la génesis de delitos patrimoniales⁵²⁶. Se trata del *dialelo* que se forma, alrededor del proceso motivacional –criminal-, entre el *deseo* de obtener un beneficio particular (*finalidad concreta perseguida*), los *medios* disponibles que precisa tal finalidad (*oportunidad diferencial*) y la *ineficacia* de los mecanismos establecidos para inhibir (desincentivar) el correspondiente proceso motivacional (*ausencia de controles eficaces*). El análisis criminológico de tales procesos permitiría apreciar claramente que la ejecución de un acto sofisticado de corrupción precisa no sólo de la disposición de un sistema de oportunidad idóneo para alcanzar el propósito perseguido (en este caso, económicos), sino además la ponderación de los riesgos que ello comporta. Esto último difícilmente puede negarse tratándose de delitos «prototípicamente» antijurídicos. Las variables motivacionales del delito adquieren, así, una *faz* objetiva. Desde la praxis resulta factible certificar que la obtención de dinero representa normalmente la *finalidad* ingénita que preside tales procesos de decisión. Sería éste el elemento *finalístico* que normalmente sistematiza la Dogmática dentro de la categoría de la tipicidad –subjetiva- en los delitos de cohecho. Pero también es coherente sostener que, en la proyección mental que preside dicho proceso de ejecución, se ponderarían los riesgos materiales que ello potencialmente puede acarrear. Para llegar a tal conclusión es necesario concebir la *oportunidad* no sólo como situación idónea para alcanzar la concreta finalidad inherente al acto de corrupción, sino también como situación propicia para «burlar» las barreras legales amenazantes⁵²⁷. Bajo esta premisa se postula aquí la referida concepción de acción de orden bifronte.

⁵²⁵ Una relación detallada de los actos del proceso de contratación administrativa, así como también de los distintos tipos de contratos de la Administración (aspectos genéricos y también referencias específicas relativas al ordenamiento jurídico español), es el descrito por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo / FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo I*, 14ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 679 y ss.

⁵²⁶ Las perspectivas criminológicas de la *elección racional* y de las *actividades rutinarias* pueden ser aplicadas al análisis de los delitos de corrupción. Un ejemplo de ello es el análisis realizado por BLANCO CORDERO, Isidoro, ““La corrupción desde una perspectiva criminológica...””. Para una mayor comprensión de estas perspectivas, *Cfr.*, entre muchas otras, BECKER, Gary, “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, 76, 1968, pp. 169-217; BECKER, Gary, “Crime and Punishment: An Economic Approach”, en Stigler (ed.), *Chicago Studies in Political Economy*, University of Chicago Press, Chicago / Londres 1988, pp. 537-592 (primera publicación en 1968).

⁵²⁷ En este trabajo el concepto de racionalidad alcanza los tres componentes del modelo criminológico propuesto: racionalidad del *fin* (afán desmedido de lucro o posesiones materiales), racionalidad de *medios* (es decir, la necesaria racionalización-planificación de las formas para conseguir esos fines) y racionalidad del *control* (sanción formal e informal). Por tanto, el comportamiento corrupto es necesariamente racional, pues si bien los fines y controles pueden tener cierta dosis de irracionalidad, la planificación del acto (de la manera de hacerlo), difícilmente puede concebirse sin perder de vista el fin que lo preside y los riesgos que comporta. En definitiva, a pesar de los condicionamientos culturales, la conducta es controlable por el individuo. Así, en referencia a los planteamientos propuestos por Bandura (1987, pp. 60-61), refiere FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 175: « [...] el hombre no es la única fuente de determinantes de la acción, pero sí es cierto que contribuye en cierta medida a sus propios actos, los cuales, a su vez, determinan la naturaleza de las situaciones con las que se encuentra».

La acotación objetiva que aquí se efectúa de los procesos de gestión pública no es baladí. Por el contrario, más allá de las razones metodológicas que obligan a delimitar un ámbito de estudio tan amplio como el de la corrupción, tal acotación responde a la necesidad de comprender, a partir de uno de sus principales «puertos de entrada»: la *contratación oficial*, el control de los factores de constricción y sus repercusiones sobre los procesos de decisión criminal. Y es que dado que en aquéllos procesos se canalizan recursos monetarios, no resulta extraño que alrededor de ellos se suelen configurar múltiples prácticas corruptas definidas por una omisión de tipo cautelar, a saber: el cohecho, el tráfico de influencias, el uso de información privilegiada, la malversación de caudales públicos, la prevaricación administrativa y, por supuesto, el propio incumplimiento de los requisitos formales inherentes a los procesos de contratación oficial⁵²⁸. La configuración objetiva de tales expresiones *típicas* de corrupción y su representación en los elementos descriptivos y normativos del *tipo penal*, obliga a redefinir esa concepción del dolo en la que el elemento «intencional» suele identificarse básicamente con la finalidad positiva de la acción delictiva. Adicional a esta consideración propositiva de orden activa, como se indicó, la significación de las acciones omisivas resulta precisa para comprender la infracción típica, puesto que tratándose de aquellos delitos definidos por una falta de control, ese *no hacer* debe tener relevancia jurídica.

La impunidad es, desde esta concepción instrumental o mecanicista del delito, una variable objetiva que probablemente es tenida en cuenta por el potencial corrupto en sus proyecciones delictivas. Pero desde una perspectiva diacrónica, a diferencia de aquélla, puede verse que la percepción subjetiva de *riesgos* por parte del actor dependería no sólo de la concreta situación (en función de la existencia de la oportunidad), sino también de la racionalización previa de los factores de *miedo* interiorizados por aquél durante su fase constructiva. Llevado a un supuesto tal caracterización, la aceptación de un soborno por parte de un funcionario para favorecer a un empresario con su decisión resulta difícil concebirla sin considerar la importancia que el primero le atribuye al dinero, lo que, sin duda, estaría ligado a los significados culturales que introyecta el sujeto en sus distintos niveles de interacción. Y los costes, al igual que los beneficios que motivan el delito, no sólo resulta difícil escindirlos del proceso de motivación (pues el éxito de la operación fraudulenta precisa burlar [racionalizar] las barreras legales de protección [precisamente porque la corrupción es «parasitaria» de un sistema de normas]⁵²⁹), sino que también deben vincularse a la fase de construcción cognitiva del sujeto, pues es a partir de ese proceso que habrá podido introyectar el conjunto de significados que finalmente le permiten valorar la conveniencia de delinquir –o no-. Es éste, pues, el campo de configuración *diacrónica*.

⁵²⁸ Cfr. CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, *La corrupción en la contratación pública en Europa*, pp. 59 y ss.; De forma más sintética, Cfr. CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, “La tipificación de la corrupción en la contratación pública en Europa”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura / GORIÓN BARRANCO, M. Concepción / FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio / DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola (Coords.), *Poder y delito. Escándalos financieros y políticos*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2012, pp. 179 y ss.

⁵²⁹ CARTOLANO S., Mariano J., *La corrupción...*, p. 39: « [...] el concepto de corrupción aparece lógicamente vinculado a un sistema de normas, a tal punto que no es posible referirse a ella, sin hacer referencia simultáneamente al marco normativo en el cual se produce el acto o la actividad tachada de corrupta».

Entonces, si desde un plano *sincrónico* la racionalización de los incentivos que posibilitan la realización del delito por parte del sujeto activo se precia por el esquema instrumental de la disuasión normativa en función de las oportunidades diferenciales que se configuran alrededor de los procesos de gestión públicos, desde un plano *diacrónico*, a diferencia de aquél, la génesis de la acción corrupta se define en función de los cánones o categorías de sentido asociadas a la configuración histórico-cultural de las cogniciones del *sujeto decisor*. La observación de la corrupción a partir de criterios simbólicos de definición, como el *estatus*, adquiere especial trascendencia cuando se trata precisamente del estudio de comportamientos antinormativos que se producen en marco de una concreta cultura organizacional. Recordemos que el *estatus* social, sociológicamente comprendido, designa la posición que un individuo ocupa dentro de una estructura o grupo social determinado. Tratándose de corrupción pública, específicamente aquella que se desarrolla en los estratos sociales más altos, el *estatus* del infractor permite apreciar la naturaleza significativa de esas categorías de sentido bajo las que se rige. Y ello puesto que es justamente lo que debe realizar una persona para adquirir o mantener tal estatus: disponer de dinero, uno de los factores que impulsan la comisión de actos corruptos. Como apunta BANDURA, esos determinantes personales que surgen a partir de experiencia, « [...] no son simplemente modelos conservados de contingencias ambientales previas, sino que la representación del pasado implica procesos constructivos»⁵³⁰. A partir de ello se puede comprender la racionalidad subjetiva que preside sus decisiones corruptas, pues en función de las condiciones particulares ligadas a su cargo, función o relevante posición, se define no sólo la calidad de las relaciones sociales –de diverso orden que le afectan-, sino también la calidad de las opciones para el delito⁵³¹. Tratándose de corrupción pública, como se apuntó *supra*, el análisis de la construcción histórico-cultural del *perfil* que habitualmente caracteriza al sujeto decisor dejaría al descubierto no sólo el origen de los incentivos positivos desmedidos que determinan el proceder criminal, sino además la desestructuración previa de los estímulos negativos que buscan contener tal proceder⁵³². Pero ese proceso de anulación, vale aclarar, no consiste tan solo en una afectación superficial por experiencias lejanas, sino en una neutralización cognitiva de significados.

⁵³⁰ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 36.

⁵³¹ El tratamiento conjunto de estos dos criterios no es banal. Según una visión *funcionalista* de la *teoría del rol*, las acciones individuales vienen determinadas en razón del *status* social que ostenta el actor y los *roles* desempeñados por éste. Tales exigencias permiten determinar qué conductas son apropiadas y cuáles no en función del concreto contexto espacial. Y ello se produce gracias a los procesos de interacción o de relaciones intersubjetivas. Para la corriente del *interaccionismo simbólico*, precisamente, dichos procesos de construcción subjetiva van cimentando la lógica de las situaciones cotidianas que fijan lo que un grupo social espera del individuo y lo que éste espera de aquél. Sobre la corriente del *interaccionismo simbólico*, Cfr., entre las obras pioneras, MEAD, George H., *Mind, Self, and Society*.... Por ello, al igual que sucede con el propósito de concreción *objetiva* del delito, el análisis del fenómeno desde el plano *subjetivo*, resulta trascendental para comprender la manera cómo, el *status* personal del agente público y los *roles* institucionales que éste cumple, entrarían en conexión con la relación que se teje entre la *impunidad* derivada de los procesos de selectividad penal y la eficacia disuasoria del castigo en función de *finalidad* y *oportunidad* que preside el acto.

⁵³² MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases...*, pp. 45-46: « [...] el carácter imperativo de la ley penal se corresponde con la *función* que ésta está destinada a cumplir»: «La norma penal opera apelando a la *motivación* del ciudadano, amenazándole con el mal de la pena para inclinar su decisión en favor del derecho y en contra del delito».

La anterior concepción del *iter* de la motivación permite hablar de un *control penal diferido* –en el tiempo- y un *control penal inmediato*. El primero operaría a lo largo del proceso de socialización del individuo. Pero este *typus* de control no ha de ser identificado con la incidencia integradora de la norma jurídico-penal, pues una cosa es la interiorización gradual de valores positivos, y otra muy distinta la construcción interna de la *significación social constrictiva* del miedo al castigo: la introyección de sus efectos indeseables. Por su parte, el segundo operaría a partir del momento en que el sujeto se propone invadir ciertamente la esfera del Derecho penal objetivo. Este doble nivel del control penal es precisamente compatible con la función preventivo-general intimidatoria de la pena, pues el miedo no estaría destinado a operar sólo en el instante concreto en que un individuo se dispone a ejecutar el delito, sino en un momento previo al *iter criminis*. Esta idea pretende aplicarse a aquellas situaciones generadoras de corrupción que presentan mayores problemas para su judicialización. La primera de ellas está relacionada con aquellas prácticas de corrupción en las que si bien ciertos agentes públicos de nivel superior no toman partido en la ejecución material de la misma, sin embargo se encuentran tras la barrera moviendo los hilos de la entidad en que se producen. La segunda está relacionada con aquellas prácticas corruptas en la que si bien el gestor principal de una entidad no toma partido alguno en la ejecución material e intelectual de la misma, sin embargo descuida a tal punto la toma de cautelas para evitar la lesión del bien jurídico, que su conducta debe necesariamente ser sancionada conforme al cuerpo de principios y reglas que gobiernan el deber de cautela que asumen ciertos funcionarios en razón de su posición de garantes.

De manea, pues, que la corrupción habrá de concebirse en su curso diacrónico complejo. Un supuesto de hecho ayudará a concretar esta tesis: Desde temprana edad se van interiorizando inconscientemente las presiones sociales hacia la consecución del éxito. Luego, como este éxito normalmente se mide a partir de la acumulación de símbolos de estatus, cuya gran mayoría pueden adquirirse a través del fin instrumental que motiva buena parte de los delitos de corrupción: el dinero, los incentivos positivos que presiden esta tipología de delitos estarán de este modo asegurados. Sería éste el refuerzo positivo representado en la lógica conductista. Posteriormente, por las definiciones sociales sobre lo público, la función pública se presentará como una oportunidad ideal para alcanzar estos objetivos culturalmente estructurados. En este punto podría decirse que ha fracasado ya la función integradora del Derecho penal: su actitud de respeto por el Derecho. Pero además, paralelamente, los estímulos aversivos también pueden empezar a neutralizarse gradualmente mediante el control cognitivo de la situación aversiva que posibilita la impunidad. Ideas como que «*esto no tiene nada de malo*», como ya se ha indicado, operarían como refuerzos negativos de los comportamientos prohibidos penalmente. Esta *predisposición* permite afirmar que la función intimidatoria de orden abstracto ya habría fracasado. Después cuando nuestro sujeto asume de manera efectiva un cargo público, éste adquirirá una comprensión más precisa de esos factores aversivos teóricamente asociados al castigo legal y que cree puede controlar mediante actuaciones que están a su alcance. Es precisamente esa posibilidad de control de la situación de riesgo, la que le facilitaría imponerse al miedo. Luego ese control del riesgo interferiría no sólo respecto de aquellas conductas definidas por lo activo, sino también frente a las que demandan su actuación.

El modelo criminológico que se propone en el capítulo siguiente permitiría, en tal sentido, comprender tal tesis. Su base gnoseológica permitirá determinar que la tolerancia social institucionalizada de comportamientos corruptos conferiría un significado a la corrupción que daría lugar a entenderla, por ejemplo, como «*una forma de hacer negocios*», no como un acto criminal, o siendo más específico, el recibo de un soborno, no como un acto corrupto, sino como una simple comisión propia de cualquier transacción comercial. De modo que la criminalización de un comportamiento no ha de verse sólo desde el punto de vista formal –como consenso del legislador–, sino desde el punto de vista social –como un verdadero consenso cultural–, único punto de vista que determinará la eficacia de la norma, porque no es el legislador el que determina si es adecuado, o no, sino la propia sociedad. Por ello si las acciones penalmente prohibidas se contraponen a las sensaciones sociales, las primeras devienen ineficaces. Y esa ineficacia, según la tesis propuesta, afectaría la función intimidatoria del Derecho penal, en la medida en que la impunidad posee una carga simbólica que afecta esos contenidos de conciencia que finalmente conforman los cánones de autorrestricción comportamental. De manera que para que la conducta amenazada penalmente disuada a sus destinatarios, ésta ha de ser desvalorada por la sociedad en su conjunto. Es en esas convenciones que se instituyen con el paso del tiempo al interior de las comunidades, que la significación del castigo pierde la connotación simbólica atribuida por la ciencia penal y, a partir de ella, por el titular del *ius puniendi*. Y es en esta diversidad de contenidos simbólicos respecto al delito y al castigo, que deberá hallarse las razones por las que desvanece la fuerza intimidatoria de la pena.

Es así como se arriba a la conclusión de que la comprensión del curso generativo de la corrupción y la configuración de los procesos de control social del delito de tipo formal y no-formal, se encuentran ligados a la comprensión de los factores que facilitan la reproducción y conformidad, por parte de los individuos, de los significados socialmente institucionalizados. Dicha interrelación permitiría apreciar, como brevemente se ha puesto de relieve –y como se entrará a desarrollar–, la conexión entre los postulados teóricos que sustentan el Socioconstruccionismo y los presupuestos ontológicos que toma la Psicología Cultural para la explicación del influjo del contexto cultural en la construcción *subjetiva* de la realidad y su transmisión entre los miembros de la misma comunidad. Dicha perspectiva permite explicar el modo en que, la cultura bajo la que interactúa el individuo, influye de forma determinante en la manera en que se representa la *realidad*, en nuestro caso concreto, la forma en que llega a concebir la cuestión criminal. Y la importancia que representa la perspectiva epistemológica y teórica para la ilustración del fenómeno social investigado radica, precisamente, en que si se parte de una concepción en la que el hombre individualmente considerado percibe e interioriza una realidad desde su particular punto de vista, realidad que puede constituir una representación parcial de los múltiples fenómenos objetivamente existentes dentro de cada cultura, entonces tal visión subjetiva debe acoplarse al estudio criminológico del delito y a su tratamiento político-criminal. De manera que la tesis central se dirige a esgrimir que la eficacia disuasiva de la pena está directamente relacionada con el rechazo social generalizado del delito, en términos dogmático-penales, de la valoración colectiva de los correspondientes bienes jurídicos.

9. Conclusión

La adopción de un punto de vista subjetivo para la comprensión gnoseológica de un fenómeno delictivo atravesado por la cultura popular, como se expresó, precisa la adopción de un paradigma epistemológico y un enfoque disciplinar que permita una inversión de la mirada analítica en su exploración. Esa visión, más que centrarse en las características externas que presenta el fenómeno en su objetiva dimensión, lo que busca es desentrañar el conjunto de significados intraculturales que se circunscribe a ciertos designios criminales. El paradigma interpretativo, como se sustentó, permite esa comprensión significativa de los fenómenos sociales. Posibilita, en lo que respecta al delito, adentrarse en el mundo de significados que preconizan el «mundo» del infractor. Luego las perspectivas teóricas articuladas a este paradigma, lógicamente, deben permitir asimismo una comprensión significativa del fenómeno sometido a análisis. El Socioconstruccionismo, como se desarrolló, se articula bajo un conjunto de presupuestos gnoseológicos que no sólo encumbra como elemento central para la comprensión de la experiencia psicológica la subjetividad, sino que además vincula a ésta el *modo* como se construye el «contenido» simbólico de la mente y la *naturaleza* de tal contenido. La forma de adquisición, según se dijo, se vincula a los procesos de construcción de la realidad que se dan en la interacción social. La naturaleza de esos significados, como también se precisó, no podía ser otra que la que se asocia a los valores, costumbres, usos, pautas comportamentales, entre otras derivas del pensamiento humano, que se instituyen a lo largo del tiempo en toda cultura. En esta mirada, entretanto, hallan cabida una Psicología (Cultural) y una Sociología (Comprensiva) que conciben la acción venal en su entidad significativa e intencional.

Los referidos presupuestos gnoseológicos, de tal modo, serían necesarios para adentrarse en la comprensión criminológica del delito intencional. Particularmente, su aplicación principal en este análisis recae sobre la entidad simbólica del miedo asociado al castigo legal. La aplicación de los presupuestos de este paradigma y las perspectivas teóricas que le acompañan al estudio del fenómeno delictivo objeto de análisis, posibilita la comprensión de la naturaleza construida de las representaciones sobre el castigo que se forman las personas en la comunidad en la que habitan. Guardando coherencia con la entidad abstracta y concreta del miedo punitivo delineado en el capítulo anterior, la Psicología Cultural en conjunto con la Sociología Comprensiva permiten establecer cómo los discursos y narrativas populares que se añan a las vivencias que conforman la experiencia psicológica de los individuos que comparten un mundo común de significados –histórica y contextualmente situados-, son los que confieren uno u otro sentido al contenido aversivo que presupone el instrumento punitivo. De esta forma se habla de decisiones fundadas en una racionalidad subjetiva. Tratándose de actos de corrupción, concretamente, los referidos presupuestos gnoseológicos permiten ver el delito como la expresión de un conjunto de significados que entran en tensión y en donde los diversos sistemas de regulación –como la moral, la ley o la religión- limitan la dirección del comportamiento humano en función de la validación intersubjetiva de su fundamento de legitimación. En suma, desde tales presupuestos se pretende mostrar el delito como una expresión externa del mundo de significados que otorgan sentido a la vida del infractor.

CAPÍTULO III

REDEFINICIÓN SUBJETIVA DEL MODELO CRIMINOLÓGICO DE LA DISUASIÓN PUNITIVA

1. Introducción

Hasta aquí han quedado sentadas las bases epistemológicas y teóricas destinadas a sustentar un modelo criminológico dirigido a posibilitar una mayor comprensión del clásico esquema de la teoría de la disuasión construido bajo la lógica castigo-premial. El propósito de este capítulo es, a partir de los presupuestos que integran esa *base gnoseológica*, desarrollar un modelo criminológico en el que se pueda articular el curso constructivo de los incentivos del delito a las variables objetivas del actuar criminal: el «fin», la «oportunidad» y la «ausencia de riesgos». Se propone determinar, además, cómo la variable objetiva «oportunidad» señalada por las teorías criminológicas de la elección racional, tratándose de corrupción, constituye un momento situacional y temporalmente complejo que debe identificarse no sólo con la posibilidad material de obtención del elemento propositivo que induce el acto, sino también con la probabilidad de salir «ilesa» del mismo (impune); como aquel que se apodera de lo ajeno sólo cuando no le están observando. Este factor se concibe, por tanto, como un momento en el que confluyen un conjunto de significados asociados al propósito que justifica el acto ilegal y el factor aversivo que teóricamente lo desincentiva. Es esta mirada subjetiva de la situación delictiva, la que permitiría la redefinición de esa concepción de acción descrita usualmente por su entidad «activa». La redefinición que se propone, tratándose de acciones proscritas –en simultánea– desde el plano moral y legal, vendría dada por la tensión que en la práctica se produce entre el elemento finalístico que la impulsa el acto y los estímulos aversivos que jurídicamente se establecen para desincentivarla. Aquí, justamente, la importancia del factor impunidad (ausencia de riesgos) que integra el modelo de la disuasión. Se indicará, de conformidad con la referida subjetivación, que aquella «oportunidad» se define por ese momento en el que el sujeto «tentado» reflexiona, no ya sobre la posibilidad de ser o no castigado –sintiendo un riesgo de orden abstracto–, sino sobre la probabilidad que tendría de controlar materialmente la fuente de riesgo para asegurar la impunidad de su acto.

2. Repercusiones de la redefinición subjetiva del modelo de la disuasión punitiva

La subjetivación de la racionalidad del modelo criminológico que representa el clásico esquema de la disuasión punitiva está referida a que, habida cuenta que el agente dispuesto a corromperse puede anticipar cognitivamente la conveniencia –o no- de realizar la potencial conducta indeseada, necesariamente ese proceso resolutivo implicaría una previsión mental tanto de los *pros* como de los *contras* del acto ilegal. Difícilmente se discutiría que la gran mayoría de corruptos reflexiona sobre la ventaja que puede adquirir con el producto del ilícito. Esta ventaja, tratándose de omisiones cautelares, se identificaría con los incentivos que le llevarían a omitir el acto de protección. Pero también resulta difícil negar que puede anticipar, aunque sea de manera distorsionada e imprecisa, los riesgos a los que se expone jurídica y socialmente. Y aquí va la tesis que se propone: el aprovechamiento o creación de los factores generadores de impunidad (que pueden ser éstos la evitación de la denuncia oficial del ilícito [control del descubrimiento], de la identificación, obtención y aseguramiento de los elementos materiales probatorios o evidencia física [control de la prueba] y el dominio de la aplicación de las reglas de judicialización –sustantivas y procesales- del acto [control del proceso de aplicación normativa]), operarían como un entorno de seguridad en el que el miedo irrogado a la sanción jurídico-penal se desvanecería; algo así como un «antídoto para el miedo». Se verá a lo largo de este capítulo, a partir de los componentes estructurales del acto de corrupción, por qué la anticipación mental de las ventajas positivas del acto de corrupción o de un mero acto de omisión, implica necesariamente una ponderación simultánea de las representaciones asociadas a los riesgos normativos que preconizan la acción criminal.

De la anterior tesis se extraen dos consecuencias para el análisis de los capítulos que en adelante se desarrollan. La primera está relacionada con la concepción de acción a la que se llega mediante la confusión simbólica de los pros y los contras implícitos en el proceso deliberativo que conlleva a la proyección del delito. Se verá por qué, como ya se ha avanzado, un acto de corrupción integra necesariamente el conocimiento o anticipación cognitiva tanto del componente finalístico o propositivo que confiere sentido al acto delictivo así como del elemento aversivo que viene asociado al incumplimiento normativo. Esa proyección o anticipación mental alcanzaría su máximo nivel intensivo en el curso reflexivo que encierra la presencia efectiva de la oportunidad delictiva. La segunda está relacionada con las repercusiones prácticas de orden criminológico, dogmático y político-criminal de esa confusión o integración de los incentivos del delito: Criminológicamente, la identificación de los factores materiales que impiden la denuncia y el procesamiento efectivo del acto delictivo han de conducir a la implementación de medidas tendentes a reducir la «seguridad» que le permite al delincuente atemperar (controlar) la intensidad del miedo punitivo. Dogmáticamente, esa concepción bifronte de acción permitiría integrar el elemento aversivo en la propia estructura subjetiva de la teoría del delito y, a partir de ello, evitar la aplicación de reglas formales que conlleven a la impunidad: como por ejemplo la invocación de los errores de tipo o de prohibición. Y político-criminalmente, porque en últimas una y otra estarían destinadas a lograr que la pena pueda cumplir de manera más eficaz esa función a la que está llamada: la prevención mediante la profusión del miedo.

3. Modelo criminológico de la disuasión punitiva fundada en la profusión del miedo

Hasta este punto se han enunciado los componentes basales del modelo criminológico que a continuación se relaciona en su dicción objetiva. En el capítulo anterior, como cabe recordar, se esbozaron una serie de principios epistemológicos y disciplinares que tenían por fin permitir la entrada de la subjetividad en dicho modelo criminológico. En el presente capítulo, precisamente, se destacará la importancia de ampliar el marco de la subjetividad cuando se trata de alcanzar una mayor comprensión del comportamiento humano con significación criminal. Por tanto, no se trata de un esquema teórico construido *ex novo*, sino de una «redefinición» subjetiva de un conjunto de planteamientos ya afirmados en la *teoría criminológica*. Como ya se ha hecho referencia, esos planteamientos no podían ser otros que los cimentados bajo el mismo paradigma filosófico de la *elección racional* en el que se ha soportado no sólo la Psicología y la Sociología en su aplicación criminológica, sino también la propia Dogmática penal. Esta afiliación no es ni mucho menos propia. Algunas de las premisas filosóficas classicistas, como ha sido apuntado por AKERS, encuentran actualmente reflejo en las denominadas «perspectivas teóricas continuadoras de la *escuela clásica*»⁵³³, particularmente, en los postulados de las teorías de la «*elección racional*» y de las «*actividades rutinarias*». Mayor la importancia de estas perspectivas criminológicas, en la medida en que son, por antonomasia, las que mejor parecen explicar la delincuencia de tipo patrimonial (incluida la corrupción)⁵³⁴. Por tanto no se trata de adoptar en su originaria dimensión las referidas perspectivas criminológicas, puesto que toda teoría sobre el comportamiento humano que se construya bajo una lógica positivista – nomotética y predictiva-, reniega precisamente de esa subjetividad que en este trabajo se ha tratado de encumbrar⁵³⁵. Y es en este sentido que se propone una reevaluación del referido modelo criminológico cuando de lo que se trata es de comprender las razones por las que un individuo se aparta de esas predicciones objetivas: Se trata de observar esas categorías esenciales que se incluyen en las referidas perspectivas criminológicas, concretamente las componentes «finalidad», «oportunidad» y «riesgo», no como estímulos objetivos y externos –desprovistos de significado- capaces de provocar una sucesión de *cursos de acción* dirigidas bajo una especie de determinación personal de tipo mecánico, sino en su dimensión subjetiva, esto es, como categorías de sentido que adquieren uno u otro significado para el concreto sujeto que las procesa cognitivamente; los mismos significados que, en últimas, están ligados a la toma de decisiones con relevancia legal.

⁵³³ Así, entre muchos otros, CID MOLINÉ, José / LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías criminológicas...*, p. 44; Relacionado con este aspecto, refiere ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, RDPC, 2/2004, p. 49: «Como acostumbra a ocurrir con el enfoque de la elección racional, debido a la sencillez de su esqueleto teórico y a tratarse de una construcción basada en la acción intencional, no resulta difícil encontrar en el pasado reflexiones sobre el fenómeno criminal que pudieran interpretarse como antecedentes de este enfoque. Sin embargo, hay acuerdo en que el primer uso sistemático de este tipo de análisis se debe a Beccaria y Bentham, que lo utilizaron para criticar los sistemas penales de su época. Ambos autores basaron su análisis positivo en una concepción antropológica del hombre como ser racional y guiado por el propio interés, y su análisis normativo en la teoría ética utilitarista».

⁵³⁴ Un claro ejemplo de ello, como ya se apuntó, lo constituye el trabajo elaborado por BLANCO CORDERO, Isidoro, «La corrupción desde una perspectiva criminológica...», pp. 267 y ss.

⁵³⁵ GARCIA-BORÉS, José M., «Paisajes de la Psicología Cultural», pp. 10-24.

Las referidas perspectivas criminológicas hallan respaldo, por estar ancladas al paradigma de la elección racional, en la misma posibilidad de *motivabilidad del hombre*⁵³⁶. Racional, en la medida en que, de acuerdo con sus premisas clasicistas fundantes, todos los hombres tienen, por principio básico, un grado suficiente de capacidad para discernir sobre sus actos. El propio Gary BECKER⁵³⁷ reconocería el anclaje de tal perspectiva a los postulados de la *escuela clásica*; consideraría a BECCARIA y BENTHAM «dos importantes contribuyentes a la criminología durante los siglos XVIII y XIX», quienes, según el reconocido economista, aplicarían al análisis de la conducta ilegal «explícitamente un cálculo económico». No sobra remarcar que las acciones corruptas, a diferencia de otros comportamientos punibles ligados a reacciones pasionales o instintivas, responden a un cierto proceso resolutivo. Esta concepción *utilitarista* del comportamiento criminal desarrollada, entre otros pensadores clásicos, por BECCARIA⁵³⁸ y BENTHAM⁵³⁹, permite presentar al delincuente como un ser que, guiado por su propio interés y parámetros de racionalidad lógica (principio de utilidad del comportamiento), evaluaría sus pretendidas acciones previendo (cálculo racional), por un lado, los posibles beneficios resultantes de la acción (maximización del placer) y, por otro lado, sus costes (minimización del dolor); un cálculo altamente reflexivo frente a la proyección delictiva en el que el sujeto tendría en cuenta, además de los beneficios que le podría reportar la concreta conducta prohibida, los *costes* que vendrían asociados a la imposición del castigo (aquí, la pena)⁵⁴⁰. Pero tanto *beneficios* como *costes*, según aquí se propone, no serían categorías objetivas con el mismo valor convencional para «todo el mundo», pues como bien remarca GRECO frente a la teoría de la *coacción psicológica*, «En la larga *historia de la psicología asociativa* no existe en verdad *nada* que la pueda estigmatizar como *calculadora-intelectualista*»⁵⁴¹.

⁵³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., “Sobre los movimientos ‘impulsivos’ y el concepto jurídico-penal de acción”, ADPCP, T.XLIV, Fasc. I, Enero-Abril 1991, pp. 1-24, p. 21: «La acción –señalábamos al principio– requiere “motivabilidad” del sujeto, esto es, posibilidad de incidencia de las normas en la génesis del hecho (pues si falta esto, el hecho no puede ser prohibido)».

⁵³⁷ BECKER, Gary, “Crime and Punishment...”, pp. 169-217; BECKER, Gary, “Crime and Punishment...”, pp. 537-592; BECKER, Gary, “Crime and Punishment: An Economic Approach”, en BECKER, Gary / LANDES, William M. (eds.), *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, Columbia University Press, New York, 1974, p. 45: «Lest the reader be repelled by the apparent novelty of an “economic” framework for illegal behavior, let him recall that two important contributors to criminology during the eighteenth and nineteenth centuries, Beccaria and Bentham, explicitly applied an economic calculus».

⁵³⁸ En referencia al pensamiento de Beccaria, señalan GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 178: «[...] los hombres delinquen debido a la *elocuencia de las pasiones*, que los impulsan al logro del *placer* y a la evitación del *dolor*».

⁵³⁹ Con respecto a los planteamientos de Bentham, recuerdan GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 182: «El comportamiento de los hombres se haya sometido a *dos dueños soberanos*: la evitación del *dolor* y la *obtención del placer*».

⁵⁴⁰ Tanto el placer como el dolor son «los motores de los entes sensibles»: BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene...*, pp. 41-42. Como recuerdan GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, pp. 182-183, uno de los *principios* establecidos por Bentham relativos a la conducta humana y el control penal, lo constituye el placer y el dolor. Según apuntan, «Ellos determinan lo que *hacemos*, lo que *decimos* y lo que *pensamos*, y constituyen la *única medida de lo correcto* y *lo incorrecto*». Así mismo, con respecto a las *condiciones de las que dependen el placer y el dolor*, refieren que «Los placeres y los dolores serán mayores o menores según su *intensidad*, su *duración*, su *certeza o incerteza*, su *proximidad o lejanía*, su *fecundidad* (o probabilidad de que a un placer o dolor le sigan otros del mismo signo), su *pureza* (o probabilidad de que les sucedan consecuencias de signo contrario), y su *extensión*, o el número de personas a quienes afectan».

⁵⁴¹ GRECO, Luis, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach...*, p. 86.

Pero no ha sido sólo la teoría criminológica la que ha destacado las ventajas de explicar el comportamiento delictivo desde estas premisas economicistas. El propio Derecho penal ha adoptado esta lógica explicativa⁵⁴². El enfoque del *análisis económico del Derecho* (*Law and Economics*), precisamente, también parte de las mismas inferencias utilitaristas⁵⁴³. Como bien lo refiere SILVA, dicha corriente analítica parte del presupuesto teórico de que « [...] los destinatarios de éste son sujetos racionales, que, también en su actuación delictiva, obran siguiendo consideraciones de eficiencia»⁵⁴⁴. En este sentido las variables «finalidad», «oportunidad» y «riesgo» adquieren una importancia fundamental en el análisis de comportamientos delictivos determinados por *lo patrimonial*. De ahí que la corrupción con fines económicos pueda definirse, como apunta VILLORIA –recogiendo las clásicas tesis del «principal-agente» asumidas por autores como ROSE-ACKERMAN y KLITGAARD–, como un acto « [...] realizado por agentes que actúan racionalmente considerando el beneficio a obtener, las posibilidades de ser capturados y las sanciones correspondientes, en entornos aislados donde hay lagunas de regulación o control»⁵⁴⁵. Pero una vez más los elementos estructurales que se incluyen en la construcción de tales tesis parecen no explicitar el sentido simbólico que encierran esas categorías identificativas.

Este reparo frente al enfoque económico más utilitarista (*rational choice*) no ha sido ajeno a la doctrina adscrita a este sector. Otras perspectivas analíticas más amplias, como por ejemplo las de la «nueva economía institucional» (*new institutional economics*), difieren precisamente de la mecanicidad del modelo neoclásico estricto de la racionalidad (*homo-oeconomicus*) del comportamiento. Propone, diversamente, un esquema mucho más humano (subjetivo) en el que se considera que las organizaciones están formadas por grupos de personas –y no por máquinas– que tienen intereses, preferencias y motivaciones de diverso orden según sea su sistema de valores. De manera que aquella racionalidad no ha de entenderse en términos estrictamente mecanicistas (reducida a un precio), sino sujeta a las construcciones subjetivas de cada individuo (racionalidad valorativa), aspecto que permite observar que las valoraciones confluyentes sobre la trascendencia social de la acción, son determinantes para la comprensión del comportamiento⁵⁴⁶. Y si ese enfoque *consecuencialista* no se opone al análisis *significativo* de los fenómenos sociales puesto que la racionalización se concibe desde el plano de las valoraciones, el comportamiento económico –delictivo– puede estudiarse en marco de la *acción social*⁵⁴⁷. A determinar esta relación entre acción *racional* y acción *significativa* se dedican los siguientes apartados.

⁵⁴² ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, RDPC, 2/2004.

⁵⁴³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., ADPCP, 1996, p. 96: « [...] no cabe duda de que el análisis económico del Derecho se sitúa en el marco general de las corrientes utilitaristas».

⁵⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., ADPCP, 1996, p. 98.

⁵⁴⁵ VILLORIA MENDIETA, Manuel, “Hacia una comprensión de la corrupción en España”, p. 14.

⁵⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., ADPCP, 1996, p. 105: « [...] no es razonable conminar con disutilidades a quien no incluye el cálculo de las mismas en su toma de decisiones. Otra cosa es que la racionalidad del delincuente deba reducirse a una mera racionalidad instrumental o utilitaria, o deba, por contra, entenderse ampliada a una racionalidad valorativa. De acogerse esto último, el efecto disuasorio de las normas penales no radicaría únicamente en el factor intimidatorio de la amenaza de pena, sino también en el aspecto de comunicación del valor, relativo a la declaración de la gravedad del hecho».

⁵⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., ADPCP, 1996, p. 97: «El análisis económico del Derecho penal supone, como se ha podido comprobar, la adopción de una perspectiva consecuencialista y orientada a las ciencias sociales en el análisis de los fenómenos jurídico-penalmente relevantes».

3.1. Perspectiva criminológica de la «elección racional»

La perspectiva criminológica de la «elección racional» (*rational choice*), como se apuntó, se cimienta sobre los presupuestos filosóficos de la escuela clásica: el delincuente es un *ser racional*, que actúa conforme al criterio de *utilidad*. Como recuerdan CID y LARRAURI, «La similitud de la teoría de la elección racional con la escuela clásica se basa en que esta perspectiva asume que el delito es una opción racional, basada en la maximización de ganancias y minimización de costes»⁵⁴⁸. Precisamente, entienden CORNISH y CLARKE⁵⁴⁹ –como ya se referenció– que ciertos delitos se «eligen» y se cometen en razón de un cálculo costo-beneficio⁵⁵⁰. La misma complejidad estructural de los esquemas de corrupción, de acuerdo con tal premisa, no deja margen de duda acerca del proceso previsivo y autoreflexivo que necesariamente ha de concurrir en torno a la decisión y acción delictiva. Se verá que tal previsión está presente incluso en la comisión omisiva. Dicha perspectiva se fundamenta en la aplicación de los postulados de la *teoría económica* al análisis del delito, en especial los realizados por BECKER⁵⁵¹. En su *modelo económico del crimen*, el referido economista describe cómo la conducta desviada se regiría por un cálculo de *utilidad relativa* en el que el sujeto pondera los costes y beneficios ligados al acto. De acuerdo con los anteriores postulados, entonces, la percepción por parte del potencial infractor sobre los riesgos que lleva implícitos su acción, el esfuerzo necesario para su ejecución y el beneficio que espera obtener, serían parámetros vitales para la comisión del delito⁵⁵². Por ello la perspectiva de la *elección racional* se concatena con los planteamientos de las estrategias de «prevención situacional» del delito, especialmente los previstos por CLARKE⁵⁵³, cuyas propuestas de prevención (bloqueo) del crimen se basan en la disposición de cambios ambientales (situacionales). De esta integración y de la inclusión de otros postulados asociados a la *Sociología de la Desviación* –de donde justifican la adopción de la perspectiva del actor– y de la *Psicología Cognitiva* –de donde se adopta un modelo de aprendizaje social–, se concluye que la disposición a cometer ciertos tipos de delito, especialmente los de configuración compleja, es fruto de aquella *elección racional*: «[...] no el resultado de tendencias determinadas psicológicas o sociales a delinquir, sino el resultado de sus opciones y sus decisiones racionales»⁵⁵⁴.

⁵⁴⁸ CID MOLINÉ, José / LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías criminológicas...*, p. 44.

⁵⁴⁹ CLARKE, Ronald / CORNISH, Derek, “Modeling Offenders' Decisions...”, pp. 147-185; CORNISH, Derek / CLARKE, Ronald (eds.), “The Reasoning Criminal...”, pp. 1-16.

⁵⁵⁰ Estos postulados poseen una considerable base empírica que permite controvertir su crítica. Como apunta SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., ADPCP, 1996, p. 103: «[...] en cuanto a la fiabilidad empírica, del lado de los autores que sostienen el análisis económico del Derecho se aporta un arsenal empírico en favor de sus tesis que no se encuentra suficientemente desmentido en el otro lado».

⁵⁵¹ BECKER, Gary, “Crime and Punishment...”, pp. 169-217.

⁵⁵² Sobre la ponderación de recompensas y castigos respecto de las decisiones delictivas, Cfr. uno de los estudios pioneros sobre esta perspectiva: WILSON, James Q. / HERRNSTEIN, Richard J., *Crime and Human Nature. The definite study on the causes of crime*, Ed. Simon & Schuster, Nueva York, 1985, p. 61 y ss; Cfr., CHARLES R., Tittle, *Sanctions and Social Deviance: The Question of Deterrence*, Ed. Praeger Publishers, Nueva York, 1980.

⁵⁵³ CLARKE, Ronald, “Situational crime prevention”, *Crime and Justice*, Vol. 19, Building a Safer Society: Strategic Approaches to Crime Prevention, Chicago, 1995, pp. 91-150.

⁵⁵⁴ CLARKE, Ronald / CORNISH, Derek, “Modeling Offenders' Decisions...”, p. 147. Citado por CID MOLINÉ, José / LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías criminológicas...*, p. 44.

Los defensores de la referida perspectiva neoclásica, como se ve, entienden el delito como un proceso voluntario y consciente en el que el infractor vendría guiado por un cálculo racional mediado por dos variables compatibles: la obtención del placer y la evitación del dolor. Ya se dijo que esta premisa no es ni mucho menos ajena al campo teórico de la corrupción. Así, apunta VILLORIA –citando a Holbrook y Meier (1993) que « [...] cuanto mayores son los potenciales beneficios y menores son los costos mayor es la corrupción»⁵⁵⁵. Luego la pregunta que surge es, entonces, ¿cuál sería la naturaleza de los costes y beneficios que se valúan en dicho proceso de resolución personal? De acuerdo con tales postulados, los beneficios esperados en una gran variedad de delitos se vincularían por un común denominador: lucro, prestigio, poder, etc. Por su parte, los costes estarían asociados por lo menos a tres tipologías diversas: 1) las sanciones ligadas al sistema de control formal; 2) las sanciones informales determinadas por el propio círculo social; 3) las sanciones *internas* experimentadas por el individuo, vinculadas a su fuero *moral* (así, por ejemplo, la vergüenza o el sentimiento de culpa que se contrapone a su *código moral*).

Por ello se propone que la disuasión legal debe estudiarse en un marco de amplio alcance. Para BANDURA, precisamente, «El papel de las sanciones legales en la conducta delictiva ha de analizarse dentro del sistema conceptual mucho más amplio de regulación del comportamiento humano»⁵⁵⁶. En referencia a los «disuasores de la conducta delictiva», ya se referenció que éstos provienen de tres fuentes principales: las restricciones de la auto sanción, de la sanción social y de la sanción legal⁵⁵⁷. De lo anterior se desprende que sea la evaluación de la eficacia de las sanciones penales uno de los asuntos de mayor atención desde la perspectiva criminológica de la *elección racional*⁵⁵⁸. De ahí, justamente, que no pueda pasarse por alto el estudio de la influencia de la *ineficacia* del Derecho penal sobre los procesos de disuasión punitiva, particularmente en aquellos fenómenos delictivos que, como la gran mayoría de los delitos económicos o los de corrupción (patrimonial), precisan un complejo proceso resolutorio que integra a esas variables objetivas que afectan la certeza del castigo legal, las propias apreciaciones del sujeto (como su definición del miedo)⁵⁵⁹.

⁵⁵⁵ VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción...*, p. 100.

⁵⁵⁶ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 296.

⁵⁵⁷ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 296.

⁵⁵⁸ Frente a la cuestión suscitada en torno a la eficacia disuasoria de la pena atendiendo a su *dureza* y *certeza*, refieren GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 200: «Las investigaciones que han evaluado la disuasión penal vienen a concluir, de modo bastante general, que la eficacia disuasoria de una pena dependería más de su grado de certeza que de su severidad. Desde una perspectiva racional, podría decirse que lo que probablemente más intimida a los seres humanos, y sería considerado en sus cálculos de consecuencias, es si existe un riesgo alto o bajo de que una determinada acción sea conocida y castigada (ya que cualquier castigo es indeseable), y no tanto cuánta sea la magnitud del castigo teórico que podría corresponderle (¿2, 3, 4 años de prisión?).». Particularmente frente a la *certeza* de la pena, refieren asimismo estos autores que: «La estimación de la certeza se realiza a partir de la experiencia real o vicaria que una persona pueda tener (es decir de si habiendo cometido delitos ha sido detectado o no, o conoce las experiencias de otras personas al respecto), y tal estimación es razonablemente más “segura” o “verdadera”». Frente a la *dureza*, por su parte, refieren que su « (estimación sobre posibles años de prisión) debe ser generalmente más especulativa, ya que la mayoría de las personas no cuentan con vivencias específicas al respecto (es decir, no han pasado 4, 6, 8 o 12 años en prisión) ».

⁵⁵⁹ En referencia a la evaluación de los «costes» asociados a la eficacia disuasoria de la pena en razón del delito, señalan GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 198: «En el caso de los delitos económicos y contra el medio ambiente, el presunto autor del delito parece calcular costes y beneficios de un modo más racional que en otros delitos».

En su intento de encontrar soluciones en torno a la ineficacia del Derecho penal, los teóricos de la *elección racional* afirman que una manera de disuadir al potencial infractor sería mediante el aumento de los costes asociados a la posible imposición de sanciones⁵⁶⁰. Entonces, ante la inutilidad de la usual propuesta de aumento de penas, sería necesario, ajustados a los postulados de la escuela clásica, garantizar su *certeza* con la convicción de que de esta manera se pueda influir sobre la reducción del delito. Lamentablemente los populismos punitivos se aferran acriticamente a la variante cuantitativa del castigo. Se deduce aquí una clara aplicación político-criminal de tales planteamientos, cuyo fundamento se encuentra precisamente en la capacidad de autodeterminación del hombre⁵⁶¹. Pero esta fórmula de la disuasión instrumental parece despojar tanto al estímulo como a su receptor de significados. Claro está que criterios motivacionales positivos como la necesidad de alcanzar una concreta *finalidad* (económica, en este caso) y la presencia de una *oportunidad* apropiada pueden incidir en la generación del delito; también que quien efectúa dicho razonamiento es motivable, ya no por el Derecho abstractamente considerado, sino por las percepciones sobre la eficacia del sistema de controles del delito. Pero también habrá de reconocerse que, situado el individuo frente a dos motivaciones contrapuestas: el *fin* específico que preside el acto desviado –en función de la *oportunidad* que se tenga para realizarlo-, por un lado, y la previsión abstracta de la amenaza de castigo, por otro, su propia concepción significativa sobre uno y otro de los estímulos sería el factor determinante para que la balanza (decisión) se incline de uno o de otro lado⁵⁶². ¿O qué otra cosa es el sujeto «apático» o «retraído» caracterizado por MERTON, sino un indolente frente a los fines representados en el delito y su orden regulador? La respuesta es obvia: el aspecto significativo reevalúa necesariamente el modelo. Y es justamente este aspecto significativo, como se verá, el que permitiría efectuar una «equivalencia» simbólica entre actos activos y omisivos que conducen al mismo resultado lesivo. Pero antes de ahondar en ello es preciso traer a colación ese otro factor concluyente que, desde aquella concepción instrumental del delito, media en la ponderación de costes y beneficios: la *oportunidad*.

⁵⁶⁰ GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 170: «Los presupuestos de partida de todas estas perspectivas son la racionalidad humana y la “tendencia al placer” como base de la delincuencia. Según ello, los individuos valorarían para delinquir o no hacerlo las circunstancias de coste y beneficio que les comporta su conducta. Su explicación de la delincuencia sería, por tanto, la existencia de una *decisión racional* para delinquir».

⁵⁶¹ AGUSTINA SANLEHÍ, José R., “Estrategias y límites en la prevención del delito dentro de la empresa”, *InDret Penal*, 2/2009, p. 9: «[...] la realidad del ser humano sólo puede comprenderse partiendo de dos conceptos en los que la filosofía y la antropología han centrado su discurso desde la Antigüedad: la capacidad humana, aunque sea limitada y falible, para conocer la *verdad*, distinguiéndola del error; y la *libertad* de la voluntad humana, que le permite al hombre poder auto-determinarse sin regirse su actuar por leyes causales [...]. Si se entiende correctamente el significado de lo que se acaba de mencionar, se comprenderá que sería impropio tratar de explicar la realidad del delito o plantearlas estrategias de prevención frente al mismo desde una concepción de la persona que no tuviera en cuenta su racionalidad y libre albedrío»; SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., ADPCP, 1996, p. 105: «La tesis opuesta, la del rechazo categórico de la racionalidad del delincuente, tiene, a mi entender, efectos radicales e inasumibles. En efecto, si el delincuente no es, ni en alguna medida, racional, entonces la prevención por normas carece de sentido (siendo esta, sin embargo, lo más característico –y lo más liberal- del Derecho penal), quedando sólo la prevención “técnica”, así como la prevención especial por tratamiento o inocuización».

⁵⁶² ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 91, «Ciertamente existe hoy unanimidad acerca de que sólo una parte de las personas con tendencia a la criminalidad cometen el hecho con tanto cálculo que les pueda afectar una “intimidación” y en que en estas personas tampoco funciona intimidatoriamente la magnitud de la pena con que se amenaza, sino la dimensión del riesgo de ser atrapados».

3.2. Perspectiva criminológica de las «actividades rutinarias»

La perspectiva criminológica de las «actividades rutinarias» (*routine activities*), segundo grupo de postulados teóricos criminológicos utilizados para descifrar el proceso de reciprocidad que se forma entre la impunidad de delitos de configuración racional y el déficit de *intimidación* general, surge como forma de explicar los delitos de apoderamiento. Dicha perspectiva, al igual que la de la elección racional, encuentra sus bases en los postulados de la escuela clásica, pues también considera que el delincuente es un ser racional que procede en función de los costes y beneficios asociados a la situación⁵⁶³. Algunos planteamientos de este orden, principalmente los formulados por COHEN y FELSON, ponen de manifiesto la forma en que la tendencia a delinquir aumentaría tras concurrir (convergencia), en un contexto espacio-temporal determinado (actividades rutinarias no delictivas), tres factores interdependientes⁵⁶⁴: 1) la *motivación* (o *beneficio* concreto); 2) la *oportunidad* (*medios*); 3) la *ausencia de controles eficaces* (*costes*)⁵⁶⁵. Precisamente, por la naturaleza patrimonial del planteamiento, es que resulta aplicable a la corrupción presidida por fines del mismo tipo. Como ya se señaló de la mano de BLANCO, «Normalmente un delito, y en particular la corrupción, no se puede llevar a cabo si no existe una oportunidad»⁵⁶⁶. Por ello la discrecionalidad incontrolada de la función pública, según afirman los expertos, constituye un factor concluyente ligado a esas estructuras de oportunidad⁵⁶⁷. Los procesos de contratación pública permiten el uso abusivo de tal discrecionalidad: Así, como bien lo apunta este mismo autor, «[...] los grandes proyectos de infraestructura y los contratos de suministro ofrecen muchas oportunidades de comportamientos corruptos, dado que los funcionarios gozan de gran discrecionalidad para determinar las condiciones de contratación»⁵⁶⁸. KLITGAARD, según lo recuerda VILLORIA, también apunta que «[...] hay condiciones bajo las cuales la corrupción florece. Una de estas condiciones es la discrecionalidad en la toma de decisiones»⁵⁶⁹. Pero una vez más, cabe insistir, lo que interesaría no sería tanto lo que representa objetivamente la categoría incentiva (aquí, la oportunidad), sino lo que la misma simboliza para quien la afronta, pues lo simbólico es precisamente lo que explica que «no toda ocasión haga a un ladrón».

⁵⁶³ CID MOLINÉ, José / LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías criminológicas...*, p. 47. Dicho planteamiento también encuentra sustento en algunos postulados de la *escuela de Chicago* y en las *teorías del control*: en las primeras, por cuanto se asume que, ciertas condiciones vinculadas a la *organización social*, influyen en la decisión criminal; en las segundas, puesto que se presupone una *constante* de personas motivadas a delinquir.

⁵⁶⁴ COHEN, Lawrence E. / FELSON, Marcus, “Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach”, en *American Sociology Review*, vol. 44, University of Illinois, Urbana, 1979, p. 589. Dicho modelo, correlacionado con las políticas de prevención situacional, se basa en que un acto criminal se produce como resultado de la convergencia de tres elementos: 1) un delincuente motivado, 2) un objetivo adecuado, 3) una falta de tutela (control, supervisión).

⁵⁶⁵ Dicha teoría no es ajena al estudio empírico de las causas de la corrupción. GRABOSKI, Peter / LARMOUR, Peter, “Public Sector Corruption and its Control”, *Australian Institute of Criminology, Trends & Issues*, In crime and criminal justice, No. 143, enero 2000, pp. 1-6, p. 2: «One need only look to the common criminological theory of routine activities for a basic understanding of the problem. Corruption, like other forms of crime, has three essential ingredients: motivation, opportunity, and the absence of a capable guardian».

⁵⁶⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro, “La corrupción desde una perspectiva criminológica...”, p. 269.

⁵⁶⁷ Entre muchos otros, ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos...*; VILLORIA MENDIETA, Manuel, *La corrupción política*; MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*

⁵⁶⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro, “La corrupción desde una perspectiva criminológica...”, p. 282.

⁵⁶⁹ VILLORIA MENDIETA, Manuel, “Hacia una comprensión de la corrupción en España”..., p.17.

Tres son, según esta perspectiva, los componentes fundamentales del proceso de anticipación cognitiva que intervendrían en la decisión delictiva. Un primer factor, de carácter constante, compuesto por aquellas personas dispuestas a delinquir (*finalidad*)⁵⁷⁰. Tratándose de corrupción, podría hablarse de una *disponibilidad permanente a corromperse*. Como refiere BLANCO, «la motivación que mueve al corrupto y al corruptor suele ser simple: la obtención de beneficios personales»⁵⁷¹. Como se ve, este modelo resuelve el problema de la motivación positiva a delinquir caracterizándola como una constante, evitando con ello entrar en la discusión de *por qué* unos sujetos persiguen los fines representados en el delito y otros no. Aquí la importancia de adentrarse en el mundo de los significados. En el Capítulo V se entrará a indagar sobre la manera cómo esa disponibilidad permanente hacia el acto delictivo deviene en una «constante». Un segundo factor, de carácter circunstancial, constituido por la consideración racional de un objetivo/víctima apropiado (*oportunidad*)⁵⁷². Tratándose de corrupción pública, dicha condición vendría definida por la *ocasión para corromperse*. Esta ocasión, como se entiende en este trabajo, incorporaría tanto los pros como los contras del acto delictivo. Apunta justamente SILVA que el *pensamiento económico de la criminología* sustentado bajo el paradigma *racional*, consideraría que son «los factores situacionales, o de confluencia de motivaciones favorables y contrarias, los que dan lugar o no a la comisión del hecho delictivo»⁵⁷³. Finalmente, un tercer factor, también de carácter circunstancial, determinado por la ausencia de vigilancia, control o supervisión eficaz (*déficit de controles o protectores eficaces*). Desde el punto de vista instrumental, la comisión del delito se vincula a la percepción sobre el riesgo objetivo de castigo. Por ejemplo, en referencia a la eficacia suasoria de la pena de muerte, señala HASSEMER que «el delincuente normalmente no se motiva por la amenaza de esta pena, sino por la idea de cuáles son las posibilidades de no ser descubierto»⁵⁷⁴. Tratándose de corrupción la estimación no es distinta⁵⁷⁵. Para BLANCO, por ejemplo, «Una de las variables principales que influyen en el mercado de la corrupción es el *riesgo de ser descubierto*, como consecuencia de la existencia de guardianes o controles eficaces»⁵⁷⁶. Incluso, según SILVA, los «autores contrarios a las tesis del delincuente racional no dejan de reconocer que los incrementos o disminuciones del grado de probabilidad de ser aprehendido y sancionado sí inciden sobre el individuo»⁵⁷⁷.

⁵⁷⁰ CLARKE, Ronald. / FELSON, Marcus, “Opportunity Makes the Thief. Practical theory for crime prevention”, Police Research Series, Paper 98, London, 1998.

⁵⁷¹ BLANCO CORDERO, Isidoro, ““La corrupción desde una perspectiva criminológica...””, p. 276.

⁵⁷² Por ello se preguntan, como señalan GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 428: «¿de qué forma la organización espacio-temporal de las actividades sociales en la vida moderna favorece que las personas con inclinaciones delictivas pasen a la acción? ».

⁵⁷³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., ADPCP, 1996, p. 99.

⁵⁷⁴ HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *Fundamentos del derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, p. 386.

⁵⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., ADPCP, 1996, pp. 113-114: «[...] los costes del delito para el delincuente no vienen dados directamente por la gravedad de la pena. Si así fuere, el único elemento que incidiría en el grado de control del delito sería el aumento o disminución de dicha gravedad. Sin embargo, y por razones obvias, junto a la gravedad de la pena entra en juego el factor de la probabilidad de que la pena se haga efectiva, factor este que depende de la configuración del sistema policial, procesal (e incluso social) y en donde radican buena parte de los costes del combate contra el delito».

⁵⁷⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro, “La corrupción desde una perspectiva criminológica...””, p. 282.

⁵⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., ADPCP, 1996, p. 103.

4. Redefinición subjetiva del modelo criminológico de la disuasión

Los postulados criminológicos de la *elección racional* y de las *actividades rutinarias* no son, como se ha visto, ajenos a la «criminología de la corrupción». El análisis realizado por VILLORIA acerca del enfoque conceptual *económico* da fe de tal correlación⁵⁷⁸, particularmente por los criterios *metodológicos* y *antropológicos* utilizados desde dicho enfoque para describir el fenómeno: El criterio *antropológico*, por un lado, vendría caracterizado por la utilización del denominado *homo oeconomicus* como referente individual, esto es, por una concepción de hombre como un ser «egoísta, calculador y preocupado por la maximización de sus preferencias». El *individualismo*, por otro, sería el criterio *metodológico* utilizado para la comprensión *económica* del problema. Según lo apunta VILLORIA –citando a López (2002)-, el denominado «individualismo metodológico» se basaría en cinco postulados conexos: 1) Lo social se explica a través de lo individual (los fenómenos sociales son resultado de las acciones de los individuos); 2) Cualquier acción explicable de un individuo es fruto de una elección; 3) Es decir, fruto de una decisión consciente; 4) Y es racional, es decir, orientada a un fin; 5) La elección es fruto de un cálculo de costes y beneficios asociados a los diversos cursos de acción posibles. Pero, de qué naturaleza serían esos costes? Éstos pueden ser de carácter material (*objective cost*), como la probabilidad de ser detectado y procesado judicialmente por su acción; también de carácter inmaterial (*subjective cost*), como la pérdida de la reputación y posición institucional⁵⁷⁹. Según esta lógica, la decisión de pasar de la intención al acto podría producirse, con mayor probabilidad, cuando los beneficios esperados de la actuación superen los costes percibidos⁵⁸⁰. Ahora bien, según la tesis que aquí se sostiene, los denominados «costos subjetivos» del acto no se adscriben sólo a la situación de oportunidad⁵⁸¹. De forma diversa, la situación propicia para el delito, tratándose de corrupción, constituiría tan sólo el último estadio de racionalización de un conjunto de representaciones positivas y negativas sobre el acto, cuyo significado orientaría el actuar corrupto en esta última fase. Por eso se dice que el sujeto llega ya a la situación de oportunidad «predispuesto». Y en este último estadio, como se ha indicado, la impunidad cumpliría su función más importante de neutralización de aquellos miedos reales y presentes, en la medida en que el sujeto conoce y puede controlar su fuente generadora.

⁵⁷⁸ VILLORIA MENDIETA, Manuel, *La corrupción política*, p. 35.

⁵⁷⁹ ADAMOLI, Sabrina, “Combating Corruption”, en *Five Issues in European Criminal Justice: Corruption, Women in the Criminal Justice System, Criminal Policy Indicators, Community Crime Prevention, and Computer Crime*, European Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nations (HEUNI), Helsinki, Finland, Publication Series n° 34, 1998, p. 66.

⁵⁸⁰ El mal representado por la pena, ha de exceder el bien que se espera obtener del delito, BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene...*, p. 79.

⁵⁸¹ Entre otros, ADAMOLI, Sabrina, “Combating Corruption”, pp. 64 y ss. Así, HUTHER, Jeff / ANWAR, Shah, “Anti-corruption Policies and Programs: A Framework for Evaluation”, The World Bank, Washington, 2000, p. 3, desde su visión economicista, presentan una fórmula, según la cual, una persona interesada buscará o aceptará participar en un acto de corrupción si los beneficios esperados superan los costos: A self-interested individual will seek out or accept corruption if the expected gains outweigh the cost, i.e. when: $E[B] = (n \times E[G]) - (\text{prob}[P] \times [P]) > 0$ En donde: E = expectativas (expectations operator) / N = número de transacciones corruptas (number of corrupt transactions) / G = beneficios de la corrupción (gain from the corrupt transaction) / Prob [P] = la probabilidad de ser descubierto (probability of paying a penalty) / P = penalidad por ser corrupto (panalty for the corrupt activity).

Como puede advertirse, tanto la perspectiva teórica de la *elección racional* como la de las *actividades rutinarias*, confieren un papel fundamental al factor *situacional* del crimen⁵⁸²: una elección *razonada*, fruto de la interacción entre el delincuente⁵⁸³ y el entorno –propicio para el delito–, determinada por la expectativa de obtener el beneficio extra posicional concreto y por los costes que puede comportar el desarrollo de la actividad ilícita. Aquí se visualiza la conexión entre la *génesis* del delito y el criterio de *intimidación* sobre el que se asienta la función preventivo-general de la pena. En este sentido se afirma que la realización del *fin* que preconiza un delito de orden patrimonial presupone un juicio de probabilidad de éxito (cálculo racional), en el que el individuo ponderaría, por un lado, el aprovechamiento de un determinado contexto situacional (*oportunidad delictiva*) y, por otro, los riesgos que implica delinquir (percepción sobre las barreras de protección)⁵⁸⁴.

Pero tal decisión *racional* –de cometer delitos–, como se quiere poner de relieve, no ha de entenderse como una voluntad libre e incondicionada –netamente instrumental (utilitaria)–, sino sujeta a las propias construcciones subjetivas del individuo, que en últimas serían las que le permiten *elegir* una u otra manera de actuar⁵⁸⁵. Esta subjetividad no obsta, debe insistirse, que el individuo tome decisiones racionales. De ahí que pueda decirse, como reseñan TAYLOR, WALTON y YOUNG en referencia a los *ecólogos* de la *escuela de Chicago*, que « [...] las limitaciones externas son “influencias” para la acción social pero, de todos modos, los hombres pueden ejercer un libre albedrío (p. ej. de hacerse delincuentes o no) »⁵⁸⁶. En este sentido la comprensión del delito implica, como se viene sugiriendo, entrever la forma en que se entronca la subjetividad y racionalidad del acto.

⁵⁸² Estas perspectivas resultan así compatibles, en el sentido de acoplar el proceso de raciocinio personal al factor situacional. Como apuntan FELSON, Marcus y CLARKE, Ronald V., *La ocasión hace al ladrón. Teoría práctica para la prevención del delito*, (Trad. Maite Díaz i Pont y David Felip i Saborit del original “Opportunity Makes the Thief. Practical theory for crime prevention”. Police Research Series, Paper 98. Home Office, Policing and Reducing Crime Unit, Londres 1998), p. 201: «Ciertamente, el planteamiento teórico de elección racional en la Criminología es algo prosaico, puesto que trata de ver el mundo desde la perspectiva del infractor. Pretende comprender cómo el delincuente efectúa elecciones criminales, dirigidas por un motivo particular en un escenario determinado que le ofrece las oportunidades de satisfacer ese motivo. La teoría de la elección racional tiene la imagen de un delincuente que piensa antes de actuar, aun cuando lo haga sólo por un momento, teniendo en cuenta algunos beneficios y costes de la comisión del delito. Sin duda, el cálculo del delincuente se basa principalmente en lo más evidente e inmediato, mientras que descuida los costes y beneficios más remotos del delito o de su evitación».

⁵⁸³ CORNISH, Derek / CLARKE, Ronald, “Understanding crime displacement: an application of rational choice theory”, *Criminology*, n° 25, 1987, pp. 933-947, p. 935.

⁵⁸⁴ Con respecto a los controles de tipo formal en relación con las oportunidades delictivas, refieren GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 437, en referencia a la «teoría del patrón delictivo» de Brantingham y Brantingham, que «aunque los factores que motivan a los individuos a cometer un delito se mantengan constantes, el número de delitos aumenta si se presentan más blancos fáciles y si la vigilancia se debilita».

⁵⁸⁵ En referencia a los conceptos científicos de «causalidad» y «determinismo», señalan GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 166: «Tal y como fuera comentado por Akers (1997) en la ciencia actual, y desde luego en Criminología, los términos “causalidad” y “determinismo” no deben ser interpretados en un sentido absoluto sino relativo». Precisa además que, las ciencias naturales y sociales, incluida la propia Criminología, no operan desde una lógica formal de *causa-efecto*, sino que en ellas « [...] la causalidad posee un sentido relativo o probabilístico (Vold *et al.*, 2002)... ». Citando a Akers (1997: 10-11), refieren que «El concepto probabilístico de causalidad sugiere que la conducta humana ni se halla completamente determinada por fuerzas externas ni es el resultado exclusivo del incondicionado ejercicio de elecciones absolutamente libres».

⁵⁸⁶ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 139.

La subjetividad de los incentivos del delito marcada por la cultura circundante del individuo se explica, como ya se apuntó, por el hecho de que las referidas componentes motivacionales se hallarían vinculadas a factores de orden *estructural*: 1) La necesidad individual de obtener dinero, fin por excelencia en los delitos de corrupción, se hallaría vinculada a la presión cultural enraizada en las sociedades contemporáneas hacia la obtención de símbolos de estatus (*fuentes de presión anómica*, según la terminología de MERTON⁵⁸⁷). 2) Las oportunidades requeridas para alcanzar tales propósitos, ligadas en este caso a la gestión de los recursos públicos, se comprenden en razón de la vulnerabilidad de las transacciones monetarias vinculadas a la participación del Estado en la economía de mercado. Como refiere BLANCO, «En la génesis de oportunidades cumple una función esencial el papel que desempeña el Estado en la economía, dado que ofrece mayores oportunidades para el ejercicio de poderes discrecionales»⁵⁸⁸. 3) Y la deficiencia de los mecanismos de control formal, como también se apuntó, estaría afectada por el déficit de reproche social frente a los ya referidos comportamientos indecorosos –e ilícitos-⁵⁸⁹. Como recuerdan GARRIDO, STANGELAND y REDONDO en referencia al *interaccionismo simbólico*, «[...] el delito no se puede definir como un hecho aislado, sino que es el resultado de la interacción entre varias partes». Luego, basados en buena medida por los postulados defendidos por COHEN y FELSON, refieren aquéllos autores que el delito puede ser definido como «[...] el conjunto de interacciones que pueden surgir entre una persona dispuesta a delinquir, un objeto o víctima atractivo y un control social, tanto “formal” como “informal”, insuficiente»⁵⁹⁰. Tres factores convergentes, pues, en un concreto contexto situacional, determinado por el giro ordinario (rutinario) de ciertas actividades⁵⁹¹. Pero esta oportunidad, tratándose de corrupción, deberá entenderse como un momento de confluencia entre las representaciones mentales que el sujeto necesariamente realiza mediante la anticipación cognitiva de las recompensas (adquirir bienes materiales, satisfacer apetencias emocionales, etc.) y las imágenes aversivas que considere que se le pueden derivar de su acción. En este sentido se afirma que la intención, sociológica, psicológica y dogmáticamente concebida, no puede definirse sólo por su entidad activa o positiva, sino que también debe integrar su significación aversiva o negativa (la pena), esto es, una de las más importantes «razones prudenciales»⁵⁹² para no infringir las normas.

⁵⁸⁷ MERTON, Robert, *Teoría y estructura sociales*, pp. 209-210.

⁵⁸⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro, “La corrupción desde una perspectiva criminológica...”, pp. 281-282.

⁵⁸⁹ Frente a la eficacia disuasoria de la denominada reacción social no formal, señalan GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 201: «Con la expresión disuasión informal se ha designado todas aquellas sanciones sociales, ya sean reales o anticipadas, que van aparejadas al hecho de cometer un delito y de sufrir sus consecuencias jurídicas, y que también pueden tener efectos preventivos sobre el comportamiento delictivo (Akers, 1997) [...]. Se trata de consecuencias sociales vinculadas al delito que, aunque no están previstas legalmente, también pueden tener un efecto disuasorio. Seguramente, muchas personas preferirían ir a la cárcel y que no se enterara nadie a que su delito se conociera aunque no fueran a la cárcel».

⁵⁹⁰ GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, pp. 71-72.

⁵⁹¹ Con respecto a la *ecología de las actividades rutinarias*, señalan GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, pp. 431: «[...] Cohen y Felson establecen que la probabilidad de delincuencia es igual a una función multiplicativa de la existencia de delinquentes motivados, la presencia de víctimas apropiadas y la ausencia de eficaces protectores o cuidadores». De esta premisa se infiere, refieren estos autores, que la actividad delictiva tenga «una naturaleza ecológica, de interacción de elementos en el espacio-tiempo, una interdependencia entre delinquentes y víctimas».

⁵⁹² GRECO, Luis, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach...*, p. 282.

La impunidad representa en su visión instrumental, según las categorías objetivas del modelo criminológico observado, aquel mecanismo de conexión entre la racionalización – futura- del propósito que se halla tras la realización del delito y la función *intimidatoria* del Derecho penal. La dilución del *temor* al castigo penal, unido a factores motivacionales concretos (como la *finalidad* que preside la acción y la *oportunidad* requerida), serían elementos fundamentales de ese proceso de racionalización de la acción criminal. Pero esta consideración no implica afirmar que, la suma de tales factores, permita comprender el fenómeno criminal en su entera dimensión. Estos elementos son considerados, por el contrario, tan solo aspectos relevantes en la configuración de ciertos delitos según un patrón específico de actividad –determinado por la experiencia práctica-. En tal relación, la perspectiva criminológica de la *elección racional* permitiría comprender la toma de decisión del corrupto, pues su premisa fundamental es que el delito es una acción intencional –libre-⁵⁹³ presidida por un fin. De lo anterior se sigue, entonces, que si bien en algunos delitos el sujeto persigue fines medianamente marcados y apenas tendría en cuenta los riesgos que tal acción comporta, tratándose de corrupción, por el contrario, dichos aspectos serían altamente considerados. De ahí que, según la perspectiva criminológica de las *actividades rutinarias*, el factor situacional juegue un papel primordial en el delito.

Pero ello no significa, debe insistirse, en que tal proceso de raciocinio sea netamente instrumental. La subjetivación del referido modelo redefine tal mecanicidad. Permite, concretamente, determinar qué situaciones de orden simbólico, inherentes al concreto delito, limitarían la eficacia suasoria del castigo⁵⁹⁴. Psicológicamente, el grado de aversión que produce la amenaza de pena estaría vinculada al tipo de condicionamiento –directo o vicario- de temores racionales –no instintivos- y de sus formas de afrontamiento. Tal subjetivación, por tanto, implica buscar el significado que el propio individuo atribuye a la intencionalidad de sus actos objetivos y el sentido que su correspondiente círculo social le confiere. Esta última afirmación conlleva, precisamente, a concluir que de la definición social de una acción punible como *criminal*, dependerá la reacción correspondiente. Por esta razón, teóricos de la perspectiva de la *reacción social* como BECKER, afirmaban que «desviación» es la infracción de una regla previamente acordada por el grupo social. A ello se refiere este autor cuando afirma que la aplicación de una regla requiere de una «iniciativa» que viene determinada por la difusión de la infracción, la complejidad de la situación y el interés de quien ha de reaccionar⁵⁹⁵. Y esta deducción resulta trascendental en este análisis, porque la reacción de la comunidad, tratándose de corrupción al interior de las corporaciones públicas, resulta vital para el encubrimiento del acto, esto es, para la recreación del entorno de seguridad (impunidad) que permite la esfumación del miedo.

⁵⁹³ AGUSTINA S., José R., RECPC, 2012, pp. 9-10: «En definitiva, por tanto, lo antedicho nos lleva a afirmar que el *modelo de hombre* que debería servir de base a toda aproximación criminológica debería partir de un sujeto con capacidad de obrar de forma racional y libre. Ello sin perjuicio de que puedan darse situaciones patológicas o no, en las que el agente se halle privado de sus facultades intelectivas y volitivas».

⁵⁹⁴ Con base en la teoría de la *elección racional*, como apuntan BLANCO CORDERO, Isidoro, “La corrupción desde una perspectiva criminológica...”, p. 280, la «decisión de delinquir está influenciada por las características tanto del delito como del delincuente, y es producto de una interacción entre ambos»:

⁵⁹⁵ BECKER, Howard, *Los extraños. Sociología de la desviación* (Trad. Juan Tubert), Ed. Tiempo Contemporáneo, Buenos Aires, 1971, p. 150 y pp. 141 y ss.

Para rescatar tal subjetividad se recurre, según se verá, a un conjunto de planteamientos criminológicos compatibles con esa visión constructiva del hombre. Además de las ya referidas teorizaciones sociológicas sobre la *acción* de autores como WEBER y PARSONS, las también enunciadas teorías de la *anomia* propuesta por MERTON⁵⁹⁶, la *asociación diferencial* de SUTHERLAND⁵⁹⁷, las *subculturas criminales* de COHEN⁵⁹⁸, las *técnicas de neutralización* de SYKES y MATZA⁵⁹⁹, el enfoque de la *reacción social* representado en corrientes como el *interaccionismo simbólico* desarrollado por MEAD⁶⁰⁰, entre otros encomiables planteamientos, son algunas de las formulaciones que aquí se utilizan para alcanzar tal propósito. La premisa de la *racionalidad* de las decisiones personales (criminales), puesta en relación con el aprovechamiento de una concreta *oportunidad* en la que se ponderarían los *finés* del delito frente a los *controles*, constituye tan sólo la base de un modelo explicativo sobre una concreta tipología criminal entendida de forma *circunstancial* (suceso). Y es que es precisamente la mirada subjetiva del individuo frente a las variables circunstanciales del delito la que explica que la confluencia de tales factores no derive necesariamente en el acto de corrupción, sino que simplemente representan unas condiciones apropiadas para ello. Porque en últimas es el equipamiento simbólico del individuo lo que facilita el delito. En suma, representarían simplemente un «enunciado de posibilidad», puesto que lo determinante sería lo que ese concreto sujeto piense sobre los fines representados en el delito y sobre las consecuencias que a éste tiene asociadas⁶⁰¹.

⁵⁹⁶ MERTON, Robert, *Social theory and social structure*, Columbia University, New York, 1949.

⁵⁹⁷ SUTHERLAND, Edwin H. / CRESSEY, Donald R., *Principles of Criminology*.

⁵⁹⁸ COHEN, Albert K., *Delinquent boys. The culture of the gang*, The free Press, New York, 1955.

⁵⁹⁹ SYKES, Gresham M. / MATZA David, "Techniques of neutralization: A theory of Delinquency", en *American Sociological Review*, Vol. XXII, 1957, pp. 664-670.

⁶⁰⁰ Sobre el *interaccionismo simbólico*: MEAD, Georg H., *Mind, Self, and Society...* Otros trabajos sobre la *desviación*, BECKER, Howard, *Los extraños...*; LEMERT, Edwin, *Human Deviance, Social Problems, and Social Control*. Ed. Prentice-Hall, Nueva Jersey: 1972; SCHUR, Edwin M., *Labeling deviant behavior: its sociological implications*, Harper & Row, New York, 1971; sobre la fenomenología y la etnometodología: BERGER, Peter L. / LUCKMAN, Thomas, *La construcción social de la realidad*.

⁶⁰¹ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, pp. 66-67: «La relación entre la teoría funcionalista y la teoría de las subculturas criminales no es una relación de exclusión recíproca, y puede más bien considerarse como una relación de compatibilidad [...]. En un artículo de 1959, Cloward expone la teoría mertoniana de la anomia y las de Sutherland y de Cohen sobre las subculturas criminales, proponiendo una síntesis de ellas. Obtiene esta síntesis extendiendo el concepto de distribución social de las oportunidades de acceso a los medios legítimos, ya utilizados por Merton, al acceso a los medios ilegítimos. Ello permite perfeccionar la explicación estructuralista de la criminalidad de cuello blanco sin permanecer únicamente en el nivel de las técnicas de aprendizaje y de los contactos diferenciales». p. 77: «Tanto en Sutherland como en A. Cohen, según se hará notar, el elemento de la justificación y de la racionalización del comportamiento desviado estaba presente; si bien ni Sutherland ni Cohen lo han desarrollado analíticamente. Las técnicas de neutralización descritas por Sykes y Matza constituyen, en verdad, una parte esencial de aquellas "definiciones que son favorables a la violación de la ley"...». p. 130: «[...] una confluencia entre dos posturas abiertamente contrapuestas respecto de la manera de concebir la sociedad en términos de equilibrio o conflicto, "la doble faz del análisis estructural" del que hablara Dahrendorf: el estructural-funcionalismo y las teorías conflictuales de la criminalidad: «[...] podemos percibir una importante analogía, o mejor, un punto de convergencia, entre la teoría estructural-funcionalista y la teoría conflictual de la desviación: un individuo de comportamiento desviado no necesariamente debe ser "irracional" o estar privado de orientación de la realidad, como muchas teorías implícitamente suponen. El comportamiento desviado, según es analizado por Merton en *Social structure and anomie*, sería una variante del conflicto *realista*, en cuanto representa tentativas de alcanzar fines indicados por la cultura a través de medios tipificados por la cultura. Si el tipo de sujeto desviado de que se trata dispusiese de medios legítimos para alcanzar su fin, es menor la probabilidad de que pusiese en acción un comportamiento desviado».

Estos planteamientos criminológicos, como brevemente se ha avanzado, permitirían redefinir la concepción de acción –venal- en el sentido que en este trabajo se ha planteado. Esa naturaleza *bifronte* que se propone, como quedó esbozado en el capítulo anterior, se sustenta, por un lado, a partir de las «capacidades básicas» del individuo señaladas por BANDURA⁶⁰²: 1) *capacidad simbolizadora*; 2) *capacidad de previsión*; 3) *capacidad vicaria*; 4) *capacidad autorreguladora*; y, 5) *capacidad de autorreflexión*. Por otro lado, se integran los también referidos «procesos constituyentes» del aprendizaje por observación⁶⁰³: 1) *los procesos de atención*; 2) *los procesos de retención*; 3) *los procesos de producción*; y, 4) *los procesos de motivación*. Para la concreción del contenido aversivo de la referida concepción de acción, los *procesos de motivación* adscritos a la referida *capacidad vicaria* adquieren su mayor importancia. Guardando coherencia con la lógica de premios y castigos en que se basa el esquema clásico de la disuasión y que recogen las referidas teorías neoclásicas de la elección racional, la consideración del significado subjetivo –o representaciones- asociado por el individuo a los costes que caracterizan el concreto fenómeno delictivo que se analiza, adquiere su mayor importancia sobre la motivación delictiva. Tal trascendencia viene determinada, como señala BANDURA, en la medida en que «La conducta modelada que comporta resultados valiosos para el individuo tiene mayor probabilidad de manifestarse que aquella cuyos efectos sean negativos o bien carezca de gratificación alguna»⁶⁰⁴. En ese proceso motivacional, en la medida en que tanto el elemento finalístico como el aversivo precederían la actuación delictiva, la impunidad operaría como incentivo basilar. Para ello se debe partir de dos presupuestos: El primero está relacionado con el hecho de que la principal forma de aprendizaje es en base a modelos. Como apunta BANDURA, «[...] la mayor parte de la conducta humana se aprende por observación mediante modelado. Observando a los demás formamos las reglas de conducta, y esta información codificada sirve en ocasiones futuras de guía para la acción»⁶⁰⁵. El segundo, consecuente con el primero, con el hecho de que el aprendizaje puede ser reforzado. Sobre la base de uno y otro presupuesto se afirma, en suma, que la «observación» de la impunidad refuerza –negativamente- el comportamiento delictivo, al punto de que en entornos saturados por el delito éste pasa a ser la situación «normal».

⁶⁰² BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, pp. 38-42: 1) *capacidad simbolizadora*: «forma de otorgar significado a las experiencias vividas»; 2) *capacidad de previsión*: posibilidad de predecir las consecuencias más probables de las acciones futuras, esto es, la posibilidad que tienen los seres humanos de establecerse metas a sí mismas y planificar cursos de acción para ocasiones futuras previstas. Por medio de la previsión, «[...] los individuos se motivan y dirigen sus actos de forma anticipada»; 3) *capacidad vicaria*: proceso de aprendizaje a partir de la «observación de la conducta de otras personas y de las consecuencias que tal conducta produce»; 4) *capacidad autorreguladora*: «Los individuos no actúan únicamente para adaptarse a las preferencias de los demás, sino que gran parte de su conducta está motivada y regulada por criterios internos y reacciones autoevaluadoras ante sus propios actos»; 5) *capacidad de autorreflexión*: «Esta capacidad permite al hombre analizar sus experiencias y reflexionar sobre sus procesos mentales».

⁶⁰³ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, pp. 73 y ss.: «El aprendizaje por observación está regulado por cuatro procesos constituyentes: *procesos de atención* que regulan la exploración y la percepción de las actividades modeladas. Mediante los *procesos de retención*, las experiencias transitorias son convertidas por la memoria en conceptos simbólicos que sirven de modelos internos para la emisión de respuestas y de criterios para la corrección de las mismas. Los *procesos de producción* regulan la organización de las subhabilidades componentes en nuevos patrones de respuesta. Por último, los *procesos de motivación* determinan que las competencias adquiridas por observación se pongan o no en práctica».

⁶⁰⁴ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 89.

⁶⁰⁵ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 68.

A partir de tales presupuestos puede procederse, entonces, a desarrollar el modelo que se afirma; modelo que va encaminado, como cabe insistir, a establecer por qué el Derecho penal no puede intimidar al delincuente racional. La referida subjetivación del modelo económico del crimen, precisamente, es importante porque no todos los individuos responden de la forma que idealmente espera el modelo punitivo. De ahí que este análisis se amarre necesariamente a un paradigma epistemológico que se pregunta por las propias representaciones del castigo. Por un lado, por ejemplo, puede hallarse aquel osado sujeto que, por tener una particular concepción sobre lo que teóricamente se cree que representa la pena, simplemente no puede ser conmovido por su potencial aplicación. Se trata de aquel sujeto que tiene una comprensión diversa de los bienes que teóricamente vienen asociados a la aplicación del mismo. Es este el sujeto que, coloquialmente hablando, simplemente «no le importa que lo pillen». Este personaje, como se ha dicho, habría desestructurado la significación aversiva del castigo legal. Y, por otro lado, se hallarían aquellos sujetos firmemente motivados por un *fin* patrimonial y que tan sólo permanecen a la espera de la concreta *oportunidad* para acceder a ella. Pero esta oportunidad, como ya se ha referido, dependería de la capacidad de control que cada quien crea que tiene sobre la fuente de riesgo para evitar la materialización de los miedos que al mismo se asocian⁶⁰⁶. Pero como ello es tan sólo una creencia, esa racionalidad es necesariamente subjetiva.

En uno y otro caso, como se ve, el modelo instrumental de la disuasión tiende a fracasar: en el primero, porque el sujeto puede pensar cosas como que «*tres años de prisión no son gran cosa*», y en el segundo, porque el sujeto sabe cómo controlar el proceso de denuncia y aplicación del castigo, como cuando piensa «*si nos pillan, compramos al fiscal y listo*». De aquí que se reniegue de visiones ultra-positivistas. Este «dato estorboso» para las metodologías alineadas con tal paradigma, no puede tratarse tan sólo dentro del menospreciado «margen de error» que se plasma en un rincón del informe correspondiente para que pase inadvertido. Para un enfoque subjetivo, por el contrario, no interesan tanto esos cien funcionarios de taquilla que ante la presencia del riesgo punitivo deciden rechazar una coima de tres monedas por agilizar un trámite. Importan aquellos pocos que se hallan detrás de aquél dato arrinconado, esto es, aquel alto funcionario cuyas oportunidades de corrupción no vienen definidas por un trámite de ventanilla en el que se efectúan operaciones de tres monedas, sino por extravagantes transacciones en las que se vende desde la más grande licitación del Estado, hasta la más rentable empresa industrial y comercial de la nación. Y si de cálculos o ponderar de números se trata, un modelo criminológico que se pregunte por la incidencia de riesgos de sanción sobre las demás variables motivacionales, no puede tratar a esta cifra como simple «margen de error».

⁶⁰⁶ De ello se deriva la consideración que los escenarios físicos aparezcan vinculados a la oportunidad delictiva, pues como sostienen FELSON, Marcus y CLARKE, Ronald V., *La ocasión hace al ladrón...*, p. 194, «[...] no puede darse delito alguno sin las oportunidades físicas para llevarlo a cabo. Las oportunidades delictivas son condiciones necesarias para que el delito suceda, cosa que las convierte en causas en un sentido fuerte de la palabra». De lo anterior puede afirmarse, en definitiva, que la doctrina de la *escuela clásica* y las perspectivas criminológicas mencionadas no se contradicen, pues en la base de su constructo teórico se halla un *ser racional*. Correlativamente, tanto la perspectiva criminológica de la *elección racional* como la de las *actividades rutinarias*, proyectan un modelo de comportamiento en el que el hombre es, como señala AGUSTINA S., José R., RECPC, 2012, p. 8 (cita), «vulnerable a las tentaciones, sujeto a los condicionantes espacio-temporales que vienen dados por la ocasión para el delito».

De ahí, en definitiva, la importancia de cercar ese momento en que confluye esa deconstrucción del miedo hacia la amenaza jurídico-punitiva abstractamente considerada y los riesgos de sanción vinculados a la concreta existencia de la oportunidad efectiva, pues enfrentado el individuo a la situación material que le abre la posibilidad de alcanzar los fines vinculados a la comisión del delito, la siguiente pregunta que el mismo individuo probablemente se formulará es si puede controlar los riesgos de sanción perceptibles en torno a tal situación, al punto de que la pena no le intimide⁶⁰⁷. Para afirmar esa confluencia se parte de dos presupuestos: 1) Cuando un individuo proyecta seriamente y planifica obtener un beneficio patrimonial de manera ilícita –porque «va viendo que viene la oportunidad»-, el miedo abstracto a la amenaza de castigo ya se habría desvanecido, entre otras razones, porque conoce de primera mano que en su círculo eso es «normal» y cómo «manejar el asunto». En el Capítulo VI se tratarán algunos factores estructurales con incidencia sobre esa invalidación cognitiva del miedo punitivo: *la apariencia de licitud del hecho criminal; la imperceptibilidad del daño social; la volatilización de la calidad y cantidad de víctimas; etc.* 2) Cuando el individuo se halla finalmente frente a la estructura ilícita de oportunidad, una de las variables que probablemente tendría en cuenta para la toma de decisión lo sería la probabilidad de ser descubierto y sancionado (la certeza).

Pero en esta fase el individuo ya sabe si puede, o no, controlar materialmente la fuente de riesgo, puesto que su experiencia en el concreto ámbito de gestión le habrá permitido aprender los pormenores del potencial proceso defraudatorio. A este sujeto no es que la cárcel no le produzca miedo, sino que sabe, con criterio, que ciertas prácticas corruptas, realizadas de la forma y bajo las condiciones que conoce, normalmente quedan impunes. En el Capítulo VII se tratarán algunos de los factores intra-institucionales que influirían en esa invalidación psíquica del riesgo de sanción: *dificultad para la obtención de la prueba; dificultad para su tratamiento jurídico-judicial; intromisión ilegítima del poder político en el libre ejercicio de la función judicial; etc.* Los apartados que se desarrollan a continuación tienen por objeto, precisamente, bosquejar esos dos aspectos fundamentales que se han propuesto hasta este punto: 1) establecer que la oportunidad delictiva, tratándose de actos de corrupción, debe definirse como una «situación propicia» en la que la posibilidad de control del riesgo punitivo necesariamente hace parte de ella; 2) que esa confluencia entre el significado propositivo del acto corrupto y de la representación del riesgo punitivo, deben verse reflejados en una concepción de acción que deba ser utilizada en un análisis sociológico, psicológico o dogmático referido a la «intención» delictiva.

⁶⁰⁷ ARBOLEDA VALLEJO, Mario / RUIZ SALAZAR, José A., *Manual de Derecho penal general*, 13ª ed., Ed. Leyer, Bogotá, 2003, pp. 454-455: «La pena acarrea sin duda sufrimiento porque, por su medio, el Estado impone al individuo la privación total o parcial, transitoria o definitiva de ciertos bienes que le son muy caros (vida, libertad, patrimonio, honor, cargos públicos, capacidad política formal, etc.). Empero, no todo sufrimiento o privación inferida por el Estado es una pena, pues ésta supone la previa comisión (y debida comprobación procesal) de un hecho punible, del que precisamente aparece como consecuencia jurídica. La pena en realidad no es sufrimiento sino que éste le es inseparable desde el punto de vista psicosocial. Es sin duda necesario que infligir dolor no sea el fin de la pena –sólo pudo serlo para el expiaciónismo- y que todos sus efectos dolorosos se reduzcan al mínimo posible, porque estos últimos han de suponerse forzosamente inevitables. Si las amenazas penales no contuvieran algo desagradable o temible, irrisoria sería por definición la función de prevención general negativa; y si la privación de bienes en que la pena consiste no produjera de algún modo sufrimiento o dolor, la pena misma carecería de importancia para el control social. Todo esto se basa en el viejo principio de que los hombres buscan con denuedo huir del dolor y obtener el placer».

5. Redefinición subjetiva de la estructura material de la oportunidad delictiva

Estudiar la corrupción pública desde la perspectiva simbólica de sus incentivos, esto es, atendiendo a las representaciones personales que se hallan tras los fines instrumentales ligados al acto desviado y a su orden regulador, resulta terminante para la comprensión no sólo de sus causas, sino también de los factores que limitan la prevención del delito. La oportunidad delictiva constituye sin duda un aspecto concluyente para la generación de comportamientos corruptos y, por lo tanto, también para su prevención. Ya se vio que esa oportunidad puede asociarse al componente situacional del delito: como *medio* para la realización del *fin*. Desde este plano esa oportunidad se asocia normalmente a la posibilidad material de acceder a los fines representados tras la comisión del delito, como por ejemplo el funcionario de policía que recibe una coima del conductor infractor a cambio de no imponerle una sanción. Aquí la oportunidad se relaciona claramente con el elemento propositivo o fin. Pero no menos importante resulta la relación de la oportunidad con el elemento de riesgo inherente. Indudablemente no tendrá el mismo efecto sobre la motivación del funcionario conocer que el lugar cuenta con cámaras de video-vigilancia a saber que carece de ellas. En el primer caso el riesgo está presente y en el segundo no, pero en ambos, necesariamente, la evaluación de la oportunidad se vincula a la mayor o menor probabilidad de fracaso, esto es, a recibir una sanción. Pero también puede el infractor, como aquí se postula, llevar a cabo una intervención activa tendente a asegurar ese fracaso, como aquel policía que se asegura de ubicar el puesto de control en una zona «limpia».

La última idea resulta, pues, clave para comprender ese control del miedo punitivo al que se ha hecho referencia. Tratándose de corrupción ese aseguramiento dependería, fundamentalmente, de la condición y posición del infractor frente a las oportunidades de corrupción. Por ello aquellos servidores oficiales que ocupan un nivel inferior en la estructura piramidal de la organización pública a la que pertenecen, especialmente por la naturaleza de sus facultades formales, no podrían incidir en la toma de decisiones ilícitas relevantes. Como refiere BLANCO, «[...] hay funcionarios de bajo nivel que carecen de posibilidades de ofrecer servicios que puedan ser objeto de demanda y de pago ilegal, por lo que para ellos son mínimas las oportunidades de actuar de forma corrupta»⁶⁰⁸. Son los altos jerarcas, por la naturaleza de sus potestades o la posición institucional detentada, quienes pueden participar en transacciones corruptas de gran envergadura⁶⁰⁹. Y ello con independencia de su estatus *formal*, pues como señala VILLORIA, un «líder político puede no tener cargo público alguno y sin embargo influir desde su prestigio...»⁶¹⁰. Luego, además, esa condición resultaría vital para su proceso de encubrimiento. En los párrafos siguientes, precisamente, se procederá a sustentar la tesis de que la materialización de un acto de corrupción encarna no solamente un proceso de reflexión previa en el que el actor valora tanto el elemento propositivo que lo motiva como el elemento de riesgo que lo desincentiva, que es lo que le permite efectuar un control de la fuente del temor punitivo, sino también una infracción de un deber positivo superior inseparable de su condición.

⁶⁰⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro, “La corrupción desde una perspectiva criminológica...”, p. 270.

⁶⁰⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro, “La corrupción desde una perspectiva criminológica...”, p. 280.

⁶¹⁰ VILLORIA MENDIETA, Manuel, *La corrupción política*, p. 98.

5.1. Estructura formal

Tratándose de un estudio sobre la relación entre Derecho penal y corrupción, como se ha indicado, la primera cautela metodológica que debe asumirse es la definición legal del fenómeno. La definición formal de un acto de corrupción, en cierta medida, sintetiza la estructura *sincrónica* del proceso de infracción. Y aunque si bien es cierto que determinadas actuaciones corruptas suscitadas en torno a los procesos de gestión pública pueden presentar problemas de encaje desde el punto de vista de las disposiciones penales de carácter sustancial (como por ejemplo el *lobby* que conduce a la captura de decisiones gubernamentales), la delimitación objetiva de la mayoría de las acciones corruptas puede efectuarse, no obstante, en base a los elementos *descriptivos* y *normativos* establecidos por el tipo penal⁶¹¹ y, como aquí se propondrá, a partir del contorno valorativo que integra el bien jurídico. Especialmente importante resulta para la delimitación formal del fenómeno, el análisis de los delitos de tráfico de influencias y cohecho realizados en marco de los procesos ilícitos de contratación oficial⁶¹². Desde la órbita de la contratación fraudulenta se puede explorar, partiendo de la configuración legal de los correspondientes tipos penales, la síntesis que se produce alrededor de la oportunidad delictiva entre el concreto propósito que guía el acto de corrupción y los riesgos que lleva aparejados su aprovechamiento.

La definición jurídica de los delitos de corrupción, aunada a su filogénesis dogmática, permite determinar cómo puede la misma estructura de la norma erigirse en uno de los recursos a los que acude el delincuente corrupto en aras de controlar la materialización de los miedos asociados a la infracción (algo así como el paracaídas de emergencia por si algo sale mal). Los errores de tipo y de prohibición, de orden sustantivo, y la regla del *indubio pro reo* (duda probatoria), de orden procesal, constituyen auténticas estrategias tendentes a asegurar impunidad. La redefinición del denominado «deber posicional» que ostentan los servidores públicos, según se verá en el Capítulo VIII, busca instituirse en una herramienta para cercar tales estrategias. Por ello un estudio de tal tipo exige, como se ha propuesto, realizar un intento de encuadramiento jurídico-penal de los *tipos de corrupción delictivos*. Como señala MALEM, «Una forma de acercarse a la consideración de estas acciones consiste en analizar cuáles son los delitos que los funcionarios públicos pueden llegar a cometer, ya que buena parte de las prácticas corruptas han sido calificadas como tales»⁶¹³. Y este encuadramiento normativo resulta necesario, como también se apuntó, no ya porque la corrupción se puede caracterizar desde diversos enfoques⁶¹⁴, sino porque, es en función de esas definiciones normativas, que debe evaluarse la entidad constrictiva de ley penal.

⁶¹¹ Siguiendo el planteamiento formulado por MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, pp. 231-232, «En la formulación del tipo el legislador puede acudir a elementos *descriptivos* o a elementos *normativos*». De acuerdo con el autor, los primeros «[...] expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos». Los segundos, por su parte, «[...] aluden a la realidad determinada por una norma jurídica o social». Un análisis más amplio se encuentra en ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, pp. 305 y ss.

⁶¹² Como recuerda MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, p. 13, «[...] común a todos estos tipos de corrupción es la intención de los agentes que intervienen en ella de obtener un beneficio irregular que de otra manera no sería posible conseguir».

⁶¹³ MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, p. 49.

⁶¹⁴ Relacionado con este aspecto, señala MALEM SEÑA, Jorge F. *La corrupción...*, p. 37, «[...] la corrupción puede ser política o de otro tipo (generalmente, aunque no exclusivamente, económica)»; VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción*, p. 25.

La comprensión de los motivos del delito suele efectuarse, desde un plano criminológico, fijando la relación existente entre los incentivos personales que lo inducen y los factores circunstanciales que lo permiten. Luego, tratándose de un estudio referido al control institucional de un fenómeno social tipificado por la legislación penal, debe establecerse cómo se concretan esos elementos en los mismos tipos penales que lo juridifican: los delitos contra la Administración pública⁶¹⁵. De gran relevancia resultan, por llevar implícita la necesidad de protección de bienes jurídicos ligados al sistema de gestión pública frente a la búsqueda oportunista de rentas, los delitos relacionados con la celebración indebida de contratos, práctica cuya modalidad ilícita asociada más usual es el cohecho (soborno), generalmente ligada al tráfico de influencias. Esta tipología es la que servirá, justamente, para abordar las referidas *estrategias dogmáticas de impunidad*. Y para construir esa correlación entre la entidad fenoménica de la corrupción y los tipos legales que lo juridifican, es que resulta preciso partir de esa categoría simbólica de «intención» que se define no sólo por el elemento propositivo que tradicionalmente la caracteriza, sino también por las consecuencias perjudiciales racionalmente vinculadas a su realización.

Esa concepción resultaría necesaria para ir afirmando la tesis de que la verificación objetiva de los *tipos de corrupción* implica, casi que necesariamente, el conocimiento de su entidad antijurídica. Se dirá que el deber posicional que adquiere el regente público y las responsabilidades que asume frente al sistema normativo que le son inherentes, impide cualquier distracción sobre la entidad corrupta de sus actos jurídicos. Factores como la correcta selección funcional, la vigilancia, el control y la supervisión de los procesos de gestión que se radican en su cabeza en razón de su cargo, implicarían que la sola realización objetiva de los elementos contenidos en un tipo penal sirvan de fundamento de imputación. Y es que la práctica forense demuestra que es precisamente esa capacidad de conocer al detalle los pormenores de los sistemas de regulación vinculados a los procesos de gestión que tiene bajo su responsabilidad el agente público, lo que le permite controlar la fuente de riesgos punitivos a través de la cobertura jurídica de la actuación corrupta.

⁶¹⁵ Las referencias legales utilizadas para realizar las distintas valoraciones se corresponden con tres grupos de categorías delictuales que normalmente concurren junto a las prácticas corruptas ligadas a la contratación pública. Así, según el ordenamiento penal del Estado colombiano, cabe referir las conductas agrupadas en los Capítulos III, IV y V del Título XII del Código Penal (de los delitos contra la Administración pública). En primer lugar, los tipos penales de cohecho (cohecho propio, Art. 405 CP; cohecho impropio, Art. 406 CP; cohecho por dar u ofrecer, Art. 407 CP); en segundo lugar, la celebración indebida de contratos (interés indebido en la celebración de contratos, Art. 409 CP; contrato sin cumplimiento de requisitos legales, Art. 410 CP; acuerdos restrictivos de la competencia, Art. 410A CP); y, en tercer lugar, el tráfico de influencias (tráfico de influencias de servidor público, Art. 411 CP; tráfico de influencias de particular, Art. 411A CP). Similares conductas se encuentran previstas dentro del Título XIX del Código Penal español (de los delitos contra la Administración pública), Capítulos V, VI, VIII y IX. En primer lugar, en el Capítulo V se tipifican las diversas modalidades de cohecho (por un lado, cohecho pasivo o de funcionario [cohecho pasivo para conducta contraria a los deberes del cargo, Art. 419 CP; cohecho pasivo para una conducta propia del cargo, Art. 420 CP; cohecho pasivo en consideración al cargo o función, Art. 422 CP; cohecho pasivo «subsiguiente» o de recompensa, Art. 421 CP]; y, por otro lado, cohecho activo o de particular, Art. 424 CP); en segundo lugar, se recoge en el Capítulo VI el tráfico de influencias (influencia a autoridad o funcionario público por parte de otra autoridad o funcionario público o de particular, Arts. 428 y 429 CP; ofrecimiento de influencia sobre autoridad o funcionario público con solicitud o aceptación de dádivas o promesas, Art. 430 CP); en tercer lugar, se tipifican en el Capítulo VIII los fraudes y exacciones ilegales (fraude en la contratación o en la liquidación de efectos o haberes públicos, Art. 436 CP; exacciones ilegales, Art. 437 CP; estafa y apropiación indebida con abuso del cargo, Art. 438 CP).

Realizada tal concreción jurídica, como se ha sugerido, el paso siguiente consiste en adentrarse en la relación existente entre la situación material del delito y esas formas del orden regulador. Un análisis de tal tipo, por tanto, debe pasar primero por el estudio de las figuras *típicas* que criminalizan la situación. El develamiento de esta relación permite no solamente alcanzar una mejor comprensión del proceso de generación del acto de corrupción y, por tanto, del porqué del fracaso de la disuasión, sino también una mejor visualización de alternativas de prevención⁶¹⁶. La utilización de figuras formalmente proscritas por la legislación penal resulta apropiada, desde el plano metodológico, no sólo porque la corrupción es un fenómeno complejo y heterogéneo (sus formas y niveles son múltiples), por lo que sus representaciones más graves han sido reducidas a prohibiciones de naturaleza penal, sino también porque de lo que se trata es de entender por qué no puede ese orden punitivo impedir su proceso configurativo. Tal *dimensión jurídica* de la corrupción posibilitaría que el estudio que de la tipología se efectúe se pueda realizar observando por separado, por una parte, los caracteres personales que definen el comportamiento del concreto individuo que la realiza –tal como se desarrollará en el Capítulo V- y, por otra, la naturaleza material de los elementos que conforman el hecho. Este aspecto se trata seguidamente. Pero este estudio diferenciado de tales elementos no significa desconocer, por obvias razones, que tanto el delito en sí mismo considerado como el delincuente constituyen tan sólo distintas perspectivas de análisis de la misma realidad empírica: la delincuencia⁶¹⁷; una realidad fenoménica positivizada, definida por la síntesis que se forma entre la asechanza de un *fin* (aquí, dinero) y el acoplamiento –*objetivo*- de los *medios* que permiten su realización. La materialización de tal oportunidad (en términos dogmáticos, la realización objetiva del tipo penal), serviría para observar, según los aspectos subjetivos que regulan el acto, no sólo la forma en que confluyen el *fin* económico que preside la conducta y los *miedos* latentes en una misma categoría *significativa*, sino también que la esencia de esa estructura diferencial de oportunidad se vincula a la despreocupación del regente público por la protección del bien jurídico correspondiente. Es su conducta omisiva, como se verá, la que posibilita la corrupción de la entidad regida.

⁶¹⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis María, *La criminalidad de los gobernantes*, p. 166: «Una política de mejoramiento de la moralidad pública no sólo necesita instrumentos represivos, sino también instrumentos preventivos. Por ello, es inexcusable estudiar las causas objetivas de la corrupción y el abuso de poder (financiación de los partidos políticos, sistemas de contratación pública, métodos de control del gasto público, etc.), a fin de poder incidir sobre ellas».

⁶¹⁷ Como señala en su análisis criminológico sobre la corrupción BLANCO CORDERO, Isidoro, “La corrupción desde una perspectiva criminológica...”, pp. 269-270: «La decisión de delinquir está influenciada por las características tanto del delito como del delincuente, y es producto de una interacción entre ambos». Un estudio desde estas dos perspectivas criminológicas resulta especialmente útil cuando se examina uno de los problemas de mayor complejidad vinculados a la cuestión criminal: los factores que limitan el control institucional del delito. La demarcación de la *dimensión objetivo-subjetiva* del fenómeno delictivo se facilita atendiendo a la *reducción jurídica* operada por la correspondiente norma penal. La estructura de los propios preceptos que tipifican la conducta venal, exigen la determinación, con respecto a la *dimensión subjetiva*, los caracteres personales que definen al sujeto activo de las conductas que en la ley se describen, en este caso, asociados al delincuente corrupto de relevante posición política o institucional. Esto, sin olvidar que los elementos *personales* definidos por el correspondiente tipo legal, concretamente la condición de servidor o funcionario público, constituyen tan sólo el *fenotipo formal* de una serie de circunstancias individuales que finalmente se diluyen en la literalidad del correspondiente precepto penal; un conjunto de atributos que son los que determinan, en definitiva, tanto la existencia del comportamiento corrupto como su impunidad. Por su parte, la *dimensión objetiva* del acto corrupto se analiza, de acuerdo con lo anterior, tomando como punto de referencia los elementos descriptivos y normativos que delimitan el correspondiente tipo penal.

Esta estructura formal, según se propone, no puede escindirse de la entidad simbólica del acto punible, pues permite analizar por qué el significado que éste alcanza en una comunidad, no encuentra reflejo en las convenciones sociales dominantes. Pongamos como ejemplo la criminalización introducida en España respecto del mencionado cohecho pasivo en consideración al cargo o función (mediante la LO 5/2010). Para empezar, puede decirse que la acción adquiere su etiqueta criminal sólo cuando entra a regir la norma, por cuanto esta última es la que le confiere el *malum* significado (en el ejemplo propuesto, los regalos ofrecidos al servidor público en consideración a su cargo o función, empieza a tener una significación venal). Pero no puede obviarse que la acción existe materialmente antes de la definición de las reglas formales (la dación desinteresada de regalos), sólo que, a partir de su nueva definición, se le confiere un significado distinto. De manera que es preciso diferenciar entre norma formal (penal) y norma social, pues si bien la criminalización en un momento dado cambia el significado normativo o formal de la acción correspondiente (caso en el cual podrá decirse que la acción precede la regla), la misma tipificación formal de la acción no cambia automáticamente el significado social de la misma. Muy por el contrario, su significado social variaría mínimamente, sólo que ya se opone al significado formalmente prescrito. Por tanto, siguiendo el ejemplo propuesto, por más que la norma penal haya mutado el significado formal de la acción (dar regalos a un funcionario en razón de su cargo o función), su significado social podrá mantenerse invariable mientras no se logre un verdadero consenso social sobre las razones de su criminalización. El problema es que esto se presenta en países como Colombia con formas venales mucho más graves.

Y todo lo anterior permite, con suficiente fundamento, sustentar una de las tesis que en este trabajo se afirma: Posibilita, concretamente, pensar que mientras aquellas prácticas que sirven de combustible a la corrupción pública como el nepotismo, el clientelismo o la financiación irregular de partidos políticos sean toleradas institucional y socialmente, a pesar de que el mandato imperativo (su significado formal) esté fundado en criterios de racionalidad moral-ideal (y no, en cambio, despojada de la pretensión de legitimidad resultante del ejercicio de potestades arbitrarias del poder criminalizante), la norma no será operativa. A partir de lo anterior se concluye que la norma penal, con independencia de su racionalidad moral (pretensión de validez universal), en cuanto intenta regular la conducta externa de los individuos, no puede pretender imponerse fácilmente a espaldas de la racionalidad ética instalada en la realidad cultural, por cuanto es un bajo estándar de consciencia de *lo legal*, lo que posibilita la neutralización de la percepción del riesgo jurídico-penal. Y la relación entre racionalidad moral y ética no es, pues, sólo un juego de palabras en aras de justificar la necesaria correspondencia entre norma penal y social para asegurar la eficacia disuasiva de la primera. No habrá que esforzarse mucho para concluir, según el ejemplo propuesto, que si se introdujera la modalidad de cohecho pasivo antes vista en países como Colombia, en el que el agasajo –malintencionado- ha estado por años a la orden del día en las relaciones público-privadas, la *sensibilidad social* tardaría mucho tiempo en corresponderse con su criminalización formal. Por esta razón le asiste amplia razón a GARLAND cuando afirma que « [...] su sola sanción como conducta desviada no sería suficiente para transformar la mentalidad y sensibilidad de una sociedad [...]»⁶¹⁸.

⁶¹⁸ GARLAND, David, *Crimen y castigo...*, p. 59.

5.2. Estructura material

Establecida la definición formal del fenómeno criminal, la siguiente cuestión que debe determinarse es cómo correlacionar esa entidad normativa con su estructura material. Es a partir de tal estructura objetiva que luego se procede a explorar la entidad simbólica. Los componentes de la estructura conceptual de la noción de corrupción hacen posible tal correlación. Dichos componentes, como se verá, permiten efectuar una caracterización material de la infracción jurídico-penal. Para ello es preciso, en consecuencia, precisar el contenido del concepto de corrupción. Pero vaya por delante que no se pretende aquí construir un concepto novedoso u original que represente la cuestión criminal que se analiza, sino de dar sentido y fijar el contenido de una determinada modalidad de corrupción pública. Esa noción, por tanto, se sustentaría a partir de los elementos comunes que la doctrina define como componentes esenciales de la acción corrupta. Posteriormente, dichos componentes se traducirían –normativamente- a partir de los elementos que definen los correspondientes tipos penales. Esa vinculación entre la estructura material y jurídica del delito posibilitaría efectuar el establecimiento de los problemas fundamentales que bloquean la prevención normativa del fenómeno delictual. Se mostrará cómo, por ejemplo, la concepción reducida del deber posicional que ostenta el sujeto activo en razón de su calidad de servidor público, como se viene sugiriendo, permite que pueda apelar a la típica estrategia de defensa dogmática de invocar el desconocimiento de las infracciones punibles en un ámbito que está obligado a controlar. La misma capacidad intelectual que le permite al actor corrupto utilizar hábilmente la discrecionalidad que ostenta en virtud de su cargo o función para la concreción de actos de corrupción, debería asimismo poder utilizarla para controlar los riesgos de infracción vinculados a su ámbito de gestión⁶¹⁹. Por ello resulta apropiado establecer los componentes materiales que caracterizan la concreta modalidad criminal que se analiza; una modalidad que, como también se indicó, se determina de acuerdo a la naturaleza del propósito o fin que motiva la actuación venal: patrimonial⁶²⁰.

⁶¹⁹ Sobre la *discrecionalidad* y su relación con *oportunidades delictivas*, señala BLANCO CORDERO, Isidoro, “La corrupción desde una perspectiva criminológica...”, p. 280: «La variable que más oportunidades genera de comisión de comportamientos corruptos, es el *poder discrecional* del corrupto. Cuanto mayor es la discrecionalidad mayores son las probabilidades de que aparezca la corrupción». Frente al incremento del delito en razón de la mayor disposición de *oportunidades*, señalan FELSON, Marcus y CLARKE, Ronald V., *La ocasión hace al ladrón*, p. 202: « [...] el modus operandi es una preocupación central de la teoría de la elección racional en Criminología. Esta teoría y este tipo de investigación están estrechamente vinculados a la prevención situacional de delito, la cual está explícitamente diseñada para reducir las oportunidades para delinquir. En efecto, si eliminando la oportunidad se causa un descenso de delitos, es innegable que proporcionando más oportunidades delictivas se provoca un incremento».

⁶²⁰ La definición simbólica de los motivos del delito es la que permite determinar que el propósito delictivo no debe reducirse al mero deseo «vacío» de enriquecimiento experimentado por parte del corrupto. No debe perderse de vista que, además del elevado coste que entraña el estilo de vida de las personas con posiciones sociales de prestigio (así, residencia en zonas exclusivas, vehículos de alta gama, viajes de placer, etc.), el mantenimiento de sus posiciones de poder implica, entre otros estipendios, el cubrimiento de los gastos operativos del partido político de pertenencia, el mantenimiento de las redes clientelares y el financiamiento de sus propias campañas electorales. Por ello los contratos oficiales constituyen un *medio* idóneo para tales fines, esto es, una opción apropiada para cubrir dichas necesidades (finalidades), tanto por la posibilidad que estos ofrecen para satisfacer tales emolumentos, como por la facilidad de encubrimiento. Lo primero, por el *quantum* de las partidas presupuestales que entran en juego; lo segundo, por las asimetrías en el flujo de la información que facilitan la disimulación de los vicios inherentes a dichos procesos.

Así pues, existen una serie de elementos inherentes a la corrupción que permitirían definir el fenómeno por su entidad material-circunstancial. Para MALEM⁶²¹, entre otros aspectos, el acto de corrupción se encuentra vinculado a la posibilidad o expectativa de obtener un «beneficio extra posicional». Este aspecto representa la finalidad lógica que caracteriza casi siempre todo acto venal –con independencia de su naturaleza–: una *contraprestación objetiva*, normalmente de naturaleza económica. Es precisamente este elemento motivacional, como se verá, el aspecto que permite certificar no sólo el carácter intencional del acto delincuencia, sino también la entidad significativa del mismo (el porqué del acto irregular). Luego, según afirma el mismo autor, un acto de corrupción pública implica la «violación de un deber posicional»⁶²². De acuerdo con este elemento, quien ostenta ciertas facultades en un ámbito de gestión (en este caso, en el campo de la contratación pública), es corrupto en la medida en que infringe las reglas o directrices que rigen su cargo o función⁶²³. La infracción de tales reglas o directrices viene corroborada, precisamente, porque el acto de corrupción, de acuerdo con otro elemento esencial, implica la existencia de un «sistema normativo que le sirve de referencia»⁶²⁴. Es precisamente a partir del deber posicional del corrupto que se puede afirmar la conciencia antinormativa de sus actos irregulares, pues el primer acto de responsabilidad que debería asumir cualquier persona antes de optar por un cargo público, es autoevaluar su capacidad técnica, jurídica y ética. Luego como garantía adicional, la misma cobertura legal y ética que le rige, le obligaría a elegir los delegados más idóneos para evitar «errores». Finalmente, un acto de corrupción implica, regularmente, un tránsito de la información en un ámbito secreto o, como mínimo, en un «marco de discreción». Es a este elemento que se adscribe la oportunidad delictiva. Tal componente encuentra suma importancia, desde el punto de vista del control material de los riesgos de sanción, si se tiene en cuenta que los esquemas más sofisticados de corrupción, por acoplarse en la misma estructura de la *función paralela legal*, se circunscriben a complejos y reservados ámbitos de gestión legal⁶²⁵. La discreción del acto, como se verá, se halla fundamentalmente vinculada a la necesidad de sustraer su conocimiento a los sistemas de sanción, en otros términos, constituye una circunstancia determinante para evitar la detección y eventual denuncia del acto (control del riesgo).

⁶²¹ MALEM SEÑA, Jorge F., *Globalización, comercio internacional y corrupción...*, pp. 23 y ss.; MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, p. 32 y ss.

⁶²² Véase, en este sentido, LAPORTA, Francisco J. / ÁLVAREZ, Silvina, *La corrupción política*, p. 78: «En efecto, quien se corrompe trasgrede alguna de las reglas que rigen el encargo que ostenta o las funciones que cumple. Es importante señalar que los actos de corrupción siempre violan alguna de las reglas que regulan la práctica donde ese acto está inmerso».

⁶²³ Como recuerda MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, p. 13, «[...] la corrupción se muestra como una deslealtad hacia la institución a la que se pertenece o en la cual se presta el servicio». En idéntico sentido, MALEM SEÑA, Jorge F., “El fenómeno de la corrupción”, en LAPORTA, Francisco J. / ÁLVAREZ, Silvina, *La corrupción política*, p. 78. A propósito de la violación del *deber posicional* desde la perspectiva de los delitos de *cuello blanco*, apunta GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 270: «Para determinar si alguien ha cometido cohecho es necesario determinar si ha violado un deber relacionado con un cargo en concreto o con una práctica o posición».

⁶²⁴ MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, p. 33. Véase, también, GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Acerca del concepto de corrupción”, en LAPORTA, Francisco J. / ÁLVAREZ, Silvina, *La corrupción política...*

⁶²⁵ Tales elementos se recogen en las definiciones formuladas, entre muchos otros, por LAPORTA, Francisco J. / ÁLVAREZ, Silvina, *La corrupción política*, p. 73; MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, p. 35.

Este grupo de componentes estructurales del acto de desviación corrupto permitirían, al final, formular una noción que valida esa configuración material⁶²⁶. Desde este plano serían actos corruptos, de acuerdo con la definición propuesta por MALEM, « [...] aquellos que constituyen la violación, activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en un marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera sea su naturaleza»⁶²⁷. Similar definición proponen LAPORTA y ÁLVAREZ. Para estos autores, la corrupción consiste en « [...] la violación de un deber posicional realizado por quien ostenta un cargo o cumple alguna función determinada por cierto sistema de reglas, efectuada con motivo del ejercicio del cargo o del cumplimiento de la función y realizada en un marco de discreción, con el objeto de lograr algún beneficio extra posicional»⁶²⁸. Bajo estos elementos estructurales, la corrupción puede definirse en sentido *positivo*⁶²⁹. Y dichas definiciones contienen un concepto *positivo* de corrupción, según el primero de los autores referidos, porque también existe, por otro lado, una forma *negativa* de definir el fenómeno: señalando aquello que no es⁶³⁰. El problema de éstas, como se verá, es que se hallan en la génesis de la corrupción.

⁶²⁶ Dichos componentes pueden ser analizados desde diversas perspectivas. Alguna de ellas, por ejemplo, se centra en la *genealogía social* del comportamiento *desviado*. Este enfoque se aplica normalmente desde la Sociología. Desde una perspectiva económica, por ejemplo, se analizan aspectos como la naturaleza del beneficio que se busca maximizar, los efectos de la corrupción sobre el mercado o sus costes sobre el sistema económico. También algunas, como la Ciencia Política, que se centra en la superposición, por parte del corrupto, del interés particular sobre el general. Asimismo otras que, situadas en este mismo contexto, abordan el problema desde una perspectiva ética, postura desde la que se cuestionan, en general, los aspectos morales de la corrupción según los principios definidos dentro de una escala de valores socialmente compartidos. O bien otras, como la Dogmática penal, que se centra en el aspecto interno de las disposiciones normativas que juridifican el fenómeno criminal. Un análisis específico sobre las distintas perspectivas ensayadas en el análisis de la corrupción, es el realizado por VILLORIA MENDIETA, Manuel, “Lucha contra la corrupción en la Unión europea: el caso de España”, Gestión y Análisis de Políticas Públicas nº 21, mayo-agosto 2001, Madrid, pp. 99 y ss. Según lo plantea el autor, desde aquellas posiciones vinculadas al abuso del cargo o la función pública, corrupción sería « [...] toda acción tomada por un empleado público en el ejercicio que se desviaría de las obligaciones jurídicamente establecidas por el mismo por razones de interés privado». La correspondencia con la definición adoptada en este trabajo es clara: desviaciones ilegítimas con respecto al deber posicional establecido por un concreto marco normativo que le ha de servir de referencia. Por otra parte, se encontrarían las definiciones localizadas en el mercado. Según este grupo, la corrupción puede analizarse desde el plano económico por cuanto la finalidad perseguida con el acto se corresponde con una *visión negocial* de la función pública. Si se atiende al tipo de corrupción observada en este trabajo, puede apreciarse que con los fraudes contractuales se persigue, quizá más que en ninguna otra forma de corrupción, la obtención de un beneficio económico personal. Por otro lado, se hallarían las definiciones centradas en el interés general. Desde esta perspectiva, la atención se fija en el daño producido a la sociedad en su conjunto, a costa de la obtención del beneficio particular. Finalmente, se hallarían las posiciones que se sitúan en el análisis histórico y sociológico de la corrupción en asocio con la percepción social del fenómeno. Sin entrar a profundizar en el objeto de estas perspectivas, es fácil inferir que las definiciones planteadas desde este grupo no se contraponen al concepto arriba planteado. La primera, por cuanto la visión histórica del fenómeno trata simplemente de ubicar geo-temporalmente la existencia y pervivencia del fenómeno. La segunda, por cuanto intenta un análisis ampliamente comprensivo de las distintas formas de corrupción.

⁶²⁷ MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, p. 35.

⁶²⁸ LAPORTA, Francisco J. / ÁLVAREZ, Silvina, *La corrupción política*, p. 80.

⁶²⁹ MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, pp. 23 y ss. En este mismo sentido, LAPORTA, Francisco J. / ÁLVAREZ, Silvina, *La corrupción política*, p. 73.

⁶³⁰ Para MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, pp. 23-31, por ejemplo, no pueden ser catalogados, por sí solos, actos de corrupción: 1) las medidas estatales de carácter promocional; 2) el uso desviado del poder; 3) el clientelismo político o de tipos asimilados; 4) la mera recepción de regalos, de recompensas o de compensación, económica o de otro tipo, por parte de un funcionario público, de un político o de un particular en virtud del desempeño de su trabajo; 5) la recepción, ofrecimiento y dación de propinas; 6) determinadas reformas sociales, principalmente económicas o burocráticas.

De acuerdo con los elementos señalados, sería corrupta « [...] toda acción de un sujeto público o privado que incumpla las normas jurídicas y viole las obligaciones del cargo, con abuso de su posición y la finalidad de obtener beneficios privados personales o para un grupo del que forma parte el corrupto»⁶³¹, o, de forma más simple, «*el uso incorrecto del poder público para obtener beneficios privados*»⁶³². Sería esta última, como se apuntó, la definición doctrinal tenida en cuenta en este trabajo para representar el fenómeno criminal estudiado. Dicha definición resulta apropiada, particularmente, dado que en ella se encuentran implícitos no sólo los componentes estructurales planteados, sino también los criterios *propositivo, situacional y aversivo* que convergen en el actuar criminal: El «uso incorrecto del poder público» presupone, además de la utilización *oportunistamente* del deber posicional inherente al ejercicio de ciertas potestades públicas, la infracción del correspondiente sistema normativo inherente a la actuación irregular. La pretensión de «obtener beneficios privados», por su parte, constituiría el elemento *finalístico* ingénito del proceder criminal: la búsqueda de un beneficio extra posicional determinado. Pero dicha definición también resulta apropiada, puesto que la misma no pugna con nociones de corrupción vinculadas específicamente al campo de la contratación pública irregular⁶³³, figura a la que normalmente se vinculan los delitos de tráfico de influencias y cohecho.

⁶³¹ VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La corrupción política*, p. 29.

⁶³² ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos...*, p. 125. Esta definición se corresponde con la concepción adoptada por *Transparencia Internacional*: « [...] el mal uso del poder encomendado para obtener beneficios privados». En ella se sintetizan tres elementos esenciales: 1) El mal uso del poder; 2) Un poder encomendado, es decir, puede estar en el sector público o privado; 3) Un beneficio privado, que no necesariamente se limita a beneficios personales para quien hace mal uso del poder, sino que puede incluir a miembros de su familia o amigos. Estos elementos se corresponden, aunque en distinto orden, con los mismos componentes esenciales adoptados en este análisis: 1) infracción del deber posicional; 2) existencia de un deber posicional; 3) expectativa de obtener un beneficio extra posicional.

⁶³³ Siguiendo el análisis formulado por CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, *La corrupción en la contratación pública en Europa*, pp. 33 y ss., la corrupción pública se puede describir en base a una serie de elementos que la definen desde un plano general y, a partir de este, de los caracteres que definen las tipologías específicas frente a la categoría general. Desde una perspectiva general, entonces, la corrupción se puede definir en base a tres elementos. En primer lugar, a partir de un elemento de carácter subjetivo o interno. Esto último si se parte del hecho que la corrupción « [...] afecta directamente la formación de la voluntad de la Administración». En segundo lugar, en base a un elemento adjetivo. De acuerdo con éste, tales actos precisan « [...] la intervención de un funcionario público que actúe abusando de su cargo», en este caso, propiciando actuaciones administrativas irregulares. Y, en tercer lugar, a partir de un elemento de carácter material. En este caso, el acto concreto de corrupción estaría vinculado a la expectativa de obtener, de forma ilícita, un beneficio particular. Con base en tales elementos, el citado autor define la corrupción pública como « [...] la desviación del interés público que se desarrolla a través del abuso del cargo con el fin de obtener un beneficio extraposicional». Ahora bien, trasladados estos aspectos al ámbito de la contratación pública, refiere el autor que el aspecto interno de la corrupción vendría representado por «la distorsión de la transformación de la demanda pública». Y esto es así, si se tiene en cuenta que la corrupción «puede distorsionar la demanda de bienes y servicios». Por su parte, el aspecto adjetivo constituiría, principalmente tratándose de licitaciones abiertas, «la distorsión de los mecanismos de adjudicación». De acuerdo con este aspecto, el uso abusivo del poder se externalizaría a través de actuaciones irregulares, por ejemplo, limitando o distorsionando «la concurrencia de particulares». En último lugar, en lo que respecta al aspecto material de la corrupción, dicho elemento se identificaría con la «ineficacia en la ejecución de los contratos públicos». En este caso, la posibilidad o expectativa de obtener un beneficio extra posicional –patrimonial-, conllevaría la posibilidad de producir ineficacia en la gestión pública. Sobre la base de los citados componentes conceptuales y centrado en el mismo ámbito de gestión, el autor retoma la propia definición genérica de corrupción para plantearla desde el plano de la contratación pública ilícita. De acuerdo con tal definición, sería corrupción « [...] la desviación del interés público que se desarrolla a través del abuso del cargo con el fin de obtener un beneficio extraposicional, en cualquier acuerdo de voluntades celebrado por una Administración Pública con los particulares».

6. Integración formal y material de la estructura del acto de corrupción

Serían estos, entonces, los elementos aquí seleccionados para caracterizar la «zona de riesgo» en donde se configura la oportunidad delictiva (*danger zone*): Los procesos fraudulentos de contratación pública, como se verá, permiten ilustrar claramente la manera en que el delincuente puede realizar un control de los riesgos punitivos asociados a la vulneración de tales procesos. Su definición jurídica no excluye la vinculación de otros actos que escapan a la criminalización formal (como los que se camuflan en el *lobby*)⁶³⁴. Los procesos irregulares de contratación pública permiten apreciar esta confluencia entre la *finalidad* que preside el correspondiente acto fraudulento y las *ocasiones* que para su ejecución genera la dinámica operativa de las propias instituciones. Por esto tales componentes, planteados desde un plano *descriptivo* (*no-normativo*) y que constituyen la arquitectura básica de una lesiva modalidad de corrupción (presidida por fines de naturaleza patrimonial), debe reformularse en su orden para acoplarlos a la estructura legal de los tipos penales que los juridifican. Posteriormente, dichos componentes materiales han de traducirse a términos *formales* para compatibilizarlos con la descripción realizada por el correspondiente precepto jurídico-penal. Con respecto a su reordenación, se establecen de la siguiente manera: 1) la posibilidad o expectativa de obtener un beneficio extraposicional (en la que se representa el propósito criminal: dinero); 2) la existencia de un deber posicional (que facilita la generación de la oportunidad por la posición que se detenta); 3) la infracción del deber posicional (que incluiría la racionalización del riesgo punitivo).

Con base en la anterior reformulación y la utilización de pautas metodológicas de naturaleza propiamente jurídica, puede finalmente determinarse, desde el plano de las correspondientes categorías normativas, la estructura del acto corrupto definida por los propios elementos del *tipo*. Para tal cometido puede utilizarse como referencia el delito de *cohecho propio* tipificado por el Art. 405 del Código Penal colombiano. Así, con respecto al primer elemento, la obtención del «beneficio extra posicional» se valoraría teniendo en cuenta la amplia gama de posibilidades *finalísticas* que contempla el referido tipo penal: «dinero u otra utilidad», «promesa remuneratoria», etc. Con respecto al segundo elemento, el «deber posicional» que ostenta el agente corrupto, desde el punto de vista jurídico (dogmático), se plantearía con base en la condición formal del *sujeto activo* definida por la propia ley penal según los deberes inherentes: «el servidor público». A este deber posicional, como se propone, se vincularían una serie de exigencias frente a la protección del bien jurídico. Con respecto al tercer elemento, la «infracción del deber posicional» por parte de dicho servidor, o mejor dicho, del *sujeto activo*, se valoraría teniendo en cuenta su responsabilidad frente al control, vigilancia y supervisión de los riesgos punitivos: en este caso, por «retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales». La posición del actor frente al sistema normativo base (en este caso, las disposiciones administrativas que rigen los procesos de contratación), en la medida en que sirve de presupuesto de adecuación típica de la correspondiente norma jurídico-penal, sería el elemento que permitiría sujetar la infracción omisiva al fundamento de imputación.

⁶³⁴ Sobre la «ambigüedad moral» que caracteriza la comprensión del delito de cuello blanco, véase GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 270.

Esta correlación de la entidad circunstancial (material) del acto y la estructura formal de la norma jurídico-penal, como se desarrollará, permitirían también señalar la entidad diacrónica y subjetiva de los mismos componentes. Así, la *expectativa de obtener un beneficio extraposicional* y que se traduce en coimas corruptas, se vincula a esa necesidad de estatus cimentada socialmente. La *existencia de un deber posicional*, en este caso, permite concatenar la conciencia moral del individuo cimentada socialmente y su apartamiento ético y legal para la generación o aprovechamiento circunstancial de las *opciones* de corrupción. La *infracción del deber posicional*, finalmente, encarna ese proceso de anulación diacrónico de su restricción ética y legal que se aúna a la baja entidad de la amenaza de castigo vinculada a aquél contexto material. Y si se lleva a su punto final la consideración de estos elementos esenciales de la corrupción en su relación con la oportunidad delictiva, entendida ésta como ese momento en el que confluyen las representaciones abstractas y reales, pasadas, presentes y futuras tanto del elemento propositivo que impulsa la intención corrupta como del factor aversivo que tiene por misión impedir la, no sólo debe concebirse la acción –venal- como una categoría ideal contentiva de estas dos expresiones emotivas, sino también validarse las repercusiones prácticas de esa confusión de fuerzas motivacionales en la prevención criminológica y jurídica del delito. La ampliación del marco de deberes del individuo frente a la protección del bien jurídico tiene precisamente por finalidad asegurar tal pretensión. El traslado institucional de un deber superior de protección al guarda principal del bien jurídico (el directivo de la entidad), tendría por objeto fundamental asegurar una mejor selección de ese servidor público y de sus colaboradores y, por si llegaran a verse tentados en el camino, hacerles más difícil el control de los riesgos de sanción: su posibilidad de controlar el acto de denuncia, la facilidad para ocultar la prueba y su esperanza en la aplicación de reglas dogmáticas conducentes a la impunidad⁶³⁵. La atribución al regente público de una obligación cautelar mayor frente al bien jurídico, por tanto, podría producir efectos preventivos –de carácter especial y general-, en la medida en que pueda sancionársele cuando el curso generativo del acto corrupto se vincule al desacato del deber posicional. De ahí la importancia de asentar normativamente las referidas obligaciones cautelares.

⁶³⁵ Las primeras recaerían sobre la fuente misma de la corrupción. Desde un análisis criminológico de corte preventivo, por ejemplo, la estandarización de un proceso meritocrático de selección de funcionarios públicos podría combatir esos tres elementos estructurales vinculados a las oportunidades de corrupción: La expectativa de obtener un beneficio extraposicional, concretamente, dejaría de ser el incentivo principal del funcionario por su actividad pública; una persona éticamente proba encuentra incentivos en servir a la comunidad y no en el beneficio personal. La existencia del deber posicional, en consonancia con el anterior, regiría el comportamiento del servidor público y no las restricciones de la ley; algo así como el efecto integrador de la norma (por lo que no haría falta amenazas). Y asegurados estos dos elementos, la infracción del deber posicional se evitaría por sustracción de materia. Las segundas recaerían sobre el proceso de aplicación de las reglas que conducen a la sanción (a la materialización del riesgo punitivo). Desde un punto de vista criminológico de carácter interventivo, la ciencia Criminalística daría las pautas para intervenir sobre los factores incrementen la intensidad del miedo: mejorar los canales de denuncia (whistleblowing), creación de mecanismos eficaces de detección del ilícito (transmisión de información inter-institucional) y facilitación de estrategias de procesamiento de la prueba (registro y publicidad documental), etc. Desde un punto de vista dogmático-sustantivo, en consonancia con ese control de la situación de riesgo, la consideración de la acción delictiva como la manifestación de una intención inherentemente corrupta, como se enunció, evitaría cualquier posibilidad de invocar errores fundados en el presunto desconocimiento de las prácticas irregulares amparadas en la delegación. Desde un plano dogmático-procesal, la misma concepción de acción evitaría una aplicación descarada del principio de presunción de inocencia por duda probatoria.

6.1. Expectativa de obtener un beneficio extraposicional: hacia la redefinición subjetiva de los incentivos materiales del acto de corrupción patrimonial

Refiere MALEM que «Los actos de corrupción están siempre vinculados a la expectativa de obtener un beneficio extraposicional»⁶³⁶. La proyección mental efectuada por parte del agente corrupto de ese elemento propositivo que normalmente confluye en la decisión delictiva precede, según se postula aquí, a la existencia misma de la concreta *oportunidad*. Desde el plano jurídico-penal, como también se ha observado, la expectativa de obtener un beneficio *extraposicional* es la característica básica implícita en los delitos de corrupción; ello con independencia de la concreta naturaleza del beneficio pretendido⁶³⁷. Por ejemplo, establece el Código Penal colombiano en su Art. 405 como finalidad implícita en el delito de *cohecho propio*, la recepción, por parte del servidor, para sí o para otro, de «dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria...». Pero también puede el tipo penal realizar una consideración abstracta e indefinida de ese beneficio. Es el caso del denominado *interés indebido en la celebración de contratos* tipificado por el Art. 409 del mismo Estatuto penal: «El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá...». Lo anterior es importante resaltarlo porque si bien es el dinero, como lo enseña la misma praxis, el elemento finalístico por excelencia que motiva esta clase de delitos, no obstante también proscribe la legislación penal la sola infracción objetiva del deber posicional sin exigir ese elemento finalístico. Es el caso del delito de *celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales* tipificado por el Art. 410 de este mismo Código. Sería precisamente este el tipo de delitos que podrían instituirse para vincular a quien, sin poderle probar aquella finalidad subjetiva, infringe flagrantemente su deber cautelar. Pero digamos que tratándose de corrupción resulta difícil negar la confluencia de esa expectativa extraposicional. Se verá en el Capítulo V que esta finalidad no se entiende sin atender a esa presión hacia el éxito enraizada en las sociedades contemporáneas que soportan los individuos. Es en sociedad que se producen una serie de refuerzos positivos de la conducta que terminan generando una diversidad de necesidades vinculadas a la autoestima y que, en buena medida, se alcanzan mediante el recurso al dinero⁶³⁸. Luego es en razón de la pertenencia del individuo a las instituciones que se incardinan dentro de esa misma estructura social, que esa *pretensión ideal* de éxito se convierte en una *posibilidad real*. En este sentido el propósito se liga a la oportunidad.

⁶³⁶ MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, p. 33.

⁶³⁷ Art. 405 CP. Col. «El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de...»; Art. 419 del CP esp. «La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de...».

⁶³⁸ Ese nivel de autoestima se encuentra ligado a la ansiedad por el estatus. Al respecto, plantea DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus*, p. 20, «[...] no debería sorprendernos –no menos desde el punto de vista emocional que desde el material- que nos produzca ansiedad qué lugar ocupamos en el mundo». Y esa ansiedad se produciría, como refiere el mismo autor, porque «Esa posición determinará la cantidad de amor que nos ofrezcan y, a su vez, la autosatisfacción o la pérdida de confianza en nuestras capacidades».

Es, como se verá, en función de la oportunidad real de realización de los «sueños de éxito» que se erige la confluencia o conexión entre los motivos positivos del delito en su dimensión abstracta y el incentivo concreto que determina el sentido de la correspondiente decisión de realizar el delito. Dogmáticamente concebida esta relación, como se desarrollará, es el mismo concepto de *dolo intención* (o *propósito*) o de primer grado, el que mejor representa este elemento finalístico en su sentido concreto. En el Capítulo VIII se indicará que, del contenido de esa intención, no puede desvincularse lo simbólico de la pena; algo similar al contenido del dolo que se plantea desde la concepción significativa de acción. En referencia a la propuesta de VIVES, señala MARTÍNEZ-BUJÁN que « [...] el dolo debe abarcar también el conocimiento del significado social negativo del hecho (o conciencia de la “antisocialidad”), en el sentido propuesto por ROXIN (A. T., L. 12/91s.) »⁶³⁹. Cita para ello el autor lo que el Prof. MIR en su día denominaría «La inclusión del conocimiento de la lesividad social del hecho en el objeto del dolo (Mir, 1993, p. 204) ». Y resulta plenamente sugerible la referida categoría dogmática, pues como señala ROXIN, «bajo el concepto de intención o propósito cae lo que el sujeto persigue»⁶⁴⁰. Ya se vio la naturaleza del elemento propositivo que recoge el tipo de cohecho. Por tal razón, como apunta él mismo, «La distinción y determinación conceptual más exacta de las tres formas de dolo es importante porque el legislador no siempre castiga cualquier actuación dolosa sin más, sino que frecuentemente exige una determinada «intención (o propósito)» »⁶⁴¹.

Esa misma previsión de los medios de realización que se requieren para asegurar el elemento propositivo, deberá integrar también el componente subjetivo del dolo: «la realización del plan», como o apunta ROXIN, «constituye la esencia del dolo: un resultado ha de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva»⁶⁴². Puntualiza que « [...] existe acuerdo sobre que la intención (o propósito) es la “persecución dirigida a un fin” del resultado típico... »⁶⁴³. Y es bajo esta misma concepción del *dolo intención* que se dice que la prevención del delito implica necesariamente que el sujeto activo del delito pueda ciertamente valorar paralelamente el riesgo subyacente, puesto que materialmente resulta difícil concebir la «realización del plan» en los delitos de orden racional sin considerar dentro de este, aunque sea mínimamente, los riesgos de sanción que comporta la realización del mismo. Pero además de esa valoración, para la proyección y «realización del plan» se afirma aquí que el agente se representa necesariamente la naturaleza antijurídica del acto, puesto que su condición de garante le obliga siempre a reflexionar sobre la ilicitud de sus actos jurídicos. En la misma reflexión encuentra, pues, cabida la afirmación ya indicada, acerca de que es alrededor de la oportunidad delictiva en donde el agente corrupto realiza una ponderación intensiva de los pros y los contras del acto. Luego es a partir de una especie de «plan de acción a largo plazo», que se establece aquí la confluencia entre esos factores de riesgo que conoce el garante del bien jurídico y lo que *no hace* de cara a conseguir su protección.

⁶³⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa: Parte General*, 2ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 372.

⁶⁴⁰ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 415.

⁶⁴¹ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 415.

⁶⁴² ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 417.

⁶⁴³ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 417.

6.2. Existencia de un deber posicional: redefinición formal del deber «subjetivo» de cuidado del servidor público frente a los procesos de gestión públicos

«Un acto de corrupción implica la violación de un deber posicional», apunta MALEM⁶⁴⁴. Puntualiza que, «Quienes se corrompen trasgreden, por activa o por pasiva, o provocan la trasgresión de algunas de las reglas que rigen el cargo que ostentan o la función que cumplen». Pero, ¿cuál es la importancia de señalar este componente?: Por la obligación de actuar ética y legalmente que asume el agente público frente a las estructuras de oportunidad. En la génesis del acto de corrupción se halla, precisamente, la violación de ese deber posicional. Es este deber que se radica en su persona, el que permitiría deducir la antijuridicidad de sus actos. Para sustentar tal afirmación es necesario diferenciar «deber natural» de «deber posicional». Los primeros se aplican a todos los individuos sin atender al *rol* que cumplen en la sociedad. De esta tipología se ocupa la llamada «moral natural». Por su parte, los deberes posicionales se radican en cabeza de alguien por medio de un acto voluntario en virtud del cual, esta persona que adquiere en este caso la calidad de servidor público, asume un *rol* específico según un marco de principios y normas que rigen su actuación. De esta categoría se ocupa la denominada «moral adquirida»⁶⁴⁵. La consecuencia jurídica de trasgredir dicho sistema de principios y normas dependería naturalmente del orden vulnerado. Para ello es preciso diferenciar si se trata de deberes simplemente asociados al eficaz desarrollo de la función pública, cuyo incumplimiento amerita un tratamiento administrativo o disciplinario, o bien si se trata de aquellos deberes, cuya inobservancia, comporta un auténtico acto causal que desemboca en la lesión del bien jurídico. La calidad de servidor público, funcionario, autoridad o trabajador oficial, categorías formales representativas de tal deber posicional según la función o cargo asignado, no sólo definirían la calidad del sujeto activo frente a un hipotético proceso de asignación de responsabilidad criminal por corrupción⁶⁴⁶, sino también la posición material del concreto sujeto frente a las oportunidades de corrupción vinculadas a ese cargo o función. Es en ese apartamiento del deber, en definitiva, que se afinca el acto desviado.

⁶⁴⁴ MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, p. 32.

⁶⁴⁵ MALEM SEÑA, Jorge F., «El fenómeno de la corrupción», p. 78.

⁶⁴⁶ Según la prescripción formal del Art. 20 del CP. col., a efectos penales, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, incluyendo sus entidades descentralizadas. A los mismos efectos, atribuye tal calidad a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política (imposición de contribuciones fiscales o parafiscales). Esta condición se corresponde, en gran medida, con la cualidad de «funcionario público o autoridad» utilizado por el CP. esp. Según su Art. 24, el carácter de autoridad o funcionario público, presupone una doble calidad alternativa en aquéllos, bien sea de mando, entendida dicha facultad como la capacidad para imponer conductas tendientes a asegurar la convivencia social y que inciden en la libertad de los ciudadanos, o bien disponer de jurisdicción propia, concebida como capacidad para la resolución de conflictos sometidos a jurisdicción de la respectiva autoridad o funcionario. Según el citado precepto, dicha condición recae en miembros de las corporaciones, tribunales u órganos colegiados. Se enumeran además, como supuestos específicos de autoridad, los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, del Parlamento Europeo y los funcionarios del Ministerio Fiscal. También se atribuye la calidad de funcionario público a aquellos que, por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente, desarrollen funciones públicas.

Pero, ¿qué tiene que ver la existencia de un deber posicional con la generación o aprovechamiento de oportunidades de corrupción?: Si el cumplimiento de ese deber superior es la aspiración ideal ética y legal, y el acto corrupto, por contra, implica su inobservancia, puede en ese mismo sentido afirmarse que en la sola existencia del deber posicional atribuido al regente público se instituyen facultades para actuar en uno y otro sentido. Y en este sentido, concretamente, es que se indica que la existencia del deber posicional se vincula a las oportunidades de corrupción. Los referidos delitos de cohecho recogen explícitamente ese apartamiento del deber para la comisión de acto corrupto. El Art. 405 del Código Penal colombiano establece que esa recepción de dinero o promesa remuneratoria por parte del servidor público, está dirigida a «retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales». A su turno, establece el homólogo Art. 419 del Código Penal español que, esa dádiva o retribución solicitada o aceptada por parte de la autoridad o funcionario público, debe darse en «el ejercicio de su cargo» o constituir «un acto contrario a los deberes inherentes al mismo». Es ese ejercicio del cargo, en suma, el que «facilita» la conducta corrupta. Así, como refiere ORTIZ DE URBINA en referencia al delito de cohecho, «La alusión a que el acto se realice en el «ejercicio de su cargo» se interpreta en el sentido de que debe tener conexión con las actividades públicas que desempeña el funcionario, que de este modo lo puede realizar con especial facilidad»⁶⁴⁷. La discrecionalidad funcional se ampara precisamente en esa esperable sujeción del actor público a los deberes que le son inherentes. Pero, paradójicamente, es esa misma discrecionalidad de la que goza el agente público, la que le permite generar opciones de corrupción. Como expone BLANCO, «La *discrecionalidad* del corrupto es uno de los factores más importantes que determinan la existencia de corrupción. A medida que aumenta el poder discrecional, también lo hacen las oportunidades de realizar comportamientos corruptos»⁶⁴⁸. Las redes corruptas que se tejen entre políticos, funcionarios y empresarios en torno a los procesos de contratación oficial, encarnan, normalmente, el abuso de esas prerrogativas⁶⁴⁹. Según lo ejemplifica este mismo autor, «[...] los grandes proyectos de infraestructura y los contratos de suministro ofrecen muchas oportunidades de comportamientos corruptos, dado que los funcionarios gozan de gran discrecionalidad para determinar las condiciones de la contratación»⁶⁵⁰.

⁶⁴⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “Delitos contra la Administración pública”, en SILVA SÁNCHEZ Jesús-M. [Dir.], RAGUÉS I VALLÈS, Ramón [Coord.] / otros, *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 3ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2011, p. 337.

⁶⁴⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro, “La corrupción desde una perspectiva criminológica...”, pp. 281-282. Puntualiza que: «A mayor discrecionalidad menor posibilidad de controlar al funcionario, por lo que éste tiene mayores posibilidades de realizar hechos ilícitos».

⁶⁴⁹ Un claro ejemplo de este círculo vicioso puede ilustrarse a través de un artículo de prensa publicado por *El Diario* de España. De acuerdo con el artículo publicado el 26 de febrero de 2013 bajo el sugerente título «*Los donativos registrados por Bárcenas coinciden con adjudicaciones del PP*», las donaciones presuntamente recibidas por el Partido Popular español y cuyos donantes, normalmente sociedades comerciales, obtuvieron inmediatamente contratos con la Administración pública. Y esto resulta llamativo no sólo por la citada «coincidencia», sino también, cuando se sabe que la propia Ley electoral prohíbe que ninguna empresa que contrate con la Administración pueda realizar donación alguna a un partido político. Puntualiza el artículo, «tales hechos se pueden describir citando solo tres ejemplos, pero los hay por decenas: gran parte de los donativos que supuestamente recibió el PP –según aparecen en los papeles atribuidos a Luis Bárcenas por el diario *El País*– coinciden en las fechas de forma casi milimétrica con adjudicaciones públicas de administraciones gobernadas por el Partido Popular».

⁶⁵⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro, “La corrupción desde una perspectiva criminológica...”, p. 282.

Para generar esas opciones de corrupción, lógicamente, son determinantes las potestades que el agente público ostente en torno a los procesos de gestión de los recursos públicos⁶⁵¹. En la práctica, debe haber un acoplamiento entre las necesidades particulares de corruptos y corruptores y los procesos de gestión económicos dirigidos a garantizar el funcionamiento del Estado. Más allá de que las necesidades (excentricidades) personales experimentados por unos y otros y el mantenimiento de sus respectivas posiciones de poder representan el combustible de la maquinaria corrupta, su consecución efectiva depende de la ocasión que se tenga para ello. Alrededor de las contrataciones oficiales, lamentablemente, política y corporaciones privadas necesariamente aparecen vinculadas. Y es que si bien es cierto que la corrupción se encuentra inmersa en las distintas funciones del Estado: la planeación administrativa, el presupuesto, la gestión de recursos humanos, la administración de recursos físicos, etc., también lo es que, es en los contratos públicos, en donde aparece el fenómeno de forma más voraz, puesto que es justamente a través de la contratación oficial la manera en que se ejecuta la mayor parte de los recursos asignados a las distintas corporaciones del Estado⁶⁵². El análisis preliminar sobre los fundamentos político-criminales sobre los que se asienta la criminalización de la corrupción pública, permite apreciar la inescindible relación que se teje entre políticos, funcionarios y empresarios en torno a la contratación pública irregular. Esto no es sólo una conclusión teórica; forma parte de la realidad⁶⁵³. Y es una realidad, puesto que gran parte de los recursos del presupuesto oficial que son ejecutados a través de las contrataciones, se realiza con la participación de grupos empresariales que batallan por hacerse con contratos⁶⁵⁴. Esta asociación, lógicamente, es determinante para la invalidación de los riesgos de sanción, pues las partes tejerán un marco de discreción destinado a mimetizar el acto corrupto.

⁶⁵¹ BLANCO CORDERO, Isidoro, “La corrupción desde una perspectiva criminológica...”, p. 269: «Normalmente un delito, y en particular la corrupción, no se puede llevar a cabo si no existe una oportunidad».

⁶⁵² Así, por ejemplo, según el último Documento del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo que contiene el Informe del Diagnóstico de las Adquisiciones del Estado colombiano, divulgado en julio de 2005, la contratación pública en Colombia representa el 11% del PIB. Señala el citado Documento, por otra parte, que hay consenso general en Colombia de que la contratación pública y la gestión de contratos presentan deficiencias que en ocasiones han causado el uso ineficaz de los fondos públicos». Similar conclusión ofrece Transparencia Internacional. Para esta Organización, «la corrupción en la contratación pública es reconocida actualmente como el factor principal de desperdicio e ineficiencia en el manejo de los recursos en la región. Se estima que, en promedio, el 10% del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno». Sobre el *volumen* de la corrupción pública en los contratos internacionales, véase, por ejemplo, VILLORIA MENDIETA, Manuel, *La corrupción política*, p. 35.

⁶⁵³ Para comprobar la realidad descrita basta dar un vistazo a la actividad contractual pública colombiana. Como se señala en la *Tercera Encuesta Sobre Prácticas Contra el Soborno en Empresas Colombianas de 2012* realizada por Transparencia por Colombia y la Universidad Externado de Colombia, «El 94% de los empresarios –un punto porcentual por encima de los resultados del año 2010– considera que se ofrecen sobornos en el entorno de los negocios». Al respecto, véase: *Transparencia por Colombia, Cuaderno No. 20 Tercera Encuesta Nacional de Prácticas Contra el Soborno en Empresas Colombianas*.

⁶⁵⁴ Es esta una de las razones que explica que sea la contratación oficial uno de los principales puertos de entrada de la corrupción, puesto que tanto los gastos de funcionamiento oficial como los de inversión, constituyen un suculento atrayente para corruptos, esto es, por el quantum de las transacciones. Como apunta CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, *La corrupción en la contratación pública en Europa*, p. 21, «La contratación pública es la actuación administrativa de mayor relevancia económica en el mundo. Anualmente reporta una utilidad de más de diez billones de euros, cantidad que constituye más del catorce por ciento del PIB mundial». Como lo ha puesto de relieve *Transparencia por Colombia*, «Según estudios de la Misión de Contratación del 2002, la contratación pública en Colombia es una de las actividades económicas más importantes del país». <http://www.transparenciacolombia.org.co>

La participación de agentes particulares (corporaciones) en la configuración de esquemas de corrupción pública, obligaría justamente al legislador a salirle al paso a los problemas de imputación formal derivados de la naturaleza especial del delito. Y es que el cohecho, en cuanto *delito de corrupción* por antonomasia, presupone normalmente la presencia no sólo del agente *corrupto* (cohecho pasivo), sino también del *corruptor* (cohecho activo). Los artículos 407 del Código Penal colombiano y 424 del Código Penal español tipifican claramente la conducta del particular que participa con propuestas corruptas en el ámbito de la función pública. Ello permite hablar, por otra parte, del *paralelismo moral* que presentan ambos comportamientos. Como refiere GREEN, quien ofrece el soborno, su acto es reprochable en la medida que induce a otro a ser desleal. Por esta razón los dos actos son, en principio, «moralmente equivalentes»⁶⁵⁵. La condición del sujeto *corruptor* es de suma relevancia para comprender la génesis de esas oportunidades de corrupción que se producen en marco de los procesos irregulares de contratación. Importante, puesto que tal condición se corresponde normalmente con la posición que ocupa el empresario dentro del esquema corrupto. Y es por ello que puede afirmarse que los empresarios –o sus diversos representantes- también adquieren un deber posicional con respecto a aquellos fraudes que, por su propia injerencia, se generan en el ámbito de las corporaciones públicas. Un deber posicional, cuya imposición, resulta más que razonable por tratarse de una relación bilateral en la que son los propios empresarios quienes, en no pocas ocasiones, propician la ilícita decisión pública⁶⁵⁶. Una de las características de la delincuencia económica, como ya se señaló de la mano de BAJO, es justamente ese « [...] *poder corruptor* que esta delincuencia ejerce sobre la Administración pública»⁶⁵⁷. Y para comprender la forma en que se configura en torno a los procesos de contratación oficial esa oportunidad requerida para alcanzar ingentes beneficios económicos al margen de la ley, es que resulta importante realizar una síntesis de algunas de las modalidades fraudulentas que, según lo demuestra la propia realidad contractual de los distintos Estados, aparecen vinculadas a tales procesos de gestión. Sobre la base de esas modalidades se procedería a establecer el vínculo producido entre la gestión de oportunidades para el delito y el control sobre los factores que permiten asegurar su impunidad. A partir de las mismas tipologías delictivas, precisamente, se argumenta que la generación de esos delitos tendría una menor entidad si al responsable principal de asegurar la guarda del bien jurídico y a sus colaboradores, se les trasladara un mayor nivel de responsabilidad frente a su custodia.

⁶⁵⁵ GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 275. Como refiere ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “Delitos contra la Administración pública”, p. 328, «En principio, las conductas de los particulares no tendrían por qué impedir que la Administración sirva los intereses generales con objetividad y pleno sometimiento al Derecho (como establece el art. 103 CE). Así, por ejemplo, en el caso del soborno el buen funcionamiento de la Administración pública no se ve lesionado por el particular que lo intenta, sino por el funcionario que lo acepta: sin tal aceptación, el recto ejercicio de la actividad pública no se vería en absoluto afectado. Pero, sean como sean las cosas desde un punto de vista formal no cabe duda de que en el mundo real conductas como el soborno suponen un peligro objetivo para el buen funcionamiento de la Administración, y esto hace que, desde un punto de vista preventivo, tenga sentido prohibirlas».

⁶⁵⁶ Relacionado con este aspecto, refiere GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 267: «El cohecho “corrompe” la vida política y comercial al incitar la presencia de fundamentos inadecuados en la toma de decisiones».

⁶⁵⁷ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, p. 52; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / BACIGALUPO, Silvina, *Derecho penal económico*, 2ª ed., Ed. Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 26.

6.3. Infracción del deber posicional: ampliación de la esfera normativa de protección del valor jurídico protegido por la norma jurídico-penal

Se afirma en este trabajo que los delitos de corrupción presentan una *inherencia antinormativa*. Refiere MALEM que «Un acto de corrupción implica la violación de un deber posicional»⁶⁵⁸. Según el autor, «Quienes se corrompen trasgreden, por activa o por pasiva, o provocan la trasgresión de algunas de las reglas que rigen el cargo que ostentan o la función que cumplen». Esta trasgresión presupone, como se apuntó, la existencia de un orden jurídico de referencia, pues como señala este mismo autor, «La noción de corrupción es parasitaria de un sistema normativo»⁶⁵⁹. La determinación de tal sistema de reglas resulta importante, en la medida en que de éste depende el tipo de responsabilidad que enfrenta el servidor público por su infracción activa u omisiva. Para ello, lógicamente, debe establecerse la relación entre el tipo penal y la norma remitida. Es la regulación señalada por el tipo penal, la que permite determinar si el comportamiento realizado por ese servidor del Estado comporta una infracción grave de su deber posicional. Como señala GREEN, para determinar si alguien ha cometido, por ejemplo, un delito de cohecho, «[...] es necesario determinar si ha violado un deber relacionado con un cargo en concreto o con una práctica o posición»⁶⁶⁰. La adecuación típica de esos comportamientos en cualquiera de las categorías delictivas asociadas al ejercicio irregular de la función pública resulta necesaria, pues son esas tipologías normativas las que sirven precisamente como punto de referencia para resolver nuestra pregunta principal: ¿por qué no puede el Derecho penal evitar tales comportamientos? Para responder a esta cuestión, como se ha indicado, debe afirmarse que el acto de poner un precio a la función pública comporta no sólo una deslealtad *legal* del servidor público respecto de las obligaciones emanadas de su *rol posicional*, sino también una deslealtad frente al valor *ético-moral* que aquél encarna⁶⁶¹. Y la connotación moral de esta clase de delitos resulta importante resaltarla, pues la desvinculación personal frente a imperativos legales viene determinada, como se propone aquí, no sólo por un acto ilegal positivo, sino también por una grave omisión de los deberes constitucionalmente instituidos y que derivan en la corrupción de los intereses públicos.

⁶⁵⁸ MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, p. 32.

⁶⁵⁹ MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, p. 33. Como se apuntó en nota precedente, este orden normativo se reduce a los delitos contra la Administración pública.

⁶⁶⁰ GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 270.

⁶⁶¹ Con respecto a la deslealtad *moral* que se encuentra en la génesis de ciertos delitos representativos de la corrupción pública – según el sistema jurídico estadounidense –, señala GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 150, que el cohecho y la traición constituyen dos de los actos que «[...] son vistos como ataques a las bases del orden jurídico». Recuerda este autor citando a Daniel Lowenstein, que «El cohecho es “peor” que otros delitos. Es un delito “relacionado con la traición” y un “acto despreciable”. Los que voluntariamente asumen cargos públicos y dejan a un lado la confianza pública para adquirir ventajas personales (así como aquellos que tientan a los funcionarios para que lo hagan), realizan conductas moralmente reprobables que atacan las raíces de la imparcialidad y la democracia. Ante tal conducta, precisamos un delito especial con un estigma especial». Importante para ilustrar este aspecto resulta la Sentencia C-709/96 diciembre 9, de la Corte Constitucional (Col.) (Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonel). Según dicha Resolución, «Las normas que estructuran el delito de cohecho en sus diferentes modalidades tienen como sustrato un valor moral y ético en cuanto persiguen una finalidad útil a la comunidad, como es la combatir los fenómenos de corrupción asociados a las acciones que ponen a precio la función pública, es decir, la venta concluida entre un particular y un servidor público de un acto u omisión perteneciente al haz de funciones o competencias que en desarrollo de aquélla le han sido asignadas y para las cuales el ordenamiento jurídico no autoriza una contraprestación».

La correlación *típica* entre las fases sucesivas del curso de infracción vinculado a la contratación pública, como se verá, no deja duda acerca del cuidadoso proceso de reflexión que conlleva no sólo el curso de ejecución propiamente dicho (la materialización de las tres fases indicadas), sino además todo el proceso de resolución que desemboca en la decisión corrupta. Y es bajo este presupuesto que se llega a afirmar que la valoración de los riesgos que comporta la proyección y ejecución de la acción corrupta es inseparable de tal proceso resolutorio. Y resulta inseparable, precisamente, cuando se trata de sujetos revestidos por un deber cualificado frente a la protección del bien jurídico correspondiente: la correcta gestión de lo público. Por eso se habla aquí no sólo de una infracción legal, sino también de la «violación de un deber posicional». Tratándose de delitos de corrupción pública, dogmáticamente hablando, la categoría de «infracción de un deber» adquiere protagonismo en la delimitación de la autoría frente a otras como la de «dominio del hecho», pues para la comisión del hecho punible lo que resulta determinante es quién cuenta con ese especialísimo *deber* de protección del bien jurídico correspondiente. Y es que en los delitos de corrupción pública no es el carácter mismo de funcionario ni la posibilidad del dominio del hecho los criterios que permiten la atribución del delito, sino el deber que se infringe por parte del servidor público en tanto que titular de un deber público-imperativo de adecuar sus actos a los lineamientos jurídicos y a la *ética pública*. De ahí que se afirme la necesidad de que se concrete normativamente un mayor grado de vinculación del funcionario frente a la protección del bien jurídico, pues de ese modo se le podrá hacer responsable de la corrupción de los procesos de gestión que tiene el deber de custodiar.

Advierte ROXIN, precisamente, que el núcleo de los delitos de infracción de deber, como por antonomasia lo son los de los funcionarios públicos, viene representado por el *deber especial* del autor. Pero este deber no estaría referido a un deber *general* (social) de observar la norma correspondiente, esto es, dirigido a toda la comunidad sin distinguir la calidad de los coasociados, sino más bien a una especie de «deber extrapenal» que recae sobre quienes han asumido voluntariamente la guarda de unos intereses determinados: el leal ejercicio de la función pública. Y tratándose de la función pública, concretamente, ese *deber extrapenal* no posee otra naturaleza distinta a la que deriva de la propia función. Por ello se dice que se trata de deberes que preceden ese plano nomológico propio de la norma jurídico-penal y que, normalmente, se originan en un ámbito distinto a del Derecho: la ética pública. Tratándose de delitos de funcionarios públicos, refiere ROXIN que el autor adquiere una especial con respecto al contenido del injusto, al punto que ese mismo deber superior que tiene lo convierte en «figura central» del suceso de la acción. El contenido de ese injusto no puede venir conferido sino por el propio bien jurídico, por lo que la falta de cautela frente al mismo legitima la punición. Ya sea por dolo o imprudencia, como refiere ROXIN frente al planteamiento de KINDHÄUSER, « [...] en ambas manifestaciones el agente está en cada caso en condiciones de provocar un acontecimiento mediante un hacer decidible –en un caso el acontecimiento es el objeto intencional del hacer, y en el segundo caso el acontecimiento es evitable y previsible»⁶⁶². Y si en los delitos de corrupción la afectación del contenido del bien jurídico se enlaza a la infracción del funcionario que tiene una especial vinculación con aquél, entonces su penalización resulta justificada.

⁶⁶² ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 254.

El amplio abanico de categorías posicionales señaladas por la ley y precisadas por la jurisprudencia penal permiten determinar la calidad que adquiere el servidor público por el aprovechamiento ilegítimo, desde su posición de «garante», de las oportunidades de corrupción que se configuran a su alrededor. Por ello se dice que un acto corrupto no se entiende sin atender a la relación del agente con su cargo o función. Pero su *rol* institucional refleja no sólo el grado de responsabilidad que asume frente al Derecho penal, sino también la trasgresión de ese sustrato ético implícito en la vulneración del sistema normativo base (en este caso, las disposiciones legales que regulan los procesos de contratación pública). De ello se deriva que aquellos tipos penales que sólo pueden ser realizados por unos autores que revisten una cualidad especial, el contenido material del bien jurídico correspondiente (el «correcto funcionamiento de la administración pública»), determinará que sólo puede infringir los deberes inherentes a la norma aquel que ostente una posición especial en relación con el mismo bien jurídico. La entidad de tal deber lo define justamente la propia importancia del bien jurídico tutelado por el Derecho. Y precisamente por la entidad de ese deber especialísimo que se radica en cabeza del regente público, es que la Dogmática ha de tener más argumentos para justificar la posibilidad de atribuir el hecho punible al titular de tal deber especial con independencia de si la materialización del mismo ha sido causada por otro sujeto que carece de tal condición.

Pero de este deber de protección especial no deben relegarse, como se ha indicado, los principales inductores de la referida práctica corrupta: los empresarios. Más allá de los juicios dogmáticos que ha suscitado la figura del *extranei* en los delitos especiales, lo cierto es que los códigos penales han salido al paso de esta problemática y han tipificado, sin mayor reparo, la conducta de los «corruptores» dentro de los delitos contra la Administración pública (el denominado del delito de cohecho activo)⁶⁶³. Como ya se afirmó de la mano de GREEN, tanto la recepción de sobornos como su ofrecimiento pueden ser considerados actos *moralmente equivalentes*⁶⁶⁴. De hecho, subjetivamente, la intención que mueve al corrupto y al corruptor es la misma: un interés personal. La financiación – regular e irregular- de campañas electorales por parte de empresas o grupos económicos privados, entre otros muchos ejemplos, permite advertir las razones de esa confluencia. Y es que es la misma praxis forense la que enseña que las contribuciones económicas por parte de empresarios a partidos políticos resultan determinantes para la consecución de los intereses de los primeros y de sus aliados políticos: de los primeros, por cuanto aseguran cambios legislativos favorables, decisiones gubernamentales sesgadas o cuantiosos contratos para afirmar su permanencia en el mercado, y de los segundos, puesto que financian sus costosas campañas electorales y, de paso, la lujosa vida que el alto estatus social entraña. La ampliación de ese marco de protección en cabeza del servidor público, debería incluso cobijar la entrada de dineros ilícitos a sus propias campañas políticas.

⁶⁶³ Art. 407 CP. Col.: «El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión de...»; Art. 424 CP. Esp. «El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, será castigado en sus respectivos casos, con...».

⁶⁶⁴ GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 275.

La ampliación del marco de protección resulta precisamente importante en aquellos delitos de corrupción, como sucede en la contratación ilícita, en los que difícilmente puede negarse que el garante sea mínimamente consciente de las ilicitudes que pueden generarse bajo su órbita y las consecuencias jurídicas inherentes⁶⁶⁵, máxime cuando la «deslealtad» normativa, que se opone a la noción de «fidelidad» al Derecho y la Ética pública, es el «*animus*» de la corrupción⁶⁶⁶. A ello no se opone el hecho de que el tipo objetivo constituya el objeto del dolo. Al respecto, recuerda MIR que « [...] es evidente que el tipo objetivo es un presupuesto necesario para afirmar el dolo, puesto que constituye su objeto: si la voluntad del sujeto no se refiere al tipo objetivo, no hay dolo»⁶⁶⁷. Pero si esto es así, ¿de qué manera puede entonces despojarse del tipo objetivo, por ejemplo, en la omisión de establecer cautelas, la conciencia del agente público de trasgredir el correspondiente sistema de regulación y la necesidad de eludir los controles formales? Por esto parece tener razón CARTOLANO –invocando a Caciagli– cuando apunta que uno de los rasgos basilares de la corrupción es « [...] la conciencia de los actores de estar violando normas legales o éticas dirigidas a salvaguardar la primacía de los intereses generales»⁶⁶⁸. En este sentido se afirma que la corrupción es inherentemente antijurídica. Dicha postura evoca inevitablemente aquella concepción de antijuridicidad concebida en términos de «desobediencia» normativa, que resulta de suma relevancia cuando se trata justamente de analizar la capacidad emotiva de una norma jurídico-penal dirigida a sujetos revestidos por una condición especial que les permite tal reflexión⁶⁶⁹. Y es que si el Derecho penal intenta apelar a la motivación interna del individuo, consecuentemente es dable reconocer que el conocimiento –o su mera posibilidad– sobre la prohibición respectiva, a pesar de que la oposición mental del sujeto a la norma primaria (su *desobediencia*) pueda llevar a decir que el Derecho penal interfiere en el fuero interno⁶⁷⁰, tal posibilidad de acceso a la norma no sólo habría de servir como presupuesto de imputabilidad penal, sino además como criterio práctico para inferir la voluntad «desobediente» del sujeto tras realizar la conducta amenazada con la pena⁶⁷¹. En la conciencia de antijuridicidad del acto de corrupción se hallaría, precisamente, la posibilidad de que la *impunidad* repercuta en la anulación del significado aversivo de la pena, pues si ésta tiene por propósito «luchar» con el propósito corrupto, ambos tienen necesariamente que acomodarse en un mismo plano nomológico.

⁶⁶⁵ Para el finalismo ortodoxo, como recuerda MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 257, « [...] el dolo incluye el “conocer” y el “querer” la realización de la *situación* objetiva descrita por el tipo del injusto, y no requiere que se advierta que dicha realización es *antijurídica* (no incluye la conciencia de antijuridicidad) ». A diferencia del finalismo, en «la doctrina causalista clásica, el dolo se concebía como *dolus malus*. Contenia como tal, dos aspectos: a) el conocimiento y voluntad de los hechos, y b) la conciencia de su significación antijurídica (conocimiento del Derecho) [...]».

⁶⁶⁶ Así, MALEM SEÑA, Jorge F., “El fenómeno de la corrupción”, p. 78.

⁶⁶⁷ MIR PUIG, Santiago, RECPC, 2004, p. 13 (Nota 19).

⁶⁶⁸ CARTOLANO S., Mariano J., *La corrupción...*, p. 78

⁶⁶⁹ Frente a esta postura, señala BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, EPC, 1977, p. 19: «Una concepción imperativista de la norma, en el sentido expuesto, tiene en el ámbito del Derecho penal mayor trascendencia de la que podría pensarse. En primer lugar obliga a concebir la antijuridicidad como no sumisión al mandato, como rebeldía, como desobediencia».

⁶⁷⁰ MIR PUIG, Santiago, RECPC, 2004, p. 16.

⁶⁷¹ Por ello le asiste razón a CARTOLANO S., Mariano J., *La corrupción...*, p. 87, cuando afirma que «La actitud negativa del autor frente al sistema normativo relevante lo hace merecedor del reproche social inherente al acto de corrupción». Enfatiza que dicha «actitud» « [...] debe manifestarse en la intención del actor de cometer un acto contrario al sistema normativo...».

En el Capítulo VIII se entrará a discutir por qué esa *amenaza penal* resulta difícil escindirla del injusto y la conveniencia político-criminal de ello. Ya se dijo que los delitos de corrupción normalmente encajan dentro del denominado «dolo intención» (dolo de primer grado). Dicho dolo implica *conocer* los elementos del tipo y *querer* su realización. El Art. 22 del Código Penal colombiano, en la medida en que incluye la definición del dolo, valida esta conclusión: «La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización». Ello resulta evidente en los delitos de corrupción: Tanto en el referido delito de cohecho como en los ligados a la contratación pública irregular, los elementos normativos que definen el tipo incluyen el necesario conocimiento y la voluntad de infringir los deberes inherentes al cargo reglado (en este caso, las directrices que rigen la función pública). Esa infracción de deberes viene representada en el Art. 405 del Código Penal colombiano, por ejemplo, por el hecho de que el servidor público se «vende» « [...] para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales...». Lo mismo sucede con los Arts. 409 y 410, que describen la infracción por parte del servidor público «por razón de su cargo o de sus funciones» y «por razón del ejercicio de sus funciones», respectivamente. Como se ve, la sola literalidad del tipo ya deja ver que su realización dolosa integra su entidad prohibida: la infracción del deber posicional. Por ello no es casual que uno de los elementos básicos del concepto de corrupción que se delimitó, indique que la realización de una conducta corrupta implica la trasgresión de un «orden normativo de referencia», lo cual podría incluso emanar de una conducta omisiva en razón de la posición de garante.

De lo anterior se deriva que si el dolo ha de abarcar, en el caso concreto, la consciencia sobre la infracción de tal orden normativo, no puede desvincularse de ello el conocimiento de las consecuencias. Y si el sujeto ha de valorar los hechos constitutivos de la infracción penal, esos hechos amenazados con pena no pueden entenderse sin este fundamento motivacional subyacente. Por ello puede decirse que la norma secundaria refuerza la motivación de la primaria⁶⁷². No pueden entenderse sólo como si el infractor, al preparar y ejecutar la conducta, proyectara únicamente el fin concreto perseguido y los medios necesarios para su realización, sin considerar mínimamente los riesgos que ello comporta. Lo contrario no encuentra sustento en la realidad forense ni en la lógica. Sobre el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal (según exige el dolo), según se propone aquí, es que la amenaza de pena debe poder interferir para inhibirla. En los delitos de corrupción ello es evidente, puesto llevan implícito en su realización el apartamiento de la ley. Y en esta ponderación simultánea (*tensión*) entre beneficios y castigos, es donde cabe preguntar no sólo por la incidencia de la subjetividad culturalmente estructurada en la valuación de unos y otros, sino también por la capacidad que tiene el agente corrupto de controlar los factores que conducen a la materialización del riesgo (del miedo). Es sobre la base de esa posibilidad real que tiene el agente corrupto de ponderar los riesgos punitivos que implica su cruzada ilícita, que puede afirmarse que el conocimiento preciso de las reglas que regulan su campo de aplicación le permiten tener una gran capacidad afrontativa de los miedos que teóricamente se vinculan a la realización del delito. En el apartado siguiente se entrará a valorar cómo se presenta esa correlación.

⁶⁷² MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 70.

7. Control de los miedos vinculados a los riesgos inherentes a la infracción del deber

Para validar la factibilidad de ampliar el alcance del deber posicional del depositario del bien jurídico, es preciso visualizar la referida sucesión *típica*: La corrupción en la contratación oficial puede verse como un complejo *curso causal racional defraudatorio*, en el que varios delitos aparecen de forma encadenada. En primer lugar puede citarse el *tráfico de influencias* como estado previo a la actuación fraudulenta (Tiempo 1)⁶⁷³. Se presentan, en este caso, un conjunto de actuaciones adelantadas por servidores públicos y particulares prevaleciendo de su influencia sobre otros agentes públicos para conseguir un trato de favor en relación a un determinado proceso de gestión⁶⁷⁴. Dicha influencia parte, como se dijo, de un prevalimiento de las facultades del cargo, la función o de alguna relación personal⁶⁷⁵. En segundo lugar, el *cohecho* en sus distintas modalidades, en este caso, como efectiva corrupción del agente público (Tiempo 2)⁶⁷⁶. En estos casos, se trata usualmente de una serie de actuaciones en la que servidores públicos exigen o aceptan dádivas o promesas para la realización de actos contrarios o propios de su función, o como recompensa por haberlos realizado, así como también el ofrecimiento de pago o promesa por parte de particulares y de la admisión de las peticiones hechas por los propios funcionarios⁶⁷⁷. Y, en tercer lugar, la efectiva *celebración indebida de contratos*, en este caso, como culminación (ejecución) del pacto bilateral –ilícito- (Tiempo 3)⁶⁷⁸. Se verá que en cada una de estas fases el delincuente corrupto puede realizar actuaciones tendentes a neutralizar cualquier posibilidad de que la conducta sea detectada (anulación del riesgo).

⁶⁷³ Como refiere RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Corrupción y contratos públicos: la respuesta europea y latinoamericana”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., *Corrupción y delincuencia económica* (Coords.), p. 171, «Desde nuestro punto de vista, las decisiones corruptas en la contratación administrativa coinciden, la mayor parte de las veces, con las distintas modalidades de los delitos de tráfico de influencias (CUGAT MAURI, 1997) o de cohecho...». La UNCAC define en su Art. 18 el *tráfico de influencias* a partir de los siguientes elementos: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.

⁶⁷⁴ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “Delitos contra la Administración pública”, p. 352. Con respecto al tratamiento del delito de tráfico de influencias en la legislación española, véase, entre otros, MORALES V., Hugo, “Bien jurídico, daño social y escándalos de impacto social. Una perspectiva constitucional”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura / GORJÓN BARRANCO, M. Concepción / FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio / DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola (Coords.), pp. 154 y ss.

⁶⁷⁵ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “Delitos contra la Administración pública”, p. 353.

⁶⁷⁶ La UNCAC define en su Art. 15 el *soborno a funcionarios públicos nacionales* en base a los siguientes elementos: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales».

⁶⁷⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “Delitos contra la Administración pública”, p. 335.

⁶⁷⁸ Si bien la UNCAC no define específicamente la *celebración indebida de contratos* como conducta típica, sí hace referencia indirecta en las definiciones de varias de las conductas incluidas en la Convención. Así, por ejemplo, en el Art. 15 referido al soborno de funcionarios nacionales.

El referido curso típico permite apreciar claramente la estructura racional del sistema diferencial de oportunidad⁶⁷⁹. El prevalimiento por parte de un servidor público sobre otros agentes del Estado para conseguir un trato de favor valiéndose de su posición, las facultades del cargo, la función o de alguna relación personal, determinan el primer elemento esencial de tal sistema (Tiempo 1). Fichado el objetivo, la efectiva corrupción del agente público se produciría a partir de una serie de actuaciones en la que éste acepta o exige una contraprestación para realizar actos contrarios a su función (Tiempo 2). El perfeccionamiento del delito de cohecho, en la medida en que se daría con la sola aceptación de la dádiva, permite validar la afirmación de que la valoración personal del riesgo punitivo precede, incluso, la prestación efectiva del favor corrupto. Finalmente, la ejecución material del pacto bilateral ilícito vendría dada por la posibilidad efectiva de interceder –por activa o por pasiva- en la corrupción del proceso de gestión (Tiempo 3).

La complejidad de la estructura ocasional ilícita lleva a concluir que la misma difícilmente podría establecerse sin un déficit de control del guardián del bien jurídico. Por esta misma complejidad del acto, es que puede decirse que la impunidad puede afectar la voluntad criminal, pues resulta difícil idear un plan criminal sin tener en cuenta la intensidad de los diversos controles. El déficit de control interno –u «organización diferencial»-, determina que una persona pueda pasar, o no, de la intención primigenia a la acción. Y este aspecto es importante destacarlo, porque sería en función de la proyección de esa oportunidad que el individuo tendría en cuenta el *riesgo legal*. Pero este último sería tan solo el riesgo de castigo externo, pues el vencimiento del *miedo* de orden abstracto a la amenaza de pena ya habría tenido lugar cuando ese concreto sujeto se propuso cometer el delito. A partir de este estadio se limitaría por la posibilidad de control de los riesgos que pueda advertir en el seno de la estructura organizativa a la que se vincula el acto venal.

⁶⁷⁹ De forma bastante gráfica, CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, *La corrupción en la contratación pública en Europa...*, pp. 59 y ss., señala que la corrupción en torno a los procesos de contratación pública puede presentarse en todas sus etapas. Precisa que existen determinadas actuaciones especialmente vulnerables al fenómeno, las cuales se pueden materializar en cada una de las fases del proceso de contratación: « [...] en la fase de formación de la voluntad de la Administración se manipula la demanda pública (aspecto interno de la corrupción), en el proceso precontractual se distorsionan los mecanismos de adjudicación (aspecto adjetivo de la corrupción) y finalmente el proceso culmina con la ineficacia en la ejecución del contrato (aspecto material de la corrupción)»⁶⁷⁹. Estas categorías generales apenas dejan ver la vulnerabilidad del proceso. Pero son múltiples las ilicitudes que pueden presentarse en cada una de estas etapas. Así, dentro de la fase de formación de la voluntad de la Administración, según apunta el autor, es común encontrar «contratos públicos celebrados en interés del funcionario público». Dentro de tal categoría se distinguirían tres modalidades concretas: 1) «Participación directa del funcionario en la adjudicación pública»; 2) «Participación de familiares o allegados del funcionario en la contratación pública»; 3) «Participación de empresas de las cuales los funcionarios públicos son socios o tienen un vínculo profesional». Lógicamente, además de la celebración de contratos en interés de los propios funcionarios, se hallan también en esta fase primigenia «Los contratos públicos celebrados en interés de terceros». Dentro de esta categoría pueden agruparse tres modalidades: 1) «Adjudicación por convenios ilícitos realizados con un proponente: inducción de la demanda y direccionamiento previo»; 2) «El soborno para la adjudicación del contrato público»; 3) «Adjudicación por tráfico de influencias». Dentro de la fase precontractual, por su parte, «La contratación directa» constituye la primera forma de asignación irregular; en segundo lugar, la «Inexistencia de contrato y contratación indebida»; en tercer lugar, «El fraccionamiento de los contratos públicos»; en cuarto lugar, «La variación en el curso de la obra o pericias supletivas a través de la utilización de la prerrogativa de la Administración pública de modificar unilateralmente el contrato o “ius variandi”»; y, en quinto lugar, «La utilización arbitraria de las prórrogas». Dentro de la tercera fase o de ejecución del contrato, finalmente, «Los sobrecostos de las obras» constituirían la primera modalidad irregular; en segundo lugar, «El abuso de la subcontratación»; y, en tercer lugar, «La revisión de precios».

La correlación de las figuras típicas referenciadas se produce, como se ve, dado que se corresponden, de forma bastante precisa, con las fases principales del proceso de ejecución del proyecto criminal: El cohecho representa la categoría jurídica por antonomasia presente en los procesos fraudulentos de contratación oficial. En cabeza del agente público corrupto se radica normalmente una contraprestación material a cambio de su trato de favor (cohecho propio e impropio o cohecho pasivo)⁶⁸⁰; en cabeza del agente corruptor, por su parte, el ofrecimiento o pago a favor del agente público, de una comisión por el favor recibido (cohecho por dar u ofrecer o cohecho activo)⁶⁸¹. Y la importancia del tráfico de influencias no es menor: generalmente representa la antesala del delito de cohecho. Como señala GREEN, « [...] la ilicitud moral del cohecho depende en gran medida de este requisito de “dejarse influir” »⁶⁸². La referida necesidad de controlar los riesgos asociados a la infracción la corrobora el hecho de que los tipos penales atrás señalados aparecen normalmente vinculados a otras figuras: malversación de caudales públicos, prevaricación administrativa, prevaricación judicial, falsedades documentales, blanqueo de capitales, etc. De ahí, precisamente, que la tipología de corrupción analizada se delimite en base a la dimensión dual de las *oportunidades* para el delito. La configuración de esas opciones, como se verá, resulta ininteligible sin la capacidad que tiene el regente en su concreto ámbito de gestión para intervenir sobre los riesgos del delito⁶⁸³: posibilidad de denuncias originadas en el personal interno, distracción de controles externos, etc. En este sentido se afirma la necesidad de normativizar el contorno de las infracciones que le vincularían.

⁶⁸⁰ El Código penal colombiano define en su Art. 405 el denominado cohecho propio. Por su parte, el Código penal español define en su Art. 419 una conducta similar. Con respecto al denominado cohecho impropio, el Art. 406 del Código penal colombiano estipula: «El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en...». Por su parte, el Código penal español define en su Art. 420 conducta similar: «La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo, incurrirá en...».

⁶⁸¹ El Código penal colombiano define en su Art. 407 el denominado cohecho por dar u ofrecer: «El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en...». Por su parte, el Código penal español define en su Art. 424 el denominado cohecho pasivo: «El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, será castigado en sus respectivos casos, con las mismas penas...».

⁶⁸² GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 265.

⁶⁸³ La proscripción de tales conductas se justifica por el fundamento político-criminal subyacente. En el caso del cohecho, se justifica porque con ella se intenta «preservar el buen funcionamiento de la Administración mediante la evitación de la influencia del interés privado en el ejercicio de las funciones públicas, preservando su imparcialidad»: ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “Delitos contra la Administración pública”, p. 335. A una conclusión similar puede llegarse con respecto al tráfico de influencias. Su proscripción se justifica por la necesidad de impedir las posibles interferencias que, en el ámbito de la gestión pública, pueden producirse, en este caso, para la «satisfacción de intereses particulares y no generales, invirtiendo los valores y principios que legitiman la actuación de la Administración»: ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, *Delitos contra la Administración pública*, Ed. Ediciones Francis y Taylor, Madrid, p. 16. Con estas conductas, se materializa una actuación defraudadora del agente público para la obtención de un beneficio particular, lo que se traduce en un perjuicio económico para los entes públicos. Su proscripción se justifica, entonces, por la necesidad de proteger la vulneración de «los principios de objetividad e imparcialidad que rigen la actuación de los poderes públicos y posibilitan la libre concurrencia en condiciones de igualdad»: ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “Delitos contra la Administración pública”, p. 327 y ss.

De manera, pues, que la contratación fraudulenta no se entiende sin esas fases previas definidas por influencias personales y la razón del acto: el *soborno*. Como refiere JAREÑO, «[...] la modalidad criminológica más frecuente en materia de contratación pública en el cohecho es la que se acaba de citar: el pago de una comisión o un soborno (o un regalo) al funcionario a cambio de la adjudicación de un contrato a una determinada empresa...»⁶⁸⁴. A similar conclusión llega CASTRO. Según apunta este autor, «La forma más común de corrupción en la contratación pública es el soborno, situación que puede tener a su vez dos (2) modalidades: En primer lugar, el cobro de comisiones ilícitas para la concesión de contratos públicos [...]. En segundo lugar, la recepción de un soborno para la adjudicación de un contrato público...»⁶⁸⁵. Al respecto, refiere ROSE-ACKERMAN⁶⁸⁶ que con independencia de si el gobierno es comprador o contratista, existen distintos motivos para realizar pagos a funcionarios, a saber: 1) «una empresa puede pagar para ser incluida en la lista de oferentes cualificados y/o para restringir la extensión de dicha lista»; 2) «puede pagar por información confidencial»; 3) «los sobornos pueden inducir a los funcionarios a estructurar las especificaciones de la licitación de forma que la empresa que paga sobornos sea la única proveedora calificada»; 4) «una empresa puede pagar para ser seleccionada como contratista ganadora de antemano»; 5) «una vez que una empresa gana el contrato, puede pagar para obtener precios inflados o para escatimar en la calidad». Como se ve, en cada una de estas formas resulta común la necesidad de minimizar el riesgo de sanción.

Como acaba de indicarse, una de las fases específicas del proceso de contratación oficial en la que se presentan regularmente sobornos, es en la estructuración de los *términos de referencia*. En esta fase suelen incluirse, bajo una aparente legalidad, especificaciones técnicas, objetivos y, en general, los requisitos para la adjudicación del correspondiente proyecto estructurados «a la medida» de un determinado proponente. MALEM describe claramente esta situación: «[...] para lograr contraprestaciones corruptas, se suele establecer especificaciones en los pliegos de licitaciones que sólo pueden ser cumplidas por determinadas empresas. Bajo la apariencia de unas exigencias generales, válidas para todos los potenciales interesados por igual, se suele esconder una “descripción definida”, que otorga una clara ventaja a uno y sólo a uno de los posibles participantes en la licitación»⁶⁸⁷. Dicha tergiversación de los términos de referencia se hace posible, en buena medida, gracias a la discrecionalidad funcional. Como señala KLITGARD⁶⁸⁸, será mayor la intensidad de los incentivos para actuar de forma corrupta, cuando el agente «goza de arbitrio y tiene bajo nivel de responsabilidad». El encubrimiento del delito bajo la cobertura del acto paralelo legal, como se ve, encarna una auténtica técnica de anulación del riesgo punitivo. Apunta el referido autor, precisamente, que factores como la baja «probabilidad de que el agente sea descubierto y sancionado rápida y eficientemente», repercutirían en la generación de conductas ilícitas. La baja probabilidad que percibe el autor generaría un entorno de seguridad en el que los riesgos de sanción se minimizan.

⁶⁸⁴ JAREÑO LEAL, Ángeles, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Ed. Iustel, Madrid, 2011, p. 68.

⁶⁸⁵ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, «*La tipificación de la corrupción en la contratación pública en Europa*», pp. 192-193.

⁶⁸⁶ ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos...*, pp. 36-37.

⁶⁸⁷ MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, p. 78.

⁶⁸⁸ KLITGAARD, Robert, *Controlando la corrupción...*

Otro de los factores que posibilitarían el ofrecimiento o solicitud de comisiones alrededor de los procesos contractuales, se encuentra asociado al aprovechamiento de las excepcionalidades que prevé la ley. En estos casos, concretamente, se efectúa una aplicación indebida de tal potestad para contratar sin sujetarse a licitación pública. Uno de los ejemplos prototípicos lo constituyen las contrataciones directas para garantizar la seguridad de la Nación: compra de armamento, equipos tecnológicos, etc. Lo cuestionable de este tipo de contrataciones no es, por supuesto, la legítima finalidad de la excepción, sino la ineficiencia que se produce tras la no idoneidad de la selección. Incluso, muchas veces, no sólo se abusa de la contratación directa, incumpliendo de esta forma el lleno de requisitos legales y, con ello, el principio de selección objetiva, sino también de la falta de presupuesto. La tergiversación ilícita de tales excepcionalidades legales permite ver no sólo las dificultades que enfrenta la regulación contractual para impedir esas interferencias ilícitas, sino también la facilidad de encubrir el delito. En este sentido se configura otra clara técnica de control de riesgos vinculados al ilícito, pues si el acto inmoral puede mimetizarse en la propia normativa que faculta el procedimiento excepcional, el riesgo de sanción se minimiza a tal punto que el acto de denuncia, de detección y de procesamiento del ilícito, se sitúan no ya en el plano de la probabilidad, sino en el de la utopía. Aquí la importancia de vincular a la realización objetiva y subjetiva del tipo de corrupción la infracción del deber posicional por parte del guarda principal del interés jurídico protegido, lo que impediría que luego se excuse en supuestos «errores» afincados en el «no sabía».

Otra modalidad que posibilitaría la solicitud y pago de comisiones ilícitas en el marco de los procesos de contratación directa, lo constituyen aquellas contrataciones que se fundamentan en situaciones en las que no es posible obtener bienes o servicios mediante procedimientos de licitación en el tiempo requerido. Lo mismo ocurre en aquellas situaciones en las que no hay diversidad de oferentes: es lo que sucede, por ejemplo, cuando se presenta una situación de monopolio. En este último caso, empresas monopolistas son consideradas las únicas en condiciones de cubrir las demandas del Estado. Ello genera no sólo una ventaja del particular por razón de su posición dominante, sino también una clara restricción a la libre competencia; restricción que, en otras ocasiones, no se produce ya por el monopolio, sino por el pago de comisiones⁶⁸⁹. Pero dichas excepciones no se producen únicamente en la fase de adjudicación del contrato; es común ver, durante su ejecución, la solicitud de modificación de los términos contractuales por parte del contratista, muchas veces sin suficiente justificación, buscando asegurar así un incremento sobre las partidas presupuestales inicialmente aprobadas (aprovechando las posibilidades de ajuste que prevé la propia normativa contractual y el marco de discreción que se genera por las pocas exigencias de publicidad de la renegociación). A semejante desajuste se aúna el hecho de que, aun existiendo procedimientos claramente definidos en la ley, muchos contratos se perfeccionan en abierta contradicción con las formas respectivas por la ausencia de control. En este sentido se logra la impunidad del acto, pues se consigue revestirlo de un manto de legalidad, provocando con ello su encubrimiento.

⁶⁸⁹ Precisamente, señala *Transparencia por Colombia* que, según el estudio *Doing Business 2012*, del Banco Mundial, para los empresarios, la corrupción es el factor que más dificulta la competitividad para las empresas privadas colombianas.

Con lo anterior queda claro, entonces, que la ineficiencia institucional en materia de contratación no sólo proviene de la consciente designación del contratista *no cualificado*. Los propios contratistas son actores determinantes en las irregularidades contractuales. Es lo que sucede, también, con la adquisición de bienes o servicios a precios por encima del valor real⁶⁹⁰. En algunos casos, a pesar de la correcta actuación del funcionario desde el punto de vista moral, se produce ineficiencia en la gestión por incidencia de la otra parte contractual. De ahí la importancia de centrar la atención en las empresas que participan en este sector de actividad. Ahora bien, si bien en estas situaciones el contratista puede aprovecharse de la ineficacia del órgano contratante, en otros casos, por el contrario, el servidor público es consciente del incorrecto procedimiento. Es lo que sucede, por ejemplo, en las renegociaciones que se producen durante la ejecución del contrato. En estos casos, las adiciones derivadas de tales renegociaciones no están sujetas a las mismas exigencias de publicidad y competencia que los contratos iniciales, quedando así la puerta abierta para que las dos partes del proceso, de mutuo acuerdo, o bien, el contratista, aprovechándose de la indolencia del contratante, introduzca las pretendidas adiciones⁶⁹¹.

El acuerdo entre las partes constituye otro factor de impunidad, puesto que se impide la denuncia formal del hecho corrupto. Todo lo anterior conecta con un factor de importante preocupación. Éste consiste en que estas situaciones se estabilizan no sólo por deficiencias formales que posibilitan la vulnerabilidad de los procesos de gestión y la de los correspondientes procedimientos de control oficial, sino también por la falta de compromiso de las propias corporaciones del sector privado que contratan con el Estado afectadas negativamente por la corrupción. Esto se ve evidenciado en las pocas denuncias por éstas formuladas. Un factor de preocupación, dado que son las propias empresas una de las partes llamadas a coadyuvar en la prevención de actos de corrupción. Pero qué más esperar cuando las más reputadas corporaciones privadas se mueven entre cárteles y fraudes en la contratación. Por tal razón quizá no tomen partido en el enfrentamiento de la corrupción, puesto que muchas de estas corporaciones que se hallan en desventaja frente a otras que logran hacerse ilícitamente con contratos oficiales, tampoco repararían en pagar una comisión para poder acceder a esa *oportunidad* que no siempre está al alcance⁶⁹².

⁶⁹⁰ Como señala CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, *La corrupción en la contratación pública en Europa*, pp. 88-89, «El mecanismo más sencillo para la obtención de un beneficio extraposicional en la contratación pública es el aumento indebido del valor del contrato público, es decir, el cobro de un valor muy superior a los precios del mercado por la venta de un bien o la prestación de un servicio, para apropiarse de la diferencia...». Advierte también, pp. 21-22: «[...] algunas figuras creadas con buenas intenciones, como la subcontratación, el “*ius variandi*”, las prórrogas del plazo o la revisión de precios, son utilizadas fraudulentamente para que en un contrato público pueda ser ejecutado con un contratista, objeto plazo y precio diferentes a los pactados con la Administración».

⁶⁹¹ También es posible que, otras veces, el contratista, ante la imposibilidad de obtener sumas adicionales a las pactadas, opte por entregar los bienes o servicios contratados por fuera de los términos inicialmente estipulados; incluso, en otras ocasiones, opte por introducir, al momento de la liquidación y pago, las respectivas adiciones. Las modificaciones se facilitan por la discrecionalidad del servidor público.

⁶⁹² Con respecto a las relaciones que se tejen entre empresas privadas e instituciones públicas en torno a los contratos oficiales y el papel que debería asumir la empresa frente a tal relación, apunta LOZANO GARCÍA, María Belén, “Los contratos con el sector público y la prevención de prácticas corruptas: una perspectiva desde la empresa”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., *Corrupción y delincuencia económica...*, p. 66, «Sin la existencia de un gobierno corporativo eficaz, que garantice la eficiencia en la gestión de las empresas, no podemos derivar un sistema de contrataciones –también eficientes– con las que satisfacer adecuadamente la demanda de carácter público».

Constituyen estas, pues, algunas de las típicas artimañas utilizadas por políticos, funcionarios y empresarios en torno a la gestión de recursos públicos para neutralizar los riesgos del delito. Su conocimiento permite inferir, más allá de la *finalidad* implícita en la actividad y la forma en que se configura la *oportunidad*, la dificultad que comporta su control institucional. A estas últimas dificultades estarán destinados los Capítulos VI, VII y VIII de este trabajo. Dichas desviaciones, detalladas desde el plano descriptivo-material y jurídico-penal (formal), resulta apropiado no sólo para ilustrar la categoría criminal que se analiza, sino también para analizar los problemas que, con causa en la complejidad de tales esquemas delictivos, se derivan para su tratamiento judicial. Esto se tratará ampliamente en los capítulos atrás indicados. Se enuncia desde ahora, simplemente, para no pasar por alto una de las cuestiones más complejas que, a propósito de la traducción formal del fenómeno, surge alrededor del control penal: su tratamiento probatorio: una problemática que aparece no sólo alrededor del proceso de judicialización, sino también, en una fase previa, en torno a la investigación e instrucción criminal. Sería en esta ineficiencia formal que se generaría uno de los ingredientes motivacionales que influirían sobre aquél proceso racional de decisión criminal que luego termina desvirtuando la irrealización de la función de prevención intimidatoria frente a la corrupción pública. Y es de esta forma que se afirma que la impunidad podría influir en la anulación de miedos, pues como sucede con la mayor reducción del miedo a ser víctima de un delito que se genera por la percepción de un mayor índice de seguridad, así mismo la reducción del miedo a ser sancionado por un delito se produce por la baja entidad del riesgo derivada de un alto índice de impunidad.

Las modalidades de gestión ilícita hasta aquí indicadas son suficientes para ilustrar la necesidad de caracterizar el contenido del bien jurídico de los delitos contra la Administración pública no sólo por la lesividad social del acto, sino también por la infracción ética que se halla detrás de ese tipo de acciones (de la moralidad pública). En este sentido adquiere toda su relevancia la profusión del deber posicional del regente público y la ampliación de las implicaciones de la infracción de ese deber motivadas en su obligación de impedir la trasgresión del bien jurídico (por su omisión). La expansión de ese radio de acción de los deberes del servidor público mediante la presunción legal de antijuridicidad vinculada a la realización objetiva del tipo penal, no sólo impediría la consideración defensiva de sus actos de corrupción a partir de estrategias de impunidad fundadas en la invocación de los errores de tipo o de prohibición, sino también que el funcionario se obligue a seleccionar el mejor equipo posible para evitar caer en tales errores. En uno y otro caso se generaría un efecto de orden preventivo. En el primero, porque la gente observa y entiende que delinquir no paga: la sanción efectiva de los corruptos impediría el letal efecto de modelado psicológico que se genera sobre la sociedad cuando un alto dignatario del Estado, procesado por corrupción, sale impune del proceso penal por las habilidosas maniobras dogmáticas de defensa, esto es, bajo inteligentes construcciones sustantivas tendentes a sustentar un desconocimiento de la práctica corrupta (errores de tipo o de prohibición) o la aplicación del principio de duda probatoria (*in dubio pro reo*). En el segundo, porque un equipo seleccionado por su alta conformación técnica y ética tendría menores probabilidades de sucumbir ante la tentación de corromperse. Pero la realidad es otra: la clase dirigente sabe del perjuicio particular de esa profusión moral.

8. Repercusión práctica de la redefinición subjetiva de modelo teórico propuesto

La repercusión práctica de la indicada redefinición, como se verá en el Capítulo VIII, parte de la operativización dogmática de la realidad criminológica con el fin de asegurar una mayor aplicación de la función de prevención. Para ello se propone una metodología en la que la estructura material que define el fenómeno delictivo, se articula a la estructura sistemática de la teoría del delito para propender la corrección de algunos de los fallos del modelo de la disuasión. Se trata, en últimas, de «basar la teoría del delito en la función de prevención», diría el Prof. MIR⁶⁹³. Esa ordenación de la teoría del delito desde su vertiente preventiva, como se ha indicado, implica afirmar que los incentivos que confluyen en su configuración, tanto de orden positivo (propositivo) como negativo (aversivo), deben afectar conjuntamente las categorías subjetivas de tal estructura sistemática, especialmente al dolo en su modalidad «intención». Esta concatenación subjetiva resulta coherente, precisamente, cuando lo que se pretende es establecer la forma en que puede la norma jurídico-penal cumplir una de las funciones a las que está llamada: intimidar, esto es, «[...] teniendo en cuenta la forma de operar de la norma preventiva...»⁶⁹⁴. Este planteo se compadece, como se verá en ese mismo Capítulo, con una consideración *realista* de la ciencia penal, siguiendo la metodología propuesta por MIR⁶⁹⁵, en la que converge una concepción de la *ciencia jurídica como ciencia social*, la consideración *realista del proceso de concreción de la ley y la confluencia entre política criminal y dogmática*.

La primera consecuencia se concreta en reducir la impunidad. La maniobra defensiva adoptada por ciertos corruptos procesados penalmente apelando a los denominados errores de tipo y de prohibición (*estrategias dogmáticas de impunidad*), permiten graficar esa concatenación de la realidad social criminalizada por el Derecho penal y las categorías subjetivas de la teoría del delito (por ejemplo, la categoría de *comisión por omisión*). Para procurar tal aplicación el argumento de defensa que se arguye, procedimentalmente referido, es el desconocimiento de una circunstancia objetiva de orden descriptiva o normativa perteneciente al tipo de injusto o bien su entidad prohibida. Pero tratándose de delitos de corrupción, como se desarrollará, se produciría un solapamiento entre el aspecto cognoscitivo de los elementos objetivos del tipo y el conocimiento de la naturaleza antijurídica del acto (*dolus malus*). El análisis de los componentes de la corrupción en su entidad material, por su carácter esencialmente normativo, lleva a concluir que a todos y cada uno de esos elementos les es inherente no sólo una naturaleza antijurídica, sino también un déficit de control. Partiendo de esa realidad criminológica, dogmáticamente se sustentará que el conocimiento de los elementos típicos se confundiría con el de su naturaleza prohibida, al punto de que resultaría fantasioso invocar el error de tipo o de prohibición. Al invalidar la aplicación de las referidas figuras a esta clase de delitos, la dogmática se vincularía a la mencionada finalidad preventiva tras impedir la impunidad.

⁶⁹³ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 48.

⁶⁹⁴ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 48.

⁶⁹⁵ Tal *consideración realista* debe atender, como plantea MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases...*, pp. 299-300, a tres corrientes que buscan «[...] la verdadera introducción de esta consideración realista en el interior mismo de la dogmática: la concepción de la ciencia jurídica como ciencia social, la contemplación realista del proceso de aplicación de la ley y la unión de política criminal y dogmática».

La segunda consecuencia se concreta en la referida ampliación del marco de protección del bien jurídico. Se pretende, concretamente, sustentar una normativización de esos deberes del servidor público que imperativamente está llamado a cumplir, ya no para evitar la utilización de las referidas estrategias dogmáticas de impunidad, sino para que el ineludible conocimiento de ese espacio de regulación legal le obligue a tomar todas las medidas necesarias para evitar la vulneración del bien jurídico; algo similar a las cautelas establecidas por algunos códigos penales para establecer la ausencia de responsabilidad de las personas jurídicas. Pero esta vinculación normativa no sería opcional, como en el caso de las personas jurídicas, sino de carácter obligatorio. Significa ello que el primer paso en este modelo de prevención sería del legislador mismo. A éste le correspondería señalar un conjunto de cautelas que por prescripción legal estaría obligado el administrador público a cumplir para poder asumir el cargo. Se trataría de un modelo de organización que defina claramente medidas de vigilancia, control y supervisión sobre la actividad específica de la entidad que preside. Y como para que tenga lugar la corrupción sistemática de los procesos de gestión de una determinada organización se requieren normalmente varios agentes corruptos al interior de la misma, el garante principal sería el responsable de la mala selección de esas «manzanas podridas» y, por lo tanto, de sus actos (transferencia de responsabilidad por indebida selección). El mayor grado de prevención a través de esa ampliación del marco de deberes, como se insistirá, se lograría fundamentalmente porque su exigente normativización obligaría a que quien presida una entidad determinada se implique en el control de la corrupción, *so pena* de responder por lo que allí acontezca.

Una consideración de acción definida como un complejo simbólico en el que los límites normativos de los actos institucionales y los deberes funcionariales se cobijan con una presunción de conocimiento, en definitiva, evitarían no sólo la invocación de excusas («errores») tras su infracción, sino también el relajamiento de los administradores frente a la protección del bien jurídico. El mayor efecto preventivo, como se dijo, se alcanzaría en la medida en que el mayor deber de protección que asume el titular principal del ente frente a ese interés superior, le obligaría, entre otras medidas, a realizar concienzudamente una correcta selección de su equipo directivo (y de estos respecto de sus subalternos), lo que conllevaría casi que necesariamente un aseguramiento técnico y ético de tal equipo. Y es que no es que no haya personas éticamente correctas; lo que hay son muchos regentes corruptos que no quieren rodearse de personas honestas, sino de las de su propio «palo»; y ello porque la propia ley lo permite. Y como también lo han señalado los especialistas en corrupción desde hace mucho tiempo, nadie que se considere éticamente correcto quiere formar parte de un grupo de corruptos; lo que técnicamente se ha denominado «selección adversa de élites». Y esto es una realidad, no es sólo teoría: Apelando al rol del «observador participante», pude ver recientemente cómo un colega abogado me manifestaba, tras finalizar su programa de especialización en contratación estatal, que tenía una oferta de un regidor de una administración pública para formar parte del departamento de contrataciones, pero lo que le preocupaba, según sus propios términos, era que «tarde o temprano se tendría que torcer». La corta pero dicente frase no podía ser más afortunada para los fines de este trabajo, pues la misma envolvía todos y cada uno de los presupuestos criminológicos aquí utilizados para la comprensión subjetiva de la corrupción pública.

9. Conclusión

La gran mayoría de prácticas corruptas que se vinculan al ejercicio de la función pública tienen una estructura material definida por una serie de elementos que normalmente deben confluír para su proceso generativo. Si alguien se corrompe, normalmente, estará motivado por el beneficio que puede obtener tras la comisión del acto ilícito. En igual sentido, quien bien valora los bienes de la vida que se ven amenazados por la hipotética imposición de una sanción penal, reflexionará sobre la probabilidad de fracasar en el intento y hacerse acreedor de un castigo. Pero sin duda el elemento que necesariamente debe confluír para la realización del acto delictivo, es la oportunidad para que éste pueda tener lugar: Para participar en un acto complejo de corrupción es necesario tener al alcance una estructura de medios que conduzca a la obtención del beneficio que le otorga sentido al acto venal. Y para tal comprensión objetiva de la estructura del acto corrupto se propuso el esquema teórico profesado por las perspectivas criminológicas de la elección racional: Un hombre racional motivado (a la espera permanente de la oportunidad), una estructura de oportunidad ilícita (apropiada para acceder al beneficio que lo motiva) y una baja probabilidad de ser castigado (cuando el delito se ha materializado), son los tres elementos centrales que se preconizan desde la referida perspectiva criminológica para la explicación de un tipo determinado de delitos. Es este el modelo que adopta la teoría de la disuasión. Pero distintas son las consideraciones que pueda realizar un individuo tanto sobre el factor propositivo como sobre el aversivo vinculados al acto delictivo. Se propone así una subjetivación del modelo de la disuasión a partir del significado que tales elementos tiene para el mismo sujeto que cree necesario delinquir.

Sobre la base del significado de estos componentes es que se propone la referida redefinición del modelo objetivo de la disuasión. Para ello se partió no sólo de los presupuestos epistemológicos y disciplinares tratados en el capítulo anterior, sino también de otro grupo de teorías criminológicas que permiten vincular la genealogía estructural de los incentivos del delito y la validación personal de los mismos. Es así como se afirma que los incentivos positivos que normalmente confluyen en la realización de aquellos delitos inducidos por el dinero, no pueden comprenderse en su mayor entidad si no se atiende a la importancia que ese elemento inductor tiene para quien busca alcanzarlo por medios ilícitos. Atraer la atención de los demás, como se pondrá de presente en el Capítulo V, es uno de esos aspectos simbólicos que se hallan tras aquél propósito material. Luego se afirma que la estructura material de oportunidad que posibilita la búsqueda de tal propósito, tampoco puede escindirse de los códigos simbólicos que se fundan grupalmente. Piénsese, concretamente, en las definiciones favorables al delito que se instituyen al interior de las corporaciones públicas y que luego facilitan la impunidad. Y lo mismo sucede con las instituciones de castigo: En la medida en que la profusión aversiva de la pena se afinsa sobre la base de miedos contruidos socialmente, del mismo modo puede alcanzarse la de-construcción de su fuerza aversiva. Por ello, según se dijo, la oportunidad se redefine aquí como la posibilidad no sólo de ejecutar ciertamente el delito, sino también de asegurar su impunidad. Es así como se llega a afirmar que la intención tiene una entidad compleja en la que confluyen tanto lo propositivo como lo aversivo del acto delictivo.

CAPÍTULO IV

COMPRENSIÓN ESTRUCTURAL DE LA IMPUNIDAD JURÍDICO-PENAL

1. Introducción

Se acaba de postular en el capítulo anterior un modelo teórico que permite vincular a la subjetividad que se predica del mismo, la conexión «estructural» de los incentivos del delito. En el Capítulo II se enunció la necesidad de concebir la acción corrupta, no como un evento aislado y desconectado de la realidad previa del individuo, sino como la expresión objetiva de un conjunto de motivaciones forjadas en su curso de enculturación. Se indicaron, teniendo en cuenta esa conformación temporal del delito, dos fases del proceso motivacional: fases «diacrónica» y «sincrónica» de la motivación delictiva. En este capítulo se concretará cómo los componentes del modelo criminológico señalados en el capítulo precedente y que confluyen al momento de realización del acto ilícito (el elemento propositivo, la oportunidad y la baja probabilidad de recibir castigos), tienen una conexión con el «pasado» del individuo. Es esta, podría decirse, la conexión «temporal» del curso formativo del delito. Pero otra es la conexión «espacial» del mismo. Guardando coherencia con el aspecto temporal, aquí el proceso configurativo del delito tampoco se concibe como una situación aislada o desconectada del marco relacional del individuo, sino, por el contrario, vinculada a los distintos niveles de interacción en los que este se desenvuelve. Se enunció ya en el Capítulo I cómo el ser humano que habita en una comunidad amplia de personas se encuentra sometida, por los menos, a tres niveles de interacción espacial de diverso alcance. En el primer nivel (*interpersonal*), como se enunció allí, puede señalarse cómo puede verse afectado el individuo por sus entornos privados: familia, amigos, etc. En el segundo nivel (*interacción grupal*), por su parte, puede advertirse cómo se ve influido por sus entornos grupales: compañeros de trabajo, contactos profesionales, etc. Y en el tercer nivel (*interacción social*), finalmente, puede establecerse cómo le afectan las relaciones colectivas más amplias. En este nivel, particularmente, interesa destacar la forma en que se ve afectada una persona por su entorno social en tanto que miembro de un sistema histórico-cultural concreto: cómo le afectan las creencias populares, la moral dominante, los usos sociales, etc. El presente capítulo, concretamente, estará destinado a establecer cómo se produce la invalidación personal de la fuerza aversiva asociada al castigo legal en ese nivel estructural y su vinculación con la situación de oportunidad.

2. Vinculación estructural de los componentes motivacionales del delito

La comprensión histórico-cultural de las convicciones que arrastra el delincuente racional, como ya se ha indicado, permite observar el conflicto que se produce entre norma social y jurídico-penal y, a partir de ello, el origen de la «desobediencia» que expresa el infractor frente al imperativo normativo correspondiente⁶⁹⁶. La comprensión diacrónica del delito permite determinar, con respecto al criterio *propositivo*, la conexión que se teje entre los componentes finalísticos que funcionan como incentivo (el deseo de enriquecimiento, en este caso) y las *oportunidades* requeridas para su consecución. En este sentido se concatena la entidad situacional de la decisión criminal y las construcciones simbólicas del individuo forjadas a partir de su proceso de enculturación⁶⁹⁷. La exploración de esas categorías de sentido que se hallan tras la toma de decisiones ilícitas, como por ejemplo la menor o mayor valía de lo público en una comunidad determinada, facilita precisamente el análisis del proceso de *coacción psicológica* que presupone la amenaza de pena. Por ello dicho proceso ha de analizarse teniendo en cuenta la incidencia de la moral social juridificada por el Derecho penal sobre el individuo⁶⁹⁸. Para defender tal tesis se afirma, según se ha dicho, que tanto los incentivos positivos como los negativos que confluyen en la decisión delictiva poseen un nexo estructural. Tratándose de corrupción, precisamente, las tres componentes motivacionales que se vinculan al modelo criminológico que se ha propuesto no pueden concebirse si no se enlazan a factores estructurales: El *fin* de obtener un beneficio monetario personal, concretamente, no puede comprenderse sin la presión social permanente hacia el éxito económico instituida culturalmente. Sería éste el aspecto destacado por MERTON para situar el origen de la desviación⁶⁹⁹ (puesto que propiciaría en el individuo cierta «*disponibilidad*» a delinquir). La *oportunidad* requerida para llevar a cabo el fin personal perseguido, por su parte, estaría ligada a las estructuras de oportunidad que se crean a partir de la participación del Estado en la economía de mercado (por la expansión del gasto público). Tal situación determinaría las «*ocasiones*» para corromperse. Y lo propio sucede con la desestructuración del miedo al castigo. Tratándose de corrupción, como se verá, la percepción individual frente a la pena (control *formal*), se vería anulado por la *tolerancia social* institucionalizada del delito (control *no-formal*).

⁶⁹⁶ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases...*, pp. 45-46: « [...] la *consecuencia dogmática* más importante de la concepción imperativa de la norma penal punitiva es la necesidad de incluir en el *centro del injusto* el momento subjetivo de desobediencia, el dolo. Pues el dolo representa la negación acabada del imperativo de la norma: la voluntad negadora de la prohibición o mandato expresado por la norma». [...] Si la norma penal es reclamo de obediencia dirigido a la voluntad, el momento subjetivo de la desobediencia integrará la esencia de la antijuridicidad».

⁶⁹⁷ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *InDret*, 3/2012, p. 35: « [...] ocurre que, aunque por supuesto que otros motivos, impulsos y condicionantes previos y actuales influyen en el actuar humano, éste cuenta también con un factor que no concurre en los fenómenos naturales o en los movimientos animales: la voluntad racional, con la libertad de elección y decisión por la misma, y ésta también puede ser causa, y la causa decisiva y determinante del acto humano como efecto de tal causa».

⁶⁹⁸ BRUNER, Jerome, *Actos de significado...*, p. 52: « [...] es la cultura, y no la biología, la que moldea la vida y la mente humanas, la que confiere significado a la acción situando sus estados intencionales subyacentes en un sistema interpretativo. Esto lo consigue imponiendo patrones inherentes a los sistemas simbólicos de la cultura: sus modalidades de lenguaje y discurso, las formas de explicación lógica y narrativa y los patrones de vida comunitaria mutuamente interdependientes».

⁶⁹⁹ *Cfr.*, al respecto, MERTON, Robert K., “Social Structure and Anomie”, pp. 672-682.

La misma teoría criminológica permite realizar, como se indicó, esa concatenación de los factores estructurales que inducen la utilización de medios ilegítimos para la obtención de los fines representados en el delito. Como apunta LARRAURI en referencia a aquellas teorías criminológicas «integradoras» que hacen énfasis en los «factores estructurales» del crimen, «Las variables estructurales asociadas con mayores índices de delitos son las siguientes: ausencia de oportunidades legítimas para conseguir el éxito económico; presencia de oportunidades ilegítimas...»⁷⁰⁰. Ello resulta posible gracias a la participación del individuo en los distintos niveles de inmersión cultural ya descritos: En el nivel tres (3), como ya se indicó, se atiende a la manera cómo se comporta el individuo en su entorno social en tanto que miembro de un sistema histórico-cultural concreto. A partir de ahí se establece cómo afecta la motivación delictiva las creencias populares, la moral dominante, los usos sociales, etc., Para explorar este tercer nivel se propone la ya esbozada teoría de la *anomia* formulada por MERTON. Esta teoría resultaría útil no sólo por la vinculación que realiza el autor entre las presiones de la cultura sobre la motivación de los individuos, sino además porque su planteamiento costo-beneficio de *finés* y *oportunidades* concede a esos fines de éxito la naturaleza de incentivo del delito (puesto que este último se presenta como un *medio* o alternativa más de realización). La delincuencia de tipo patrimonial, en términos LARRAURI, hallaría una explicación en la teoría de la *anomia* en la medida en que «Las personas que mantienen sus aspiraciones de éxito económico intactas mientras se les mantiene restringido el acceso a los medios que permiten satisfacerlas, tienden a buscar y encontrar medios ilegales alternativos de cubrirlas»⁷⁰¹. En el nivel dos (2), referido ya a la afectación del individuo por entornos grupales, se indaga por las repercusiones que generan las relaciones laborales, profesionales, políticas, etc., en la proyección de actos ilícitos. Este aspecto adquiere suma relevancia tratándose de delitos organizacionales. Para explorar este segundo nivel, por su parte, se propone la también referida teoría de la *asociación diferencial* propuesta por SUTHERLAND. Y en el nivel uno (1), precisamente, se pregunta por la manera cómo se intrincan esos dos entornos con otros más reducidos, como el conformado por la propia familia o los amigos, etc., al punto de que ese conjunto de interacciones podría terminar alterando la objetividad de los incentivos. Como recuerda LARRAURI, «Sutherland pone el énfasis en los valores culturales, que son los que guían el comportamiento hacia conductas delictivas»⁷⁰². Puntualiza que « [...] uno aprende a delinquir cuando se aprenden valores desviados»⁷⁰³. De modo que esta teoría resultaría útil no sólo porque permite crear un puente entre entorno cultural, contexto grupal y decisiones personales, sino también porque la misma se articula sobre la misma lógica del «aprendizaje» vicarial –del delito– (o modelado) propugnada por la psicología conductual-cognitiva. Los valores culturales no escaparían, bajo esta teoría, a los procesos de aprendizaje. En este sentido la teoría de la *asociación diferencial* permite ordenar el nivel personal (1) con los niveles grupal (2) y socio-cultural (3), pues como referencia la distinguida autora, los «factores estructurales inciden en las personas individuales»⁷⁰⁴.

⁷⁰⁰ LARRAURI, Elena, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, p. 75.

⁷⁰¹ LARRAURI, Elena, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, pp. 69-70

⁷⁰² LARRAURI, Elena, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, p. 68.

⁷⁰³ LARRAURI, Elena, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, p. 68.

⁷⁰⁴ LARRAURI, Elena, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, p. 76.

3. Origen estructural de la disponibilidad a corromperse

El origen de la «disponibilidad a corromperse» es el primer aspecto que se explora cuando se parte de un modelo criminológico que se pregunta no sólo por las circunstancias materiales y situacionales que la permiten (los que configuran la oportunidad delictiva, concretamente), sino también por los factores subjetivos que la inducen. Pero estos inductores del delito, a diferencia de un modelo analítico que repele la entidad subjetiva o significativa del comportamiento humano, no pueden concebirse como un conjunto de artefactos de orden ontológico provistos de la «esencia» que se le atribuye desde su función material externa, sino desde la propia cosmovisión del individuo. Esta postura analítica implica, por tanto, adentrarse en el mundo de significados del sujeto del Derecho penal, no de los regidores de este orden normativo, pues para comprender por qué un individuo se aparta voluntariamente de las prescripciones legales y, por tanto, deducir por qué el castigo asociado a esas prescripciones no le motivan en absoluto, se debe tratar de entender la forma en que el propio sujeto destinatario de la norma «ve» el delito. Esta concepción subjetiva de la motivación delictiva, debe reconocerse, rompe necesariamente con una metodología anclada a un paradigma positivista, desde la que se mira al infractor de la norma como un sujeto que, sin más, decide apartarse del orden normativo y sobre el que, se supone, el instrumento de castigo concebido para intentar inhibirle tiene una significación estándar o universal, esto es, válida para «todo el mundo». Pero se olvida con ello que esa minoría de individuos que delinquen no piensan igual que «todo el mundo», justamente, porque tienen una concepción «diversa» del delito y de su orden regulador.

El Capítulo V estará destinado, concretamente, a resaltar el origen simbólico de esa «disponibilidad a corromperse». Lo que se pretende en este apartado no es analizar tanto el curso generador de los inductores positivos del delito, sino el proceso de neutralización de la coerción normativa. Para lo primero, como se ahondará allí, se hablará de los significados que rigen las intenciones y metas individuales que pueden ser realizadas a través del recurso al delito. La adopción de una concepción significativa de los inductores positivos del delito, consecuentemente, obliga a que los incentivos que normalmente se expresan de manera objetiva en la literalidad de la norma jurídico-penal (como por ejemplo el factor *dinero* en los delitos de cohecho), deban concebirse según el significado que el propio sujeto les atribuye: las experiencias gratificantes que puede alcanzar con el resultado material del delito. Para lo segundo, correlativamente, es que debe preguntarse por las circunstancias que impiden la formación de los criterios de autorrestricción. Y tanto para lo primero como para lo segundo, como se ha venido indicando, es que deben explorarse los discursos, relatos, actitudes, valores, etc., contruidos y difundidos a través de la interacción social en una sociedad y los grupos que la integran. Es en razón de los significados instituidos a través de la interacción, que se validan los motivos positivos del delito y se invalidan los factores de constrictión. Frente a lo primero, se argumentará que la necesidad de alcanzar *símbolos de estatus* coadyuva en esa validación de incentivos. A ello se dedica el Capítulo V. Frente a lo segundo, se dirá que la *impunidad* encarna uno de los más profusos factores de neutralización del miedo a la amenaza ligada a la aplicación efectiva del castigo legal. Es este el aspecto que se proyectará en los apartes siguientes.

El tratamiento conjunto de estos dos aspectos resulta coherente cuando se parte de una concepción de acción –con significación criminal- de naturaleza intencional, que reúne en esa misma categoría ideal el factor que «impulsa» la comisión del delito y el factor de constrictión que se asocia a la norma que lo prohíbe –con la pretensión de inhibir la comisión del delito-. Y es que, ¿qué otra cosa es una *acción* delictiva de naturaleza marcadamente intencional, sino la materialización de un propósito que, desde el momento cero de su proyección o anticipación cognitiva, venía tensionado por un factor aversivo? La respuesta que se obtiene permite reflexionar, por lo menos, sobre la posibilidad de que la intención que origina el hacer delictivo venga permeada por las representaciones que el concreto sujeto decisor pueda tener tanto sobre los móviles del delito como de su legalidad. Esta noción de intención se asemeja, como ya se ha avanzado, a aquella concepción significativa de acción en la que el «contenido del dolo» se define por el «conocimiento del significado social negativo del hecho (o conciencia de la “antisocialidad”) »⁷⁰⁵. Pero el significado que aquí interesa a efectos de comprender el déficit de motivabilidad del castigo, se insiste, es el que le atribuye al acto el propio infractor. Sobre la base de ese conocimiento frente a la naturaleza del acto, es que se afirma que la impunidad neutraliza el factor aversivo que, en teoría, tiene por función «luchar» con el elemento inductivo o incentivo positivo del propósito delictivo. La impunidad operaría sobre la intencionalidad –positiva-, de este modo, como una especie de «antídoto» del miedo de orden punitivo.

La anterior tesis se comprende claramente cuando se observa el planteamiento desde un plano inverso: Muchos son los criminólogos y penalistas que están de acuerdo, al momento de enfrentar las críticas que se realizan desde diversos sectores a la eficacia intimidatoria de la pena, sobre el hecho de que si hipotéticamente se prescindiera del castigo de los delitos más representativos contenidos en el Código Penal, el número de esos actos aumentaría tras la eliminación de la pena (en términos conductistas, tras el retiro del estímulo aversivo). Y si esta idea se sostiene, también resulta plausible afirmar que la impunidad, que cumple la misma función que el retiro de castigos, acabaría repercutiendo sobre la génesis de ese acto que, si bien se halla teóricamente prohibido, en la práctica social pareciera estar desregulado por la ley penal. Este estado de «anomia» tiene mayor probabilidad de generarse, precisamente, cuando se observa que quienes se valen de medios ilícitos para la consecución de aquello que también se quiere (dinero, por ejemplo), no resultan castigados. Es este último el efecto que BANDURA denomina «reducción del miedo mediante triunfos vicarios». Refiere el autor, concretamente, que «Los miedos y las inhibiciones pueden reducirse sustancialmente, cuando no erradicarse, mediante el poder del modelado»⁷⁰⁶. Ese efecto desinhibidor se generaría, puntualiza este autor, « [...] cuando los observadores realizan actividades temidas o prohibidas después de observar que otras personas realizan actividades similares sin que se produzca ninguna consecuencia nociva»⁷⁰⁷. Conclusiones como la anterior validan la referida concepción de intención.

⁷⁰⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa...*, p. 372.

⁷⁰⁶ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 343.

⁷⁰⁷ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 343. «Tras la observación repetida de modelos eficaces, los individuos ansiosos pierden parte de sus miedos, reasumen actividades que venían evitando y desarrollan actitudes más favorables hacia las cosas que aborrecen (Bandura, 1971 c) ».

Las referidas «capacidades» del hombre, según se ha indicado, permiten sustentar la tesis de que si el ser humano observa que las consecuencias negativas que teóricamente genera una situación aversiva difícilmente se materializan, la persona puede terminar de-construyendo el significado aversivo de la situación estimular que teóricamente lo produce. Como precisa el mismo BANDURA, «Si las personas pueden predecir y controlar los acontecimientos aversivos, existen pocas razones para temerlos»⁷⁰⁸. La capacidad de control de los factores de aversión explica el hecho de que, centrados en el mundo criminal, un grupo de asaltantes de bancos decida «pasar por encima» de funcionarios de seguridad y agentes de policía en su intento de apoderarse del correspondiente botín. Y ello resulta factible dado que, como apunta el autor, [...] la influencia del modelado puede actuar como instructora, inhibidora, desinhibidora, facilitadora, incrementando los estímulos y activando las emociones»⁷⁰⁹. El efecto desinhibidor, lógicamente, se advierte esencialmente cuando se materializa la conducta prohibida⁷¹⁰. Pero según la tesis que aquí se propone, la neutralización del factor aversivo no sólo se produciría a partir del contacto directo con la concreta situación que lo genera, sino también de forma vicaria y temporalmente distante (anticipación cognitiva). Piénsese en aquel niño que crece en el seno de una familia que por tradición ha dedicado la vida al hurto. Se trata éste de un efecto de carácter permanente que acompaña siempre al individuo –como se propuso en el Capítulo I-, similar al derivado de los inductores positivos. Como apunta BANDURA, «Gran parte de la conducta humana se dirige y se mantiene durante largos periodos de tiempo en ausencia de inductores externos inmediatos». En estas situaciones, precisa el autor, «[...] las guías y los incentivos para la acción están enraizados, principalmente, en actividades cognitivas»⁷¹¹. Ese «enraizamiento» cognitivo de las «guías» que determinan la acción, permiten justamente hablar de la referida configuración mixta de la intención delictiva. Esa concepción híbrida es factible cuando la intención se entiende como la decisión de ejecutar ciertas actividades o de provocar un determinado estado futuro de acontecimientos. Apunta BANDURA que la ordenación intencional de la conducta opera fundamentalmente mediante dos fuentes de motivación de base cognitiva. Una de esas formas opera «anticipatoriamente mediante la previsión». De este proceso anticipatorio resulta difícil, como se indicó, excluir el factor aversivo. La segunda de las fuentes de motivación cognitiva se identifica con el establecimiento de metas y el proceso autoevaluativo sobre la propia conducta. De este proceso autoevaluativo, en similar sentido, difícilmente pueden escindirse los relativos al orden regulador que se cruza con la realización de las metas que se propone el actor, pues la utilización de medios ilícitos en la búsqueda de esos propósitos, implica necesariamente una representación cognitiva de los riesgos afines⁷¹².

⁷⁰⁸ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 345.

⁷⁰⁹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 71.

⁷¹⁰ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 70: «Los efectos desinhibidores se ponen de manifiesto cuando los observadores aumentan la realización de una conducta inicialmente inhibida como consecuencia de haber observado que otras personas realizan actividades amenazantes o prohibidas sin que ello les comporte efectos adversos».

⁷¹¹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 492.

⁷¹² BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 493: «[...] la conducta intencional requiere la representación cognitiva de las metas prospectivas y juicios sobre los medios más adecuados para conseguir las».

Para advertir el proceso de pérdida progresiva de miedo a la amenaza jurídico-punitiva fundada en la incierta aplicación de las sanciones formales, en consecuencia, resulta apropiado realizar un análisis del entorno subcultural del delincuente, en el que esa convergencia formada entre el *fin* que normalmente preside el acto de corrupción (dinero), la estructura de *medios* requerida para alcanzarlo y la *ausencia de controles*, se explora desde el mundo de significados que integran el entorno del infractor. Como apunta BLANCO, «Facilitan la corrupción algunos aspectos relativos a la *cultura organizativa del lugar de trabajo* del corrupto». Uno de esos aspectos, según puntualiza el autor, radica en « [...] la existencia de mensajes confusos acerca de lo que es aceptable»⁷¹³. Con independencia de la formación primigenia de los motivos positivos de la acción y la disposición de medios para intentarlo, es la deficiencia de los controles de tipo formal e informal la que generaría una baja percepción subjetiva del riesgo que terminaría anulando el efecto aversivo que pretende instituir la sanción punitiva. La propia aceptación o participación del grupo de referencia, facilitaría la «neutralización» de cualquier dilema de orden interno. De este modo los «costes» del delito estarían asociados no sólo a las sanciones vinculadas al sistema de control formal, sino además a las consideraciones del círculo personal. Citando a ERIKSON (1962), TAYLOR, WALTON y YOUNG ponen de relieve que «La desviación no es una propiedad inherente a ciertas formas de comportamiento; es una propiedad que atribuyen a esas formas los grupos que, directamente o indirectamente, las presencian»⁷¹⁴. De ahí el valor de analizar la conexión entre situación y estructura.

Dicha banalización, situados ya en el contexto interno de una concreta organización pública, se identifica con esos altos niveles de tolerancia que, según coinciden en afirmar expertos en *Ética pública*, permiten la instalación de prácticas corruptas. Por ello encuentra pleno sentido lo referido por JOS (1993) y HEIDENHEIMER (1998), según lo recuerda VILLORIA⁷¹⁵, cuando refieren que « [...] cualquier intercambio entre gobierno y ciudadanos podría considerarse corrupto o no con independencia de si viola o no la ley dependiendo del sistema de valores de los actores». Por lo mismo, según puntualiza este último, « [...] este sistema de valores es esencial para percibir como corrupto o válido un acto cualquiera del gobierno». A partir de tales criterios se comprende, precisamente, cómo la decisión personal que preside el acto de desviación criminal depende, en gran parte, de la cultura normativa, los límites éticos y el estándar moral bajo los que se rigen los distintos miembros del ente. La «teoría de los costes morales», como refiere CARTOLANO, señala que los individuos se hallan ligados a sus áreas de referencia moral, es decir, a su ambiente de identificación. De acuerdo con esta teoría, el costo moral de un acto de corrupción dependería de cuál sea el ambiente cultural de los actores⁷¹⁶. De ahí, pues, que un análisis sobre la eficacia del Derecho penal sobre un tipo de determinado de delitos cuyo bien jurídico adscrito se define no sólo por su lesividad social, sino además por la naturaleza moral del interés social que protege (la moral pública, en este caso), deba necesariamente integrar «lo que piensan» quienes tienen encomendada la guarda de ese interés jurídico.

⁷¹³ BLANCO CORDERO, Isidoro, “La corrupción desde una perspectiva criminológica...”, p. 291.

⁷¹⁴ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 173.

⁷¹⁵ VILLORIA MENDIETA, Manuel, “Hacia una comprensión de la corrupción en España”, p. 14.

⁷¹⁶ CARTOLANO S., Mariano J., *La corrupción...*, pp. 36-37.

Desde las teorías de la elección racional, como apuntan CLARKE y FELSON, se afirma que la elección personal de cometer un delito es el resultado de «opciones y decisiones racionales»⁷¹⁷. Pero este planteamiento, como se dijo, no deja ver la conexión cultural de esa decisión y las implicaciones que el entorno produce sobre ella. Tal nexo es el que permite justamente comprender los distintos niveles de corrupción entre Estados. La teoría de la *anomia* propuesta por MERTON permite observar cómo, la discrepancia que se forma entre ciertas *necesidades* experimentadas por el hombre en razón de su entorno cultural y los *medios* (opciones legítimas) que ese mismo medio ofrece para satisfacerlas, pueden terminar convirtiendo el delito en una opción válida. Tratándose de delincuencia de *cuello blanco*, a diferencia de la delincuencia patrimonial asociada a las capas sociales menos favorecidas, esas necesidades, que no son ni mucho menos básicas o de subsistencia –sino propias del mundo que rodea el personaje de alto estatus–, no pueden entenderse sin atender al mundo simbólico del delincuente. En referencia a la teoría de la *anomia* propuesta por MERTON, llaman la atención TAYLOR, WALTON y YOUNG sobre el hecho de que las aspiraciones materiales de los «más favorecidos», apetencias que suelen ser cada vez más elevadas, «aumentan con cada éxito temporario y con las aspiraciones mayores impuestas por las personas con quienes interactúan»⁷¹⁸. Recuerdan que el propio MERTON advirtió que si bien el grupo de los «más favorecidos» compartirían algunos intereses y valores comunes con las clases «menos favorecidas», «Las personas que ocupan diferentes posiciones en la estructura social propenden a tener intereses y valores muy distintos»⁷¹⁹.

En el capítulo siguiente se sustentará que la necesidad de obtener símbolos de estatus genera una fuerte presión sobre los individuos, al punto que puede afirmarse que la institucionalización social de la *cultura del éxito* aumenta el riesgo de corrupción. Esa profusión del éxito resulta coherente con aquella tesis conflictual acerca de que en las sociedades capitalistas sentimientos como la ambición se estimulan para dinamizar el sistema económico. El verdadero problema deviene cuando la consecución de tales ideales se torna en una prioridad de los propios regentes públicos. Cobran aquí importancia los planteamientos de las teorías de la *oportunidad*. Precisamente, los bajos estándares morales que presenta una sociedad facilita el aprovechamiento de las *oportunidades delictivas* en la medida en que se inhibe el dilema moral interno (el coste moral). Ello se produce por cuanto uno de los factores «estabilizadores» de la corrupción se encuentra en la falta de valores sociales, o dicho de otra manera, en un contexto cultural en el que concurre, de un lado, un *déficit* de censura o reproche y, de otro lado, un *superávit* de tolerancia, aquiescencia o de justificación. Es justamente este *déficit* de reproche la circunstancia que permite que en países como Colombia «cualquiera» pueda ocupar un cargo directivo de una importante entidad, situación que necesariamente pervierte un deber cautelar. La teoría de la *asociación diferencial*, como se avanzará seguidamente, permite ilustrar cómo las *definiciones* favorables al delito generan un menor «coste» moral para su autor. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando en el seno de partidos políticos corruptos se logra, además del provecho unitario de sus integrantes, un beneficio económico para toda la organización.

⁷¹⁷ CLARKE, Ronald / CORNISH, Derek, “Modeling Offenders' Decisions...”, p. 147.

⁷¹⁸ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, pp. 118-119.

⁷¹⁹ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 123.

Se refirió en el Capítulo II la importancia del lenguaje en la validación social de las actitudes comportamentales. Tratándose de la delincuencia su importancia es capital. Basta recordar en Colombia la justificación social de la deplorable «limpieza social». Las *definiciones favorables* al delito facilitarían la «neutralización» del miedo al castigo, por cuanto esa especie de solidaridad grupal que se genera aumentaría la expectativa de impunidad: un contexto situacional –institucional y social- motivante, según COHEN⁷²⁰. Esta hipótesis es coherente con los postulados de la teoría de la *asociación diferencial*, que parte del presupuesto de que el comportamiento criminal se da a través de «una asociación diferente o diferencial». Así, de acuerdo con el primer elemento de la teoría, «el comportamiento criminal se aprende»⁷²¹. Quiere ello decir que la conducta criminal no se hereda. Dicho comportamiento, según el segundo componente teórico, «se aprende en interacción con otras personas mediante un proceso de comunicación»⁷²²; un proceso de comunicación o de interacción en el que «la parte principal de la conducta delictiva», de acuerdo con el tercer elemento, «se produce dentro de los grupos de íntima relación personal»⁷²³. Dentro de este contexto de relaciones personales, el aprendizaje del comportamiento criminal incluiría, de acuerdo con el cuarto componente: (a) las técnicas de la comisión del delito, que son a veces muy complicadas, a veces muy simples, (b) la dirección específica de los motivos, impulsos, racionalizaciones y actitudes⁷²⁴. La «dirección específica de los motivos y tendencias», concretamente, podría aprenderse a partir de la «definición de los códigos legales como favorable o desfavorable». Puntualiza SUTHERLAND, con respecto a este último aspecto, que en algunas sociedades un individuo está rodeado de personas que siempre definen los códigos legales como normas que deberán respetarse, mientras que en otras se ve rodeado por personas cuyas definiciones son favorables a la violación de los códigos legales⁷²⁵. Según la lógica conductista implícita en esta teoría, esas definiciones favorables a la comisión del delito sobre aquellas no favorables, terminarían reforzando la conducta antinormativa por ausencia de castigo.

⁷²⁰ COHEN, Albert K., "The Sociology of the Deviant Act: anomie and Beyond", en *American Sociological Review*, Vol. XXX, 1965, pp. 5 y ss.

⁷²¹ SUTHERLAND, Edwin H. / CRESSEY Donald R., *Principles of Criminology*, p. 77: «Criminal behavior is learned. Negatively, this mean that criminal behavior is not inherited, as such; also, the person who is not already trained in crime does not invent criminal behavior, just as a person does not make mechanical inventions unless he has had training in mechanics».

⁷²² SUTHERLAND, Edwin H. / CRESSEY Donald R., *Principles of Criminology*, p. 77: «Criminal behavior is learned in interaction with other persons in a process of communication. This communication is verbal in many respects but includes also "the communication of gestures"».

⁷²³ SUTHERLAND, Edwin H. / CRESSEY Donald R., *Principles of Criminology*, p. 78: «The principal part of the learning of criminal behavior occurs within intimate personal groups. Negatively, this means that the impersonal agencies of communication, such as movies and newspapers, play a relatively unimportant part in the genesis of criminal behavior».

⁷²⁴ SUTHERLAND, Edwin H. / CRESSEY Donald R., *Principles of Criminology*, p 78: «When criminal behavior is learned, the learning includes (a) techniques of committing the crime, which are sometimes very complicated, sometimes very simple; (b) the specific direction of motives, drives, rationalizations, and attitudes».

⁷²⁵ SUTHERLAND, Edwin H. / CRESSEY Donald R., *Principles of Criminology*, p. 78: «The specific direction of motives and drives is learned from definitions of the legal codes as favorable or unfavorable. In some societies an individual is surrounded by persons who invariably define the legal codes as rules to be observed, while in others he is surrounded by persons whose definitions are favorable to the violation of the legal codes. In our American society these definitions are almost always mixed, with the consequence that we have culture conflict in relation to the legal codes».

Cuando un individuo se encuentra bajo un clima organizacional éticamente deficiente parece claro, pues, que sus criterios de autorrestricción se afectan. Aquí salta a la vista nuevamente la relación entre moralidad pública y bien jurídico. El postulado central de la teoría de la *asociación diferencial* permite ver dicha relación: «Una persona se convierte en delincuente a causa de un exceso de definiciones favorables a la violación de la ley sobre las definiciones desfavorables a la violación de misma». Al respecto apunta BERGALLI que « [...] los contactos que tienen lugar dentro de los grupos sociales llegan a conformarse mediante un proceso de aprendizaje. De tal modo se conformarán los modelos de conducta, la orientación de los valores y las formas de reacción»⁷²⁶. De ello se concluye que las «asociaciones criminales» y «no criminales», pueden entrar en tensión en el ámbito interno de una organización. Cuando las personas se convierten en criminales, afirma SUTHERLAND, lo hacen debido a los contactos con patrones delictivos y también debido al aislamiento de la lucha contra los mismos patrones. La razón de ello es que la persona asimilaría la cultura que le envuelve, a menos que otros patrones entren en conflicto⁷²⁷.

El gran problema que encierran esos entornos favorables es que se configura un círculo vicioso en el que la ausencia de reacción social generada por la prevalencia de los antivalores ligados al delito, incidiría nuevamente sobre esas definiciones favorables que le banalizan. Dicho planteamiento no pugna con la teoría de la *anomia* propuesta por MERTON, pues los fines que preside el delito podrán venir tanto del sistema cultural como del entorno institucional. La presión cultural hacia el éxito económico se instituye en un auténtico refuerzo cognitivo de gran importancia con la potencialidad de interferir en la conducta. De ahí, justamente, la relevancia que merece el análisis del «grupo de referencia» (COHEN) para comprender el comportamiento de sus miembros, en el que el círculo de relaciones institucionales formado por estos, configurarían una especie de «sistema ecológico» delictivo o «subcultura criminal». Por esta misma razón la importancia de la teoría de la *asociación diferencial*, cuyos presupuestos, anclados en las teorías *ecológicas*⁷²⁸, del *aprendizaje social* y la *neutralización o racionalización del delito* (SYKES y MATZA), permiten advertir la manera en que se invalida el miedo al castigo.

⁷²⁶ BERGALLI, Roberto, «Perspectiva sociológica: estructura social», p. 118.

⁷²⁷ SUTHERLAND, Edwin H. / CRESSEY Donald R., *Principles of Criminology*, p. 78: «A person becomes delinquent because of an excess of definitions favorable to violation of law over definitions unfavorable to violation of law. This is the principle of differential association. It refers to both criminal and anti-criminal associations and has to do with counteracting forces. When persons become criminal, they do so because of contacts with criminal patterns and also because of isolation from anti-criminal patterns. Any person inevitably assimilates the surrounding culture unless other patterns are in conflict; a Southerner does not pronounce "r" because other Southerners do not pronounce "r". Negatively, this proposition of differential association means that association which are neutral so far as crime is concerned have little or no effect on the genesis of criminal behavior. Much of the experience of a person is neutral in this sense, e.g., learning to brush one's teeth. This behavior has no negative or positive effect on criminal behavior except as it may be related to associations which are concerned with the legal codes. This neutral behavior is important especially as an occupier of the time of a child so that he is not in contact with criminal behavior during the time he is so engaged in the neutral behavior».

⁷²⁸ Sobre las *teorías ecológicas*, apuntan CID MOLINÉ, José / LARRAURI PUJOAN, Elena, *Teorías criminológicas...*, pp. 79 y ss.: « [...] aquellas aportaciones a la criminología que examinan la influencia que tiene el medio o contexto en el que las personas habitan sobre la delincuencia. [...] La aproximación ecológica al fenómeno criminal consiste en estudiar cómo las formas de agregación humana (la clase de comunidad en que las personas viven) influye en las tasas de delincuencia que se producen».

Hasta aquí se concluye que la validación intersubjetiva de aquellos comportamientos tipificados por la ley penal no sólo limita la restricción de orden interno frente al delito (los dilemas de la consciencia), sino también se instituye en un *modo* de control de la situación aversiva generada por el mismo. En ausencia de reprensiones intersubjetivas en el entorno inmediato de la situación delictiva, parece razonable que la persona encuentre menores restricciones para inhibirse frente a la amenaza abstracta de castigos. En este sentido se dice que la tolerancia social instituida sobre comportamientos indecorosos encarna una auténtica manera de controlar la fuente del miedo, puesto que se adquiere cierto dominio sobre el acto potencial de denuncia del acto. De ahí, precisamente, que se afirme aquí que tras el nepotismo se halla un auténtico instrumento para el control del riesgo. Y es que como refieren CLOWARD y OLHIN, cuando en una organización se tiene por bien visto lo que, en términos generales, la sociedad desapruueba, se va generando una cultura grupal en la que sus miembros legitiman una serie de pautas comportamentales opuestas al orden social convencional⁷²⁹. Se produciría, en definitiva, un conflicto entre el sistema de valores formalmente predominantes y los fines trazados por el grupo y, con ello, una desvinculación de cada individuo con la ética dominante. Dicha subcultura describiría un carácter instrumental desde el punto de vista de los fines a alcanzar, puesto que la pertenencia al grupo facilitaría la consecución de los propósitos particulares previstos⁷³⁰.

Este *déficit de reacción*, de conformidad con lo dicho, estaría condicionado por una serie de factores de orden estructural. Tales factores incidirían sobre la neutralización de los factores generadores de aversión⁷³¹. Los efectos de esa anulación se proyectarían en un doble sentido. Por un lado, una dirección en la que se constataría una consecuencia adversa con incidencia directa respecto de la función que cumplen los organismos de control penal, en este caso, generada por el desconocimiento institucional del hecho criminal. Dicho efecto, en términos formales, vendría dado por la deficiente activación de los instrumentos de iniciación de la acción penal. En términos prácticos, si al interior de una organización pública la gran mayoría de sus integrantes valida toda actuación corrupta que se pueda producir en su interior, ya sea por aceptar esa forma de proceder o bien por temor a recibir algún tipo de represalia, la probabilidad de denuncia de esas actuaciones se reduce ostensiblemente. De este modo la tolerancia social del delito se instituye en un instrumento facilitador del control del riesgo punitivo. Pero el desconocimiento institucional que se genera, por otro lado, no sólo constituiría un factor de selección por cuanto se dificulta la recepción oficial de la noticia criminal, sino también porque la sensación de inexistencia del delito crea una falsa sensación de que el mismo no existe, por lo que se genera un círculo vicioso entre el déficit de reacción social y la indiferencia del Estado frente al fenómeno. Es de este modo que tal clima influiría en la anulación cognitiva del miedo.

⁷²⁹ CLOWARD, Richard / OLHIN, Lloid, *Delinquency and opportunity. A theory of delinquent gangs*, Nueva York, Free Press, 1960, p. 18.

⁷³⁰ CLOWARD, Richard / OLHIN, Lloid, *Delinquency and opportunity...*, p. 168.

⁷³¹ Con respecto a los procesos de creación de la ley penal en el ámbito de la corrupción (criminalización primaria), señala VILLORIA MENDETA, Manuel, *La corrupción política*, p. 34: «[...] en sociedades democráticas y con cultura cívica desarrollada la incorporación de nuevas conductas a la nómina de tipos penalmente sancionables es fruto de la presión social y de la obligada respuesta de los representantes a estas demandas de mayor rigor y control».

4. Génesis estructural de las oportunidades para el delito

Tratándose de corrupción pública ofrece poca discusión, pues, que para su realización es preciso disponer de una oportunidad. Las *opciones para el delito*, según se sustenta en esta Tesis, se concibe tanto como la posibilidad material de ejecutar el acto como de burlar los mecanismos de control legal (impunidad). El control del acto de denuncia, la ocultación de la evidencia del delito o la sabia utilización de reglas jurídicas tendentes a la absolución, operarían como instrumentos para el control del miedo real a recibir sanciones por el delito cometido. Por esta misma razón, dogmáticamente referido, es que se afirma que el sentido intencional del dolo viene integrado tanto por el propósito o inductor positivo como por el estímulo aversivo. La teoría de las *actividades rutinarias*, como se apuntó, descansa sobre la idea de que la probabilidad de realización de ciertos delitos por parte de quien se siente «motivado» para llevarlos a cabo, varía en función no sólo del grado de «vigilancia» o intensidad de los controles –de tipo formal e informal-, sino también de la «oferta» de oportunidades que se presenten para ello. El desarrollo *rutinario* de ciertas actividades productivas generaría esas opciones para el delito. Según lo refieren CLARKE y FELSON⁷³², en los delitos de apoderamiento el delincuente se vería motivado fundamentalmente por las siguientes variables: 1) objetivos valiosos; 2) tamaño y peso del objeto; 3) exposición o visibilidad del objeto; 4) acceso o localización del objeto. Guardando la evidente distancia que se presenta entre una acción de apoderamiento físico y un complejo proceso de defraudación, el mismo esquema sirve para ilustrar cómo el desarrollo rutinario de las actividades ligadas a los procesos de gestión pública posibilita la ocurrencia del delito.

La homologación práctica de esta perspectiva criminológica puede verse claramente en torno a los procesos irregulares de contratación pública. Como se vio en el capítulo anterior, factores como la cuantía del contrato, la duración del proceso de ejecución, la facilidad para tergiversar los presupuestos formales del procedimiento de contratación o la misma inexistencia de controles de la actividad económica de la Administración, entre otras artimañas, facilitan su ocurrencia. Naturalmente, los delitos de corrupción, como toda acción penalmente prohibida, es un acto individual (con independencia del número de participantes [autores y partícipes]). Pero dicho acto no puede escindirse de la estructura socio-institucional en el que se produce. Los delitos que se generan bajo la cobertura de una organización determinada, ya sea de naturaleza pública o privada, se encuentran presididos de una serie de actuaciones que varían en función de la vigencia de las disposiciones normativas que lo rigen. Pero además de ello la estructura de oportunidades vinculadas al correspondiente sistema de gestión pública que permite un direccionamiento instrumental hacia intereses particulares ilícitos, se ve facilitado por las relaciones de carácter personal que se generan alrededor. La participación u omisión del círculo personal es consustancial al sistema diferencial de oportunidades que permiten el delito. El proceso configurativo de tales opciones se facilitaría, según sea la relación que se produce entre las normas de orden formal que rigen el correspondiente sistema y los intereses personales, por las relaciones de poder y los vínculos sociales que se producen a su alrededor. En este sentido se afirma que la oportunidad para el delito encuentra una conexión estructural.

⁷³² CLARKE, Ronald. / FELSON, Marcus, “Opportunity Makes the Thief...”, p. 5.

La conexión estructural de la oportunidad para el delito funcionaría como una especie de *ecosistema delictivo* en el que la «desorganización» interna del ente generaría un ambiente «oportuno» para el desarrollo de actividades venales. Guardando las distancias existentes entre la estructura social (como un *todo*) y organizaciones específicas de la misma, cabe aquí la afirmación ofrecida por SHAW y MCKAY frente a los efectos derivados de la *desorganización social*: a menor control mayor probabilidad de ocurrencia de actividades delictivas⁷³³. Desorganización, en este caso, provocada por la ausencia de normas y valores (anomia) deseados o por el conflicto que se produce entre las reglas formalmente establecidas y las que operan en un plano real. Dicha *anomia* estaría ligada al entorno *secreto* en el que normalmente se adoptan la mayoría de las decisiones corruptas. Y es precisamente este factor de «desorganización» interna lo que permitiría una especie de «contagio», entendido éste como aquel « [...] proceso típico de la vida urbana mediante el cual los comportamientos reprochables tienden a transmitirse entre individuos de características similares». El problema es que el delincuente puede interpretar los códigos que rigen esa desorganización y aprovecharse de ello en beneficio personal, como por ejemplo aquel empresario que conoce en qué países puede pagar sobornos. En este sentido la oportunidad para el delito se vincula necesariamente a la estructura organizacional.

Este «contagio» generado dentro de un contexto de «desorganización», según lo apunta BERGALLI, precisamente sería « [...] el núcleo originario de donde Edwin Sutherland extraerá buena parte de sus ideas sobre la teoría de la asociación diferencial...»⁷³⁴. Para SUTHERLAND, según recuerdan CID y LARRAURI, « [...] el aprendizaje de la delincuencia no consiste en un defecto de socialización, sino en una socialización de contenido valorativo distinto»⁷³⁵. En este contexto la persona aprendería a delinquir no sólo cuando integra un valor normativo distinto de la cultura dominante (conflicto normativo), sino también cuando asume que un problema o una necesidad determinada pueden ser solucionados a través del recurso al delito. A pesar de que el individuo ha sido socializado bajo un determinado sistema de valores, aprende a justificar el valor *negativo* (técnicas de neutralización) de tal sistema ante ciertas circunstancias (de tiempo, modo y lugar)⁷³⁶. Esa serie de justificaciones sobre la desviación a partir de las cuales el individuo neutraliza el vínculo moral con la sociedad y que le liberan del control social, como refieren TAYLOR, WALTON y YOUNG, es el equivalente a lo que SUTHERLAND denominaría «definiciones favorables a la violación de la ley»⁷³⁷. «*Robado al Estado no se hace daño a nadie*», es una de las típicas definiciones instituidas que neutralizan la entidad lesiva de la corrupción.

⁷³³ Citado por CID MOLINÉ, José / LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías criminológicas...*, p. 85.

⁷³⁴ BERGALLI, Roberto, «Perspectiva sociológica: estructura social», p. 115.

⁷³⁵ CID MOLINÉ, José / LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías criminológicas...*, p. 103.

⁷³⁶ Según el planteamiento de SYKES, Gresham M. / MATZA David, «Techniques of neutralization...», pp. 664-670, a pesar de que el delincuente aprende los valores normativos dominantes, aprende no obstante a «neutralizarlos»: a) Negando su responsabilidad en la comisión del delito; b) negando la existencia de un daño producto del delito; c) negando la existencia de una víctima d) condenando a los que juzgan el comportamiento; e) apelando a lealtades superiores.

⁷³⁷ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, pp. 206-207. Las técnicas de neutralización, en términos de BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 75, se identifican con « [...] aquellas formas de racionalización del comportamiento desviado que son aprendidas y utilizadas a la par de modelos de comportamiento y valores alternativos, de modo de neutralizar la eficacia de los valores y de las normas sociales, a los que sin embargo el delincuente, en realidad, adhiere generalmente».

La conexión estructural de la oportunidad delictiva, por tanto, se identifica con un «ambiente propicio» para la comisión de delitos. Las valoraciones positivas hacia el delito hacen parte de ese ambiente. Según advierte SUTHERLAND, el aprendizaje de determinadas conductas se vería facilitado por su grado de vinculación con ciertas personas, de la misma manera en que se produce el aprendizaje de las pautas sociales convencionales. Este planteamiento criminológico se aplica claramente, referidos al fenómeno de la corrupción, a aquellos «*entornos favorables*» o sistemas de organización pública defectuosos. Señala MALEM que cuando la conducta desviada se ha institucionalizado en determinados entornos (corrupción sistémica), difícilmente puede producirse un castigo efectivo de comportamientos indebidos, y por el contrario, se teje un manto de protección de tales comportamientos. Afirma este autor que, en contextos en los que la corrupción administrativa alcanza un nivel estructural o sistémico, « [...] la administración posee un código externo que sin embargo es contradicho por prácticas internas, que alientan, desarrollan y ocultan sus violaciones». En estos entornos, continúa afirmando, «Quienes violan la ley son protegidos y quienes hacen públicos dichos comportamientos son degradados y sometidos a represalias»⁷³⁸. No es por ello extraño que, en este sistema de valores opuesto al orden convencional, aquellos miembros de la organización que no sucumben ante el sistema de valores alternativo –negativo- sean objeto de intimidación.

De este modo puede afirmarse que un clima institucional éticamente deficiente facilita la dilución de esos dilemas internos que en un momento dado puede experimentar un individuo cuando se encuentra por delante la opción de satisfacer las necesidades representadas en el delito. Es precisamente esta idea la que permite entender la manera cómo influyen las pautas «ideales» de conducta afianzadas institucionalmente sobre el comportamiento delictivo. Es este el proceso de «intercambio» reseñado por PARSONS⁷³⁹. El «exceso de definiciones a delinquir», en términos de SYKES y MATZA, «neutralizarían» el dilema interno a partir de las justificaciones del recurso a prácticas ilícitas para alcanzar los propósitos perseguidos. Esta «racionalización del comportamiento desviado», como también lo apunta BARATTA, estaba ya presente en las teorías de las subculturas de Sutherland y Cohen⁷⁴⁰. Y esa racionalización se produce justamente por la entidad constructiva del lenguaje. Como refiere BANDURA « [...] en la vida diaria, el aprendizaje por observación no suele limitarse a una única modalidad. El individuo elabora su patrón de conducta a partir de la información expresada tanto por los actos observados como por las palabras de los demás»⁷⁴¹. Se entiende así que esas definiciones favorables al delito y que están implícitas en los discursos, legitiman el recurso a acciones delictivas.

⁷³⁸ MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, p. 55.

⁷³⁹ PARSONS, Talcott, “Sistemas, análisis de sistemas sociales”, p. 711: «Todo sistema social, al igual que cualquier sistema vivo, es esencialmente un sistema abierto involucrado en un proceso de intercambio (o en unas relaciones de “entradas y salidas”) con su ambiente, y compuesto también de intercambios entre sus unidades internas».

⁷⁴⁰ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 68: «Edwin H. Sutherland ha contribuido a la teoría de las subculturas criminales sobre todo con el análisis de las formas de aprendizaje del comportamiento criminal y de la dependencia de este aprendizaje de los diversos contactos diferenciales que tiene el individuo con otros individuos o grupos. Por tal razón, su teoría es conocida como “teoría de los contactos diferenciales».

⁷⁴¹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 93.

La interiorización de dichas definiciones, según lo ha puesto de relieve GLASER en referencia al proceso de aprendizaje por asociación, no sólo se produciría a través de las relaciones directas con los grupos más próximos de donde se generan las influencias, sino también mediante la «identificación» con pautas de conducta modelados por quienes se encumbran como referente social⁷⁴². De este modo la subcultura de corrupción neutralizaría el dilema de orden interno necesariamente vinculado al aprovechamiento efectivo de la oportunidad delictiva⁷⁴³. Es éste el «modelado abstracto» referenciado por BANDURA: «El modelado ha demostrado ser un medio muy eficaz para establecer una conducta abstracta o regulada por alguna regla»⁷⁴⁴. Bueno es advertir en este punto que el sistema de valores y reglas vigentes al interior de una organización, no necesariamente busca contraponerse al de la sociedad en general, sino que coexisten en forma paralela⁷⁴⁵. Las denominadas «capacidades» del individuo le permiten al hombre diferenciar y, por lo tanto, comportarse según sea la situación. La prohibición del soborno internacional de funcionarios, como se acaba de referenciar, es un buen ejemplo para graficar el hecho de que el corrupto sabe dónde y cuándo puede ser más o menos «sagaz». Como señala el referido autor, «Basándose en la información modelada, el individuo adquiere, entre otras cosas, los criterios evaluativos, las reglas lingüísticas, los estilos de indagación, las habilidades para el procesamiento de información y los criterios para la autoevaluación»⁷⁴⁶. Pero este proceso de valoración positiva de ciertas pautas comportamentales inducidas culturalmente y la neutralización del dilema moral interno que produce el apartamiento de los medios convencionales, no conllevaría por sí sola al acto de desviación. Porque una cosa es experimentar una «incontenible» necesidad de alcanzar cierto propósito, y otra muy distinta tener la oportunidad para satisfacerla. Para esto último es preciso tener al alcance esa estructura de opciones de realización. Aquí entra en juego el sujeto «innovador» referido por MERTON⁷⁴⁷. Y esa innovación, según aquí se concibe, implicaría la racionalización tanto del modo de obtención del fin anticipado como del riesgo innato, pues la complejidad del acto comporta necesariamente la valuación de su legitimidad.

⁷⁴² CID MOLINÉ, José / LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías criminológicas...*, pp. 106-107; BERGALLI, Roberto, «*Perspectiva sociológica: estructura social*», p. 121: Según la reformulación de la teoría de la asociación diferencial introducida por Glaser (1956, p. 440), se parte precisamente para la «elección del comportamiento» de un «grupo de referencia» y de ciertos «mecanismos de racionalización»: «un individuo persigue el comportamiento criminal en la medida en que se identifica con personas reales e imaginarias, desde cuyas perspectivas su conducta reprochable resulta aceptable».

⁷⁴³ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 79: «[...] el análisis de las justificaciones del comportamiento desviado es un elemento importante del análisis de tal relación y de sus elementos constitutivos, que eran erróneamente descuidados en la teoría de las subculturas criminales, pero que ocupan, en cambio, un lugar propio de estas teorías: “La formación de una subcultura es, ella misma, acaso la más difundida y la más eficaz de las técnicas de neutralización, puesto que nada concede una capacidad tan grande de atenuar los escrúpulos y de procurar un apoyo contra los remordimientos del superyó como el sostén enfático, explícito y repetido de la aprobación por parte de otras personas” ».

⁷⁴⁴ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 123.

⁷⁴⁵ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 71 «[...] la teoría de las subculturas criminales niega que el delito pueda ser considerado como expresión de una actitud contraria a los valores y a las normas sociales generales, y afirma que existen valores y normas específicos de diversos grupos sociales (subculturas). Éstos, a través de mecanismos de interacción y de aprendizaje en el seno de los grupos, son interiorizados por los individuos pertenecientes a ellos y determinan, pues, su comportamiento, en concurrencia con los valores y las normas institucionalizados del derecho o de la moral “oficial”».

⁷⁴⁶ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 123.

⁷⁴⁷ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, pp. 63-64.

Dichos objetivos se ordenarían, por tanto, en función del ambiente oportuno para el delito en el que se desenvuelve tanto el corrupto como el agente corruptor. El vínculo estricto que se presenta entre corrupto y corruptor puede apreciarse claramente en torno a los procesos ilícitos de contratación pública. Por lógica, cuando algún regidor público recibe un soborno, por fuerza alguien lo ha tenido que pagar. Y en la medida en que el regidor público entra a valorar una oferta de aprehensible naturaleza corrupta (ilícita), resulta más que lógico que acuda a las representaciones que se ha formado durante su curso de enculturación tanto sobre el elemento propositivo como sobre el castigo. Es en este momento que el mundo de representaciones sobre el delito vendrá a un primer plano. Claro está que la organización y proyección de la práctica corrupta se «perfecciona» a la luz del proceso de conocimiento de todos y cada uno de los extremos de la actividad paralela legal. Se aprende, tal como lo indican las teorías del *aprendizaje social*, no sólo el procedimiento adecuado según las reglas de sujeción formal, sino también las falencias procedimentales que permiten la actuación irregular: las técnicas para la comisión del ilícito. Y en esos contenidos aprendidos se incluiría lo que las personas o instituciones llamadas a reaccionar frente al delito «piensen» sobre el mismo. Se entiende así que ciertas multinacionales estén dispuestas o no a pagar sobornos para obtener contratos en distintos países en función de los riesgos que ello implique⁷⁴⁸. De ahí, también, que los modernos modelos de control del delito, al igual que los tradicionales mecanismos de persecución penal, puedan alcanzar cierto grado de eficacia frente a la corrupción menor, no así frente a la gran corrupción en la que participan los máximos dirigentes de las corporaciones públicas o de la élite política, pues cuando los defectos alcanzan un nivel estructural, la oportunidad de corromperse siempre estará al alcance de esos jefes⁷⁴⁹. En este sentido la corrupción alcanza un nexo estructural que supera meros actos de desviación individual.

⁷⁴⁸ Como refiere VILLORIA MENDIETA, Manuel, *La corrupción política*, pp. 20-21: «[...] puede ocurrir que personas nacionales de países con baja corrupción y con un nivel elevado de desarrollo moral, trasladadas a países con corrupción sistémica incurrieran en prácticas que antes repudiarían claramente. De hecho, esta situación se da a menudo. Empresarios o directivos de empresas británicas, holandesas e, incluso, suecas, cuando llegan a países con corrupción sistémica, aceptan a menudo las extorsiones de funcionarios y políticos locales y pagan sobornos por conseguir contratos de obra pública. Este tipo de actuaciones es evidente que no las realizarían en sus países de origen. La razón, obviamente, no es que se les olvide su nivel de moralidad en Nigeria o en Haití, sino que se integran en un sistema de reglas del juego para poder alcanzar unos objetivos económicos». Nótese como esta última afirmación se corresponde con uno de los planteamientos criminológicos analizados. Este postulado se confirma con la afirmación realizada por este autor: «Estas afirmaciones, realizadas en el nivel de país, pueden incluso ser aplicadas al nivel organizaciones. Es decir, que una persona que tenía un grado elevado de desarrollo moral y que lo ejercía congruentemente en una organización con un tipo de cultura muy exigente moralmente, puede encontrarse realizando actos fraudulentos e, incluso, semicorruptos en otra organización cuya cultura favorece la corruptela y la irresponsabilidad». Estas situaciones encarnan, como referencia el mismo autor, «situaciones de riesgo moral» (p. 79), esto es, un dilema de sobornar o quedarse sin negocio.

⁷⁴⁹ Una prueba de que la oportunidad es una variable fundamental de la corrupción, lo es el ejemplo citado por VILLORIA MENDIETA, Manuel, *La corrupción política*, p. 84, en referencia a la pérdida de confianza que genera la conexión entre dinero y política: «En un dossier especial dedicado al estado del capitalismo y la democracia, el 28 de junio de 2003, *The Economist* destacaba una lista larga de escándalos de corrupción empresarial que se habían producido en los últimos años –Enron, World-Com, Werox, Adelphia, Tyco, ImClone, Qwest, Global Crossing, HealthSouth, Ahold, Investment Banks- y destacaba, con palabras de Alan Greenspan, que, en gran parte, dichos escándalos se producían no por una expansión de la codicia de los gestores de las grandes compañías, sino por el incremento en las oportunidades de ejercitar una conducta codiciosa, es decir, porque no se aseguraba el cumplimiento de las leyes existentes y porque las lagunas existentes en ellas no se estaban cubriendo».

En definitiva, tratándose de delitos cuyo esquema reviste cierta complejidad (en este caso, la corrupción), se ha de tener al alcance ese sistema de medios para acceder a los fines marcados. Como se puede colegir, SUTHERLAND no relega el factor *situacional* del delito⁷⁵⁰. Por ello resulta relevante el aporte realizado por CLOWARD-OLHIN (1960) para comprender la importancia de la oportunidad delictiva en la configuración de acto desviado. Para estos autores, determinadas personas no sólo tienen bloqueado el acceso a los medios lícitos para alcanzar los fines propuestos, sino también los medios ilícitos (disponibilidad de oportunidades ilícitas)⁷⁵¹. Con ello se bloquearía, desde el punto de vista de la persona dispuesta a delinquir, el acceso a los medios y el aprendizaje requerido para su utilización (motivaciones y técnicas delictivas). La atribución desmedida e incontrolada de potestades discrecionales en cabeza de ciertos funcionarios públicos vinculados a los procesos económicos de gestión pública, justamente, amplía el margen de oportunidades ilícitas⁷⁵². A mayor discrecionalidad del funcionario, no sólo aumentan las oportunidades para desarrollar actuaciones irregulares, sino que también disminuyen las posibilidades de prevenirlas o controlarlas⁷⁵³. La amplia concesión de potestades discrecionales, la concentración de funciones, la falta de transparencia en los procesos de gestión pública y la ausencia de controles eficaces, incrementan la probabilidad de utilizar las instituciones del Estado para satisfacer ciertos intereses de carácter particular, especialmente cuando se trata de la obtención de beneficios de naturaleza económica o patrimonial. No ha de olvidarse que la corrupción encarna normalmente una « [...] respuesta racional de los agentes económicos a la existencia de oportunidades de obtener ingresos más elevados»⁷⁵⁴. ¿Y cómo voy yo ahí?, es una expresión propia del discurso popular en Colombia que parece acompañar a muchos funcionarios públicos que sólo están a la espera de esas oportunidades y que esos agentes racionales conocen. Por esta razón un nivel de desorganización de tal tipo no puede prevenirse incidiendo únicamente desde el aspecto individual, lo cual requiere medidas sobre la vida comunitaria. Y en la medida en que la prevención legal implica la transformación del entorno organizacional, en ese sentido se dice que las estructuras de oportunidad se vinculan a factores de carácter estructural⁷⁵⁵.

⁷⁵⁰ GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 357.

⁷⁵¹ CLOWARD, Richard / OLHIN, Lloid, *Delinquency and opportunity...*, p. 151.

⁷⁵² SUNG, Hung-Eng, SUNG, Hung-Eng, “A convergence approach to the analysis of political corruption: A cross-national study”, *Crime, Law & Social Change*, Vol. 38, 2002, pp. 137-160, p. 145.

⁷⁵³ ADAMOLI, Sabrina, “Combatting Corruption”, p. 66: los costos calculados por los delincuentes antes de decidir cometer un delito de corrupción pueden ser de dos tipos: objetivos y subjetivos (objective cost – subjective cost). De acuerdo con los primeros, los costos involucrados en la elección racional se encuentran directamente relacionados con el riesgo de aplicación de la ley (es decir, el riesgo de ser identificado, procesado y castigado). Por su parte, los segundos se encuentran vinculados a los costos derivados del riesgo de una eventual difusión de información sobre el acto criminal, como la pérdida de reputación del corrupto.

⁷⁵⁴ MARTÍNEZ CÁRDENAS Edgar E. / RAMÍREZ MORA, Juan M., “La corrupción en la contratación estatal colombiana: una aproximación desde el neoinstitucionalismo”, en *Reflexión Política*, Vol. 8, núm. 15, junio de 2006, Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, 2006.

⁷⁵⁵ En referencia a los «comportamientos oportunistas» vinculados al desarrollo de la función pública, apunta MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, p. 46: «Obviamente, que el funcionario disponga de estas posibilidades, entre otras, para comprometerse en un comportamiento corrupto depende en gran medida del esquema institucional que se adopte, de la calidad o de lo engorroso de los trámites administrativos exigidos a los ciudadanos para alcanzar determinados objetivos jurídicos y, naturalmente, de los sistemas de controles y sanciones impuestos a los funcionarios para desincentivar tal comportamiento».

5. Conexión estructural del control penal: relación entre impunidad –social y jurídico-penal- y factores intervinientes sobre los procesos de criminalización

La comprensión mayor de los procesos generadores de impunidad que interfieren en la prevención efectiva del delito no puede alcanzarse utilizando una perspectiva de análisis limitada a las dinámicas que tienen lugar al interior de las instituciones del sistema penal. Semejante propósito precisa una visión de mayor espectro: Se requiere una mirada histórica y cultural de la delincuencia en tanto que fenómeno social⁷⁵⁶. La respuesta que ofrece la comunidad frente a delito, concretamente, resulta determinante en la tarea de comprender los referidos cursos de impunidad. Y ello resulta lógico cuando los incentivos de la criminalidad se sitúan también a un nivel *estructural*. La ausencia de caminos legítimos para alcanzar esos fines económicos estructurados culturalmente es el mejor ejemplo de ello. Como ya se referenció, «Las variables estructurales asociadas con mayores índices de delitos son las siguientes: ausencia de oportunidades legítimas para conseguir el éxito económico; presencia de oportunidades ilegítimas...»⁷⁵⁷. La intervención del Estado en la economía, tratándose de corrupción pública, es la que crea una estructura de oportunidades apropiada para alcanzar tales objetivos (la expansión del gasto público, por ejemplo, que crearía *ocasiones* para corromperse). Luego esos factores de orden estructural se manifiestan a nivel personal: la presión cultural hacia el éxito económico, tratándose de corrupción pública, crearía una especie de *disponibilidad* a corromperse. La vinculación estructural de los factores del delito explica precisamente la variación en las tasas de criminalidad entre una sociedad y otra. Por ello, como refiere BANDURA, «[...] las variaciones en los valores prevalentes de distintos países pueden explicar en gran parte la correlación observada entre la certeza del arresto y las tasas de delito»⁷⁵⁸. Los procesos de control social e institucional del delito tampoco pueden escapar a esos significados de la cultura. Por ello le asiste razón a GARLAND cuando refiere que «La cultura penal está constituida, entonces, por un sistema de significados a través del cual operan las diversas prácticas, rutinas y procedimientos que constituyen el campo penal»⁷⁵⁹. Este mismo efecto que se genera de esos factores estructurales que inciden sobre la motivación delictiva (en este caso la banalización de medios ilícitos de realización), también afectaría los mecanismos de control legal, pues si la realización del delito lleva aparejado un menor coste social para su autor, entre otros efectos, provocaría que la probabilidad de denuncia se reduzca sustancialmente, por lo que se difuminaría la certeza que requiere la amenaza de pena para poder contramotivar tales tendencias criminales.

⁷⁵⁶ Frente a la *perspectiva histórica del delito y el castigo*: apunta Iturralde, en GARLAND, David, *crimen y castigo...*, pp. 56-57: «A través del estudio de la dimensión cultural del castigo, Garland pone de presente cómo éste es el producto cultural de un proceso histórico que se adapta de manera imperfecta al presente. Por ello el peso de la historia es un elemento clave en el estudio del campo del control penal; se requiere de una perspectiva histórica que dé cuanta de las transformaciones del castigo a lo largo del tiempo para comprender más cabalmente la lógica informal (no sólo la oficial) que subyace a las prácticas penales. Es dentro del contexto económico, social, político y cultural de un periodo de tiempo determinado donde se puede ubicar el conjunto de luchas y tensiones, de conflictos de intereses, alianzas y negociaciones que sirven de escenario para la presentación de las instituciones penales».

⁷⁵⁷ LARRAURI, Elena, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, p. 75.

⁷⁵⁸ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 301.

⁷⁵⁹ GARLAND, David, *crimen y castigo...*, p. 56.

Para validar tal correlación se afirma que la *impunidad* constituye un ingrediente fundamental del curso motivacional en los delitos de configuración racional; bajo el modelo conductista, un *reforzador negativo* de la conducta indeseada. Esa impunidad, que en este planteamiento articula las dimensiones formal (déficit de sanción legal) y no-formal (déficit de sanción social) del control del delito, estaría determinada por los factores productores de los *procesos selectivos de criminalización*. Esta doble dimensión de la impunidad permite hablar, respectivamente, de *selección penal de orden social* y *selección penal de orden institucional*. Los procesos de criminalización que repercuten en dicho déficit de sanción, utilizando una connotación neutral del término «selección», pueden adquirir dos formas diversas: 1) *positiva*; y, 2) *negativa*. En su dicción *positiva*, tanto en su dimensión social como en su concreción legal, esa actuación selectiva se refiere a la criminalización preferente o efectiva de aquellos delitos normalmente vinculados a la mal denominada delincuencia «común» o «tradicional» –asociada normalmente a las bajas capas sociales–: microtráfico de estupefacientes, hurtos al comercio, etc. En su expresión *negativa*, en contraposición a la anterior, esa selección se refiere a la indiferencia social e institucional frente a esa otra tipología de fenómenos delictivos que se apartan del tradicional estereotipo criminal y cuyos protagonistas no encajan en ese clásico perfil delictivo: delitos socioeconómicos, delitos contra la administración pública, etc. Esta connotación negativa de los procesos de selección punitiva, por tanto, se identifica con una actitud negligente, omisiva o excluyente, por parte de la sociedad en su conjunto y de las instituciones del sistema penal, frente a la criminalización de un tipo de delito en razón de la propia naturaleza del mismo y de las especiales condiciones de quienes lo producen.

Más adelante se procederá a realizar una delimitación conceptual de las referidas fases de selección penal enfatizando sus dimensiones *espacial* (sociedad e instituciones) y *temporal* (curso constructivo de la mente e *iter* del delito). La delimitación de esas dos instancias tiene por objeto visualizar la conexión estructural de los factores que producen la impunidad del delito y, a partir de ello, establecer cómo repercuten esos mismos factores que generan tal déficit de reprensión (social y legal) sobre la neutralización del «miedo» ligado a la amenaza de pena. En su dicción estructural, interesa señalar cómo la tolerancia institucionalizada de prácticas corruptas termina repercutiendo en el proceso de denuncia del hecho. En su entidad institucional, interesa destacar cómo factores como la dificultad para la obtención de la prueba, la utilización habilidosa de reglas dogmáticas –de orden sustantivo y procesal– durante curso del proceso penal o las interferencias ilícitas realizadas sobre los operadores del sistema penal para desviar el rumbo de las investigaciones por del delito cometido, terminan afectando la judicialización efectiva del mismo. En uno y otro caso, como puede inferirse, se amplía la probabilidad de que el delito quede impune. Y unas y otras circunstancias limitadoras, como se afirma en este trabajo, constituirían auténticas técnicas de control del miedo teóricamente asociado a la amenaza jurídico-punitiva. Sobre la base de esas mismas circunstancias limitadoras del miedo es que han de postularse las distintas medidas de orden político-criminal tendentes a asegurar una mayor entidad del factor de aversión. En el último capítulo, como se ha indicado, se propondrá cómo la redefinición simbólica del contorno intencional del delito, podría ayudar a limitar la aplicación de lo que aquí se ha denominado «*técnicas dogmáticas de impunidad*».

La anterior idea resulta plausible bajo una concepción estructural del castigo legal, en términos de GARLAND, bajo la consideración del castigo como un «artefacto cultural e histórico»⁷⁶⁰. Ello es compatible con la noción de «cultura» que adopta el autor. Como refiere ITURRALDE en referencia a GARLAND, para este último la cultura, histórica y situacionalmente concebida, « [...] proporciona una serie de concepciones y valores, categorías y distinciones, sistemas de ideas y de creencias que usamos para construir el mundo en el que vivimos, para pensarlo y sentirlo de ciertas maneras, dándole sentido y significado»⁷⁶¹. En este sentido la *acción* posee el doble atributo de *racional* y *emocional*, aspectos que normalmente intervienen simultáneamente en la toma de decisiones. Y es que si puede sostenerse la idea de que el incentivo que por antonomasia motiva la participación en actos de corrupción (el dinero) es producto de esa presión cultural hacia el éxito económico, luego el sistema normativo destinado a la contención del correspondiente proceder irregular no puede escindirse de esas mismas convenciones sociales. Al igual que sucede con la validación cultural de los incentivos positivos del delito, los incentivos limitadores se invalidan en los mismos procesos de enculturación. Es en el curso de esos mismos procesos de adquisición de significados, en donde se cimientan las convenciones sobre el castigo. Más allá de la baja percepción sobre la sanción punitiva que pueda experimentar un individuo en su círculo institucional por la tolerancia interna de actos de corrupción, es esa misma falta de reprensión grupal la que va otorgando una significación específica a la infracción normativa. Es así como estas *definiciones favorables* a la comisión del delito, en la terminología de SUTHERLAND, no sólo provocarían un menor coste moral, sino que además anularía la denuncia formal. Y es en este sentido que puede afirmarse que los mecanismos de control del miedo se ven afectados por la *estructura*⁷⁶².

⁷⁶⁰ GARLAND, David, *crimen y castigo*..., p. 130.

⁷⁶¹ Sobre el concepto de cultura, GARLAND, David, *crimen y castigo*..., p. 55: «A partir de la concepción semiótica de la cultura de Clifford Geertz (1973), Garland define la cultura, en un sentido amplio, como los sistemas de significado dentro de los cuales se produce la acción social. La cultura es una experiencia vital, es un medio a través del cual nos relacionamos con el mundo. Dicha relación es racional y emocional».

⁷⁶² Frente a la *conexión estructural de los motivos de la acción*, particularmente frente a la incidencia de factores estructurales sobre las tasas de criminalidad en los últimos años, refiere Iturralde en GARLAND, David, *crimen y castigo*..., pp. 68-69: « [...] a diversos factores, todos ellos relacionados con los cambios que trajo consigo la modernidad tardía; entre ellos, cabe destacar: primero, las mayores oportunidades para delinquir gracias, por ejemplo, a una sociedad de consumo donde hay un gran número de bienes y personas en circulación, lo cual los hace más vulnerables para convertirse en objeto de delitos. Segundo, la reducción de los controles situacionales que hacen más vulnerables a las personas y sus bienes; por ejemplo, las casas que permanecen solas la mayor parte del día, la expansión de las ciudades y el establecimiento de suburbios (de ricos y pobres), en donde la policía no hace tanta presencia como en los centros urbanos; la densidad poblacional de dichos centros, que hace más difícil el control de actividades delictivas. Tercero, un aumento de la población bajo riesgo de caer en actividades criminales; las estadísticas demuestran que los hombres jóvenes y desempleados de los centros urbanos son más proclives a delinquir, especialmente en una sociedad de consumo masivo, en la que existe una cultura juvenil con mayores aspiraciones (usualmente materiales) y demandas de gratificación instantánea que no se ven satisfechas por la realidad del mercado laboral; ello da lugar a frustraciones y resentimiento, constituidos en estímulos emotivos para delinquir, lo que es visto por los jóvenes como una forma de gratificación más accesible. Cuarto, una reducción en la eficacia del control social e individual; como se vio, el debilitamiento de las formas de autoridad tradicionales (el Estado, la familia, la escuela, la religión), unida a la cultura individualista y consumista que persigue la gratificación instantánea y el reconocimiento social (éxito, fama, dinero) casi a cualquier precio, hace que muchas personas (en especial la población de bajo riesgo apenas mencionada) estén más dispuestas a desafiar dicha autoridad y a romper las reglas de convivencia social».

La criminalización negativa de la corrupción, por lo acabado de indicar, no puede observarse llanamente bajo el prisma de la eficacia operativa del aparato de justicia penal. El propio sistema social, en el cual se integra el primero, constituye un ámbito de mayor espectro en el que ha de buscarse aquel *consenso social* que, según se afirma desde el *iluminismo* hasta el *estructural-funcionalismo*, sustenta la criminalización de acciones socialmente dañosas. TURK, desde su postura conflictual, ha sido uno de los autores que amplió el radio de la perspectiva de análisis realizando una distinción entre los «procesos no institucionalizados» y «procesos institucionalizados» de reacción a la desviación⁷⁶³. Esta idea permite situar los procesos de selección penal negativa por fuera del espectro de las instituciones oficiales y su relación con el fracaso de la política penal. Por lo mismo, el alcance de ésta no debe circunscribirse llanamente al ejercicio de la función punitiva del Estado, sino a una «política de transformación social e institucional»⁷⁶⁴. Significa ello que la reducción del delito implica necesariamente un compromiso social sobre su punición.

Por razón del nexo estructural del control penal, de conformidad con el deber cautelar que le asiste a todo regidor público, la transformación de la política criminal anticorrupción ha de empezar por des-institucionalizar aquellas prácticas que, como el nepotismo, dinamizan el fenómeno y complican su detección. Pero ello no es simple. El desmonte de esas prácticas venales que perpetúan la corrupción ha de empezar por de-construir aquellos estereotipos que culturalmente se establecen respecto de la banalidad de ciertas acciones socialmente lesivas y la admiración de los correspondientes protagonistas⁷⁶⁵. Las teorías criminológicas articuladas bajo las corrientes del *interaccionismo simbólico*⁷⁶⁶, particularmente la perspectiva del *labelling approach* (*teoría del etiquetamiento*), ha puesto de relieve cómo de la interpretación que los individuos realicen en marco de sus procesos de interacción en sociedad sobre los problemas que les afectan, dependerá la definición (significado) que de ellos se realice (según sus construcciones subjetivas sobre la realidad) y la naturaleza y entidad de la correspondiente respuesta (*reacción social*)⁷⁶⁷.

⁷⁶³ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 138.

⁷⁶⁴ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, pp. 213-214.

⁷⁶⁵ Ello no obsta, como propone BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, pp. 214-215, « [...] al ensanchamiento y reforzamiento de la tutela penal en campos de interés esencial para la vida de los individuos y de la comunidad: la salud, la seguridad en el trabajo, la integridad ecológica, etc. Se trata de dirigir los mecanismos de la reacción institucional hacia la criminalidad económica, hacia las desviaciones criminales de los organismos y corporaciones del Estado y hacia la gran criminalidad organizada».

⁷⁶⁶ MEAD, George H., *Mind, Self, and Society...*

⁷⁶⁷ Sobre el «*poder de definición*» de unos sujetos sobre los otros, véase BECKER, Howard, *Los extraños...*p. 19; BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 94: «Kitsuse ha formulado el problema en los términos siguientes: la desviación es un proceso en el curso del cual algunos individuos pertenecientes a algunos grupos, comunidades y sociedades a) interpretan un comportamiento como desviado, b) definen una persona, cuyo comportamiento corresponda a esta interpretación, como alguien que forma parte de una cierta categoría de desviados y c) ponen en acción un tratamiento apropiado frente a esta persona. Como Kitsuse y varios otros no se cansan de repetir, no es el comportamiento por sí mismo el que desencadena una reacción por la que un sujeto hace la distinción entre “normal” y “desviado”, sino solamente su interpretación, que hace de este comportamiento una acción provista de significado. Por ello, en un cierto sentido, el comportamiento es indiferente en relación con las reacciones posibles, en la medida en que es la interpretación la que decide lo que es o no calificado de desviado. Y si no es posible a alguien establecer de modo arbitrario que un comportamiento cualquiera es un comportamiento de tipo criminal, ello se explica por el papel decisivo que a tal respecto desempeñan las condiciones que acompañan a la reacción al comportamiento mismo».

Dicha deducción posee vital importancia en materia de corrupción: de la definición que una comunidad concreta realice sobre ciertos comportamientos como desviados, dependerá el correspondiente grado de desaprobación moral de estos. BLUMER afirmaba que la respuesta frente a los distintos fenómenos sociales no depende directamente de las acciones de las demás personas del grupo social, sino que se establecen en base al significado que confieren a las mismas⁷⁶⁸. En este sentido el castigo se concibe como una «institución social»⁷⁶⁹, esto es, en términos de GARLAND, que «logra condensar toda una red de relaciones sociales y significados culturales»⁷⁷⁰. Y tal aspecto comporta gran importancia tratándose de corrupción pública, pues mientras no se definan culturalmente como acciones socialmente negativas ciertas prácticas como el nepotismo o el intercambio extraoficial de favores (clientelismo), difícilmente podrá primar el mérito ético y la rectitud legal en el ejercicio de la función pública. Lo anterior permite situar la selección penal negativa de la corrupción en un marco estructural, en el que las definiciones favorables que en cada cultura se efectúen respecto de esas prácticas que dinamizan el fenómeno de la corrupción terminarán afectando la correspondiente reacción social –y, con ello, la dirección y aplicación de la política criminal-⁷⁷¹. Por ello le asiste suficiente razón a BARATTA cuando refiere que aquellos *procesos de definición* que llegan a ser significativos dentro del modelo teórico expuesto por los interaccionistas y los fenomenólogos, « [...] no pueden limitarse a los realizados por las instancias oficiales de control social»⁷⁷² (aspecto que permite señalar esos dos niveles de selectividad), sino que más bien « [...] se identifican, en primer lugar, con los procesos de definición del sentido común, los cuales se producen en situaciones no oficiales aun antes de que las instancias oficiales intervengan [...] ». En suma, se trata de un análisis externo del sistema penal en el que se analiza su interacción con los procesos sociales. Ello encuentra relación con la metodología propuesta por GARLAND en su *Sociología del castigo*, según la cual, como apunta ITURRALDE, «estudia las instituciones penales “desde afuera”, lo que permite analizarlas “en relación con” otros campos sociales que las influyen y sobre los que éstas a su vez ejercen influencia»⁷⁷³.

⁷⁶⁸ BLUMER, Herbert, *El interaccionismo simbólico: perspectiva y método*, Ed. Hora, Barcelona, 1982, pp. 59-60.

⁷⁶⁹ GARLAND, David, *crimen y castigo...*, p. 58.

⁷⁷⁰ GARLAND, David, *crimen y castigo...*, p. 189.

⁷⁷¹ Es este el fenómeno de la «neutralización» estudiado en Criminología: TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, pp. 206-207: «A estas justificaciones de la desviación las denominamos técnicas de neutralización y creemos que las mismas forman una parte importante de lo que Sutherland llama “definiciones favorables a la violación de la ley”»; GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, pp. 374-376: «Generalmente, las definiciones convencionales de la sociedad suelen ser *negativas* o contrarias a la delincuencia. Pero en grupos o sectores sociales determinados existen creencias *favorables* a la conducta delictiva, que pueden operar de dos modos diferentes. Uno, haciéndola más deseable o permisible. Podría ser el caso de aquella persona que roba en su trabajo tras considerar que no le pagan lo que merece pese a que se esfuerza mucho más que la mayoría de sus compañeros». Pero las creencias pueden ser también *neutralizadoras* cuando justifican o excusan la conducta. Este mecanismo entraría en acción cuando una persona se dice a sí misma: «Todo el mundo defrauda a Hacienda. Yo también puedo hacerlo... [...]. La inmensa mayoría de los ciudadanos está en contra del robo, pero en lo que se refiere específicamente a Hacienda, mucha gente considera que no constituye una conducta demasiado grave defraudar al fisco *un poquito*».

⁷⁷² BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 94.

⁷⁷³ GARLAND, David, *crimen y castigo...*, p. 50: «Se da así una relación circular donde el castigo y otros campos sociales (el político, el económico, el cultural) se refuerzan y transforman mutuamente».

La selectividad penal negativa de orden estructural permite entrelazar, en efecto, la posición que la propia sociedad asume frente a los fenómenos formalmente proscritos por la norma jurídico-penal y la respuesta punitiva desarrollada por las agencias del Estado. La corrupción permite observar esta doble situación. La normalización social de ciertas acciones venales, como el clientelismo, se sustenta en la falta de correspondencia entre las definiciones del «sentido común» y la literalidad de esas acciones legalmente proscritas. Pero esa definición operaría, como se verá, no en un sentido positivo de reacción frente a la definición formal, sino en sentido inverso: la no definición social la conducta como lesiva o desviada, difuminaría la naturaleza aversiva del instrumento de control penal en la medida en que se afecta la reacción social. Frente a las definiciones positivas o negativas de ciertas acciones por parte de la sociedad, según lo refiere BARATTA, «Lo que la criminalidad es se percibe fácilmente, en verdad, observando la reacción social frente a un comportamiento, en cuyo contexto un acto se interpreta (valorativamente) como criminal, y a su autor se le trata en consecuencia»⁷⁷⁴. La criminalidad político-económica de los detentadores del poder, precisamente, no se encontraría mediada por un proceso de *valoración negativa* (estigmatizada), sino de carácter *positivo* (normalizada), bajo el que las normas pierden vigencia y reconocimiento: *anomia*⁷⁷⁵. En este caso se presentaría algo semejante a lo que GARLAND denomina la «normalización de la experiencia criminal»⁷⁷⁶.

La trascendencia que las definiciones sociales alcanzan para la génesis del delito es capital. Tratándose de esos delitos que normalmente se asocian a las clases menos privilegiadas de la sociedad, según una de las premisas fundamentales del *labelling approach*, la valoración social negativa frente al acto de desviación y la consecuente atribución a su autor de la calidad formal de criminal y del estatus social correspondiente, incidiría en su comportamiento posterior tras consolidarse el papel criminal (necesario para el desarrollo de su carrera desviada). Pero este mismo planteamiento también se aplica tratándose de delincuencia de cuello blanco. La aceptación social del comportamiento irregular, según esas mismas premisas interaccionistas, provocaría la consolidación del acto ilícito por las consecuencias que genera la ausencia de castigos sobre afianzamiento de la conducta. Es esta la lógica del *refuerzo* predicado en el modelo conductista del *condicionamiento operante*, pues si tras la realización de la conducta no se generan consecuencias desagradables, aquélla se refuerza. Y ello se hace posible gracias a la posibilidad de aprendizaje en base a *modelos*. Bajo ese conjunto de *definiciones favorables* al delito, en términos de SUTHERLAND, la percepción individual sobre la probabilidad de denuncia se vería degradada. Como bien lo señala BANDURA, «La relación entre severidad del castigo y el cumplimiento de la legalidad de la conducta disminuye marcadamente cuando desaparece la influencia ejercida por la probabilidad percibida a ser castigado»⁷⁷⁷.

⁷⁷⁴ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 95.

⁷⁷⁵ DURKHEIM, Emile, *las reglas del método sociológico*, p. 148.

⁷⁷⁶ GARLAND, David, *crimen y castigo...*, p. 37: La «normalización de la experiencia criminal», como señala Iturralde en referencia a la propuesta de Garland: «Dadas las condiciones y transformaciones sociales, económicas y culturales propias de la modernidad tardía (*late modernity*), diversos grupos sociales se han vuelto víctimas habituales del crimen, por lo que éste ha pasado a ser un aspecto más de sus vidas cotidianas, al que se deben adaptar y frente al cual reaccionan de forma más o menos emotiva».

⁷⁷⁷ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 301.

Las teorías de la *reacción social* parten de una hipótesis, fundamentada en los avances de la Psicología Social, tendente a determinar las repercusiones negativas que tales reacciones podrían generar sobre el comportamiento, esto es, «sobre la imagen que las personas pueden formarse de su “sí mismo” (*self*) una vez que esas repercusiones producen sus efectos»⁷⁷⁸. Pero pasa que esa imagen que el individuo se forma a partir de la reacción de la sociedad no puede provenir solamente del agravio generado por el conflicto de valores que se produce entre quien viola las pautas culturalmente instituidas y la sociedad en que tienen lugar⁷⁷⁹, sino también por el refuerzo (aceptación generalizada) de actos del mismo tipo (modelado). Probablemente por ello SUTHERLAND se preguntara sobre si la criminalidad de cuello blanco era realmente eso⁷⁸⁰. Lo anterior permite apuntar que el primer paso para la criminalización efectiva de la corrupción compete a la propia sociedad (reacción social no-formal). Por lo mismo, la criminalización formal de comportamientos socialmente dañinos describe una respuesta institucional que se torna simplemente aparente (meramente formal) cuando no cuenta con el correspondiente respaldo social (*poder social de definición*), que en gran medida precede al *poder político de definición*.

De ahí la importancia que adquiere hoy la separación que hiciera CARRARA entre *hecho material* y *ente jurídico*, puesto que si el primero carece del trasfondo del que erige aquel juicio de valor social negativo que dota de validez a la decisión jurídico-política, el segundo perderá su fuerza vinculante. Y por esto es que puede sostenerse que la «indignación moral» que pueda generarse en una determinada sociedad frente a ciertos fenómenos, según lo refiere BARATTA⁷⁸¹, resulta necesaria para estimular la reacción social. PARSONS reconocía que la desviación frente a las definiciones formales puede describirse como un proceso en el que el actor orienta sus acciones no sólo en razón del aprendizaje de las concretas motivaciones que la rigen, sino además de los criterios de conformidad culturalmente instituidos sobre los comportamientos que son dignos de causar indignación moral. Y en la medida en que el individuo interioriza ideas y creencias de su mundo circundante que originan acciones dirigidas, han de observarse aquellos cánones de significado que estructuran la realidad cultural en que se concibe la acción individual.

⁷⁷⁸ BERGALLI, Roberto, “Perspectiva sociológica: estructura social”, p. 149.

⁷⁷⁹ BERGALLI, Roberto, “Perspectiva sociológica: estructura social”, pp. 149-150: «Las afirmaciones que hiciera Frank Tannenbaum ya en 1938, en el sentido de que la modelación del comportamiento desviado se origina en el conflicto de valores que se produce entre el que viola las reglas y la comunidad –oportunidad en que se dan dos definiciones opuestas de la situación–, constituyen ya un buen adelanto del desarrollo posterior. Para el sujeto, al comienzo, la conducta en que se encuentra comprometido puede ser aceptable; para los demás, en general (la denominada “audiencia”, en la que pueden estar incluidas las instancias del control oficial), semejante conducta puede asumir el aspecto de un agravio que origina una consecuente pretensión de corrección o represión (cf. Tannenbaum, 1951, pp. 17-18)».

⁷⁸⁰ SUTHERLAND, Edwin H., “Is 'White-Collar Crime' Crime?”, en *American Sociological Review*, X, 1945, pp. 132 y ss.

⁷⁸¹ Al respecto, refiere BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica*..., p. 95: «Partiendo de tal observación podrá fácilmente advertirse que el comportamiento capaz de desencadenar la reacción social ha de ser el que pueda perturbar la percepción habitual, de *routine*, de la “realidad dada por descontada” (*taken-for-granted-reality*), es decir el comportamiento que suscita indignación moral, embarazo, irritación, sentimiento de culpa y otros sentimientos análogos entre las personas implicadas. Tal comportamiento es, ante todo, aquel percibido como opuesto al “normal”, y la normalidad es la representada por un comportamiento predeterminado en las propias estructuras, según ciertos modelos de comportamiento, y correspondiente al papel y posición de quien actúa».

La institución del castigo, como se dijo, no puede escapar a las derivas de la cultura. La impunidad de la corrupción pública, según se sostiene en este trabajo, se halla mediada por esa serie de factores que intervienen en la configuración de los procesos de criminalización de naturaleza negativa que se articulan a aquélla. Ese déficit de criminalización, ya sea en su dicción positiva o negativa, se produciría tanto en la instancia social (control informal del delito) como en marco de las instituciones del sistema penal (control formal del delito). Psicológicamente concebida, cada una de estas dimensiones de impunidad tendría la aptitud de *reforzar negativamente*, de forma concurrente, la conducta que se prohíbe normativamente: La indolencia social frente al delito, como se verá, limitaría la fuerza coactiva que garantiza la incidencia del imperativo jurídico-penal. Lo mismo sucede con la ineficacia operativa de las instituciones del sistema penal. Esta aptitud que tendría la ausencia de castigo de afectar de manera importante los cánones de autorrestricción comportamental generaría, además, que la impunidad resultante de la ineficacia de los controles de naturaleza informal influya en la operatividad de los mecanismos de control formal. Hasta obvio resulta que si la sociedad en su conjunto tolera cualquier actividad delictiva, la probabilidad de que esa actividad sea denunciada disminuye ostensiblemente. Esto lo sabe el delincuente, y de ella se sirve para el control del miedo. Es en este sentido que se afirma que la impunidad formal se encuentra afectada por los factores de orden social que intervienen en la configuración de los procesos de criminalización. Se mostrará cómo esos factores que generan la banalización social del delito, como la supuesta ausencia de lesividad, redundan finalmente sobre el afrontamiento del temor punitivo.

Dicha *selección* suele explorarse en dos niveles distintos: El primero de ellos puede situarse en la fase de *definición* formal del delito (*criminalización primaria*). El segundo nivel, consecuente con el primero, se corresponde con el proceso de *aplicación* específica de esas definiciones formales (*criminalización secundaria*). Tal proceso de selección penal, como se indicó, ha de verse no sólo en un sentido *positivo*, es decir, como la persecución efectiva del delito, sino también en su dicción *negativa*, esto es, como exclusión de los procesos de aplicación del castigo. Por ello la naturaleza del *delito* y el tipo de *delincuente*, tratándose de criminalidad de cuello blanco, constituyen dos categorías fundamentales de análisis para la comprensión del proceso de dominio del miedo punitivo: La complejidad material del esquema criminal y la posición del actor protagónico, respectivamente, son dos claros referentes de ello. Esta selección penal negativa entraría en conflicto con la pretensión intimidatoria de la norma jurídico-penal, puesto que la fuerza constrictiva que presupone la conminación abstracta de pena se vería anulada por falta de *asociación* mental entre la infracción del imperativo jurídico-penal y la consecuencia aversiva que supone la comisión de la conducta irregular. Las definiciones favorables al delito, como se ha visto, incidirían en esa falta de asociación. Por lo mismo cabe precisar que dicho proceso de selección no puede situarse propiamente en la intervención –efectiva o fallida– de las instituciones del sistema de justicia criminal (*selección penal institucional*), sino también en un marco de origen estructural o de mayor espectro en el que ha de tenerse en cuenta la posición que asume la propia sociedad frente al concreto fenómeno delictivo (caso en el que puede hablarse de *selección penal no-institucional*).

De ahí, en consecuencia, la necesidad de proponer un esquema en el que se articulan esas dos instancias selectivas. Tal concatenación permite mostrar cómo esos procesos negativos de criminalización que impiden la sanción penal efectiva de actos de corrupción, no pueden reducirse al plano operativo de las agencias del sistema penal, sino que presentan un nexo con la propia estructura social. Esta consideración estructural del control penal es coherente con una concepción del castigo legal en la que su instrumento regulador (la amenaza de pena), está llamado a operar como «refuerzo conductual». Esta perspectiva diacrónica de los procesos de criminalización es compatible con una perspectiva cultural del delito y la pena, en términos de GARLAND, con la «dimensión cultural del castigo»⁷⁸², pues es en las convenciones culturales en donde se produciría la deconstrucción de la fuerza constrictiva de los imperativos normativos. Se trata, siguiendo la propuesta metodológica delineada por este autor, de una forma de entender el crimen y el castigo en contextos culturales diversos. Ya se avanzó desde la Introducción General que, más allá de esos factores objetivos –identificados por la *escuela clásica*– que podrían incidir en la función intimidatoria de la pena, como cabe recordar, la proporcionalidad entre la naturaleza del ilícito y el quantum de la respuesta punitiva, la certeza en la aplicación del castigo y la rapidez de su proceso de aplicación, es la significación que el propio individuo infractor tiene sobre las ventajas del fenómeno penalizado y las repercusiones que pueda asociar a su potencial infracción, la circunstancia que explica que muchos no puedan inhibirse frente a la comisión de un delito aun teniendo la certeza de recibir un castigo.

Para delimitar los contornos precisos de las referidas instancias de selección penal es preciso efectuar, como se indicó, una conceptualización básica referida a los procesos de criminalización. Antes de ello deben diferenciarse las dos fases en que se divide dicho proceso: 1) *criminalización primaria*; 2) *criminalización secundaria*. Según lo expresado, la primera se identifica con el proceso de creación de la norma. La segunda se define por su proceso de aplicación. En este caso el análisis se centra en la fase de *criminalización secundaria*, resaltando el nexo que se genera entre el déficit de *control social* del delito y los factores de orden intra-institucional (formal) que limitan el proceso de aplicación efectiva de la ley penal. Pero este énfasis no implica, de ninguna manera, que se omita la identificación de algunos de los factores que inciden sobre los procesos de *criminalización primaria* y su conexión frente a los cursos de *criminalización secundaria*. Un ejemplo de esos factores puede representarse con la frase que el eminente senador de la República de Colombia, Jorge Enrique Robledo Castillo, utiliza para referirse a la convalidación normativa de «oportunidades» para la corrupción: «*incluir la trampa en la ley*»⁷⁸³. Con esas delimitaciones se busca alcanzar una comprensión mayor acerca de la manera en que la impunidad asociada al fenómeno de la corrupción pública repercute cognitivamente sobre la validación personal de esas conductas que proscriben la ley penal. Así las cosas, antes de adentrarnos en este análisis, resulta oportuno realizar una breve conceptualización sobre los *procesos selectivos de criminalización* y, a partir de ello, proyectar la manera en que la impunidad resultante repercutiría sobre el curso de anulación del miedo punitivo.

⁷⁸² GARLAND, David, *crimen y castigo...*, p. 52.

⁷⁸³ ROBLEDOS CASTILLO, Jorge Enrique, *La corrupción en el poder y el poder de la corrupción en Colombia*, Ed. PRHGE, Bogotá, 2016, pp. 9 y ss.

5.1. Selectividad del sistema penal: aproximación conceptual

La expresión «*selección penal*» (institucional), acogiendo la noción planteada por ZAFFARONI⁷⁸⁴, puede ser definida como aquel proceso en virtud del cual los diversos Estados, en ejercicio del *ius puniendi*, «[...] seleccionan un reducido grupo de personas, a las que someten a su coacción con el fin de imponerles una pena». Es este el proceso de criminalización selectiva de naturaleza *positiva*. Dicho proceso de *selección penalizante*, según es señalado por el autor, no se desarrollaría casualmente, sino como resultado de la actuación dirigida de las diversas *agencias* que integran y convergen alrededor del denominado sistema penal. Dicho proceso estaría caracterizado por dos fases⁷⁸⁵: Primero por una fase primaria determinada por la creación de la norma penal (en cuanto expresión normativa de la política criminal): *criminalización primaria*. En el Capítulo VIII se propondrá, precisamente, una redefinición normativa de algunas figuras dogmáticas tendentes a asegurar una mayor entidad preventiva de la norma penal desde su misma tipificación legal. Luego por una fase posterior definida por el proceso de aplicación normativa por parte de los entes oficiales de control: *criminalización secundaria*. En el esquema propuesto en este trabajo, como se indicó, los factores que afectan dicho proceso de aplicación normativa no deben reducirse al plano institucional propiamente dicho, sino situarse en una dimensión de mayor espectro: en el marco de la propia estructura social.

Más allá de estas conceptualizaciones doctrinales, llama la atención que el término «*selección*», vocablo que encuentra su origen en la locución latina «*selectio*» y que es definido por el Diccionario de la RAE como «Acción y efecto de elegir a una o varias personas o cosas entre otras, separándolas de ellas y prefiriéndolas»⁷⁸⁶, describa de forma bastante fiel la forma diferenciada como operan, en la práctica, los procesos de persecución del delito. Dicha transposición resulta bastante homogénea, sobre todo si se tiene en cuenta que el mencionado proceso de *selección* recae normalmente sobre una especial clase de infractores: los titulares usuales de la –mal denominada– delincuencia «común» o «tradicional»; el mismo proceso selectivo que, por otro lado, relega la criminalidad de sujetos pertenecientes a las clases privilegiadas. Dicho proceso de selección resulta evidente frente a este último tipo de delincuencia en la fase de criminalización secundaria. Y se hace evidente, no precisamente por un proceso *positivo* de reacción institucional frente a estos (selección *positiva*), sino, contrariamente, por su inocua persecución: esto es, por su selección *negativa*⁷⁸⁷. En esta Tesis, por tratarse de un estudio referido a la ineficacia de la norma penal, debe centrarse la atención sobre esos factores que interfieren fundamentalmente sobre la aplicación de las correspondientes disposiciones normativas.

⁷⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio R. (Coord.), *Derecho Penal...*, p. 7.

⁷⁸⁵ LEMERT, Edwin M., “Estructura social, control social y desviación”, en CLINARD, Marshall B. (Comp.), *Anomia y conducta desviada*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1967, p. 86.

⁷⁸⁶ RAE (2001). *Diccionario de la lengua española* (22ª ed.).

⁷⁸⁷ Dicho proceso de *selección negativa* está íntimamente relacionado con el *estigma* que ubica a los delincuentes «comunes» en una posición diferente con respecto a los pertenecientes a las clases privilegiadas. Como apunta ZAFFARONI, Eugenio R. (Coord.), *Derecho Penal...*, p. 9: «La selección criminalizante secundaria conforme a estereotipo condiciona todo el funcionamiento de las agencias del sistema penal, en forma tal que éste es casi inoperante para cualquier otra selección, por lo cual es importante frente a los delitos del poder económico (llamados de cuello blanco)».

El referido proceso de criminalización comprende, de tal modo, dos etapas perfectamente diferenciables: 1) *creación de la ley penal*; y 2) *aplicación de la ley penal*. La fase de *criminalización primaria*, como apunta ZAFFARONI⁷⁸⁸, se define como «[...] el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas». En términos concretos, esta fase se caracteriza por la formulación de un acto formal de carácter esencialmente programático, dirigido a las diversas agencias de control penal (policías, órganos de persecución, jueces e instituciones penitenciarias). Este programa formal, conducente a la sanción de comportamientos prohibidos en abstracto por la legislación penal, emana de las agencias políticas (parlamentos y ejecutivos). Tratándose de corrupción, esta etapa viene definida por la tipificación penal de los delitos contra la Administración pública. La materialización de tal acto programático daría lugar, en segundo término, a la fase subsiguiente de *criminalización secundaria*: «la acción punitiva ejercida sobre personas concretas». Y es en esta fase donde cabe preguntar por qué, tratándose de esos delitos de corrupción, fracasa su criminalización *positiva*. Luego no debe perderse de vista que si bien la separación de estas dos fases permite caracterizar de mejor forma los factores que limitan el control penal efectivo del delito en una y otra etapa, ambas fases se condicionan recíprocamente. Piénsese, por ejemplo, en las repercusiones que engendra la permisón del *lobby* para la criminalización del tráfico de influencias.

La separación entre las dos grandes fases no es caprichosa. El estudio de la última fase permite observar las razones por las que se produce, por un lado, la selección *positiva* del delito –de los *powerless*- y, por otro, la selección *negativa* –de los *powerful*-. Es la propia praxis forense la que permite observar que ciertas prácticas corruptas merecedoras del máximo reproche ético-jurídico, v. gr., la *captura* de políticas públicas por parte de grandes poderes económicos, quedan, en no pocas ocasiones, marginadas de todo proceso de criminalización, no sólo del proceso de aplicación de la ley penal (*criminalización secundaria*), sino, incluso, del propio proceso de creación (*criminalización primaria*)⁷⁸⁹. Y no es caprichosa dicha separación por cuanto, si prácticas como la incorporación tendenciosa de altos exfuncionarios públicos en los consejos de administración de grandes corporaciones económicas, la financiación privada a partidos políticos, el *lobby* agenciado por influyentes representantes del sector económico, las prácticas clientelistas, el nepotismo, entre otras muchas perversiones que se confunden en la práctica gubernamental se encuentran lejos de ser alcanzadas por la letra de la ley penal, difícilmente se va a producir una acción institucional efectiva frente a las prácticas corruptas que aquéllas engendran. ¿Y es que cómo reprimir el *tráfico de influencias* que realizan agentes privados de alto calado en las cámaras legislativas para hacerse con suculentos contratos bajo la figura del *lobby*, si los mismos regidores se sirven de ello para su beneficio particular?

⁷⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio R. (Coord.), *Derecho Penal...*, p. 7.

⁷⁸⁹ Señala BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, pp. 167-168, que en un análisis de tal entidad habría por lo menos tres *mecanismos* cuya génesis sería necesario examinar: en primer lugar, se precisaría el análisis del procedimiento o *mecanismo* de producción normativa (criminalización primaria); en segundo lugar, el estudio del procedimiento o *mecanismo* de aplicación de las disposiciones jurídicas, identificando tal fase de criminalización, como el proceso penal que comprende la acción de los organismos de averiguación y que culmina con el juicio (criminalización secundaria); y, en tercer lugar, el procedimiento o *mecanismo* de ejecución de la pena impuesta en la sentencia condenatoria.

Lo anterior deja al descubierto un preocupante factor de selección objetiva (de tipo negativo). Preocupante, no sólo porque aquellas pilatunas que se confunden en las dinámicas regulares de las instituciones oficiales constituyen el germen de las más graves formas de corrupción, sino también porque, al carecer dichas prácticas del suficiente reproche institucional, se produciría, en términos de DURKHEIM, aquella «conformidad» social generadora de *anomia*. Y si como afirma el eminente Sociólogo el delito es un hecho social «normal» –por cuanto no hay sociedad sin crimen-, luego no resulta absurdo afirmar que ese clima de normalidad afecta la entidad aversiva del castigo. Esa afectación del miedo irrogado a la norma incriminatoria con causa en la *normalización* social de tales prácticas (particularmente, por la comprensión imprecisa de las repercusiones negativas generadas por ellas), afectaría ulteriormente el proceso de aplicación normativa frente a las formas de corrupción asociadas a tales vicios de la vida pública. De ahí que pueda decirse que los procesos de criminalización –primaria y secundaria- no sólo se interrelacionan y condicionan recíprocamente, sino que además presentan un nexo que une el sistema social al sub-sistema penal⁷⁹⁰ (referiría GARLAND, la «dimensión cultural y social del castigo»).

Por lo mismo puede aseverarse, como apunta BARATTA –en relación a la teoría del *labelling approach*-, que la criminalidad no es, contrario a las tesis inscribibles en la esfera de la criminología tradicional, «una cualidad ontológica, sino un estatus social que es atribuido a través de procesos (informales y formales) de definición y mecanismos (informales y formales) de reacción»⁷⁹¹. Esa misma consideración social del delito es la que permite precisamente comprender que la impunidad sufra un proceso de normalización cultural. Este proceso de normalización de la experiencia criminal es la que permite que el déficit de punición de ciertos delitos sea considerado un «proceso natural» no deliberado: un proceso normal, de acuerdo con ZAFFARONI⁷⁹², puesto que el programa primario de selección de conductas susceptibles de represión (criminalización primaria) es tan amplio y la capacidad operativa de las agencias oficiales de control tan reducido, que la realización del programa político-criminal se torna necesariamente utópico, especialmente en lo relativo a los crímenes del poder. Y se dice un *proceso de normalización*, puesto que una vez las dinámicas de selección se institucionalizan, operan de manera imperceptible⁷⁹³.

⁷⁹⁰ Aputa Sack frente a las definiciones del comportamiento criminal y sus correspondientes actores, según lo recuerda BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 113, que ello no es « [...] un fenómeno propio de la actividad de los organismos encargados del control institucional de la criminalidad, sino “una característica general de los procesos de interacción y de comunicación entre los hombres”».

⁷⁹¹ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 121. El enfoque del *etiquetamiento* destaca cómo, la definición de ciertas situaciones como desviadas, es requisito para asegurar una respuesta social (*reacción*). Al respecto, apunta BERGALLI, Roberto, “Perspectiva sociológica: estructura social”, p. 151: « [...] para Becker, asumen importancia los mecanismos a través de los cuales se selecciona y define el comportamiento, puesto que entonces la conducta desviada es el resultado de un proceso de interacción que tiene lugar entre la acción que se cuestiona y la reacción de otros individuos. “Desde este punto de vista – subraya Becker (1963, p. 9) con una expresión ya famosa- la desviación no es una cualidad del acto en sí que la persona realiza, sino más bien una consecuencia de la aplicación por otra(s) de reglas y sanciones a un “transgresor”. El desviado es alguien a quien la etiqueta le ha sido aplicada con éxito: comportamiento desviado es el que la gente etiqueta como tal” ».

⁷⁹² ZAFFARONI, Eugenio R. (Coord.), *Derecho Penal.*, pp. 7-8.

⁷⁹³ Con respecto a los *criterios de selección* que operan frente a la desviación, apunta BACIGALUPO Z., Enrique, *Manual de Derecho penal...*, p. 2: « [...] su complejidad e identificación es sumamente difícil: frecuentemente operan en forma inconsciente en las decisiones de los órganos de control social».

El proceso de normalización de la experiencia criminal permitirá, así, afirmar que el discurso oficial de lucha efectiva contra la criminalidad de los poderosos esconde una *utopía* transfigurada: ya hasta para los *legos* resulta obvio que la corrupción generada en las altas esferas del poder escapa a la acción de las instituciones penales. Y ello no puede siquiera cuestionarse a partir de los casos ventilados a la luz pública y posteriormente judicializados, pues aunque resulte paradójico, una de las formas más hipócritas de corrupción es la persecución selectiva (*positiva*) de corruptos por parte de los regentes de turno. Sobrarían ejemplos traídos de la realidad para convalidar el hecho de que, cuando un determinado grupo político alcanza el poder, el órgano público de persecución penal enfila sus baterías frente a los grupos opositores. Se produciría, en este caso, una persecución solamente aparente de la criminalidad de los poderosos, pues el fin último es la neutralización de adversarios políticos (que a la vez sirven de chivos expiatorios). Desde su postura conflictual, COSER y VOLD ponían de relieve cómo, en el plano del poder político, quienes se encuentran en una mejor posición pueden vencer la resistencia de sus adversarios⁷⁹⁴. Preciso es recordar que DAHRENDORFF estructuraba su noción de conflicto, no entre *clases*, como lo esgrimían las teorías conflictuales del marxismo ortodoxo, sino entre *grupos* sociales (incluso de la misma *clase*)⁷⁹⁵. No hay que hacer mayor esfuerzo para homologar esta conclusión en las pugnas que hoy se presentan en muchos Estados entre partidos políticos por el poder, en donde quienes gobiernan se valen de sus potestades para ejercer el control de sus opositores. Por esto la asignación diferencial del *poder* (*autoridad*) es el elemento utilizado por DAHRENDORFF para describir el *conflicto* y no solamente en razón de una lucha de clases suscitada en torno a los procesos de producción. Por la misma razón es necesario cuestionar la utópica proclama de los regentes públicos de pretender reducir la corrupción de alto nivel a través de medidas de carácter meramente formal, omitiendo las relaciones de poder y las deficiencias estructurales que bloquean la acción de los órganos de control formal. Por lo mismo es que dicha pretensión no sólo se torna difícil (dadas las múltiples carencias materiales que pueden referirse), sino incluso falaz, particularmente cuando se trata de contener formas de criminalidad en las que convergen, al lado de tales deficiencias, influencias del mismo poder que la ley pretende controlar.

⁷⁹⁴ COSER, Lewis A., *The functions of social conflict...*; VOLD, George B., *Theoretical criminology*, p. 202. Frente a las fundamentaciones acotadas por este último autor, apunta BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, pp. 132-133: «Como ocurre en general en la sociología del conflicto, para Vold una teoría pluralista y mecanicista de los grupos domina la imagen de la sociedad. Los grupos se forman y se mantienen en función de su capacidad de servir intereses o necesidades comunes de sus miembros [...]. El conflicto se produce cuando, al perseguir los propios intereses y fines, los grupos entran en concurrencia “en el campo general de interacción”. Tienden entonces a arrollarse y a eliminarse recíprocamente. La principal preocupación de todo grupo es, por ello, la de no ser sustituido por el grupo concurrente en el propio terreno de operación, “de defenderse para mantener el propio puesto y la propia posición en un mundo de ordenaciones en cambio constante” ». No obstante, continúa señalando BARATTA (pp. 133-134), que es bastante « [...] simplista la manera como los teóricos del conflicto representan el proceso de criminalización como un proceso en el cual grupos poderosos logran influir sobre la legislación, usando las instituciones penales como un arma para combatir y neutralizar comportamientos de grupos contrarios. El defecto de esta representación sumaria se ve, en el caso de Vold, agravado por el hecho de que él considera sólo los mecanismos selectivos de la criminalización que actúa en el momento de la formación de la ley penal (criminalización, primaria), descuidando aquellos, no menos decisivos, que obran en el momento de la aplicación de la ley (criminalización secundaria) ».

⁷⁹⁵ Cfr., DAHRENDORF, Ralf., *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, Ed. Rialp, Madrid, 1979.

El estudio de la hipocresía de los regentes públicos frente al control legal de sus propios delitos presenta suma importancia para la comprensión de los factores generadores de impunidad. Según se sustentará más adelante, uno de los factores que dificultarían la persecución penal efectiva de la *grand corruption* radica en las prioridades establecidas en la política criminal, entre otras cosas, por la imposibilidad de intervenir efectivamente frente a todos los problemas de criminalidad que afectan visiblemente a la sociedad. Es de sobra conocida la preeminencia de los gobiernos en «atacar» problemas vinculados a las distintas formas de violencia interpersonal, la propiedad privada o la seguridad individual. El problema es que este ejercicio direccionado del *ius puniendi* encarna un factor de selección penal *positiva* que excluye, por descarte, la persecución de otras formas de criminalidad (selección penal *negativa*). Una de las causas por las que se configura la *selección* de las *agencias de criminalización secundaria*, como apunta ZAFFARONI⁷⁹⁶, se debe a su limitada capacidad operativa para desarrollar el amplio programa político-criminal delineado por las *agencias políticas*. La realización de dicho programa, según dicho autor, constituye un *primer paso selectivo* instalado en un nivel de abstracción⁷⁹⁷.

Ello encierra una afirmación de Perogrullo. Lo realmente problemático es establecer qué factores determinan la priorización funcional de las instituciones del sistema penal. Es este, en gran parte, el objetivo de todo el análisis. Baste decir por ahora que a pesar de la naturaleza abstracta de la ley penal, esa imposibilidad de prever la criminalización de sujetos individualmente considerados es simplemente aparente, pues más allá de esa posibilidad de «*incluir la trampa en la ley*» (como por ejemplo la posibilidad de control político del órgano de persecución penal), los dirigentes de la clase política pueden direccionar la acción de las agencias del sistema penal sobre ciertos sectores sociales (en razón de la naturaleza de sus actos y su posición de poder frente al sistema de justicia y las demás agencias de poder); una acción *dirigida* que, por un lado, se materializa sobre ciertos estereotipos singulares⁷⁹⁸ y, por otro, se despreocupa de las infracciones de grupos privilegiados⁷⁹⁹. La sensibilidad política en la clasificación de la criminalidad bajo la cobertura de ese carácter abstracto de la ley, por tanto, enmascara el frontispicio oculto de la persecución penal efectiva del delito en razón de los intereses personales o de grupo.

⁷⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio R. (Coord.), *Derecho Penal...*, p. 8.

⁷⁹⁷ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 185: «Los procesos de la criminalización secundaria acentúan el carácter selectivo del sistema penal abstracto. Han sido estudiados los prejuicios y los estereotipos, que guían la acción tanto de las instancias de averiguación como de los juzgadores, y se ha demostrado que llevan, así como acontece en el caso del maestro y de los errores en las tareas escolares, a buscar la verdadera criminalidad sobre todo en aquellos estratos sociales de los cuales es normal esperarla».

⁷⁹⁸ Al respecto, señala BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 172: «Las máximas chances de ser seleccionado para formar parte de la “población criminal” aparecen de hecho concentradas en los niveles más bajos de la escala social (subproletariado y grupos marginales). La posición precaria en el mercado de trabajo (desocupación, subocupación, carencia de calificación profesional) y defectos de socialización familiar y escolar, que son característicos de quienes pertenecen a los niveles sociales más bajos y que en la criminología positivista y en buena parte de la criminología liberal contemporánea son indicados como las causas de la criminalidad, revelan ser más bien connotaciones sobre cuya base los estatus de criminal son atribuidos».

⁷⁹⁹ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 172: «Los mecanismos de la criminalización secundaria acentúan todavía más el carácter selectivo del derecho penal. Por lo que hace a la selección de los individuos, se ha evidenciado que el paradigma más eficaz para la sistematización de los datos de la observación es aquel que considera como variable independiente la posición ocupada por los individuos en la escala social».

La comprensión subjetiva del fenómeno criminal determina, naturalmente, la reacción de la propia comunidad frente a las soluciones oficiales dimanantes. En un capítulo posterior se observará cómo la apariencia de licitud de fenómenos como la criminalidad económica o la corrupción y la imperceptibilidad del daño social generado por éstas, inhibe cualquier proceso de reacción por parte de la comunidad. El problema es que si se dificulta la comprensión social de delito, la entidad de la reacción social frente al mismo será insuficiente. Y si dicha respuesta es deficiente, la dirigencia política no se sentirá presionada al cambio. De ahí que la acción selectiva desarrollada por el sistema penal no dependa sólo de los intereses particulares de cada operador –puestos en relación con los fines ideales marcados por su código legal-, sino también de diversos factores externos. Con respecto al direccionamiento punitivo –de las instituciones penales- al amparo de mandatos legales, presiones políticas y necesidades institucionales, tiene razón ZAFFARONI⁸⁰⁰ cuando afirma que las *agencias de criminalización secundaria* (cita, como ejemplo concreto, la *agencia policial*), por causa de las directrices políticas establecidas y de sus propias limitaciones operativas, se ve obligada a elegir entre no actuar, lo cual acarrearía su desaparición, o bien actuar de modo selectivo⁸⁰¹. Pero no sólo los distintos operadores del sistema penal se encuentran sometidos a las directrices de los dirigentes de turno. Las instituciones penales se encontrarían afectadas, además, por influencia de otras *agencias* –como los medios de comunicación social- y por interferencias puntuales de naturaleza política⁸⁰². Los populismos punitivos se sirven precisamente de la difusión informativa desfasada. El resultado de tales factores se traduciría, indefectiblemente, en una actuación sesgada de los órganos del sistema de justicia criminal. Estas interferencias provocarían, tal como señala el autor, una selección orientada, en primer lugar, frente a sucesos *burdos o groseros* (en sus propios términos, frente a las «*obras toscas*» de la criminalidad), hechos frente a los que su detección resulta de relativa facilidad y, en segundo lugar, frente a sujetos que causen *menos problemas*, en este caso, por la deficiente capacidad de sus protagonistas para acceder a las diversas *agencias* del poder, fundamentalmente de carácter político, económico y/o a los medios de comunicación⁸⁰³.

⁸⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio R. (Coord.), *Derecho Penal...*, pp. 8-9.

⁸⁰¹ En relación a las teorías *conflictuales de la criminalidad*, según recuerda BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 138, «Turk se extiende a toda el área del proceso de criminalización y a todos los organismos oficiales que en ella operan. Es éste un importante progreso que permite a la teoría conflictual comprender de manera más realista y articulada la naturaleza selectiva del proceso de criminalización. Los resultados de las investigaciones sobre el carácter selectivo del proceso penal y de las indagaciones policiales no son, de hecho, ignorados por Turk, puesto que atribuye especialmente al modo de operar de la policía el papel principal dentro de los mecanismos que llevan a la distribución de los estatus criminales y a su concentración en determinados grupos particularmente “desfavorecidos”».

⁸⁰² Relacionado con este aspecto, señala ZAFFARONI, Eugenio R. (Coord.), *Derecho Penal...*, pp. 22 y ss., «Es imposible una teoría jurídica destinada a ser aplicada por los operadores judiciales en sus decisiones, sin tener en cuenta lo que pasa en las relaciones reales entre las personas».

⁸⁰³ ZAFFARONI, Eugenio R. (Coord.), *Derecho Penal...*, p. 9: «Los hechos más groseros cometidos por personas sin acceso positivo a la comunicación terminan siendo proyectados por ésta como los únicos delitos y las personas seleccionadas como los únicos delincuentes. Esto último les proporciona una imagen comunicacional negativa, que contribuye a crear un estereotipo en el imaginario colectivo. Por tratarse de personas desvaloradas es posible asociarles todas las cargas negativas que existen en la sociedad en forma de prejuicio, lo que termina fijando una imagen pública del delincuente con componentes clasistas, racistas, etarios, de género y estéticos. El estereotipo acaba siendo el principal criterio selectivo de criminalización secundaria...».

5.2. Fase de criminalización secundaria: marco delimitante para el análisis

La *criminalización secundaria*, como se ha definido, opera en un sentido *negativo* tratándose de corrupción pública. En dicha fase de criminalización pueden tener incidencia una serie de factores que se sitúan en dos dimensiones de distinto alcance: La primera categoría de factores se sitúan a un nivel *estructural*. La *banalización social* del delito destaca en este nivel. A partir de este factor se vincula el déficit de criminalización social que repercute en la *impunidad* de orden formal: se ha indicado que si en sociedad –en su dimensión más amplia- y al interior de las instituciones que la integran se justifica la realización de prácticas corruptas, su denuncia deviene poco probable. De este modo la respuesta social repercutiría en la anulación del miedo punitivo, pues si al marco de discreción en el que normalmente se realiza la conducta se le aúna la indiferencia de quienes se percatan de ella, se anula cualquier posibilidad de conocimiento de la práctica corrupta por parte de las agencias oficiales de control penal. La segunda categoría de factores se sitúan a un nivel *institucional*. Este nivel se define por la intervención de los organismos del sistema penal y su proceso de aplicación de la normativa legal. La escasez de recursos técnicos y de personal para la obtención de la prueba, además de las trabas jurídicas de orden sustantivo y procesal ligadas a la sofisticación del fenómeno criminal, es apenas una muestra de esa serie de factores de orden *institucional* que repercuten sobre el proceso de criminalización efectiva del fenómeno. En este nivel se sitúa, en efecto, la impunidad de orden *formal*. Luego, según el modelo criminológico propuesto, uno y otro tipo de impunidad afectarían la función intimidatoria de la pena, pues el entorno de seguridad (impunidad) que se forma disminuiría ostensiblemente el riesgo de sanción.

Hablar de los factores de orden estructural e institucional que limitan el control penal de la corrupción, centrados en la etapa de criminalización secundaria, entraña un estudio de diversas circunstancias que confluyen tras la materialización de la conducta delictiva. Esas circunstancias repercutirían tanto sobre el proceso de descubrimiento e investigación de la estructura criminal como sobre el proceso de aplicación estricta de la ley penal. Pero ese *conocimiento* institucional de prácticas corruptas (la recepción oficial de la noticia criminal), que opera como presupuesto necesario de aplicación judicial de la ley penal (en sentido amplio), no sólo no puede presentarse por incidencia de factores vinculados a la estructura sofisticada de la práctica criminal, sino también por esas causas que se sitúan en la dimensión estructural: en este caso, la *banalización social* del delito. En este sentido deben concatenarse *control social* y *control legal*. La criminalización formal efectiva del fenómeno, como lo enseña la propia praxis forense, puede verse afectada no sólo por las particulares dificultades que comporta la gestión técnico-criminalística del hecho (plano institucional del control penal), sino también por los códigos simbólicos que imperan en el entorno en que el acto se produce. La concreción de tales factores obedece a la necesidad de desentrañar las causas de diverso orden que interfieren en la criminalización efectiva de la de delincuencia de *cuello blanco*, vinculando la reacción social no-formal y los procedimientos formales de aplicación legal. A partir de aquí es que se entra a determinar cómo puede incidir esa impunidad resultante sobre el curso motivacional del delito, al punto de convertirse, según la lógica conductista del castigo, en un *refuerzo negativo*.

El *nexo* sociedad y sistema penal, en términos de GARLAND, «las fuerzas sociales que condicionan los procesos penales»⁸⁰⁴, permite observar la relación que se produce en la práctica entre la persecución penal infructuosa de la criminalidad de los poderosos (atada a los *procesos selectivos de criminalización*) y la frustración de la función intimidatoria del Derecho penal. Esta sinergia se aprecia claramente en materia de corrupción pública⁸⁰⁵. Piénsese, concretamente, en los efectos que genera sobre una persona que ingresa por vez primera a la función pública, cuando puede certificar que sí es cierto eso de que todos los contratistas de la Administración dejan el «diezmo» respectivo tras la adjudicación. Ello fortificaría ese *refuerzo negativo* hacia la realización de la conducta. Por ello la actuación selectiva de las instituciones penales no sólo produce impunidad de los crímenes del poder, sino que además, tal impunidad, encarna un aliciente fundamental del mismo fenómeno. Ya se ha indicado cómo las perspectivas criminológicas de la *elección racional* y de las *actividades rutinarias* sitúan la incerteza del castigo legal como variable motivacional básica. Ello permite afirmar que la selección penal negativa que disminuye el control social de la corrupción resulta «funcional» a las propias dinámicas generadas alrededor del fenómeno: funcional a la *inmunidad* de las redes ilícitas de poder, por permanecer ocultas a los ojos de la sociedad (lo que impide cualquier tipo de reacción frente a tales abusos).

Y es que si como se ha puesto de relieve desde las teorías *interaccionistas*, la *reacción social* se orienta en función del significado que en un concreto sistema cultural se le atribuye a ciertas acciones⁸⁰⁶, resulta natural que el marco de discreción en el que el acto desviado tiene lugar dificulte la comprensión social del mismo y la consecuente respuesta social. Esta consideración *simbólica* de la acción individual, fundamentada en los procesos de interacción, permite situar la comprensión social subjetiva de la realidad –objetiva– que circunda el concreto fenómeno como la piedra angular de los procesos de selección penal negativa. Y ello puesto que la comprensión imprecisa de la realidad que rodea todo fenómeno social, en este caso la corrupción pública, termina afectando la reacción de la comunidad frente al delito y, con ello, su persecución oficial. Ello lo corrobora el hecho de que las decisiones de política criminal y el consecuente direccionamiento institucional de los instrumentos de control punitivo, vienen determinados, en buena medida, por las presiones ejercidas por los distintos estamentos de la sociedad. De ello se deriva que la comprensión subjetiva de la realidad criminal pueda interferir en la ineficacia preventiva (disuasiva) de la norma penal. Ello es factible por cuanto la *reacción social* depende de estados personales tan contrapuestos como la admiración y la repulsión⁸⁰⁷ configurados a partir del *etiquetamiento* resultante de las construcciones subjetivas sobre la realidad⁸⁰⁸.

⁸⁰⁴ GARLAND, David, *crimen y castigo...*, pp. 132-133.

⁸⁰⁵ Para llegar a una conclusión más precisa sobre los factores que intervienen en los procesos de *selección penal*, debe atenderse a las particularidades de cada modalidad criminal. Así, refiere BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 106: «Los mecanismos reguladores de la selección de la criminal son complejos y susceptibles de reconducirse también a las peculiaridades de algunas infracciones penales y a las reacciones correspondientes a éstas».

⁸⁰⁶ BLUMER, Herbert, *El interaccionismo simbólico...*, p. 59.

⁸⁰⁷ LEMERT, Edwin, *Social Pathology...*, p. 54.

⁸⁰⁸ Frente a los diversos «filtros» selectivos que presenta el *sistema penal*, como lo puede ser el *status* del sujeto decisor o los *roles* que cumple, véase BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 34.

Lo anterior permite ir clarificando ese interrogante que preside el presente análisis, esto es, por qué quienes están sujetos a las directrices de una organización pública se sustraen a su cumplimiento. Ya se referenció que SUTHERLAND, como recuerda LARRAURI, « [...] pone el énfasis en los valores culturales, que son los que guían el comportamiento hacia conductas delictivas»⁸⁰⁹. Tratándose de delitos de corrupción, las correspondientes tipologías delictivas conducen a preguntar, dado su carácter ciertamente complejo, qué factores diluirían el riesgo subjetivo –punitivo– inherente a su conminación penal. Dicha cuestión se encuentra íntimamente ligada al primer objetivo que preside esta Tesis. La respuesta a tal interrogante debe pasar por el análisis de los factores que favorecen los *procesos selectivos de criminalización –negativa–*: las «definiciones favorables» sobre el delito, utilizando la terminología de SUTHERLAND, constituye uno de los principales factores de selección de orden excluyente. Por lo mismo se dice, como apunta ITURRALDE –en referencia a la obra de GARLAND–, que «el crimen y el castigo no sólo es expresión jurídica, es cultura»⁸¹⁰. Y por tratarse esta de una investigación que encumbra la impunidad como uno de esos factores que interfieren en la capacidad suasoria de la norma jurídico-penal, tal análisis debe situarse especialmente en la fase de *criminalización secundaria*.

Esta ubicación es coherente con un método de análisis que busca determinar la influencia de la impunidad sobre la formación cognitiva de los cánones de autorrestricción individual. En este proceso, lógicamente, las convenciones culturales sobre *lo bueno* y *lo malo* marcarían la pauta para tal comprensión⁸¹¹, pues en últimas es la sociedad misma la que define qué está bien y qué está mal. Estos factores se sitúan al nivel estructural ya referido. De ahí la necesidad de establecer cómo influyen estos factores sobre el proceso de criminalización institucional⁸¹². Particularmente, interesa destacar cómo el clima de tolerancia social e intragrupal de prácticas corruptas diluiría el miedo a la previsión abstracta de la amenaza penal (la percepción subjetiva de riesgos), pues si el delincuente tiene la capacidad de evaluar desde su particular entidad comprensiva de manera más o menos precisa los riesgos a los que se expone con su actividad delictiva, uno de los aspectos principales que tendría en cuenta sería las posibilidades de ser denunciado. Se afirma así que la tolerancia del delito disminuye la entidad aversiva del castigo legal.

⁸⁰⁹ LARRAURI, Elena, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, p. 68.

⁸¹⁰ GARLAND, David, *crimen y castigo...*, p. 17.

⁸¹¹ GARLAND, David, *crimen y castigo...*, p. 25. Al respecto, refiere Iturralde que Garland « [...] hace uso de diversas herramientas teóricas para proporcionar una explicación sociológica del crimen y el castigo en las sociedades contemporáneas. Por ello acude a la descripción fenomenológica, al análisis estructural y a la explicación histórica para dar cuenta de las prácticas institucionales y de los contextos sociales en que estos operan (*Ibid.*: 164). Así, no resulta sorprendente que Garland acuda a teóricos tan diversos como Durkheim, Foucault, Elías, Weber, Kirchheimer o Rusche (ver Garland 1991c, 1999b) para interpretar el crimen y el castigo como fenómenos sociales dinámicos, en un continuo proceso de cambio y adaptación. La perspectiva de Garland es sociológica, en el sentido más amplio del término, al abordar cuestiones de cambio, orden, subordinación y control sociales que a su vez conectan los campos jurídico y criminológico con el social y el cultural; y es histórica al enmarcar el presente dentro de una perspectiva de largo plazo (Garland 2004: 162, 169) ».

⁸¹² En dicha fase se destacaría, como más adelante se justifica, el análisis de los factores que limitan la actuación de los órganos, cuya competencia dentro del proceso oficial de intervención penal, se define por el descubrimiento y la investigación (*policial-criminalística*) de la práctica corrupta. Y ello por cuanto, a diferencia de los juzgados y tribunales –que actúan en una etapa avanzada del proceso jurisdiccional–, aquéllos órganos representan el primer *filtro selectivo* de las causas que, tras su investigación, finalmente llegan a manos de los jueces de conocimiento.

5.3. Fase de criminalización secundaria: limitantes del proceso de denuncia formal del delito y del procesamiento judicial del acto criminal

Los *procesos de criminalización* representan, a diferencia del discurso punitivo *formal* expresado regularmente por los titulares de la política criminal, una condición que da cuenta del funcionamiento real del sistema de justicia criminal y, visto desde un plano mucho más amplio, de la posición que asume la comunidad frente a la criminalidad. La extensión de tal proceso de *selección penalizante* y la diversidad de factores que pueden confluir a lo largo del mismo, es el que obliga a efectuar, según la conceptualización ya realizada, la referida delimitación gráfica de esa fase del *proceso de selección penal* utilizada para situar el análisis del problema: *criminalización secundaria*. Esta delimitación gráfica permite observar, atendiendo a esa conexión que se produce entre prácticas culturalmente instituidas y la dinámica funcional de las instituciones penales, los factores que impiden el *juicio moral negativo* por parte de la sociedad frente a la corrupción y las repercusiones sobre tal proceso de criminalización. Ello no obsta, sin embargo, dejar de reconocer que los mismos factores pueden incidir en la fase de *criminalización primaria*, pues como ya se ha hecho referencia, la tolerancia social de esas prácticas indecorosas que dinamizan la corrupción, permite la banalización del delito. Es esta banalización de *lo indecoroso*, como ya se apuntó, la que posibilita lo que el senador colombiano ROBLEDO denomina «*incluir la trampa en la ley*»⁸¹³. La concreción previa de tales factores permitirá realizar, sin perjuicio del posterior desarrollo que sobre ello se efectúa en capítulos posteriores, un primer señalamiento de las circunstancias que facilitan el tratamiento disminuido de la criminalidad de los poderosos por parte de las instituciones del sistema penal en razón de la naturaleza material de la conducta y de los procesos sociales e institucionales de definición de los correspondientes protagonistas⁸¹⁴. Esta primera fijación de circunstancias resulta importante, según los objetivos proyectados, para generar una visión inicial acerca de cómo, tales factores de criminalización, no sólo afectarían la reacción social informal y la acción de las agencias estatales de control punitivo frente al fenómeno delictivo, sino también su propia reproducción, pues según la tesis que aquí se propone, la impunidad objetiva alentada por los procesos de selección penal de naturaleza excluyente o negativa, es una variable motivacional básica del proceso de decisión criminal (un *refuerzo* de tipo *negativo*, según el modelo de aprendizaje observacional).

⁸¹³ ROBLEDO CASTILLO, Jorge Enrique, *La corrupción en el poder...*, pp. 9 y ss.

⁸¹⁴ Frente a la configuración de los procesos de selección penal y la propia génesis del delito en razón de la condición de los sujetos *criminalizables*, es preciso señalar, como apunta ZAFFARONI, Eugenio R. (Coord.), *Derecho Penal...*, p. 10: «En la sociedad tiene lugar un entrenamiento diferencial, conforme al grupo de pertenencia, que desarrolla habilidades distintas según la extracción y posición social (clase, profesión, nacionalidad, origen étnico, lugar de residencia, escolaridad, etc.). Cuando una persona comete un delito, utiliza los recursos que le proporciona el entrenamiento al que ha sido sometida. Cuando estos recursos son elementales o primitivos el delito no puede menos que ser grosero (obra tosca). El estereotipo criminal se compone de caracteres que corresponden a personas en posición social desventajosa –y por lo tanto, con entrenamiento primitivo–, cuyos eventuales delitos, por lo general, sólo pueden ser obras toscas, lo que no hace más que reforzar los prejuicios racistas y clasistas, en la medida en que la comunicación oculta el resto de los ilícitos que son cometidos por otras personas en forma menos grosera o muy sofisticada y muestra las obras toscas como los únicos delitos. Esto provoca la impresión pública de que la delincuencia es sólo la de los sectores subalternos de la sociedad».

Para la cabal comprensión de los diversos factores que inducen la impunidad –formal e informal- de la corrupción pública se pueden diferenciar dos fases del referido *proceso de criminalización secundaria*. Ese doble nivel tendría como punto de partida el momento de generación de la acción criminal (en términos dogmáticos, el desarrollo de los actos preparatorios) y, como punto de llegada, su judicialización efectiva (sanción penal). El punto fronterizo entre estos niveles vendría representado, según la naturaleza de aquéllos factores, por el *conocimiento oficial* del hecho delictivo. Un primer nivel estaría situado, de acuerdo con esta división, en ese estadio anterior a la recepción formal de la noticia criminal. El segundo nivel, consecuente al primero, a partir del momento de la intervención que tras el conocimiento de aquélla efectúan las agencias de control penal. De acuerdo con tal distribución, en la *primera fase* operarían esa serie de factores de tipo estructural que, de acuerdo con la complejidad que reviste la tipología criminal estudiada, más allá de limitar la reacción *informal* frente al delito (de la propia comunidad), afectaría también su *conocimiento* institucional (la recepción oficial de la noticia criminal). Y esto último sucedería porque, dicho conocimiento, constituye el presupuesto lógico indispensable para la investigación y procesamiento judicial del hecho, pues si una comunidad no define negativamente esa acción que proscribe la ley penal, difícilmente tendrá razones para denunciarla. En la *segunda fase* se analiza, por su parte, la influencia de estos y otro grupo de factores vinculados a la naturaleza material del delito y a la condición de sus protagonistas y que, tras la recepción formal de la noticia criminal, impiden el procesamiento judicial efectivo del mismo por parte del sistema de justicia del Estado.

Esta amplia dimensión de la fase de criminalización secundaria permite, desde los dos planos del control penal referidos (formal e informal), examinar los efectos que, según la naturaleza de cada factor, se producen antes y después del conocimiento oficial del hecho criminal sobre la dilución del miedo punitivo. En el primer nivel se señalan aquellos factores que bloquean la denuncia de actos de corrupción y que, en consecuencia, impiden su conocimiento oficial. Estas interferencias pueden estar amparadas en la tolerancia social del delito, pero también de carácter coactivo (como las amenazas o presiones). En el segundo nivel, por su parte, se señalan esos factores que interfieren en el procesamiento del delito una vez puesto en conocimiento de los operadores penales. Unos tienen que ver con la naturaleza material y otros con la condición de sus protagonistas. En el último caso se resalta, por ejemplo, aquellas presiones que se ejercen desde «*arriba*» sobre mandos superiores de cuerpos policiales y miembros del órgano público de persecución penal (fiscales e investigadores) para desviar el curso de las investigaciones judiciales. En suma, las propiedades de tales efectos se estudian tratando por separado los distintos factores que limitan el *conocimiento* del acto corrupto por parte de los poderes públicos, respecto de aquellos que dificultan su posterior *investigación y procesamiento*. A tal incidencia sobre la anulación del miedo se le denomina aquí «*variables estructurales de orden temporal*» (VET): A las que operan antes del conocimiento oficial del hecho delictivo se les denomina *variables estructurales de orden temporal diacrónica* (VETd); a las que operan con posterioridad a ese conocimiento se les denomina *variables estructurales de orden temporal sincrónica* (VETs). A partir de tales variables de incidencia se examina la relación causa-efecto derivada de cada factor respecto del curso de impunidad del acto.

5.3.1. Limitantes estructurales del proceso de denuncia formal del acto criminal: restricciones del proceso de conocimiento oficial de la práctica corrupta

Hasta este punto del trabajo se ha intentado perfilar el efecto psicológico que potencialmente puede generar el déficit de criminalización del delito sobre la motivación criminal dada la entidad criminógena que encarna la impunidad: un *refuerzo negativo*, según los postulados del aprendizaje observacional propugnado por el Conductismo. Ese *refuerzo*, según el modelo criminológico utilizado, puede operar en dos instancias distintas: 1) sobre el proceso de *disuasión social* de la conducta ilegal; y, 2) sobre el proceso de *disuasión legal* de la conducta ilícita. La primera instancia está relacionada con los efectos que puede generar la indiferencia social (impunidad no-formal) sobre la significación personal del delito: Si a «*todo el mundo*» le parece normal el cobro de comisiones en marco de los procesos contractuales públicos y por ello no se cuestiona la validez moral y legal de la conducta venal (ausencia de castigo), resulta esperable que quienes participan de la transacción ilícita tengan una percepción de que la «compraventa» del servicio público no genera consecuencia negativa alguna⁸¹⁵. Esa ausencia de reacción social tendría su origen, como se expondrá más adelante, en los factores que aquí se definen como *limitantes estructurales del proceso de neutralización de la entidad aversiva del castigo legal*, a saber: 1) *la apariencia de normalidad del hecho criminal*; 2) *la imperceptibilidad del daño social generado*; 3) *la volatilización de la calidad y cantidad de las víctimas*.

Sobre la base de estos factores se articulará lo que aquí se define como *neutralización social de la entidad criminógena de la infracción*. Este refuerzo negativo se produciría por cuanto el infractor no sólo no advierte una reprensión social por su acto, sino también porque esos mismos factores producen sobre él un criterio de justificación de su conducta, en términos de BANDURA, una «operación autoexculpante»⁸¹⁶. Sería este el efecto derivado de algunos de los factores neutralizadores referidos por SYKES y MATZA como «*técnicas de neutralización*»: la «negación del daño» y «negación de la víctima»⁸¹⁷. Mayor la entidad del refuerzo conductual en ese mismo sentido, si la respuesta del círculo grupal o interpersonal frente a la transacción corrupta, es de adulación o enaltecimiento de ese «comerciante» del servicio público por lo «listo», pues el comportamiento se verá reforzado, además, *positivamente*⁸¹⁸. Estas dos formas de refuerzo son posibles gracias a la propia capacidad de aprendizaje inherente del hombre en su modalidad observacional (*modelado*)⁸¹⁹. La segunda instancia, consecuente con la primera, está relacionada con las repercusiones psicológicas (motivacionales) que ese déficit de reacción social (de banalización del comportamiento corrupto) puede generar sobre el proceso de denuncia formal del acto ilegal⁸²⁰. La falta de motivos para denunciar el delito marcaría el punto de conexión entre el déficit de reacción social frente al acto ilegal y su impunidad formal.

⁸¹⁵ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 172.

⁸¹⁶ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 286: «[...] los mecanismos autorreguladores pueden separarse tempralmente de la conducta censurable mediante distintas operaciones autoexculpantes».

⁸¹⁷ SYKES, Gresham M. / MATZA David, «Techniques of neutralization...», pp. 664 y ss.

⁸¹⁸ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 172.

⁸¹⁹ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 172.

⁸²⁰ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 172.

La visualización de tal vínculo implica, en primer lugar, determinar cuáles son esos factores que producen el referido déficit de criminalización social y, en segundo lugar, establecer cómo se intrincan esas circunstancias sobre los factores materiales que dificultan el proceso de aplicación jurídico-penal. Ese déficit de criminalización social, concretamente, se produce por la neutralización de la entidad lesiva del comportamiento corrupto. Los factores que se enlistaron en el apartado anterior coadyuvarían en esa banalización del delito. La creencia de que este tipo de conductas «*no hace daño a nadie*» es uno de esos factores. Esa neutralización se vería alentada, en este supuesto, bajo la idea de que no sólo no se hace daño a nadie, sino que además se estaría actuando en beneficio del interés general, pues, «*¿cómo va a estar mal cobrarse una pequeña comisión, cuando no sólo nadie resulta perjudicado por la misma (por cuanto siempre habrá dinero en las arcas públicas), sino que además, en últimas, vamos efectivamente a construir una gran carretera que une una población alejada con la gran ciudad donde se van a beneficiar un gran número de personas?* » En este caso el «bienestar» general que finalmente se producirá (en el ejemplo referido, la construcción de una gran obra de infraestructura vial), permitiría que se difumine la *mala naturaleza* de la dádiva que se recibe por mediar en el correspondiente proceso licitatorio. Es más, el agente público puede incluso considerarse con derecho a cobrar esa comisión porque su «trabajo» de «mediador» ha resultado vital para que esa comunidad beneficiaria haya recibido los beneficios de la obra pública. Es esta, como se indicó, una de las «operaciones autoexculpantes» que anulan la aversión.

Sentirse con derecho a cobrar una comisión –adicional a la retribución oficial- por «esforzarse» en la producción de bienestar para la comunidad es, pues, un importante factor de neutralización de la entidad dañosa de aquellas conductas corruptas generadas en marco de los procesos de contratación pública. De ahí que le asistiera suma razón a GARLAND, en referencia la manera como se produce la utilización interesada del Derecho penal que realizan los detentadores del poder, cuando afirmara que: « [...] la clave para entender el derecho penal en términos de clase, no consiste en negar sus funciones universales, sino más bien en explicar la manera como los intereses particulares se entretejen de manera sutil con aquellos más generales»⁸²¹. El problema es que esa neutralización no sólo no opera directamente sobre el individuo (por cuanto siente que su acción no está del todo mal), sino también sobre quienes se hallan a su alrededor. En un nivel más cercano al interpersonal (relaciones entre corruptos y corruptores), se encontraría el nivel organizacional (nivel de interacción ii). En un nivel más alejado se hallaría el nivel social (nivel de interacción iii). Pero en ambos niveles se generarían repercusiones para la aplicación efectiva de la ley penal, aunque de naturaleza distinta: En el nivel grupal, por un lado, ese el déficit de reacción frente al delito imposibilitaría la denuncia formal del acto por cuanto son los miembros de esos grupos quienes tienen verdaderamente la posibilidad de denunciar con fundamento los actos ilícitos que tienen lugar al interior de sus instituciones. En el nivel social, por el otro lado, la ausencia de reacción social sería una de las circunstancias más relevantes que impiden la implementación de la política criminal, puesto que cuando los gobernantes no resultan presionados se abstienen de intervenir.

⁸²¹ GARLAND, David, *crimen y castigo*..., p. 152.

En esta fase referida a las limitantes del conocimiento se quiere advertir, fundamentalmente, que la tolerancia social del crimen es uno de los factores más relevantes de impunidad. Ese factor de selección criminal de naturaleza excluyente, como también se ha venido advirtiendo, vendría propiciado por una serie de factores que se ubican tanto a nivel estructural como en el contexto inmediato de las instituciones del sistema penal. La banalización social del delito se sitúa precisamente a ese nivel estructural. Y es que, ¿cómo esperar que se pueda denunciar una conducta delictiva por parte de la comunidad, cuando en el círculo cercano del autor la misma no está mal vista? La respuesta es obvia. La naturaleza del esquema criminal y la especial condición del sujeto del delito, entre otros factores de índole semejante, determinarían, en buena medida, la selección criminal que se produce a nivel institucional. La complejidad del proceso normativo en el que se camufla la sofisticación del paralelo proceso de defraudación, generan claramente dificultades para su tratamiento probatorio. Aquí puede decirse que las circunstancias vinculadas a la naturaleza del esquema criminal dificultan el proceso de aplicación de la ley penal. Lo propio se desprende de la especial condición del autor del delito. La posición que detenta el sujeto activo y su capacidad de influir sobre quienes cumplen un rol determinado en su ámbito operativo, son apenas dos de las circunstancias personales que generarían serias dificultades sobre ese proceso de aplicación normativa.

Esta selección negativa del delito, particularmente en su dicción personal, presenta una estrecha relación con la idea del falso «mito» de la igualdad en la aplicación de la ley penal. Falso mito, como ha quedado brevemente descrito, en la medida en que el *sistema penal* es selectivo, esto es, confluyen una serie de factores que, o bien permiten la persecución preferente de ciertas tipologías delictuales respecto de otras, o bien, tratándose de las mismas categorías criminales, algunas gozan de trato privilegiado por la condición de sus autores. Al respecto, ha sido BARATTA⁸²² uno de los autores que ha señalado esa falacia de considerar, al Derecho penal, como *derecho igual por excelencia*. En su crítica a la «*ideología de la defensa social*», el autor considera la *desigualdad* real del Derecho penal como otro de los factores –empíricamente observables– que desvirtuarían los fundamentos que sustentan esta tradicional doctrina. Dicho razonamiento se rescata aquí para evidenciar el distanciamiento que suele presentarse entre la prescripción meramente formal de las disposiciones normativas que proscriben fenómenos como la corrupción pública (criminalización primaria) respecto de su aplicación judicial efectiva (criminalización secundaria) en razón del *hecho* y su *protagonista*⁸²³. Y cabe rescatar estos dos elementos, pues también serían determinantes para el déficit de criminalización del delito en el nivel social, por cuanto tanto uno como otro repercuten en la banalización cultural del delito. Esta correlación confirmaría el nexo entre estructura y sistema penal.

⁸²² BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, pp. 167 – 168.

⁸²³ Dichas cuestiones han sido puestas de relieve por la *criminología crítica*. Según recuerda BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 167: «Con la perspectiva de la criminología crítica, la criminalidad no es ya una cualidad ontológica de determinados comportamientos y de determinados individuos, sino que se revela más bien como un estatus asignado a determinados individuos por medio de una doble selección: en primer lugar, la selección de los bienes protegidos penalmente, y de los comportamientos ofensivos a estos bienes considerados en las figuras legales; en segundo lugar, la selección de los individuos estigmatizados entre todos los individuos que cometen infracciones a normas penalmente sancionadas».

La distancia entre los planos formal y real del proceso de criminalización, es el elemento que destaca BARATTA para negar el mito del «derecho penal como derecho igual»⁸²⁴. Este argumento estaría sustentado, entre otros postulados, en la premisa de que «la ley penal es igual para todos, esto es, todos los autores de comportamientos antisociales y violadores de normas penalmente sancionadas tienen iguales *chances* de llegar a ser sujetos, y con las mismas consecuencias, del proceso de criminalización (principio de igualdad)». Ciertamente, este postulado se inscribe en un plano ideal. Pero el mismo postulado resultaría desvirtuado por tres situaciones empíricamente demostrables que permitirían concluir lo contrario: 1) «el Derecho penal no defiende todos y sólo los bienes esenciales en los cuales están interesados por igual todos los ciudadanos, y cuando castiga las ofensas a los bienes esenciales, lo hace con intensidad desigual y de modo parcial»; 2) «la ley penal no es igual para todos, los estatus de criminal se distribuyen de modo desigual entre los individuos»; y, 3) «el grado efectivo de tutela y la distribución del estatus de criminal es independiente de la dañosidad social de las acciones y de la gravedad de las infracciones a la ley, en el sentido de que éstas no constituyen las variables principales de la reacción criminalizadora y de su intensidad». Y dichas proposiciones, como apunta el autor⁸²⁵, no sólo falsearían el mito del Derecho penal como *derecho igual por excelencia*, sino que además permitirían tildarle, frente a las otras ramas del Derecho, como el Derecho *desigual por excelencia*⁸²⁶. En referencia al crimen económico, refiere VILADÀS –citando a SGUBBI (1975, pp. 443 y ss.)–, que el *mito de la igualdad* « [...] quiebra y no ya desde presupuestos marxistas o subversivos, sino desde la mera observación empírica de la aplicación de la ley». Se presentaría, en el plano real, una evidente contradicción entre los principios filosófico-políticos propugnados desde la Revolución Francesa, particularmente los principios de igualdad y de legalidad, y su aplicación oficial. Ello se haría mucho más evidente cuando el propio ordenamiento también es desigualitario. Ello sin contar que, como refiere BARATTA, en no pocas ocasiones, « [...] la clase dominante ejerce una influencia decisiva sobre la configuración de las estructuras de las leyes y en particular sobre la estructura de la ley penal»⁸²⁷. Es esta la denominada «seguridad jurídica» que exigen ciertos actores económicos para operar.

⁸²⁴ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica*..., p. 168.

⁸²⁵ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica*..., pp. 169 – 170.

⁸²⁶ Dicha realidad es analizada por el autor a partir de la *teoría de la igualdad*, tomando como ejemplo la desigualdad del derecho burgués desde el punto de vista *civilista* del contrato. El análisis describe la *contradicción* existente, por un lado, entre la *igualdad formal* como posición de los individuos frente al Derecho, esto es, como sujetos jurídicos en pie de igualdad frente a la norma en abstracto y, por otro, la *desigualdad sustancial* que se adquiere como sujetos reales tanto frente al mismo ordenamiento como ante el propio sistema de producción. La anterior construcción es representada mediante un supuesto fáctico en el que se ilustra cómo ante la celebración de un contrato de trabajo en el que supone la igualdad formal entre las partes en el *momento jurídico* de su perfeccionamiento, en el terreno de lo práctico, sin embargo, se evidencia la desigualdad sustancial derivada de la relación de subordinación y «la explotación del hombre por el hombre». Dicha crítica dejaría ver, en términos precisos, cómo la supuesta igualdad formal frente al Derecho se convierte realmente en diferencia sustancial entre desiguales. De forma paralela, también se plantea como argumento para demostrar la desigualdad sustancial el «acceso desigual a los medios de satisfacción de necesidades». Ambas fundamentaciones permitirían apreciar, según el autor, cómo la abstracción del Derecho prescinde de las condiciones reales de carácter social y antropológico de los sujetos individualmente considerados, estando representados, en sus propios términos, en meros «sujetos de derecho».

⁸²⁷ VILADÀS JENÉ, Carles, “La delincuencia Económica”, en BERGALLI, Roberto / BUSTOS R., Juan / MIRALLES, Teresa, *El Pensamiento Criminológico II. Estado y Control*, Ed. Temis, Bogotá, 1983, p. 229.

5.3.2. Limitantes institucionales del procesamiento judicial del delito: condicionantes del proceso de investigación y judicialización de prácticas corruptas

Nada tiene de novedoso afirmar que la implementación de controles eficaces –de naturaleza formal- previene (disuade) la comisión de delitos. El verdadero problema radica en establecer de qué manera se puede asegurar una mayor eficacia de los mismos. Para articular la correspondiente solución, deben previamente establecerse las circunstancias que limitan esta pretensión. En el Capítulo VII se realizará alusión específica a buena parte de los factores que limitan la aplicación efectiva de la política criminal anti-corrupción (formal). Son esos mismos factores los que se señalan como técnicas de control del miedo. Ya se dijo que la impunidad opera como un entorno de seguridad que limita la percepción del riesgo. La posibilidad de impedir la evidencia del delito o de promover la aplicación de reglas dogmáticas para asegurar la impunidad del acto delictivo va diluyendo, indefectiblemente, la entidad aversiva del castigo legal y, tras ello, la función preventiva del Derecho penal. Y esto es así, en la medida en que a menor control, menor la «tensión» emocional para cometer el delito. Naturalmente, quien los comete, se enfrenta a una serie de riesgos de diversa entidad asociados a la naturaleza del Derecho penal. Quien lo hace, valora normalmente los costes asociados a la eficacia del sistema de justicia criminal. Pero esa valoración, como se ha insistido, no es instrumental sino subjetiva. En efecto, como bien ha señalado HASSEMER, «[...] la psicología del delincuente potencial sólo raras veces alcanza el grado de racionalidad que presupone la teoría de la prevención general». Pero esa subjetividad no impediría que piense en el riesgo, pues la complejidad de los procesos cognitivos permitiría advertir la ilegitimidad del acto. Como refiere el mismo autor, «Como han demostrado especialmente las investigaciones sobre el efecto intimidatorio de la pena de muerte (actualmente abolida), el delincuente normalmente no se motiva por la amenaza de esta pena, sino por la idea de cuáles son las posibilidades de no ser descubierto»⁸²⁸. Y ello es importante puesto que, dependiendo del grado de eficacia del Derecho, su valoración constituye un incentivo o desincentivo para desarrollar la acción criminal. Relacionado con este aspecto, afirma RECKLESS⁸²⁹ en su *teoría de la contención* que dos de los factores fundamentales vinculados a la mayor probabilidad de pasar de una mera intención –criminal- a la comisión del acto desviado, son las *presiones* que inducen a la conducta desviada y los *controles* que los disuaden de ella. Dentro de las primeras se hallarían ciertos factores como la desigualdad de oportunidades y ciertos estimulantes ambientales como la presencia de oportunidades concretas para el delito. Dentro de los segundos, controles de tipo interno (individual), esto es, reguladores de la propia conducta como la capacidad de autocontrol, y externo (social) como los procesos de educación⁸³⁰.

⁸²⁸ HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *Fundamentos del derecho penal*, p. 386.

⁸²⁹ RECKLESS, Walter C., “A new Theory of Delinquency and Crime”, en *Crime and Society*, Ed. Pine Forge Press, Thousand Oaks (EEUU), 1961, pp. 217-219.

⁸³⁰ GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, pp. 234-235: «[...] cuando la importancia cultural pasa de las satisfacciones derivadas de la competencia misma aun interés casi exclusivo por el resultado, la tendencia resultante favorece la destrucción de la estructura reguladora. Con esta atenuación de los controles institucionales, tiene lugar una aproximación a la situación que los filósofos utilitarios consideran erróneamente típica de la sociedad, situación en la que los cálculos de la ventaja personal y el miedo al castigo son las únicas agencias reguladoras».

La impunidad formal viene provocada en buena medida por la *complejidad* (sofisticación) que alcanzan ciertos esquemas criminales. Más allá de carencias materiales (escasez de recursos técnicos, déficit de personal, deficiente formación profesional, entre muchas otras carencias), la sofisticación del delito dificulta el proceso de descubrimiento, investigación y judicialización del fenómeno criminal. En el ámbito de los delitos vinculados a procesos de contratación pública, por ejemplo, al igual que sucede en el sector de la criminalidad económica, la conjunción entre los múltiples actos que integran el hecho criminal y aquellos que conforman la actividad paralela legal, dificultan el proceso de persecución efectiva del delito. Ello se vería posibilitado, como se verá, por la falta de exigencia respecto del deber posicional. Distintos son los factores vinculados a la posición o condición del *señor* del acto y que impiden la criminalización efectiva del fenómeno. Las presiones ejercidas desde las altas esferas gubernamentales sobre los mandos superiores de las instituciones penales, por citar sólo uno de los varios supuestos, constituye uno de los mayores obstáculos para enfrentar eficazmente la corrupción⁸³¹. Estos factores, que pueden tener ocurrencia una vez las autoridades del orden penal han tenido conocimiento del hecho criminal, permite hablar de factores de selección con incidencia circunstancial o sincrónica. Entre otros efectos, la sofisticación del hecho criminal afecta la acción de las instituciones penales en la medida en que, el *refinamiento* del delito, no sólo invalidaría el conocimiento oficial del hecho fundante, sino también el referenciado procesamiento.

Así pues, las limitaciones sobre el procesamiento efectivo del delito pueden tener origen tanto en la complejidad de la estructura material del hecho criminal como en las condiciones del infractor. Ambas circunstancias interferirían en las distintas fases de procesamiento judicial: 1) *fase de detección o descubrimiento oficial del hecho punible*; 2) *fase de investigación de la práctica criminal*; 3) *fase de judicialización del presunto criminal*. Común a todas esas fases es la dificultad para la obtención de la prueba del hecho criminal. Pero las mismas fases pueden verse afectadas además, como se acaba de mencionar, no sólo por esta serie de factores asociados a la estructura compleja del esquema criminal, sino también por las incidencias que provienen de las dinámicas del poder respecto de la actividad leal de los operadores del sistema de justicia criminal. En este caso en particular, se tiene en cuenta el siguiente factor de selección: *interferencias lícitas del actor delictivo respecto del ejercicio efectivo de la acción penal*, en este caso en particular, mediante *intromisiones ilegítimas sobre el libre ejercicio de la función judicial*. Tanto las limitaciones materiales como las personales sobre el procesamiento efectivo del delito adquieren gran relevancia tras su descubrimiento oficial, sin perjuicio de que también pueden resultar fundamentales para evitar la recepción institucional de la noticia criminal. Pero ya sea en uno o en otro caso, todas ellas constituyen, bajo la tesis que aquí se propone, formas de dominación del miedo legal. En el Capítulo VIII se destacará particularmente cómo la *inexigencia* institucional posibilita tal proceso de dominación.

⁸³¹ Como *supra* se ha indicado, en el análisis de tales factores se toma como trabajo de investigación de referencia, el estudio desarrollado por BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico. Aplicado a la actividad empresarial*, Ed. Civitas, Madrid, 1978. Así mismo, se presta importante atención al trabajo desarrollado por FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *Estudios sobre criminalidad económica*, Ed. Bosch, Barcelona, 1978; FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1983.

Siguiendo el doble esquema analítico sugerido en los apartados precedentes, los factores de orden material generarían una doble dirección de efectos con respecto a la eficaz persecución del delito. Las dificultades técnico-criminalísticas que truncan la persecución eficaz del hecho corrupto, motivadas en este caso por la sofisticación del mismo, representa naturalmente un factor *directo* de selección: problemas de subsunción típica, inconvenientes para la obtención de evidencias, dificultades en la valoración de la prueba, etc., constituyen un claro reflejo de tal complejidad. Este problema se ve agravado por el hecho de que el procesamiento judicial de conductas delictivas *fácilmente* puestas en conocimiento de las autoridades respectivas, correspondientes a las formas tradicionales de delincuencia individual, constituyen un factor de selección *positiva* con incidencia *indirecta* en la persecución penal de los delitos de corrupción. En este sentido la complejidad del proceso de gestión criminal encarna claramente un factor de selección punitiva que afecta directamente el funcionamiento interno de las instituciones penales. Pero no es un problema menor los inconvenientes de orden inmaterial que repercuten en la eficacia de las instituciones penales. Más allá de que la voluntad defectuosa de quienes toman las correspondientes decisiones político-criminales representa una de las mayores limitaciones para el control eficaz del delito, las presiones ejercidas desde *arriba* sobre los operadores del sistema penal dificultan indudablemente su acción frente al fenómeno. Ello se ve facilitado, utilizando la dicente frase del senador ROBLEDO («incluir la trampa en la ley»), por esa acusada dependencia política que en muchos ordenamientos –como el colombiano y el español- tiene el director general del órgano de persecución criminal.

El gran problema es que, más allá de la incidencia que pueda generar sobre los procesos de investigación o judicialización de la actuación criminal la referida voluntad defectuosa de los gobernantes para implementar la política criminal y las interferencias directas que desde *arriba* se puedan efectuar sobre la gestión operativa de las instituciones penales, la invisibilidad del delito resultante de esa inactividad operativa afectaría la posición de la sociedad frente al fenómeno. Por obvias razones, la omisión gubernamental de materializar las disposiciones que frente a la corrupción se proyectan desde la política criminal (formal), termina limitando no sólo cualquier intento de combatir el fenómeno, sino también la percepción social sobre la cuestión criminal. Dicho problema se torna aún más grave cuando ni siquiera una necesaria política contra el crimen llega a legislarse. Y este aspecto merece destacarse, pues a partir de aquí se configura ese círculo vicioso entre esa deficiente respuesta gubernativa, la correlativa indiferencia social y la falta de incentivos para denunciar el delito. Naturalmente, las restricciones materiales de la política criminal de orden voluntario o intencional afectan la acción de las agencias penales frente a cualquier delito. Pero tratándose de delitos complejos esa afectación se produce de forma más acusada. Luego si a ello se le aúna la intromisión ilegítima del poder político en el libre ejercicio de la función judicial (en sentido amplio), particularmente la que permite la *dependencia* del órgano público de persecución penal (léase, dependiendo del país, Ministerio Público, Ministerio Fiscal o Fiscalía) al poder político, la persecución penal efectiva del delito cometido por quienes detentan el poder resultará más que ilusoria. El problema es que la impunidad derivada no sólo refuerza la actitud delictiva de quien se beneficia (refuerzo directo), sino también la de la misma colectividad (refuerzo vicario).

Desde el punto de las dinámicas operativas internas, resulta casi una obviedad que las barreras materiales que limitan la aplicación efectiva de cada medida de política criminal (por ejemplo, las deficiencias presupuestales), constituyen una grave restricción para intervenir de forma efectiva frente a cualquier fenómeno delictivo. De ahí la importancia de la *reacción social* como presupuesto necesario para presionar cambios en este sentido. Y representa una seria restricción por cuanto, al igual que sucede con los condicionantes de índole político, las carencias materiales soportadas por las instituciones penales generan graves consecuencias sobre la *dirección punitiva* tomada por éstas en dos sentidos distintos. Por un lado, una dirección en la que se producirían una serie de consecuencias adversas de naturaleza *directa* con respecto al control material de los delitos de corrupción. Dichas consecuencias se traducen, en este caso, en serias limitaciones técnico-operativas para su detección, investigación y procesamiento: escasez de personal, infraestructura defectuosa, carencia de recursos tecnológicos, etc. Sobra recordar que las investigaciones en el campo de la criminalidad económica o la corrupción demandan altos recursos de carácter técnico, de infraestructura y de personal. Y, por otro lado, una dirección en la que se generarían consecuencias adversas de carácter *indirecto*. Su efecto se concretaría, del mismo modo, en la exigencia política e institucional de priorizar o categorizar los problemas de la criminalidad, en este caso, dando prelación a los tipos delictivos que más preocupan a la sociedad: hurto callejero, tráfico de estupefacientes, violencia en sus diversas formas, etc. Podría decirse que es este el único camino que les queda a los operadores del sistema penal en su tarea de perseguir los distintos tipos de criminalidad.

No menor preocupación ofrecen los factores vinculados a la posición ventajosa de los *señores* del delito para la persecución penal efectiva de sus prácticas corruptas. No se trataría, en este caso, de evidenciar los factores que, con carácter general, inciden sobre la actuación de los órganos del sistema penal, sino frente a hechos criminales en particular, en otros términos, para favorecer a cierto tipo de personas incurso en una concreta causa penal. Pero esta interferencia no se identifica, como cabe aclarar, con la corrupción de jueces, magistrados, fiscales, policías o cualquier otro funcionario que colabore en la administración de justicia, sino, de forma diferente, de su instrumentalización política amparados en amenazas, presiones ilegítimas o en las misma configuración de normas habilitantes: traslados discrecionales de funcionarios, remoción facultativa del cargo, denuncias temerarias, amenazas o coacciones, etc. Tal factor, definido aquí como la *intromisión política en el proceso penal, al amparo de prerrogativas de orden constitucional y legal*, se subraya, fundamentalmente, por la generación de una particular consecuencia adversa de naturaleza *directa*: la instrumentalización ilegítima de los órganos (funcionarios) del sistema de justicia criminal. En dicho análisis se destaca, con carácter especial, la interferencia por parte de los políticos sobre ciertas actuaciones del órgano público de persecución penal. Se hace referencia, en esta oportunidad, a la tergiversación de la finalidad legítima derivada del principio de dependencia jerárquica que rige la actuación de los miembros de la Fiscalía, Ministerio Público o Ministerio Fiscal. Dicho análisis también es trasladable, por lógicas razones, sobre las instituciones policiales, en la medida en que es una organización cuya cúpula depende del poder político de turno.

5.4. Conexión de las limitantes estructurales e institucionales del control penal

La observación precisa de los factores asociados al control ineficaz de la corrupción exige, como se ha sugerido, situar el estudio del fenómeno en dos fases diferenciadas del proceso de aplicación de la ley penal. En la primera se analiza la forma cómo ciertos factores que inducen una comprensión errada de la realidad criminal, por ejemplo, la apariencia de licitud de los procesos de corrupción pública o la imperceptible lesividad social de tal fenómeno, anularían no sólo la reacción de la sociedad correspondiente (*selección penal de orden no-institucional*), sino además su *conocimiento* oficial (*selección penal de tipo institucional*). Correlativamente, en la segunda fase, se analizan los efectos producidos por estos y otro grupo de factores, no tanto sobre el proceso de conocimiento del delito, sino, en un momento más avanzado, sobre el curso de su *investigación y procesamiento*. Son de sobra conocidas, en este último caso, las repercusiones que genera la complejidad o sofisticación del delito para su investigación técnico-criminalística y su posterior procesamiento judicial. Pero ello no impide que los distintos factores estudiados incidan, en menor o mayor medida, en ambas fases del proceso de selección punitiva. Así, por ejemplo, la *apariencia de licitud del hecho criminal*, factor que aquí se concibe como condicionante de la reacción social informal –puesto que afecta la comprensión subjetiva del fenómeno criminal–, repercutiría no sólo en tal proceso de aprehensión, sino también en su persecución institucional. Y esto último porque la práctica corrupta logra camuflarse bajo un ropaje normativo que le otorga un aire de legitimidad a la operación corrupta.

La referida conexión estructural de las limitantes de control penal de la corrupción con la intervención institucional, por tanto, se evidencia incluso desde que la sociedad no repara en que la dirección de las entidades oficiales sea encabezada por «cualquiera». Luego la ausencia de protectores eficaces, unida a la consideración de un objetivo apropiado (oportunidad) por parte del delincuente motivado, aumentaría, según los postulados de la perspectiva criminológica de las *actividades rutinarias*, la probabilidad de pasar de la resolución criminal al acto⁸³². Por tal razón en materia de corrupción cumplen un papel determinante, como se ha mencionado, los controles tanto de tipo formal como informal⁸³³. La deficiencia de tales controles provocaría que la criminalidad político-empresarial que circunda las instituciones del Estado, debido a la multiplicidad de actores o sujetos involucrados que concurren a su alrededor, se produzcan intercambios corruptivos complejos; una especie use bilateralidad de la ilicitud amparados en pactos de silencio. Ello daría lugar a una corrupción estructural, en la que se presenta una utilización sistémica de la estructura institucional del Estado bajo la aparente cobertura del orden normativo (espacios normativos institucionalizados que permiten la corrupción). Y bajo esos espacio normativos de orden diverso al deseado por la norma jurídico-penal (organización diferencial), es que se forma un entorno de seguridad para la comisión del delito y que termina diluyendo la fuerza aversiva de los instrumentos de orden punitivo. De ahí, justamente, la necesidad de redefinir el contorno del deber posicional del regente público y las reglas dogmáticas que les facilitan, de algún modo, salir ilesos del delito.

⁸³² CLARKE, Ronald. / FELSON, Marcus, “Criminology, routine activity and rational choice”, p.3.

⁸³³ Cfr., ADAMOLI, Sabrina, “*Combating Corruption*”..., p. 66.

Bajo esos entornos de seguridad, claramente, los controles *objetivos* de naturaleza administrativa de la función pública y los de carácter jurídico-penal se debilitan. Los controles de tipo administrativo constituirían la primera barrera a *sortear* por parte del agente corrupto para asegurar el éxito de la ilícita pretensión patrimonial. Por su parte, la reacción punitiva del Estado constituiría la segunda barrera a sortear cuando el hecho corrupto logra salir de la esfera organizacional. No obstante ya se ha argumentado que la tolerancia de prácticas irregulares al interior de las organizaciones reducen la probabilidad de que lleguen a ser puestas en conocimiento de los órganos oficiales de control. Los riesgos asociados a este tipo de controles consisten en el miedo a ser detectado, procesado y sancionado por el sistema penal. Si bien esta reacción constituye la máxima expresión del *ius puniendi* estatal, la amenaza correspondiente se puede ver diluida por la deficiencia estructural de las instituciones que lo conforman. Los factores que generan tal deficiencia se analizarán en el Capítulo VI. Pero esos entornos de seguridad también afectarían los controles *subjetivos* o de naturaleza informal, instituidos no por una amenaza formal –de naturaleza administrativa o penal-, sino por las definiciones favorables hacia el delito en el círculo personal del infractor. Aquí la contención *interna* del individuo vendría determinada por el repudio generalizado del delito y el rechazo del acto indebido dentro de su propio contexto organizacional. Unos y otros factores, como se desarrollará más adelante, operarían como limitantes de la entidad aversiva irrogada al castigo legal. Luego lo que se pretende mostrar en los Capítulos VI y VII, es cómo influyen esos factores productores de selección penal (impunidad) en la deconstrucción cognitiva del miedo.

Para desarrollar tal aspecto, entonces, es que se propone articular los niveles cultural y subcultural del delito. La *dimensión cultural* de la corrupción pública no riñe, de este modo, con la idea de que las redes personales que dinamizan dicho fenómeno operan como una especie de «*subcultura*» que hace pender los controles de tipo formal de las actitudes comunes de grupo (*habitus*). De ahí que una comprensión mayor acerca de la capacidad motivatoria de la norma jurídico-penal frente a la «disponibilidad» individual a corromperse, exige atender no sólo a las pretensiones específicas del corrupto, sino también a los patrones comportamentales admitidos dentro de su grupo de pertenencia. De hecho, uno de los grandes «pecados» en los que ha caído tradicionalmente la política criminal contra la corrupción, ha sido el abordar el fenómeno desde el plano individual, relegando el hecho de que las prácticas corruptas generadas al interior de las organizaciones se desarrollan dentro de un escenario interpersonal cerrado en el que los parámetros convencionales que soportan la criminalización formal del fenómeno, simplemente resultan anulados por convenciones intragrupalas. De manera que esa falta de correspondencia entre norma formal y norma social, generaría una *divergencia valorativa* que altera la subjetividad. La indiferencia, tolerancia o aquiescencia por parte de los distintos estamentos de la sociedad civil organizada, en consecuencia, constituye no sólo una de las principales limitantes de la política criminal, sino también el principal demolidor de la barrera de contención que modera la corrupción pública: la moral social. En últimas, se genera una descomposición moral individual y colectiva que facilita la ausencia de reacción social o las posiciones consecuentes con esas pautas conductuales.

El grado de *reproche ético-social* que en un determinado contexto cultural se adopte frente a aquellos fenómenos considerados perjudiciales para los intereses de la colectividad se instituye, por suficientes motivos, en uno de los aspectos más importantes a valorar en un estudio que tenga por objeto, como el presente, establecer el vínculo que se produce entre el «relativismo moral» de la sociedad frente a ciertos tipos de criminalidad (la denominada *falta de conciencia social de reproche*)⁸³⁴, por un lado, y los procesos oficiales de persecución y castigo del hecho, por otro. Por ello se intenta develar aquí el nexo de esos dos planos en los que opera el control del delito. La importancia de establecer tal vínculo no es menor. Y no es menor, puesto que la condena social de la corrupción y de aquellos comportamientos indecorosos relacionados con ésta (como las prácticas clientelares), es un paso indispensable no sólo para recuperar la confianza de la sociedad frente a las instituciones que la conforman⁸³⁵, sino además para promover la transformación de la política criminal y la ejecución de la misma por parte de las instituciones formales. Indispensable en la medida en que, sólo una comunidad vigilante y activa frente a los problemas sociales que la aquejan, puede contrarrestar la *desidia consciente* de políticos y gobernantes a la hora de proponer e implementar soluciones. Lamentablemente, lo contrario: la tolerancia social frente a las prácticas de corrupción, no sólo genera impunidad, sino que además constituye un potente revulsivo de la criminalidad, puesto que no cabe duda que la misma es un ingrediente de la motivación.

El mayor de los problemas que impiden una reevaluación social de esa tolerancia popular del delito, es que la falta de reacción de las masas y la asunción de ideales consecuentes con ciertas pautas comportamentales (control informal debilitado), se hallarían mediados por una comprensión personal errada de la realidad social. Y esto es grave, dado que ello termina afectando la reacción de las instituciones. Ello es así, puesto que uno de los presupuestos básicos para la configuración y aplicación de la política criminal, cualquiera que sea el fenómeno delictual al que se aplique, lo constituye una sensata respuesta de los diversos estamentos de la sociedad civil. Como recuerda ROSE-ACKERMAN, «Luchar contra la corrupción de alto nivel exige una atención nacional y organizaciones privadas dispuestas a presionar a los dirigentes a cambiar»⁸³⁶. Sin embargo, a pesar de la coherencia de tal previsión, no es menos cierto que, la percepción y correlativa comprensión por parte de la sociedad sobre la realidad que circunda la corrupción se encuentra limitada por la concurrencia de los referidos factores que operan en contra de una mayor intelección del fenómeno: *la apariencia de licitud del hecho criminal; la imperceptibilidad del daño social generado; la volatilización de la calidad y cantidad de víctimas*, etc., alentados por la construcción de modelos ideales de comportamiento y de estereotipos criminales, la *cifra negra* del delito y por los «constructores» de las representaciones populares sobre el mismo («*construcción de la realidad*»), en este caso, los significados sobre el crimen modelados por los *mass media*.

⁸³⁴ FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, p. 37.

⁸³⁵ Según lo pone de relieve GIL VILLA, Fernando, *La cultura de la corrupción*, p. 30, desde la óptica de la *sociología espontánea*, «[...] la corrupción es un cáncer para la sociedad porque ataca al cimiento de la desconfianza».

⁸³⁶ ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos...*, p. 236.

Sobre la base de este grupo de factores se erige, según el primer objetivo específico propuesto en la Introducción General, el análisis del déficit de reproche social que termina interfiriendo en los procesos de selectividad penal negativa. Quiere ello decir que el mismo déficit de reacción social frente al fenómeno incidiría finalmente sobre el descubrimiento y procesamiento penal del delito por parte de las instancias oficiales. Esta interferencia afecta la reacción punitiva del Estado en un claro sentido. Se trataría de una dirección punitiva en la que, la comprensión subjetiva de la realidad por parte de la sociedad, produciría efectos adversos de carácter *directo* con respecto a la intervención desplegada por parte del Estado frente a estos delitos. Concretamente, esta *ausencia de reprobación social* afectaría esa reacción necesaria, según los instrumentos de iniciación de la acción penal, para el conocimiento o denuncia formal de actos de corrupción. Porque es que si en un entorno determinado el delito se torna normal, la denuncia oficial del mismo pasa a constituir no sólo un acto salido de contexto, sino incluso reprehensible. Se presentaría una interferencia directa sobre los procesos de selección penal negativa, por ejemplo, cuando se encubren las acciones fraudulentas de quienes integran el mismo entorno corrupto. Ello sin referir que el mismo déficit de reacción social resulta necesario para redefinir el papel de la política criminal y, por efecto de ello, la eficiente activación de los instrumentos formales de iniciación de la acción penal⁸³⁷. A estas dos consecuencias directas se aúna el hecho de que la misma falta de reproche social, produciría efectos adversos de carácter *indirecto* sobre la persecución de los delitos de corrupción, en la medida en que se produce una actividad institucional positiva, no frente al fenómeno de la corrupción, sino frente a otra categoría de delitos: la represión preferente de las tipologías delictivas comúnmente asociadas a los clásicos destinatarios del poder punitivo (*crimes of the powerless*). En este caso el condicionante principal vendría determinado, por causa de la misma comprensión imprecisa o parcial de tal realidad, por la *demanda social de políticas de seguridad*⁸³⁸.

⁸³⁷ En especial, se trataría de ver las repercusiones que se derivarían sobre aquellos mecanismos formales de denuncia que permiten canalizar la recepción de la noticia criminal por parte de los poderes públicos (dependiendo de cada ordenamiento jurídico, por ejemplo, denuncia formal, informe de policía judicial, atestado policial, querrela, etc.). De ahí que, en este trabajo, se evalúe la operatividad de ciertos mecanismos propuestos en la actualidad, tendentes a romper el vínculo de silencio que se forma entre corrupto y corruptor. Se hace referencia, concretamente, a los sistemas de denuncia de irregularidades y hechos ilícitos (*whistleblowing*); un sistema dirigido a contrarrestar, precisamente, la pérdida progresiva de la eficacia general-preventiva del Derecho penal, en este caso, producida por el decrecimiento gradual de la percepción del riesgo, por parte del corrupto, a ser descubierto y sancionado. Como refiere NIETO MARTÍN, Adán, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en ARROYO ZAPATERO, Luis / NIETO MARTÍN, Adán (Dirs.), *El Derecho penal económico en la era del Compliance*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 205, «Para el descubrimiento de la corrupción es esencial contar con un buen sistema de denuncias internas. La mayoría de los Códigos Éticos de la última generación incorporan un “canal de denuncia” de manera tal que cualquier empleado puede denunciar una infracción del Código».

⁸³⁸ Como puede advertirse, se constataría una especie de *dirección circular inversa* frente a la persecución de los delitos de corrupción. Tal *dirección* se configuraría tras operar, de forma simultánea, dos efectos de naturaleza distinta inducidos por la misma comprensión subjetiva de la realidad social. De un lado, un efecto de carácter *directo* que iría en una línea *negativa* con respecto a la aplicación efectiva de la política criminal anti-corrupción: deficiente activación de los instrumentos de iniciación de la acción penal. Dicho efecto estaría motivado, como se ha indicado, por los factores que propician el desconocimiento del hecho criminal. De otro lado, un efecto de naturaleza indirecta que iría en la línea opuesta o *positiva*, provocado esencialmente, aunque no exclusivamente, por la multiplicidad de hechos diariamente denunciados ante los distintos órganos del sistema penal: delitos «comunes». La concurrencia de tales factores, cuyo punto de partida discurre en dos *direcciones punitivas* opuestas (*negativa-positiva*), coincidirían en un mismo punto de encuentro: el control *formal* deficitario de la corrupción.

6. Conclusión

La adopción de un enfoque subjetivo del delito, particularmente cuando se trata de un fenómeno atravesado por las disensiones de la cultura popular, implica preguntar por la conexión estructural de los factores que influyen en su generación. El dinero es sin duda uno de los inductores principales en los delitos de orden económico. Pero este inductor en su dicción objetiva no dice nada respecto del significado que el mismo tiene para el sujeto que lo persigue. La visión estructural de ese elemento, más allá de la conocida causa que se indica para explicar los delitos patrimoniales vinculados a las capas de la sociedad menos favorecidas (por razones de subsistencia), permite adentrarse en el mundo significativo que se halla tras el dinero. Se ha indicado ya, de forma meramente enunciativa, que la necesidad de «ser alguien en la vida», «ser valorado por los demás», «llamar la atención de los semejantes», en definitiva, tener un estatus importante en los círculos correspondientes de interacción, representa un aspecto que para muchos puede incluso otorgarle sentido a su propia existencia. Y aquí es donde el dinero adquiere un tinte distinto en lo que respecta al delito, pues es ese uno de los instrumentos que sin lugar dudas permite adquirir una mejor posición frente a los ojos de los demás, esto es, para alcanzar un buen estatus. Luego, si la misma sociedad no proporciona los medios suficientes para que las personas puedan satisfacer sus necesidades de estatus, no deberá resultar extraño que se validen algunos de los caminos ilícitos que se van configurando de forma paralela en las actividades ordinarias instituidas en cada sociedad. Es esta la base de la teoría de la *anomia*. En este sentido se afirma que los inductores positivos del delito presentan un vínculo de orden estructural.

El déficit de control legal vinculada a esas estructuras de oportunidad, segundo elemento integrado dentro del modelo teórico de la disuasión situacional, también presenta un nexo estructural. Centrados en la denominada fase de criminalización secundaria (de aplicación de la ley penal), resulta indiscutible que los procesos de selectividad penal se originan en las disensiones de la sociedad misma. La tolerancia social institucionalizada de los delitos del poder se instituye en uno de los factores de orden estructural que por antonomasia limita los procesos de descubrimiento, investigación y judicialización de la ley penal. Es lo que SUTHERLAND denominó «definiciones favorables» al delito. Bajo este conjunto de definiciones, ya utilizando los términos de SYKES y MATZA, las personas vinculadas a un entorno organizacional determinado «neutralizarían» la entidad criminógena de ciertos comportamientos prohibidos por la ley penal, al punto de que la comisión de los actos punibles relacionados lleguen a tildarse de «normales». Bajo este estado de banalización del delito resulta, pues, más que lógico que su denuncia resulte improbable. Con independencia de las repercusiones que esas disensiones sociales generan sobre el procesamiento del delito, la creación de un «ambiente» propicio para el delito que de ello se genera ya es suficiente para validar la referida vinculación estructural del control penal. En este sentido se habla no sólo de dos fases diferenciadas de selección penal del delito (social e institucional), sino también de la configuración diacrónica del mismo. Es en el decurso de este proceso diacrónico, como se ha insistido, que el miedo a la amenaza jurídico-punitiva se va diluyendo en la medida en que la gente «va viendo» que «no es tan cierto» eso de que cometer delitos implica la verificación de una «supuesta» amenaza.

CAPÍTULO V

GENEALOGÍA ESTRUCTURAL DE LA MOTIVACIÓN DELICTIVA

1. Introducción

Se ha avisado en el capítulo anterior sobre la necesidad de advertir el nexo estructural de los incentivos del delito. Corresponde ahora, de conformidad con esa configuración temporal y espacial de amplio alcance, establecer cuál es la naturaleza subjetiva de uno de los principales inductores materiales que gobierna generalmente la proyección de actos corruptos de orden patrimonial: el dinero. Es este el propósito fundamental de este capítulo. La caracterización *circunstancial* de la corrupción generada en marco de los procesos económicos de gestión públicos, según se ha planteado, se define por la configuración *sincrónica* del acto defraudatorio. Esta definición está referida a los *medios* empleados por el agente corrupto para alcanzar el beneficio extraposicional perseguido. Dicha adscripción situacional del delito permite hablar, como se trató en el Capítulo III, de las «oportunidades de corrupción» necesarias para la materialización de ese elemento propositivo. La caracterización *diacrónica* del fenómeno, a diferencia de la anterior, definen la génesis *simbólica* de los motivos de la acción: el origen de la «disponibilidad a corromperse». Esta tipificación responde, en términos corrientes, a los «móviles» del acto corrupto (el «para qué»). Pero en tal adscripción subjetiva el elemento propositivo no puede identificarse llanamente con ese componente finalístico que integra el tipo penal en su sentido objetivo, concretamente con el factor «dinero», sino con lo que tal elemento representa para el infractor: posesiones materiales, distinción social, etc. Podrá hablarse, bajo esta tesis, de una predisposición culturalmente estructurada hacia el delito, posibilitada por una justificación gradual, por parte del individuo, del recurso a acciones corruptas para la obtención de esos fines que otorgan sentido a su propia existencia: en este caso, *estatus*. Se mostrará que la necesidad de lograr *símbolos de estatus* no sólo incitaría positivamente el referido tipo de delitos, sino que también anularía los cánones de autorrestricción. Para sustentar tal tesis, sin separarnos de esa lógica de premios y castigos que se ha vinculado al esquema de la disuasión punitiva, es que debe realizarse una «lectura» del fenómeno desde los presupuestos socioconstruccionistas descritos en el Capítulo II: 1) la *subjetividad humana*; 2) la *construcción social de la subjetividad*; y, 3) la *naturaleza cultural de lo psicológico*. A estas premisas se articularán ciertas teorías criminológicas que permitirían convalidar la génesis estructural de este tipo de delitos.

2. Construcción social de la mente: un enfoque teórico útil para la comprensión de la naturaleza simbólica de los delitos inducidos por fines de tipo patrimonial

La dimensión instrumental del Derecho penal, como se apuntó desde la Introducción General, se compadece con una fundamentación utilitarista del castigo sustentada en esa visión antropológica del hombre como ser «racional». El *delinquens-oeconomicus*, según esta concepción de hombre, proyectaría en sus cálculos racionales, sin lo que no es posible la planificación del delito, tanto el beneficio pretendido como los costes potenciales⁸³⁹. Pero este proceso racional, de conformidad con aquélla consideración instrumental de ser humano, no se opone a la idea de que la *gama de alternativas de elección* a las que acude ese individuo para la toma de decisiones vengan proporcionadas por su proceso de enculturación previo (en donde la acción adquiere sus orientaciones específicas). En este sentido se habla de racionalidad subjetiva. Para validar tal tesis se recurre, según se dijo, a los referidos presupuestos socioconstruccionistas: 1) la *subjetividad de la experiencia psicológica*; 2) la *construcción social de la subjetividad*; y, 3) la *naturaleza cultural de lo psicológico*. El concepto de *subjetividad* (1), como ya se enunció, se define por la forma en que cada persona percibe la realidad que le rodea y articula sus decisiones (en este caso, con relevancia legal). Esa forma particular de concebir el entorno, de acuerdo con el segundo presupuesto, estaría limitada por el contexto histórico y temporal en el que el individuo se ha construido psicológicamente. En este sentido se habla de una *construcción social de la subjetividad* (2): la subjetividad o marco de interpretación de la realidad, se construye socialmente. Seguidamente se pregunta por la entidad de los elementos que conforman tal cuadro de interpretación y que crean el *filtro* desde el que el individuo se concibe a sí mismo y a los demás, a saber: creencias populares, valores morales, actitudes, etc.; luego corresponde preguntar sobre el *origen* de estos elementos: Su génesis no puede ser sino de naturaleza social, esto es, originado en el mundo circundante de la cultura propia de cada individuo. En este sentido se habla de la *naturaleza cultural de lo psicológico* (3). Y al tratarse de acciones de naturaleza criminal, a esas premisas psico-sociológicas pueden vincularse una serie de postulados afincados en la teoría criminológica en aras de correlacionar el origen cultural de los incentivos del delito y la forma en que se aprehenden los mismos: por ejemplo, las teorías de la *anomia* de MERTON y la *asociación diferencial* de SUTHERLAND, respectivamente. La primera teoría permitiría comprender el origen cultural de esos inductores positivos que propician la comisión de delitos de orden patrimonial, mientras la segunda la manera en que éstos se convalidan personalmente.

⁸³⁹ La consideración *subjetiva* de la racionalidad es coherente con ese momento en que está llamado a operar la amenaza de pena. Frente a la función intimidatoria de la pena y su momento de incidencia, apunta SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 212: «Se trata, pues, según parece, de una constante característica del fenómeno punitivo: sus efectos de intimidación. Tal efecto, sin embargo, no siempre se ha ubicado en el mismo momento del “iter” de la pena. Así, tradicionalmente ha sido vinculado a la imposición de la pena concreta y, todavía más, a su ejecución, normalmente pública y de un gran contenido afflictivo. Al respecto, la gran novedad introducida por el liberalismo es que el cumplimiento de los fines de prevención general pasa a situarse en un nivel anterior, concretamente en el de la conminación penal típica. A partir de ese momento, la conminación penal abstracta se convierte en el eje de cumplimiento de la misión del Derecho penal, mientras que los momentos posteriores se muestran como manifestaciones de la seriedad del Derecho penal en el cumplimiento de aquella misión».

La teoría de la *anomia* permite, concretamente, rastrear el origen cultural de los incentivos del delito y la validación social de los medios ilícitos de realización. De ahí que se afirme aquí que la intención delictiva –dogmáticamente concebida– constituye una categoría compleja en la que compiten entre sí el elemento propositivo que la preside y los distintos factores de constricción. Basados en una caracterización hedonista del hombre – en la que éste se rige por la búsqueda de estatus–, resulta plausible establecer un nexo entre este elemento y ese *materialismo* cultural que plantea MERTON. Ya se dijo que las teorías basadas en la consideración del delito como *elección racional*, como por ejemplo la teoría de las *actividades rutinarias*, permiten obtener una explicación apropiada sobre la configuración situacional del delito. Pero cuando se afirma que la infracción jurídico-penal propiamente dicha representa tan sólo el último estadio del curso de infracción punible, debe buscarse dentro de la *teoría criminológica* un modelo que permita articular los fines instrumentales que presiden el acto delictivo y los factores estructurales que lo motivan.

La referida teoría de la *anomia* permite, pues, tal comprensión⁸⁴⁰. En su conocido trabajo «*Anomie and social structure*» (1938), MERTON resaltaría la «tensión» estructural producida entre las expectativas individuales que se trazan muchos individuos y los medios dispuestos socialmente para su realización⁸⁴¹. El ejemplo por antonomasia de tales fines lo constituye el éxito monetario –representado en el denominado «sueño americano»–, esto es, la exacerbación social de las aspiraciones materiales⁸⁴². En el planteamiento de MERTON, como recuerdan TAYLOR, WALTON y YOUNG, son elementos fundamentales de la «estructura cultural» de una sociedad los «objetivos culturalmente definidos» y los «medios institucionalizados para alcanzarlos»⁸⁴³. Esa ideología del sueño norteamericano representada por MERTON, como puntualizan estos autores, « [...] insiste en que todos deben buscar los mismos objetivos monetarios de éxito y en que todos deben ser ambiciosos»⁸⁴⁴, aspecto que permite hablar de «*motivaciones socialmente generadas*». De este modo puede decirse que la disponibilidad hacia el delito posee una base estructural.

⁸⁴⁰ MERTON, Robert, *Teoría y estructura sociales*, pp. 209-210.

⁸⁴¹ Las denominadas teorías de las *influencias sociales* analizan la importancia de la incidencia de las pautas socialmente compartidas como explicación del comportamiento desviado. Se pone de relieve cómo, la desorganización y falta de integración social, constituye un condicionante esencial. Se generarían tensiones que rompen con el control social informal. DURKHEIM fue uno de los autores que destacó la importancia de la influencia de los valores sociales sobre la conducta humana. Y esto es importante para el análisis de la corrupción pública por cuanto, al igual que los teóricos de la *escuela de Chicago* planteaban que la conducta antisocial presentaba una gran relación con el contexto socio-cultural en el que se origina, podría también decirse que existen ciertos ambientes de organización institucional que facilitan prácticas corruptas, que en este caso sería fruto no de la desorganización social, sino de un contexto institucional (organizacional) favorable a la conducta delictiva: *organización social diferencial*. La teoría del *aprendizaje social* de AKERS (1997) permite comprender este problema. De acuerdo con ésta, la propia estructura social constituye un factor de influencia fundamental sobre el individuo puesto que esta representa el ambiente en el que tiene lugar el aprendizaje de la conducta. El acatamiento de la norma dependería de la *asociación diferencial* de cada sujeto, del *reforzamiento diferencial* de las *definiciones* y de la *imitación* de modelos ideales.

⁸⁴² Cfr., MESSNER, SF / ROSENFELD, R., *Crime and the american dream*, 3ª ed., Ed. Belmont, CA, Wadsworth, 2001. Como apunta BERGALLI, Roberto, “Perspectiva sociológica: estructura social”, pp. 136-137: «Se afirma que cuando estos objetivos son más destacados por la cultura que los métodos mediante los cuales pueden ser alcanzados, la gente tiene propensión a soslayar las restricciones morales, legales y habituales sobre los esfuerzos que realizan para lograr sus fines (Cf. Chinoy, 1996, p. 377)».

⁸⁴³ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 115.

⁸⁴⁴ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 117.

Significa lo anterior que el conjunto de motivos que intervienen en la generación de delitos inducidos por dinero puede relacionarse con presiones de orden cultural sobre la consecución del éxito. Para MERTON, como recuerda LARRAURI, «Las personas que mantienen sus aspiraciones de éxito económico intactas mientras se les mantiene restringido el acceso a los medios que permiten satisfacerlas, tienden a buscar y encontrar medios ilegales alternativos de cubrirlas»⁸⁴⁵. Luego si esa presión social hacia el éxito económico se entronca con *definiciones favorables* respecto de la utilización de cualquier medio de realización, la gente va invalidando sus criterios de autorrestricción frente a lo ilícito. Frases como «*colabóreme que yo le colaboro*» (propuesta usual de conductores infractores al policía de tránsito ante una infracción vial), «*por dinero baila el perro*» (manera de decir que si existe una compensación económica se puede superar cualquier obstáculo burocrático), «*y ahí cómo voy yo*» (respuesta de un funcionario público cuando se le propone «echar una mano» en proceso de licitación), etc., son una mínima muestra de esas frases arraigadas en la cultura popular de países como Colombia que afectarían esas *definiciones*. «*El fin justifica los medios*», precisamente, es una de esas máximas arraigadas en la conciencia de las gentes que no sólo permite representar el planteamiento descrito por MERTON, sino también establecer la validación social del recurso al delito. Se verá cómo la pervivencia institucional de tales «definiciones» necesita del nepotismo.

El modelo analítico que aquí se propone, en este sentido, permite integrar la comprensión construccionista del comportamiento y su validación criminológica. Las teorías de la *anomia* y la *asociación diferencial*, definidas en gran medida por el principio de *interacción*, representan dos claros referentes en la tarea de integrar la estructura con la acción individual. Desde tales enfoques se puede describir la manera en que ciertos factores *ambientales* (contextos culturales y subculturales que configuran una especie de *sistema ecológico delictivo*), operarían como poderosos inductores comportamentales⁸⁴⁶. Por ello dichos planteamientos, en cuanto estarían referidos a la motivación humana, no pueden prescindir de referencias sobre el delincuente de naturaleza sociológica y psicológica. Sociológicamente concebido, como apuntan TAYLOR, WALTON y YOUNG, al delincuente « [...] ha de interpretárselo como el producto de aspiraciones socialmente inducidas y de la desigualdad objetiva que existe una distribución de las oportunidades»⁸⁴⁷. Psicológicamente concebido, como refieren GARRIDO, STANGELAND y REDONDO, «En el proceso de aprendizaje de la conducta delictiva están implicados, según Sutherland, todos los mecanismos de aprendizaje». Puntualizan que aunque Sutherland no los explica, sin embargo alude a dos: la «asociación de estímulos» y la «imitación de modelos»⁸⁴⁸. Esta relación permite, además, establecer un vínculo entre lo *material* y lo *simbólico* del delito, en este caso a partir del nexo entre los inductores externos y su significación subjetiva.

⁸⁴⁵ LARRAURI, Elena, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, pp. 69-70.

⁸⁴⁶ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, p. 64; VILADÀS JENÉ, Carles, “La delincuencia Económica”, p. 235. Como bien lo recuerdan FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, p. 26, Sutherland no sólo planteó una explicación de la delincuencia desde el punto de vista individual, sino también como fruto de la interacción social.

⁸⁴⁷ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 122.

⁸⁴⁸ GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 361.

Luego cabe preguntar por la manera cómo un sujeto que interactúa en estos contextos resulta «preso» de esos premios culturales. Para contestar a esta cuestión resulta plausible explorar, en marco de la teoría de la *asociación diferencial*, las categorías simbólicas que definen al delincuente de *cuello blanco*. La caracterización del agente corrupto a partir del perfil delictivo del delincuente de alto estatus exige, por tanto, revisar el contenido conceptual de esta categoría criminológica. Edwin H. SUTHERLAND, considerado por la doctrina especializada uno de los autores más influyentes del siglo XX en la Criminología, forjaría en la primera mitad de dicho periodo su obra más importante: el *White-collar crime*. El *delito de cuello blanco*, según su traducción al castellano, sería definido como « [...] un delito cometido por una persona de respetabilidad y estatus social alto en el curso de su ocupación»⁸⁴⁹. Esta estructura conceptual permite comprender la naturaleza cultural del acto de desviación, en la medida en que serían las categorías simbólicas que se hallan tras las pretensiones económicas que parecen motivar al agente corrupto, las que determinarían la génesis del acto y la invalidación de los cánones de autorrestricción⁸⁵⁰. Para ello, entonces, resultan apropiados los postulados de la teoría de la *asociación diferencial*. El postulado central sobre el que se articula esta teoría, radica en que la criminalidad depende de *lo que se piense* sobre ella en la concreta organización social en la que tiene lugar: es expresión de una forma concreta de «organizarse» frente al delito. Esta idea es coherente con los seis principios originarios que la integran⁸⁵¹: 1) *el comportamiento criminal se aprende*; 2) *el comportamiento criminal se aprende en contacto con otras personas mediante un proceso de comunicación*; 3) *el comportamiento criminal se aprende sobre todo en el interior de un grupo restringido de relaciones personales*; 4) *cuando se ha adquirido la formación criminal ésta comprende: a) la enseñanza de técnicas para cometer infracciones, b) la orientación de móviles, de tendencias impulsivas, de razonamientos y de actitudes*; 5) *la orientación de los móviles y de las tendencias impulsivas está en función de la interpretación favorable o desfavorable de las disposiciones legales*; 6) *un individuo se convierte en delincuente cuando las interpretaciones desfavorables relativas a la ley prevalecen sobre las interpretaciones favorables*. Y al estar anclada esta teoría sobre los presupuestos del aprendizaje en base a refuerzos –originados en la ausencia de castigos- («definiciones» favorables al delito), el estudio de éstos puede efectuarse desde una de las perspectivas psicológicas que más ha ahondado en los procesos de aprendizaje: el Conductismo, en este caso, el «modelado».

⁸⁴⁹ SUTHERLAND, Edwin H., *El delito de cuello blanco*, (Trad. Rosa del Olmo), Ediciones de la Piqueta, Madrid, 1999, p. 65. Como cabe recordar, dicha noción fue presentada por SUTHERLAND en marco de la reunión anual organizada, en 1939, por la *American Sociological Society* en la ciudad de Filadelfia: Discurso publicado bajo el título “White-Collar Criminality” en: *American Sociological review*, febrero 1940, pp. 1-12. Ahora bien, BONGER, según lo recuerdan KELLENS y LASCOUMES, ya había hecho referencias directas sobre la *criminalidad de los poderosos* a principios del siglo XX (en su libro *Criminalité et conditions économiques* [1905]). Citado por KELLENS, Georges / LASCOUMES, Pierre, *Moralisme, juridisme et sacrilège; la criminalité des affaires; analyse bibliographique*, «Déviance et Société», vol. 1, n. 1, 1977, pp. 114-133.

⁸⁵⁰ Frente a la *función motivacional* de recompensas y castigos percibidos de forma vicarial, apunta BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 324: «Los resultados observados no sólo informan, sino que también pueden motivar. Observar que los demás son recompensados o castigados actúa como un motivador al activar en el observador la expectativa que él también puede experimentar unos resultados similares que consigue una ejecución comparable».

⁸⁵¹ SUTHERLAND, Edwin H. / CRESSEY Donald R., *Principles of Criminology*, pp. 77 y ss.

Tratándose de delitos inducidos por un fin material (dinero), como se argumentará, los principios del aprendizaje resultarían aplicables. Se defenderá que las validaciones intersubjetivas sobre el delito operarían como «refuerzos» comportamentales adquiridos a partir del «modelado» de conductas. «El comportamiento criminal se aprende», por tanto, «no se hereda», afirma SUTHERLAND⁸⁵². Se entiende por *aprendizaje*, como señalan GARRIDO, STANGELAND y REDONDO, « [...] aquel cambio de conducta relativamente permanente que sucede como resultado de la práctica o de la observación de modelos en acción»⁸⁵³. Son estos los dos mecanismos de aprendizaje que BANDURA define en sus modalidades de «ejecución» y «observación» (modelado). En referencia al último proceso, recuerdan los primeros que « [...] aprendemos a través de la mediación de los *procesos cognitivos*, que nos permiten observar, imaginar, pensar y ponernos en el papel de otras personas que efectúan determinadas conductas y obtienen consecuencias por ello»⁸⁵⁴. La teoría de la *asociación diferencial* adopta, en principio, esta misma lógica del aprendizaje: parte de la capacidad de *aprender* inherente al ser humano. Anotan aquéllos autores que «Su fundamento reside en la observación de la universal capacidad humana para aprender. Se constata que la mayor parte del comportamiento humano es aprendido, incluidos tanto el comportamiento prosocial (o que sigue las normas sociales) así como el delictivo»⁸⁵⁵.

Frente a los motivos del delito y sus formas de realización, se dirá que se aprenden tanto los *motivos* como los *modos* de producción. Consecuencialmente debe preguntarse por la *manera* como se aprende. De acuerdo con la estructura conceptual presentada por el Conductismo en su modalidad de *condicionamiento operante*, «Las conductas que tienen para el individuo consecuencias positivas se instauran en su repertorio de comportamiento, mientras que aquellas que no tienen consecuencias favorables se extinguen»⁸⁵⁶. Y es aquí donde cobra su mayor importancia el *modelado* de *símbolos de estatus*, pues si gran parte de las personas pueden «anticipar» cognitivamente todos esos aspectos que se encuentran tras su obtención y disfrute, el grado de satisfacción interior que se viva o se espera vivir tiende a identificarse con una serie de recompensas o consecuencias deseadas que operarían como incentivos y refuerzos comportamentales de tipo positivo: muestras de afecto interpersonal, buen trato social, satisfacción de apetencias materiales, etc. Luego, si no todas las personas pueden obtener por medios legítimos esas recompensas modeladas culturalmente, la probabilidad de que alguna de ellas sucumba ante una oportunidad ilegítima que se le pueda presentar será mayor si socialmente ello se define favorablemente⁸⁵⁷. De esta forma se conectan, pues, las teorías criminológicas referidas.

⁸⁵² SUTHERLAND, Edwin H. / CRESSEY Donald R., *Principles of Criminology*, p. 77: «Criminal behavior is learned. Negatively, this mean that criminal behavior is not inherited, as such; also, the person who is not already trained in crime does not invent criminal behavior, just as a person does not make mechanical inventions unless he has had training in mechanics».

⁸⁵³ GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 362.

⁸⁵⁴ GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 371.

⁸⁵⁵ GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 354.

⁸⁵⁶ GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 365.

⁸⁵⁷ Como ponen de presente TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 125 en referencia a la teoría de la *anomia* propuesta por Merton, « [...] la anomia es consecuencia de la deficiente integración entre medios y fines, o que surge cuando los individuos carecen de medios institucionales para alcanzar las metas culturales que se les ha enseñado a perseguir».

En este trabajo, guardando coherencia con los presupuestos del modelo castigo-premial de la disuasión, se ha propuesto que los efectos estimulantes que produce la *impunidad* sobre la motivación criminal puede validarse si se le cataloga como *refuerzo negativo*. De la lectura criminológica del modelo de aprendizaje desarrollado por BANDURA resulta de vital importancia para la comprensión de la pérdida del «miedo» teóricamente asociado a la amenaza punitiva la noción de «reforzamiento vicario». Este tipo de reforzamiento se produciría, como reseñan GARRIDO, STANGELAND y REDONDO, « [...] a través de la observación de otras personas que obtienen consecuencias gratificantes por una determinada conducta»⁸⁵⁸. Ese proceso de aprendizaje determinado por la observación de «modelos», por tanto, implica ponerse «en el papel de otro». Consecuencialmente, este tipo de reforzamiento de orden vicario comporta, según puntualizan los referidos autores, que « [...] la conducta de un observador puede verse influida por la percepción de las consecuencias que un modelo obtiene por su conducta»⁸⁵⁹. Y es en este punto donde entra en juego el déficit de castigo como refuerzo conductual –negativo-. Desde el modelo del aprendizaje operante, como refieren GARRIDO, STANGELAND y REDONDO, si «castigamos una conducta, haciendo que sea seguida de un estímulo aversivo, la conducta se debería reducir»⁸⁶⁰. Pero este tipo de estímulo aversivo normalmente no puede ser aplicado, como también lo ponen de relieve los citados autores, porque «el sistema penal suele funcionar, en relación con la delincuencia, de manera opuesta a los anteriores principios de efectividad del castigo»⁸⁶¹. Y si teóricamente aquello es así, resulta lógico que la impunidad del delito opere como *refuerzo* frente al propio infractor y en los demás, pues la «observación» de «modelos» que escapan victoriosos en su cruzada delictiva sin recibir reprensión social relevante, generaría una «neutralización del autocastigo». Según interpretan aquellos autores, ese proceso de neutralización se produciría cuando « [...] el individuo excusa sus comportamientos ilícitos con pensamientos como “todo el mundo lo hace”, “yo no soy el único”, con lo que se evitan las consecuencias aversivas de ansiedad condicionada a las que podrían dar lugar ciertas conductas»⁸⁶². De ahí, pues, la importancia que adquiere la visualización *cognitiva* de esos premios y castigos que integran la lógica del aprendizaje, caracterizada por lo *simbólico* y no sólo por su visión *instrumental*⁸⁶³.

⁸⁵⁸ GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 372.

⁸⁵⁹ GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 372.

⁸⁶⁰ GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 368: «Según ello, si a un delito le sigue un castigo, por ejemplo una pena de privación de libertad, ese delito no debería repetirse».

⁸⁶¹ GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 369.

⁸⁶² GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 373.

⁸⁶³ Respecto de la visión cognitiva y conductual de las «influencias» presentada por Akers, señalan GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 373: «Las definiciones pueden influir sobre la conducta también de los maneras distintas: *cognitivamente* (a través de ciertos valores, creencias o actitudes) o *conductualmente* (es decir, precipitando algunos comportamientos ilícitos). Desde el punto de vista cognitivo ciertas definiciones pueden hacernos más complacientes y tolerantes ante las oportunidades delictivas que se presentan, con argumentos como “yo no he robado a nadie, sencillamente me he encontrado una cartera que tenía dinero; para que se quede con él la policía me lo quedo yo”. Desde una perspectiva conductual las creencias o definiciones pueden precipitar el comportamiento delictivo, operando como estímulos discriminativos facilitadores. Si alguien está en la firme creencia de que le están pagando una miseria en su trabajo y de que debería ganar mucho más, esta condición podría precipitar que, si se le presentara la oportunidad de sustraer impunemente algún dinero, lo hiciera».

Es el propio proceso evolutivo del hombre el criterio empírico que permite afirmar que la decisión que conduce al acto de infracción de imperativos legales se halla vinculada al curso de construcción de la *subjetividad* humana. Ello se produciría, según BERGER y LUCKMANN, a partir de un proceso de aprendizaje constante y de «habitación»⁸⁶⁴. Por tanto no resulta incoherente concluir que quien es socializado bajo un contexto en el que la política y la función pública se conciben en términos de realización económica personal, podrá presentar una menor resistencia frente a las *oportunidades de corromperse*. Y es en este sentido que encuentra cabida el primero de los principios de la teoría de la *asociación diferencial*: el comportamiento criminal se aprende. La propia lógica de *refuerzos* predicada por el Conductismo permite entrever que cuando la situación estimular (todo lo gratificante que trae consigo el acto de corrupción) se refuerza positivamente (validación intersubjetiva) y negativamente (retiro de las amenazas de castigo), la «asociación» entre tal situación estimular y la expresión conductual se consolida. Así encuentra sentido la afirmación de BANDURA acerca de que «Observar que las acciones de los demás producen buenos resultados aumenta la probabilidad de que el observador se comporte de forma similar»⁸⁶⁵. Tratándose de corrupción pública, de acuerdo con tal tesis, el curso motivacional vendría mediado por un proceso gradual de aprehensión de los motivos de orientación por parte del individuo en marco de sus distintos niveles de interacción, aunque esencialmente tras su ingreso en organizaciones ya corruptas (adaptación subcultural).

Y es por tal razón que el factor «oportunidad» alcanza suma importancia para la comprensión de la corrupción. Pero la consideración personal de las *oportunidades* requeridas para la realización de los *finés* de estatus y la evaluación de los riesgos que conlleva su realización a través de medios no convencionales resulta difícil escindirlos de ese curso motivacional diacrónico. Esta idea permite comprender que la proyección futura del ejercicio de la política sea vista por muchos como una oportunidad para alcanzar esas expectativas de éxito cimentadas socialmente. En este mismo sentido se afirma que lo *simbólico* repercute en la capacidad regulativa del Derecho. Y esa proyección sería posible gracias a esa capacidad de aprendizaje inherente al ser humano. Es este el esquema de aprendizaje observacional sobre el que se asienta una corriente del Conductismo. En referencia al proceso de aprendizaje modelado, refiere BANDURA que «La influencia vicaria comporta los efectos multiplicativos porque puede afectar simultáneamente a un gran número de personas». Agrega que «las personas que han sido influidas vicariamente se convierten en modelos de las que forman su entorno inmediato»⁸⁶⁶. Aplicada la lógica del aprendizaje vicario a la corrupción, señala FERNÁNDEZ que «[...] un sujeto con tendencia a comportarse de forma corrupta, puede llegar a desear emitir tal conducta, después de observar que otros se comportan corruptamente. Pues, si *fulanito* se corrompe, ¿por qué no me voy a corromper yo también?»⁸⁶⁷. Es este el segundo de los principios de la teoría de la *asociación diferencial* desarrollado por SUTHERLAND: el comportamiento criminal se aprende en contacto con otras personas mediante un proceso comunicativo.

⁸⁶⁴ BERGER, Peter L. / LUCKMAN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, p. 72.

⁸⁶⁵ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, pp. 307 y ss.

⁸⁶⁶ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 308.

⁸⁶⁷ FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 184.

Los referidos postulados criminológicos resultan compatibles con un abordaje de la *motivación* delictiva de corte socio-construccionista, que trata de señalar qué factores externos, enraizados en un concreto contexto cultural –y subcultural–, modularían el comportamiento criminal. Ello con independencia de las críticas que se puedan formular frente a dichos planteamientos⁸⁶⁸. Tal postura resulta compatible dado que permite realizar, sin entrar en las críticas que frente a dichos postulados se puedan efectuar desde los modernos enfoques positivo-naturalistas, una homologación de los elementos que caracterizan el comportamiento desviado del «tradicional» delincuente de *cuello blanco* señalados por la doctrina criminológica en diversos planteamientos teóricos, con las pautas comportamentales presentes en el «moderno» *delincuente corrupto*. Ello es posible cuando se parte de la idea de que la norma tiene la capacidad de cautivar al individuo en dos estadios diferenciados de motivación. Este curso gradual de incidencia posibilita establecer los factores que impiden el asentamiento de los «miedos» sobre la *psique* del individuo⁸⁶⁹. Para ello sirven, pues, las teorías aludidas. Y se realiza sobre la base de esas estructuras conceptuales, como cabe reiterar, para comprender las razones por las que, el Derecho penal, no puede *disuadir* la corrupción de los detentadores del poder público cuando se desconocen las interferencias que se producen en los distintos canales que median entre la norma legal y sus destinatarios. Es el estudio de los cursos de mediación social asociados al marco interaccional del individuo⁸⁷⁰, los que en últimas permiten comprender el proceso de invalidación de los cánones de autorrestricción vinculados a los imperativos legales⁸⁷¹.

⁸⁶⁸ Cfr., BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, p. 55. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio / COBO DEL ROSAL, Manuel, *Problemas actuales de la criminología*, Ed. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1984, p. 170.

⁸⁶⁹ Respecto a la capacidad de intermediación de las penas, apunta SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 220: «[...] si el aumento de la certeza de las sanciones penales (y, por tanto, en general, el aumento de la certeza de que el sistema penal funcionará satisfactoriamente) supone incrementos verificables en la eficacia preventiva de las normas, ello es indicativo de que el Derecho penal en su conjunto intimida más de lo que intimidaría su ausencia. Si la *mayor* certeza de la intervención del Derecho penal intimida *más*, parece claro que ello se deberá a que el Derecho penal intimida *algo*».

⁸⁷⁰ Frente a los canales de intermediación del mensaje constrictivo de la pena, señala SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 221: «La afirmación de que el Derecho penal cumple efectivamente funciones de prevención general intimidatoria no indica nada todavía acerca de cuáles son los vehículos de esa intimidación, sobre todo si partimos del general desconocimiento que los ciudadanos tienen de las normas penales en sí mismas consideradas. A mi juicio, una visión realista del problema debe partir de que la eficacia disuasoria respecto de la comisión de un delito resulta, como ya se apuntó al principio, de un complejo de factores, de los que la intimidación penal estricta, indudablemente presente, probablemente no sea el más importante». [...] esta intimidación no se producirá normalmente de modo directo, como parecería indicar el modelo esquemático de FEUERBACH, —algo que, por otra parte, sería imposible ante el general desconocimiento de las normas penales como tales—, sino mediante numerosas “instancias mediadoras”».

⁸⁷¹ Sobre la exigencia de *infalibilidad* o *certeza* de la pena para garantizar su pretensión disuasoria, advierte SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, pp. 244-245: «[...] mientras que de los *incrementos en la severidad* de la sanción no resultan reducciones apreciables en los niveles de la criminalidad, los *incrementos en la certeza* de la producción de la sanción penal sí suelen tener como efecto una disminución en la tasa de criminalidad. [...] Es cierto que las investigaciones empíricas prueban que en los delitos más graves, aquéllos que pertenecen al núcleo del Derecho penal, el papel disuasorio representado por la obligatoriedad moral de la norma (lo que podríamos denominar “coacción interna”) es tan importante que las consideraciones sobre el riesgo jurídico-penal apenas sí desempeñan papel alguno en cuanto a la realización o no de la conducta. Sin embargo, esas mismas investigaciones han advertido que la variable representada por el riesgo de la sanción penal adquiere significado tan pronto como las encuestas se dirigen a personas con una menor vinculación al sistema de valores “convencional” ».

2.1. Subjetividad de la experiencia criminal: validación personal de los fines de éxito y sus repercusiones sobre las definiciones favorables al delito

La *subjetividad*, como se ha enunciado, se define por la forma en que cada persona percibe, piensa, se afecta, etc. y procura sus actuaciones según los significados del mundo que le rodea. Ello tiene que ver con el hecho de que la gente se siente inclinada, de forma casi natural, a la aprehensión de las «señales» de su mundo circundante y las dinámicas inherentes. Por la diversidad infinita de recursos simbólicos que presentan esos mundos, no pueden presentarse «subjetividades» idénticas. Esta diversidad subjetiva, precisamente, da cuenta de la importancia de la cultura en la constitución de lo psicológico. La denominada *Sociología del conocimiento*, como se apuntó, se interesa por esa propensión del hombre a aprehender los significados del mundo externo, en donde las creencias populares, las doctrinas políticas, los usos sociales, los valores morales, en definitiva, la cultura que le es propia a cada quien, determina su experiencia psicológica⁸⁷². La perspectiva del interaccionismo simbólico, justamente, se propone explicar la relación individuo-sociedad a partir de la comprensión de los significados culturales, esto es, de esas prácticas interpretativas y formas de entender la realidad que modulan las acciones del hombre. Desde el prisma criminológico, en consecuencia, lo que interesa comprender es la manera en que el delincuente mismo justifica un *modo* ilícito de proceder. Consecuencialmente, la experiencia criminal ha de situarse en el contexto histórico y situacional del individuo que la personifica. Y si se parte de la perspectiva del infractor, ineludiblemente debe hacerse referencia a esas *capacidades* que se derivan de esa subjetividad o entidad *interpretativa* que le es innata: *simbolizadora, previsor, vicaria, autorreguladora y autoreflexiva*⁸⁷³.

Estas capacidades le facilitarían al individuo, de acuerdo con la concatenación de las teorías criminológicas referidas, la validación personal de los significados del entorno. Por tanto, la imagen de ese delincuente se define por su capacidad de interpretar la realidad que le rodea y de interpretarse a sí mismo desde su particular subjetividad. En este sentido se habla de un ser interpretativo y autointerpretativo. Luego lo que interesa de su actuación no es la conducta en sí misma en cuanto expresión externa de esa subjetividad, sino las interpretaciones que le llevaron a tal exteriorización. Bajo esta mirada la realidad objetiva pasa a un segundo plano. Al primer plano, correlativamente, corresponde la vivencia subjetiva de esa realidad objetiva, esto es, el significado que el actor le atribuye a esa situación objetiva: la trascendencia de la vivencia subjetiva de ese objeto para el infractor. Llevada esta postura a la corrupción pública, lo que interesa para los efectos de entender el fenómeno no son tanto las situaciones objetivas que la inducen: un buen puesto en la Administración pública, una comisión dineraria, un contrato, etc., sino las validaciones subjetivas o significativas a las que ese concreto infractor acude para justificar la utilización indebida de sus facultades formales o posición personal: «*robando al Estado no se hace daño a nadie*», «*si no me lo llevo yo se lo lleva otro*», etc. En este sentido, los discursos institucionalizados en cada contexto cultural se instituyen en una *conditio sine qua non* para la justificación de esas maneras de pensar con relevancia jurídico-penal.

⁸⁷² Sobre el *interaccionismo simbólico*, Cfr., MEAD, Georg H., *Mind, Self, and Society*...

⁸⁷³ Cfr., BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción*..., pp. 38-42.

De manera que la tarea consiste en determinar cuáles son esas justificaciones arraigadas en cada contexto cultural que permiten tanto la profusión de los incentivos positivos para la acción –delictiva– como la invalidación de los criterios de autorrestricción frente al delito. Aunque ofrecer una explicación válida acerca de los factores que influyen en la decisión de cometer un delito, como cualquier diagnóstico relativo a la variabilidad del comportamiento desviado, comporta una tarea arriesgada. Es esta, por diversas razones, una de las grandes dificultades que enfrentan las perspectivas criminológicas erigidas sobre el paradigma de la *elección racional* en su propósito explicar esta clase de delitos. Estos planteamientos, según se ha indicado, «pecan» por la adopción de un criterio de racionalidad instrumental que opaca la subjetividad⁸⁷⁴. Considera al dinero, por ejemplo, como un inductor objetivo, sin preguntarse por la menor o mayor importancia que las personas le atribuyen. Cuando se habla de *acción racional* vinculada a lo subjetivo, por el contrario, no puede relegarse el significado que el individuo le otorga a los criterios que la orientan. Por ello se habla de *acción intencional*. Y para determinar cómo se producen esos procesos de aprendizaje con repercusiones sobre la motivación criminal, es que resulta preciso explorar el significado de sus incentivos dentro del marco cultural del individuo.

Tal exploración cultural de los incentivos del delito resulta posible, según el segundo principio de la teoría de la *asociación diferencial*, dado que el delito «se aprende en interacción con otras personas mediante un proceso de comunicación»⁸⁷⁵. Este curso motivacional, por tanto, no ha de observarse desde los procesos bio-psíquicos que intervienen en la producción del delito, sino desde la dimensión *constructiva* (simbólica) del comportamiento humano: como proceso social. Como refiere GARCIA-BORÉS, «[...] el desarrollo psicológico es una construcción social o, dicho de otro modo, la experiencia psicológica se constituye a partir de la interacción con los demás y, en este sentido, es un proceso social»⁸⁷⁶. Y tal perspectiva resulta válida, pues resulta difícil negar la influencia de la cultura sobre el individuo, ya sea que se precie como mera variable interviniente, o bien como constitutiva de lo psicológico. A partir de ello se puede sustentar, aplicados al carácter aprendido del delito, que los procesos psicológicos están mediados culturalmente, esto es, que el hombre es un ser socialmente construido⁸⁷⁷. La *ansiedad de estatus* es uno de esos procesos psicológicos mediados por lo *social*. Luego, si entre los motivos que nos inducen a buscar un estatus elevado «[...] figuran el deseo de conseguir dinero, fama e influencia»⁸⁷⁸, se debe preguntar por el nexo entre estos *inductores sociales* y el delito⁸⁷⁹.

⁸⁷⁴ GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 187, «[...] entre los antecedentes del comportamiento delictivo pueden hallarse también factores psicológicos, sociales y experienciales del individuo».

⁸⁷⁵ SUTHERLAND, Edwin H. / CRESSEY Donald R., *Principles of Criminology*, p. 77: «Criminal behavior is learned in interaction with other persons in a process of communication. This communication is verbal in many respects but includes also “the communication of gestures”».

⁸⁷⁶ GARCIA-BORÉS, José M., “Paisajes de la Psicología Cultural”, p. 18.

⁸⁷⁷ GARCIA-BORÉS, José M., “Paisajes de la Psicología Cultural”, pp. 10-24.

⁸⁷⁸ DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus*, p. 15.

⁸⁷⁹ VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción*, p. 38: «La conducta ética, o la corrupta, es fruto de un complejo proceso de toma de decisión en el que influyen múltiples variables. En este proceso cognitivo influyen variables individuales, como la autoestima, la edad, el género, y variables de entorno, como los refuerzos organizativos, la cultura corporativa o los estándares profesionales (Wittmer, 1994) ». En el ámbito público, estará afectada por «la cultura cívica en la que se está socializado».

Para validar tal afirmación, lo primero que debe reconocerse es que la corrupción viene motivada, generalmente, por una contraprestación de carácter económica: dinero, especialmente. El análisis de los elementos estructurales del *delito de corrupción* por excelencia: el cohecho, permite certificar ese elemento finalístico. Pero ese factor en sí, como se dijo, no representa nada si no se atiende al valor que este alcanza en sociedad, esto es, a su carácter simbólico: lo que puede «comprarse» con él. Es de esta manera que se arriba a la conclusión de que la naturaleza de esa serie de *refuerzos positivos* que confluyen en el curso complejo de la decisión corrupta, se relaciona con la necesidad de acumular *símbolos de estatus*. Esa necesidad se identifica con un estado de inquietud e insatisfacción que sufre el individuo por el lugar que ocupa en la sociedad, asociado a la adquisición de logros personales. Es lo que Alain DE BOTTON denominaría «*ansiedad por el estatus*»: «Una preocupación tan perniciosa que puede llegar a arruinar periodos prolongados de nuestra vida, que nos lleva a pensar que corremos el peligro de no responder a los ideales de éxito establecidos por nuestra sociedad y quizá por ello nos veamos despojados de dignidad y respeto»⁸⁸⁰. De manera que no puede resultar descabellado que ese mismo estado de preocupación permanente por la obtención de logros personales y que afecta la autoestima, sea un ingrediente esencial en la formación de los incentivos positivos que intervienen en la conformación de actos corruptos de orden patrimonial. Precisamente, en relación a la motivación que preside tales actos, refiere VILLORIA que «[...] la definición típica es la de un proceso psicológico que causa la generación, la dirección y la persistencia de una conducta (Lippa, 1994). En este proceso hay un factor de impulso: las necesidades, según algunos autores, o las expectativas, según otros»⁸⁸¹. La teoría de la *anomia* permite validar esa correlación entre expectativas de éxito e inductores del delito. Ya se dijo que cuando las personas mantienen sus aspiraciones de éxito económico intactas pero el acceso a los medios que permiten satisfacerlas se les mantiene restringido, tienden a buscar y encontrar medios ilegales alternativos para cubrirlas⁸⁸². Con lo anterior se quiere significar que toda acción corrupta posee una base simbólica. Tal base estaría relacionada con la denominada «psicología de la satisfacción», esto es, con ese estado ideal de complacencia que se logra fundamentalmente de hacer comparaciones con los demás. Esta comparación, como refiere DE BOTTON, no se efectuaría frente a personas distantes en el tiempo y en el espacio, sino pertenecientes al mismo entorno cultural: vecinos, amigos, compañeros de profesión, etc.⁸⁸³. Esta apreciación también se convalida desde la teoría de la *anomia*⁸⁸⁴.

⁸⁸⁰ DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus*, pp. 7-8.

⁸⁸¹ VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción...*, p. 48.

⁸⁸² LARRAURI, Elena, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, pp. 69-70

⁸⁸³ DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus*, pp. 53-54: «Nuestra percepción del cuál es el límite apropiado de cualquier cosa –por ejemplo, de la riqueza y de la estima– nunca se decide de forma independiente. Se establece comparando nuestra situación con la de un grupo de referencia, con la de aquellos que consideramos nuestros iguales. [...] Sólo nos consideramos afortunados si tenemos tanto, o más, que las personas con las que crecemos, trabajamos, consideramos amigos y nos identificamos en el ámbito público».

⁸⁸⁴ Así, en relación a la exacerbación del éxito contenida en la teoría de la *anomia* propuesta por MERTON, apuntan TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 126: «[...] los hombres que tratan de vivir de acuerdo con el sistema valorativo se sienten desmoralizados no solo por su propia falta de medios y sus propios fracasos, sino también al ver que otros pueden triunfar aunque no tengan las cualidades consideradas valiosas».

Pero, ¿por qué preguntarse por el origen de la conducta corrupta, esto es, por la fuente de la *predisposición* delictiva, sin vincular la misma a una *posibilidad* efectiva? La razón es simple: la representación mental del *fin* económico que normalmente preside el acto corrupto, según el modelo criminológico previsto, es previa a la selección de los *medios* requeridos para su ejecución. Esta deducción constituye una perogrullada. Pero aun así es necesario señalarlo cuando se parte de una consideración diacrónica del acto desviado, en donde el aprovechamiento de la concreta *oportunidad* representa tan sólo un estadio final del curso motivacional. En este sentido la caracterización *subjetiva* del acto criminal ha de preceder el estudio *material* de su curso configurativo. Dicho orden de análisis resulta apropiado en la medida en que, la realización de un acto sofisticado de corrupción – condicionado por un factor situacional (*opciones* eficaces para delinquir)-, presupone la percepción previa de esa «necesidad» que luego determina la planificación y ejecución del acto criminal. Piénsese, por ejemplo, en aquel sujeto que busca ingresar en política motivado sólo por el deseo de hacerse rico. Y si resulta factible sostener que la intención delictiva se genera con independencia de la existencia de la oportunidad que permite la infracción legal, resulta pertinente preguntar previamente por las razones que llevan a un individuo a optar por el camino de la desviación en su intento de alcanzar tal pretensión. Una de las grandes razones, según la tesis que aquí se defiende, viene determinada por la necesidad humana de significar ante los demás, esto es, por alcanzar esa condición que determina el «valor e importancia que uno tiene ante los ojos del mundo»⁸⁸⁵: el *estatus*.

Con lo anterior se quiere llegar a la conclusión de que la dimensión simbólica del *fin instrumental* que «mueve» a corruptos y corruptores –asociado a la naturaleza de los *roles* desempeñados por unos y otros en marco de las corporaciones públicas-, constituye una categoría de análisis fundamental en aras de comprender las dinámicas de corrupción. Tal relación permitiría deducir, como aquí se propone, que muchas de las opciones de corrupción que se articulan alrededor de los procesos de gestión públicos se hallan ligadas a la necesidad de obtener *símbolos de estatus*: aquellas representaciones originadas en la naturaleza de los objetos físicos e inmateriales que hacen que los individuos se sientan valorados y que puedan alcanzar cierto grado de satisfacción personal. De ahí que se diga que el factor «dinero», desprovisto de significado, no dice nada como incentivo del delito. Este elemento propositivo, más bien, se define por su naturaleza significativa. Esta naturaleza está vinculada al hecho de que las personas buscan una posición en sociedad. Luego es entendible que esas personas se esfuercen para conseguirlo. Por ello se afirma aquí que la búsqueda de dinero y las posesiones materiales representadas por el mismo encuentran un sentido sólo en las recompensas que normalmente se hallan tras la adquisición de esos objetos: atraer la atención de los demás y evitar el fracaso (a sentirse un perdedor): «A los que carecen de estatus no se les ve, se les trata bruscamente, se pisotea su complejidad y se hace caso omiso de su identidad», afirma DE BOTTON⁸⁸⁶. Y si los gestos y los objetos tienen un significado para las personas más allá de su valor material, es comprensible que el recurso a acciones corruptas encuentre allí una razón.

⁸⁸⁵ DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus*, p. 7.

⁸⁸⁶ DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus*, p. 16.

Las representaciones que se hallan tras la profusión de símbolos de estatus y que inducen la comisión de esos delitos que facilitan su logro, lógicamente, vienen afectadas por los procesos de interacción. Frente a la fundamentación interaccionista del segundo principio de la teoría de la *asociación diferencial*, refieren GARRIDO, STANGELAND y REDONDO que « [...] lo que prima en las relaciones humanas es la simbolización de las situaciones, las ideas que se transmiten de unos a otros y los contenidos connotativos del lenguaje»⁸⁸⁷. Quienes «triunfan en la vida», por ello, sirven de «espejo» a otros que se reflejan allí y ansían, de alguna forma, estar en la misma posición. Para DE BOTTON, «Lo que genera ansiedad y resentimiento es la sensación de que podríamos ser diferentes a lo que somos: un sentimiento que transmiten los mayores logros de aquellos a quienes consideramos nuestros iguales»⁸⁸⁸. Este proceso de transmisión resulta posible justamente gracias a la capacidad de aprendizaje en base a modelos. A este respecto, refiere BANDURA que «Mediante la observación continuada de lo que provoca el éxito o el fracaso en los demás, el observador va aprendiendo cada vez más a identificar el comportamiento más adecuado para cada situación»⁸⁸⁹. La asunción del éxito monetario como ideal se debe, en buena medida, a la referencia de aquellos que triunfan. Apunta el mismo autor que «La observación del éxito en los modelos no sólo modifica su atractivo sino que además aumenta el grado en el que los observadores imitan realmente su comportamiento»⁸⁹⁰. Y si esto es así, luego no ha de resultar extraño que se validen los modos ilícitos de acción.

La validación personal de todos esos componentes que se hallan tras la apetencia de símbolos de estatus, de acuerdo con este segundo principio, se vería posibilitada por los procesos de comunicación verbal y los gestos de los referentes. Se mencionó ya que «A los que carecen de estatus no se les ve, se les trata bruscamente, se pisotea su complejidad y se hace caso omiso de su identidad»⁸⁹¹. De ahí que en una sociedad en la que la valía personal se vincula a la obtención de logros y del éxito, resulta difícil no sólo no asumir los logros de otros como una reprensión por lo que no se tiene, sino también conformarse con ello. En relación a la denominada «psicología de la satisfacción», estima DE BOTTON que el sentimiento de obtener logros personales y que surge fundamentalmente de comparaciones con los demás, comporta un gran estado de molestia cuando otros que se consideran similares alcanzan esos ideales culturales que también se desean para sí. En referencia al análisis realizado en el siglo XIX por TOCQUEVILLE sobre el pueblo estadounidense (en *La democracia en América*), cita DE BOTTON un pasaje en el que el historiador francés referenciaba: «No he conocido en América ningún ciudadano tan pobre que no mirase con esperanza y envidia los placeres de los ricos». Los ciudadanos pobres, sigue apuntando el autor, «observaban a los ricos de cerca y confiaban en que también ellos, algún día, seguirían sus pasos»⁸⁹². Ello generaría un efecto secundario definido por una especie de humillación cuando se considera que se está por debajo en la escala de adquisiciones.

⁸⁸⁷ GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, pp. 360-361.

⁸⁸⁸ DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus*, p. 54.

⁸⁸⁹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 322.

⁸⁹⁰ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 352.

⁸⁹¹ DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus*, p. 16.

⁸⁹² DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus*, p. 62.

Es así como se llega a la conclusión de que la ansiedad de estatus se vincula al curso motivacional del delito patrimonial. Pero, ¿por qué ese deseo de obtener logros personales afectaría de tal forma la motivación? Para responder a esta cuestión resulta útil resaltar la diferencia que realiza GIDDENS entre las *razones* y los *motivos* de la acción. Señala el autor que « [...] las razones de una acción forman intrínsecamente parte del control reflejo de la misma ejercido por todos los agentes humanos. Más que estar unidas a modo de secuencia o agregados, las razones son una cualidad constante de la acción»⁸⁹³. Se habla así de una «racionalización» de las acciones que determina su «intencionalidad». Y si el hombre es un agente que racionaliza sus acciones, por ende tendrá la capacidad de proyectar las razones de cada acción. En este sentido su acción será «reflexiva». Significa ello que el actor se «mantiene en contacto» de forma constante con los «principios de su conducta», de modo que la misma puede producirse y reproducirse de forma permanente. Los *motivos*, por su parte, estarían referidos a «la fuente originaria de la acción». A este respecto, apunta el autor que los *motivos* no afectarían de forma constante a la acción (como lo hacen las razones), sino que se identifica con un estado «afectivo» del individuo, esto es, « [...] que implica formas inconscientes de afecto y ramalazos, o incitaciones, experimentados más conscientemente»⁸⁹⁴. De modo que los motivos de la acción se identificarían más con el estado afectivo del hombre, como por ejemplo la autoestima. La experta en comportamiento organizacional, la psicóloga Lynda GRATTON, describe perfectamente la manera cómo se llega a alcanzar esa profusión social por el dinero y los bienes materiales cuando se pregunta: « ¿cómo hemos llegado a valorar tanto el dinero y el consumo? »:

Si queremos entender cómo cambiar o cómo ayudar a que los demás cambien, necesitamos entender cómo es que millones de personas en los países desarrollados y cada vez más en los países en vías de desarrollo- han llegado a sentir tanto apego por el dinero y el consumo. La historia del consumo empieza en la niñez. No nos sorprende que aquellos padres que le dan prioridad a la riqueza material sobre la educación y el cariño tengan hijos ansiosos por consumir constantemente. Tampoco sorprende que las largas horas frente al televisor sólo sirvan para reforzar el valor del dinero y lo que puede comprar. Como el psicólogo Tim Kasser y sus colegas señalan: “Los televisores, o padres sustitutos, presentan los bienes que el dinero puede comprar como el epítome de la vida misma. Protegemos a nuestros hijos de la pornografía pero en cambio los exponemos irreflexivamente a las lecciones más vividas del materialismo”⁸⁹⁵. [...] En muchas sociedades el dinero no es simplemente un medio para poder consumir; también es un indicador social de estatus y como tal ha llegado a formar parte de nuestra identidad. La adquisición de bienes y servicios nos valida como personas. Existen, por supuesto muchas otras formas de validar nuestra identidad. Podemos hacernos valer por nuestros poderosos amigos, o por honores que recibimos, a través de nuestras proezas en el deporte, o de nuestro amor por los niños o incluso por nuestras hermosas colchas de *patchwork*. En muchas sociedades alrededor del mundo el dinero es el principal validador de estatus y por lo tanto se ha convertido en uno de los objetivos centrales de nuestra vida. Sin embargo, cuando nos comparamos con otros el listón siempre seguirá estando más alto. Los puntos de referencia cambian y se multiplican, por lo que “tener lo mismo que el vecino” se vuelve un motor importante del vínculo entre dinero y trabajo.

⁸⁹³ GIDDENS, Anthony, *Modernidad e identidad del Yo: El Yo y la sociedad en la época contemporánea* (Trad. José Luis Gil), Ed. Península, Barcelona, 1995, pp. 85-86.

⁸⁹⁴ GIDDENS, Anthony, *Modernidad e identidad del Yo...*, p. 86.

⁸⁹⁵ GRATTON, Lynda, *Prepárate: El futuro del trabajo ya está aquí* (Trad. Marisa Abdala), Ed. Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2012, p. 300.

Bajo este presupuesto resulta comprensible que las presiones sociales para alcanzar el éxito terminen afectando los niveles de autosatisfacción o frustración del hombre. Según apunta DE BOTTON en referencia al referido análisis de TOCQUEVILLE, las diferencias entre las sociedades democráticas actuales y aristocráticas del pasado se expresaban en las distintas mentalidades de sus respectivos sirvientes: los de las sociedades aristocráticas tendían a aceptar su destino con buena disposición, esto es, no sentían que cumplir un rol teóricamente de menor condición, como por ejemplo servir mesas dentro de un restaurante, tuviera nada de humillante⁸⁹⁶. Pero en las sociedades democráticas post-modernas, particularmente por la presión acuciante de que todos los ciudadanos pueden llegar a hacer cualquier cosa que se propongan, gran parte de la población puede verse inmersa en un sentimiento de desesperación en el que el fracaso es algo que no se contempla. Afirma DE BOTTON que si bien es cierto que el rígido sistema jerárquico de casi todas las sociedades occidentales hasta el siglo XVIII era injusto en sus diversas instancias, no obstante brindaba a quienes se situaban en los peldaños inferiores una libertad notable: la libertad de no tener que comparar sus logros con quienes alcanzan el éxito y sin tener que sentirse frustradas por ello. Advierte que el ser humano encaja en este modelo más de lo que suele reconocerse: las personas suelen comparar sus vidas respecto de aquellas otras que están mejor situadas en la escala social. Y bajo este panorama, entonces, no resultará extraño que se presente una banalización de todo medio que resulte útil para el logro de tales fines.

La perspectiva subjetiva de los inductores objetivos del delito obliga, pues, a indagar por el tipo de representaciones que se hallan detrás de la comisión de un delito impulsado por el deseo de riqueza. Citando a Adam SMITH –en su *Teoría de los sentimientos morales*–, se pregunta DE BOTTON precisamente para qué sirve la riqueza, la ambición o el poder: «Las ventajas que podemos considerar derivadas de ella son la de ser observado, escuchado o tenido en cuenta con simpatía, complacencia y aprobación»⁸⁹⁷. La importancia de esta apreciación posee una importancia capital para comprender la incidencia de ciertas conductas como *refuerzos positivos*: Psicológicamente, esa misma necesidad que experimentan los seres humanos de ser observados por los demás indica, desde el punto de vista inverso, que estos últimos necesariamente prestan atención a quienes ostentan símbolos de estatus: el «modelo» de observación, diría BANDURA. Precisamente, para este último «Los resultados observados no sólo informan, sino que también pueden motivar»⁸⁹⁸. Precisa que, generalmente, «los individuos que disponen de una elevada posición son más imitados que aquellos cuya posición es la de subordinado»⁸⁹⁹. La importancia de este aspecto es capital para afirmar el poder del modelado en la profusión de la corrupción, pues si los de «arriba» se corrompen, los de «abajo» también lo validarán. Como apunta el mismo BANDURA, «Los modelos que poseen cierta posición social, competencia y poder, resultan más eficaces en promover en los demás conductas similares a las suyas que aquellos con menor categoría»⁹⁰⁰. De ahí, cabe insistir, la inconveniencia del nepotismo.

⁸⁹⁶ DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus*, pp. 61 y ss.

⁸⁹⁷ DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus*, p. 17.

⁸⁹⁸ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 324.

⁸⁹⁹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, pp. 351-352.

⁹⁰⁰ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 229.

Esta vinculación por parte de los miembros de la sociedad con los fines que se precian en la misma y no con los caminos legítimos establecidos para ello, permite apreciar la «ambigüedad moral» de los delitos de corrupción: la contracción ético-legal de los caminos ilegítimos que permiten la realización de fines exacerbados socialmente. Ello se comprende a partir del planteamiento de MERTON. Para el autor la sociedad *anómica* se caracteriza por tres circunstancias: 1) *desequilibrio cultural entre fines y medios*; 2) *universalismo en la definición de los fines*; 3) *desigualdad en el acceso a las oportunidades*. Según el primer criterio, la estructura social, al definir como prioritarios ciertos fines (el éxito económico, en este caso), se desajusta cuando se « [...] desarrolla una presión muy fuerte, a veces una presión de hecho exclusiva, sobre el valor de determinados objetivos que comporta un interés hasta cierto punto pequeño por los medios institucionalmente prescritos de esforzarse hacia la consecución del objetivo»⁹⁰¹. La *universalización de los fines* torna aún más compleja tal ambigüedad, pues si toda persona sin importar su origen o condición debe propender por llegar a la cima del éxito⁹⁰², esa institucionalización del éxito monetario como valor cultural supremo podrá generar un conflicto entre esa íntima convicción del hombre y las pretensiones reguladoras de los diversos sistemas normativos en la medida en que se produzca un bloqueo de oportunidades legítimas para realizarlo (*desigualdad de oportunidades*)⁹⁰³. Esta carencia de oportunidades produciría un «desequilibrio» del sistema jurídico frente a los ideales personales marcados culturalmente⁹⁰⁴. Frente a este desequilibrio cada individuo experimentaría, según el autor, diversos «modos de adaptación»⁹⁰⁵: *conformidad*; *innovación*; *ritualismo*; *apatía*; *rebelión*. Si bien la mayoría de los miembros de la sociedad optaría por vías convencionales para alcanzar los fines socialmente inducidos (*conformidad*) u otros se plantearían fines alternativos o renunciarían a ellos (*ritualismo*), sin embargo otros decidirían emprender uno de los caminos ilegítimos que conduzcan a tal finalidad (*innovación –delictiva*)⁹⁰⁶. El problema es que si estos pocos que optan por la *innovación* son los altos regentes del Estado, la corrupción de las instituciones resulta inevitable. De ahí la necesidad de implementar filtros más exigentes para su selección.

⁹⁰¹ MERTON, Robert, *Social theory and social structure*, p. 142.

⁹⁰² MERTON, Robert, *Social theory and social structure*, p. 249.

⁹⁰³ MERTON, Robert, *Social theory and social structure*, p. 219.

⁹⁰⁴ Sobre la teoría de la *anomia* formulada por MERTON, destaca BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, pp. 59-60, que su postura *funcionalista* permite precisamente « [...] interpretar la desviación como un producto de la estructura social, tan absolutamente *normal* como el comportamiento conforme a las reglas y valores predominantes». Esto conduciría, de acuerdo con BARATTA, a considerar que la estructura social «no tiene sólo un efecto represivo, sino también y sobre todo un efecto estimulante sobre el comportamiento individual»⁹⁰⁴. En el modelo teórico propuesto por MERTON, la desviación se explica, pues, partiendo de una probable contradicción entre *estructura social* y *cultura*. De acuerdo con dicho planteamiento, « [...] la cultura, en un determinado momento de desarrollo de una sociedad, propone al individuo determinadas metas que constituyen motivaciones fundamentales de su comportamiento (por ejemplo, un cierto grado de bienestar y de éxito económico)... ». Señala, en consecuencia, que «La incongruencia entre los fines culturalmente reconocidos como válidos y los medios legítimos a disposición del individuo para alcanzarlos está en el origen de comportamientos desviados».

⁹⁰⁵ MERTON, Robert, *Social theory and social structure*, p. 219.

⁹⁰⁶ La denominada *Encuesta Mundial de Valores (World Values Survey)* se alinea con la tesis de que sociedades con altos niveles de valoración del éxito económico, puesta en relación con la limitación de medios convencionales para alcanzarlo, aumentan la probabilidad de generación de comportamientos corruptos.

La imposibilidad de realizar los *finés* de éxito por vías legales, según las categorías referenciadas, conduciría a una conducta «innovadora», en términos de BERGALLI, a un « [...] desajuste entre cultura y estructura social» que demandaría el «uso de técnicas nuevas o ilícitas para obtener los propósitos deseados»⁹⁰⁷. Al respecto señalan TAYLOR, WALTON y YOUNG que la ideología irrestricta del éxito implícita en los valores del capitalismo moderno generaría diversos «modos de adaptación individual», dado que las acciones de los hombres se fundamentan en «elecciones significativas», aceptando o rechazando las metas culturales exasperadas socialmente y los medios institucionalizados⁹⁰⁸. Frente al modo de adaptación «innovadora», apuntan que como sucede con el «utilitarismo» propio de Estados Unidos, se asigna una importancia tal al éxito sin reparar en la trascendencia de la distribución de los medios requeridos para conseguirlo, que « [...] el resultado de este clima social y moral es, inevitablemente, la innovación, la adopción por parte de los ciudadanos de medios ilegítimos para buscar y alcanzar el éxito»⁹⁰⁹. Este clima de orden social y moral, de acuerdo con el presupuesto socioconstruccionista aplicado en este apartado, dependería de los discursos y narrativas populares sobre la validación de los fines de éxito y de los medios de realización cimentadas en la interacción humana y en el modelado de arquetipos reales o ideales, pues como ya se referenció, la subjetividad se asocia a una concepción de ser humano como «agente activo, intencional y reflexivo»⁹¹⁰.

Las agencias de comunicación masiva, como se verá luego, alcanzan una importancia capital en la profusión de esas expectativas de éxito. En referencia a la naturaleza «indefinida y relativa» de la «medida del éxito» expresada en términos monetarios, apuntan TAYLOR, WALTON y YOUNG que esa invisibilidad del «punto final de destino» implícita en el «sueño Norteamericano», está relacionada con el poder que ejercen dichas agencias sobre las mentes de los individuos. En sus propios términos, se producen una gran cantidad de mensajes exhortativos provenientes de las agencias de publicidad y de los medios de comunicación que « [...] ejerce intensa presión sobre las personas para que se esfuercen por aumentar sus ingresos en interés del consumo ostentoso y de la posesión de más símbolos de status»⁹¹¹. Frente al «poder de atracción» que ejercen los medios audiovisuales sobre las conciencias individuales y su importancia en el aprendizaje vicario, apunta BANDURA, correlativamente, que «Quizás en el modelado que realiza la televisión sea donde mejor se ponga de manifiesto el control de la atención que es capaz de ejercer la atracción del modelo»⁹¹². La lógica del aprendizaje «modelado» de esas metas de éxito se observa, pues, en la teoría de MERTON: « [...] la anomia es consecuencia de la deficiente integración entre medios y fines, o que surge cuando los individuos carecen de medios institucionales para alcanzar las metas culturales que se les ha enseñado a perseguir»⁹¹³.

⁹⁰⁷ BERGALLI, Roberto, “Perspectiva sociológica: estructura social”, p. 136.

⁹⁰⁸ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, pp. 119-120.

⁹⁰⁹ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 120.

⁹¹⁰ GARCIA-BORÉS, José M, “Paisajes de la Psicología Cultural”, p. 18.

⁹¹¹ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 116.

⁹¹² BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 75. Puntualiza que: «Una buena parte del modelado de la televisión es capaz de captar diariamente, y durante periodos de tiempo prolongados, la atención de individuos de todas las edades, y la eficacia de sus modelos puede ser tan elevada que consiga que los espectadores aprendan la conducta que muestran...»

⁹¹³ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 125.

Se llega así a la conclusión de que es a partir de esos procesos de comunicación verbal y gestual que se producen en sociedad y al interior de sus grupos, que se va cimentando esa gama de justificaciones que le permiten al individuo valerse de cualquier medio que le posibilite otorgar sentido a su vida. Frente a los «estilos y planes de vida», apunta GIDDENS que en ese «plano del Yo», «un componente fundamental de la actividad diaria, es el de la mera *elección*». La importancia de esta categoría es absoluta. Como afirma este autor: «Un estilo de vida puede definirse como un conjunto de prácticas más o menos integrado que un individuo adopta no sólo porque satisfacen necesidades utilitarias, sino porque dan forma material a una crónica concreta de la identidad del yo»⁹¹⁴. No obstante, aunque no puede sostenerse que la cultura no logra eliminar de forma total la capacidad de elección del individuo en los asuntos de la vida diaria, puede decirse que «la tradición o los hábitos establecidos, ordenan la vida dentro de canales relativamente impuestos». Y ello en la medida en que «todas las tradiciones son efectivamente elecciones entre un conjunto indefinido de posibles pautas de comportamiento». El problema radica en que entre esa gama de alternativas de elección, como se ha venido insistiendo, se encuentra la obtención de símbolos de estatus. Al respecto, refiere GIDDENS que «La modernidad coloca al individuo frente a una compleja diversidad de elecciones»⁹¹⁵. La «primacía del *estilo de vida*» se encuentra vinculada a tales elecciones: «La noción de estilo de vida resulta un tanto trivial porque muy a menudo suele concebirse únicamente en función de un consumismo social: los estilos de vida, según los presentan las revistas elegantes y las imágenes publicitarias». Y estos estilos de vida encuentran gran aceptación social, fundamentalmente porque el estatus derivado genera consecuencias agradables para quien lo ostenta. Según lo representa DE BOTTON, esas consecuencias agradables se generan cuando «Uno tiene recursos, libertad, espacio, comodidad, tiempo y, quizá algo igual de importante, la sensación de que le cuidan y de que se le tiene en consideración...»⁹¹⁶. Y es en este sentido que puede decirse que la observación de esta condición en los demás –y que sirven de modelo comparativo-, en términos conductistas, puede terminar constituyendo no sólo un *refuerzo positivo* de los fines socialmente estructurados, sino también un *refuerzo negativo* de los mismos motivos cuando, quienes se valen de cualquier medio ilegítimo para ello, no son sancionados social y legalmente⁹¹⁷. Al respecto, apunta BANDURA que cuando quienes modelan una determinada pauta conductual realizan actividades «funcionales o placenteras» que son inhibidas normalmente por las prohibiciones sociales, «observar que la conducta no es castigada aumenta la conducta similar en el observador de forma muy parecida a como lo hace la observación de que esta es recompensada»⁹¹⁸. Es en este sentido que se afirma que la impunidad constituye un *refuerzo negativo* del delito.

⁹¹⁴ GIDDENS, Anthony, *Modernidad e identidad del Yo...*, p. 106.

⁹¹⁵ GIDDENS, Anthony, *Modernidad e identidad del Yo...*, p. 106.

⁹¹⁶ DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus*, p. 7.

⁹¹⁷ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 307: «Los incentivos también pueden modificarse por medio de la comparación social y por la comparación con experiencias pasadas. El contraste incentivo, resultado de la disparidad percibida entre las consecuencias observadas y las experimentadas personalmente influyen sobre el individuo de forma similar a como lo hace la disparidad con los resultados personales pasados. El individuo comprara sus propias consecuencias con las que consiguen los demás con un comportamiento similar al suyo».

⁹¹⁸ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 313.

2.2. Construcción social de la subjetividad: adquisición de refuerzos conductuales vinculados a la delincuencia de naturaleza patrimonial

La segunda idea que subyace a la perspectiva analítica que aquí se propone es que la *subjetividad* que caracteriza el comportamiento humano con significación criminal es una *construcción social*: la subjetividad o marco de interpretación de la realidad que se relaciona con actos delictivos, se construye socialmente (en interacción con los demás). Y si se afirma que la subjetividad de los hombres que se construyen psicológicamente en un determinado contexto histórico y contextual depende de los discursos o narrativas allí instituidos, la siguiente pregunta que cabe formular es de qué se compone esa «lente» o marco de interpretación del mundo. En este marco hay creencias, valores, pautas de comportamiento, que conjuntamente conforman un entramado de significados desde donde cada persona se concibe a sí mismo y al mundo que le rodea, lo que en cierta medida definen su código moral. Por tanto, el origen de esos elementos no tiene otra naturaleza que *cultural*. Para afirmar la entidad construida del hombre hay que partir de una concepción *tabula rasa* de la mente. El Conductismo parte de tal concepción, entre otras cosas porque una de sus premisas es que la conducta es aprendida. El problema es que desde esta postura se estima al hombre como un ente pasivo y receptor de los estímulos del ambiente. En cambio para el Socioconstruccionismo, a diferencia de aquél, la experiencia psíquica es interactiva, esto es –como refieren BERGER y LUCKMANN–, de naturaleza intersubjetiva: aquello que los hombres comparten con sus semejantes. Es, por lo tanto, un punto de encuentro entre significados: los propios y los de los congéneres⁹¹⁹. Psicológicamente, ese proceso de interacción puede correlacionarse con la «reciprocidad triádica» referenciada por BANDURA⁹²⁰. Consecuencialmente, partir de la idea de que el hombre nace «en blanco» –simbólicamente hablando– implica acoplar las fases evolutivas del ser humano al análisis del comportamiento. La Psicología ha teorizado con suficiencia que el hombre empieza a interiorizar contenidos culturales desde su fase infantil⁹²¹. Como apunta FERNÁNDEZ, «El individuo, al nacer en un determinado contexto, se ve “condenado”, determinado o forzado a adquirir el sistema de valores sociopolíticos que se practican o defienden en él»⁹²². Un flujo incesante de símbolos le permiten ir otorgando sentido a las situaciones, por lo que se dice que la subjetividad es activa: lo que incorpora a su experiencia no es lo que se le dice, sino lo que interpreta que se le dice (subjetividad).

⁹¹⁹ Como señala FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, 190: «El proceso de socialización se incardina directamente con el de la psicología cultural. Así, por ejemplo, si un sujeto se desarrolla en un contexto de corrupción, mayores probabilidades tiene de llegar a considerar positivamente las prácticas corruptas».

⁹²⁰ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción*, pp. 38-39: «En la concepción cognitiva social no se considera al individuo gobernado por fuerzas internas ni determinado y controlado por estímulos externos, sino que se explica el funcionamiento humano como un modelo de reciprocidad triádica en el que la conducta, los factores personales, cognitivos y de otro tipo, y los acontecimientos ambientales actúan entre sí como determinantes interactivos».

⁹²¹ Frente a los procesos educativos de niños, refiere DURKHEIM, Emile, *Las reglas del método sociológico*, pp. 38-39: «[...] toda educación consiste en un esfuerzo continuo para imponer a los niños maneras de ver, de sentir y de obrar, a las cuales no habrían llegado espontáneamente». Luego, la enculturación da cuenta del proceso o la forma de cómo se enseña los valores. Esto se llama “constituir al ser social” mediante presión del medio social en donde los padres y maestros no son solo sino intermediarios».

⁹²² FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 188.

Frente a esas presiones mediáticas fundamentadas en modelos ideales de vida, estima DE BOTTON que la incapacidad de limitar esas tormentosas aspiraciones marcadas por la cultura viene definida no sólo por exigencias propias, sino además, según este presupuesto, por las comparaciones realizadas con los demás: el mundo espera de todos nosotros que triunfemos. Este ejercicio comparativo adquiere vital importancia desde las modernas corrientes conductistas. En el modelo conductual-cognitivo propuesto por BANDURA, por ejemplo, la capacidad de aprendizaje del hombre se produce no sólo en razón de las experiencias propias, sino también en referencia a modelos: «motivadores vicarios»⁹²³. Así puede situarse el éxito de los demás como *refuerzo positivo*. Por ello le asiste suma razón al multicitado Psicólogo cuando afirma, frente a las «funciones de las sanciones sociales», que «Las respuestas de aprobación y desaprobación informan de los patrones de conducta considerados socialmente positivos o negativos»⁹²⁴. Y en esta función tomaría partido, como quizá ningún otro factor, los medios de comunicación mediante la profusión de los estilos de vida «apropiados» y, en no pocas veces, la invalidación de cortapisas éticas⁹²⁵.

La filosofía del éxito que a diario se *refuerza* a través de los *media*, ayudaría en la generación de esa ansiedad de estatus de la que habla DE BOTTON, en la medida en que se transmite la idea de que siempre se puede ser más de lo que se es⁹²⁶. BOURDIEU afirmaba que si los *media* suministran una información homogeneizada, cabía imaginar los efectos políticos y culturales que de ello se podían derivar⁹²⁷. Pero son las propias vivencias de la gente las que indican que los ideales marcados por esa filosofía del éxito difiere más de lo que muestran los *mass media*⁹²⁸. Bajo estas condiciones el camino de la desviación estará siempre abierto. A ello se suma que esas expectativas de éxito han aumentado exponencialmente en la actualidad y que el nivel de riqueza es relativo: la riqueza dependería de las propias expectativas. Por ello refería ROUSSEAU que hay dos maneras de hacer a la gente más rica: dándole más dinero o limitando sus deseos. Señala DE BOTTON que en la modernidad se ha avanzado muchísimo en la primera opción, pero al exacerbar continuamente los apetitos, han contribuido a invalidar los logros de la gente regular⁹²⁹.

⁹²³ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción*..., pp. 306 y ss.

⁹²⁴ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción*..., p. 286.

⁹²⁵ DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus*, p. 56: «A partir del siglo XIX las librerías occidentales han inspirado –y sin querer, entristecido- a sus lectores con autobiografías de héroes hechos a sí mismos y recopilaciones de consejos dirigidos a quienes aún no han conseguido serlo, ilustrando alegorías morales de transformación personal al por mayor, historias de rápidos procesos de enriquecimiento y consecución de la felicidad».

⁹²⁶ DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus*, p. 62: «Si las grandes revoluciones políticas y de consumo registradas en los siglos XVIII y XIX produjeron angustia psicológica, a pesar de la enorme mejora del destino material de la humanidad, fue a causa del nuevo y extraordinario ideal en el que se asentaban: la creencia, desde el punto de vista práctico, en la igualdad innata de todos los seres humanos y en el poder ilimitado que tiene todo el mundo para lograr cualquier cosa».

⁹²⁷ BOURDIEU, Pierre, *Sobre la televisión*, Ed. Anagrama, Barcelona, 1997, p. 74.

⁹²⁸ DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus*, p. 69: «EL desarrollo de los medios de comunicación ha propiciado aún más el aumento de las expectativas. Alfred Harmsworth, fundador del *Daily Mail* británico, explicó con franqueza al lanzar su periódico de 1896 que su lector ideal era un hombre de la calle “que ganara cien libras al año” y al que se le pudiera hacer sonar con ser “el hombre de mil libras del mañana”; mientras que en Estados Unidos, *Ladies’ Home Journal* (aparecido en 1883), *Cosmopolitan* (1886), *Munsey’s* (1889) y *Vogue* (1892) pusieron al alcance de la imaginación de cualquiera la forma de vida de los ricos».

⁹²⁹ DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus*, p. 71.

La referida diferencia entre las *razones* y los *motivos* de la acción planteada por GIDDENS permite aseverar que si bien la realización objetiva de un delito complejo está presidida por un proceso de reflexividad en el que se ponderan los beneficios de la acción (*razón* en su vertiente dinámica), la carga significativa de ese beneficio que se aspira alcanzar vendría dada por lo afectivo (*motivos*). La necesidad de acumular símbolos de estatus estaría mediada por un conjunto de objetos ligados a la entidad emocional del ser y que se manifestaría mediante una sensación de ansiedad por ser más de lo que se es, esto es, por un aumento exponencial de expectativas. Sobre la base de ese estado afectivo los individuos reordenarían las prioridades de la vida. Por ello, como apunta el autor, «en las condiciones de la modernidad reciente todos nosotros nos atenemos a estilos de vida, pero además, en cierto sentido, nos vemos forzados a hacerlo (no tenemos más elección que elegir) »⁹³⁰. Por lo mismo puede decirse que los estilos de vida son, en términos de GIDDENS, «prácticas hechas rutina: las rutinas presentes en los hábitos del vestir, el comer, los modos de actuar y los medios privilegiados para encontrarse con los demás...»⁹³¹. El problema, como se dijo, es el incremento exponencial de esas expectativas. El mismo William JAMES, como recuerda DE BOTTON, se propuso estudiar psicológicamente los problemas que se crean las propias sociedades cuando empiezan a fundar elevadísimas expectativas entre sus ciudadanos. Para ello se centró en la interrelación que se forma entre las expectativas de éxito generadas en la cultura y la satisfacción real de las mismas⁹³².

Estima DE BOTTON, en referencia a tal análisis, que JAMES acierta cuando refiere que la autoestima, consideración que de una u otra forma buscan muchos seres humanos, está ligada a la relación de dos factores: el éxito, identificado con ese número de cosas en las que se representa el triunfo, y las expectativas, definidas por el número de situaciones en las que se espera tener éxito⁹³³. De manera que la obtención de un alto grado de autoestima precisa que se aumenten los medios para alcanzar el éxito, o bien que se reduzca el número de cosas en las que se quiere tener éxito. El problema es que las sociedades modernas se encuentran sometidas a una gran presión para triunfar. Ya se mencionó que MERTON destacó este aspecto como factor generador del delito, puesto que induce a que la gente decida si se ubica en el mundo de los triunfadores o en el de los perdedores. Por ello si no se reduce el nivel de las expectativas de éxito, la autoestima se reduce a tal punto que el riesgo de humillación causado termina delineando el camino de la desviación. El ideal meritocrático adquiere así suma relevancia, puesto que cuando la gente se da cuenta que no es tan real la idea de que el éxito está al alcance de todo aquel que trabaje para ello, se produce un estado de intranquilidad en el que la meritocracia se despoja de su banalidad moral y el éxito empieza a verse como una prueba de superioridad desprovista de limitantes éticos. Y aquí es donde la vía del delito puede verse como otra opción más para batallar por esos ideales de vida. Y por esa conexión estructural, es que se afirma que la motivación delictiva no sólo posee una naturaleza *subjetiva*, sino que además se vincula al conjunto de constructos sociales que se transmiten entre los miembros de una sociedad.

⁹³⁰ GIDDENS, Anthony, *Modernidad e identidad del Yo...*, p. 106.

⁹³¹ GIDDENS, Anthony, *Modernidad e identidad del Yo...*, p. 106.

⁹³² DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus*, p. 64.

⁹³³ DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus*, pp. 63-64.

La naturaleza intersubjetiva de la mente es importante destacarla para entender qué cosas pueden pasarse por la cabeza de quien se vale de medios ilícitos para obtener los fines de éxito que profesa su cultura. En la filiación individual con quien personifica el éxito, como lo pondría de relieve SMITH, se encontraría una de las causas esenciales de la «corrupción de los sentimientos morales»: «[...] la corrupción de nuestros sentimientos morales, que es ocasionada por la disposición a admirar a los ricos y a los grandes, y a despreciar o ignorar a los pobres y de baja condición»⁹³⁴. La profusión de la *cultura del éxito* se instituiría así en un incentivo para la corrupción⁹³⁵, puesto que cuando dichas pautas culturales se inculcan desde los mismos grupos primarios de control social (familia, escuela, etc.), tal exigencia se traduce, con el tiempo, en fines de obtención «vital»: refuerzan positivamente la conducta. Quizá por ello concluía BONGER, según lo recuerdan CID y LARRAURI, que «No puede haber ninguna duda de que uno de los factores de la criminalidad entre la burguesía es la mala educación (moral) [...]. Los niños –hablando en términos generales– crecen con la idea de que deben triunfar, no importa cómo; se les inculca que su objetivo en la vida es ganar dinero y brillar en el mundo»⁹³⁶. Se entiende así que lo que la gente busca a partir del dinero es recibir buen trato: ser atendidos, que se les preste atención con amabilidad y aprobación, esto es, ser respetados por los demás.

Pero, ¿por qué importa tanto el estatus a las personas? En gran medida porque la autoestima depende considerablemente de cómo se es valorado por los referentes. Al respecto, apunta DE BOTTON que es tan importante el estatus para las personas, que la mayor o menor valía que se perciba de otros termina influyendo en la confianza personal. En una especie de análisis introspectivo, como recuerda el mismo DE BOTTON, JAMES llegó a calificar como castigo perverso para el hombre, el hecho de ser ignorado completamente⁹³⁷. JAMES extrajo muchas de sus conclusiones reflexionando acerca de lo diferente que se sentía en los días en que había sido tratado afectuosamente y percibido la admiración de la gente, frente a los días en que había pasado de incógnito. Es de este modo como las opiniones de los demás, según apunta DE BOTTON, influirían en el concepto que las personas tienen de sí, como si existiera una equivalencia en la manera en que se es juzgado por otros y el autoconcepto. Por ello no ha de extrañar que el argumento que subyace a las campañas de consumo consista, sin eufemismos, en resaltar la idea de que se vale en función de la ropa que se lleva, el vehículo que se tenga o el lugar donde se viva, esto es, en función de los símbolos de estatus que se puedan exhibir, pues parece que son los objetos los que dicen al mundo cuánto respeto merece cada quien. Por ello se afirma que las expectativas representadas en el delito patrimonial se construyen socialmente.

⁹³⁴ SMITH, Adam, *La teoría de los sentimientos morales* (Trad. Carlos Rodríguez Brau), Ed. Alianza, Madrid, 1997, p. 123.

⁹³⁵ CARTOLANO S., Mariano J., *La corrupción...*, p. 38: «[...] se señala que cuando la corrupción alcanza dimensiones estructurales y afecta prácticamente a todo el sistema público, aparecen otros valores que sustentan el “nuevo orden”. Como ejemplo, cabe mencionar el modelo de valores que estaba detrás de la corrupción sistémica detectada en Italia en los años 90, el cual se basaba en la búsqueda de beneficios personales y en la riqueza como fuente de prestigio y reconocimiento social».

⁹³⁶ CID MOLINÉ, José / LARRAURI PJOAN, Elena, *Teorías criminológicas...*, pp. 234-235.

⁹³⁷ DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus*, p. 19: «Si fuera posible físicamente, no se podrá concebir castigo más diabólico que soltar a alguien en la sociedad y que pasara absolutamente desapercibido entre todos sus miembros».

En su «*Teoría de la clase ociosa*», Thorstein VEBLEN señaló parte de las razones ligadas a la adquisición de bienes de lujo: simbolizar un estatus determinado⁹³⁸. En referencia al análisis efectuado por VEBLEN, DE BOTTON llama la atención sobre el hecho de que normalmente cuando se critica frívolamente a quienes se interesan por la adquisición de objetos de lujo y se les caracteriza como ambiciosos o codiciosos por ello, se pasa por alto el aspecto emocional que se encuentra tras la situación: a la gente le atraen los símbolos de estatus fundamentalmente porque quieren sentirse valorados. Por ello, mientras «El rico se vanagloria de sus riquezas porque siente que de forma natural atrae hacia él la atención del mundo», señala DE BOTTON, «el pobre se avergüenza de su pobreza. Siente que se vuelve invisible ante la humanidad»⁹³⁹. Precisa el autor que hay un hecho evidentemente desagradable pero lamentablemente cierto: La cantidad de afecto que las personas reciben del mundo, depende de la cantidad de símbolos de estatus que puedan exhibir ante los otros. De ahí concluye que en la actualidad ganar mucho dinero o tener un cargo importante indican más rasgos positivos sobre las personas que nunca antes en la historia. Pero desgraciadamente en la meritocracia moderna, sigue indicando, el hecho de no tener dinero ni un trabajo admirable también indica más que nunca de las personas.

Aunque la verdad es que la estructura de la sociedad va en contra de que la mayoría alcance el éxito. De modo que el problema radica en que, dichos fines materiales, que muchas veces se persiguen por la vía legal, otras veces se buscan, y aquí entra en juego el planteamiento teórico propuesto por MERTON, mediante prácticas no precisamente acordes con los valores ideales que se precian en una «buena» sociedad. Peor el problema, en la medida en que la justificación de los *medios* ilegítimos para alcanzar tales *fines*, permite una inmunización de todo aquel que se sirva de estos. Por ello refieren FERNÁNDEZ ALBOR y MARTÍNEZ-BUJÁN que la indulgencia social de la que se sirve el criminal de cuello blanco, estaría justificada por «la existencia de una identificación de mentalidad entre buena parte de los ciudadanos y esta clase de delinquentes»⁹⁴⁰. Puntualizan que, en una sociedad caracterizada por fines materialistas, «[...] la adquisición de bienes materiales y de una posesión ventajosa, constituye una preocupación imperiosa para todos, sin reparar en la ilicitud de *los medios* que se arbitran para conseguir tales fines». Y si estos valores entran en pugna con las pretensiones regulativas del Derecho penal, su mensaje coercitivo tendrá una menor probabilidad de mediar en los cursos autorre restrictivos⁹⁴¹. Es por ello que se afirma que los factores motivacionales de este tipo de actos son de orden estructural.

⁹³⁸ Cfr., VEBLEN, Thorstein, *Teoría de la clase ociosa* (Trad. Vicente Herrero), Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1944.

⁹³⁹ DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus*, p. 17.

⁹⁴⁰ FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, pp. 45-46.

⁹⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, (Nota 213), p. 357: «[...] algunos de los defensores de la teoría de la motivación aluden con cierta reiteración al fenómeno de la interiorización y a la formación del Super-Yo como cometido de las normas penales, lo que parecería situar en este punto el centro del fenómeno de la motivación [...]; MIR PUIG, *Función*, 2ª ed., p. 44: “Ello no supone que las normas penales motiven únicamente a través de la amenaza directa de la pena (lo que von Wright llama “presión normativa”), sino que generalmente se produce una “internalización” de las normas que permite que éstas operen mediante su aceptación por parte del destinatario. Cuando esta aceptación no se consigue, la eficacia de las normas penales es mucho más difícil. Pero también es cierto que las normas penales sirven de apoyo a la “internalización” de sus objetivos por sus destinatarios».

El ideal de la igualdad, según lo reseña DE BOTTON, constituiría por ello un factor determinante de esa preocupación que experimentan muchas personas respecto de la posición que se ocupa dentro de la sociedad⁹⁴². Aquí se afirma que también constituye un factor fundamental para la elección del delito. A diferencia de esa Europa esencialmente aristocrática regida según los principios feudales y en la que cada cual tendía a aceptar la clase social en la que había nacido, en las sociedades modernas regidas bajo el ideal de la meritocracia se dice que cualquiera puede cambiar su clase social a partir de su aptitud⁹⁴³. TOCQUEVILLE, como recuerda DE BOTTON, se vio muy sorprendido en su análisis de la sociedad norteamericana por el hecho de que, si bien la riqueza de los ciudadanos corrientes y su nivel de vida era muy superior al del europeo medio, no obstante siempre deseaban más y envidiaban a quien tuviera algo que ellos no tenían por muy ricos que lo fueran⁹⁴⁴. En una sociedad regida bajo los ideales de la igualdad el deseo permanente de alcanzar las posesiones que exhiben los demás originaría un sentimiento de inconformidad con ese mínimo indispensable teóricamente requerido para vivir en circunstancias de dignidad. Es en este sentido que puede decirse que los factores que producen desigualdad participan en los procesos formativos del delito. Y es que si en una sociedad las personas miden su felicidad en función de los logros que «comunican» los demás, no resultará extraño que esas situaciones de insatisfacción estimulen un comportamiento desviado.

Ese estado de «ansiedad» del que habla DE BOTTON no se entiende, por tanto, sin una presión acusada ejercida por la sociedad sobre sus miembros para alcanzar el éxito. Y si en una sociedad se pregona que todos los ciudadanos pueden seguir la ruta del éxito en igualdad de condiciones, resulta natural que muchos deseen los placeres de aquellos que se encuentran en mejor posición y que además crean firmemente en poder alcanzarlos. Pero en el falseamiento de este ideal, precisamente, es en donde se hallaría uno de los motivos de prácticas corruptas: la corrupción se presenta como un medio alternativo para la consecución de esos ideales de éxito que no pueden conseguirse por vías legítimas. Es este el aspecto que destacó precisamente MERTON⁹⁴⁵. Como cabe reiterar, la *anomia* surgiría como resultado de la discrepancia entre las *necesidades* experimentadas por parte del individuo a partir de las presiones de su entorno cultural y los *medios* legítimos que ese mismo contexto le ofrece para satisfacerlas. Dicho planteamiento puede aplicarse sin problema a la delincuencia patrimonial comúnmente asociada a las bajas capas sociales, en donde, teóricamente, se presentan mayores dificultades para satisfacer esas *necesidades* irrenunciables que ansía el grueso de la sociedad: un trabajo decente, una vivienda propia, un buen vehículo, etc. Pero este planteamiento también resulta aplicable a la delincuencia de cuello blanco⁹⁴⁶. En estos casos, no obstante, esas necesidades no serían básicas, sino propias del mundo que rodea al personaje de alto estatus: ostentaciones extravagantes.

⁹⁴² DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus*, p. 56.

⁹⁴³ DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus*, p. 59

⁹⁴⁴ DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus*, pp. 61 y ss.

⁹⁴⁵ MERTON, Robert K., "Social Structure and Anomie", pp. 672-682.

⁹⁴⁶ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico*, p. 59: «La teoría de la anomia ha sido aplicada a la delincuencia económica por Opp, según el cual la aparición de los comportamientos desviados depende de los fines perseguidos, del grado o intensidad con que se quieran realizar y de las posibilidades legítimas o ilegítimas que dentro de la comunidad tiene un sujeto para conseguirlos».

De ahí que no resulten tan válidas las críticas que se han hecho frente a la teoría de la *anomia* propuesta por MERTON, acerca de que su planteamiento resulta apropiado sólo para la explicación de la delincuencia patrimonial que se produce en las clases sociales menos favorecidas, y no tanto para aquella que tiene lugar en los estratos privilegiados⁹⁴⁷. Y es que a pesar de que dicha teoría, como refiere BERGALLI, « [...] reposa sobre la idea de que aquellos a quienes la sociedad no provee de caminos legales (oportunidades) para alcanzar el bienestar, se verán presionados mucho antes que los demás a la comisión de actos reprobables para lograr dicho fin (en general, delitos contra la propiedad)»⁹⁴⁸, es la propia praxis la que deja ver que, empresarios y políticos de alta alcurnia, a pesar de tener solucionada su vida financiera, optan por el camino de la desviación para incrementar su patrimonio y poderío. Es esta una clara expresión de la subjetividad del hombre, expresada en este caso en la relatividad de la riqueza. ROUSSEAU, según lo recuerda DE BOTTON, afirmaba que la riqueza no puede definirse en términos de dinero, sino de tener aquello que se desea: La riqueza « [...] no se basa en la posesión de muchas cosas, sino que tiene que ver con la posesión de aquello que *anhelamos*. La riqueza no es algo absoluto, sino que se relaciona con el deseo»⁹⁴⁹. Concluye el mismo DE BOTTON que, en buena medida, las personas que han hecho fortuna siguen trabajando por el respeto que se granjean entre los demás: por ser admirados, valorados, etc. Por ello la inconsistencia que plantea la teoría de la *anomia* es sólo aparente⁹⁵⁰, pues la limitación de medios legítimos que posibilitan la consecución del éxito y que puede generar conductas «innovadoras», no puede verse solamente desde el prisma de las aspiraciones de la clase baja y media: lucir un vestido adecuado, pasearse en un vehículo de su gusto o comprarse la casa de sus sueños, sino también de la necesidad de mantener esos símbolos de estatus de alta cuantía asociados a personas de posición socio-económica elevada: lucir marcas exclusivas, ostentar vehículos de alta gama, adquirir bienes inmuebles de lujo, entre otras mil extravagancias materiales más y, además, uno de los más gratificantes símbolos de estatus: *poder*. En este sentido es que se afirma que en un análisis de aquellos delitos inducidos por dinero, no pueda concebirse ese elemento instrumental como un fin en sí mismo, sino estableciendo el significado que el mismo representa en el mundo circundante del sujeto «benefactor».

⁹⁴⁷ Respecto a la aplicación de la teoría de la *anomia* a la delincuencia de *cuello blanco*, son varias las críticas formuladas contra ella, según la cual, ésta solo se refiere en exclusiva a la delincuencia de las bajas clases sociales; BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, pp. 63-64 presenta algunas de ellas; COHEN, Deborah V., "Ethics and Crime in Business Firms: Organizational Culture and the Impact of Anomie", en F. Adler / W. Laufer (eds.), *The legacy of anomie theory, Advances in criminological theory*, Vol. VI, New Brunswick, Transaction Publishers, 1995, pp. 187-197, ha salido al paso a algunas de las críticas.

⁹⁴⁸BERGALLI, Roberto, "Perspectiva sociológica: estructura social", p. 134.

⁹⁴⁹ DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus*, p. 71.

⁹⁵⁰ Apunta BERGALLI, Roberto, "Perspectiva sociológica: estructura social", p. 137: «Una concepción estructural funcionalista permite suponer que las presiones para que sean ignorados los métodos convencionales para alcanzar los objetivos culturalmente aprobados serán por supuesto mayores entre aquellos cuyo acceso esté bloqueado debido a su posición dentro de la estructura social. Para demostrar esta suposición se ha usado el ejemplo de los hombres de negocios que se ven obligados a emplear prácticas astutas debido a su deseo de incrementar sus ganancias, mientras que aquellos que se encuentran en la base de la sociedad o cerca de ella recurren al delito o al juego para obtener el mismo fin. Como se ha señalado hace tiempo, por un lado el crimen y la corrupción política han sido escalones de la movilidad social en la sociedad norteamericana mientras que, por otro, el juego ha sido siempre más popular entre la gente de los arrabales...».

Cierto es que la tesis propuesta por MERTON parece entrar en contradicción con la idea de que, tratándose de personas que ostentan un nivel socio-económico suficiente, que en principio ya han alcanzado los fines de éxito culturalmente instituidos, delinquen igualmente a pesar de poseer ese estándar de bienestar teóricamente apropiado⁹⁵¹. Esta diferencia es importante destacarla, pues a pesar de que muchas personas hayan alcanzado altas cuotas de bienestar, su nivel de realización personal no sólo demanda un alto costo, sino que también es difícil de renunciar a él. De ahí que CLOWARD concluyera, como recuerda BARATTA, que «La mayor parte de quienes pertenecen a las clases media y superior no son capaces de abandonar fácilmente su cultura de clase para adaptarse a una nueva cultura»⁹⁵². Aunque bien cabe apuntar, de la mano de CLOWARD y OLHIN, que determinadas personas no sólo tienen bloqueado el acceso a los medios lícitos para alcanzar los fines socialmente propuestos, sino también a los medios ilícitos (disponibilidad de oportunidades ilícitas)⁹⁵³. Lo anterior sugiere que cuando se analiza el planteamiento desde el plano de la delincuencia de los poderosos, debe atenderse a la relación existente entre la situación particular de cada persona y sus expectativas de éxito. En estos casos, como se ha apuntado, la *tensión* no se encontraría en las limitaciones para alcanzar un estándar medio de bienestar, sino en sobrepasar los límites de lo «normal» (en otros términos, de lo que una persona del común medianamente aspiraría alcanzar). Por tanto, no se trataría de una limitación por razones socio-estructurales de las «oportunidades diferenciales de acceso» a los objetivos materiales de la clase media (por ejemplo, una carrera profesional, un empleo digno y, como fruto de ello, una vivienda propia y un vehículo particular), sino de la propia *inexistencia* de canales *legales* para alcanzar objetivos situados por encima de estándares «normales» (por ejemplo, una gran casa de campo, vehículos de lujo, etc.). A pesar de las críticas relacionadas con este aspecto señaladas por TAYLOR, WALTON y YOUNG, contrariamente parece compartirse este argumento cuando se afirma que «La anomia de los más favorecidos surge de otro tipo de búsqueda aparentemente inútil, cuando las aspiraciones, cada vez más elevadas, aumentan con cada éxito temporario y con las aspiraciones mayores impuestas por las personas con quienes interactúan»⁹⁵⁴. Se puede deducir de esta última frase cómo la necesidad de conservar un estatus que se ha adquirido, explica la reiteración en actos de corrupción, pues parece una tendencia innata del hombre el no querer desprenderse de aquello que le confiere valía y refuerza la autoestima. Se comprende de este modo por qué los altos corruptos nunca «están llenos» (satisfechos).

⁹⁵¹ Frente a la relatividad del éxito, refieren TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 116: «La medida del éxito, expresado en términos monetarios, es “indefinida y relativa”. “En el sueño Norteamericano no hay punto final de destino” [Merton, 1957, p. 136]».

⁹⁵² Citando a CLOWARD, refiere BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, pp. 67-68: «Entre los diversos criterios que determinan el acceso a los medios ilegítimos, las diferencias de nivel social son ciertamente las más importantes [...]. Aún en el caso en que los miembros de los estratos intermedios y superiores estuviesen interesados en emprender las carreras criminales del estrato social inferior, encontrarían dificultades para realizar esta ambición a causa de su preparación insuficiente, mientras los miembros de la clase inferior pueden más fácilmente adquirir la aptitud y la destreza necesarias. La mayor parte de quienes pertenecen a las clases media y superior no son capaces de abandonar fácilmente su cultura de clase para adaptarse a una nueva cultura. Por otra parte, y por la misma razón, los miembros de la clase inferior están excluidos del acceso a los papeles criminales característicos de los de cuello blanco».

⁹⁵³ CLOWARD, Richard / OLHIN, Lloid, *Delinquency and opportunity...*, p. 151.

⁹⁵⁴ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, pp. 118-119.

Pero, ¿y entonces por qué muchos eligen una alternativa ilícita y no las vías legítimas?: porque la prohibición del fenómeno afecta de forma positiva el margen de rentabilidad resultante. Esta relación se aprecia claramente analizando las dinámicas del narcotráfico: la prohibición y la entidad de la represión oficial, es directamente proporcional al alto precio de las transferencias⁹⁵⁵. En materia de corrupción, según apunta BLANCO, la mejora de los controles al poder discrecional de los funcionarios aumenta el valor de las transacciones: « [...] se puede afirmar que en el mercado de la corrupción, el valor de esta aumenta cuando existen mayores controles formales de la discrecionalidad»⁹⁵⁶. En tal sentido, tratándose de la delincuencia de altos «dignatarios», no es que exista una limitación para alcanzar los fines a través de los medios legítimos socialmente inducidos, sino que los únicos medios para conseguir tales fines son los de carácter ilegítimo. Se produce de este modo una tensión estructural entre el fin perseguido y los medios requeridos para ello, pero no por una limitación de acceso, sino por su inexistencia. En materia de tráfico ilícito de estupefacientes la idea se observa, pues, claramente: no es que los traficantes opten por el camino *ilícito* por imposibilidad de acceder por los medios *legítimos* al «arte» de traficar, sino que no existe una estructura de opciones legítimas en este ámbito de *«innovación»*.

En materia de corrupción sucede lo mismo: no es un secreto que el acceso al poder público y el sostenimiento de los símbolos de estatus vinculado a tales posiciones de poder difícilmente pueden satisfacerse por canales legítimos. Las costosas campañas políticas requeridas para llegar al poder sólo pueden financiarse mediante actos fraudulentos vinculados a importantes operaciones. Se produce, en últimas, una *distensión entre la demanda del individuo y la oferta de la sociedad* (no un apartamiento del camino socialmente estructurado para llegar al fin, sino que tal camino no existe). La complejidad del planteamiento no desdibuja, como se ve, la estructura esencial de la teoría de la *anomia*: La existencia de una estructura convencional es precisamente la que permite la existencia de una paralela. Y ello muy a pesar de que no se presente una inconformidad con el ordenamiento y las oportunidades que el mismo dispone para lograr ciertos fines (rationales), sino todo lo contrario: puede presentarse una placentera conformidad de que no existan tales oportunidades –legales-, puesto que se sabe que, tal carencia, incrementa los márgenes de rentabilidad que no se pueden alcanzar a través de los canales legales⁹⁵⁷.

⁹⁵⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro, “La corrupción desde una perspectiva criminológica...”, p. 283: « [...] se puede afirmar que en el mercado de la corrupción, el valor de ésta aumenta cuando existen mayores controles formales de la discrecionalidad. Esto supone un aumento de los costes para el comprador y correlativamente un incremento de los beneficios para el vendedor de la corrupción».

⁹⁵⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro, “La corrupción desde una perspectiva criminológica...”, p. 283.

⁹⁵⁷ El análisis de los fines culturalmente previstos como *factor motivacional* de la delincuencia patrimonial no es, pues, exclusivo de la teoría de la *anomia*. Si bien las *teorías del control* se oponen a los planteamientos de aquélla, puede argumentarse que son compatibles en algunos de sus postulados. Así, mientras en la teoría de la *anomia* se defiende que las elevadas aspiraciones –insatisfechas- constituyen un factor determinante de la delincuencia, las teorías del *control social*, por su parte, ponen un énfasis fundamental en los vínculos de la persona con la sociedad. Ello no es incompatible. A la misma conclusión puede llegarse tras evaluar los planteamientos de las *teorías del autocontrol* (no del control). Así, HIRSCHI reconoce la aplicación a su planteamiento de las teorías fundamentadas en la consideración del delito como *elección racional*. Como apuntan CID MOLINÉ, José / LARRAURI PUJAN, Elena, *Teorías criminológicas...*, pp. 194-195, « [...] Hirschi insiste en la idea de que el delito es una opción racional motivada por el deseo de alcanzar un placer a corto plazo con el mínimo coste».

La *construcción social de la subjetividad* posibilita afirmar, en definitiva, que los valores culturales internalizados por parte del individuo en su curso de socialización inciden sobre la motivación delictiva⁹⁵⁸. Es en el curso de enculturación del hombre que los imperativos normativos se definen positiva o negativamente. Por ello, como apunta BANDURA, «Cuanto más castigable considera el individuo un delito particular, menos inclinación siente a cometerlo»⁹⁵⁹. No hace falta acudir a la Psicología del Desarrollo para inferir que la construcción del individuo en un contexto en el que las alternativas delictivas se definen favorablemente, dificulta la consolidación de las autorrestricciones⁹⁶⁰. Por ello si la exigencia de alcanzar el éxito monetario se ha instituido en las sociedades modernas en la filosofía de vida que dirige el destino de sus integrantes, tal sociedad, como señalan FERNÁNDEZ ALBOR y MARTÍNEZ-BUJÁN, « [...] no sólo se muestra tolerante, sino que incluso llega a admirar a quienes –como los delincuentes económicos- no dudan en trasgredir la ley penal para alcanzarlo, convirtiéndose su comportamiento en modelo a imitar»⁹⁶¹. Los dos últimos términos de esta cita, como puede verse, recogen la base del planteamiento conductista basado en la lógica de *refuerzos* modelados por la impunidad.

La entidad reforzadora de la impunidad no es ajena al campo teórico de la corrupción. Así, como apunta CARTOLANO, « [...] la comisión de actos de corrupción por políticos y funcionarios, y la consiguiente impunidad percibida por la opinión pública, supone un “mal ejemplo” con efectos perversos para la ciudadanía, debido al rol pedagógico que juegan las instituciones públicas». Puntualiza que « [...] el éxito obtenido por los políticos corruptos, convierte a las personas honestas en “perdedores” a los ojos de la gente»⁹⁶². El «mal ejemplo» predicado ante los «los ojos de la gente», como se ve, definen precisamente uno de los problemas centrales de este trabajo: la impunidad modelada. Por tal razón, como apunta GIL, « [...] muchos ciudadanos, si no todos, harían lo mismo si se encontraran en un caso parecido, es decir, se dejarían llevar por la tentación de extraer un beneficio ilegítimo de su posición de poder»⁹⁶³. El problema es que es la sociedad misma el canal de mediación más importante para la difusión de mensajes constrictivos. Por ello le asiste razón a BANDURA cuando apunta que « [...] una actitud social condenatoria hacia ciertos delitos disuade de cometerlos»⁹⁶⁴. Por esta misma razón se puede afirmar que la interiorización de tales cánones de autorrestricción depende de constructos culturales.

⁹⁵⁸ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, pp. 32-33: « [...] el Derecho y el Derecho penal como elementos pertenecientes al mundo circundante del individuo son interiorizados o internalizados por él y cooperan en la formación de su conciencia, del superyó».

⁹⁵⁹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 301.

⁹⁶⁰ Respecto de la denominada «cultura de la picaresca», apunta GIL VILLA, Fernando, *La cultura de la corrupción*, p. 80, «La picaresca, aún sin haber sido leída en obras clásicas de literatura, aún sin haber sido estudiada ni reflexionada, al estar presente en la cultura popular, sigue proporcionando lenguaje, motivación y técnicas para romper con la norma. No cualquier norma, sino fundamentalmente, las que tienen que ver con el reparto y los repartidores, es decir, los administradores».

⁹⁶¹ FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, pp. 45-46.

⁹⁶² CARTOLANO S., Mariano J., *La corrupción...*, p. 38.

⁹⁶³ GIL VILLA, Fernando, *La cultura de la corrupción*, p. 14.

⁹⁶⁴ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 301. Apunta igualmente que la actitud social « [...] consigue la participación del ciudadano en la represión de las conductas ilegales y presiona a los medios de aplicación de la ley a capturar y castigar a los que, a pesar de todo, transgreden las normas».

2.3. Naturaleza cultural de lo psicológico: origen cultural y subcultural de los refuerzos conductuales intervinientes sobre la motivación delictiva

En este apartado interesa no tanto establecer el origen cultural de lo psicológico, lo cual ha quedado en buena parte tratado, sino cómo esos contenidos de origen cultural influyen, más allá de la validación de los incentivos que finalmente se transforman en inductores positivos del delito, en la invalidación de las autorrestricciones individuales frente al mismo. Vaya por delante que este tercer presupuesto implica remarcar que la subjetividad del delincuente no sólo constituye una construcción social posibilitada por las interacciones diarias con su mundo, sino que la misma se compone de los elementos que lo definen y singularizan: usos sociales, pautas morales, etc., Significa ello que esos elementos culturales son de naturaleza simbólica: un universo de recursos simbólicos de donde se van adquiriendo intersubjetivamente esas narrativas y discursos que finalmente posibilitan la comprensión común de los fenómenos sociales. Es en este sentido que se habla de la construcción social de la experiencia psicológica. De esta manera la motivación delictiva puede evaluarse desde el contexto cultural en el que el infractor de la norma se ha desarrollado, porque de él ha podido extraer los significados que lo motivan. Por ello en este análisis la cultura se concibe como constitutiva de la experiencia psicológica y no como una simple variable interviniente en la expresión del comportamiento criminal.

Las *restricciones de tipo social o legal*, según se ha dicho, se basan en «amenazas de castigo externo»⁹⁶⁵. Las situaciones que comportan teóricamente una amenaza de castigo, como refiere BANDURA, tienen un efecto disuasorio en la medida en que «[...] la conducta está regulada en parte por las consecuencias negativas anticipadas»⁹⁶⁶. Pero esa anticipación, como refiere el mismo autor, depende de las «valoraciones cognitivas» de esas situaciones⁹⁶⁷. La *restricciones de orden interno*, por su parte, operan mediante la «autocensura anticipatoria» de la propia conducta. La pregunta que cabe formular en este punto, por tanto, es si las *definiciones favorables* enraizadas en las sociedades frente al delito inciden en ese proceso de autocensura. La respuesta que en este trabajo se ofrece es afirmativa. Y ello se ve posibilitado por el hecho de que la conducta puede verse modificada más que por las señales aversivas del entorno (riesgo de castigo externo), por la referida entidad construida de lo psicológico. En el referido modelo cognitivo social, como propone BANDURA, «[...] se considera que las restricciones están reguladas en parte por criterios internos y por los resultados anticipados»⁹⁶⁸. Continúa afirmando que «El pensamiento puede guiar la conducta sin necesidad de la excitación emocional»⁹⁶⁹. Y si esta posibilidad de mediación del pensamiento en la autorrestricción frente al delito resulta factible, también resulta plausible hablar de la posibilidad de «desinhibición anticipada».

⁹⁶⁵ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 285

⁹⁶⁶ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 285

⁹⁶⁷ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 285

⁹⁶⁸ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 287

⁹⁶⁹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 287: «No es que los pensamientos ligados a las acciones delictivas activen una respuesta de ansiedad que se ha condicionado a los mismos, sino que los pensamientos sobre las consecuencias personales y sociales adversas de las acciones delictivas llevan al individuo a inhibir las acciones trasgresoras».

La tesis que a continuación se desarrolla, por tanto, está encaminada a sustentar que la entidad intimidatoria de la pena opera de forma efectiva no como factor de disuasión externa, sino como factor forjador de los cánones de autocontrol o autorrestricción interna. Dicho esto de otra manera, le real entidad suasoria de la pena en su dicción intimidatoria tendría mayor relevancia no como amenaza inminente dirigida a inhibir la «tentación» de quien se propone firmemente realizar un acto ilícito (como aquel funcionario público que decidido a favorecer a un contratista se cuida de no dejar evidencia que le delate), sino a evitar el nacimiento mismo de esa tentación delictiva (como aquel funcionario público que ante al intento de soborno ni se le pasa por la cabeza ceder ante el ofrecimiento corrupto). Pero esta capacidad de autorrestricción interna, como ya se ha referido, no se identifica con la función preventivo-general positiva de la pena, esto es, con su pretensión estabilizadora, sino más bien con las repercusiones psíquicas que genera la significación aversiva de la amenaza punitiva sobre la formación de los cánones de autocensura. Se trata, por tanto, de un efecto preventivo generado no por un proceso de concienciación sobre los fundamentos de criminalización del acto punible tendente a conseguir la interiorización personal del valor social que subyace a la tutela que preconiza el correspondiente bien jurídico (por ejemplo, la honradez, a través de la protección penal del patrimonio público; la honestidad, a través de la protección penal de la *cosa pública*, etc.), sino por la transformación en las convicciones internas frente al delito producidas por la interiorización del significado aversivo emparentado al castigo legal (y no por un mero acto de toma de conciencia).

Para afirmar la posibilidad de anular cognitivamente el significado aversivo que teóricamente se le atribuye al castigo legal, como se ha mencionado, debe necesariamente adentrarse en ese conjunto de representaciones simbólicas que socialmente se le atribuyen al más difundido de los castigos legales (la prisión): situaciones indignas de reclusión, afectación de las relaciones familiares y de amistad, riesgo de contraer enfermedades infectocontagiosas, etc. Y al tratarse el castigo de un conjunto de representaciones simbólicas asociadas a la pérdida de bienes valorados socialmente, interesa, por tanto, comprender no sólo porqué la pena pierde su efecto disuasorio en términos de amenaza externa, sino además por qué pierde su capacidad de reforzamiento de los cánones de autorrestricción. Y aquí es donde los significados instituidos culturalmente adquieren su mayor relevancia: Se afirma que es en el curso de esos procesos de comunicación intersubjetiva, que la significación aversiva del castigo legal se difumina por razón del conjunto de «definiciones favorables» diseminadas socialmente. Resulta así coherente la afirmación de BANDURA de que cuando quienes sirven de «modelos» realizan actividades «funcionales o placenteras» que son habitualmente inhibidas por las prohibiciones sociales, « [...] observar que la conducta no es castigada aumenta la conducta similar en el observador de forma muy parecida a como lo hace la observación de que éstas es recompensada (Bandura, 1965b; Walters y Parke y Cane, 1965) »⁹⁷⁰. Bajo un «ambiente» de este tipo, resulta esperable que los cánones de autorrestricción se vean disminuidos.

⁹⁷⁰ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 313.: «En la medida en que la ausencia de castigo anticipado transmite la aceptabilidad por parte de la sociedad, los observadores reducen sus restricciones, de forma que los inductores más débiles son suficiente para incitar a la realización de la conducta que viola los códigos sociales pero que sirve a los intereses particulares».

Para hablar del proceso de disuasión diacrónica, correlativamente, han de considerarse tanto los inductores positivos como los factores de inhibición como artefactos compuestos por un conjunto de representaciones simbólicas; algo similar a la concepción de las «influencias del entorno» que presenta BANDURA. Desde su teoría *cognitiva social*, « [...] las influencias del entorno afectan a la conducta a través de un proceso de simbolización»; esto es, que el procesamiento de la información que esas influencias contextuales suministran, debe ser «transformada en símbolos»⁹⁷¹. Bajo una concepción teórica del castigo desprovista de las representaciones que el propio individuo pueda tener de las consecuencias que teóricamente se asocian al mismo, las conductas prohibidas social y legalmente que le resultan funcionales a nivel personal tenderían a aparecer con mayor facilidad en esos contextos donde la probabilidad de recibir castigos es baja⁹⁷². Es este, pues, el modelo binario de premios y castigos en que se ancla la teoría de la disuasión y que presupone la ponderación entre dos aspectos que teóricamente incentivan y desinhiben a todos los individuos. En los propios términos de BANDURA, « [...] cuando los inductores de los actos delictivos son fuertes, las sanciones personales son de poca intensidad y no existen medios aceptables socialmente para conseguir lo que se desea, el miedo al castigo actúa como disuasor principal de la conducta trasgresora»⁹⁷³. Es esta, vale insistir, la premisa de la que parten los modelos de la disuasión apoyados en variables objetivas y que sustentan muchas de las reformas populistas basadas en la modificación de *quantums*.

Pero esta postura desconoce que no todos los individuos se forman las mismas representaciones sobre el castigo social y legal. El miedo a malograr una reputación es una de las típicas consecuencias que se asocian a la capacidad suasoria de la pena: «Los importantes costos sociales que comporta el ser detenido y condenado constituyen el segundo principal disuasor con un fuerte efecto restrictivo»⁹⁷⁴. Pero esta afirmación, construida fundamentalmente sobre una concepción del castigo anclada al criterio de la generalidad, relega el significado que realmente debe tenerse en cuenta a la hora de evaluar las representaciones aversivas que la gente se forma sobre el castigo: el de los propios delincuentes. La mejor prueba de esa significación distinta que los individuos atribuyen a las consecuencias del castigo, puede ilustrarse con esos grupos criminales en que el número de entradas a la cárcel le confieren un alto grado de reputación al infractor –dentro de su grupo-. Y tratándose de delitos cometidos por funcionarios públicos, esta tesis adquiere su mayor importancia, puesto que como ya se indicó, bastan tan solo unos pocos regentes que presenten una significación diversa del castigo para causar un gran agujero en las finanzas de la nación. De ahí que aquí se defienda que sea la capacidad autorrestrictiva la que tiene mayor virtud de disuadir la comisión de delitos. En esta forma personal de control, anota BANDURA, « [...] las acciones delictivas resultan disuadidas por la autocondenación anticipatoria del individuo por comportarse de forma inadecuada»⁹⁷⁵.

⁹⁷¹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 132.

⁹⁷² BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 294.

⁹⁷³ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 295.

⁹⁷⁴ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 296.

⁹⁷⁵ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 297: « [...] la *autosanción* que se produce como consecuencia de los criterios morales representa la tercera fuente de disuasores que indican a comportarse respetando la ley».

El aspecto novel que se introduce en esta tesis es que la significación social sobre el delito y el castigo legal, repercute en la formación de esos cánones de autorrestricción personal. Piénsese, por ejemplo, en la legitimación de lo *incorrecto* que se genera bajo la égida de la denominada «cultura de la picaresca». Como señala GIL, «La picaresca, aún sin haber sido leída en obras clásicas de literatura, aún sin haber sido estudiada ni reflexionada, al estar presente en la cultura popular, sigue proporcionando lenguaje, motivación y técnicas para romper con la norma». Pero puntualiza que no cualquier norma, sino fundamentalmente «las que tienen que ver con el reparto y los repartidores, es decir, los administradores»⁹⁷⁶. Para ello hay que tener cuenta, en primer lugar, la tendencia humana a aprender a través de la visualización de las consecuencias que experimentan los demás. Es este el aprendizaje vicario ya referido: «Observar que las acciones de los demás producen buenos resultados aumenta la probabilidad de que el observador se comporte de forma similar», afirma BANDURA⁹⁷⁷. Mayor la probabilidad de adopción de los comportamientos modelados, cuando se forma parte de un colectivo que se rige por ciertos códigos: «Si una persona experimenta demasiadas consecuencias en el seno de un grupo, los resultados observados pueden influir sobre la conducta de la totalidad del mismo»⁹⁷⁸.

Luego no puede perderse de vista, en segundo lugar, que no sólo la consecución de recompensas integra el contenido de esas consecuencias observadas, sino también las relativas al castigo. Es este el denominado «castigo vicario» y que puede leerse tras la noción de castigo ejemplar ya prevista en el antiguo régimen y que es la piedra angular de la teoría de la disuasión: una de las funciones «inconfesadas» del Derecho penal, diría FERRAJOLI⁹⁷⁹. Psicológicamente comprendido, como señala BANDURA, el castigo legal ejemplar se utiliza extensamente con fines disuasorios: «Observar que los demás experimentan resultados aversivos tiende a disminuir la inclinación a comportarse de forma similar o relacionada»⁹⁸⁰. La menor eficacia del castigo, correlativamente, suele atribuirse teóricamente a la baja percepción de riesgo a ser sancionado legal y socialmente⁹⁸¹. Pero, ¿cómo puede esa impunidad social y legal incidir, no en la disuasión externa, sino en la formación de criterios de autorrestricción? Aquí es donde el déficit de reprensión social del delito y la normalización cultural de la impunidad resulta capital⁹⁸².

⁹⁷⁶ GIL VILLA, Fernando, *La cultura de la corrupción*, p. 80.

⁹⁷⁷ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 307.

⁹⁷⁸ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 308

⁹⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón...*, pp. 407-408.

⁹⁸⁰ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, pp. 310- 311. «Los sujetos que han observado que la conducta modelada ha sido castigada actuarán con mucha menor probabilidad según lo que han aprendido que si observan que ésta es recompensada o ignorada (Cheyne, 1971; Levy, McClinton, Rabinowitz y Wolkin, 1974; Liebert y Fernández, 1970; Liebert, Sobol y Copemann, 1972) ».

⁹⁸¹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 311, «Generalmente, los intentos de disuadir mediante el castigo conductas que resultan funcionales a nivel personal, pero que son desaprobadas socialmente, consiguen resultados muy limitados. Estas conductas pueden restringirse cuando el riesgo de castigo es alto, pero se emiten con facilidad cuando las amenazas punitivas son débiles».

⁹⁸² BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 312: «Las personas que han observado que los modelos han sido castigados por violar las prohibiciones que tienen menos tendencia a transgredir que aquellas que otras que han visto que éstos han sido recompensados o simplemente ignorados (Walters, Leat y Mezei, 1963; Walters y Parke, 1964; Walters, Parker y Cane, 1965). Cuanto más débiles son las consecuencias amenazantes y más fuerte es la instigación a realización de actividades prohibidas, con mayor probabilidad el modelo transgresor inducirá en los demás la infracción de las normas (Blake, 1958) ».

Esta cultura del atajo no es ajena a la realidad social colombiana. Y puestos en una lógica positivista, hasta los números «hablan» de esa realidad criminológica. Así, como apunta *Transparencia por Colombia* en referencia a los «retos contra la corrupción»⁹⁸³ que enfrenta el Estado, es imperante terminar con la «cultura del atajo y la ilegalidad». Según puntualiza la Organización, «Hay cierta tolerancia social de parte de los colombianos a la “cultura del atajo”, entendida como la obtención de resultados mediante la utilización de métodos ilegítimos sin considerar las consecuencias». Las actuaciones venales son consideradas por la sociedad colombiana, según la Agencia, más que una situación reprochable, una cualidad admirable y plenamente justificable. Esta conclusión parece corroborarla la denominada «Encuesta de cultura ciudadana de Medellín 2013» realizada por la Alcaldía de esta ciudad colombiana. Según se apunta en dicha encuesta, a pesar de que el 90% de encuestados manifestó que siempre o casi siempre actúa conforme respetando las disposiciones legales, no obstante hay ciertas situaciones en las que, según los mismos ciudadanos, estaría justificado desobedecerlas. De acuerdo con los datos porcentuales consignados en el análisis (estudio soportado en entrevistas a 2.219 personas), el 39% de los encuestados manifestó que lo haría para ayudar a la familia; 37% para luchar contra una ley injusta; 32% para defender bienes; 23% para responder a ofensas al honor; y el 22%, siendo éste el *quantum* de preocupación, para lograr objetivos propios. La importancia de este último dato no es menor puesto que, tal como lo manifestó el 16% de los encuestados, lo haría si es provechoso económicamente; el mismo 16% que manifestó estar dispuesto a hacerlo en la medida en que perciban que no serán castigados. Estas respuestas convalidan no sólo el hecho de que uno de los factores que inciden en el incumplimiento normativo es la baja probabilidad objetiva de ser sancionado, sino también, psicológicamente hablando, la incidencia del castigo externo. Tampoco es menor la relevancia si se tiene en cuenta que el 11% manifestó que lo haría porque otros lo han hecho y les ha ido bien; el 11% porque es lo acostumbrado. Aquí se verifica la factibilidad del refuerzo criminal en base a modelos. En estos últimos porcentajes, concretamente, se observa cómo esas definiciones favorables al delito realmente repercuten sobre esa disponibilidad a corromperse que se instala de forma permanente en las mentes de la gente. Como se observa, las denominadas «*técnicas de neutralización*» no se quedan sólo en el plano teórico⁹⁸⁴. Más allá de su teorización criminológica, forman parte de la experiencia psicológica del común de las personas, los que aprenden a validar en el curso de los acontecimientos diarios un conjunto de discursos que van en la referida línea justificante.

⁹⁸³ Señala además la Organización que «[...] los comportamientos no éticos siguen siendo vistos como actos de audacia y astucia. Además, una proporción importante de la población justifica la corrupción en función de los fines perseguidos; desconfía de las actuaciones de sus conciudadanos y justifica sus comportamientos en el inadecuado comportamiento de la mayoría». Véase, al respecto, *Transparencia por Colombia*, «Retos contra la corrupción». Disponible en: www.transparenciacolombia.org

⁹⁸⁴ Así, SYKES, Gresham M. / MATZA David, “Techniques of neutralization...”, pp. 664 y ss. Como refieren TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 206: «Las técnicas de neutralización son similares a los “vocabularios de motivos” de C. Wright Mills [1943]. Son frases o expresiones lingüísticas que el desviado emplea para justificar su acción. Su impiorancia radica en el hecho de que no son simplemente excusas o racionalizaciones *ex post facto* inventadas para que las oigan las autoridades, sino frases que realmente facilitan o motivan la comisión de actos desviados neutralizando una limitación normativa preexistente. Así, una conocida neutralización para robar una gran empresa o compañía es que “nadie resulta perjudicado” o que “el seguro paga” [cf. L. Tylor, 1972] ».

De este modo se afirma que la impunidad social y legal puede incidir sobre los criterios de autorrestricción del individuo frente al delito, en la medida en que todo ese conjunto de símbolos que conforman sus contenidos de conciencia afectan el sistema de pensamiento que precede la acción. Ese sistema de pensamiento se compone de un entramado de valores, dogmas, hábitos, credos, usos, costumbres, etc., en definitiva, de las particulares creencias que se forja todo individuo y en donde median simbólicamente, tratándose de personas que viven en sociedad, todas las representaciones normativas que coexisten en un mismo entorno cultural: religiosas, morales, jurídicas, etc. Y si la *mente* sucumbe necesariamente ante la influencia del significado que se desprende de ese conjunto de artefactos culturales, las representaciones que teóricamente vienen asociadas al castigo necesariamente se verán afectadas. Con respecto a las creencias sobre las consecuencias que tradicionalmente se asocian al castigo legal, referencia BANDURA que existen estudios que demuestran que «las creencias sobre la relación de los resultados probables y las acciones pueden debilitar, distorsionar o incluso anular los efectos de las consecuencias de las respuestas»⁹⁸⁵. Significa ello que en función de las representaciones que cada persona se forme respecto de las «consecuencias» que el modelo teórico de la disuasión asigna al castigo legal por la comisión de un delito (respuestas), dependerá la mayor o menor intensidad del «miedo» que hipotéticamente integra el elemento aversivo. En términos del mismo BANDURA, «Las mismas consecuencias físicas pueden tener efectos marcadamente distintos en función de las creencias del individuo sobre la razón de su existencia»⁹⁸⁶.

La anterior tesis obliga, por tanto, a establecer claras diferencias entre la disuasión externa o de orden instrumental y aquella que afecta las convicciones más íntimas del individuo. Mucho se ha dicho sobre el hecho de que la impunidad afecta necesariamente la percepción del potencial infractor frente al delito, por lo que se asegura que la falta de *certeza* del castigo repercute en su proceso motivacional generando una mayor propensión a cometerlo. Es esta la premisa que se integra al clásico modelo de la disuasión y que parte de una concepción externa del castigo, en la que el factor decisivo para que el potencial infractor pase de la intención a la acción, es la probabilidad de recibir castigos. Es este el caso, por ejemplo, de aquel funcionario público que tiene un alto aprecio por su «buena» reputación y sólo delinque porque percibe que su conducta corrupta pasará impune (por lo que podrá decirse que no sólo se adhiere a las representaciones teóricas asociadas al castigo legal, sino que también la amenaza de castigos externos tiene incidencia sobre su entidad motivacional). Pero lo que no está tan claro es la manera cómo esa misma impunidad que difumina la percepción inmediata del riesgo a ser sancionado, afecta los criterios de autorrestricción, al punto de anular cualquier sensación aversiva sobre la amenaza punitiva. El caso más extremo de tal anulación del temor al castigo, diferente del anterior, puede representarse en aquel funcionario inescrupuloso que literalmente no le importa el riesgo a ser sancionado, por lo que simplemente deja esa posibilidad al azar con tal de alcanzar los beneficios que le reporta su acción. Este personaje, según se afirma en esta Tesis, habrá de-construido el sentido aversivo que teóricamente se le asigna al castigo. Y en ese proceso, como también se afirma aquí, ayudarían las *definiciones favorables*.

⁹⁸⁵ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 151.

⁹⁸⁶ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, pp. 151-152.

Pero, ¿cómo se produce esa invalidación de la autorrestricción frente al delito a partir de esas definiciones sociales favorables al mismo? Ya se argumentó que las presiones sociales de éxito generan un sentimiento de ansiedad que termina afectando la propia valía del hombre: Los individuos devienen en una lucha constante por ser alguien, por tener una vida mejor, en últimas, por atraer la atención de los demás. Ello genera que la autoestima venga medida por la adquisición del éxito y la elusión del fracaso. Es precisamente por esta preocupación por la manera como se es percibido por los demás, que las *posesiones* vienen a determinar la cantidad de atención recibida. Y es que si en las sociedades post-modernas tener posesiones se ha instituido en una exigencia personal, pues como diría el escritor y político Arturo USLAR, « [...] tener o no tener dinero marca la más fundamental diferencia entre los hombres», no resulta extraño que ello se traduzca en *refuerzos positivos* del delito patrimonial. Luego, si en las sociedades se crean elevadas expectativas entre sus miembros y una enorme presión para triunfar, cualquier *medio* que pueda utilizarse para ello se encontrará siempre en la baraja de opciones: El trabajo es el camino legítimo por antonomasia. Éste determina en gran medida la cantidad de respeto y atención que se recibe. El problema es que no todo trabajo conduce a la satisfacción de las expectativas de cada quien. Baste apuntar, como reseña DE BOTTON, que lo que hace que un trabajo mal remunerado sea realmente desagradable, no es el dinero en sí, sino el trato que se recibe (la falta de estatus que lleva aparejado). Y es que no es un secreto que en muchos trabajos malpagados se trata a las personas como un activo más, desprovisto de personalidad; se les trata como una máquina apta para producir una tarea determinada, no como un ser humano con una identidad propia y la valía del directivo para el que trabajan. Por ello, en buena medida, las personas que han hecho fortuna siguen trabajando por el respeto que se granjean entre los demás: por ser admirados, valorados, etc. Pero como destaca el mismo DE BOTTON, la mundialización de la economía hace que el trabajo cada vez sea más inestable, lo que amplía mucho más esa brecha entre las expectativas individuales y lo que puede adquirirse realmente. Luego, si el ideal meritocrático indica que cada quien debe poder eliminar las excusas que impidan la realización del éxito, después tampoco debe resultar extraño que muchos decidan valerse de medios ilícitos para «eliminar» tales excusas. Y si además resulta que quienes se valen de vías ilegítimas no reciben un reproche real de los demás, esa convalidación intersubjetiva operará como una *definición favorable* sobre el delito que afecta el diálogo entre el castigo y la conformación de los cánones de autorrestricción (refuerzo negativo)⁹⁸⁷. Más allá de la anulación del riesgo inmediato que ello produciría⁹⁸⁸, sería la anulación cognitiva del mismo la consecuencia más negativa.

⁹⁸⁷ En materia de corrupción pública esa invalidación es evidente. Y es que si la sociedad legitima prácticas como el nepotismo y el clientelismo, viva muestra del afán de conservación de las relaciones de poder, difícilmente se van a reprochar las acciones corruptas que ello engendra. El nepotismo no deja de ser un escalón intermedio situado entre la legalidad indecorosa y los comportamientos ilícitos que se camuflan detrás de quienes ven en la función pública una oportunidad de escalar por la senda del éxito individual. No resulta errado concluir que si un individuo se ve favorecido por un puesto público por el mero hecho de ser amigo o familiar de un alto regente del Estado, luego se va a preocupar por los comportamientos corruptos que pueda percibir en su entorno. Luego si esta persona observa que esos actos se mantienen en impunidad, tendrá menos razones para inhibirse.

⁹⁸⁸ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 300: «Cuando la gente comete actos ilegales sin ser castigada por ello, considera que existe menos riesgo de castigo legal».

El principio central de la referida teoría de la *asociación diferencial* parte, en últimas, de esta tesis: «Una persona se convierte en delincuente a causa de un exceso de definiciones favorables a la violación de la ley sobre las definiciones desfavorables a la violación de misma»⁹⁸⁹. Podría decirse, por la propia estructura conceptual que lo conforma, que en él se contienen los principios precedentes: lo que se *aprende* y la *manera* como se aprende. Se aprenden las definiciones favorables al delito (a la violación de la ley)⁹⁹⁰. En el ámbito de la corrupción, por ejemplo, se aprenden actitudes favorables frente al delito como «*todo el mundo lo hace*», etc. Pero estas disquisiciones no son sólo teóricas. Basta ver la famosa alocución del político mexicano Hilario Ramírez Villanueva, de la municipalidad de San Blas (Nayarit), en donde justificó haber «robado» durante su Administración: «*¿Que le robé a la presidencia? Sí le robé; sí le robé. Poquito porque está bien pobre. Le di una rasuradita; nomás una rasuradita. Pero lo que con esta mano me robaba, con la otra se lo daba a los pobres*». Similar situación fue la propiciada por el Alcalde colombiano Manuel Ramos del Municipio de Barranco de Loba (Bolívar), quien también se hizo famoso por justificar el delito: «*yo no robé para mí, robé para el pueblo*». Estas justificaciones permiten precisamente comprender que no sea pura casualidad que México y Colombia estén dentro de la lista de países con mayores índices de corrupción pública –según Transparencia Internacional-. Es bajo estas mismas justificaciones que la fuerza aversiva del castigo legal fenece: la infracción se produciría no tanto por la ausencia de amenazas inmediatas, sino por la incidencia permanente de refuerzos negativos concurrentes: la impunidad en sus principales variantes (social y legal). ¿O qué otra explicación encuentra que estos políticos no sean censurados socialmente y desterrados de la esfera pública?: la validación social de sus actos. Basta ver qué sucedió con estos sujetos después de sus célebres frases: nada. El problema de esa validación, como se ha dicho, es la normalización de la experiencia criminal. Descriptiva es la reflexión realizada por respetado periodista colombiano Juan Gossaín sobre esa banalización de la corrupción.

La corrupción crece como una llamarada que nadie puede controlar, la maldad campea, los escándalos son peores cada día. Todo se compra y todo se vende, desde los contratos hasta las conciencias, pasando por las campañas electorales. Y la gente sigue repitiendo, como si fuera la cosa más natural del mundo, que ‘el vivo vive del bobo’. Aquí creemos que ser ‘vivo’ es lo mismo que ser ladrón y que un hombre honrado es un ‘bobo’ porque no toca lo ajeno. [...] se repite frescamente que ‘por la plata baila el perro’. ¿De qué nos quejamos, entonces? Lo más grave de todo este relajo moral es que, según parece, a los colombianos nos están saliendo callos en el alma. Da la impresión de que ya nada nos conmueve ni nos indigna, y que nos hemos acostumbrado a que la perversión sea nuestro estado natural. Nos estamos hundiendo en un pantano de podredumbre y es como si no pasara nada⁹⁹¹.

⁹⁸⁹ SUTHERLAND, Edwin H. / CRESSEY Donald R., *Principles of Criminology*, pp. 77 y ss.

⁹⁹⁰ GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 360: «El principio fundamental de la teoría de la *asociación diferencial*, que establece que la causa de que los individuos se conviertan en delincuentes es el contacto excesivo con definiciones favorables a la delincuencia, por encima del contacto que tienen con definiciones contrarias a ella. Pensemos, por ejemplo, en el contexto familiar y social de la mayoría de las personas: sus definiciones son, en general, favorables al cumplimiento de la ley. Si no fuera de este modo, según Sutherland, los individuos se convertirían en delincuentes».

⁹⁹¹ GOSSAÍN, Juan, “El festín de la corrupción: todo se compra y todo se vende”, *El Tiempo*, (30/03/2017). Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/>

Luego corresponde establecer cómo se validan y aplican esas mismas definiciones al interior de las corporaciones públicas. Este aspecto se tratará de manera específica en el siguiente apartado. Vaya por delante que ese proceso de validación puede articularse al quinto principio de la teoría de la *asociación diferencial*⁹⁹². Como referencian GARRIDO, STANGELAND y REDONDO en relación a este principio, «Los motivos y los impulsos para delinquir se aprenden a partir de las *definiciones* que ciertos grupos sociales hacen de los códigos legales»⁹⁹³. Es al interior de los grupos de pertenencia, que se va validando el recurso a actos ilícitos para la consecución de intereses particulares: «*si yo no me lo quedo, otro se lo queda*», «*qué tiene de malo recibir una comisión de un contratista*», etc. Son las representaciones que se hallan tras estas locuciones, las que permiten una banalización del acto irregular. Como refiere BANDURA «[...] los mecanismos autorreguladores pueden separarse temporalmente de la conducta censurable mediante distintas operaciones autoexculpantes»⁹⁹⁴. En este sentido se produce una neutralización del imperativo legal.

Esa operación de autoexculpación que se produce diacrónicamente, por tanto, es coherente con una concepción de pena dirigida a operar en el momento de la conminación penal –y no sólo hasta al *iter* de ejecución-. La caracterización diacrónica de la carrera criminal del delincuente de *cuello blanco*, como se verá seguidamente, permite pensar que si bien la percepción de riesgos podría presentarse de forma mucho más intensa al momento de la infracción normativa, la racionalización de los costes del delito suele anteponerse a tal estadio. Y es que si la función preventiva de la pena es –como diría ROXIN⁹⁹⁵- motivar al «indeciso» a no delinquir, resulta lógico que ello opere en un momento previo a la ejecución del acto⁹⁹⁶. Ello resulta plausible cuando se trata de un sujeto «especial»: La proyección consciente de un acto contrario a deberes oficiales, en este sentido, resulta difícil escindirla del curso motivacional subyacente del delincuente.

⁹⁹² SUTHERLAND, Edwin H. / CRESSEY Donald R., *Principles of Criminology*, pp. 77 y ss.: «The specific direction of motives and drives is learned from definitions of the legal codes as favorable or unfavorable. In some societies an individual is surrounded by persons who invariably define the legal codes as rules to be observed, while in others he is surrounded by persons whose definitions are favorable to the violation of the legal codes. In our American society these definitions are almost always mixed, with the consequence that we have culture conflict in relation to the legal codes».

⁹⁹³ GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 360.

⁹⁹⁴ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 286.

⁹⁹⁵ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, pp. 89-90.

⁹⁹⁶ En los delitos de configuración racional, según la tesis propuesta, la disuasión normativa debe apreciarse desde una perspectiva más amplia. Así, como refiere BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 296, «El papel de las sanciones legales en la conducta delictiva ha de analizarse dentro del sistema conceptual mucho más amplio de regulación del comportamiento humano. Los disuasores de la conducta delictiva provienen de tres fuentes principales: las restricciones de la auto sanción, de la sanción social y de la sanción legal. La *sanción legal* depende de las creencias sobre la probabilidad de que las acciones transgresoras sean castigadas. Para que las consecuencias legales amenazantes actúen como disuasores han de resultar creíbles. En las transgresiones que son fácilmente detectables, como es la evasión de impuestos, es la perspectiva del castigo lo que hace que la gente cumpla con la ley o idee formas legítimas de evitar el pago de impuestos. Sin embargo, en la mayoría de actividades delictivas existe poco riesgo de detención y de condena. De los muchos crímenes cometidos, aproximadamente la mitad de ellos nunca salen a la luz pública, y sólo una fracción de los casos reportados origina el arresto del delincuente y, de estos, sólo una parte son procesados porque en el resto no se dispone de pruebas suficientes. De los casos procesados, muchos de ellos son absueltos, una gran parte de los arrestados se consideran con cargos menores, a cambio de proporcionar información sobre otros casos o para evitar los largos y costosos juicios y, por último, unos cuantos son condenados. De estos últimos, sólo una pequeña parte es enviada a prisión».

Esa invalidación gradual de los imperativos legales resulta plausible, así, gracias a la propia concepción abstracta de la amenaza punitiva. Las directrices de conducta emanadas de la norma jurídico-penal –bajo la amenaza de pena– dirigidas a motivar a los ciudadanos en disfavor de la producción de delitos, resulta posible dado que ello ha de operar en el momento de la conminación penal y no sólo hasta el momento mismo de realización. Cuestión distinta es la dificultad de desvelar empíricamente tal curso de incidencia, pues como ya se anotó, en la práctica los distintos tipos de mensajes constrictivos de la conducta, como los vinculados a la moral o la religión, discurren por los mismos canales de intermediación⁹⁹⁷. Pero esta concurrencia no desdibuja la posibilidad de constricción de la norma. Así, como apunta SILVA, «El hecho de que la motivación no sea directa, sino indirecta —a través, por ejemplo, de la difusión dada por los medios de comunicación—, no altera, según creo, la estructura de diálogo racional entre la norma y los destinatarios que subyace a la teoría de la prevención general negativa»⁹⁹⁸. La naturaleza de las infracciones caracterizadas bajo la categoría del *White-collar crime* (con independencia del sector normativo: penal, administrativo, comercial, etc.), permite colegir esa estructuración gradual de la infracción, entre otras: restricciones al comercio, competencia desleal, fraudes financieros, infracciones de patentes y marcas, etc. El *cohecho* ha sido uno de los delitos mejor caracterizados bajo tal fórmula conceptual⁹⁹⁹. Esta concepción constructiva de la mente sobre la que bascula la posibilidad de incidencia del castigo legal sobre los procesos cognitivos del hombre, no se opone a aquella concepción del «Derecho penal de acto» legitimada bajo la égida del modelo de Estado social y democrático de Derecho. Claro está que la descripción jurídica, por su necesaria taxatividad, apenas puede integrar aquellos elementos objetivos que, desde el primer estadio del *iter criminis*, condicionan la decisión criminal. Pero es esta misma imposibilidad de mayor comprensión del delito la que explica las limitaciones de la disuasión, puesto que son esos aspectos subjetivos propios de cada grupo subcultural que confieren sentido a la decisión, lo que revela que ni la dureza ni la certeza del peor de los castigos puedan disuadir la conducta amenazada con éste. Esa diversidad subjetiva, tratándose de un fenómeno delictivo de orden institucional, obliga precisamente a preguntar por la invalidación grupal del miedo asociado a la pena.

⁹⁹⁷ Frente a la incidencia intimidatoria *indirecta* por parte del Derecho penal, apunta SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 222: «Así, la posibilidad real de ser descubierto, la existencia (y el grado) de otros controles sociales o el propio grado de internalización «moral» de los contenidos de las normas son variables que inciden muy relevantemente en la prevención y explican, probablemente, las desigualdades existentes en cuanto al éxito preventivo respecto a unos y otros delitos. Ahora bien, el reconocimiento de esta realidad no debe implicar, según entiendo, una banalización del aspecto intimidatorio estricto de las normas penales. Este seguirá siendo trascendente en tanto en cuanto haya personas que, por las razones que sean, delinquirían si no se las intimidara, y, dada tal intimidación, no lo hacen; y negar que existan casos en que las cosas sean así no me parece posible en absoluto».

⁹⁹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 223.

⁹⁹⁹ Como señala GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p.256, «De entre los considerados en este libro, probablemente el cohecho podría ser considerado el delito de cuello blanco por excelencia. Sus autores suelen ser profesionales de gran nivel adquisitivo (ya sea quienes aceptan el soborno o quienes lo ofrecen y cuentan con suficiente capital para hacerlo); normalmente el cohecho se comete en el contexto de actividades gubernamentales o comerciales; el daño que causa es sutil y a menudo atenuado; sus víctimas son difíciles de detectar y, por lo general, lo único que distingue un soborno de un regalo legítimo es un elemento mental de intención muy difícil de probar (o, de modo aún más oscuro, un elemento de “corrupción”)».

3. Invalidación de los incentivos normativos establecidos para la contención de comportamientos ilícitos al interior de las organizaciones gubernamentales

La posibilidad de afectación de los esquemas de pensamiento del individuo por parte de las definiciones favorables o desfavorables al delito instituidas al interior de los grupos o colectivos de los que forma parte, como por ejemplo las organizaciones públicas, permite hablar, siguiendo la misma lógica del aprendizaje conductual, de un proceso de modelado comportamental por entornos grupales. El tercer principio de la teoría de la *asociación diferencial* se refiere a que el comportamiento criminal se aprende sobre todo en el interior de un grupo restringido de relaciones personales. Con respecto al aprendizaje en referencia a modelos, observa BANDURA que hay un aspecto fundamental del modelado simbólico que incrementa sus efectos psicológicos y sociales: «En el transcurso de su vida diaria, el individuo tiene contacto directo únicamente con un reducido sector de su entorno...»¹⁰⁰⁰. Y es precisamente por esa posibilidad de incidencia de los significados del entorno sobre las consciencias individuales, que se afirma que ciertas expresiones conductuales favorables a la trasgresión de los imperativos normativos se hallan moldeadas por el contexto subcultural en el que el individuo se desenvuelve¹⁰⁰¹. La noción de subcultura evoca el concepto de «desorganización social» desarrollado por la Criminología, entendido éste no como la «absoluta falta de normas» en ciertos entornos, sino como la disparidad entre el ideal normativo y lo real, en términos de SUTHERLAND, una «organización diferencial»¹⁰⁰². La teoría del *aprendizaje social* propuesta por ACKERS permite comprender tal relación¹⁰⁰³. De acuerdo con estas posturas, los distintos campos de interacción del individuo determinan su experiencia psíquica en tanto que estos definen el ambiente en el que tiene lugar el aprendizaje de la conducta. El acatamiento de la norma –que prohíbe delinquir– dependería así de la *asociación diferencial* de cada sujeto, del *reforzamiento diferencial* de las *definiciones* y de la *imitación* de modelos ideales. En referencia a esos procesos de aprendizaje ligados a la corrupción, refiere FERNÁNDEZ que « [...] a ser corrupto se aprende dentro de unas condiciones socioculturales específicas»¹⁰⁰⁴. Por esta razón, como aquí se propone, en el ámbito interno de los entes públicos es deber de todo agente de nivel directivo garantizar que el ambiente sea favorable a la observancia de la ética y la ley.

¹⁰⁰⁰ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, pp. 91-92.

¹⁰⁰¹ FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, p. 12; VILADÀS JENÉ, Carles, “La delincuencia Económica”, p. 234. Como señala BERGALLI, Roberto, *Criminalidad económico-social*, «ADPCP», 1986, p. 64, el mismo Sutherland consideró la importancia de los aspectos ligados a la personalidad del delincuente de cuello blanco, al lado de los factores culturales determinantes de tales conductas.

¹⁰⁰² TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 160.

¹⁰⁰³ Frente a los mecanismos de *aprendizaje social*, recuerdan TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 157, que la teoría de la *asociación diferencial* de Sutherland sufrió una revisión *conductista*. Según esta perspectiva, el comportamiento delictivo no sólo se aprende mediante interacción, sino también a partir de los «principios del condicionamiento operante». Al respecto, recuerdan en referencia a Burgess y Akers, (1966, 140) que «la parte principal del aprendizaje del comportamiento delictivo se produce en aquellos grupos que constituyen la fuente fundamental de los refuerzos del individuo». Afirman asimismo que, dichos refuerzos, se originarían en la medida en que, «determinados grupos, a causa de una privación, carecen de refuerzos del comportamiento “normal” y, por lo tanto, desarrollan normas o “refuerzos” alternativos (Burgess y Akers, p. 145)».

¹⁰⁰⁴ FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, p. 206.

Afirma SUTHERLAND, de acuerdo con el tercer principio de su teoría de la *asociación diferencial*, que la parte principal del aprendizaje del comportamiento criminal ocurre dentro de los grupos personales íntimos. Por esta misma razón el planteamiento analítico aquí propuesto exige, en razón del *estatus y roles* del sujeto decisor, definir esos *niveles jerárquicos de organización* que determinan las relaciones de subordinación entre los miembros de una organización y de éstos hacia el exterior¹⁰⁰⁵. Como puede inferirse, determinar tanto las circunstancias que inducen los procesos de selectividad penal como la idoneidad de una serie de políticas dirigidas a revertir tales procesos, precisa establecer las diferencias que comporta la persecución de la corrupción generada desde altas posiciones de poder, por un lado, y la que se concreta en niveles de carácter inferior, por otro lado. Podría decirse, con el cuidado que merece la afirmación, que las modernas políticas de control penal podrían alcanzar cierto grado de eficacia en este último ámbito. De ahí que sea preciso proceder, en su análisis criminológico, aterrizando una concepción de *poder* que no se identifica con la sustitución de la voluntad mediante la coerción material, la violencia o la fuerza, sino con la neutralización subjetiva que de esta se produce bajo el influjo de las relaciones de dominio o autoridad institucional¹⁰⁰⁶. Dicha condición, en conjunto con las valoraciones sociales sobre los vicios que presiden las relaciones interpersonales en marco de las instituciones públicas, han de tenerse en cuenta al momento de analizar la realidad criminológica imaginada por la norma jurídico-penal (fundada en una éticidad ideal) y la que preconiza las relaciones al interior de los grupos de la misma sociedad (determinada por la ordenación histórico-cultural de sus códigos).

¹⁰⁰⁵ Frente a las relaciones de subordinación entre detentadores del poder y sus destinatarios, refiere BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, p. 16: «El Estado, y cualquiera otra sociedad organizada donde hay una esfera pública, no importa si es total o parcial, está caracterizada por relaciones de subordinación entre gobernantes y gobernados, esto es, entre detentadores del poder de mandar y destinatarios del deber de obedecer, que son relaciones entre desiguales [...]».

¹⁰⁰⁶ Se adopta en este trabajo una concepción de *poder*, a diferencia de aquellas caracterizadas por la fuerza material o la violencia, identificable con la noción de influencia personal enmarcada dentro de relaciones de dominio o autoridad institucional. Una tal consideración de *poder* se acerca a la concepción elaborada por LUHMANN, Niklas, *Poder*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2005, p. 14: « [...] el poder debe diferenciarse de la coerción (*Zwang*) para hacer algo concreto y específico. Las elecciones posibles de una persona que está limitada se reducen a cero. En casos extremos, la coerción; ésta recurre al uso de la violencia física y, de este modo, a la sustitución de la acción propia por la acción de otros que uno no puede conseguir». En consonancia con tal noción de *poder*, señala Darío Rodríguez Mansilla en la «*Nota a la versión en Español*» a la misma obra (p. xxiii): « [...] Luhmann estima que es necesario distinguir el poder de la obligación, de la coerción, de la violencia, que lleva a actuar de una manera determinada y concreta. En el caso límite, la coerción conduce a la violencia física y, con ella, a la sustitución de la acción deseada y no conseguida del otro por la acción violenta propia y no querida. Así, el ejercicio de la violencia demuestra incapacidad de poder». « [...] basta con entender al poder –como a cualquier otro medio de comunicación simbólicamente generalizado– en términos de limitación del ámbito de selección del otro. La causalidad del poder se basa en la neutralización de la voluntad del otro y no necesariamente en doblegar la voluntad de éste». Pero dicha concepción no se aparta necesariamente de un concepto «relacional del poder» –según el discurso político contemporáneo–, esto es, como apunta BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, p. 104, como « [...] una relación entre dos sujetos de los cuales el primero obtiene del segundo un comportamiento que éste de otra manera no habría realizado». Dicha concepción se aparta de aquellas posturas que lo enmarcan dentro de la «fuerza material coactiva». Entre éstas, destaca la referida por WEBER, Max, *Economía y Sociedad. Esbozo de la sociología comprensiva*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2005, p. 43. Para este autor, el concepto de *poder* estaría referido a « [...] la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera sea el fundamento de esa probabilidad».

Es al interior de los entornos físicos donde se produce el delito (en este caso, al interior de las organizaciones públicas), en donde han de buscarse, como se ha indicado, los factores que alteran el diálogo comunicativo entre los imperativos normativos y sus destinatarios. Es en marco de los significados imperantes en esos entornos corruptos, que los fines instrumentales asociados a la realización del acto delictivo y los medios ilícitos adquieren su validación. Los estereotipos que se forman culturalmente en sociedad sobre los promotores de la delincuencia y que se añan a las definiciones favorables al delito instituidas al interior de las organizaciones que la conforman, explica en buena medida las dificultades que presenta la persecución penal de aquellos actos ilícitos, cuyos actores protagónicos, se caracterizan por ostentar un perfil que no concuerda con el clásico estereotipo de delincuente: malos modales, residente en zonas deprimidas, vestimenta inapropiada, baja reputación y, en fin, que se aleja de esa «apariencia de criminal» que han dejado como legado las instituciones con poder de etiquetamiento. Bajo este panorama no resulta casual que los modernos instrumentos de control de la gran criminalidad patrimonial no puedan desplegar efectos positivos cuando se trata de actos de corrupción generados por quienes se camuflan tras su gran estatus. Es por ello que cuando se realiza un análisis de la corrupción atendiendo a la condición especial de sus protagonistas, es justamente porque su tratamiento político-criminal precisa también un enfoque diverso.

Las dinámicas operativas de cada organización permiten, lógicamente, la creación de los *modos* de realización ilícitos. En el Capítulo III se han ilustrado algunas formas de corrupción tejidas en torno a las contrataciones públicas. La comprensión de las dinámicas de corrupción que se producen entre actores públicos y privados en torno a la contratación oficial se facilita mediante el estudio de algunas de las tipologías que la Criminología ha construido alrededor la delincuencia patrimonial de las clases privilegiadas. La «*delincuencia de cuello blanco*» creada por SUTHERLAND es sin duda la de mayor profusión. Vinculadas a ésta se hallan las denominadas «*delincuencia económica*», «*delincuencia profesional*» y «*criminalidad de empresa*»¹⁰⁰⁷. Esta agrupación no implica necesariamente su plena correspondencia conceptual. Evidentemente, la más «consagrada» y de mayor «resonancia internacional», como apunta BAJO, es la *delincuencia de cuello blanco*, expresión que, como ya se apuntó, « [...] nace con Sutherland en 1939 y que resulta ser hoy de común uso en todos los idiomas»¹⁰⁰⁸. Por ello constituye una de las categorías de mayor interés criminológico. Las referidas categorías resultan útiles aquí para la comprensión de invalidación grupal del castigo, pues de acuerdo con el último principio, «El aprendizaje en general y el aprendizaje de la conducta delictiva en particular tienen lugar en grupos íntimos, próximos al individuo»¹⁰⁰⁹. De ahí la relevancia, como se señalará en el Capítulo VIII, de asegurar una selección funcional desvinculada del nepotismo.

¹⁰⁰⁷ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, p. 47 y ss. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, p. 23.

¹⁰⁰⁸ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, p. 47. Como señala GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 37, « [...] en la actualidad la expresión “delito de cuello blanco” se halla tan profundamente integrada en nuestro vocabulario legal y moral, y en la propia vida social, que difícilmente podría dejar de utilizarse». Véase también, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio / COBO DEL ROSAL, Manuel, *Problemas actuales de la criminología*, p. 165.

¹⁰⁰⁹ GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 360.

La naturaleza especial y compleja del acto defraudatorio que se aúna a la estructura sofisticada que comprende la actividad paralela legal, de este modo, obliga a no pasar inadvertida la relación que se produce entre la gran corrupción pública y las referidas *delincuencia de cuello blanco*, *delincuencia económica*, *delincuencia profesional* y *criminalidad de empresa*. Dejando de lado la definición de cada una de las precitadas categorías y su relación criminológica¹⁰¹⁰, resulta importante resaltar que el proceso de generación de delitos de corrupción de naturaleza sofisticada no puede entenderse desvinculado de los procesos de gestión de las estructuras empresariales que participan en el mercado institucional. La necesidad de certificar esa relación entre corrupción pública y las referidas categorías no es fortuita: se justifica por el hecho de que los procesos de gestión públicos se hallan en la «mira» del *delincuente económico*. Como apunta VILADÀS, « [...] los delitos económicos implican a menudo la corrupción de la administración pública»¹⁰¹¹. Es que es justamente una de las características inmateriales de la delincuencia económica, como señala BAJO, ese « [...] *poder corruptor* que esta delincuencia ejerce sobre la Administración pública»¹⁰¹². Luego es esa misma relación que se produce entre corruptos y corruptores, la que exige no pasar por alto las categorías de sentido que comparten unos y otros. La naturaleza y entidad de las pretensiones individuales (monetarias) que se marcan empresarios y agentes públicos de elevada posición en torno al «mercado» institucional, encuentra un claro fundamento en la importancia que unos y otros conceden a la adquisición de símbolos de estatus: dinero, poder, prestigio social, etc. La naturaleza de la infracción, la estructura sofisticada que la permite y la condición de los protagonistas de la defraudación, justifica precisamente una definición normativa del deber posicional que deben asumir los directivos de las entidades oficiales frente a esas estructuras corporativas. Y ello porque frente a los delitos contra la Administración pública, se insistirá, los regentes deben asumir unos deberes especiales con fundamento constitucional, como por ejemplo los de lealtad, protección e impulso del correcto funcionamiento de las instituciones. En este sentido se afirma que las transacciones ilícitas de alto valor generadas entre corporaciones del sector privado y entidades oficiales en torno a los procesos económicos de gestión públicos, encuentran una explicación no sólo en la institucionalización de definiciones favorables frente a lo irregular, sino además en la indiferencia del equipo directivo de la entidad pública frente a esos códigos lingüísticos.

¹⁰¹⁰ Para BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, p. 49, « [...] en puridad, la delincuencia económica es una especie de la de cuello blanco, cifrándose la especialidad en que la actividad profesional consiste, precisamente, en una actividad de índole mercantil». En plena correspondencia con lo apuntado, señalan FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, pp. 23-24, que la expresión «delincuencia de cuello blanco» carece de suficiente precisión. De aquí se derivaría, según los autores, la identificación entre «delincuencia de cuello blanco» y «delincuencia económica». Afirman los citados autores que, esta confusión terminológica, es explicable si se parte de la base de que ya Sutherland se había ceñido esencialmente al estudio de las infracciones económicas cuando realizó una descripción de las actividades que podrían acogerse bajo el concepto de «*White-collar crime*». Sin embargo, como refieren a renglón seguido, « [...] conviene dejar claro desde ahora que en puridad de principios semejante identificación es inexacta porque la delincuencia económica es en realidad un sector de la delincuencia de cuello blanco».

¹⁰¹¹ VILADÀS JENÉ, Carles, «La delincuencia Económica», p. 232.

¹⁰¹² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, p. 52; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / BACIGALUPO, Silvina, *Derecho penal económico*, p. 26.

La necesidad de instituir un mayor grado de responsabilidad en cabeza de los regentes públicos frente a la protección de lo público, se justifica claramente a partir del hecho evidente de que los mayores procesos de corrupción pública no se entienden sin una permisibilidad flagrante de los primeros. Y es que hasta resulta comprensible que un funcionario de bajo o medio nivel se desvíe de sus funciones y ello no le sea atribuible al gestor principal de la correspondiente entidad. Pero lo que resulta inadmisibles es que se diga que los fraudes de gran envergadura se produzcan sin la complacencia de esos altos agentes. De ahí que sea inevitable evocar la denominada «*delincuencia de los poderosos*». Como categoría conceptual, valga aclararlo, tal tipología criminológica se suele analizar bajo un contexto caracterizado por la división de *clases sociales*. Al respecto, señala VILADÀS que *the crimes of the powerful*, noción que puede enmarcarse dentro de una corriente de criminología crítica o radical, se entiende dentro de un específico contexto: «la sociedad capitalista dividida en clases antagónicas». En esta escala jerárquica de organización, refiere el autor –citando a PEARCE (1976)–, « [...] quienes no ostenten un determinado “poder” no dispondrán de los medios necesarios para dicha comisión»¹⁰¹³.

La relevancia de resaltar la delincuencia de los poderosos se justifica no sólo por la naturaleza de los fines personales que se hallan representados tras esas transacciones corruptas de gran envergadura: ostentación de bienes de lujo, reconocimiento público, etc., sino también por el hecho de que, son ese grupo selecto de corruptos de elevado nivel (del sector público y privado), los que ponen en «jaque» la satisfacción de las prestaciones propias del Estado social. Y es que la relación entre representantes del Estado y agentes del sector económico privado no es ni mucho menos un fenómeno de aparición reciente. Muestra de ello lo constituye la relación que, con base en datos empíricos, realizara SUTHERLAND entre criminalidad de cuello blanco y corrupción en torno a las instituciones del Estado. Las afirmaciones sugeridas quedan suficientemente ilustradas en la aportación hecha por el Sociólogo en su exposición sobre la teoría de la *asociación diferencial*: describe en tal planteamiento, de forma bastante fiel a la realidad, las relaciones que regularmente se entretienen entre funcionarios gubernamentales y hombres de negocios¹⁰¹⁴.

¹⁰¹³ VILADÀS JENÉ, Carles, “La delincuencia Económica”, p. 224.

¹⁰¹⁴ SUTHERLAND, Edwin H., *El delito de cuello blanco*, p. 363: a) las personas del gobierno y las de los negocios son, en general, culturalmente homogéneas y ambos grupos pertenecen al estrato superior de la sociedad americana; b) muchas personas del gobierno pertenecen a familias que tienen otros miembros en el ámbito de los negocios; c) muchos empresarios son amigos personales e íntimos de miembros del gobierno; casi toda persona importante del gobierno tiene muchos amigos personales cercanos en el mundo de los negocios, y casi todo empresario importante tiene numerosos amigos íntimos en el gobierno; d) muchas personas del gobierno estuvieron previamente conectadas con firmas comerciales, en calidad de ejecutivos, abogados, directores, o en otros cargos, especialmente en tiempos de guerra, muchas personas del gobierno conservan sus conexiones comerciales; e) muchas personas del gobierno esperan obtener empleo en firmas oficiales cuando concluyan su trabajo oficial; el trabajo gubernamental es, a menudo, un paso hacia una carrera en los negocios privados, y las relaciones establecidas durante la actividad oficial, así como la información interna adquirida en esa época, se conservan luego de que la persona se une a una firma comercial; f) la actividad empresarial es muy poderosa en la sociedad norteamericana y puede perjudicar o fomenar los programas gubernamentales en que están interesados los agentes del gobierno; g) el programa de gobierno está estrechamente relacionado con los partidos políticos y, para su éxito en las campañas, estos partidos políticos dependen de las grandes contribuciones que realizan importantes empresarios. Así, la homogeneidad cultural originaria, las relaciones personales cercanas y las relaciones de poder protegen a los comerciantes de la crítica del gobierno.

Al conjunto de definiciones favorables a la corrupción que se forman al interior de las corporaciones públicas se aúna el hecho de que ésta normalmente se desarrolla, como señala MALEM, en un ámbito «secreto o al menos en un marco de discreción»¹⁰¹⁵. La importancia de tal carácter no es menor, pues la tergiversación de los procesos de gestión públicos implica no solamente la movilización de dirigentes de alto rango, sino también la participación de expertos bajo unos códigos instituidos que posibilitan la planificación y ejecución «segura» del delito¹⁰¹⁶. La gestión profesional técnica y recatada del proceso de administrativo irregular es la que posibilita la generación de grandes fraudes alrededor de lo *público*. Es este el mismo marco de discreción, como se ahondará en el Capítulo VII, el que le permite al agente corrupto realizar un control material del riesgo de sanción. Para ese control cognitivo del riesgo jurídico-punitivo sirven precisamente las definiciones favorables al delito. Estas últimas operarían como una fuerza simbólica con capacidad de afectar el comportamiento humano; algo similar a la noción de *poder* desarrollada por LUHMANN, definida como «medio de comunicación simbólicamente generalizado»¹⁰¹⁷. Esta concepción es coherente con la institucionalización de definiciones favorables al delito, puesto que tales definiciones vendrían representadas en un conjunto de códigos que en últimas determinarían lo que es «normal» al interior de una organización cualquiera.

En esa necesidad de anular los riesgos encuentra sentido el cuarto principio de la teoría de la *asociación diferencial*: *cuando se ha adquirido la formación criminal ésta comprende: a) la enseñanza de técnicas para cometer infracciones que son unas veces muy complejas y otras veces muy simples; b) la orientación de móviles, de tendencias impulsivas, de razonamientos y de actitudes*¹⁰¹⁸. El presente principio alude, como se ve, tanto al aprendizaje de los *modos* de comisión del delito como a la «orientación de los móviles». Respecto al último aspecto, el proceso de aprendizaje sería gradual (diacrónico), producido de forma directa o vicarial, alcanzado mediante refuerzos positivos (recompensas asociadas al éxito económico) y negativos (impunidad). Frente al primer aspecto, parece claro que es el propio contexto situacional en donde se aplican aquellos conocimientos técnicos ya adquiridos por diversos profesionales y que luego resultan determinantes para la configuración de delitos complejos: expertos financieros, avezados juristas, asiduos informáticos, (etc.). El elemento ocupacional deviene así importante por su transversalidad a los *refuerzos negativos*: para asegurar la impunidad del incumplimiento del deber. Por ello se insiste en que la gestión de grandes actos de corrupción resulta inconcebible sin el beneplácito de los directivos de una entidad oficial, pues de estos depende la leal y correcta selección de los profesionales que la encubren.

¹⁰¹⁵ MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, p. 34.

¹⁰¹⁶ Cobra importancia la característica referida respecto del delito y de la delincuencia de cuello blanco por ARÓSTEGUI MORENO, José, “Los fines de la pena y aspectos criminológicos del poder”, en *poder y delito...*, p. 55.: «En ocasiones, los que ejecutan el hecho delictivo son terceros que son utilizados por el delincuente de cuello blanco desde la esfera de poder político o económico en que se encuentra instalado», problema que conlleva, como también lo señala el autor, «serios problemas para perseguir al sujeto».

¹⁰¹⁷ RODRÍGUEZ, Darío, «Nota a la versión en Español», en LUHMANN, Niklas, *Poder*, p. xxiii.

¹⁰¹⁸ SUTHERLAND, Edwin H. / CRESSEY Donald R., *Principles of Criminology*, pp. 77 y ss. «When criminal behavior is learned, the learning includes (a) techniques of committing the crime, which are sometimes very complicated, sometimes very simple; (b) the specific direction of motives, drives, rationalizations, and attitudes».

Una cosa es, pues, la manera como se van generando gradualmente las justificaciones para validar el recurso al delito (configuración diacrónica). Pero otra muy distinta es la manera *como se llega* al acto de infracción (observación sincrónica). Respecto a este último, concretamente, se ha dicho que la infracción jurídico-penal que encierra todo acto de corrupción devela casi siempre una relación ilícita de carácter bilateral entre empresarios y agentes públicos escampados bajo la cobertura de complejas estructuras corporativas (públicas y privadas). Lo anterior resulta importante destacarlo, porque es bajo la cobertura de las referidas organizaciones que se generarían ese conjunto de significados que neutralizarían la aplicación de los imperativos legales: «*no pasa nada por recibir una “cariñito” de un contratista*», es una expresión de muchos funcionarios colombianos. Es esta la dinámica de *refuerzos* de conducta predicada por el Conductismo y que fuera caracterizada por SUTHERLAND como «definiciones favorables» a delinquir. Así, como apunta BANDURA, «[...] la simple observación de actos modelados, por sí misma, pueden inducir a los observadores a la realización de actividades similares (Bandura, 1962; Kaplan, 1972; Phillips, 1968)»¹⁰¹⁹. Las recompensas observadas tras la conducta modelada operaría como refuerzo positivo, mientras su impunidad como refuerzo negativo¹⁰²⁰. Por ello es que propone una mayor exigencia al servidor público frente a tales significados.

Se afirma, de este modo, que sería este manto de impunidad vinculado a los procesos de interacción intraorganizacional uno de los aspectos que bloquearían la posibilidad de mediación constrictiva del imperativo jurídico-penal. Se verá que esas definiciones favorables al delito, en la medida en que bloquearían cualquier posibilidad de denuncia formal del acto criminal, ayudarían en la generación de ese entorno de seguridad que le permite al delincuente alcanzar un control cognitivo de los riesgos asociados al ilícito. Por ello, como señala BANDURA, «Cuanto más débiles son las consecuencias amenazantes y más fuerte es la instigación a realización de actividades prohibidas, con mayor probabilidad el modelo transgresor inducirá en los demás la infracción de las normas (Blake, 1958)»¹⁰²¹. Es el efecto que se genera, por ejemplo, cuando en una entidad oficial es «normal» que se cobre una comisión a sus contratistas. Bajo este contexto no ha de resultar extraño que los miembros del grupo vayan validando tal forma de proceder. La anterior referencia permite sugerir que la infracción normativa, en tanto que componente fundamental de la estructura conceptual del delito de cuello blanco, ha de observarse en todo su curso formativo y no como la sola realización circunstancial del acto corrupto. Pero por la misma razón, es que debe atribuirse al regente público que preside el rumbo de una institución un mayor nivel de protección frente a las oportunidades de corrupción.

¹⁰¹⁹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 307.

¹⁰²⁰ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 313. Puntualiza el autor que, «En la medida en que la ausencia de castigo anticipado transmite la aceptabilidad por parte de la sociedad, los observadores reducen sus restricciones, de forma que los inductores más débiles son suficiente para incitar a la realización de la conducta que viola los códigos sociales pero que sirve a los intereses particulares».

¹⁰²¹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 312. Adiciona este autor que «Los resultados obtenidos en un estudio realizado por Benton (1967) indican que, en determinadas circunstancias, el castigo observado y experimentado directamente puede tener una eficacia similar en la situación de la conducta transgresora. Los niños que observaron que sus compañeros eran castigados por realizar actividades prohibidas, más tarde demostraron el mismo grado de autorrestricción en las situaciones tentadoras que los transgresores castigados directamente».

Por lo anterior no resulta casual que SUTHERLAND planteara en el quinto principio de su teoría de la *asociación diferencial* que la orientación de los móviles y de las tendencias impulsivas se halla en función de la interpretación favorable o desfavorable de las disposiciones legales. La orientación de la acción, en términos de PARSONS, vendría dada en este caso por el referente grupal. Luego es la posición del actor frente a la estructura socio-institucional de la que forma parte, la que le facilitaría generar opciones paralelas no convencionales para alcanzar los márgenes desproporcionados que éste y su grupo de referencia se fijan. Ello con independencia de que pueda oponerse que la estructura social también dispone de canales legítimos para alcanzar cualquier fin material. Puede inferirse que se trata, por ejemplo, de la puesta en marcha de un proyecto empresarial que a largo plazo puede situar a su promotor en la lista de los más exitosos del mundo. Pero es que no se puede perder de vista que la mera motivación no conlleva por sí sola a emprender un proyecto lícito, o bien a decidirse por un camino no convencional; es necesario, además, disponer de la *oportunidad* para ello y la *capacidad* para aprovecharla. Y esta oportunidad puede presentarse tanto de forma lícita (representada en un negocio, por ejemplo) como de manera ilícita¹⁰²² (representada en no pocas ocasiones en las opciones de corrupción).

La configuración de las opciones requeridas para la planificación y ejecución de esos esquemas complejos de corrupción que se incardinan alrededor de los procesos de gestión públicos no puede comprenderse, en consecuencia, sin la aquiescencia de quienes presiden las correspondientes instituciones. Se verá luego hasta dónde el deber posicional que les asiste constituye un fundamento de punición. Entonces, en la medida en que, tal como se sostiene desde la perspectiva teórica de las *actividades rutinarias*, la oportunidad ilícita converja con una determinada necesidad (incentivos positivos) y la falta de control (déficit del castigo), habría una mayor probabilidad de que se configure el acto desviado¹⁰²³. Y es en este sentido que se afirma que lo *simbólico*, articulando el esquema conductista, juega un papel capital en la incidencia de *refuerzos* conductuales: Todos esos factores de justificación que se hallan tras la obtención de símbolos de estatus (la situación estimular), reforzarían positivamente la conducta –ilícita– tras validar los medios de obtención, y negativamente tras anular la amenaza de castigo. En este sentido se dice que la corrupción no sólo tiene un trasfondo de tipo simbólico, sino que también viene reforzada (negativamente) por la alta probabilidad de impunidad que se ve facilitada por la desidia de los altos regentes públicos (pues ello provoca la adecuación de un clima de normalidad).

¹⁰²² Ya se apuntó, de la mano de BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, pp. 67-68.

¹⁰²³ HIRSCHI, Travis, *Causes of Delinquency*, Berkeley, University of California Press, 1969, pp. 16-18. El autocontrol jugaría, así, un papel fundamental en tal proceso de decisión. No obstante, HIRSCHI critica fundamentalmente la teoría de la anomia por considerar que las altas aspiraciones de los miembros de la sociedad no pueden motivar la realización de delitos. Ello conllevaría a cuestionar uno de los fundamentos principales de las teorías *culturales* puesto que consideran que el aprendizaje de valores distintos a los códigos culturales convencionales no conlleva a la realización de delitos. Frente a la primera consideración, aduce que, a pesar de la existencia de aspiraciones elevadas y su distancia con respecto a la posibilidad de alcanzarlas, la persona no delinquirá si está lo suficientemente vinculada a la sociedad por cuanto arriesgaría su posición frente a la misma. Frente a la segunda, consideran que toda la sociedad comparte los mismos valores. Para cuestionar dichas posturas, propone un concepto explicativo inverso de *desviación* -que se da por supuesta- que intenta responder, no por qué se produce la delincuencia, sino todo lo contrario: por qué la gente no realiza delitos. De tal concepto deduce, según su teoría de los *vínculos sociales*, que « [...] los actos delictivos se producen cuando los vínculos de la persona con la sociedad se debilitan o rompen».

La utilización interesada de la función pública por parte de sus regentes puede «observarse» claramente desde la categoría de «innovación» integrada en la teoría de la *anomia*¹⁰²⁴. Apunta GIL, precisamente, que el «político» sirve como ejemplo de tal categoría: «El político como innovador, siguiendo la propuesta de Merton [...] tiene, como todos sus homólogos y en general como el resto de ciudadanos, el éxito como meta. Su objetivo vital es la fama, como indicador social de ese éxito social, algo por lo cual merece la pena luchar no sólo con medios legítimos, sino también ilegítimos»¹⁰²⁵. Aquí la importancia de resaltar, al igual que lo planteó SUTHERLAND, que de los *contactos diferenciales* que tenga cada individuo dependerá que éste se aparte o no de los valores de idealmente considerados¹⁰²⁶. De ahí que el factor situacional –en sus distintos niveles- sea determinante para la generación del delito. El factor ambiental define, precisamente, el sexto principio de la teoría de la *asociación diferencial*: un individuo se convierte en delincuente cuando las interpretaciones desfavorables relativas a la ley prevalecen sobre las interpretaciones favorables. En el planteamiento de PARSONS se aprecia la importancia que se concede al contexto situacional en la racionalización de la acción¹⁰²⁷. Recordemos que para PARSONS, según lo apunta BERGALLI, la *acción* « [...] se define como orientada en relación a una situación determinada, constituida ésta por un conjunto de objetos físicos, sociales y culturales que tienen una relevancia motivacional para el sujeto que actúa (acción finalista)»¹⁰²⁸. Por esta razón se afirma que los responsables superiores de las entidades públicas tienen el deber de propender por un clima favorable al respeto a la ley, no lo contrario, por lo que la normativización de esos deberes resulta más que necesario.

¹⁰²⁴ En su crítica al intento de MERTON de acoplar la criminalidad de *cuello blanco* a su teoría de la *anomia*, apunta BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, pp. 63-64: «Para Merton, en cambio, el análisis de la criminalidad de cuello blanco constituía sobre todo un reforzamiento de su tesis acerca de la desviación innovadora: la clase de los hombres de negocios, de la que se recluta gran parte de esta población ampliamente desviada pero escasamente perseguida, corresponde, en verdad, al tipo caracterizado por la propuesta innovadora. Estos sujetos –observa Merton- adhieren decididamente al fin social dominante en la sociedad estadounidense (el éxito económico) y lo personifican, sin haber interiorizado las normas institucionales a través de las cuales se determinan las modalidades y los medios para alcanzar los fines culturales». Frente a tal planteamiento, continúa observando BARATTA, « [...] no habrá pasado inadvertido el hecho de que en su tentativa de integrar la criminalidad de cuello blanco en el esquema de la desviación innovadora, Merton se ve constreñido a acentuar la consideración de un elemento subjetivo individual (la falta de interiorización de las normas institucionales) respecto a la de un elemento estructural-objetivo (la limitada posibilidad de acceso a los medios legítimos para la obtención del fin cultural, el éxito económico). Se hace evidente que este último elemento, que constituye la variable principal de la desviación innovadora de las clases más desfavorecidas en la teoría de Merton desde su formulación originaria, no puede tener la misma función explicativa ante la criminalidad de cuello blanco, especialmente cuando se trata de individuos pertenecientes a los grupos económicamente más favorecidos y peligrosos».

¹⁰²⁵ GIL VILLA, Fernando, *La cultura de la corrupción*, p. 100. Puntualiza más adelante (p. 105) que en las sociedades actuales, a diferencia de la de hace siglos, « [...] la lucha por el éxito como fin social, como valor cultural legitimado socialmente, se ha universalizado debido a la presión que ejerce la socialización en los fines, superior a la que ejerce sobre el uso de medios legítimos para conseguirla. Este hecho causa un enconamiento de la relación entre el político y la ciudadanía que favorece las actitudes corruptas como reacción».

¹⁰²⁶ CID MOLINÉ, José / LARRAURI PIIOAN, Elena, *Teorías criminológicas...*, p. 102: «Un curso causal planteado por la Escuela de Chicago es que una comunidad desorganizada no puede transmitir los valores convencionales, por lo que favorece el surgimiento de una tradición cultural que propicia la realización de delitos».

¹⁰²⁷ PARSONS, Talcott / SHILS, Edward (Dirs.), *Hacia una teoría general de la acción...*

¹⁰²⁸ BERGALLI, Roberto, “Sociología de la desviación”, p. 167.

La importancia de tales *definiciones favorables* frente a la desviación ilegal producida al interior de las organizaciones públicas, como se ha visto, resulta capital para la comprensión del acto delictivo: la impunidad –en sus diversas formas- operaría como *refuerzo negativo* del comportamiento. La importancia de este efecto psíquico no es menor, pues ese conjunto de *definiciones* que se instituyen en el seno de las instituciones públicas, es la que permite que dirigentes y empresarios validen la corrupción como un medio para la satisfacción de sus propios intereses. Bajo estas convenciones el interés general pasa a un segundo plano (un efecto colateral). Por ello los burócratas, como afirmó SUTHERLAND¹⁰²⁹, tienen mayores posibilidades no sólo de sobornar a altos funcionarios gubernamentales, sino también de ejercer presión política y conseguir leyes a su favor. A partir de lo anterior se puede llegar a la conclusión de que la justificación de pautas comportamentales indecorosas debilitarían no sólo la consciencia de cumplimiento de la norma jurídico-penal (prevención general positiva o integrativa), sino además la fuerza constrictiva de las sanciones correspondientes (prevención general negativa). La normalización de pautas comportamentales indecorosas, de acuerdo con dicha premisa, iría generando un clima de normalidad que va anulando la fuerza constrictiva de la ley, por cuanto tendría un efecto motivante frente a quienes precisan acudir al delito como medio de realización de sus propósitos personales. Y en este sentido es que se reitera que la motivación delictiva, dogmáticamente representada en una determinada categoría – subjetiva- del delito, no puede comprenderse en su entera dimensión cuando se concibe el elemento finalístico o propositivo carente de significado y en el que confluyen las particulares representaciones sobre el castigo; un conjunto de significados que se instituyen al interior de las instituciones del Estado por la aquiescencia de quienes las presiden¹⁰³⁰.

¹⁰²⁹ GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 676. Esta conclusión no es ajena a la realidad institucional colombiana. Una realidad en la que los grupos ilegales, principalmente narcotraficantes y paramilitares, extienden sus «tentáculos» hasta los asientos del Congreso de la República. Al respecto, señala *Transparencia por Colombia* frente a los «retos contra la corrupción» que enfrenta el Estado, que «El narcotráfico y el fortalecimiento de los grupos armados ilegales como expresiones de la violencia, han conducido al debilitamiento de la gobernabilidad, han movido la frontera de la ética en el país y han presionado una mutación mucho más peligrosa de la corrupción: la captura y la reconfiguración cooptada del Estado». Son muchos de los encargados de direccionar el rumbo de la nación quienes, en alianza con grupos ilegales, configuran las propias redes de corrupción. Así, según un informe revelado en febrero de 2014 por la Fundación Paz y Reconciliación, dirigida por el especialista en asuntos de paz, León Valencia, 131 aspirantes al Congreso de la República de Colombia, tendrían relaciones con grupos ilegales (narcotraficantes, guerrilleros y contrabandistas). No es casual que sean las instituciones que se encargan de diseñar las normas, de desarrollarlas e implementarlas, las que tienen una alta percepción de corrupción por parte de la ciudadanía. Esto, según el Barómetro Global de Corrupción 2013, de Transparencia Internacional, referido a la corrupción en Colombia. Cfr. informe completo en la Fundación Paz y Reconciliación: <http://www.pares.com.co/>

¹⁰³⁰ Frente a la genealogía estructural de los motivos del delito, refieren GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 381: «La sociedad y la comunidad, al igual que la clase social, la raza, el género, la religión y otras estructuras sociales, ofrecen contextos generales de aprendizaje para los individuos. La familia, los grupos de amigos, las escuelas, las iglesias, y otros grupos ofrecen los contextos más inmediatos que promueven o dificultan la conducta delictiva o conforme con las normas. Las diferencias en las tasas sociales o grupales de conducta delictiva, son una función del grado en que las tradiciones culturales, las normas y los sistemas de control social ofrecen socialización, ambientes de aprendizaje y situaciones inmediatas coincidentes a la conformidad o a la desviación. En síntesis la teoría reconoce que la estructura social concreta en la que viven los individuos es un elemento de influencia fundamental, ya que constituye el ambiente en el que tiene lugar el aprendizaje de la conducta».

4. Conclusión

La cabal comprensión de los inductores positivos del delito implica, pues, adentrarse en el significado que adquiere el concreto elemento finalístico para el propio sujeto que lo personifica. Tratándose de delitos inducidos por dinero, es la necesidad que advierten gran parte de las personas que habitan en comunidad de sentirse valorados por sus semejantes, uno de los aspectos simbólicos que se hallan tras ese elemento material. Recurriendo a un análisis de tipo introspectivo, las personas pueden certificar por sí mismas apelando a la experiencia propia que el grado de atención que se recibe por parte de los demás depende del estatus que se posea. Diciente es en este sentido la reflexión referida por DE BOTTON: «A los que carecen de estatus no se les ve, se les trata bruscamente, se pisotea su complejidad y se hace caso omiso de su identidad». Claro está que el estatus puede venir conferido por aspectos como el destacamento personal en ámbitos como el profesional, el académico o el político, etc., pero también lo es la condición de riqueza material que cada quien pueda ostentar. Por ello encuentra plena coherencia la referida frase de SMITH, acerca del origen de la corrupción de nuestros sentimientos morales: «[...] que es ocasionada por la disposición a admirar a los ricos y a los grandes, y a despreciar o ignorar a los pobres y de baja condición». Y si tener o no tener dinero marca una distinción fundamental entre los hombres respecto de su valía, no ha de resultar extraño que muchos se valgan de vías ilegítimas para alcanzar esa validación intersubjetiva que aumenta la autoestima. Desde esa vinculación subjetiva de los motivos del delito, en suma, encuentran aquí plena aplicación las hipótesis de la *anomia* de MERTON y de la *asociación diferencial* de SUTHERLAND.

Esa vinculación diacrónica de los incentivos positivos del delito resulta posible gracias a la entidad construida de la psique. La subjetividad de la experiencia criminal, la construcción social de esa subjetividad y la naturaleza cultural de lo psicológico, según ha quedado plasmado, permiten convalidar la tesis acerca de que la decisión de realizar un delito inducido por dinero no depende de una pulsión de orden espontánea o circunstancial, sino que está ligada al proceso de construcción cultural de la psique. A partir de esta idea se afirma que ese curso motivacional presenta una vinculación estructural y situacional. En lo que respecta al primer aspecto se ha indicado, bajo los presupuestos de la teoría de la *anomia* propuesta por MERTON, que si la sociedad exagera fuertemente los apetitos de la gente hacia la adquisición de bienes de naturaleza material, la misma limitación estructural de las vías legítimas requeridas para la realización de tales apetitos podría facilitar la utilización de medios ilícitos para ello. En esta profusión del éxito se afincaría la ansiedad de estatus referenciada por DE BOTTON. Luego, tratándose de delitos que por su naturaleza requieren para su producción de la pertenencia a una estructura organizativa definida por ciertos procesos de gestión operativa, será el factor situacional el que al final determine la denominada estructura de oportunidad ilícita. Este sistema diferencial de medios de realización, como se postuló *supra*, se definiría no sólo por la posibilidad física de «aprehender» la *cosa* ilícita, sino también por un ambiente apropiado para la comisión del delito. Y esto porque la validación intersubjetiva sobre los procederes ilícitos, facilitarían la impunidad del delito. Son estas las «definiciones favorables» referenciadas por SUTHERLAND y que incidirían en la neutralización personal del miedo al castigo legal.

CAPÍTULO VI

LIMITANTES ESTRUCTURALES DEL CONTROL PENAL DEL DELITO

1. Introducción

El control material que puede realizar el delincuente corrupto sobre el acto de denuncia formal del delito, según se ha propuesto, constituye uno de los factores que le permiten neutralizar la entidad aversiva del riesgo punitivo asociado a la infracción jurídico-penal. Es este el tipo de control que puede realizar comúnmente el director de una entidad –sin sujeción a parámetros meritocráticos-, por ejemplo, mediante el nombramiento «a dedo» de personas afines, creando con ello un entorno de seguridad o confianza en el que «todo aquello que pase dentro, se quede adentro». Este aspecto se abordará en el capítulo siguiente. Pero otro es el tipo de seguridad (control) que se puede alcanzar mediante la asunción cognitiva de la creencia de que bajo las circunstancias espacio-temporales en las que habita, «nadie denuncia»; algo así como el «mandamás» de un barrio periférico de una ciudad como Medellín (Col.), quien adquiere la «seguridad» de que nadie de la comunidad le va a denunciar. Es este un tipo de control de orden cognitivo del acto de denuncia (una mera representación simbólica) y que, tratándose de corrupción, puede alcanzarse a partir de la «banalización social del delito». La *apariencia de licitud del hecho criminal*, la *imperceptibilidad del daño social*, la *volatilización de la calidad y cantidad de las víctimas*, la *profusión de estereotipos criminales* y la *falsa eventualidad del delito*, se postulan aquí como algunos de los múltiples factores que facilitarían la referida banalización. La indiferencia social que de ello se deriva, en consonancia con la tipología de miedo de orden abstracta aquí postulada, coadyuvaría en la neutralización de la entidad aversiva del riesgo punitivo, en tanto que la ausencia de reproche intersubjetivo limitaría en buena medida la probabilidad de denuncia formal del acto corrupto (lo que terminaría generando un entorno social «seguro»). Luego si la gente observa que los altos corruptos que van siendo «pillados» logran burlar la justicia, según la lógica de premios y castigos implícita en la teoría de la disuasión, esa impunidad del acto operará como un *refuerzo negativo*. Corresponde determinar ahora la forma en que tales factores coadyuvarían en la neutralización cognitiva de la entidad aversiva asociada a la amenaza jurídico-punitiva.

2. Banalización de la corrupción: neutralización social de la entidad criminógena del fenómeno y sus repercusiones sobre el proceso de denuncia formal del delito

En principio tiene gran coherencia la afirmación de que la ausencia de reproche social frente al delito, cualquiera que sea su clase, termina repercutiendo en su denuncia formal. Tratándose de corrupción, lógicamente, el referente intersubjetivo se sitúa en el contexto organizacional. El reproche interpersonal debilitado y la justificación de ciertas pautas comportamentales indecorosas al interior de esos contextos cerrados, según se sostiene aquí, se hallarían mediados por una validación intersubjetiva de las mañas que circundan la política y las dinámicas de la vida pública. El desarrollo cultural de una comunidad, el estándar moral de sus miembros y las aspiraciones individuales marcadas por el mismo ideario social, terminarían afectando esa comprensión subjetiva del delito y, a causa de ello, la percepción individual sobre el *miedo* irrogado a la amenaza de castigo. Para validar tal tesis, en efecto, lo primero que se afirma es que la banalización cultural del delito se instituye en uno de los principales factores que inciden negativamente sobre su proceso de denuncia social (movilización de la comunidad frente a la corrupción en su dimensión abstracta) y personal (denuncia formal del acto de corrupción en su dicción concreta), en tanto en cuanto las personas pierden cualquier incentivo para denunciar. Lo segundo que se afirma es que esa indiferencia y aquiescencia social frente a las patologías de la vida pública derivada de esa banalización cultural y que genera graves repercusiones sobre el proceso de conocimiento del delito por parte de las agencias del sistema de justicia penal, le permite al individuo alcanzar un control cognitivo del proceso de denuncia, en la medida en que se va formando gradualmente la creencia de que el delito se tolera socialmente.

En este sentido la certeza del castigo se ve afectada, en tanto que la recepción oficial de la noticia criminal es el mecanismo de engranaje o puente comunicante entre el delito y el correspondiente proceso de sanción normativa. Llegados a este punto, la pregunta que cabe formular es doble: En primer lugar cabe definir qué factores incidirían sobre ese proceso de banalización social. Como se mencionó en el párrafo introductorio a este capítulo, la *apariencia de licitud del hecho criminal*, la *imperceptibilidad del daño social*, la *volatilización de la calidad y cantidad de víctimas*, la *profusión de estereotipos criminales* y la *falsa eventualidad del delito*, terminarían convirtiéndose en auténticas «técnicas de neutralización» de la entidad criminógena de la corrupción, al punto de que la gente viviría el fenómeno como un hecho «normal». Luego, en segundo lugar, la siguiente pregunta que cabe plantear es cómo repercutiría ese déficit de reproche social sobre el control cognitivo del miedo teóricamente asociado a la realización de un acto de corrupción. La tesis que se postula es que los referidos factores neutralizan los motivos que normalmente la gente requiere para promover el acto de denuncia. De conformidad con los referidos factores, representaciones lingüísticas construidas en torno a la corrupción como «*aquí eso es totalmente normal*», «*recibiendo una comisión no le hago daño a nadie*», «*quién va a resultar perjudicado*», «*ese “men” es un político bien, de buena familia, seguro que está “caliente” es por un acto de persecución política*», «*en las noticias no se dice nada*», son todas ellas racionalizaciones construidas socialmente que, en menor o mayor medida, terminan repercutiendo sobre el conjunto de motivos que la gente tiene para reaccionar.

La criminalización efectiva de las patologías asociadas a la vida pública, por tal razón, precisa la censura inequívoca por parte de la sociedad. Por la misma razón se postula aquí que constituye una medida prioritaria para enfrentar la corrupción, la «expansión» y normativización del marco de deberes atribuibles a los regentes públicos, tendentes a potenciar el respeto por los principios éticos que fundamentan la protección constitucional y legal de lo público. Pero para ello la sociedad en su conjunto debe aprehender el valor moral que subyace al interés jurídico tutelado por la norma jurídico-penal. Y es que tratándose de corrupción pública, como se verá en el Capítulo VIII, la censura social del delito precisa fijar la relación entre Derecho penal y moralidad pública¹⁰³¹, pues como señala GREEN, « [...] si el Derecho penal no se apoya adecuadamente en valores morales generalizados, pierde su legitimidad»¹⁰³². Pero la consolidación de tales valores es compleja. Tal pretensión se hallaría limitada por la concurrencia de varios factores que operarían en contra de una mayor intelección del mismo: El borroso límite existente entre lo permitido legalmente y lo prohibido (como sucede por ejemplo entre el *lobby* y el tráfico de influencias), la dificultad de percibir el daño colectivo generado por las decisiones económicas corruptas (como por ejemplo el asociado a la contratación pública irregular), la indeterminación de personas afectadas por cada acto de corrupción (como por ejemplo las víctimas ligadas a la venta corrupta de una gran empresa industrial del Estado), el etiquetamiento favorable del regidor corrupto (como por ejemplo cuando se le reelige para un cargo público) o la desinformación sobre la real entidad del fenómeno (como por ejemplo cuando un telenoticiario determinado pasa por alto la difusión de un hecho de corrupción), son apenas una mínima muestra de los factores que afectan la entidad criminógena del delito y, con ello, su proceso de denuncia. En el fondo, todos estos factores despojarían a la corrupción de su connotación lesiva. Luego, si el agente corrupto que mueve los hilos de una institución determinada se rodea de personas de su mismo «palo», el conocimiento oficial del delito se tornará no ya en una mera posibilidad librada al azar, sino en una auténtica utopía. Este último aspecto corresponde tratarlo en el capítulo siguiente. Corresponde en el presente mostrar cómo los referidos factores limitarían esa reacción social que se requiere para promover la movilización de la comunidad en contra del delito y, como efecto de ello, actos individuales de denuncia formal. A partir de esa correlación se entra a sustentar cómo puede esa banalización social del delito facilitar un control cognitivo del riesgo punitivo. Y es que si en un país como Colombia la gente afirma «*que importa que los políticos roben, con tal que inviertan algo en obras públicas*», debe ser que eso de corromperse no está tan mal visto –deben pensar seguramente muchos políticos-. Se afirma así que la posición tolerante de la sociedad frente a la corrupción pública, en la medida en que genera sobre el individuo la creencia que «aquí nadie denuncia», afectaría la certeza que requiere la pena para afirmar su capacidad aversiva.

¹⁰³¹ Como refiere GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 31, « [...] sin una comprensión más clara sobre la relación entre moralidad y normas penales, concretamente las referidas a los delitos de cuello blanco, los principios retributivos sobre los que se fundamenta el Derecho penal quedan expuestos a un serio peligro».

¹⁰³² GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 52. Y es por ello mismo que « [...] el análisis del contenido moral del Derecho penal es también un paso esencial en el análisis de su posible eficacia».

2.1. Apariencia de licitud o normalidad del hecho criminal

El lenguaje, según se ha indicado, constituye un vehículo de los contenidos culturales. «*En esa alcaldía cobrar una comisión del diez por ciento por contrato es normal*», es una expresión que cualquier funcionario público de una administración pública colombiana podría validar. Esta expresión resulta apropiada para comprender la dificultad social de aprehender el fundamento de criminalización de cierto tipo de conductas que, desde el plano formal, no sólo resisten un proceso de subsunción típica, sino además un juicio de antijuridicidad material. La estructura compleja del proceso configurativo del delito, definida en buena medida por el marco normativo que la sustenta, incide sobre el hecho de que la sociedad se forme una idea imprecisa acerca de la existencia y la trascendencia criminal del mismo. Dicha complejidad viene definida, en cierto modo, por la ambigüedad del acto. El *lobby* agenciado por empresarios en torno a las cámaras legislativas, por ejemplo, permite preguntar dónde termina el campo del *cabildeo* y dónde comienza el del *tráfico de influencias*. Tratándose de delitos que atentan contra la Administración pública, como apunta GREEN, « [...] la línea entre la conducta criminal grave (en este caso cohecho o extorsión) y la no criminal (el mero intercambio de favores políticos, de negocios o personales) puede ser realmente difusa»¹⁰³³. Esta ambigüedad del delito se torna aún más vaga por incidencia de otros factores. Uno de ellos tiene que ver con el hecho de que los delitos que juridifican la corrupción –como sucede con los económicos–, presentan una frontera difusa frente a sus análogos ilícitos de carácter administrativo. En el campo de la contratación oficial, por ejemplo, a veces resulta difícil saber si se trata de una mera irregularidad administrativa o bien de una infracción penal. Otro factor está relacionado con el hecho de que, a pesar de la identidad *típica* de las conductas, no comportan la misma gravedad. Es lo que sucede cuando la gente piensa que no tiene la misma entidad el pequeño soborno que se entrega al policía de carreteras por una infracción vial, a la gran comisión corrupta transada entre empresarios y políticos. Otras veces, a pesar de la prohibición penal de la conducta, no se consideran merecedores de tal reproche¹⁰³⁴. Es lo que sucede con los denominados «pagos de engrase» o de «facilitación». En relación a éstos, refiere ARGANDOÑA –en uno de sus cuadernos dedicados a «*La lucha contra la corrupción*»–: «En muchos países este tipo de pago es tan común que hasta se considera como algo “normal” o incluso obligatorio, por más que estén penalizados legalmente»¹⁰³⁵.

¹⁰³³ GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, pp. 54-55.

¹⁰³⁴ Como señala GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, pp. 54-55, «La estructura del Derecho penal relativo a los delitos de cuello blanco viene caracterizada, al menos, por tres clases de ambigüedades morales o jurídicas. En primer lugar, existen muchos casos en los que, precisamente, la misma conducta puede ser tratada como un delito o como un ilícito civil». «Existe otro grupo de leyes sobre delitos de cuello blanco en el que los casos centrales pueden tratarse como inequívocamente penales, mientras que los casos periféricos no pueden ser tratados de la misma manera sin crear controversia [...] En tales casos, la línea entre la conducta criminal grave (en este caso cohecho o extorsión) y la no criminal (el mero intercambio de favores políticos, de negocios o personales) puede ser realmente difusa». «Finalmente, existen algunos delitos de cuello blanco y delitos fuera del ámbito nuclear del Derecho penal que son polémicos incluso en los casos más básicos. En contraste con delitos como el cohecho, la extorsión y el fraude, estos delitos implican una conducta que, incluso en los casos más claros, no es contemplada universalmente como merecedora de penalización».

¹⁰³⁵ ARGANDOÑA, Antonio, «La lucha contra la corrupción: Una perspectiva empresarial», en Cuadernos de la Cátedra “la Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo, n° 4, 2009, p. 10.

La apariencia de licitud de los delitos vinculados a la actividad económica pública no es, pues, una cuestión baladí en el intento de comprender los factores que facilitan la banalización social de la criminalidad de cuello blanco. Apropiado resulta el ejemplo propuesto por GREEN para representar esa ambigüedad moral –y legal– que caracteriza ciertas conductas: «La línea divisoria entre la auténtica delincuencia de cuello blanco y la conducta “profesionalmente agresiva” legal, aun cuando pueda ser éticamente cuestionable, a menudo es borrosa»¹⁰³⁶. Agrega que, «Muchas de las conductas que nuestra sociedad alaba y recompensa (sea la conducta arriesgada en las finanzas, la mercadotecnia agresiva, el celo profesional en el ejercicio de la abogacía, la inversión experta o la negociación dura) puede ser difícil de distinguir de otras conductas que nuestro ordenamiento jurídico pretende prohibir y castigar»¹⁰³⁷. Similares problemas presenta la corrupción¹⁰³⁸. En materia de contratación pública, por ejemplo, refiere JAREÑO que si bien determinadas conductas parecen trasgredir el orden jurídico-penal, en la práctica, sin embargo, se ajustan a la propia dinámica de la fase ejecutiva del proceso de contratación¹⁰³⁹. Peor la situación, como se apuntó, dado que una misma conducta puede alcanzar relevancia penal en un lugar y ser legítima en otro contexto socio-cultural¹⁰⁴⁰. Sirva de ejemplo la tipificación en España del nombramiento irregular de funcionarios públicos (Art. 405 CP esp.) frente a la institucionalización del nepotismo en Colombia.

¹⁰³⁶ En consonancia con lo anterior, señala GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 19, ciertas prácticas económicas, por ejemplo las evidenciadas en algunos de los escándalos empresariales comprendidos entre los años 2001 y 2002 en EE.UU, demuestran que resulta « [...] difícil saber qué conductas debían ser consideradas como un simple comportamiento agresivo en el contexto de las prácticas profesionales y cuáles debían considerarse conductas penalmente relevantes». Refiere asimismo que, dependiendo del punto de vista que se adopte, la práctica económica puede adquirir o no relevancia de carácter penal. Cita, entre otros ejemplos, cómo «la ingeniería contable podría verse como un fraude»; «el no pagar impuestos, como evasión fiscal»; «una negociación agresiva en las formas, se puede ver como una forma de extorsión»; «una inversión “inteligente”, como uso de información privilegiada»; «ciertas contribuciones económicas a partidos políticos, como soborno»; «ciertas restricciones permitidas en un sector de la actividad económica, como una forma ilegal de posicionarse en el mercado». Un conjunto de prácticas que presentan, en cualquier caso, una frontera moral bastante difusa. Una falta de claridad frente al merecimiento de reproche desde el plano del Derecho penal, que permite entender, precisamente, la tolerancia o indiferencia social frente a ciertas formas de criminalidad.

¹⁰³⁷ GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 24.

¹⁰³⁸ Con respecto de la *mens rea* como forma de distinguir la conducta penal de la no penal, cabe traer a colación el ejemplo propuesto por GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 67: « [...] Imagínese que X, un ciudadano particular, da al congresista Y un cheque por valor de 10.000 dólares. Si asumimos que X actúa con “intención de influir” a Y en un acto oficial, estará cometiendo cohecho. Alternativamente, si ha actuado con la intención de “agradecerle” sus servicios, entonces se dice que habrá cometido un delito por haber dado una propina o contraprestación de carácter discrecional. Pero si X actúa sin la intención de influir o agradecer a Y sus servicios, no habrá cometido ningún delito; simplemente habrá hecho una donación legal o una contribución para la campaña política. Así, en tales casos, la presencia o la ausencia de la *mens rea* proporciona un factor inusualmente decisivo (aunque en términos de prueba sea con frecuencia elusivo), en la determinación de si X ha cometido o no un delito) ».

¹⁰³⁹ Según lo refiere JAREÑO LEAL, Ángeles, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, p. 181, sucede que no adquieren trascendencia criminal ciertas conductas que por estar social e institucionalmente admitidas, gozan de apariencia de legalidad. Dicha adecuación posibilitaría su intrascendencia desde el punto de vista del Derecho penal. Afirma asimismo que ello « [...] puede ocurrir especialmente en la fase de ejecución del contrato, cuando la empresa adjudicataria llega a duplicar o triplicar el coste inicial, con estrategias que tienen que ver con la revisión de precios, la prórroga del contrato e incluso con la modificaciones que pueda imponer la Administración».

¹⁰⁴⁰ Un ejemplo de ello es el señalado por MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, p. 12: Según lo señala el autor, «Lo que constituye un delito en un país puede ser calificado como un gasto deducible de impuestos en otro o ser merecedor de un crédito preferente en su banca oficial».

Trazar la frontera entre lo lícito y lo ilícito puede no comportar ninguna dificultad para los distintos operadores jurídicos y los propios protagonistas de la actividad criminal. De hecho se propone en esta tesis que es una obligación indisponible del servidor público prever las infracciones jurídico-penales que pueden desprenderse de su gestión organizacional. No obstante esa disensión no parece tan clara desde el plano de quienes tienen el deber de reaccionar frente al delito: la sociedad en su conjunto, pues su indiferencia es la que permite que los primeros minimicen la entidad del riesgo punitivo. Y es que siendo coherentes con la entidad simbólica del castigo, lo que interesaría a efectos de la disuasión no sería la tipificación formal del acto, sino la definición que la sociedad realice¹⁰⁴¹. Esta dificultad de comprender el fundamento de criminalización del delito (el contorno *in-moral* de lo legalmente prohibido), es la situación que impide precisamente el surgimiento del proceso de reacción social frente al mismo. Resulta así comprensible que la normalización social del delito limite el acto de denuncia formal y, tras ello, se reduzca el riesgo objetivo de sanción. Y ello por cuanto la reducción objetiva de la probabilidad de denuncia propiciaría un entorno de «seguridad» para la comisión del delito, en el que el delincuente puede alcanzar un control cognitivo del miedo punitivo (cree que lo tiene).

Importante resulta para entender el proceso de comprensión social de la corrupción, el planteamiento previsto por HEIDENHEIMER¹⁰⁴². Para éste la corrupción puede ser clasificada en varias categorías atendiendo a la percepción social frente al fenómeno: *negra*, *gris* y *blanca*. El primer calificativo vendría dado por el consenso entre las élites y la opinión pública, tanto acerca de la lesividad social del fenómeno como sobre su correlativo reproche jurídico-penal. El segundo, a diferencia de la anterior, vendría caracterizado por la ambigüedad en términos de reprochabilidad y permisibilidad, es decir, no habría un claro consenso frente a la censura del hecho. Y el tercero, a diferencia de las anteriores, el consenso vendría dado, ya no por la conformidad o aceptación unánime del reproche jurídico-penal, sino, de forma contraria, por una especie de aquiescencia o tolerancia social generalizada frente a un determinado tipo de conductas, por tanto de difícil criminalización. La dificultad para encuadrar ciertas conductas en una u otra categoría dependería, por supuesto, de cada realidad cultural¹⁰⁴³. Es lo que sucede, por ejemplo, con la dación de regalos a políticos y funcionarios públicos. Dicha práctica, como se sabe, es jurídicamente admisible en algunos ordenamientos y sancionada penalmente en otros.

¹⁰⁴¹ Frente al cohecho, apunta NIETO MARTÍN, Adán, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, p. 203: «Más allá de los casos indubitados de cohecho propio, fijar en un mundo global qué es corrupción no siempre es tarea sencilla, pues existen multitud de usos sociales y actividades, como el mecenazgo, la financiación de partidos políticos o las atenciones con empleados públicos o de otras actividades privadas, donde no resulta tan sencillo trazar la frontera de lo lícito y lo ilícito».

¹⁰⁴² HEIDENHEIMER, Arnold, “Perspectives on the Perception of Corruption”, en *Political Corruption. A Handbook*, HEIDENHEIMER, Arnold / JOHNSTON, Michael / LEVINE, Víctor (comps.), Transaction, 3ª ed., Londres, 1993, pp. 161 y ss.; Véase también, MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, p. 37; GARCÍA MEXÍA, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2001, p. 61; VILLORIA MENDIETA, Manuel, *La corrupción política*, p. 42.

¹⁰⁴³ Como señala ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos...*, pp. 151-152, «La definición de sobornos y regalos es un asunto cultural, pero la “cultura” es dinámica y está constantemente cambiando. Si la conducta etiquetada como “corrupta” por algunos observadores es, sin embargo, considerada como una entrega aceptable de regalos o propinas dentro de un país, simplemente será legalizada y comunicada».

La anterior clasificación resulta de gran importancia para entender el proceso de normalización cultural de la corrupción, pues en países como Colombia conductas tan graves como el tráfico de influencias o el favorecimiento en las licitaciones públicas, parecen situarse en la referida corrupción «blanca». Ello es comprensible cuando conductas como el nepotismo o el clientelismo campean al interior de las instituciones. Un sugerente artículo publicado por la prestigiosa Revista Semana referido, entre otros aspectos, a la corrupción modelada por los gobernantes, refleja precisamente esta situación cuando señala, bajo el dicente título «*Ser corrupto no es normal*», que «Las personas de *a pie* en su círculo más cercano también normalizan y reproducen su práctica»¹⁰⁴⁴. En el siguiente capítulo se verá cómo esa banalización genera repercusiones sobre el proceso de persecución penal. Esta relación no ha sido ajena a la doctrina. Tal como ha sido puesto de relieve por diversos autores, como por ejemplo por FERNÁNDEZ ALBOR¹⁰⁴⁵, de la apariencia de licitud que acompaña ciertos delitos (económicos, en su caso), se derivarían serios problemas para su descubrimiento, investigación y judicialización: En lo que a tales aspectos se refiere, tal particularidad comportaría una gran dificultad para su tratamiento judicial, según él, sobre todo si se tiene en cuenta que «[...] sólo son conocidas por grupos reducidos de especialistas; pues el gran público no sabe si realmente se trata de conductas delictivas o son, simplemente, cuestiones puramente mercantiles sin proyección penal»¹⁰⁴⁶. Lo anterior se cita simplemente para remarcar la ambigüedad moral que define los delitos de cuello blanco. Como señala GREEN –citando a Matthew B. KUGLER–, «Que un determinado actor sea sancionado como delincuente, o admirado como exitosa persona de negocios, político, *lobista* o testigo depende a menudo de juicios morales y de sutiles distinciones sobre los hechos»¹⁰⁴⁷. En lo que respecta al cohecho, por ejemplo, «[...] lo único que distingue un soborno de un regalo legítimo es un elemento mental de intención muy difícil de probar (o, de modo aún más oscuro, un elemento de corrupción». Lo grave es que el afianzamiento cultural de este conjunto de juicios morales y la dilución de la trascendencia criminal del acto imposibilitan cualquier reacción colectiva, lo que provoca que la gente perciba la corrupción como algo que «*al final de cuentas no es tan malo*»¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁴ ALEGRE, Julia, “Ser corrupto no es normal”, Revista Semana, (2017/02/25). Recuperado de: <http://www.semana.com/>

¹⁰⁴⁵ FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *Estudios sobre criminalidad económica*, pp. 15-16.

¹⁰⁴⁶ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / BACIGALUPO, Silvina, *Derecho penal económico*, p. 27: «En efecto, resulta difícil determinar en muchos casos si una operación mercantil específica es un acto normal propio de un empresario audaz o una estafa». Relacionado con este aspecto, refiere GIL VILLA, Fernando, *La cultura de la corrupción*, p. 82, tras un análisis de los actos *desviados* respecto de las correlativas *prácticas de los negocios honestos*, el primero de los fenómenos puede solaparse con puntos de vista convencionales. Según lo pone de relieve el autor citando a Downes y Rock (1998:102), «En ambos encontramos los mismos motivos, los mismos principios en su organización, incluso la misma moralidad».

¹⁰⁴⁷ GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 365.

¹⁰⁴⁸ Una conclusión similar respecto de la comparación entre las formas tradicionales de delincuencia individual y las tipologías de criminalidad, parece desprenderse de lo señalado por ARÓSTEGUI MORENO, José, “Los fines de la pena y aspectos criminológicos del poder”, p. 55, para quien, otra de las características del delito económico y de la delincuencia de cuello blanco, radica justamente en «La circunstancia de que la sociedad tenga consciencia de la ilicitud del hecho, pero no de su trascendencia criminal». Basado en tal afirmación, señala el citado autor que «[...] las víctimas de corrupción no suelen generar movilizaciones motivadas por la indignación y conmoción, como sucede en los casos de apoyo a las familias de las víctimas de pederastas y terroristas, que presionan sobre los poderes públicos en demanda de endurecimiento penal».

La apariencia de licitud del hecho delictivo es, pues, una característica esencial de la criminalidad de cuello blanco. El mismo SUTHERLAND no pasó por alto semejante problema. Señalaba el autor la dificultad que expresaban las personas del común para distinguir los delitos socio-económicos con respecto a ciertas infracciones *no punibles* de análoga significación. Situación similar es la que se presenta en la actualidad con la penalización de algunas prácticas laborales injustas: Mientras la contratación de un trabajador inmigrante sin permiso legal puede constituir un ilícito penal, sin embargo para muchas personas, a pesar de percatarse de su ilegalidad, no pueden advertir su trascendencia criminal. A partir de aquí se afirma que muchas de las prácticas corruptas tipificadas por la ley no son consideradas como tal en ciertas comunidades. Esto sin hablar de aquellos que ni siquiera les interesa saber cómo se encuentran regulados los actos de las entidades públicas¹⁰⁴⁹. BAJO refiere similares problemas en el ámbito de la criminalidad económica. Al respecto, señala el autor que « [...] resulta difícil determinar en muchos casos si una operación mercantil específica es un acto normal propio de un empresario audaz o una estafa»¹⁰⁵⁰. La dificultad de conferir a ciertas prácticas ilícitas esa connotación tan propia de los mal denominados delitos «comunes» o «tradicionales» –según esa concepción cercana al *delito natural* que parece predominar la consciencia popular-, limitaría su reprensión social y, con ello, la operatividad de los mecanismos de control.

Dicho problema no es ajeno al campo de la corrupción. Como refiere GREEN, si bien en la teoría resulta sencillo distinguir entre los sobornos con respecto a otras conductas limítrofes, en la práctica ello no resulta tan simple: « [...] los sobornos implican el acuerdo de dar algo de valor a cambio de influir en la toma de decisiones o acciones, mientras en los regalos, las propinas, y contribuciones a campañas políticas no implican un acuerdo de este tipo»¹⁰⁵¹. Pero la situación puede resultar aún más compleja si, a tal dificultad de distinguir lo lícito y lo ilícito, se aúna la falta de correspondencia entre la tipificación legal del acto y su definición social. Así, como refiere ROSE-ACKERMAN: «Lo que es soborno para una persona, puede ser un regalo para otra. Un dirigente político o un funcionario público que ayuda a amigos, a miembros de su familia o a sus seguidores puede parecer digno en algunas sociedades y corrupto en otras»¹⁰⁵². Y si al igual que los regalos y los sobornos tienen una entidad semejante, deviene lógico que la diferencia entre ciertos actos corruptos y las prácticas social y jurídicamente adecuadas resulte difusa¹⁰⁵³. El problema es que ello genera efectos contrarios a la pretensión normativa. Como apunta BANDURA en referencia al reproche social, «La tolerancia legal hacia conductas que se consideran inmorales por algunos segmentos de la sociedad pero no por todos se paga con el alto precio de señalar a los inconformistas y desacreditar a los sistemas que las defienden»¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁴⁹ FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *Estudios sobre criminalidad económica*, p. 18: «En cuanto a las personas que desarrollan las nuevas técnicas delictivas se pueden resaltar algunas características comunes como son, entre otras, la forma ingeniosa en su ejecución; estimar que se trata de simples y autorizadas relaciones comerciales o, cuando más, que se trata de relaciones comerciales ilegales pero no criminales...».

¹⁰⁵⁰ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, p. 70.

¹⁰⁵¹ GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, pp. 262-263.

¹⁰⁵² ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos...*, p. 5.

¹⁰⁵³ ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos...*, p. 132.

¹⁰⁵⁴ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 63.

La *aparición externa de licitud* del hecho criminal no ha pasado desapercibida, como se ha indicado, en el campo de la criminalidad económica. Como refieren FERNÁNDEZ ALBOR y MARTÍNEZ-BUJÁN¹⁰⁵⁵, dicha condición ostenta una gran relevancia para el estudio de la delincuencia económica, entre otras razones, por las consecuencias que de ello se desprende. Uno de los principales efectos sería la denominada «ausencia de afectividad» frente al fenómeno, esto es, el conjunto de «emociones» que genera el delito, entre ellas, las inherentes al castigo¹⁰⁵⁶. De acuerdo con dicha característica, contrario a lo que sucede con las formas tradicionales de delincuencia individual, las distintas tipologías de criminalidad económica serían socialmente percibidas con cierta «neutralidad». Ello se vería favorecido porque, en tales conductas, confluiría « [...] un carácter más circunstancial y abstracto que las figuras delictivas clásicas: es decir, la licitud o ilicitud de un determinado delito económico puede depender de las circunstancias; volubilidad que, desde luego, no es predicable de un delito tradicional». Esta significación diversa que viene atribuida a los diversos tipos de delitos, es la que dificultaría precisamente una lucha efectiva contra la corrupción, pues cuando en el entorno se considera que una conducta formalmente proscrita es «normal», los individuos responden a esa normalidad. Por ello le asiste suma razón ARGANDOÑA cuando apunta que « [...] la voluntad de un directivo de erradicar la corrupción no es suficiente, ya que está dentro de un contexto mucho más amplio, donde la práctica de este tipo de acciones es algo habitual y asimilado como “normal” ». Así la pregunta que cabe formular es cómo pueden revertirse esas definiciones benignas. La respuesta a este interrogante se torna difícil, no por imposibilidad de demostrar empíricamente la lesividad social del acto, pues ello fundamenta precisamente su necesidad de criminalización, sino por la dificultad que entraña concienciarse de su inconveniencia. Por ello se insiste aquí que es una necesidad imperante normativizar el marco de deberes que deben asumir los servidores públicos del nivel directivo frente a la protección del bien jurídico, puesto que son ellos quienes tienen la obligación de desterrar de las entidades que presiden hasta la más «pequeña» práctica venal. Un recorte de prensa ilustra esa «admisibilidad» de la «corrupción normal» en la ciudad de Medellín (Col.):

Precisamente para que el país mejore su arsenal en la lucha contra la corrupción, la Fundación Buen Gobierno, apoyada por las Cámaras de Comercio de Bogotá y Medellín y el alcalde Sergio Fajardo, invitamos al profesor Robert Klitgaard, reconocido internacionalmente como uno de los grandes expertos en el tema, para que nos diera sus luces. Fueron muchos y bien interesantes los planteamientos que hizo durante sus presentaciones. Vale la pena resumir algunos: Hay dos tipos de corrupción: la que tienen todos los países, y aquí Klitgaard coincide con un ilustre ex presidente -por cierto muy en boga en estos días- cuando dijo durante su mandato y ante la burla mordaz y sarcástica de la opinión pública, que la corrupción había que reducirla a sus justas proporciones. Esta es la corrupción normal. La otra es la corrupción anormal, la sistémica, la que más daño hace¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁵ FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, pp.46-47.

¹⁰⁵⁶ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, p. 70, consecuencia de la *aparición externa de licitud* del delito económico, es la *ausencia de afectividad* « [...] a diferencia de figuras clásicas como el asesinato, la violación o el robo».

¹⁰⁵⁷ SANTOS, Juan M., “Reducir la corrupción a sus justas proporciones”, *El Tiempo*, (2004/08/22). Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/>

La importancia de la anterior cita es vital para comprender la normalización de la corrupción en un país como Colombia. Y es que si hay unos tipos de corrupción «normal», esos deben ser aquellos múltiples sobornos que vienen representados en la dádiva que se ofrece al policía de carreteras para evitar la imposición de una multa de tráfico, en la coima que se ofrece a un funcionario judicial para que agilice un proceso que cursa en su despacho o en la recompensa que se ofrece al funcionario administrativo para conseguir un trámite burocrático, etc. Puede hasta suponerse qué situaciones pasaron por la cabeza de quienes asistieron a la precitada conferencia organizada por la Fundación Buen Gobierno: «o sea que no está del todo mal corromperse un poquito». Es lo que sucede en determinadas sociedades con los ya referidos «pagos de engrase», que se conciben no como una práctica corrupta, sino como una muestra de gratitud o compensación por la «buena» actitud del funcionario. El primer gran problema que ello encierra, es que lo que determina la inmoralidad del acto –y, por tanto, la ilegalidad del mismo, puesto que así está tipificado por el ordenamiento jurídico-penal-, no es el monto de la dádiva que se ofrece y se recibe, sino la naturaleza misma de la transacción: la mercantilización del servicio público. Porque quien no tiene problema en recibir una pequeña comisión por agilizar un sencillo trámite burocrático cuando ocupa un cargo administrativo de ventanilla en una pequeña municipalidad, tampoco lo tendrá cuando pase a formar parte de un departamento de una gran administración pública en la que los contratistas oficiales llegan directamente «pagando» el precio necesario para que se les «colabore» con el proceso de licitación.

Es así como la banalización social de la corrupción redundará en la denuncia formal de sus expresiones. Y si esta idea se sostiene, bien puede afirmarse que ello afecta la certeza de la pena. En este sentido se afirma que la cultura de la indulgencia afecta la fuerza constrictiva de la norma jurídico-penal. El gran problema de esa banalización social de la corrupción, como se ha dicho, es que ello comporta una auténtica *técnica de neutralización* que termina no sólo limitando la denuncia formal del delito, sino incluso validándolo¹⁰⁵⁸. En términos concretos, si la gente no percibe la *mala* naturaleza del acto corrupto, la reacción social será inexistente, y si esta se torna inexistente, la denuncia formal será poco probable. Y si luego a ese déficit se aúna el conocimiento sobre la deficiente operatividad del sistema penal, será mayor la creencia individual sobre el hecho de que «aquí es improbable que se denuncie». De ello se sigue que mientras este tipo de prácticas sean concebidas como algo normal que no comporta una carga negativa desde el punto de vista social y, por tanto, desde el plano jurídico-penal, la fuerza coercitiva (aversiva) de la pena disminuirá ostensiblemente. Ese escenario de seguridad (impunidad) resultante, psicológicamente estimado, impedirá la generación de emociones aversivas durante el curso de anticipación de la posibilidad delictiva. Desde la lógica conductista podrá decirse que la falta de reacción social limitaría la ejemplificación del castigo sobre la que se articula la función intimidatoria. Lo anterior conecta, como se verá seguidamente, con otro factor distorsionador de esa fuerza constrictiva: la *imperceptibilidad del daño social*.

¹⁰⁵⁸ GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 222: «Los mecanismos de neutralización funcionan asiduamente en nuestra vida diaria. Todos los utilizamos para dar consistencia nuestra conducta y los delincuentes también los pueden usar para justificar sus acciones ilegales».

2.2. Imperceptibilidad del daño social

La dificultad que halla la sociedad para advertir la *lesividad* material derivada de la corrupción pública, al igual que se planteó con la *apariencia de normalidad* que puede caracterizarla, es una de las circunstancias fundamentales que inciden en la comprensión personal de la entidad criminógena del delito y, por efecto de ello, sobre la percepción subjetiva que termina limitando el acto de denuncia formal del mismo. La común asociación de la entidad lesiva del delito a víctimas individuales y que se aúna a los discursos cimentados culturalmente sobre la delincuencia, afirmaría la referida banalización del delito¹⁰⁵⁹. Esas narrativas legitimadoras no sólo se sitúan a nivel del hombre lego, en donde se suele escuchar que «*robando al Estado no se hace daño a nadie*», sino también al nivel de los propios expertos: « [...] *la corrupción puede ser considerada un factor de modernización y de progreso económico*», llegó a afirmar HUNTINGTON¹⁰⁶⁰. A tal punto puede llegar el discurso justificante del delito, que incluso alcanza a validarse la coexistencia de la corrupción en el ordenamiento jurídico, esto es, considerarle un problema con el que hay que acostumbrarse a vivir. Famosa se ha hecho en Colombia la frase pronunciada por el expresidente Julio César Turbay Ayala, quien, en referencia a la necesidad de lucha contra la corrupción, adujo que «*tenemos que reducir la corrupción a sus justas proporciones*», cuya interpretación social se dio en el indecoroso sentido de que «está bien corromperse un poquito, pero no mucho». Posiciones como ésta «reman» en contra de la pretensión disuasoria de la norma jurídico-penal, puesto que son las instituciones que personifican la sociedad misma a través de sus correspondientes representantes, el principal canal de información de la entidad criminógena del delito¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁹ La entidad del daño material en los delitos económicos es más que real, así lo deja ver ALLER, Germán, “Prólogo”, en SUTHERLAND Edwin H., *White Collar Crime...*, p. XXVI: « [...] habitualmente se percibe el problema del costo financiero del delito en términos del daño que genera el arrebato, el hurto, la estafa callejera o los gastos de la curación, tratamiento médico y psicológico a la víctima en el caso de conductas violentas [...], siendo una “verdad insoslayable”, tal como fuera ejemplificado por Sutherland, que para compensar el desfalco realizado por un empleado de supermercado que se apropia de seiscientos mil dólares en un escaso lapso, habría que considerar cuántos hurtos y robos callejeros se requerirían para alcanzar dicha cifra: seguramente varios miles. Si poco después un ejecutivo de una empresa hurta un millón de dólares [...] queda al descubierto que el daño financiero de los delitos de cuello blanco es mucho más grande que el de toda la delincuencia predadora, que es la que están en medianas condiciones de abordar – con cierto éxito- las agencias penales, así como de policía».

¹⁰⁶⁰ HUNTINGTON, Samuel P., *Political Order in Changing Societies*, p. 59.

¹⁰⁶¹ La importancia de develar el daño social producido por la corrupción, atendiendo a la defensa del interés general que se irroga a las instituciones bajo la égida del Estado social y democrático de Derecho, se debe precisamente a la magnitud de la actividad económica generada en torno a la gestión de bienes y recursos oficiales. Según lo señala BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, p. 50, «Los datos estadísticos sobre los efectos de la delincuencia económica son realmente sorprendentes hasta el punto de permitir decir que los daños materiales que produce son inimaginables en la delincuencia violenta. Una afirmación como esta sólo es admisible teniendo en cuenta que, como veremos, también la delincuencia económica lesiona la vida e integridad física de las personas». La imperceptibilidad del daño social producido por la corrupción pública, como se ha indicado, es consustancial a la apariencia de licitud del hecho criminal que lo genera. El inconveniente efecto que de ello se deriva sobre la certeza del castigo, es que el déficit de reprensión social, más allá de generar la referida disminución ostensible de la probabilidad de denuncia del acto corrupto, produce un relajamiento del Estado para enfrentar seriamente el fenómeno. Este relajamiento se evidenciaría no sólo en el menor compromiso de las autoridades frente a la persecución del delito generado, sino también frente a su misma prevención. HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 50.

Cierto es también que la dificultad para aprehender una dimensión mayor de los correspondientes efectos nocivos del delito se halla determinada por la propia naturaleza del daño. Los efectos derivados de fenómenos como la criminalidad económica y la corrupción sobre los sistemas económico, político y social, presentan una característica esencial que marca una diferencia trascendental con respecto a los daños asociados a la delincuencia convencional¹⁰⁶²: son impersonales¹⁰⁶³; una diferencia que se deriva, más allá de la propia complejidad estructural del acto criminal que los genera¹⁰⁶⁴, de sus propiedades difusas. Esta característica, por un lado, impide la reacción social negativa. Como destaca ZÚÑIGA, «Un ingrediente importante en esa aceptación o cuando menos benignidad en el tratamiento de la criminalidad cometida por los poderosos, es la falta de consciencia de los daños que produce»¹⁰⁶⁵. Pero es esa misma falta de comprensión sobre los efectos negativos derivados del delito, por otro lado, una de las técnicas de neutralización del delito señaladas por SYKES y MATZA: la «negación del perjuicio»¹⁰⁶⁶. Indudablemente, la corrupción es un fenómeno que produce graves efectos¹⁰⁶⁷. Numerosos estudios empíricos dan cuenta de su real magnitud¹⁰⁶⁸. Conscienciarse de ello es importante para generar ese sentido social de reproche requerido para forzar un cambio no sólo en la postura del Estado frente al delito, sino también sobre la validación personal del mismo.

¹⁰⁶² GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 69.

¹⁰⁶³ Como refiere GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 69, «[...] podemos asimismo asumir que el daño causado por actos delictivos es “público” de un modo que se considera relevante para el Derecho penal, es decir, que dicha clase de daño de alguna manera compete propiamente a la comunidad como un todo, en lugar de hacerlo solamente de forma individual a los ciudadanos de tal comunidad».

¹⁰⁶⁴ GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 69.

¹⁰⁶⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura y otros, *Poder y delito...*, p. 41: «[...] la sociedad no percibe la dañosidad social de estos comportamientos».

¹⁰⁶⁶ En relación a las técnicas de neutralización referenciadas por Sykes y Matza, reseñan TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 207: «Los autores citan cinco tipos principales de técnicas de neutralización: 1) *negación de la responsabilidad* (p. ej., “Estoy enfermo”); 2) *negación del perjuicio* (p. ej., “Tienen mucho dinero”); 3) *negación de la víctima* (p. ej., “No lastimamos a nadie” o incluso “Ya sabían qué les esperaba”) [cf. El estudio sobre chantajistas en Hepworth, 1971]; 4) *condenación de los que condenan* (p. ej., “Todos roban” o “Todos usan drogas de algún modo”); 5) *el recurso a una voluntad superior* (p. ej., “No lo hice en mi beneficio” o “No podía abandonar a mis compañeros”)».

¹⁰⁶⁷ Según un estudio publicado por GRAY, Cheryl W. / KAUFMANN, Daniel, “Corruption and Development”, en International Monetary Fund / World Bank, *Finance & Development*, vol. 35, Marzo 1998, (1), p. 7, la corrupción puede ser considerada uno de los más graves obstáculos para el crecimiento y desarrollo de los países: «In a recent survey of more than 150 high-ranking public officials and key members of civil society from more than 60 developing countries, the respondents ranked public sector corruption as the most severe impediment to development and growth in their countries»; Otras referencias específicas sobre los «costos económicos de la corrupción», pueden verse en el mismo sitio.

¹⁰⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris: Teoría del Derecho y de la Democracia. 2 Teoría de la Democracia*, (Trad. Perfecto Andrés Ibáñez / Juan Carlos Bayón Mohino / Marina Gascón / Luis Prieto Sanchís / Alfonso Ruiz Miguel), Ed. Trotta, Madrid, 2011, p. 364: «Se ha documentado que los crímenes de cuello blanco producen mayores sufrimientos y muertes que todos los crímenes comunes juntos: devastaciones medioambientales, catástrofes ecológicas, adulteraciones de alimentos, accidentes de trabajo, apropiaciones de bienes comunes, estafas y distracción de fondos en perjuicio de millones de ahorradores, falsedades, cohechos y malversaciones en daño de los bienes y las finanzas públicas. Y, sin embargo, estos crímenes no son percibidos como tales, del mismo modo que no se perciben como atentados contra la seguridad pública los daños y peligros que ocasionan»; ARÓSTEGUI MORENO, José, “Los fines de la pena y aspectos criminológicos del poder”, p. 54: otra de las características del delito y de la delincuencia de cuello blanco, radica en que, tal tipo de delitos, «puede afectar a sectores importantes de la población». Según lo pone de relieve el autor, «[...] se han dado casos en los que efectos del delito cometido afectan a un país por entero, e incluso a varios países a la vez...».

El nexo entre tolerancia social de la corrupción e imperceptibilidad del daño generado se evidencia en el campo de la contratación oficial. Al respecto, señala JAREÑO que una de las razones por las que no existe una línea jurisprudencial más amplia en esta materia, se debe al hecho de que « [...] exista bastante tolerancia y permisividad social hacia algunas de estas conductas, ya que los ciudadanos siguen sin creer que se trata de delitos que hacen más daño al sistema político-económico del que pueden hacer los hurtos, los robos o el tráfico de drogas»¹⁰⁶⁹. Uno de los mayores inconvenientes que impide la reacción social frente a la corrupción, precisamente, es la idea que se forma cada persona acerca de que ello no le afecta¹⁰⁷⁰. Como refiere VILADÀS en referencia al delito económico, «Salvo en los casos concretos de gran daño directo (p. ej., los casos de estafa inmobiliaria), la reacción social frente a estos delitos y delincuentes es prácticamente nula»¹⁰⁷¹. Tal margen de reacción, según el autor, se encontraría directamente relacionada con la amplia difusión realizada desde los medios de comunicación con respecto a los casos de gran impacto¹⁰⁷². Esta comprensión subjetiva sobre la lesividad del delito se encontraría limitada por la capacidad de «modelado» de los «constructores de la realidad», en especial por los *mass media*. Los medios de comunicación, como se verá luego, juegan un papel trascendental en la *construcción social de la realidad*, en este caso en particular, sobre la invisibilización del daño generado por fenómenos como la criminalidad económica o la corrupción¹⁰⁷³. La normalización de los efectos generados por la criminalidad de cuello blanco también se ve posibilitada por la utilización de procedimientos civiles para la sanción de tales fenómenos. Como afirma GREEN, el propio Sutherland pondría de relieve que « [...] muchas de las conductas que son tanto o más dañosas o ilícitas que aquellas tradicionalmente consideradas como delictivas están sujetas a una amplia gama de procedimientos y sanciones que difieren de las utilizadas para la delincuencia tradicional»¹⁰⁷⁴. Luego cabe pensar hasta qué punto es conveniente esa transfiguración del proceso de persecución.

¹⁰⁶⁹ JAREÑO LEAL, Ángeles, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, pp. 180-181. Señala, como ejemplo concreto, que «así ocurre en municipios pequeños, donde se contempla con normalidad y aceptación que las empresas de los familiares del alcalde o los concejales sean las que realizan las obras públicas del lugar, o las que suministran los materiales a la corporación, y sólo se espera el cambio político de turno para beneficiarse de la misma manera».

¹⁰⁷⁰ FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *Estudios sobre criminalidad económica*, p. 11: «A pesar de los incalculables perjuicios materiales y morales dirigidos contra la sociedad, ésta adopta una actitud pasiva, si no tolerante, motivada, entre otras causas –como ha destacado COURAKIS– por la manera ingeniosa y complicada en la comisión de estos delitos, su carácter complejo, la poca atención que le dedica la prensa....».

¹⁰⁷¹ VILADÀS JENÉ, Carles, «*La delincuencia Económica*», p. 233.

¹⁰⁷² GIL VILLA, Fernando, *La cultura de la corrupción*, p. 111: «Los casos de corrupción, como las personas, pueden ser clasificados en grados de impacto, el cual viene dado por la notoriedad de los afectados y por la repercusión económica del asunto. Los niveles más altos desatan un importante interés de información, de manera que los medios de comunicación ofrecen una amplia cobertura».

¹⁰⁷³ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, pp. 50 y ss., «Los datos estadísticos sobre los efectos de la delincuencia económica son realmente sorprendentes hasta el punto de permitir decir que los daños materiales que produce son inimaginables en la delincuencia violenta». Con respecto a los daños materiales, refiere que «Los daños característicos de la delincuencia económica son los financieros. Las cifras que se manejan, sobre todo en USA, escapan a toda previsión». [...] «Aun así hay otros daños materiales de mayor relevancia que los financieros: los atentados contra la vida, la integridad física y la salud». También se producen daños inmateriales y de otro tipo: «la pérdida de la confianza en el tráfico mercantil, la deformación del equilibrio de mercado y la eliminación de la competencia».

¹⁰⁷⁴ GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 39.

La representación simbólica que la sociedad se forma frente a la lesividad derivada de la criminalidad en general se forja fundamentalmente desde dos perspectivas antagónicas. Por un lado, a partir de la gran difusión que tienen las formas tradicionales de delincuencia individual (por ejemplo, a través de la transmisión mediática y la comprobación directa de atracos callejeros, delitos violentos, micro tráfico de estupefacientes, entre otras conductas de similar entidad). A ello se aúna la forma en que los *mass media* mercantilizan, en beneficio propio, dicha información, muchas veces realizando una amplificación artificial del fenómeno delictivo con el único fin de captar la atención del receptor (televidente, radioyente, etc.)¹⁰⁷⁵. Y, por otro lado, a partir de la imperceptibilidad social de los procesos de corrupción que se producen a espaldas del ciudadano, incluso de los propios medios de comunicación. Dicha imperceptibilidad provocaría que conductas que generan un gran perjuicio no sólo no sean percibidas como tal, sino que también se ignore su dañosidad social. Lo peor es que, además de dicha visión antagónica, la comprensión social del daño estaría influida por el vistoso despliegue institucional frente a determinados delitos; una persecución preferente y ostentosa frente a ciertos infractores que por su evidente actuación, fácil detección y cómoda agrupación en centros carcelarios, genera en la sociedad una perspectiva unidireccional de la criminalidad¹⁰⁷⁶. Dicha visión modelada por los *media* produciría una distracción frente a otros problemas no menos graves como la corrupción. Ahora bien, como señala VILADÁS, si bien la delincuencia económica no provoca «reacciones espectaculares», excepto, claro está, cuando sus daños son directos y visibles, dichas formas delictivas no podrían considerarse totalmente inadvertidas, margen que, en consecuencia, permite algún reproche social. Tal conclusión es cierta, por obvias razones, pues no puede afirmarse una ausencia de reprobación total frente al problema. Lo que aquí se trata de señalar es que si la «gran masa social» no tiene la posibilidad de comprender una dimensión mayor del problema, fenómenos como la corrupción o la criminalidad económica no será vivida como tal por los integrantes de la comunidad¹⁰⁷⁷. Peor la situación, cuando empresarios y agentes públicos corruptos «se tapan» entre sí.

¹⁰⁷⁵ GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 53.

¹⁰⁷⁶ A pesar de que, como refiere SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *La expansión del Derecho penal...*, p. 53, si bien en la actualidad uno de los temas criminológicos de mayor debate social es la «criminalidad de los poderosos o de las empresas», aún por encima de la clásica «criminalidad de los desposeídos», «ello supone introducir un importante error de perspectiva sobre el que conviene alertar». Según el autor, «en efecto, aquí y ahora, sigue siendo posible afirmar que el 80% de la criminalidad (al menos, la definida como tal y perseguida) continúa manifestándose como criminalidad de los marginados (*lower class crime*), de modo que se corre el riesgo de tomar la parte (menor, pero muy difundida por los medios de comunicación) por el todo».

¹⁰⁷⁷ Refiere VILADÀS JENÉ, Carles, «La delincuencia Económica», p. 232, que si bien los daños propios de la delincuencia económica se identifican generalmente en daños financieros, también existen otros daños materiales de mayor relevancia. Afirma de forma concreta que, «Se ha verificado, p. ej., que los daños materiales ocasionados por las conductas que se conviene en incluir en la categoría de “criminalidad económica” alcanzan cifras astronómicas y rebasan, haciendo imposible cualquier comparación, los irrogados por los comportamientos integrantes de la denominada delincuencia común: los fraudes alimentarios y farmacéuticos y la contaminación de aguas y aire atentan no sólo contra la salud, sino también contra la integridad física e incluso la vida de las personas...». Y la delincuencia económica no es vivida de tal manera, precisamente, por la misma posición que adopta frente a tales formas de criminalidad las «instancias legitimadoras del Estado». Como apunta el mismo autor, «desde el discurso científico hasta los medios de comunicación», tendrían gran implicancia en «la inculcación de una imagen muy determinada de la delincuencia».

Para entender ese ocultamiento hay que comprender la importancia que tiene el «mercado» público para los agentes económicos. Dicha asociación resulta plenamente plausible dado que gran parte de las prácticas de corrupción pública vienen inducidas por proyecciones empresariales irregulares. La misma conjunción permite visualizar la estrecha interconexión que se presenta entre los denominados delitos socio-económicos y los de corrupción administrativa (delitos contra la Administración pública)¹⁰⁷⁸, no sólo desde el punto de vista del *interés* particular perseguido por sus gestores y de los *medios* de realización, sino también desde el plano de los efectos generados¹⁰⁷⁹. La conceptualización jurídica del *economic-crime* resulta importante, de este modo, para representar las consecuencias que se derivan de su estructura material-compleja sobre los procesos de criminalización: la selección penal negativa del delito. Dicha *selección* se produciría por cuanto, factores como la apariencia de legalidad del acto desviado, la presunta ausencia de víctimas y la imperceptibilidad del daño social, posibilitarían esa banalización social del acto delictivo, lo que luego repercutiría en la reproducción del mismo y su impunidad.

Baste referir que esa invisibilidad del daño que caracteriza la delincuencia de cuello blanco en razón de su naturaleza sofisticada, es uno de los factores que impiden la reprensión social del fenómeno, en la medida en que la conciencia sobre su lesividad es presupuesto para la reacción frente al acto que lo genera. Esta imposibilidad de percepción del daño se vincula así a la banalización social del acto de corrupción. Es esa misma tipificación social de las infracciones, la que permiten calificar el comportamiento corrupto como una mera irregularidad normativa (*mala prohibita*), y no como una grave acción criminal (*mala in se*). Y ante la ausencia de reprensión social resulta, por tanto, comprensible que quien se enfrenta a la necesidad de vulnerar un imperativo legal presente menores restricciones con respecto a su infracción. De manera que si la sociedad en general no puede advertir la mala naturaleza del acto, resulta comprensible que nadie encuentre alicientes para reclamar ante las instituciones gubernamentales. El problema es que muchos de estos ciudadanos desmotivados forman parte de las entidades públicas, lo que indefectiblemente repercute en su posición frente a lo malo que suceda allí dentro.

¹⁰⁷⁸ Normalmente la criminalidad de *cuello blanco*, tal como señala BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 290-291, « [...] abarca a los delitos socioeconómicos, y a otras conductas perpetradas con móviles económicos, pero cuyo bien jurídico directamente protegido es de naturaleza distinta (cohecho, delito urbanístico, etc.) ». En el mismo sentido lo refiere ALLER, Germán, *Criminalidad del poder económico*, pp. 290-291, para quien « [...] los delitos intangibles –p. ej., los vinculados a la Administración pública, operaciones bancarias y la informática- son campo propicio para la delincuencia de cuello blanco y abordables mediante el Derecho penal económico, que también abarca ilícitos relativos a la corrupción».

¹⁰⁷⁹ Dicha relación no es ni mucho menos incompatible. Como recuerda TIEDEMANN, Klaus, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 57, las concepciones fundamentadas en aspectos criminológicos se sustentan « [...] en las extensas repercusiones que generan los delitos económicos (en la economía nacional o en sus componentes) y, en parte, en el abuso de la confianza necesaria en el tráfico económico». En referencia a la compatibilidad conceptual, señalan MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico*, Ed. Iustel, Madrid, 2012, pp. 82-83, si bien algunas conductas de corrupción como la malversación de caudales públicos, el cohecho o la corrupción de funcionarios en general ostentan otras «connotaciones prevalentes» desde el punto de vista del bien jurídico, también poseen, sin embargo, una «connotación socioeconómica conceptual». Sobre los efectos –materiales e inmateriales- de la criminalidad económica, Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, pp. 50-53; FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, pp. 65-68.

La invisibilidad del daño es, pues, un factor que modifica el contenido simbólico del fenómeno causante. La corrupción se caracteriza no sólo por esa discrecionalidad que invisibiliza el esquema fraudulento, sino además por la hipocresía de sus promotores frente a su criminalización efectiva. Es así como el fenómeno deviene latente. La desleal competencia que se produce entre empresas a causa de la adjudicación de contratos *a la sazón* (contratación directa *irregular*) o mediante la tergiversación de las reglas de la concreta licitación, por poner un ejemplo, es una clara muestra de la tolerancia oficial del *poder corruptor* (con los efectos socio-económicos inherentes, a saber: la *reacción en cadena*, el efecto *resaca* o *espiral* [*Sog-und Spiralwirkung*], etc.)¹⁰⁸⁰. Incluso, a pesar de que la ciencia económica se ha encargado de exponer con suficiencia los lesivos efectos generados de estas tipologías delictivas, en particular, respecto del crecimiento económico y la eficiencia de las instituciones públicas en la gestión de recursos, la reacción institucional frente a tales fenómenos es pasmosa¹⁰⁸¹. El problema es que los efectos no son sólo socio-económicos; las consecuencias para la eficiencia pública son sistémicas: La *selección adversa de élites* es uno de los tantos efectos que genera la normalización de la corrupción (en términos de GARLAND, la «*normalización de la experiencia criminal*»)¹⁰⁸². La apatía de los ciudadanos por la vida pública y la disgregación de las diversas organizaciones de la sociedad civil, coadyuvan en tal proceso. Se crea así un círculo de efectos perversos, puesto que cuando a la *deslealtad* de los regidores públicos se aúna la *indiferencia* social, se produce una debilidad del tejido humano que desencadena un estado de *anomia*¹⁰⁸³. Y sería bajo este estado de *anomia* en donde lo ilícito pierde su identidad.

¹⁰⁸⁰ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, p. 52: « [...] en un mercado de fuerte competencia la deslealtad en la competencia se produce cuando se han agotado las posibilidades legales de lucha. En esta situación quien primero delinque presiona al resto a la comisión de nuevos hechos delictivos (*efecto de resaca*), y cada participante se convierte así en eje de una nueva *resaca* (*efecto de espiral*)».

¹⁰⁸¹ Aunque no serían sólo estos los únicos efectos negativos. De forma mucho más concreta, señala MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, pp. 177 y ss., que dentro de los efectos económicos de la corrupción, sobre todo cuando ésta afecta las instancias gubernamentales más importantes, se encuentra la afectación negativa de «la inversión en la economía de un país y, en consecuencia, es una práctica negativa para su desarrollo económico, político y social». Como recuerda el autor, «existe una vinculación probada, tanto en un sentido estadístico como económico, de que altos índices de corrupción degradan las posibilidades de crecimiento económico a largo plazo». Otros efectos económicos negativos en este ámbito señalados por el autor lo serían, entre otros, «sobre el poder de toma de decisiones políticas, sobre la productividad y la calidad de la inversión»; también con efectos negativos respecto del «aumento de los costes y de los precios de bienes y servicios» o la imposición de «barreras al comercio internacional». Relacionado con lo anterior, señala GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 267, «El cohecho “corrompe” la vida política y comercial al incitar la presencia de fundamentos inadecuados en la toma de decisiones. Crea inestabilidad política, distorsiona los mercados, afecta a la legitimidad, retrasa el desarrollo, desperdicia recursos, debilita la confianza en las instituciones encargadas de tomar decisiones y conduce a la injusticia, a la inequidad y a la ineficacia». Cfr., también, sobre los efectos macroeconómicos de la corrupción: MURIEL PATINO, María Victoria, “El fenómeno de la corrupción: consideraciones desde la macroeconomía”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., *Corrupción y delincuencia económica* (Coords.), pp. 35-52; sobre los efectos sobre el crecimiento y desarrollo, Cfr., VILLORIA MENDIETA, Manuel, *La corrupción política*, pp. 81-83.

¹⁰⁸² GARLAND, David, *Crimen y castigo...*, p. 37.

¹⁰⁸³ Contra tales problemas se erige, por ejemplo, la FCPA en Estados Unidos. Según lo recuerda NIETO MARTÍN, Adán, “La privatización de la lucha contra la corrupción”..., pp. 194-19, uno de los rasgos fundamentales de la política anti-corrupción derivada de la citada normativa, consiste precisamente en « [...] entender que los efectos perjudiciales de la corrupción no radican sólo en el daño que generan a la Administración pública, sino que altera la competencia y daña a los inversores».

Resulta poco discutible, pues, que los delitos de cuello blanco generan graves repercusiones sociales. La cuestión estriba en determinar por qué la gente no se preocupa por los efectos lesivos de esta clase de delitos. Ello permite preguntar, entre otras cuestiones, por qué los delitos contra la propiedad privada propician una palpable demanda de intervención del sistema penal, mientras los delitos contra el patrimonio público, a pesar de su lesividad, generan apenas una minúscula reacción social. Y esto es real, pues ni siquiera en aquellos casos de gran impacto social en los que se produce un importante saqueo al erario público se origina una considerable reacción pública. A dicha cuestión podría responderse fácilmente aduciendo que los delitos contra la propiedad privada afectan de forma directa el patrimonio individual, incluso, en muchos casos, la misma integridad física; cosa que no sucede cuando, el «apoderamiento» ilícito, se realiza sobre el patrimonio público, cuyos titulares son *difusos*. Esta conclusión resulta válida. Pero también lo es que, tal dañosidad –general-, se materializa finalmente sobre cada individuo en particular¹⁰⁸⁴. Se verá más adelante que en esa profusión del miedo hacia ciertos delitos tienen gran responsabilidad los «constructores de la realidad». Como apunta BANDURA, «Dado que la mayoría de personas están poco o nada expuestas a los actos de agresión, sus percepciones sobre la violencia delictiva están determinados en gran medida por lo que ven en la televisión o leen en los periódicos»¹⁰⁸⁵. El problema es que difícilmente puede verse a través de estos medios, referencias constantes sobre el daño generado por la corrupción.

Por todo lo anterior es que se afirma aquí, como se desarrollará en el último capítulo, que el *daño social* no constituye un criterio suficiente para delinear el contenido del bien jurídico asociado a los delitos de corrupción. Además de la lesividad para los intereses generales que se produce, la conciencia moral de reproche es indispensable para asegurar su criminalización efectiva de las conductas que atenten contra aquél. La redefinición moral del bien jurídico, justamente, es coherente con una teoría del delito basada en la función de prevención. Y es que si en la práctica los distintos factores de constrictión normativos, como por ejemplo los vinculados a la moral social, la religión y el Derecho discurren por los mismos canales de intermediación (familia, amigos, compañeros de trabajo, etc.) y ello termina repercutiendo en el menor o mayor acatamiento de la ley, no puede luego separarse del bien jurídico el contorno moral que lo define: las directrices de la ética pública inherentes a la leal administración de lo público. Serían múltiples los argumentos para determinar que el criterio de lesividad material no es suficiente. Esta afirmación es plenamente indicadora de que el criterio de lesividad debe ir de la mano de un grado de censura social suficiente frente a la correspondiente conducta. Y tanto tiene que ver la visión que se forme cada persona frente a la cuestión criminal, que la misma aprehensión parcial de los distintos elementos objetivos que conjugan la realidad social y que permiten banalizar las prácticas de corrupción, constituye, paradójicamente, uno de los factores que provoca que en muchas sociedades se legitime la apropiación de lo público.

¹⁰⁸⁴ Como recuerda GIL VILLA, Fernando, *La cultura de la corrupción.*, p. 29: «Y es que todo acto de corrupción es, por definición, excluyente: literalmente excluye a ciertos individuos del reparto de recursos a los que tienen derechos...». «Esto significa que en los países con estadísticas más altas de compra-venta de favores a la Administración, se favorece la exclusión social al potenciar la desigualdad».

¹⁰⁸⁵ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 342.

2.3. **Victimización difusa: sobre la supuesta «inexistencia» de víctimas individuales vinculada a los efectos nocivos de la corrupción pública**

La corrupción pública suele catalogarse, al igual que se se hace frente a otras tipologías vinculadas a la delincuencia económica, como uno de los denominados fenómenos delictivos «sin víctimas»¹⁰⁸⁶. La *volatilización de la calidad y la cantidad de las víctimas* es precisamente otra de las características del delito y de la delincuencia de cuello blanco, según referencia ARÓSTEGUI¹⁰⁸⁷. Según este autor, «En los delitos de cuello blanco la víctima se diluye, no hay un sujeto directo afectado al tratarse de un daño colectivo; son todos los ciudadanos los que han sido perjudicados, pero ninguno percibe el daño en primera persona»¹⁰⁸⁸. Desde el plano del delincuente, por una parte, tal consideración presenta una importancia capital: Ya se referenció que la «*negación de la víctima*» es otra de las *técnicas de neutralización* señaladas por SYKES y MATZA. Para quienes tienen el deber de reaccionar frente al delito, por su parte, la indeterminación de las víctimas repercutiría en la referida banalización del acto. Y es que resulta lógico que en los delitos asociados a la corrupción pública, cuyo daño se materializa sobre los recursos físicos asignados a las instituciones del Estado, por la titularidad formal de los bienes afectados no pueda determinarse la calidad de víctima desde el punto de vista de los intereses individualmente lesionados. Como apunta GREEN, «Dado lo difuso y complejo de los daños asociados con los delitos de cuello blanco, no es sorprendente que la identificación de las víctimas sea más difícil en estos que en los casos de delitos convencionales»¹⁰⁸⁹.

Un breve repaso por las distintas definiciones sobre el concepto de «víctima» permite apreciar que varias de las conceptualizaciones aplicables a este tipo de fenómenos se construyen normalmente a partir de la afectación directa de los intereses jurídicos individuales. La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985), por ejemplo, considera como víctimas de delitos y del abuso de poder a aquellas «[...] personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales...». Si se atiende a los perjuicios que de tales abusos pueden llegar a derivarse y que determinan la correspondiente condición de víctima, podrá inferirse que, a pesar de que los perjuicios generados pueden ser de muy diversa naturaleza: físico, moral, psicológico, político y económico, como se dijo, el problema radica en que tratándose de delitos que recaen sobre bienes y/o recursos de las instituciones públicas, la individualización de las víctimas constituye un imposible. Pero esta conjetura no es absoluta, pues todo ataque contra los recursos del Estado repercute directamente en la satisfacción de las prestaciones sociales de naturaleza pública: salud, educación, seguridad, justicia, etc. Luego si nadie se siente víctima de estos delitos, resulta entendible que no se tenga interés en denunciar.

¹⁰⁸⁶ Véase al respecto BENITO SÁNCHEZ, Demelsa, *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Ed. Iustel, Madrid, 2012.

¹⁰⁸⁷ ARÓSTEGUI MORENO, José, «Los fines de la pena y aspectos criminológicos del poder», p. 56.

¹⁰⁸⁸ ARÓSTEGUI MORENO, José, «Los fines de la pena y aspectos criminológicos del poder», p. 56.

¹⁰⁸⁹ GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 70.

La dilución de la condición de víctima, en tal sentido, tendría dos efectos perversos: el primero radica en que si no se tiene consciencia sobre la calidad de víctima, el individuo difícilmente se va a formar un criterio de reproche, lo que, en consecuencia, impediría cambios de paradigmas frente a la persecución estatal del delito y, como se afirma aquí, sobre las razones que debe formarse la gente para denunciar¹⁰⁹⁰. Pero esto no es lo peor. La misma percepción errada por parte del potencial corrupto con respecto a la «ausencia de víctimas», le ayudaría a «neutralizar» la conciencia de lesividad que su acción corrupta presupone –según la ley penal-. La ya referida «negación de la víctima» se instituye así en otra de las *técnicas de neutralización* de la entidad criminal del delito. La misma negación impediría una aprehensión mucho más amplia por parte de la sociedad frente a la fuerza constrictiva de las normas jurídico-penales que proscriben el fenómeno criminal¹⁰⁹¹. La «ignorancia» de la víctima, ya sea por la complejidad misma que caracteriza ciertos delitos o bien por la «minimización de la enorme gravedad del hecho delictivo», como refiere FERNÁNDEZ ALBOR¹⁰⁹², puede incluso llegar a tal punto que no le permite siquiera percibir su condición de víctima¹⁰⁹³. Más allá de la concurrencia de factores que le inhiben para denunciar el hecho, como «el sentimiento de miedo» generado por el temor a las eventuales represalias, o bien por carecer de legitimación activa procesal (como sucede en los delitos fiscales, en los que el sujeto directamente afectado es la Administración), es la significación del acto la que anula la asimilación de tal calidad. Esta dificultad para medir o cuantificar el daño desde el punto de vista individual, lógicamente, se encuentra ligada a la imperceptibilidad personal de los efectos generados. Luego si la corrupción produce un menoscabo indirecto sobre los individuos que apenas es perceptible por las personas del común, resulta comprensible que se afecte su proceso de descubrimiento y denuncia formal. Y si la denuncia formal del acto deviene improbable, no ha de resultar extraño que el potencial corrupto se forme la creencia de que «aquí nadie denuncia», lo que probablemente terminará incidiendo sobre el proceso de ponderación de sus malos actos.

¹⁰⁹⁰ Relacionado con la apariencia de licitud del hecho económico en general y la respuesta social frente al mismo, señalan FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, pp. 46-47, que el trato indulgente de la sociedad también juega un papel determinante. «Se trata de la inexistencia de un sujeto pasivo que resulte directamente perjudicado por el acto delictivo: en muchos delitos económicos no puede hablarse de una víctima individualizada, pues, a pesar de que en el fondo cada ciudadano resulte afectado, serán normalmente el Estado, la comunidad, o el orden económico las víctimas concretas; obviamente, en tales casos el sentimiento social de repulsa hacia el hecho delictivo será sensiblemente inferior al relativo a delitos de tipo tradicional».

¹⁰⁹¹ Llama la atención la observación de FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *Estudios sobre criminalidad económica*, p. 16, al respecto: «Contribuye a la actual ignorancia y desconocimiento de la nueva delincuencia, el número elevado de personas sobre las que frecuentemente se dirige, el cuidado y estudiado planteamiento de la ejecución y las personas que las llevan a cabo, aparentemente honorables».

¹⁰⁹² FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, pp. 47-48.

¹⁰⁹³ Como señala GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 71 « [...] algunas de las víctimas de los delitos de cuello blanco ni siquiera son conscientes de que han sido víctimas». A este aspecto ha hecho referencia ARÓSTEGUI MORENO, José, “Los fines de la pena y aspectos criminológicos del poder”, p. 54, según el cual otra de las características del delito y de la delincuencia de cuello blanco es «La utilización por parte del autor del hecho en una forma abusiva de la ignorancia de la víctima». Según el autor, dicha ignorancia « [...] produce, o una escasa, o una total falta de delación por el hecho cometido». Señala igualmente que la misma complejidad del hecho criminal « [...] propicia que sólo un especialista pueda percatarse del carácter fraudulento, lo que dificulta la delación».

Por la connotación impersonal del bien jurídico lesionado, como se infiere, se crea una especie de aquiescencia generalizada dado que «nadie» resulta lesionado. Bajo este panorama de pasividad social resulta comprensible –aunque inadmisible– que el Estado no disponga de una política estructural tendente a generar un mayor grado de conciencia con respecto al perjuicio general que se genera de la corrupción. Como gobierno –y tal vez en lo personal– no conviene que la gente se altere. Lo peor es que no sólo no existe la necesaria intervención de los distintos gobiernos para contrarrestar esta pasiva posición, sino que además, por otra parte, se priorizan los problemas ligados a las formas tradicionales de delincuencia individual. A ello habría contribuido, según lo enseña la propia experiencia, la Victimología; una disciplina que, al igual que las otras materias que conforman las denominadas ciencias penales, se ha preocupado fundamentalmente por un sector específico de la delincuencia: la violenta (de tipo común, de Estado o terrorista)¹⁰⁹⁴. Problema añadido a éste es que cuando se fija la atención sobre un determinado tipo de criminalidad, se dejan de lado los efectos negativos que la misma ocasiona¹⁰⁹⁵. Se produce, a partir de ello, una represión preferente de aquellas conductas que, según las agencias de poder, mantienen en permanente «riesgo» la sociedad, principalmente delitos violentos o contra la seguridad ciudadana. Dicha percepción sobre el fenómeno criminal ayudaría a legitimar, en asocio con la amplia difusión realizada por los medios de comunicación masiva, un tratamiento selectivo de la criminalidad. Pero lo cierto es que al final los efectos se materializan de forma individual. Al igual que sucede con aquellas formas delictivas que constituyen una prioridad para el Estado, la corrupción involucra no solamente unos sujetos activos cualificados, sino también víctimas con cualidades especiales, a saber: consumidores, competidores, empleados del sector público y privado, accionistas, pero sobre todo la sociedad en general, afectados no sólo como colectividad, sino también individualmente por la insatisfacción de las prestaciones sociales. Luego es esta misma impersonalidad del daño la que permite es desarraigo de la sociedad frente a la corrupción y, con ello, una banalización de la entidad criminógena de este fenómeno.

¹⁰⁹⁴ Ceñidos al ámbito científico, resulta usual encontrar, desde los diversos sectores de las llamadas *ciencias penales*, como es habitual, tratamiento profundo y extendido sobre la delincuencia común o tradicional. Un tratamiento preferente de la delincuencia asociada normalmente a las bajas capas sociales, que coincide con una respuesta institucional de carácter preferente y selectivo. En correspondencia con lo anterior, puede apreciarse cómo, desde la Dogmática penal, se ofrecen respuestas relativas al homicidio, lesiones personales, delitos sexuales, hurtos; claras representaciones de la delincuencia tradicional. Desde la Criminología tradicional, estudios sobre la etiología *biológica o social* de los mismos problemas de criminalidad. Y lo propio cabría decir de la Victimología, preocupada por la misma fenomenología delictual: violencia de género, agresiones físicas, delitos sexuales, terrorismo, etc. Lo realmente grave es que, con fundamento en tales tendencias, se proponen recetas político-criminales en la misma dirección.

¹⁰⁹⁵ A efectos de ilustrar la gran dañosidad y potencial victimización de la criminalidad económica, parece acertado traer a colación la referencia dispuesta por ALLER, Germán, “Prólogo”, en SUTHERLAND Edwin H., *White Collar Crime...*, pp. XII – XIV, respecto a este tipo de conductas: « [...] en la actualidad, la criminalidad del poder, sea financiero, político o social, concita la atención de los expertos en materia penal en virtud de la dañosidad que acarrea tal conducta, así como lo peculiar de su concreción, porque no se está ante delitos tradicionales o tangibles, perceptibles por los sentidos como elementos externos (lesiones, homicidio, estafa, falsificación), sino ante un daño no palpable, aunque sí de gran dimensión para el desenvolvimiento de la vida en facetas cotidianas y también en lo concerniente a la sociedad en general. Es del caso indicar que un delito cometido desde el poder implica una posible macro o extravictimización, ya que con una misma conducta realizada en un instante puede ocasionarse el menoscabo a bienes jurídicos penalmente relevantes a multitud de personas, incluso de diferentes países y extremos del orbe... »

Sea de paso mencionar que los tres factores referenciados hasta este punto se encuentran atravesados por la opacidad del delito. La falta de *afectividad* social hacia la política, la vida pública y las patologías que las aquejan, se ve aún más «*normalizada*» cuando el grueso de la sociedad no puede formarse una imagen cercana a la real entidad del problema. La *cifra negra* de la delincuencia, conceptualmente entendida como la diferencia existente entre el número de delitos realmente producidos en una sociedad y los efectivamente tratados por su sistema de justicia penal, se instituye así en una variable de análisis fundamental en un estudio relativo a la disuasión¹⁰⁹⁶. La también denominada *cifra oscura de la criminalidad*, entendida en Criminología como aquél conjunto de hechos delictivos no comprendidos en las estadísticas criminales oficiales, constituiría, según la tesis que aquí se plantea, otro de los factores que limitarían una visión social mucho más amplia con respecto a la dimensión real de los distintos problemas delincuenciales. Dicha cuestión es de suma relevancia en la tarea de comprender la génesis de los procesos de selección punitiva, puesto que son precisamente los delitos asociados a la corrupción, los que presentan una *cifra negra* bastante elevada¹⁰⁹⁷. Y es de suma relevancia, pues tal *cifra* no sólo habría servido para encubrir los índices reales de corrupción por parte de los gobiernos, sino también para desviar la atención hacia los «*peligrosos*» protagonistas de la mal delincuencia «*común*», esta última, claramente reflejada en los registros oficiales¹⁰⁹⁸.

Esta marcada diferencia entre los índices oficialmente registrados de la delincuencia tradicional con respecto a la cifra marginal de la criminalidad de los poderosos, permitiría orientar la política criminal en una determinada dirección; una dirección legitimada por un discurso oficial que, por un lado, justifica la preeminente represión de las formas tradicionales de delincuencia individual, pero que por otro disipa normalmente la atención frente a los crímenes del poder. Y esta última conclusión no puede siquiera refutarse, de buenas a primeras, poniendo por delante aquellos casos en que ciertos dirigentes políticos han sido efectivamente sancionados por verse inmiscuidos en casos de corrupción, pues como ya se mencionó, muchas veces su persecución y judicialización efectiva no responde a la firme voluntad incondicionada de la clase dirigente de luchar contra el fenómeno, sino a la de «*neutralizar*» la «*competencia*» política que amenaza la posición de la primera. Ello provocaría, por consiguiente, que tanto la lucha contra la delincuencia «*común*» como frente a la corrupción aparezcan, ante los ojos de la sociedad, en un plano de igualdad. De ahí se sigue que al no advertir la sociedad la existencia del fenómeno, o bien pese a percatarse de ello no conocer que se sanciona a los responsables, la gente se va formando una imagen debilitada sobre la certeza del castigo legal que limita la asociación aversiva. De este modo el proceso de denuncia del delito se vería afectada, puesto que su opacidad haría ver el fenómeno como algo hetero y lejano a la realidad material de la sociedad.

¹⁰⁹⁶ En similar sentido, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, p. 69; FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *Estudios sobre criminalidad económica*, pp. 10 y ss.

¹⁰⁹⁷ NIETO MARTÍN, Adán, “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, en NIETO MARTÍN, Adán (coord.), *Estudios de Derecho penal*, Ed. Universidad Castilla-La Mancha. Instituto de Derecho penal europeo e internacional, Ciudad Real, 2004, p. 49.

¹⁰⁹⁸ Sobre la no publicación de la forma de contabilizar las estadísticas oficiales, Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *La expansión del Derecho penal...*, p. 24.

Lo cierto es que el reflejo fiel o siquiera aproximado de la distribución de los tipos criminales en la sociedad resulta difícilmente cuantificable basados en los registros oficiales. Todo esto sin mencionar los problemas asociados al acopio estadístico¹⁰⁹⁹. Este último factor es importante porque un defectuoso proceso de selección de datos no sólo pone en tela de juicio el propio método estadístico y la objetividad de los estudios «científicos» soportados en los correspondientes registros, sino también la comprensión de la dimensión real del problema¹¹⁰⁰. Y ello sin señalar que, dependiendo de intereses de tipo político, económico e, incluso, ideológicos, entre otros factores de distinta naturaleza, podrían estar más o menos «maquillados» para justificar, entre otras pretensiones, una u otra dirección de la política criminal. Como lo ha puesto de relieve BARATTA, de la falsa distribución de los índices de criminalidad reflejados en los registros oficiales, se desprende una ilustración estándar de la delincuencia propia de las clases marginadas, diría él, «[...] una definición corriente de la criminalidad como un fenómeno concentrado sobre todo en los estratos inferiores y poco representado en los estratos superiores, y en consecuencia ligado a factores personales y sociales correlativos de la pobreza...»¹¹⁰¹. Ello permite afirmar que la «definición corriente» de la criminalidad, como su propia denominación lo indica, no es más que una «disquisición» subjetiva (construida) y, por consiguiente, políticamente conveniente, sobre la cuestión criminal. Dicha construcción permitiría no sólo crear e institucionalizar «estereotipos» en torno a la criminalidad, fenómeno que a su vez condicionaría la acción «selectiva» de los organismos del sistema penal¹¹⁰², sino además condicionar la forma como los individuos construyen su criterio frente a la delincuencia. Estas connotaciones sobre la cuestión delincencial, como refiere el autor, «[...] recaen no sólo sobre los estereotipos de criminalidad, los cuales, como indagaciones recientes han demostrado, influyen y guían la acción de los organismos oficiales, tomándola de ese modo socialmente “selectiva”, sino también sobre la definición corriente que el hombre de la calle comparte, ignorante de las estadísticas criminales»¹¹⁰³.

¹⁰⁹⁹ Desde otra perspectiva, señala BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Introducción”, en BERGALLI, Roberto / BUSTOS RAMÍREZ, Juan y MIRALLES, Teresa, *El Pensamiento Criminológico I...*, p. 19, « [...] el método empírico utilizado ha sido básicamente el de la estadística, pero ésta no es suficiente para conocer la criminalidad real; hay siempre, pues, en la estadística un espacio oculto que se ha denominado la *cifra oscura*».

¹¹⁰⁰ Un problema que viene añadido al deficitario registro estadístico-criminal, lo constituye los propios parámetros de selección de los datos cualitativos y cuantitativos sobre el problema objeto de observación. Y ello por cuanto, la estadística, es un método que tiene como objeto la recolección, examen e interpretación de datos, de forma descriptiva o inferencial, pero que no obstante, puede presentar, entre otras falencias, defectos en la recolección e interpretación de los datos. Ello sin hablar de la imparcialidad subjetiva en el análisis de los mismos.

¹¹⁰¹ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, pp. 102-103.

¹¹⁰² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, p. 61. «La delincuencia se extiende, pues, por igual en todas las capas sociales y el hecho de que los procesados sean en su mayoría miembros de las clases inferiores es consecuencia de una anómala selección operada mediante los mecanismos sociales (policía, judicatura, papel de las clases superiores, dificultades de persecución, proceso y prueba, etc.), lo que provoca una desigual distribución del riesgo de ser detenido y condenado y de recibir, por tanto, también la etiqueta oficial de delincuente».

¹¹⁰³ Señalan al respecto FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, p 37, que «Si se compara la delincuencia económica con otras manifestaciones delictivas, y en concreto con la delincuencia relativa a la propiedad, puede comprobarse fácilmente cómo las distintas instancias de reacción social otorgan un trato privilegiado a la delincuencia económica».

Las consecuencias político-criminales vinculadas a la *cifra negra* de la criminalidad no son menores, pues a partir de ello no sólo sería posible una sobredimensión de la delincuencia asociada a las clases menos favorecidas, sino también la invisibilidad de la criminalidad de las clases privilegiadas¹¹⁰⁴. Pero la *cifra negra* de la corrupción es una variable que no sólo puede influir en el sentido y eficacia de la política criminal del Estado. Además de que dicha *cifra* alimentaría la indiferencia social frente a la corrupción y la escasa percepción del daño social generado, también constituiría un aspecto fundamental a considerar en torno al círculo vicioso que se produce entre la ineficacia de los mecanismos de control del delito y su proceso causal. La oscuridad de la *cifra*, en este caso, diluiría la percepción individual acerca de la intensidad del Estado en la represión del delito y, con ello, el freno inhibitorio asociado a la *amenaza* de pena. Y es que, ¿cómo esperar que un funcionario con «necesidades» se cohíba de participar en un proceso de corrupción, cuando percibe que a su alrededor «todo el mundo lo hace» y su conducta queda en el limbo? Es así como la *cifra negra* del delito afecta la entidad aversiva irrogada a la pena. De ahí que el desconocimiento de la *cifra* siquiera aproximada a la dimensión real del delito, o mejor dicho, la plena consciencia por parte de algunos de que existe una cifra de la corrupción bastante elevada que permanece oculta, influya no sólo en la acción represiva del Estado¹¹⁰⁵, sino también en las propias mentes de quienes tienen en cuenta tal incapacidad operativa del Estado para alcanzar sus propósitos personales por caminos irregulares.

El gran problema es que las personas pueden percatarse de forma directa que algunos corruptos logran eludir la acción de la justicia, por lo que se forman la idea de que reina la impunidad. Los pobladores de pequeñas municipalidades ven cómo, por ejemplo, su alcalde y concejales «consiguen platica» tras su paso por la Administración municipal y salen impunes de ello. En un nivel institucional más amplio, es la televisión la que permite ese conocimiento vicario de los «ires» y «venires» de la política y sus dinámicas de corrupción. Ya se enunció que en la denominada «Encuesta de Cultura Ciudadana en Medellín 2013» el 11% de los encuestados manifestó que no tendría problema en infringir la ley dado que otros lo han hecho y les ha ido bien y otro 11% porque es lo acostumbrado. En estas respuestas se refleja no sólo el poder del modelado conductual, sino también la fuente de observación (el modelo): «los que les ha ido bien». Bajo estas circunstancias podrá decirse que se crea ese entorno de confianza o seguridad en el que no sólo quienes se topan con la oportunidad de sacar partido personal de lo público, sino además aquellos que tienen el deber de reaccionar frente a ello, adquieren un dominio cognitivo del riesgo que supuestamente implica la utilización de prácticas corruptas para alcanzar ciertos fines.

¹¹⁰⁴ En este contexto tendría sentido una afirmación dispuesta por CID MOLINÉ, José / LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías criminológicas...*, pp. 238-239, respecto de la cifra negra de la criminalidad: «Así, la idea de la “cifra oscura” del delito debe revisarse porque esta cifra negra no está distribuida de forma igual por toda la sociedad. Y ello obedece, de nuevo, a la protección de los intereses capitalistas, los cuales criminalizan a todo aquel que lesione la propiedad, pero descriminalizan de facto todos aquellos comportamientos realizados por ellos. En consecuencia, de acuerdo a esta teoría, no sólo la promulgación de la ley penal, sino incluso su aplicación es un instrumento para defender intereses de clase».

¹¹⁰⁵ ARÓSTEGUI MORENO, José, “Los fines de la pena y aspectos criminológicos del poder”, p. 54, señala que es precisamente otra de las características del delito y de la delincuencia de cuello blanco «El no aparecer en las estadísticas criminales a pesar del alto costo social causado, sea por la imposibilidad de desenmascararlos, o por los obstáculos para perseguirlos por vía de la Administración de justicia penal».

2.4. Construcción social de «modelos» ideales de conducta y de estereotipos criminales: el criminal corrupto como modelador de ideales de vida

Es en sociedad, como se ha indicado, en donde el individuo adquiere unas orientaciones generales de acción: entiende que la valía de las personas viene representada, por ejemplo, por los símbolos de estatus que pueda exhibir dentro de su círculo social. Llevar una buena vestimenta, adquirir una vivienda propia, comprarse un vehículo, etc., son apenas algunas de las necesidades que un buen grueso de los miembros de las sociedades aspira a satisfacer. Ni qué decir de las expectativas de éxito que se trazan aquellas personas que ocupan un lugar más privilegiado dentro de esa escala social. En este estadio se puede hablar, como se mencionó, de una motivación de orden abstracto que se configura en referencia a los demás. Como refiere BANDURA con respecto al modelado de comportamientos recompensados, «La observación del éxito en los modelos no sólo modifica su atractivo sino que además aumenta el grado en el que los observadores imitan realmente su comportamiento»¹¹⁰⁶. Se observó de la mano de MERTON que quienes tienen cerrados los caminos legítimos para alcanzar esos fines que la sociedad encumbra como vitales, tendrían mayores probabilidades de sucumbir ante una de las oportunidades diferenciales que ese mismo sistema social posibilite para su satisfacción. Es el factor «oportunidad», como se dijo, el que permite la confluencia entre esa aspiración abstracta o ideal de alcanzar el éxito y la opción real para realizarla. Esta idea se trae nuevamente para observar que esa ansiedad de estatus, representada fundamentalmente en dinero, puede concebirse por parte del individuo como una posibilidad personificada en sus regentes.

A partir de la idea precedente se sustentará, concretamente, que las personas pueden llegar a validar la conducta corrupta de sus regidores en la medida en que, en cierto modo, se identifican con los fines de éxito que estos personifican. Además de las personas del entorno cercano, todos aquellos que de una u otra forma resaltan ante los demás por personificar el éxito, sirven de referentes sociales. El problema es que si el éxito se mide sólo por el resultado y no por la legitimidad de los medios de realización, se produciría la referida normalización de esos medios ilegítimos. En esta referenciación social del éxito, por tal razón, son protagonistas los medios de comunicación. A este respecto señala BANDURA que «Debido a su atractivo y penetrancia social, la televisión se ha convertido en una fuente influyente de aculturación»¹¹⁰⁷. En relación con las «comunicaciones inductoras», adiciona el precitado autor –citando a Gerbner (1972)-, que «[...] el sistema de mensaje de la televisión tiene ciertas orientaciones ideológicas que ayudan a moldear la cultura popular»¹¹⁰⁸. Y es a partir de ese enaltecimiento de quienes personifican la ideología de éxito, como se pasa seguidamente a concretar, que la gente del común puede llegar a validar los comportamientos indecorosos de los regidores públicos. Y si como sucede en Colombia, en esos regidores se representa la posibilidad de ese trabajo que todos aspiran, entonces ya resulta más comprensible que le rindan obediencia al estar bajo su dirección. Luego se verá que el nepotismo resulta clave para el control de la denuncia.

¹¹⁰⁶ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 352.

¹¹⁰⁷ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 349.

¹¹⁰⁸ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 349.

El estudio del *estatus* del delincuente se instituye de este modo en un aspecto esencial en el propósito de comprender el proceso de banalización social del delito. A partir de ello se entiende en buena medida por qué los usuales destinatarios del *ius puniendi* estatal (delincuentes «comunes»), por la naturaleza de su actuar delictivo y de otros factores asociados como la apariencia física o la pertenencia a un determinado sector de la población, sufren dicho proceso de visibilidad y diferenciación por parte de los demás miembros de la sociedad. Paradójicamente no siempre sucede lo mismo tratándose de los delincuentes del poder. Sus actuaciones muchas veces no sólo no son censuradas, sino incluso merecedoras de admiración¹¹⁰⁹. Y es que no resulta difícil entender, teniendo en cuenta el estereotipo criminal que nos dejó por herencia el *positivismo criminológico*, la manera en que la sociedad se construye la imagen sobre el delincuente: el violador, el maltratador de mujeres, el secuestrador, el sicario, entre otros perfiles similares. El propio modelado televisivo permite tal comprensión diferenciada de la personificación delictiva. Pareciera ser que la ambigüedad moral que caracteriza la corrupción, además de afectar la conciencia social acerca de la ilicitud de tales conductas, impidiera también denostar el estatus de sus autores. Su presunción de buen hombre, sus impecables modales, su buena reputación y, en fin, todos aquellos caracteres propios del delincuente de elevada posición, a diferencia de quien tiene la «lombrosiana» caracterización criminal, permanecen incólumes, inclusive tras una sentencia judicial que declara su responsabilidad criminal.

Lo anterior no es tan solo una disquisición teórica de naturaleza criminológica. Al contrario, la propia realidad deja ver cómo, por citar un ejemplo, quien comete un delito contra la propiedad, si pertenece a las clases sociales menos favorecidas, no sólo no es fácilmente preso del sistema penal, cobijado desde un principio por una «presunción de culpabilidad», sino también objeto de un fuerte proceso de estigmatización social. La misma realidad enseña, contrariamente, que cuando se trata de un influyente político, un poderoso empresario o un reputado funcionario público quien se apodera fraudulentamente de ingentes recursos públicos, éste no sólo es tratado por los distintos operadores judiciales con el máximo respeto de su presunción de inocencia y demás garantías constitucionales, sino que también conserva, dentro de la sociedad, su estatus de respetabilidad. De aquí que estos sujetos no se formen una autoimagen de delincuentes. Como recuerdan TAYLOR, WALTON y YOUNG en referencia a MEAD, « [...] el yo es un producto social, y que la forma en que actuamos y nos vemos como individuos es en parte consecuencia de la forma en que otras personas actúan con respecto a nosotros»¹¹¹⁰. Ello lo refleja el hecho de que no son pocos los casos de políticos corruptos que podrían citarse en que, a pesar de haber sido tildados por su reprobable conducta desde el punto de vista ético, ocupen nuevamente cargos de elección popular. Lo mismo sucede cuando, por dificultades probatorias, por artimanas dogmáticas o por meros defectos procesales, no se puede declarar judicialmente la responsabilidad jurídico-penal de quien lleva a su cuenta la sombra de la corrupción.

¹¹⁰⁹ FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, pp. 45-46. La sociedad « [...] no sólo se muestra tolerante, sino que incluso llega a admirar a quienes –como los delincuentes económicos– no dudan en trasgredir la ley penal para alcanzarlo, convirtiéndose su comportamiento en modelo a imitar».

¹¹¹⁰ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 171.

El etiquetamiento diferenciado del delincuente, de acuerdo con lo dicho, repercutiría sobre la valoración social de su conducta. Se dice que en ello incide el hecho de que el individuo sea o no procesado por el sistema penal. Al respecto, refiere BARATTA¹¹¹¹ que una persona no recibe la etiqueta de criminal cuando no ha sido alcanzado por la acción del sistema judicial, lo que permite que no sea considerado delincuente por la sociedad. Pero esta afirmación no tiene un carácter absoluto. Y ello porque muchas veces el delincuente de cuello blanco logra escapar al estigma a pesar del procesamiento. El propio BARATTA¹¹¹² refiere que las definiciones de criminalidad y sus correspondientes reacciones no oficiales condicionadas por ella (la reacción de la opinión pública y la *alarma social*), « [...] se ligan al carácter estigmatizante que la criminalidad lleva *normalmente* consigo y que es escasísimo en el caso de la criminalidad de cuello blanco». Dicho efecto se cimentaría, según el autor, en la « [...] limitada persecución y a la relativamente escasa influencia social de las sanciones correspondientes, especialmente de aquellas sólo económicas, o bien al prestigio social de que gozan los autores de las infracciones»¹¹¹³. En el mismo sentido lo refiere OPP¹¹¹⁴. Para éste, en el «proceso de atribución» a través del que el delincuente de cuello blanco es señalado públicamente (proceso penal), « [...] no se produce el efecto de estigmatización porque es excepcional el cambio en las reacciones del resto de ciudadanos». Describe que de existir un cambio, éste sería en un sentido positivo, pues « [...] el autor es considerado antes inteligente y dinámico que criminal o indigno de confianza». De este modo, apunta el autor, «está ausente la estigmatización, tampoco se da una autoimagen negativa en el delincuente y la reacción social es positiva, produciendo un efecto de “agrado” en el autor». Se entiende así la afirmación hecha por ALLER acerca de que « [...] una sociedad formada en el sentido de reconocer a los delincuentes por su semblante y estigma criminal, no está preparada para identificar a aquellos que se muestran en similares y mejores condiciones de relación con los ámbitos de poder»¹¹¹⁵; también la referencia de BANDURA cuando refiere que «El etiquetado social de las personas puede modificar sus autopercepciones de modo que llegue a comportarse de acuerdo con dichas etiquetas»¹¹¹⁶. Luego si la imagen que se forma la comunidad y el mismo delincuente es positiva, tal representación generaría efectos sobre los diferentes operadores jurídicos.

¹¹¹¹ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 84: «El estatus social del delincuente presupone necesariamente, por ello, el efecto de la actividad de las instancias oficiales del control social de la delincuencia, de manera tal que no llega a formar parte de ese estatus quien, habiendo tenido el mismo comportamiento punible, no ha sido alcanzado aún por la acción de aquellas instancias. Este último, por tanto, no es considerado por la sociedad como “delincuente” ni lo trata como tal».

¹¹¹² La teoría del *labelling approach* permite indagar la razón por la que el sujeto es definido como «desviado», los efectos que se producen a consecuencia de tal etiquetamiento, las condiciones en que dicha definición puede llegar a ser impuesta y, en general, cómo se presenta todo el proceso de definición. *Cfr.*, BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 103.

¹¹¹³ Con respecto a la «influencia de los estereotipos, de los prejuicios y de las teorías del sentido común en la aplicación jurisprudencial de la ley penal», señala BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 187: «En referencia a delitos contra el patrimonio, se ha mostrado que prevalecen estas dos tendencias opuestas, según la extracción social del imputado». Afirma puntualmente que «Aún en los criterios que presiden la aplicación de la suspensión condicional de la pena, los elementos relativos a la situación familiar y profesional del imputado desempeñan un papel decisivo».

¹¹¹⁴ Citado por BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, p. 61.

¹¹¹⁵ ALLER MAISONNAVE, Germán, *Criminalidad del poder económico...*, p. 123.

¹¹¹⁶ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 293.

Ello se debe, como se dijo, a la suma de diversos factores que interfieren en la comprensión social de la realidad¹¹¹⁷. Como refiere BARATTA, el fenómeno de la criminalidad no es una realidad sin más objetiva, esto es, existente en la «naturaleza»; es una realidad socialmente construida. Describe el autor, con respecto a la relevancia de la *concepción interaccionista* del comportamiento (en este caso desde el plano de la Sociología del conocimiento y de la comunicación), que en el terreno de la criminalidad ésta «no existe en la naturaleza, sino que es una *realidad* construida socialmente a través de procesos de definición y de interacción»¹¹¹⁸. Lo preocupante es que dicha comprensión individual sesgada e imprecisa de los diversos fenómenos sociales, en este caso frente la cuestión criminal, no sólo legitimaría una dirección determinada del sistema de justicia penal, sino además, según se ha sustentado desde la teoría del *labelling approach*¹¹¹⁹, contribuiría a la reproducción del mismo fenómeno criminal que se pretende precaver. Esto porque la definición social del infractor acaba reforzando la etiqueta que se le atribuye.

La teoría del *labelling approach* facilita la comprensión de las razones por las que se produce un etiquetado o reacción social diferenciada. Pero, ¿por qué el delito de cuello blanco escapa a los procesos *negativos* de definición? Para responder a tal cuestión hay que referir que para inducir la reacción social, previamente es necesario que el concreto comportamiento sea definido como criminal. Los teóricos del *etiquetamiento* defienden la importancia de estudiar el proceso de definición por el cual la sociedad interpreta un comportamiento como desviado, define este comportamiento como desviado y reacciona frente él. A diferencia de lo que sucede con el estigma del delincuente común, lo cual puede producir un reordenamiento de su personalidad (desviación secundaria), la falta de reproche y la transigencia frente al delincuente de cuello blanco produce en cambio una *normalización* de su comportamiento, lo que solidifica su *rol* de delincuente. De este modo la fuerza constrictiva de la norma jurídico-penal se verá indefectiblemente disminuida.

¹¹¹⁷ Uno de los factores más importantes viene constituido por el papel que adoptan los medios de comunicación. Relacionado con este aspecto, refiere ZAFFARONI, Eugenio R., *Derecho penal...*, p. 9, que « [...] los hechos más groseros cometidos por personas sin acceso positivo a la comunicación terminan siendo proyectados por ésta como *los únicos delitos* y las personas seleccionadas como *los únicos delincuentes*. Esto último les proporciona una imagen comunicacional negativa, que contribuye a crear un *estereotipo* en el imaginario colectivo. Por tratarse de *personas desvaloradas*, es posible asociarles todas las cargas negativas que existen en la sociedad en forma de *prejuicio*, lo que termina fijando una *imagen pública del delincuente*, con componentes clasistas, racistas, etarios, de género y estéticos. El estereotipo acaba siendo el principal criterio selectivo de criminalización secundaria, por lo cual son observables ciertas *regularidades de la población penitenciaria* asociadas a desvalores estéticos (personas feas) que el biologismo criminológico consideró como *causas del delito*, cuando en realidad son *causas de la criminalización*, aunque terminen siendo causa del delito cuando la persona acaba asumiendo el rol asociado al estereotipo (en el llamado *efecto reproductor* de la criminalización o *desviación secundaria*) ».

¹¹¹⁸ BERGALLI, Roberto, “Perspectiva sociológica: desarrollos ulteriores”, en BERGALLI, Roberto / BUSTOS RAMÍREZ, Juan / MIRALLES, Teresa, *El Pensamiento Criminológico I...*, p. 109.

¹¹¹⁹ El enfoque del *labelling approach* permitiría describir por qué un sujeto puede ser criminalizado y etiquetado de forma diferenciada. Dicha conclusión se encuentra en los fundamentos mismos de la teoría, principalmente en dos corrientes ya mencionadas de la Sociología norte americana, por un lado, un enfoque derivado de la Psicología social y de la Sociolingüística inspirada en la formulación de George H. MEAD, concretamente, el *interaccionismo simbólico* y, por otro, la *etnometodología*, fundamentada en la Sociología fenomenológica de Alfred SCHÜTZ, corriente que contribuye a la delimitación del paradigma epistemológico en que las teorías del *labelling* se han soportado. En: BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 85.

Para la atribución de la etiqueta *negativa* al criminal de cuello blanco, por tanto, es necesario que la gente se conciente acerca de la trascendencia criminal y lesividad del delito; es preciso que se defina claramente el comportamiento como criminal. Encuentra así sentido la afirmación realizada por BECKER acerca que « [...] el comportamiento desviado es aquel que la gente define como desviado»¹¹²⁰. De ahí que deba cuestionarse no sólo los problemas de aplicación judicial que surgen en torno a la tipificación sustantiva de la conducta y los correspondientes preceptos instrumentales, sino también en las circunstancias estructurales e institucionales que impiden su punición. Como señalan CID y LARRAURI, « [...] el comportamiento delictivo no surge sólo porque se promulgue una nueva ley penal, sino que es necesario que esta ley penal se aplique»¹¹²¹. Para ello es necesario, como también lo refieren, que el comportamiento deba reconocerse previamente como delictivo. Los *media* tienen su cuota de responsabilidad en la tarea de definir tales acciones. Basta ver cómo, por ejemplo, cuando varias personas de clase baja se organizan para hurtar sigilosamente a los transeúntes, se les tilda de «banda criminal», mientras que, cuando varios empresarios se confabulan para defraudar, se banalizan los calificativos: «El Tribunal reconoció que los *polémicos empresarios* sí han colaborado con la justicia y así lo demuestran las certificaciones de la Corte Suprema...», se lee en un artículo de prensa. Se aprecia aquí el poder del lenguaje, que mediante fraudes de etiquetas termina agravando conductas no tan graves y banalizando otras realmente peligrosas¹¹²². En el fondo de esa validación social del criminal de cuello blanco lo que se halla son auténticas filosofías de vida inspiradas en las ya referidas «cultura de la picaresca» y la «malicia indígena», claramente representadas en Colombia con el también referido refrán «el vivo vive del bobo». En los siguientes términos lo representa el periodista colombiano Juan Gossaín:

Antes de aprender a caminar, un niño colombiano aprende a repetir que “por la plata baila el perro”. Como si fuera poco, un dicho popular sostiene que “la ocasión hace al ladrón”. La verdad es que el ladrón roba con ocasión o sin ella. Una persona de honor no roba ni aunque le den todas las oportunidades del mundo. Nos hemos vuelto tolerantes con el delito y admiradores del delincuente. Los justificamos a ambos. Según los viejos frailes que inventaron el idioma castellano, el refranero anda de boca en boca porque representa la sabiduría popular. Pero el refranero colombiano se fue llenando de insolencia. ¿No es aquí donde decimos que “ladrón que roba a ladrón tiene cien años de perdón”, en vez de pedir cien años de condena para cada uno?¹¹²³

¹¹²⁰ BECKER, Howard, *Outsiders...*, p. 19.

¹¹²¹ CID MOLINÉ, José / LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías criminológicas...*, p. 203: «En definitiva, el delito no surge sólo cuando se realiza un comportamiento que infringe la norma penal, sino cuando la infracción de este comportamiento es interpretada, definida y registrada como delito».

¹¹²² Sobre el fraude de etiquetas y la utilización de eufemismos, refiere BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 403, «Un mismo acto puede tener una apariencia distinta en función del nombre que se le aplique. El lenguaje eufemista, por ejemplo, proporciona el medio de enmascarar actividades reprobables, o incluso de conferirles la calidad de respetables. A través de todo un vocabulario rebuscado, la conducta perniciososa se transforma en buena, y aquellos que la desarrollan se sienten investidos con un sentido de causación personal. [...] En un esclarecedor análisis del lenguaje de la no responsabilidad, Gambino (1973) identifica las distintas variedades de eufemismos. Una de ellas, la de expresiones paliativas, se utiliza sobre todo para convertir en respetable la conducta reprochable. A través de las palabras higiénicas, incluso el asesinato de un ser humano pierde gran parte de su repugnancia. Los soldados “debilitan al enemigo”, no lo matan; los operativos de la CIA “terminan con los perjuicios extremos” [...] ».

¹¹²³ GOSSAÍN, Juan, “El vivo vive del bobo”, *El Tiempo*, (2011/06/13). Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/>

La banalización social del delito termina reforzando tanto la autoimagen que se forma el delincuente como la que la sociedad advierte de su comportamiento. Para comprender cómo interfiere la *etiqueta* en dicha banalización, es oportuno traer a colación una de las premisas centrales de la perspectiva del *labelling approach*, concretamente aquella referida a que «la desviación es una respuesta al control social». De acuerdo con ésta premisa, el individuo, tras ser etiquetado, asume una nueva identidad que le lleva a realizar actos desviados (desviación secundaria). Tras esta premisa se esconde la idea de los *refuerzos* predicados por el Conductismo. Pero resulta que la ausencia de castigo, bajo los mismos presupuestos, también refuerza la conducta. Llevada al terreno de la delincuencia de cuello blanco (en este caso, la corrupción), puede afirmarse que la ausencia de control social permite, no ya asumir una nueva identidad, sino reforzar la que el individuo tiene de sí mismo derivada de la validación intersubjetiva de sus actos (refuerzos). Mayor el refuerzo (positivo), cuando no sólo falta la censura social, sino que además se veneran acciones del tipo. Precisamente, por el hecho de escapar a las definiciones negativas (etiquetamiento criminal negativo), es que su *dilema aversivo* interno se desvanece y puede pasar fácilmente al acto criminal sin «sufrir» dilemas internos de tal orden. Piénsese, por citar un ejemplo, en la normalización en el ámbito público de comisiones en materia contractual. Bajo estas circunstancias, ningún funcionario enfrentaría mayores dilemas tras encontrarse frente a su «primera oportunidad» dado que «toda la vida las cosas se han hecho así». La *definición* positiva produciría efectos contrarios a los generados por los procesos de etiquetamiento de orden negativo (estigmatización): no el *tránsito* hacia una nueva identidad (delictiva), sino la normalización de sus propias actitudes corruptas¹¹²⁴. Por esta razón, como se desarrollará en el siguiente apartado, se afirma en este trabajo que los *media* tienen una gran responsabilidad en la profusión *indirecta* de los miedos que se irroga a la norma jurídico-penal. Como refiere SILVA, « [...] las instancias mediadoras transmiten la intimidación penal recayente sobre determinados hechos (cada vez de modo más exacto, con los medios actuales de comunicación) y que, por tanto, puede hablarse de una eficacia intimidatoria indirecta»¹¹²⁵. La importancia de esta idea no es menor, pues permite afirmar la concurrencia de las funciones intimidatoria y educativa (moralizante) a través de los mismos canales de mediación¹¹²⁶; algo así, como también se observó, similar a la interiorización de los mandamientos de la ley de Dios a través del miedo al infierno.

¹¹²⁴ CID MOLINÉ, José / LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías criminológicas...*, p. 204: « [...] De la misma forma que no toda infracción de una norma penal es identificada, reconocida y definida como delito, tampoco en este caso la categoría de delincuente coincide con la de infractor (de una norma penal) ».

¹¹²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 221.

¹¹²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, pp. 222-223: « [...] en la actualidad los medios de comunicación que, ciertamente, constituyen el vehículo esencial de difusión pública de los contenidos de las normas penales, sin negar que lleven a cabo tal difusión en términos en buena medida educativos (esto es, pretendiendo alcanzar una asunción del valor de que se trate, una internalización), desde luego también expresan el mensaje intimidatorio de la norma. Así pues, el hecho cierto de que las normas no sean conocidas directamente, sino que su contenido trascienda a la opinión pública básicamente a través de los medios de comunicación no obliga a rechazar la eficacia intimidatoria del Derecho penal y a sustituir tal función por otra educativa-moralizante (por vía indirecta). A mi juicio, también respecto a la referida vía indirecta cabe hablar perfectamente de la existencia de una prevención general negativa (intimidatoria), la cual (a diferencia de los efectos educativo-moralizantes, también existentes) sí puede legitimarla existencia del sistema penal».

Hasta tal punto es importante la condición del delincuente para comprender la corrupción, que no sólo se generan consecuencias importantes para su generación, sino también respecto de todas las fases del proceso de criminalización¹¹²⁷: desde la creación de la norma penal, hasta su aplicación por parte de las agencias penales. Ello es reflejo no sólo del poder material del corrupto, sino también de su facilidad de «encantamiento». Ya se dijo que el poder puede concebirse, de acuerdo con la construcción propuesta por LUHMANN, como un «medio de comunicación simbólicamente generalizado»¹¹²⁸. La apariencia de honorabilidad del personaje de elevada posición afectan dicho proceso comunicativo. Dicha trascendencia no es sólo teórica, sino también práctica. Un vivo ejemplo de ello es la particular circunstancia ligada a la idiosincrasia del pueblo colombiano, que tiene arraigada la curiosa costumbre de llamarle «doctor» a todo aquel que exhiba símbolos de estatus, como llevar traje y corbata. Es este el denominado «síndrome del doctor». A éste particular se refiere irónicamente el columnista Horacio Ayala cuando señala que «En Colombia todo el mundo es doctor mientras no se demuestre lo contrario»¹¹²⁹. Este tipo de representaciones terminan afectando los procesos de reacción frente al delito. No hace falta evidencia para demostrar que el alto estatus condiciona tales procesos. Muestra real de ello es el suceso que, tal como recuerda GONZÁLEZ DE LEÓN, tuvo lugar en el caso Madoff. Según lo reseña el autor, uno de los fracasos de los investigadores de la SEC (Comisión de Valores y Bolsa de los Estados Unidos), fue que dichos agentes de control relajaron los niveles de atención sin advertir el gran fraude que por años se fraguaba, propiciado, entre otros factores, por los contactos personales anteriormente sostenidos y la reputación de Madoff en el sector. Dichos elementos subjetivos, según lo apunta el autor, «[...] sesgaron a los miembros de la SEC a su favor, hasta el punto de llevarles a dejarse guiar por la errónea presunción de que era una persona honesta y respetable, a pesar de la gran cantidad de pruebas existentes en su contra»¹¹³⁰.

¹¹²⁷ Así lo pone de relieve CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, *La corrupción en la contratación pública en Europa*, p. 110. Según el autor, «Si utilizamos la clásica idea de las fases de la criminalización nos damos cuenta que la criminalidad de cuello blanco tiene un trato preferencial: en la criminalización primaria, el legislador consagra delitos de difícil aplicación como las negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos o el tráfico de influencias en los cuales siempre queda un campo para la interpretación abierta; en la fase de criminalización secundaria existen todo tipo de inmunidades que protegen a los legisladores y a los funcionarios del gobierno de ser juzgados por un tribunal ordinario y además colocan la competencia para su juzgamiento en cabeza de personas a las que ellos mismos han elegido o que pueden controlar por encontrarse dentro de su misma esfera de poder; por último, en la fase de criminalización terciaria, generalmente las penas que se imponen al corrupto permiten su excarcelación, prisión domiciliaria u otros beneficios similares, o lo que es peor, en muchos casos las penas ni siquiera se aplican, pues muchos políticos huyen de sus países y sólo vuelven cuando las penas han prescrito».

¹¹²⁸ RODRÍGUEZ, Darío, “Nota a la versión en Español”, en LUHMANN, Niklas, *Poder*, p. xxiii.

¹¹²⁹ AYALA, Horacio, “El síndrome del doctor”, Portafolio, (2012/08/12). Recuperado de: <http://www.portafolio.co/>

¹¹³⁰ GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, Arturo, “Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y Derecho penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-M (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Ed. Atelier, Barcelona, 2013, pp. 89-90. Frente a este último aspecto, señala FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *Estudios sobre criminalidad económica*, p. 7, «La corrupción y el llamado delito económico hallan campo abonado en nuestros días y la Administración de justicia encuentra serias dificultades en la persecución del poderoso que detenta, en la sociedad del consumo, influencias que entremezclan la economía y la política».

Luego hay que tener en cuenta que la naturaleza de la infracción legal afecta indefectiblemente esas definiciones. Por esta razón, cuando se trata de sujetos poderosos pertenecientes a organizaciones criminales involucradas en delitos «tradicionales» (como el homicidio), la situación es distinta, particularmente en lo atinente a la reacción social. Es lo que sucede con la denominada «delincuencia de caballeros» (*Kavaliersdelikt*). La sola significación ambivalente de los términos que integran la locución, ya genera ambigüedad: el significado social del segundo de ellos, como puede notarse, designa un patrón de comportamiento que se caracteriza, a diferencia de aquellas conductas socialmente proscritas, por la educación y los buenos modales del hombre (por tanto, incompatible con un comportamiento delictivo). No obstante ello, la doctrina criminológica se ha hecho eco de tal expresión para describir, como apunta BAJO¹¹³¹, aquellos delitos que, pese a ser cometidos por sujetos de alto estatus social, pueden estar, sin embargo, desvinculados de su actividad profesional. Según KÁISER¹¹³², esta condición permitiría excluir del concepto de criminalidad económica los delitos que, a pesar del elevado estatus que ostenta el trasgresor, se encuentran desvinculados de su actividad económica. Como recuerda ALLER en alusión a la obra de SUTHERLAND, «[...] es sensato que hiciera esta disquisición, ya que esas personas del bajo mundo son visualizadas socialmente como delincuentes, a diferencia de los de elevado *status* y posición social, que gozan de prestigio en la comunidad»¹¹³³.

Por ello en tal categoría se integrarían delitos que no se corresponden con las típicas expresiones delictivas del delincuente de alto estatus. Es lo que sucedió en el ya famoso caso Strauss-Kahn. Como cabe recordar, el *affaire Strauss-Kahn* ha sido uno de los escándalos más mediáticos en los últimos años, en este caso, con causa en las acusaciones de agresión sexual presentada por Diallo Nafissatou contra el reputado ex presidente del FMI. Por ello la *delincuencia de caballeros* se corresponde con una categoría criminológica no identificable en la estructura del *delito de cuello blanco*, puesto que resulta indiferente la naturaleza del acto. En este sentido lo observa VILADÀS¹¹³⁴. Aunque cabe advertir que, a pesar de ello, el estatus elevado del actor no deja de ser un elemento a tener en cuenta desde el plano del control oficial del delito, pues la condición del sujeto puede influir en el procesamiento judicial del ilícito. Basta revisar aquí las razones que tuvo el Fiscal del caso referido para retirar los cargos. De modo que la naturaleza simbólica del acto es fundamental para comprender tanto la motivación personal como la reacción social e institucional frente al delito: La gente no se mira de la misma forma a aquel director de banco que genera un millón al año a costa de inflar las comisiones de servicio a todos los clientes (de robarles una pequeña cantidad a cientos), que apoderarse de la misma cantidad de uno de ellos en beneficio propio. En ambos casos es materialmente un ladrón, pero simbólicamente sólo en la última (en la primera seguirá siendo un astuto director).

¹¹³¹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, pp. 47-49.

¹¹³² KÁISER, Günther, *Criminología, una introducción a sus fundamentos científicos*, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1978, p. 217. Ver también, GÓPPINGER, Hans, *Criminología*, Ed. Reus, Madrid, 1975, p. 496.

¹¹³³ ALLER, Germán, “Prólogo”, en SUTHERLAND Edwin H., *White Collar Crime...*, p. XXV.

¹¹³⁴ VILADÀS JENÉ, Carles, “La delincuencia Económica”, p. 224. Aquí «[...] tienen cabida los comportamientos delictivos de *cualquier naturaleza* cometidos por personas de *status* social elevado». Afirma el citado autor que, en este tipo de conductas, el elemento omitido, según la noción planteada por SUTHERLAND, «[...] es precisamente la relación entre infracción y ejercicio profesional».

Por estar ligada la autoimagen personal a las definiciones sociales sobre lo bueno y lo malo, es que resulta difícil desligar la incidencia del Derecho penal sobre la esfera interna del individuo, y no concebirlo sólo desde el plano de su pretensión de interferencia sobre la conducta externa¹¹³⁵. Luego esas definiciones afectarían no sólo la comprensión del valor que tutela la norma jurídico-penal, sino también el significado aversivo del castigo. De ahí que sea igualmente difícil establecer una separación tajante entre prevención general negativa (intimidatoria) y la positiva (integradora)¹¹³⁶. Desde el punto de vista aquí sostenido, un individuo puede experimentar simultáneamente tanto respeto hacia la ley como temor. Por ello desde una concepción de la amenaza legal identificada con el miedo a perder los bienes personalmente valiosos que simboliza la hipotética imposición de una sanción, la intimidación queda en el límite con la estabilización de valores; por ejemplo, cuando una persona se le dice que no debe delinquir porque si se va a la cárcel echará al trasto su vida, la intimidación estará produciendo sus efectos por este canal, aunque también pueda decirse que se estará estabilizando la conciencia social frente a la norma.

Esta conclusión es coherente con el significado estricto de pena, que representa aflicción o castigo. Bajo este presupuesto podría argumentarse que la prevención general positiva y la negativa de la pena son dos caras de la misma moneda si se atiende a su finalidad: la motivación a no cometer delitos. Por tanto, cuando se parte de la tesis de que la intimidación opera en dos estadios concatenados de diversa intensidad, resulta tal vez imposible separar incluso teóricamente intimidación y fidelización¹¹³⁷. Luego en razón de esa imposibilidad de separar esta doble naturaleza de efectos asociados a la fuerza simbólica de la pena, no puede atribuirse la inhibición del delito sólo al efecto moralizante del instrumento regulador. Y lo anterior se afirma para concluir que la pérdida gradual de miedo asociado a la hipotética trasgresión del ordenamiento jurídico-penal se vería limitada en gran medida por esa definición social favorable hacia quienes trasgreden esos criterios moralizantes representados idealmente tras la norma jurídico-penal. Y todo ello el delincuente corrupto lo infiere, por lo que no se inhibe frente al delito. Y por ello mismo se afirma que el etiquetamiento favorable de aquél afecta necesariamente su denuncia, pues «si todos en el barrio estiman al patrón de turno», nadie tendrá razones para denunciarle.

¹¹³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 357: «La única motivación de las normas penales que es relevante desde la perspectiva del cumplimiento de los fines que legitiman al Derecho penal es, pues, la motivación entendida como intento de incidencia sobre la conducta externa de los ciudadanos, sin interferir en su conciencia».

¹¹³⁶ A juicio de Mir, según SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 240: «[...] el objetivo de una intimidación que goce, además, del consenso social [...] se conseguirá siempre cuando la intimidación penal se ejerza dentro de los límites señalados a un Estado social y democrático de derecho (exclusiva protección de bienes jurídicos, proporcionalidad, culpabilidad, etc.), y entonces la prevención general se presentará necesariamente como correcta intimidación estabilizadora».

¹¹³⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 231: «Para las teorías de la prevención general positiva, la misión del Derecho penal se proyecta fundamentalmente sobre el fuero interno de los ciudadanos. Es ahí donde se trata de generar una actitud de “convencimiento” de “fidelidad” al Derecho mucho más eficaz, sin duda, que la mera intimidación, para el fin de protección de los bienes jurídicos de la sociedad. A tal fin, sin embargo, no son suficientes las normas, publicadas como jurídicamente vinculantes. Tampoco basta, ante la producción de una infracción a las mismas que, ciertamente, de no ir seguida de consecuencia alguna, podría despertar dudas acerca de la permanencia de la vinculación jurídica de tales normas, con una declaración pública (“simbólica”) de que las normas siguen vigentes para todos. Es preciso que recaiga una sanción penal sobre el infractor».

2.5. Los *mass media* como vehículo mediador en la construcción social de la realidad criminal

El papel que cumplen los *mass media* en la comprensión social de la realidad, como se ha venido indicando, alcanza una importancia cardinal en el estudio de la función suasoria de la pena. En términos psicológicos, los *media* constituyen un instrumento esencial de «intermediación simbólica». Como señala BANDURA frente a la forma como las personas construyen su pensamiento, « [...] sus impresiones sobre muchas realidades sociales con las que tienen poco o ningún contacto se forma a partir de representaciones simbólicas de la realidad, sobre todo por las creadas por los medios de comunicación»¹¹³⁸. Reconocida su capacidad para llevar información a cada rincón de la sociedad, por tanto, debe estimarse la posibilidad que tienen de penetrar en la mente de los individuos. Aunque lo preocupante es que, cierta información, se transmite muchas veces de forma sesgada, parcial, incluso de forma interesada¹¹³⁹; preocupante, dado que tal realidad termina instituyéndose en la única verdad. En este sentido los *media* tienen una gran responsabilidad en la comprensión individual de la cuestión criminal. No puede negarse, de este modo, la gran influencia que ostentan los medios de comunicación, especialmente la prensa y la televisión, en la construcción social de la realidad –o como diría algún autor, la «*deconstrucción*»-¹¹⁴⁰. Y tampoco es un secreto que es la televisión, por encima de la prensa o la radio-locución, el medio de difusión masiva de información por excelencia: el medio que logra penetrar en las conciencias posicionando productos, creando grandes estrellas de farándula, etc.; el mismo que enaltece y destruye políticos; el mismo que, por un lado, termina influyendo en el estado creciente de zozobra que abraza la sociedad y, por otro lado, en no pocas ocasiones, pronunciándose tímidamente sobre los extravíos ilícitos del poder, generando una imagen de que «delinquir paga», esto es, ridiculizando la amenaza de pena que teóricamente se materializa tras la comisión del delito¹¹⁴¹. El *miedo* punitivo se disipa así ante la *disociación* entre la fuente de peligro (el delito) y el factor de aversión (la pena).

¹¹³⁸ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 349.

¹¹³⁹ GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 61, «La seriedad de los delitos de cuello blanco también tiende a ser minimizada por los medios de comunicación [...]. La cobertura más limitada que de estos delitos ofrecen los medios de comunicación parece atribuible a la complejidad y a la supuesta opacidad que tales conductas implican, al daño de carácter indirecto que experimentan las víctimas de estos delitos y al hecho de que tal criminalidad suele producir un menor número de imágenes visuales impactantes de las que aparecen, particularmente, en las noticias televisivas».

¹¹⁴⁰ Con respecto al excesivo cubrimiento del crimen por parte de los medios de comunicación, refiere BARATTA, Francesc, “Medios de comunicación y seguridad ciudadana”, Urvio, *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, n° 5, Quito, 2008, pp. 121-126: « [...] Este hecho adquiere una importancia particular en la construcción social de las ideas en torno al mundo del delito, pues son muchos los ciudadanos que se informan sobre dichos temas a partir de lo que ven en la televisión, escuchan en la radio o leen en los periódicos. Los medios suministran elementos para elaborar nuestra experiencia, real o imaginada, sobre el delito...».

¹¹⁴¹ En referencia al *control informal* de la corrupción, apunta BLANCO CORDERO, Isidoro, “La corrupción desde una perspectiva criminológica...”, p. 287, «Una forma de control fundamental de la corrupción en un sistema democrático es la que ejercen los *medios de comunicación*, que cumplen una importante función de información a los ciudadanos. Por eso, es necesario asegurar la existencia de una prensa libre e independiente. Los obstáculos a la libertad de información crean impunidad, por eso, la debilidad y escasa independencia de los medios de comunicación puede ser un factor que favorezca la corrupción».

Psicológicamente, esa capacidad de incidencia de los medios de comunicación sobre las conciencias individuales se identifica con el referido poder del modelado. Como refiere BANDURA, «En el modelado que ejerce la televisión, cuyo alcance es muy amplio, incluso la modificación de la conductora de un grupo pequeño de espectadores puede presentar un efecto general»¹¹⁴². La capacidad de mediación simbólica que logran los *mass media* lleva a preguntar por su papel en la construcción social de *miedos*. El miedo a ser víctima de la delincuencia violenta es un claro ejemplo de ello: «Basta una sola violación o unos cuantos robos a mano armada para inducir un miedo generalizado», lo ejemplifica BANDURA¹¹⁴³. Luego es en este mismo contexto del miedo, de la inseguridad, del riesgo, de la amenaza latente y permanente, en donde los *media* toman la voz del pueblo frente al Estado demandando protección, en últimas, una intervención efectiva del sistema penal¹¹⁴⁴. En este entorno rodeado de *riesgos* no se hace esperar el clamor político por la necesidad de adoptar de medidas punitivas dirigidas a contrarrestar el hurto callejero, el tráfico de drogas, la violencia de género y, en general, toda fuente de peligro a la que, según los medios, estamos expuestos; un conjunto de riesgos frente a los que se reclama una mayor intervención por parte del Estado: nuevos tipos delictivos, incrementos de pena, etc.¹¹⁴⁵.

¹¹⁴² BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 308: «Este hecho queda ilustrado en la utilización del modelado reforzado de la conducta de consumidor que se realiza en campañas nacionales de publicidad. Incluso el aumento del cinco por ciento en el número de compradores significa unos beneficios elevados, puesto que tal proporción representa muchos miles de personas».

¹¹⁴³ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 342: «Como consecuencia del aumento de temor por la propia seguridad, las personas llevan una vida cada vez más confinada –las puertas de sus casas cerradas con llave, evitan acudir a muchas zonas del centro urbano y a los parques públicos, dejan desiertas las calles por las noches y cada vez sin más los que disponen de armas-. Cuanto mayor es el miedo a ser atacado, mayores son las restricciones de las actividades (Garofale, 1979). Las mujeres y los viejos, que se sienten los más vulnerables, son los que experimentan más miedo».

¹¹⁴⁴ Dicha afirmación encuentra un correlato en lo señalado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *La expansión del Derecho penal...*, p. 32. Refiere el autor que la solución a la *inseguridad* que es vivida por los ciudadanos «no se busca en su, por así decirlo, clásico “lugar natural” –el Derecho de policía-, sino en el Derecho penal». Frente a los tradicionales movimientos de «restricción del Derecho penal», agrega que «aparecen cada vez con mayor claridad demandas de una ampliación de la protección penal que ponga fin, al menos nominalmente, a la angustia derivada de la inseguridad». Así no resulta casual, tal como señala ZAFFARONI, Eugenio R., *La Palabra de los Muertos. Conferencias de criminología cautelar*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011, p. 396, que «Lo mejor para la consolidación de la construcción de una realidad social paranoide es que se reduzca la comunicación directa entre las personas [...]. El miedo patológico tiende a reducir las ocasiones de encuentro en el espacio público y a la vez se potencia en la incomunicación impidiendo la reflexión acerca de toda realidad diferente de la construida».

¹¹⁴⁵ La sociedad colombiana no es ajena a la demanda de seguridad vinculada a los delitos que diariamente afectan a la colectividad, petición que se ha situado como una necesidad prioritaria frente a un conflicto de violencia que ya es de vieja data, sobre todo en un periodo que viene desde la última mitad de siglo XX hasta la fecha, espacio de tiempo en el que el problema de guerrillas, paramilitarismo y narcotráfico, sumada la delincuencia *común*, se han instalado como los principales fenómenos generadores de violencia. Dicho conflicto ha terminado por crear una permanente percepción de inseguridad. Dicha percepción de inseguridad ha tenido sus efectos sobre el legislador que le lleva a realizar un incremento desmedido de las penas como *salida de emergencia* frente a la gran demanda social. Pero también ha generado efectos sobre la priorización de asignaciones dentro de los cuerpos policiales y de investigación, problemas que desbordan la capacidad operativa de los mismos, decisión razonable precisamente si nos preguntamos, por ejemplo, ¿cómo hacer caso omiso de un gran número de denuncias por lesiones, homicidios, hurto de automotores, etc. totalmente flagrantes, para investigar hechos de corrupción que ni siquiera llegan a conocimiento del órgano de investigación?; o bien, ¿cómo preocuparse del hecho de que un grupo de políticos con cargos dentro de la Administración pública reciben una comisión de un contratista de obras públicas, cuando el mero hecho de caminar por la calle puede representar ser víctima de un hurto?

Las anteriores reflexiones son suficientes para perfilar la importancia de los *media* en la creación social del miedo. Pero no se quiere decir que sean los *media* los únicos formadores de temores; más bien puede decirse, tal como recuerda SILVA¹¹⁴⁶, que los *media* «refuerzan o estabilizan los miedos ya existentes». En este sentido encuentra plena coherencia la afirmación realizada por BANDURA acerca de que la televisión tiene gran implicancia en la profusión de esos miedos por su capacidad de influencia: «La inducción vicaria del miedo tiene consecuencias sociales más profundas que la inducción por experiencia directa, ya que los procedimientos vicarios, sobre todo el modelado televisado, pueden influir en la vida de muchas personas a la vez»¹¹⁴⁷. Habida cuenta el poder del modelado de miedos vinculados a la criminalidad atribuible a los medios de comunicación, resulta coherente afirmar que el distanciamiento respecto de la fuente de miedo que pueda representarse simbólicamente una persona a ser víctima de un delito, permite que éste pueda realizar un control cognitivo sobre la factibilidad de ello¹¹⁴⁸. Esta idea resulta vital para afirmar que el delincuente puede realizar un control de tal tipo sobre el miedo a ser sancionado, en la medida en que se imagina que los castigadores no pueden descubrirle. En ese sentido se afirma la importancia que ostentan los *media* en la configuración del miedo a la pena¹¹⁴⁹. Y ello con independencia de la existencia objetiva del riesgo. Es por tal razón que, como apunta SILVA frente a su entidad, «[...] puede sostenerse de modo plausible que, por muchas y muy diversas causas, la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la propia existencia objetiva de los mismos»¹¹⁵⁰. De ello se sigue que es la creencia del criminal sobre la pena lo que incide sobre él, y no su conminación objetiva.

¹¹⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *La expansión del Derecho penal...*, p. 30.

¹¹⁴⁷ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 342: «Un ejemplo notable es el creciente miedo de la gente a ser víctima de algún acto violento. No son frecuentes los ataques físicos contra extraños y, sin embargo, estos originan una ansiedad generalizada. Hay varios aspectos de la victimización criminal que permiten explicar por qué unos cuantos incidentes son capaces de inducir miedo generalizado en el público. El primero de ellos es la falta de predictibilidad de los ataques; uno no puede predecir cuándo ni dónde será atacado. El segundo factor es la gravedad de las consecuencias, que pueden incluir lesiones invalidantes o incluso la muerte. Si la amenaza comportara únicamente la pérdida de un poco de dinero o del reloj, la gente no limitaría sus actividades para evitarla. Sin embargo, cuando lo que está en juego es la propia vida o la integridad física, el individuo no desea correr riesgos, por mínimos que sean. El tercer factor es la sensación de impotencia. La gente se siente sin control sobre la posibilidad de ser atacado. El riesgo de sufrir daño como consecuencia de un accidente de circulación es mucho mayor; sin embargo, la gente teme más a las calles desiertas que a su automóvil, porque creen que pueden controlar personalmente la probabilidad de sufrir un accidente vigilando su forma de conducir».

¹¹⁴⁸ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 342: «Para comprobar la posibilidad de que los espectadores habituales de televisión pudiesen tener más miedo a ser víctimas de un delito como consecuencia de vivir en vecindarios más conflictivos, Doob y McDonald (1979) midieron la frecuencia de utilización de los *media* y el miedo a ser atacados de sujetos residentes en barrios con tasa alta o baja de criminalidad, tanto en el medio suburbano como en el urbano. La elevada exposición a la violencia de la televisión produjo el mayor grado de temor en los sujetos residentes en barrios urbanos de elevada tasa de delincuencia. Dado que las personas que viven en las afueras de las ciudades se encuentran alejados de las áreas que consideran amenazantes de su seguridad personal, en éstos se registró mucho menos miedo».

¹¹⁴⁹ Respecto de la *sensación social de inseguridad* y su grado de correspondencia con la realidad objetiva, señala SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *La expansión del Derecho penal...*, p. 20, que desde la *dimensión subjetiva* de tal modelo de institucionalización, «[...] nuestra sociedad puede definirse todavía mejor como la sociedad de la “inseguridad sentida” (o como la sociedad del miedo)». En consonancia con ello, refiere que «[...] uno de los rasgos más significativos de las sociedades de la era postindustrial es la sensación de inseguridad, esto es, la aparición de una forma especialmente aguda de vivir en riesgo».

¹¹⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *La expansión del Derecho penal...*, pp. 26-27.

La influencia de los *media* en relación con la criminalización del delito es, pues, notoria. De la mayor o menor atención que se preste a uno u otro fenómeno delictivo, en ese mismo sentido lo hará la teleaudiencia y los mismos titulares de la política criminal. Según sea la presión que promueven respecto de la necesidad de reprimir cierta línea de delitos, como se ha hecho por ejemplo en Colombia en los últimos años frente a conductas como el ataque con ácido a mujeres, el feminicidio o la violencia contra los animales, los gobernantes de turno no sólo legislarán en ese sentido, sino que además presionarán a las instituciones penales para enfrentar ese conjunto de conductas. Entre otras consecuencias, ello genera que los recursos del sistema de justicia se destinen a perseguir tales infracciones, convertidas en faltas de primer orden para los órganos de control penal. En este sentido profusión de los *media* y *Estado* se convierten en dos poderosos «creadores de imágenes» de la realidad. Luego es en esta lógica que bien podría llamarse «mercantilismo audio-visual», donde la intrusión de los *comunicadores* en el curso de los asuntos penales permite el desarrollo de los denominados *juicios paralelos* que pronto terminan forjando una imagen determinada de la realidad criminal y de las personas que la encarnan: el atracador, el violador, el sicario, etc.¹¹⁵¹. Más allá de las críticas que se puedan ofrecer frente a la vulneración de los derechos fundamentales de las personas procesadas derivadas de la falta de rigor informativo y ética periodística, lo cierto es que esa profusión mediática termina finalmente asentando la imagen en las personas frente a la cuestión criminal¹¹⁵². Los efectos que genera la difusión masiva de una clase de delitos es, pues, sabida: reacción positiva de la sociedad en su conjunto y, a consecuencia de ello, de los titulares del *ius puniendi*. El problema es que el silencio de los *media* frente a otra clase de delitos, en este caso los de corrupción pública, genera el efecto contrario: la invisibilidad del delito¹¹⁵³. Luego el efecto de modelado puede resultar mucho más perjudicial, si cuando algún chivo expiatorio que cae en manos del sistema penal, pronto puede eludir la acción de la justicia (como se verá en el capítulo siguiente). Y si esta idea se sostiene, en ese mismo sentido puede aceptarse que el «modelado» constante de la impunidad termina difuminando el miedo que teóricamente se irroga al castigo legal. En últimas, la impunidad se instituye en una fuente de modelado que termina por convertirse en un *refuerzo negativo* de aquellas actitudes venales compatibles con esos mismos comportamientos que resultan impunes.

¹¹⁵¹ Dicha trasgresión de derechos y garantías, según FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris...*, p. 730, podría hacer coincidir el proceso penal con la pena en sí misma, en el que combinando elementos como «imputación penal» y «etiquetamiento social», podrían significar, diría el citado autor, «el proceso como pena». Señala asimismo que: «A las diversas formas y mecanismos de diferenciación interna de la pena y de multiplicación de las sanciones penales atípicas y no retributivas, hay que añadir el desarrollo inflacionario del proceso penal, que en la moderna sociedad de las comunicaciones de masas tiende a convertirse en sí mismo en una sanción, en ocasiones más gravosa que la misma pena tradicional...».

¹¹⁵² ZAFFARONI, Eugenio R., *La Palabra de los Muertos...*

¹¹⁵³ Como señala FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, p. 44, «Por lo que respecta al tercer medio más importante de reacción social ante la delincuencia económica, la opinión pública, se puede advertir una actitud de tolerancia y de pasividad frente a la comisión de esta clase de delitos, lo cual se erige en un factor de singular relieve que incide en la insuficiente represión de esta delincuencia». En similar sentido, apunta CARTOLANO S., Mariano J., *La corrupción...*, p. 24: «A este sector le corresponde un importante papel en las democracias actuales, porque los electores conocen y evalúan la figura de los candidatos al gobierno a través de los medios, principalmente de la televisión».

No puede desconocerse, en consecuencia, la influencia que ostentan los *media* en la creación de contenidos de conciencia, en lo que aquí respecta, en la creación de diversos estados emocionales vinculados a la delincuencia. Como reseña el Comunicador especialista en temas criminales Francesc BARATTA¹¹⁵⁴, para determinar si los medios de comunicación crean «*alarmismos sociales*» debe reflexionarse acerca de cuáles son las «fuentes de información ciudadana sobre el mundo del crimen». Según el autor, puede decirse que « [...] aquello que los ciudadanos saben en el plano racional y sienten en el plano emotivo sobre los asuntos delictivos se canaliza a través de tres ámbitos: a) el contacto directo con el delito; b) la experiencia transmitida por personas próximas; y c) las informaciones y relatos que suministran los medios de comunicación y las industrias culturales». Con respecto a esta última fuente, refiere que «En las actuales sociedades de la información resulta difícil pensar en los alarmismos sociales sin contemplar el papel de los medios, ya que son éstos los que transforman en acontecimientos públicos los hechos que tienen lugar en ámbitos más reducidos de la colectividad (Rodrigo, 1999)». Seguidamente señala que «Los alarmismos ciudadanos tienen una dimensión pública que difícilmente puede construirse sin la acción de las imponentes maquinarias discursivas mediáticas».

Pero, ¿hasta qué punto es exacta la información que se difunde por los medios de comunicación? Al respecto, apunta SILVA que los *mass media* inciden personalmente y de modo inmediato en la formación de «percepciones inexactas». Agrega que « [...] resulta ineludible la puesta en relación de la sensación social de inseguridad frente al delito con el modo de proceder de los *medios de comunicación*»¹¹⁵⁵. Los medios de comunicación provocarían, según apunta el autor, una «inseguridad subjetiva que no se corresponde con el nivel de riesgo objetivo» dada la «reiteración y la propia actitud (dramatización, morbo) con la que se examinan determinadas noticias a modo de multiplicador de los ilícitos y las catástrofes»¹¹⁵⁶. De ahí que las formas tradicionales de delincuencia individual preocupen en demasía al común de la gente, mientras la criminalidad vinculada a las clases dirigentes, por el contrario, devenga en meras irregularidades, ya sea omitiendo pronunciaciones comunicativas sobre la misma, o bien tergiversando el contenido del suceso. Bajo este contexto no ha de resultar extraño que la fuerza constrictiva de las normas penales que criminalizan la corrupción se difumine, pues si, por un lado, gran parte de la corrupción permanece oculta y, por el otro, la detectada deviene impune, la gente termina por formarse la impresión de que eso de que «la corrupción da cárcel no es del todo cierto».

¹¹⁵⁴ BARATTA, Francesc. “Los medios, el crimen y la seguridad pública”, p. 26 y ss. Afirma asimismo que «Las industrias de la comunicación aparecen como grandes mediadores entre la ciudadanía y el mundo del delito, y buena parte de lo que ésta sabe y se imagina sobre el crimen tiene que ver con las imágenes difundidas en la televisión, las informaciones radiofónicas y los discursos que aparecen en la prensa escrita».

¹¹⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *La expansión del Derecho penal...*, pp. 27 a 29. Relacionado con este aspecto, refiere que « [...] desde la posición privilegiada que ostentan en el seno de la «sociedad de la información» y en el marco de una concepción del mundo como *aldea global*, transmiten una imagen de la realidad en la que lo lejano y lo cercano tienen una presencia casi idéntica en la representación del receptor del mensaje».

¹¹⁵⁶ Con respecto a la correspondencia entre el «grado de existencia objetiva de riesgos» y la «vivencia subjetiva» de los mismos, señala SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *La expansión del Derecho penal...*, pp. 26-27, que « [...] resulta más que dudoso que la medida de la inseguridad sentida por los ciudadanos se corresponda de modo exacto con el grado de existencia objetiva de riesgos difícilmente controlables o, sencillamente incontrolables (los propios de la *risikogesellschafts*) que les afecten personalmente y de modo inmediato».

Son, pues, claros los efectos sobre la experiencia psicológica que genera el sobredimensionamiento de una parcela de la realidad criminal por parte de los medios comunicativos frente a la omisión u ocultamiento de otras. El sobredimensionamiento de las formas tradicionales de delincuencia individual, entre otras consecuencias, produciría un sentimiento general de miedo a ser víctima de esta clase de delitos¹¹⁵⁷. Ello daría lugar, con base en estas preocupaciones, a demandar, justificar y legitimar la represión preferente de las mismas formas de criminalidad. Todos aquellos palmarios sucesos preeminentemente perseguidos por las instituciones penales, a lo que se aúna la influencia de las representaciones cinematográficas que se realizan sobre esas mismas tipologías (sobre el asesino, el traficante, el ladrón, etc.), terminan insertándose en la conciencia social¹¹⁵⁸. Tras el correspondiente reclamo social, la respuesta de los titulares del diseño y articulación de la política criminal, siempre necesitados de apoyo popular, no encuentran más camino que el endurecimiento del sistema penal; una medida que en la política representa un «comodín gratuito», descubierto sin siquiera detenerse a pensar la magnitud del problema o la eficacia de las medidas a adoptar; menos aún, sin plantearse la posibilidad de una intervención de tipo social, económica o educativa. Y ello en la medida en que muchas veces sólo interesa obtener un rédito político, interés que se consigue fácilmente haciendo uso demagógico del *ius puniendi* estatal, o lo que es lo mismo, buscando la solución de los problemas sociales en el Derecho penal. Pero el problema es mayor. El reclamo social mediático permite, además, distraer la atención frente a otros problemas no menos condenables como la criminalidad económica o la corrupción política, incluso la violación de los derechos humanos¹¹⁵⁹. Este problema se torna aún mucho más grave cuando, la forma de presentar las *noticias* referidas a estas últimas categorías criminales, se realiza en connivencia con los centros de poder. Es así como se comprende que un determinado *medio* se «enseñe» con los delitos de los dirigentes de un determinado grupo político, mientras hace la «vista gorda» frente a los del conjunto «patrocinador».

¹¹⁵⁷ Con respecto a la sensación de miedo que se deriva de la difusión masiva de cierta información por parte de los distintos medios de comunicación, señala ZAFFARONI, Eugenio R., *La Palabra de los Muertos...*, p. 395, que «El pánico moral se produce cuando los medios ordinarios, comunes, que suministran la información supuestamente *seria*, dedican muchos más minutos de televisión al *homicidio del día*, cuando los diarios de igual naturaleza dedican muchos más metros cuadrados a lo mismo y pasan la noticia roja a la primera plana, cuando los minutos de radiotelefonía *objetiva* y sus comentarios aumentan considerablemente, cuando más *expertos* son entrevistados y más gestos de resignada impotencia o reclamos de *reforma a la ley con voz ahuecada de escuela de teatro* muestran los comunicadores».

¹¹⁵⁸ Respecto de la forma de presentación de las noticias criminales por parte de los medios de comunicación, señala BARATTA, Francisc, “Medios de comunicación y seguridad ciudadana”, pp. 121-126, que éstos «No reflejan por igual todas las inseguridades y violencias que hay en la sociedad. Hacen un gran griterío de los asuntos de sangre, mientras se olvidan de otros sufrimientos que en muchos países son la mayor fuente de desgracias. Los medios se fijan, casi de manera obsesiva, en asesinatos, agresiones personales, robos, y no ven los grandes dramas humanos».

¹¹⁵⁹ Al respecto, define con gran acierto BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 218, que: «En la opinión pública se realizan, en fin, a través del efecto de los *mass media* y la imagen de la criminalidad que transmiten, procesos de inducción de la *alarma social*, que en ciertos momentos de crisis del sistema de poder son manipulados directamente por las fuerzas políticas interesadas, en el curso de las llamadas campañas de “ley y orden”, pero que, independientemente de estas campañas limitadas en el tiempo, desenvuelven una acción permanente para la conservación del sistema de poder, oscureciendo la conciencia de clase y produciendo la falsa representación de una solidaridad que une a todos los ciudadanos en la lucha contra un común “enemigo interno”».

Se entiende así la influencia de los media en la banalización social de la corrupción y la difuminación abstracta del miedo a recibir castigos. La pérdida del miedo con respecto a la posibilidad de recibir sanciones por la realización de un acto de corrupción puede producirse, de acuerdo con lo dicho, en un doble sentido: Por un lado, el rápido acallamiento y olvido de los medios de comunicación frente a los grandes desfalcos de la nación genera la imagen de que todo queda en la impunidad, esto es, de que «corromperse paga». Claro está que ese silenciamiento responde muchas veces a que el hecho deja de ser llamativo para la teleaudiencia porque se vuelve «repetitivo». La difusión inicial del mismo, más que obedecer a una loable pretensión de concienciación por parte de los *media* sobre la existencia del fenómeno, responde al nivel de *rating* que produce el «bombazo» de la primicia. Luego no puede pasarse inadvertido que ese silenciamiento también se encuentra afectado por la influencia del poder político sobre los mandos del *medio*. Por ello la sujeción política o económica de los medios de comunicación respecto de los poderes de turno, como puede inferirse, configura un evidente problema que afecta el tratamiento mediático de la corrupción que les afecta. Y ello en la medida en que, como señala ROSE-ACKERMAN, son precisamente los medios de comunicación los que «pueden facilitar el debate público si están en manos privadas y son libres de criticar al gobierno sin miedo a represalias»¹¹⁶⁰. Dicha «libertad nominal de prensa», por ello, se ve afectada «si la mayoría de los medios de comunicación se hallan asociados a partidos políticos». Por otro lado, el sobredimensionamiento de un determinado hecho de corrupción cuyos protagonistas logran burlar la acción de la justicia, generaría el mismo efecto vicario. Para generar tal efecto, lo primero que se hace es magnificar y saturar los telenoticieros con aspectos del caso. Se entiende así, como reseña GIL¹¹⁶¹, que la ampliación de la información relativa a la corrupción genere la impresión en grandes parcelas de la sociedad de que todas las instituciones públicas se encuentran invadidas por la corrupción. Pronto lo segundo que sucede es la priorización de otras noticias de índole distinta que terminan generando la imagen en la comunidad de que «nunca paso nada» con el caso de corrupción. Se entiende así la limitación de la entidad aversiva de la amenaza punitiva.

¹¹⁶⁰ ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos...*, p. 228. BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad...*, pp. 37-38. Práctica de ocultamiento de actos de gobierno: «[...] jamás ha decaído la práctica del ocultamiento mediante la influencia que el poder público puede ejercer sobre la prensa, a través de la monopolización de los medios masivos de comunicación, sobre todo mediante el ejercicio ilimitado del poder ideológico, siendo la función de las ideologías la de cubrir con velos o mantos las motivaciones reales que mueven el poder, forma pública y lícita de la “mentira piadosa” de origen platónico o del “engaño lícito” de los teóricos de la razón del Estado».

¹¹⁶¹ GIL VILLA, Fernando, *La cultura de la corrupción*, p. 21. Según lo refiere este autor, la «exageración» en la presentación de aquella información asociada a la corrupción por parte del «cuarto poder», es de tal entidad que podría generar una falsa percepción: «[...] a través del escándalo suscitado por ciertos casos de corrupción, los medios siembran en la opinión pública la falsa impresión de que toda la realidad está contaminada, nunca mejor dicho, corrupta». En consonancia con ello, señala el autor que sucede con la corrupción como en el caso de la delincuencia común o tradicional: «Tanto en los noticiarios como en las películas o en los programas de entretenimiento resulta que sólo vemos crímenes violentos, en particular homicidios y asesinatos». Ello permite afirmar que, el mensaje que lleva implícito dicha forma de transmitir la información, «[...] es que este tipo de delitos es el que más abunda». Frente a esto, refiere el autor que, en el plano real, sucede lo contrario: «los asesinatos constituyen, afortunadamente, un porcentaje mínimo en el conjunto de delitos registrados». Finaliza apuntando que algo similar es lo que sucede con la corrupción: «Los medios exagerarían, inflarían el problema, al elegir los casos más llamativos y dramáticos por medio de dos burdos criterios: la notoriedad social del afectado o la cuantía de lo defraudado».

Lo anterior permite afirmar, en consecuencia, la gran influencia de los *media* sobre los procesos de selectividad penal. Ello es determinante para la producción y direccionamiento de los procesos de criminalización, puesto que la agenda político-criminal que se marca cada gobierno se encuentra seriamente condicionada por los reclamos sociales ampliamente difundidos. El reclamo social está en la base misma de los populismos punitivos. Y esto parece ser así cuando se observa que, tras cada reclamo de gran alcance, le sigue una medida urgente de tipo penal. Lo peor es que, cuando se centra la atención sobre un determinado tipo de criminalidad, se desatiende, por otra parte, otros problemas no menos graves y que también afectan al conjunto de la sociedad. Tal forma de transmitir la realidad incidiría, de esta forma, al momento de adoptar medidas contra la corrupción. A este efecto se suma el hecho de que el desconocimiento del delito repercute sobre la denuncia formal requerida para promover la actuación del *sistema penal*¹¹⁶². Todo ello sumado, según la tesis que se ha venido afirmando, generaría ese ambiente de «tranquilidad» que facilita la comisión de la gran mayoría de delitos caracterizados por un dilatado proceso de razonabilidad, en el que se valora los riesgos que comporta la utilización de caminos no convencionales para asegurar un fin. De ahí que pueda afirmarse, como se ha indicado, que estos factores de orden extra-institucional afectan la intimidación que supone la amenaza prevista en abstracto por la norma jurídico-penal.

¹¹⁶² Ello se puede observar, por ejemplo, a partir de los mecanismos de denuncia que, conforme al Art. 66 del CPP de Colombia, se constituyen como condicionantes de procedibilidad de la acción penal desarrollada por la FGN. Así, en materia de denuncias ciudadanas, cualquier persona que tenga conocimiento de la existencia de un hecho constitutivo de delito, tiene el deber de denunciarlo según las disposiciones marcadas por la legislación procesal penal. Este tipo de mandatos no ofrecen ningún cuestionamiento. No obstante, lo que sí resulta de todo cuestionable, es la difícil realización de tal mandato. Ello si se tiene en cuenta, como se trata de advertir, cuando se trata de tipologías criminales gestadas en las altas esferas del poder. Y ello es así, básicamente, porque resulta difícil creer que un ciudadano del común pueda tener conocimiento preciso sobre la existencia de concretos hechos de corrupción, entre otras causas, por imposibilidad material de acceso a la información. Lo peor es que la denuncia se torna difícil hasta para los mismos funcionarios públicos. Como lo dispone el mismo Art. 67 del CPP colombiano, todo «servidor público que conozca la comisión de un delito...», deberá iniciar la investigación si tuviere competencia para ello, o bien ponerlo en conocimiento del órgano competente. Entonces, según el Art. 66 del CPP, el Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código. El mecanismo de denuncia como categoría específica dispuesta por la Ley para poner en conocimiento de los organismos oficiales hechos que en principio podrían ser constitutivos de delito, se representa de forma específica en el Art. 67 CPP, precepto que hace referencia al *deber de denunciar* que tiene en general todo ciudadano y, en particular, la obligación que pesa sobre determinados sujetos. Según el tenor literal de dicho precepto, «*Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio*». Asimismo dispone que, «*El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente*». De acuerdo con lo anterior, la virtualidad del mecanismo de *denuncia* como instrumento idóneo para promover el ejercicio de la acción penal con base en aquélla, resulta de dudable idoneidad, no sólo por los motivos acabados de referir, sino sobre todo por la exigencia que la propia Ley procesal consagra como necesario requisito formal del acto de denuncia, requerimientos que también se exigen para los demás mecanismos de activación de la acción penal. Así, reza el Art. 69 del referido Código de Procedimiento que tanto la denuncia como la querrela y la petición especial, además de poderse realizar de forma verbal, escrita o por cualquier medio técnico, deberá permitir la «identificación del autor», información que deberá contener «una relación detallada de los hechos que conozca el denunciante», con la previa advertencia de que «la falsa denuncia implica responsabilidad penal».

A esa sensación de «tranquilidad» que proporciona un contexto general de impunidad para quienes cavilan la opción de participar en actos de corrupción, se aunaría el entorno de «seguridad» que se forma al interior de las organizaciones que sirven de medio para la realización de los fines representados en tales actos. Y tal consideración resulta razonable habida cuenta que, el ámbito secreto dentro del cual se gesta la corrupción, disminuye toda probabilidad de denuncia. Ya se ha dicho que tales actos suelen desarrollarse en un ámbito muy discreto de las instituciones, al que difícilmente tienen acceso funcionarios no involucrados en la actuación ilícita, lo que permite la hermeticidad del acto¹¹⁶³. Peor la situación cuando el acto se realiza bajo un entorno de confianza¹¹⁶⁴. La denuncia formal, lógicamente, es uno de los mecanismos más importantes de cara al ejercicio de la acción penal en materia de corrupción pública. No obstante, no debe perderse de vista que el conocimiento oficial por parte del sistema penal viene condicionado no sólo por los diversos factores que conllevan a la deficiente reacción social frente al problema, sino también por las dificultades propias del acto formal de la denuncia. No es difícil imaginar las dificultades que puede hallar una persona sin posición relevante y sin un interés determinado que se plantee la posibilidad de denunciar hechos de corrupción, más cuando el propio acto de denuncia requiere, primero, la identificación del denunciante, segundo, la relación detallada de los hechos que se denuncian y, tercero, ser consciente de las posibles consecuencias que eventualmente se podrían derivar tras una denuncia poco fundada.

Problema añadido al anterior, tal como se entrará a analizar más adelante, es el hecho de que los órganos que integran el sistema penal se encuentran presionados por la necesidad de realizar una intervención activa frente al gran número de hechos que diariamente son denunciados ante sus dependencias. Tal número de denuncias se corresponden con las formas tradicionales de delincuencia individual de carácter flagrante (hurtos, lesiones personales, violencia intrafamiliar, homicidios, etc.), hechos que, puestos en relación con la disposición de medios humanos y materiales, desborda la limitada capacidad operativa. Dicha restricción no sólo limitaría el conocimiento de indicios criminales sobre importantes casos de corrupción, sino incluso de aquellos ilícitos de corrupción pública de menor entidad realizados en los espacios menos insospechados de la Administración. Esa sensación de impunidad originada en el la falta de denuncia formal del delito, como se ha venido indicando, permitiría que los individuos que se construyen psicológicamente bajo esos entornos de seguridad generen un tipo de control de orden cognitivo sobre esa probabilidad de denuncia de sus procederes ilícitos, al punto de que las representaciones que se han formado en el curso de sus vidas sobre la aplicación del castigo legal se quedan en el plano de lo improbable. Se trata esta de una sensación de seguridad de orden abstracta, similar a la sensación de tranquilidad que puede experimentarse cuando se sale de un país en el que se vive en constante estado de zozobra a ser víctima de un delito, a otro en el que esa posibilidad se convierte en un espejismo.

¹¹⁶³ MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, p. 32.

¹¹⁶⁴ Respecto de las relaciones de confianza que se entretienen en el ámbito de la gestión de los asuntos públicos, señala ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos...*, p. 135, «[...] la capacidad de establecer una confianza basada en relaciones personales estrechas ayuda a reducir los riesgos de que se descubra la corrupción».

La importancia de los medios de comunicación en el control penal de la corrupción es categórica. Y representa una de las maneras apropiadas para atemperar dicho fenómeno en la medida en que asuman el compromiso de difundir todo lo que deba ser de conocimiento público para ayudar a reducir las asimetrías en la información que impiden a la ciudadanía un mayor control sobre lo público¹¹⁶⁵. Es necesaria, por ello, la denuncia pública de toda práctica venal para que sean consideradas por la sociedad de modo distinto¹¹⁶⁶. Ello sin perjuicio de reconocer las dificultades que enfrenta quien decide denunciar¹¹⁶⁷. Como recuerda BAJO, la Sociología criminal ha dado especial importancia a los medios de difusión de información como forma de prevención de la criminalidad económica, precisamente, porque la información es vital en la consecución de la «afectividad» (*crime appeal*) de la que carece. Esta *afectividad* resulta necesaria para asegurar una profunda «repulsa social», la cual no sólo puede conseguirse con el conocimiento de la lesividad social del delito, sino además acabando «[...] con el respeto y la admiración al delincuente de cuello blanco, pasando de ser un “honorable ladrón” que comete “delitos de caballeros” para pasar a ocupar el papel que le corresponde»¹¹⁶⁸. En este último cometido tienen precisamente gran implicación los *media*: Así como pueden hacer del más querido actor de telenovela un personaje detestable por la teleaudiencia, al punto de que los transeúntes que se le topan en su vida cotidiana le recriminen por la maldad de su personaje, en ese mismo sentido deberían denostar la imagen del corrupto (al punto de que se convierta en un modelo repugnante). Y tal vez esta proposición parezca estridente, pero si ello se realiza sin reparo con el ladronzuelo de carteras de viejecitas, ¿por qué no hacerlo con el ladrón de carteras ministeriales? Y tan simbólicas son las representaciones sobre el criminal que se articulan a la difusión audiovisual, que bastan 15 minutos de un filme para lograr que la teleaudiencia, tras introducir dos o tres argumentos de justificación para la comisión del delito (técnicas de neutralización), validen los más horrendos crímenes del actor principal.

¹¹⁶⁵ Los grandes escándalos políticos pueden funcionar como un importante catalizador para promover reformas, señala ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos...*, p. 286. Literalmente, apunta: «Los escándalos de corrupción alimentados por una prensa independiente han impulsado la reforma en algunos sistemas políticos». Seguidamente señala que «Los escándalos son una oportunidad de movilizar el apoyo a favor de cambios institucionales que tienen poco brillo por sí mismos. Para que surjan los escándalos a la superficie es necesaria la atención de los medios de comunicación, pero no es suficiente. Las revelaciones deben tener credibilidad ante el público y éste debe estar suficientemente interesado en expresar su indignación y su malestar, que, a su vez, pueden ser recogidos por los medios de comunicación».

¹¹⁶⁶ GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 70.

¹¹⁶⁷ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, pp. 71-72: «[...] son múltiples los factores que explican la ausencia de denuncia. 1) En unos casos es la situación psíquica de timidez o de miedo de la víctima, bien por la posición social que ocupa el autor, sobre todo si existe una dependencia (económica, profesional, comercial) que pudiera perjudicar al denunciante, bien porque tiene miedo a que la persecución penal se vuelva contra él, ya que no se sabe exactamente quién es la víctima y quién el delincuente o porque se cree cómplice al haber obtenido un provecho, bien porque temen que la denuncia se la gotea que provoca el hundimiento definitivo de su autor, de quien todavía esperan recuperar parte del crédito, o, por último, porque temen la vergüenza de pasar por víctimas de un determinado fraude. 2) En otros casos es la ignorancia la que explica la ausencia de denuncia. A veces, en efecto, el hecho es de tal complejidad que sólo un especialista podría percatarse de su carácter fraudulento [...]. 3) Por último, influye también el interés comercial en conservar un prestigio o una imagen que se puede romper si se exterioriza una persecución impopular a través de los tribunales, y el hecho de que en muchos delitos (delito fiscal, delitos monetarios), es la Administración pública la afectada».

¹¹⁶⁸ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, p. 76.

Se aprecia, de tal modo, la razón por la que los medios de comunicación terminan instituyéndose en uno de los más importantes difusores del mensaje intimidatorio asociado a la pena. Esa profusión del miedo a recibir castigos, acorde con esa noción de *miedo* de naturaleza imaginaria y futura, resulta posible en buena medida gracias a la capacidad de construcción de contenidos de consciencia realizada por los medios de comunicación masiva de información (de «creadores de imagen», diría BANDURA). Frente a esa capacidad que tienen los *media* para construir imágenes sobre la realidad, parece suscitar poca discusión que a partir del modelado se puedan difundir mensajes que permitan la estabilización o integración normativa –tal como sucede con la trasmisión de valores positivos al interior de las familias-. Pero por ese mismo medio también se puede generar la construcción o de-construcción cognitiva del miedo al castigo punitivo, en la medida en que los mismos pueden reflejar los efectos que se producen cuando una persona determinada infringe el ordenamiento jurídico-penal. En últimas, la profusión del miedo y su instalación en la consciencia de los individuos dependería de si el concreto fenómeno delictivo es «normal» dentro del contexto cultural del individuo. Así, defendiendo la eficacia intimidatoria de la pena, apunta SILVA en una de las citas de su trabajo «*Eficiencia y derecho penal*», que « [...] lo decisivo es la percepción que el sujeto tiene acerca, nuevamente, de la percepción existente en su entorno acerca de si el hecho es “normal” o no»¹¹⁶⁹. Y en esa normalización del delito, como se ha venido proponiendo, los *mass media* tendrían una gran cuota de responsabilidad habida cuenta su capacidad de llevar diariamente los contenidos del mundo fenoménico a millones de consciencias. En este sentido, tratándose de las representaciones aversivas asociadas al castigo legal, podría afirmarse que el miedo es abstracto. Esta cualidad, como se refleja en la siguiente cita de SILVA, no restringe la posibilidad de incidencia de la función intimidatoria de la pena:

[...] la afirmación de que en la prevención de delitos se produce una superposición de instancias tampoco debe conducir a absolutizar el papel desempeñado por las instancias de control social informal (familia, escuela, confesión religiosa, empresa, etc.), que transmitirían los diversos contenidos valorativos, produciendo su progresiva internalización por el individuo: esto es, por vía educativa moralizante (creadora de costumbres), y no intimidatoria. Personalmente, estimo que las cosas no son necesariamente así: Por un lado, dado el pluralismo existente en el cuerpo social, es dudoso que quepa hablar de una transmisión uniforme de los contenidos del sistema penal en los términos reseñados. Por otro lado, en la actualidad los medios de comunicación que, ciertamente, constituyen el vehículo esencial de difusión pública de los contenidos de las normas penales, sin negar que lleven a cabo tal difusión en términos en buena medida educativos (esto es, pretendiendo alcanzar una asunción del valor de que se trate, una internalización), desde luego también expresan el mensaje intimidatorio de la norma. Así pues, el hecho cierto de que las normas no sean conocidas directamente, sino que su contenido trascienda a la opinión pública básicamente a través de los medios de comunicación no obliga a rechazar la eficacia intimidatoria del Derecho penal y a sustituir tal función por otra educativa-moralizante (por vía indirecta). A mi juicio, también respecto a la referida vía indirecta cabe hablar perfectamente de la existencia de una prevención general negativa (intimidatoria), la cual (a diferencia de los efectos educativo-moralizantes, también existentes) sí puede legitimar la existencia del sistema penal¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., ADPCP, 1996, (cita No. 83), p. 116.

¹¹⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, pp. 222.-223.

3. Vinculación de los factores de banalización de la entidad criminógena del delito a la de-construcción o neutralización cognitiva del miedo a la amenaza de pena

Se ha indicado que los factores referenciados en los ítems precedentes son culpables, en buena medida, de la *neutralización* personal de la entidad criminógena del delito. La *negación del perjuicio* y la *negación de la víctima*, siguiendo la conocida clasificación de *técnicas de neutralización* propuesta por SYKES y MATZA, pueden perfectamente trasladarse al campo de la corrupción pública. Las referidas *técnicas de neutralización*, como recuerdan TAYLOR, WALTON y YOUNG, « [...] son similares a los “vocabularios de motivos” de C. Wright Mills [1943]. Son frases o expresiones lingüísticas que el desviado emplea para justificar su acción»¹¹⁷¹. Ya se referenció que frases como, «*no pasa nada robando al Estado porque igual tiene mucha plata*», etc., no sólo perviven con fundamento y consecuencia en la narrativa popular de países tan corruptos como Colombia, sino que también representan auténticas «filosofías de vida» que terminan afectando la experiencia psicológica de quienes se construyen en esos entornos. La denominada «*cultura del vivo*» puede encontrarse en este País en cualquier esquina, al punto de que muchos se enorgullecen de ello. Como se reseña en una reflexión de prensa del periódico El Mundo referida a la moral y las buenas costumbres de la sociedad colombiana, se enuncia que aunque la gran mayoría de los ciudadanos actúa acorde con la moral y las buenas costumbres, no obstante « [...] pareciese que la corrupción, las ganas de ser ventajosos en los negocios, el actuar marcando la línea delgada entre la moral y lo ilícito, estuviese en nuestro código genético, dándole rienda suelta al nefasto refrán “el vivo vive del bobo” »¹¹⁷². A pesar de que esta reflexión de prensa contiene una tesis clarividente sobre la génesis sociocultural de la corrupción pública, pareciera que quienes se comportan en contravía de la moral y las buenas costumbres recogidas por el Derecho llevarán en su «código genético» esa «cultura del vivo», esto es, la disponibilidad a corromperse que se pone a prueba ante la presencia de la oportunidad corrupta. Por eso se comparte en toda su plenitud, frente a la pregunta de «Por qué hay tanta corrupción» que se formula la Revista Semana, la tesis de que dentro de los varios factores que alimentan la corrupción, « [...] en todos ellos hay un elemento común: la tendencia de buen número de colombianos para aceptar, inculcar y ayudar a perpetuar la cultura del vivo»¹¹⁷³. Por ello le asiste razón a los precitados sociólogos del delito cuando refieren que esas expresiones « [...] no son simplemente excusas o racionalizaciones *ex post facto* inventadas para que las oigan las autoridades, sino frases que realmente facilitan o motivan la comisión de actos desviados neutralizando una limitación normativa preexistente»¹¹⁷⁴. A esas mismas expresiones, como se ha referenciado, se refería SUTHERLAND con las «definiciones favorables»¹¹⁷⁵.

¹¹⁷¹ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 206.

¹¹⁷² TOBÓN V., Lázaro, “El vivo vive del bobo”, El Mundo, (2013/11/04). Recuperado de: <http://www.elmundo.com/>

¹¹⁷³ Revista Semana, “Cinco razones por las que la corrupción no para de crecer”, (2011/07/14). Revista Semana Recuperado de: <http://www.semana.com/>

¹¹⁷⁴ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 206.

¹¹⁷⁵ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 206: «A estas justificaciones de la desviación las denominamos técnicas de neutralización y creemos que las mismas forman una parte importante de lo que Sutherland llama “definiciones favorables a la violación de la ley” ».

A ese conjunto de expresiones lingüísticas enraizadas en la cultura popular se aunarían las referidas *apariencia de licitud del hecho criminal, imperceptibilidad del daño social y volatilización de la calidad y cantidad de víctimas*, generando conjuntamente esa banalización social del delito que termina limitando la denuncia formal del mismo. De este modo tales justificaciones debilitarían la restricción del hombre frente a la proyección de actitudes venales, pues como refieren TAYLOR, WALTON y YOUNG en referencia a los planteamientos desarrollados por SYKES y MATZA, « [...] la motivación de la conducta delictiva procede de una acentuación de los valores dominantes, junto con las técnicas de neutralización que liberan al individuo del control social»¹¹⁷⁶. Es así como esas mismas definiciones favorables terminan anulando la significación aversiva del miedo irrogado a la amenaza abstracta de pena. Ya se referenció de la mano de BANDURA que «Los miedos y las inhibiciones pueden reducirse sustancialmente, cuando no erradicarse, mediante el poder del modelado»¹¹⁷⁷. Tratándose de los miedos inherentes a la trasgresión del ordenamiento jurídico-penal, la conducta modelada sería la de aquellos que salen «ilesos» tras la adquisición ilícita de esos beneficios que «todos» parecen desear (impunidad). Como precisa el mismo autor, «Estos efectos desinhibidores resultan evidentes cuando los observadores realizan actividades temidas o prohibidas después de observar que otras personas realizan actos similares sin que se produzca ninguna consecuencia nociva»¹¹⁷⁸.

Se afirma así que el lenguaje tiene la capacidad de participar en la creación de contenidos de consciencia. En Colombia, por ejemplo, es muy común escuchar, traducido a términos criminológicos, la técnica de neutralización «*si los de arriba roban, ¿por qué no he de hacerlo yo?*». En el precitado artículo de la Revista Semana («*Cinco razones por las que la corrupción no para de crecer*»), se refleja claramente la realidad práctica del multireferido «modelado» conductual, donde la columnista Elizabeth Úngar refiere que «Se cree que si los demás cometen actos de corrupción y sacan beneficio, por qué yo no puedo hacerlo». Aquí el mal ejemplo, puede afirmarse, operaría no sólo como factor de neutralización de la mala naturaleza del acto, sino también como *refuerzo* conductual. Frente a la incidencia de la técnica de neutralización de «*condena de los que condenan la acción delictiva*», refieren GARRIDO, STANGELAND y REDONDO que es usual que quienes se apoderan de pequeñas cantidades de dinero, refieran que «Los que más roban en este país no son las personas como nosotros, sino los políticos, los banqueros, los jueces y todos aquellos que hacen las leyes»¹¹⁷⁹. Volviendo al plano de las realidades de la cultura popular, añade la precitada columnista –en el mismo lugar– frente a la génesis de la corrupción, que «Es un problema que viene de cuna, pero también de un aparato de justicia que no funciona, de un sistema donde la gente no logra las cosas por mérito, sino por ser vivo...»¹¹⁸⁰. En este sentido, pues, los postulados teóricos adquieren una aplicación real.

¹¹⁷⁶ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 208.

¹¹⁷⁷ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 343.

¹¹⁷⁸ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 343.

¹¹⁷⁹ GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 221. Reseñan seguidamente que: «Otras técnicas de neutralización frecuentemente usadas son al defensa de la necesidad de la conducta ilícita, la defensa de un valor supremo, la negación de la justicia o de la necesidad de la ley, el argumento de que “todo el mundo lo hace”, y el argumento de que “tenía derecho a hacerlo” ».

¹¹⁸⁰ Revista Semana, “Cinco razones por las que la corrupción no para de crecer”.

Se referenció en el Capítulo I que para la anticipación cognitiva de esos miedos irrogados a la amenaza jurídico-punitiva no era necesario estar delante la oportunidad delictiva, sino simplemente realizar una previsión representativa de la situación ilícita. Lo primero, como se indicó en ese mismo capítulo, resulta posible gracias a la *capacidad simbólica* del hombre; lo segundo, gracias a su *capacidad previsor*. Esa *capacidad simbólica*, complementando lo dicho en ese lugar, permite imaginar el escenario de la situación delictiva a partir de las representaciones que la persona se ha podido formar de la situación estimular aversiva, pues como sostiene el mismo BANDURA, «Los símbolos proporcionan el vehículo del pensamiento»¹¹⁸¹. Puntualiza que «Los pensamientos son construcciones simbólicas, y el pensar es el proceso de poner en funcionamiento los conocimientos que uno posee para alcanzar distintos objetivos»¹¹⁸². El contenido de las representaciones simbólicas se hace posible, como también se ha sustentado, a partir de la *capacidad vicaria* del ser humano, esto es, de la aptitud natural de aprendizaje en base a modelos, lo que le permite aprender en qué situaciones y bajo qué condiciones puede desarrollar una actividad que le proporcione beneficios minimizando los riesgos inherentes¹¹⁸³. En este sentido las representaciones que cada persona tenga del castigo podrán terminar afectando la posición individual frente al delito, pues como ya se ha ilustrado, no tiene la misma representación del castigo legal el sicario que ha hecho del delito su *modus vivendi*, que aquella persona que teme profundamente llegar a caer en una prisión. Luego serán las *capacidades autorreflexiva* y *autorreguladora* del hombre frente a esas situaciones estimulares, las que determinen en uno u otro sentido la conducta. Un fragmento del texto «*Amenazas reales y temores imaginarios*» del Sociólogo venezolano Roberto Briceño-león, ilustra a la perfección la noción de miedo que aquí se postula:

El miedo se construye con los componentes reales e imaginarios, pero al final todo miedo es una construcción simbólica individual y social. Nuestro vínculo con lo real-objetivo nunca es solamente real, nuestro vínculo es siempre ideal, en el sentido que es una construcción cultural que hacemos y con la cual leemos y reconstruimos lo que nos llega de la realidad y esto puede llamarse representación (Weber,1960; Durkheim, 1972) o ideología (Althusser,1967). Esa construcción es la representación social de la realidad que nos hacemos y con la cual leemos lo real (Moscovici, 1983; Jodelett, 1992). La representación de miedo es social por un lado porque es colectiva, es decir, surge entre los individuos y tiene al final como destino los propios individuos, pero no se corresponde con uno o con otro, sino que es común a una sociedad o a un grupo social determinado (clase, etnia). Y, de manera más relevante, es social porque es producto de la interacción de distintos actores, es decir no la crea ni la vive un solo actor, sino una multiplicidad de actores que en sus intercambios de informaciones preñadas de prejuicios y deformaciones, crean un resultado, una noción, que guía el comportamiento de los individuos¹¹⁸⁴.

¹¹⁸¹ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 487.

¹¹⁸² BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 487: «Los símbolos que representa los acontecimientos, las operaciones cognitivas y las relaciones actúan como vehículos del pensamiento».

¹¹⁸³ Frente a la denominados *motivadores vicarios*, refiere BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 306: «Las personas que no viven aisladas en su propio mundo particular sino que, como seres sociales que son, observan la conducta de los demás y las ocasiones en que éstos son recompensados, ignorados o castigados, pudiendo sacar provecho, por tanto, de los éxitos y fracasos de otras personas así como de los suyos propios».

¹¹⁸⁴ BRICEÑO-LEÓN, Roberto, «Amenazas reales y temores imaginarios: Los medios de comunicación y la construcción social del miedo», Laboratorio de Ciencias Sociales, FLASCO, Caracas, 2005, p. 5.

Para la validación de la existencia de un control de la conducta desviada de orden interno y distante en el tiempo de la concreta situación aversiva, es pues necesario partir de una concepción mixta del control: externo (heterorrestrictivo) e interno (autorrestrictivo). En referencia a los *teóricos del control*, refieren CID y LARRAURI citando a Kornhauser (1978:74) que aquéllos « [...] acostumbran a clasificar los controles sociales en torno a dos ejes: externo-interno, en función de si se invocan por uno mismo o por otros y directo-indirecto, en función de si su contenido es controlar directamente la desviación o es una consecuencia colateral»¹¹⁸⁵. Ello daría lugar, de acuerdo con estos autores, a cuatro tipos de control: a) directo interno (socialización de valores culturales); b) directo externo (vigilancia); c) indirecto interno (los intereses que uno tiene en la sociedad y su vinculación afectiva con los otros); d) indirecto externo (el poder de los otros para regular el comportamiento en función de las recompensas). La anterior clasificación permite evidenciar que mientras los controles de orden externo están vinculados a la amenaza de factores de riesgo de orden real y presente (cámaras de vigilancia, policías vigilantes, etc.), los de orden interno están ligados a las comprensiones intersubjetivas validadas culturalmente. La naturaleza del miedo aquí puede ser de orden ideal y futuro, lo que no excluye la posibilidad de que la aversión al riesgo pueda estar virtualmente presente¹¹⁸⁶.

La concepción diacrónica de los miedos vinculados al castigo están ligados a esa serie de costes asociados al rechazo social de la corrupción: el denominado control in-formal. El «freno» *subjetivo* procedería, en este caso, de la propia contención interna (autorrestrictiva) del individuo, contención autónoma que dependería del firme rechazo del fenómeno por parte de los miembros de la comunidad en la que se ha construido ese concreto sujeto. Tratándose de corrupción pública, teóricamente, una de las principales sanciones informales viene representada por la pérdida de la reputación por parte del servidor que resulta sorprendido. Pero ya se ha dicho que el miedo que pueda anticipar ese sujeto depende fundamentalmente de las propias representaciones que tenga sobre esta y otras variables del castigo. En últimas son las creencias del sujeto las que inducen su sujeción a uno u otro tipo de reglas. Como señalan GARRIDO, STANGELAND y REDONDO en relación a la teoría del control social o de los vínculos sociales de HIRSCHI, « [...] la delincuencia no es el producto de la existencia de determinadas creencias u otros factores que impelan a delinquir, sino que resulta de la ausencia de creencias, de normas y de vínculos sociales que prohíban o impidan delinquir»¹¹⁸⁷. Según HIRSCHI, «Las acciones delictivas se producen cuando la vinculación de los individuos a la sociedad es débil o está rota»¹¹⁸⁸. Bajo este desinterés de las reglas de la mayoría, el hombre apartaría más fácil el control.

¹¹⁸⁵ CID MOLINÉ, José / LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías criminológicas...*, p. 181.

¹¹⁸⁶ BRICEÑO-LEÓN, Roberto, *Amenazas reales y temores imaginarios*, p. 10: «Pero con independencia de sus orígenes fundados o fantaseados, el miedo tiene consecuencias reales. En sociología sabemos que algo puede no ser verdad, pero si las personas que viven esa situación creen que es verdad, será una verdad en sus consecuencias (Thomas, 1973). Es decir, las personas emprenderán o desistirán en sus empeños como si lo que creen fuese verdad. Por lo tanto la autenticidad de sus orígenes verdaderos pierde relevancia ante la creencia subjetiva de su verosimilitud».

¹¹⁸⁷ GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 223.

¹¹⁸⁸ Citado por GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología...*, p. 223.

La eficacia del castigo legal, por tanto, no puede observarse sin atender al control informal. Señalan GARRIDO, STANGELAND y REDONDO que «Diversas investigaciones han demostrado que las sanciones informales que se asocian al castigo formal tienen en muchos casos un efecto disuasorio superior al de las sanciones formales (Barberet, 1997)». Se refieren en este caso a sanciones sociales –reales o anticipadas- asociadas al castigo formal, como por ejemplo la pérdida del empleo, la separación de la pareja e hijos o la misma vergüenza social. Precisamente, frente a este último caso, ejemplifican estos autores que «Seguramente, muchas personas preferirían ir a la cárcel y que no se enterara nadie a que su delito se conociera aunque no fueran a la cárcel». En cuanto a los riesgos y castigos asociados a los delitos de corrupción, señala BLANCO que estos «no solamente han de serlo de carácter material, sino que también pueden serlo la pérdida de su reputación, la desaprobación por parte de los espectadores de la acción»¹¹⁸⁹. Para HIRSCHI «tanto los *refuerzos* como los *castigos* más eficaces son aquellos que se aplican de forma inmediata por la conducta inapropiada y que proceden del círculo social (institucional, amigos, etc.) cercano al sujeto, que los derivados del control formal, a menudo distante e incierto»¹¹⁹⁰.

Esta visión social del castigo permite sostener que la tolerancia social de la corrupción, en tanto que constituye la primera barrera que limita la contención de tales comportamientos, participa en la de-construcción cognitiva del miedo a la pena. De ahí la importancia de concienciar a la sociedad sobre la lesividad que encarna la corrupción; de ahí, también, la importancia de los *mass media* en la tarea de difundir los efectos que trae consigo la corrupción. Dicha idea tampoco es novedosa. Ya hace bastantes años se viene alertando sobre la importancia de los medios de difusión en esta tarea. Como bien lo recuerda BAJO en alusión al llamado que por años se ha venido haciendo desde la Sociología criminal, la difusión masiva de información es vital en la consecución de una «afectividad» (*crime appeal*) frente a la criminalidad económica; una «afectividad» «[...] determinante de una profunda repulsa social, una alarma que sólo puede conseguirse con el conocimiento de la gravedad de la lesividad de estos delitos»¹¹⁹¹. Por ello, como ya se dijo «Constituye lugar común de toda teoría de sociología criminal, acabar con el respeto y la admiración al delincuente de cuello blanco, pasando de ser un “honorable ladrón” que comete “delitos de caballeros” para pasar a ocupar el papel que le corresponde»¹¹⁹².

¹¹⁸⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro, “La corrupción desde una perspectiva criminológica...”, p. 274.

¹¹⁹⁰ Citando a Burgess y Akers, señalan TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 157: «Factores estructurales, como el nivel de privación de determinado grupo respecto de importantes refuerzos sociales, y a la falta de un refuerzo eficaz del comportamiento “legal”, producen la incapacidad de desarrollar comportamientos adecuados para producir legalmente el refuerzo [...] esos comportamientos que producen refuerzo pueden, en sí mismos, adquirir valor de refuerzo y ser implantados por los miembros del grupo mediante la manipulación de diversas formas de refuerzo social como la aprobación social o el status, que dependen de tales comportamientos».

¹¹⁹¹ Frente a los «medios de lucha» necesitados contra la criminalidad económica, refiere BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, pp. 75-76: «Lo primero que hay que conseguir es un cambio de mentalidad en la sociedad y eso difícilmente se logra con una reforma legal». Frente al cambio de posicionamiento social frente al delincuente de cuello blanco, afirma citando a Opp en referencia a la teoría de la asociación diferencia que «[...] En una sociedad que repudia la delincuencia económica, disminuirían las posibilidades de aprendizaje mediante la relación interpersonal, decreciendo las interpretaciones favorables a la ley, dado lugar a que el individuo orientara sus impulsos hacia otras actividades».

¹¹⁹² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, p. 76.

Para terminar es preciso remarcar la doble consideración que ostenta el referido control social informal. La reprensión social del delito, manifestada por ejemplo a partir de la denostación de la reputación del político corrupto y su destierro de la vida pública, puede operar como factor disuasor externo (como cuando el regente público se abstiene de saltarse las reglas que disciplinan un proceso de licitación por miedo al escándalo social). Para anticipar esa posibilidad, como se indicó, el individuo acude a sus criterios de experiencia. La *capacidad simbólica*, apunta BANDURA, « [...] permite al individuo regular sus actos de forma ventajosa, basándose en el conocimiento, adquirido vicariamente, de los beneficios y riesgos más probables de cada pauta determinada de actuación¹¹⁹³. Pero esa misma reprensión social también puede operar como factor forjador de sus criterios de autorrestricción (disuasor interno), al punto que se puede prescindir de amenazas externas. Luego la pregunta que cabe formular es por qué no puede cimentarse esa aptitud autorrestrictiva del hombre frente al delito. Para responder se afirma que la impunidad social e institucional invalidan la significación aversiva del castigo. Para comprender tal invalidación, por tanto, hay que adentrarse en el mundo del propio delincuente. Esta postura resulta acertada cuando de lo que se trata es de comprender las razones a las que aquél apela para apartarse de la norma prohibitiva. Como apunta SILVA en una de sus citas de su trabajo «*Eficiencia y derecho penal*» respecto de la evaluación de la virtud suasoria de la pena de multa, « [...] no debe olvidarse que, en todo caso, la pena de multa, para ser eficaz, habrá de incidir sobre el cálculo de eficiencia subjetiva de los destinatarios de la norma, garantizando que el montante de la misma será superior a los beneficios esperados de la comisión del delito»¹¹⁹⁴. Llevado este análisis a la pena de prisión, su eficacia dependerá entonces de las representaciones que el propio sujeto infractor pueda tener sobre los bienes que teóricamente se arriesgan al cometer un delito amenazado con tal pena. Aquí encuentra pleno sentido el punto de vista adoptado por MATZA, como apuntan TAYLOR, WALTON y YOUNG, cuando se afirma que « [...] el proceso de convertirse en desviado tenía escaso sentido humano si no se comprendía la vida filosófica interna del sujeto cuando asignaba significado a los acontecimientos y objetos que lo afectaban [Matza, 1969^a, pág. 176] »¹¹⁹⁵. En este sentido se produciría una relación entre las propias creencias de los individuos y sus actos, esto es, de sus propios significados sobre el delito y su orden regulador¹¹⁹⁶. Luego tal invalidación cognitiva del miedo, como se verá en el siguiente capítulo, se convertiría en una posibilidad de dominio real cuando adquiere la capacidad de realizar un control material sobre los factores que riesgo ligados al delito.

¹¹⁹³ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 306: «Como regla general, el observar que determinadas pautas de comportamiento de los demás consiguen el éxito aumenta la tendencia del observador a comprarse de forma parecida, mientras que observar el castigo de la conducta disminuye la probabilidad de utilizar medios de conducta similares».

¹¹⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., ADPCP, 1996, (cita No. 109), p. 116.

¹¹⁹⁵ TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 202. Recuerdan respecto de Matza que «La objeción que hace a otros teóricos de la desviación es que distorsionan la esencia de la realidad desviada y que, al explicar la desviación, lo hacen en forma que no coincide con lo que los desviados mismos reconocerían o darían como motivaciones causales de su propia conducta».

¹¹⁹⁶ En relación a los planteamientos de Matza, apuntan TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología...*, p. 203: «Los valores desviados se aceptan sólo en forma intermitente y son una extensión de creencias actitudes y predisposiciones societales preexistentes [...] las creencias y los actos se vinculan en la mente de los actores sociales gracias al proceso de elaboración de significado».

4. Conclusión

La función intimidatoria de la pena, en su doble dicción de amenaza legal y castigo ejemplar, como ha quedado planteado en el decurso de todo el análisis, se vincula indudablemente a su fase de conminación abstracta. A partir de tal idea se afirma que aquel sujeto que está permanentemente a la espera de la oportunidad apropiada para la comisión del delito, ya «trae consigo la disponibilidad a corromperse». La vinculación diacrónica de los incentivos positivos del delito inducido por dinero ha quedado planteada en el capítulo precedente. Luego la pregunta que se ha propuesto resolver en el presente capítulo es cómo se invalida, en ese mismo estadio diacrónico, la entidad aversiva que se irroga a aquélla amenaza legal. Se afirma en este punto que si bien desde una visión constitucional de corte garantista la versión de castigo ejemplar elevada en el *ancien regime* parece desafinar con las referidas garantías, desde un punto de vista psicológico, sin embargo, la ejemplificación del castigo de quienes infringen las disposiciones legales a las que se vinculan tales conminaciones, se instituye en un presupuesto fundamental de la disuasión normativa. Es esta la multialudida disuasión de orden vicario y que se compadece claramente con el modelo conductista afincado en la lógica de premios y castigos en la que se sustenta la teoría clásica de la disuasión y que permanece invariable en su esencia hasta nuestros días. Este planteo obliga a partir de la tesis de que la función intimidatoria de la pena opera en dos momentos de distinto alcance: El usual momento de incidencia es el que se vincula a la concreta situación delictiva. Es éste el punto de vista al que se amarran las teorías de la prevención situacional del delito. Pero antes de este momento, según se propone aquí, el individuo podrá configurar o desestructurar la capacidad aversiva del castigo punitivo.

Para validar tal tesis se parte de la doble delimitación de miedo punitivo delineada en el Capítulo I: abstracto y concreto. El primero, según se dijo allí, es de orden imaginario y distorsionado. El segundo, contrario al primero, es de orden real y determinado. Este último se vincula a las situaciones de oportunidad. Pero el primero, a diferencia de este último, no precisa de la existencia de un contexto situacional concreto de riesgo al que se vincule la sensación aversiva, sino que simplemente se identifica con una posibilidad indeterminada. Bajo esta idea se postula, cabe insistir, que la referida «disponibilidad a corromperse» implica, en alguna medida, la desestructuración de ese miedo de orden abstracto. El presente capítulo tenía por objeto, precisamente, referir algunos de los factores facilitadores de ese proceso de-constructivo: La *apariencia de licitud del hecho criminal*, la *imperceptibilidad del daño social*, la *volatilización de la calidad y cantidad de víctimas*, la *profusión de estereotipos criminales* y la *falsa eventualidad del delito*, se postularon como parte de las situaciones vinculadas al fenómeno de la corrupción y que repercutirían de forma directa sobre la impunidad del fenómeno. Esa impunidad se produciría, según la tesis que aquí se postuló, dado que dicho grupo de factores afectarían directamente el proceso de conocimiento oficial o denuncia formal del delito. Tal afectación vendría dada por el hecho de que todos y cada uno de estos factores generarían una banalización social del delito, al punto de que neutralizarían su entidad criminógena. De modo que si la gente llega a pensar que ciertas conductas prohibidas son «normales», la probabilidad de denuncia formal (oficial) de las mismas se restringiría ostensiblemente.

CAPÍTULO VII

LIMITANTES INSTITUCIONALES DEL CONTROL PENAL DEL DELITO

1. Introducción

En el capítulo precedente se procuró el estudio de ciertos limitantes estructurales de la fuerza constrictiva de la amenaza de pena. La banalización social del delito y que deriva en la creencia personal de que «*nadie denuncia*», se situó como el efecto resultante de esos limitantes y cuya consecuencia sobre la pérdida de la entidad aversiva de la pena se concretaría en el control cognitivo del miedo a ser sancionado. Otros son, sin embargo, los factores que posibilitan un control material de la fuente de riesgo. Ya se ha mencionado que una de las formas de vencer la aversión que genera una determinada fuente de miedo es el control de la situación estimular. El dominio real que puede realizar el delincuente sobre los procesos de comunicación (denuncia), investigación y judicialización –estricta- del hecho de corrupción, según se postula aquí, facilitarían el control de la situación aversiva. El bloqueo del acto de denuncia formal del delito tendente a evitar la detección oficial del mismo, el encubrimiento de la prueba a través de un acto de mimetización, ocultamiento o influencia sobre el órgano oficial de investigación que participa en su obtención y el dominio de las reglas dogmáticas –de orden sustantivo y procesal- que conducen a la judicialización de la infracción jurídico-penal, se instituyen aquí en tres de las formas mediante las que el delincuente corrupto puede alcanzar un dominio real sobre la fuente del riesgo punitivo y, por ello, vencer la entidad aversiva de la pena. Se sitúan así tres grandes fases en las que el delincuente puede intervenir sobre el proceso de materialización de la sanción penal del delito: 1) fase de detección oficial; 2) fase de investigación; 3) fase de judicialización. En cada una de estas tres etapas se hará referencia a dos factores que posibilitarían tal control material del riesgo de sanción: En la fase de detección se sitúan: 1) la mimetización del acto ilícito; 2) la influencia jerárquica sobre cargos de nivel inferior. En la fase de investigación se ubican: 1) la sofisticación del acto ilícito; 2) la influencia sobre personal directivo de los órganos de investigación. En la fase de judicialización se sitúan: 1) estrategias dogmáticas de impunidad de orden sustantivo; 2) estrategias dogmáticas de impunidad de orden procesal. Sobre la base de estos seis componentes se documentaría la posibilidad de control material del riesgo de sanción.

2. Fase de detección o descubrimiento oficial del hecho punible: control material sobre el proceso de denuncia formal ante los órganos de persecución penal

Se postuló en el Capítulo I que la reducción del miedo hacia cualquier situación aversiva puede lograrse a través del afrontamiento del mismo. Ese afrontamiento lo que permitiría, en últimas, es alcanzar un control de orden cognitivo (imaginario) o conductual (real) de la situación aversiva. Tratándose de los miedos de orden punitivo, como se dijo, el control del acto de denuncia se instituye en uno de los mecanismos para vencer la fuerza constrictiva de la pena. En el capítulo precedente se indicó que la banalización social del delito posibilitaría un entorno de seguridad que generaría en el corrupto la creencia de que nadie tendría motivos para aventurarse a denunciar. Es este el caso de aquel funcionario que acude a racionalizaciones del tipo «*aquí todo el mundo lo hace y no pasa nada*» y que termina influyendo en su creencia de que el riesgo a ser denunciado tendría una baja probabilidad. Se trata éste, como puede inferirse, de un control del acto de denuncia de orden meramente cognitivo, pues realmente la persona no tiene un control material sobre dicho proceso. Sin embargo otro es el control efectivo que pueden realizar ciertos agentes corruptos sobre ese acto de denuncia al interior de las organizaciones de las que se sirven para promover sus actuaciones corruptas. Se indicó en el Capítulo III que la oportunidad delictiva se define no sólo por la posibilidad de acceder realmente a la opción que permite sacar provecho ilícito del cargo, la función o la posición, sino también de salir ileso (impune) del mismo. Pues bien, la capacidad de mimetización del acto ilícito que tiene el regidor corrupto y la influencia jerárquica que éste puede realizar sobre quienes se hallan en su entorno más próximo, facilitarían el referido control efectivo del acto de denuncia.

La posibilidad de ocultación del hecho ilícito es, como se dijo, uno de los aspectos que difícilmente puede excluirse de las representaciones que realiza el delincuente racional. Se postuló en el Capítulo I que aquel sujeto que de algún modo valora positivamente los bienes que se expone a perder con la comisión del delito, probablemente tendrá en cuenta la posibilidad de ser sorprendido en la comisión del delito y, por ello, hacer lo que esté a su alcance para evitar ser descubierto. A partir de esta idea tan básica se postula que el acto de mimetización (encubrimiento) del delito que puede realizar el agente corrupto se instituye en uno de los modos de evitar la materialización del proceso de denuncia. Es lo que sucede, por ejemplo, con varias de las formas de tergiversación de los procesos de licitación pública referenciadas en el Capítulo III, definidas, en buena medida, por la referida posibilidad material de encubrimiento. Pero esta posibilidad de encubrimiento, como también se ha avanzado ya, no resultaría tan fácil si no se contara con la venía y la ayuda de quienes cumplen una función determinada en ese ámbito de discreción en el que normalmente se produce el acto de corrupción. Y esto el corrupto lo sabe muy bien. Por esta razón todo aquel que asume las riendas de una organización determinada y que ya «*lleva consigo*» la disponibilidad a corromperse, sabe muy bien que no puede rodearse de funcionarios que tengan un alto grado de restricción ética frente a la gestión desleal de lo público, pues con ellos el riesgo de que las cosas no salgan bien será mayor. En este sentido los dos factores referenciados constituyen dos mecanismos apropiados para el afrontamiento real de los riesgos de sanción que comporta la infracción jurídico-penal.

2.1. Mimetización del acto de gestión ilícito

No resulta difícil inferir que la complejidad que normalmente caracteriza todo proceso de gestión pública, como se apuntó, constituye uno de los principales factores que dificultan el descubrimiento, la investigación y el procesamiento judicial eficaz de las acciones punibles asociadas a tales procesos. Se habla así de *modelos de realización delictiva complejos*. Esa complejidad, como también resulta fácil de deducir, limitaría de algún modo la denuncia formal del delito. Ese acto de comunicación se tornaría aún más difícil dado que, es precisamente uno de los elementos característicos de la corrupción, el secreto o el «marco de discreción» en el que tiene lugar¹¹⁹⁷. Es justamente este mismo problema de conocimiento, como se apuntó en el capítulo anterior, el que impide una intelección apropiada, por parte de la sociedad, acerca de la existencia y la trascendencia criminal del fenómeno. De este modo resulta comprensible que la denuncia formal de un esquema criminal ante las autoridades del sistema penal resulte improbable, más cuando la complejidad que alcanza el hecho es tal, que incluso puede ser difícil su descubrimiento hasta para los especialistas en la materia. Se postuló en el Capítulo III cómo la acomodación de los términos de un proceso de licitación a la medida de un determinado proponente, la posibilidad de contratación directa sin sujeción a los criterios de selección, entre otras muchas artimañas posibilitadas por la complejidad de los procesos de gestión públicos, posibilitan la opacidad del proceder irregular. Esa férrea creencia que se forman quienes se aprovechan de tal complejidad y que se aúna a su conocimiento sobre la alta probabilidad de impunidad de actos análogos de corrupción, es lo que les permitiría alcanzar un control material sobre el acto de descubrimiento oficial de la práctica ilícita.

Se aprecia, de este modo, cómo la oportunidad delictiva difícilmente puede separarse de la posibilidad de aseguramiento de la impunidad del acto ilícito. Y en la medida en que este aspecto parece inescindible de los medios de realización del propósito que impulsa el acto delictivo, resulta coherente proponer que el incentivo punitivo debe situarse en el mismo plano del inductor positivo cuando se postula una teoría del delito orientada por un fin preventivo amparado en la profusión de estímulos aversivos. Ya se dijo que esta proposición no se queda sólo en el plano teórico, sino que tendría una repercusión de orden práctico: Si se considera que la materialización de un acto sofisticado de corrupción implica necesariamente la ordenación sistemática de un entorno apropiado para mimetizar la irregularidad vinculada a los procesos de gestión públicos, esa organización institucional defectuosa que facilita el encubrimiento de complejas tramas de corrupción podría ser atribuible al gestor principal de la entidad y a su equipo de trabajo. Ello no es más que la consecuencia natural de ampliar el marco de deberes que debe asumir todo aquel que asuma la dirección de una entidad pública. Con esa ampliación del marco de deberes se alcanzaría, como se tratará en el capítulo siguiente, un efecto preventivo de doble alcance: Por un lado, se evitaría la impunidad de aquellos corruptos que invocan la aplicación de reglas dogmáticas amparados en un presunto desconocimiento del acto ilícito, evitando con ello el perverso efecto del modelado. Por otro lado, les obligaría a organizarse de forma adecuada para evitar que otros no vean tan fácil la mimetización de sus irregularidades.

¹¹⁹⁷ MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, p. 32.

La mimetización del acto de corrupción se instituye, de este modo, en una estrategia de control del acto de denuncia en la medida en que la complejidad del hecho fraudulento alcanza tal complejidad que su detección puede resultar difícil de identificar incluso para los expertos en la materia. Esa mimetización del acto de corrupción, como ya se mencionó, se consigue normalmente revistiendo el acto fraudulento de una apariencia de legalidad mediante la que se logra distraer el control que puedan efectuar aquellas personas que pudieran resultar lesionadas de algún modo con la práctica irregular, como por ejemplo las empresas que compiten por hacerse con contratos públicos y las mismas autoridades de control. Se comprende así que la configuración de una compleja trama de corrupción al interior de una entidad difícilmente pueda erigirse sin el beneplácito de su gestor principal y sin la participación activa de los cargos directivos –seleccionados normalmente por el primero-. Esa mimetización normativa de la práctica corrupta, el marco de discreción en el que la misma tiene lugar y el entorno de confianza que se alcanza entre los ideólogos y ejecutores para mantenerla oculta, crearían un contexto de seguridad en el que el riesgo a ser sancionados se difumina ante la menor probabilidad del descubrimiento. Es esta misma estructura compleja de la corrupción sistemática que permea los principales procesos de gestión de una entidad, la que justifica la ampliación de los deberes de protección del gestor principal y de su equipo colaborador, puesto que resulta hasta inconcebible que las más graves formas de corrupción se produzcan sin que unos y otros se percaten de las mismas. Las anteriores referencias no se quedan sólo en el plano teórico. Así, como sucedió en el resonado caso de corrupción «el carrusel de la contratación» que afectó recientemente a la capital colombiana, en donde fueron condenados, entre otros funcionarios de alto nivel, el exalcalde de Bogotá Samuel Moreno Rojas y el senador de la República Néstor Iván Moreno Rojas, la referida mimetización normativa de la práctica corrupta y la forma discreta en que la misma se producía, posibilitaron que por varios años se mantuvieran ocultas múltiples irregularidades contractuales. Así se resume en la Sentencia de la Corte Suprema¹¹⁹⁸ que declaró la responsabilidad de referido Senador:

Todos estos factores, ciertamente complejos, pero justificados en la necesidad de una discreta e inteligente forma de manipular la contratación, sin dejar rastros ni evidencias burdas, es lo que permite concluir que una vez establecido el puntaje de las ofertas se logró una ideal acomodación frente a la media geométrica. Para que la proyección fuera lo más acertada posible era necesario innegablemente realizar ajustes a las propuestas, contándose con la opción de rechazar algunas de ellas. Y ello ocurrió tal como se tenía planeado. Al efecto, el IDU informó que de los 14 proponentes de la licitación 06 de 2008, atendiendo el informe final para audiencia de adjudicación, fueron rechazadas 4 por evaluación técnica y 1 por evaluación de pagos parafiscales y seguridad social –*aunque posteriormente habilitada*-, motivo por el cual, conforme lo explicaron los evaluadores, la media geométrica varió y, por ende, el orden de elegibilidad se logró con arreglo a la acordada colaboración al interior de la entidad. Ahora, el hecho que las uniones temporales GTM y VÍAS DE BOGOTÁ 2009 se hubieran finalmente ubicado en el orden de elegibilidad en el 4° y 5° lugar en los grupos 3 y 4 –*respectivamente*-, logrando su adjudicación por el descarte de las ofertas que los antecedían por cuanto ya habían sido seleccionadas en otros grupos, es muestra de la forma de esa discreta manipulación y cómo reducía las posibilidades de ser descubiertos, así como el reclamo de los demás proponentes.

¹¹⁹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 34282, del 27 de octubre de 2014.

Esa necesidad de encubrimiento del acto ilícito permite entender que el elemento «ocupacional» se halle vinculado a la estructura conceptual del delito de cuello blanco. La posibilidad de control del riesgo mediante la invalidación de la denuncia se refleja por tal razón en la teoría criminológica denominada «*delincuencia profesional*». Esta categoría criminológica, descrita en la literatura criminológica inglesa como «*occupational crime*», integra como elemento fundamental de su construcción conceptual la relación existente entre infracción normativa y actividad profesional. La pertenencia del delincuente a una determinada clase social, sin embargo, constituiría un elemento accidental. Fue CLINARD¹¹⁹⁹ quien fijó la atención más en la vinculación existente entre infracción y profesión que en el estatus social del infractor. Como bien lo apunta VILADÀS, los autores partidarios de tal definición parten de la relación entre *infracción* y *profesión*, pero no obstante «[...] omiten un elemento esencial de la definición de Sutherland: el *status* social elevado»¹²⁰⁰. La vinculación entre infracción y profesión permite certificar no sólo la entidad racional de la motivación delictiva, sino también la complejidad que comporta la obtención de la prueba de la transgresión normativa. Se comprende así que SUTHERLAND hiciera alusión en el cuarto principio de su teoría de la *asociación diferencial* al hecho de que la formación criminal integra la enseñanza de técnicas para cometer el delito, que si bien pueden ser unas veces muy simples, otras veces resultan ser complejas, es decir, que el individuo ha debido aprender las *técnicas de comisión del delito*¹²⁰¹. Significa lo anterior que no «cualquiera» puede cometer un delito complejo de corrupción: La planificación y ejecución de sofisticadas prácticas delictivas vinculadas a fenómenos como la criminalidad económica o la corrupción pública, lógicamente, sólo pueden darse con la participación de expertos profesionales cuyo objetivo directo es precisamente lograr su ocultamiento.

¹¹⁹⁹ CLINARD, Marshal B., *The Black Market: A Study of White Collar Crime*, Ed. Rinehart and Company, New York, 1952, p. 227.

¹²⁰⁰ VILADÀS JENÉ, Carles, “La delincuencia económica”, p. 224; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, p. 49; En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, p. 23 y 32; FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *Estudios sobre criminalidad económica*, p. 20. Es el *status* del actor criminal, por las razones expuestas, el elemento personal que permite diferenciar ambas categorías criminológicas. Relacionado con este aspecto, refiere BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, p. 49, que cuando se omite hacer referencia a la procedencia social del autor, «Se olvida con ello que la relevancia social de la delincuencia económica se deriva de la cuantía del daño y del reclutamiento del autor entre miembros de la alta sociedad». Conceptualmente, la asimilación indistinta de los componentes esenciales vinculados a la originaria construcción planteada por SUTHERLAND y la estructura básica de las conductas propiamente caracterizadas como *occupational crime*, resulta apropiada cuando se considera la primera categoría como subclase de la segunda. En este sentido: *Cfr.*, FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *Estudios sobre criminalidad económica*, p. 19. Describe BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, p. 48, que la noción de *delincuencia profesional* «[...] nace de aquellos que ponen el acento más en el vínculo entre la infracción y la actividad profesional que en la pertenencia del autor a una clase social determinada». Similar conclusión es señalada por VILADÀS. Según apunta el autor, en el ámbito socio-criminológico existe un sector doctrinal que pone énfasis en la relación existente entre los elementos de *infracción* y *profesión*. En dicha relación, según puntualiza el autor, la categoría de *delincuencia profesional* incluiría no sólo los delitos de *cuello azul*, sino también los de *cuello blanco*. Entendido así el concepto, en esta categoría encontraría cabida no sólo la denominada *delincuencia de cuello azul*, que no precisa un estatus social elevado, sino también la mencionada *delincuencia de cuello blanco*. La *delincuencia profesional* comprendería, como recuerda VILADÀS JENÉ, Carles, “La delincuencia económica”, p. 224, «[...] todos los delitos cometidos por *cualquier persona* en el ejercicio de su profesión: desde el banquero hasta el mecánico, pasando por el abogado o el médico».

¹²⁰¹ GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, p. 360.

De ahí, pues, que la capacidad intelectual y posición de corruptos y corruptores sea determinante para la realización impune de sus delitos. Como señala BORJA¹²⁰², «El poder político y el poder económico suelen estar fuertemente vinculados, y es frecuente, por tanto que uno y otro compartan grandes esferas de influencia en el gobierno de los Estados». Por ello tal fenómeno no puede comprenderse sin atender al estatus y los roles profesionales que cumple cada uno de estos actores. Por lo mismo apunta el autor que «El poder político y el poder económico persiguen en muchos casos fines comunes, lo cual les lleva, en no pocas ocasiones a compartir intereses y a protegerse mutuamente». Como se ha hecho referencia, la imagen de honorabilidad y respetabilidad del delincuente de *cuello blanco* –como noción-, es la propia del corrupto. Naturalmente, una influyente posición política o económica se ajusta, en términos generales, a los esquemas de honorabilidad presentes en el ideario social. El mantenimiento de tal condición, de carácter esencialmente personal, se vería favorecido por diversos factores asociados a la estructura material del propio delito. Uno de ellos es, como ya se ha analizado, la apariencia de normalidad del hecho criminal. Estas circunstancias se traen a colación simplemente para avanzar el hecho de que tales circunstancias, en desarrollo de una concreta profesión o, tratándose del ámbito público, del ejercicio de un cargo o de una función, posibilitarían que la práctica corrupta pueda ser fácilmente confundible con una actividad paralela de orden legítima.

La aparente posición lícita y honorable del corrupto, unida a la poca visibilidad del delito y los flujos ocultos de información, opacarían las irregularidades cometidas en su ámbito de gestión. Esto se vería favorecido por el hecho de que la sociedad, a pesar de tener más o menos conciencia acerca de la ilicitud del hecho, no la tiene, sin embargo, de su trascendencia criminal; esto sin mencionar, por su relación con la construcción sesgada de la realidad, la dilución del daño y la indeterminación de las víctimas. Dicha interacción de relaciones profesionales pondría en tela de juicio, centrados en el ámbito de la política criminal establecida frente a la delincuencia estatal y del sector empresarial, el papel que cumple el poder gubernamental en la prevención y represión de la corrupción pública. Y esto es así, si se tiene en cuenta que la implementación de una política de control contra la delincuencia de los poderosos depende, en última instancia, de los intereses y la voluntad de los mismos. Ni qué decir cuándo los detentadores del poder interfieren, ya no en la planificación y configuración de la política criminal –*abstracta*-, sino en el procesamiento jurisdiccional de casos concretos. Paradójicamente, día tras día, las agencias de control formal del Estado, por un lado, siguen enfocadas en la persecución preferente o selectiva de la delincuencia «tradicional», salvo algunos *chivos expiatorios* del poder que son arrojados a las aguas del sistema penal, mientras, por otro lado, hacen la «vista gorda» frente a aquella delincuencia en la que participan altas dignidades de los poderes económico-privados y político del Estado¹²⁰³.

¹²⁰² BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal*, pp. 219-220.

¹²⁰³ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica...*, p. 171, refiriéndose al «carácter fragmentario» del derecho penal en la selección de bienes protegidos y de los comportamientos lesivos que: «[...] el derecho penal tiende a privilegiar los intereses de las clases dominantes y a inmunizar del proceso de criminalización comportamientos socialmente dañinos típicos de los individuos pertenecientes a ellas, y ligados funcionalmente a la existencia de la acumulación capitalista, y tiende a orientar el proceso de criminalización sobre todo hacia formas de desviación típicas de las clases subalternas».

2.2. Influencias jerárquicas sobre cargos de nivel inferior

Se ha postulado en este trabajo que buena parte de aquellos agentes públicos que se corrompen tras su ingreso en una entidad oficial se ve posibilitada, en buena medida, porque han validado en el curso de sus vidas los motivos que les inducirían a ello. Se dice aquí, como cabe remarcar, que este sujeto «ya trae consigo» la disponibilidad a corromperse. Y esta última idea resulta fundamental para sustentar la tesis acerca de que resulta muy difícil pensar que una persona que tiene las mejores intenciones de administrar correctamente una determinada entidad pública se va a hacer acompañar de un equipo de trabajo que puede traerle problemas en su gestión. Viceversa, según se postula aquí, quien ve lo público como una oportunidad para sacar provecho económico personal, sabrá que tiene que rodearse de personas de su mismo «palo». De ahí que en este trabajo se realice una crítica acérrima sobre el nepotismo y se valide la afirmación de los expertos, acerca de que la elución de procesos meritocráticos de selección sobre personal directivo y su elección «a dedo», encarna una de las fuentes primigenias de la corrupción. La necesidad de rodearse de personas de su misma inclinación ética halla una de sus razones en el hecho de poder asegurar el control sobre las situaciones riesgosas que le puedan generar efectos negativos. Es la certeza que alcanza el gestor corrupto sobre la posición ética de sus dependientes frente a las irregularidades que puedan percibir en su entorno de gestión, un factor concluyente para que pueda tener un control material del acto de denuncia del hecho irregular, con lo que la certeza del castigo que ha de contener la amenaza de pena para ser eficaz, simplemente se difumina ante la imposibilidad de que dicha irregularidad «salga de casa». En este sentido, entonces, puede el corrupto realizar un afrontamiento del miedo.

La anterior idea es, pues, suficiente no sólo para inferir la manera en que la certeza del castigo se difumina, sino también para afirmar la necesidad de ampliar el marco de deberes del gestor principal de una entidad pública frente a la protección del bien jurídico correspondiente. Como se profundizará en el capítulo siguiente, los principios de *igualdad*, *moralidad*, *eficacia*, *economía*, *celeridad*, *imparcialidad* y *publicidad* que teóricamente deben inspirar el ejercicio de la función pública, no se oponen a que tanto quien asume el comando de una institución como su equipo colaborador, deban reunir los máximos estándares de idoneidad profesional y ética. Más allá de la definición de los efectos positivos de prevención que podrían lograrse con la institución normativa de este deber, interesa remarcar en este punto que el hecho de asegurar una selección adecuada de los administradores y operarios de las organizaciones del Estado basada en altos estándares de idoneidad técnica y ética, limitaría del algún modo, no ya la impunidad del delito de aquellos que habilidosamente logran sacar provecho de su cargo o función a espaldas de la mayoría de su entorno, sino un importante efecto modelado: Las instituciones del Estado dejarían de verse desde afuera (sociedad) en un país como Colombia, como aquella guarida de roedores en la que se puede ingresar sólo mediante «rosca» o «enchufismo» y en la que cualquiera que llega puede fácilmente «conseguir plata», sino como un ámbito en el que el mayor mérito es servir correctamente al interés general. Y situado quien lleva consigo la disponibilidad a corromperse bajo un entorno en el que la mayoría se define por su sentido de pertenencia y la defensa de lo público, el sentido del riesgo sin duda se incrementará.

Pero la realidad institucional colombiana es bien distinta. Lo normal es que las entidades públicas estén presididas por aquellos personajes que tienen una conexión con los altos jerarcas de la política y que normalmente sirven a sus intereses como contraprestación al favor recibido. Luego este director de entidad se hará acompañar de un equipo de confianza cuyos criterios de selección se rigen bajo los mismos parámetros nepotistas: el interés particular. Pero de ninguna manera es criterio preferente de selección de operadores de la Administración la idoneidad profesional y el estándar ético que precisa el ejercicio de la función pública. Se comprende así que la corrupción no pueda ser prevenida cuando los cargos directivos de las entidades públicas están asignados en función de un interés particular y no del interés general, esto es, bajo parámetros meritocráticos. Bajo este estado de confianza intersubjetiva que se crea al interior de tales organizaciones entre quienes se rigen por un interés particular –y no por los criterios que rigen la función pública-, naturalmente, no ha de resultar extraño que estos sujetos se formen la creencia de que tienen el control del riesgo que comporta la infracción legal.

Es por esta y otras razones asimiladas que se propone en este trabajo que la normativización de marco de deberes de la función pública y la exigencia de otras cautelas, como la selección meritocrática de funcionarios, se instituye en una estrategia de prevención situacional del delito, pues son estos dos de los factores que facilitan el control de la oportunidad delictiva, la que lleva implícita necesariamente la necesidad de minimizar los riesgos de sanción. En la referida Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que declaró la responsabilidad del Senador Néstor Iván Moreno Rojas, se puso precisamente en evidencia cómo este último movía los hilos de la entidad capitalina que tenía en sus manos la contratación de la infraestructura vial, valiéndose de su posibilidad de influencia sobre la Directora del denominado Instituto de Desarrollo urbano (IDU). Así lo resume dicha Resolución judicial del Alto Tribunal¹²⁰⁴:

[...] Aclaró que la importancia que tenía NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS derivaba de su condición de Senador y por cuanto era el hermano del Alcalde, superior jerárquico precisamente de la directora del IDU, para ese entonces Liliana Pardo, quien era la que adjudicaba los contratos. Además sostuvo que sus encuentros con IVÁN eran muy frecuentes y, sin ambages, dijo que jamás vio o le consta reunión alguna entre el acusado y Liliana Pardo Gaona. Interrogado sobre el papel de NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS en todo el tema de contratación de obras públicas de Bogotá, señaló: *«pues el papel de él era simplemente la recomendación a través del Alcalde sugiriéndole a la directora del desarrollo urbano que tuviese en cuenta como ganadoras si se cumplía con todos los requisitos a las propuestas presentadas en dichas licitaciones»* (se destaca). Con esto se comienza a demostrar la existencia de una verdadera posición preponderante de MORENO ROJAS, la cual tenía evidentemente la capacidad de influir sobre los servidores públicos del IDU en donde se manejaban los procesos licitatorios. En la declaración rendida por Emilio Tapia Aldana en la audiencia pública de juzgamiento, queda claro que él representaba los intereses de NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS y en tal condición llegó a acuerdos con los Nule dentro de todo un contexto de compromisos para garantizar la adjudicación de los contratos en razón a la injerencia del Senador sobre la Directora del IDU. Concretamente, lo dicho por el testigo fue lo siguiente: *«para que a través del Alcalde de Bogotá le diera la instrucción a Liliana Pardo que era la directora del IDU, él era su jefe inmediato y dependía de él proteger a estas propuestas para que fueran adjudicadas»*.

¹²⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 34282, del 27 de octubre de 2014.

Se afirma, pues, que el agente corrupto tiene la posibilidad de controlar desde su posición las situaciones de riesgo que en un momento dado le puedan amenazar. Pero esa posibilidad no se limita en exclusiva a su entorno inmediato. Se verá luego que la desidia de los dirigentes políticos para implementar medidas eficaces contra la corrupción están dadas en buena medida por los «pecados» que arrastran los de su clase. Y es que es una conclusión de Perogrullo el hecho de que la mera configuración formal de la política criminal, esto es, sin articular los medios necesarios para su ejecución material, constituye una seria limitación para la efectiva aplicación de la ley penal, entre otras cosas, por los costes económicos que representa la investigación¹²⁰⁵. Y constituye un impedimento fundamental para su revelación dado que, además de la complejidad del delito y la concurrencia de otros factores que determinan la inoperatividad de las instituciones del sistema penal, se aúna la voluntad solapada de los representantes del poder gubernamental, quienes se esconden en la promesa de reducir el fenómeno de la corrupción a través de simples reformas al Código penal. Son pues de sobra conocidas las denuncias desde diversos sectores de la sociedad civil por la carencia de medios para enfrentar la criminalidad económica y la corrupción institucional¹²⁰⁶. Este tipo de restricciones de carácter externo afectarían, como se verá, la posibilidad de denuncia del delito. Y si a ello se aúna la intromisión directa del poder político en el libre ejercicio de la función judicial (en un sentido amplio), resulta más que comprensible que quienes disponen lo público a su servicio sentirán que tienen el dominio de las situaciones generadoras de riesgo penal.

Dichas circunstancias se aducen en este punto dado que encarnan un claro impedimento para la persecución efectiva del delito, concretamente, en uno de los modos indirectos de controlar las posibilidades de denuncia de la corrupción. En este sentido la voluntad política se convierte en un claro limitante del descubrimiento de la *cifra negra* de la corrupción que permanece oculta y de la que, por uno u otro motivo, sale a la luz pública. Una y otra se ven favorecidas por la desidia política de enfrentar «de verdad» la corrupción agenciada por los mismos detentadores de poder. Es en ese contexto de oscuridad en donde la posibilidad de denuncia se difumina. Pero el panorama se puede tornar aún peor cuando a tal desidia se aúnan esas interferencias lícitas que pueden realizar esos mismos actores sobre las instituciones del sistema de justicia criminal para desviar las investigaciones sobre la corrupción descubierta. Más adelante se ahondará sobre esas interferencias que realiza la clase política sobre el órgano público de persecución penal. Este último aspecto se torna especialmente importante cuando es el propio ordenamiento constitucional el que confiere atribuciones al Ejecutivo sobre la función judicial, particularmente, cuando se puede politizar el órgano público que tiene encomendado el ejercicio de la acción penal al capricho del partido político que se encuentre de turno. La lectura de estos factores, según se indicó, deberá realizarse desde la referida posibilidad de dominio de los factores de riesgo vinculados al control penal de la corrupción pública.

¹²⁰⁵ Cfr., NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, p. 48.

¹²⁰⁶ GIL, Joaquín, “200 fiscales advierten de la falta de medios para investigar la corrupción”, *El País*, (2014/01/13), <http://www.elpais.com/>: « [...] más de 200 fiscales han hecho pública una carta dirigida al Fiscal General del Estado, Eduardo Torres-Dulce, en la que manifiestan su malestar por la falta de medios para investigar los casos de corrupción y del exceso de carga de trabajo tras los recortes que han sufrido».

3. Fase de investigación del hecho punible: control material sobre el proceso de obtención y procesamiento policial de los elementos probatorios del delito

La pretensión de *certeza* del castigo legal y que constituye el aspecto basilar del esquema de la disuasión legal basado en la profusión del miedo, según se afirma en este trabajo, se afecta por incidencia de esa serie de factores que afectan la dinámica operativa de las instituciones penales. La *inacción* resultante, inducida en este caso por limitaciones de orden probatorio, representaría un gran obstáculo para el aseguramiento de la entidad emotiva de la pena. Las referidas dificultades probatorias vendrían generadas por factores inherentes a la estructura sofisticada del hecho corrupto, como por ejemplo la especialidad de los procesos de gestión pública o el marco de discreción en el que los mismos se desarrollan, lo que al final permitirían el control de la situación aversiva. La complejidad del acto de corrupción ocasionaría serios inconvenientes para la investigación técnico-criminalística del hecho punible y, tras ello, una afectación de la entidad del miedo a ser sancionado por el acto. Los resultados positivos de ese proceso investigativo (policial) se vería frustrado, según aquí se propone, por dos factores vinculados. Desde el punto de vista de la naturaleza del delito, por un lado, la limitación vendría dada por la complejidad técnica (criminalística) de las pesquisas criminales, particularmente por las dificultades que afectan la obtención de la prueba (carencia de medios físicos, reducido número de funcionarios, limitaciones de orden técnico, etc.). Desde el punto de vista de la condición del delincuente, por otro lado, la limitación vendría dada por las influencias que éste puede realizar sobre los mandos superiores del órgano de persecución penal. A través de uno y otro factor, entonces, el corrupto podría realizar un control material del riesgo punitivo.

Preciso es remarcar que a esos inconvenientes vinculados a la sofisticación que caracteriza los delitos de corrupción y que dificultan su procesamiento judicial, se aúna otro problema que repercute de forma *indirecta* en la misma actividad probatoria: la persecución preferente sobre otros delitos. Se acaba de indicar que la complejidad de los delitos de corrupción tiene derivaciones sobre la baja probabilidad de denuncia del hecho. Pero también cabe referir que la atención preferente sobre los delitos relacionados con la mal denominada delincuencia «común» incide sobre aquélla. En este último caso, por causa de la actividad selectiva (positiva) adelantada por parte del Estado frente a aquellos delitos fácilmente puestos en conocimiento de las autoridades judiciales, se produciría una distracción en la persecución de los delitos de corrupción. Piénsese, concretamente, en el número de denuncias que en un país como Colombia reciben diariamente las instituciones del sistema penal por los ya referidos delitos comunes o tradicionales: hurto, lesiones personales, violencia intrafamiliar, tráfico de estupefacientes, etc. Tal afectación indirecta se produciría, particularmente, dado que la reacción de la comunidad frente a estos delitos crea un clima de inconformismo social que fomenta no sólo esas demandas populares de castigo que finalmente se convierten en prioridad de los titulares de la política criminal, sino también una necesidad acuciante de denunciar formalmente estos actos. De este modo la lucha efectiva frente a la corrupción se queda sin soporte institucional. Corresponde ahora establecer la relación que se produce entre la doble categoría de factores arriba referidos y la quiebra de la actividad probatoria que repercute en el control del riesgo.

3.1. Sofisticación del acto fraudulento y complejidad de la prueba

La complejidad de la prueba, naturalmente, debe verse desde la complejidad del acto. Como recuerda GIL¹²⁰⁷, « [...] la corrupción debe observarse desde una perspectiva compleja porque es ella misma una cuestión compleja». La globalización de los procesos económicos, la movilización transnacional de recursos monetarios, las dinámicas del crimen organizado o la sofisticación de los sistemas de información, son apenas algunos de esos factores que determinan tal complejidad. En el ámbito de la judicialización de causas por corrupción vinculadas al sector de las licitaciones, precisamente, es común evidenciar las dificultades probatorias que enfrentan los distintos operadores judiciales durante el procesamiento formal. Entre otros problemas inherentes a toda investigación criminal, el procesamiento del hecho alcanza tal complejidad que obliga al operador judicial, siguiendo el ejemplo reseñado por JAREÑO, « [...] a desmenuzar el procedimiento administrativo de contratación completo: buscando los datos que demuestran la arbitrariedad de la adjudicación (prevaricación), averiguando si el precio del producto que una empresa suministra a la Administración es adecuado según el mercado (fraudes), o demostrando el pago de una comisión por la obtención de un contrato público (cohecho)...»¹²⁰⁸. La variedad y sofisticación de los procesos asociados a la gestión de recursos oficiales y la complejidad orgánica de las instituciones, permite inferir no sólo la multiplicidad de actos fraudulentos que pueden mimetizarse en dichos procesos, en este caso los procesos de contratación, sino también las dificultades técnicas que comporta el logro de la prueba.

La especialidad del procedimiento formal que regula el concreto ámbito de gestión (la *danger zone*), sumada la complejidad de las propias organizaciones, permite precisamente entender las dificultades de intervención de los órganos de control frente al proceso fraudulento que se configura de forma paralela. La complejidad de los procesos de contratación pública permite inferir los variados problemas que suscita su persecución oficial dadas las múltiples posibilidades de tergiversar los requisitos regulares que exige el procedimiento. Como pone de presente CASTRO, «Desde el punto de vista jurídico penal, la corrupción en la contratación pública representa un “*delito perfecto*”, lejos de burdas formas de malversación, en las cuales un funcionario se apoderaba directamente de recursos públicos, dejando la huella de su conducta en el presupuesto»¹²⁰⁹. Esa posibilidad de encubrir el acto ilícito mediante el cumplimiento aparente de los requisitos formales del proceso contractual, constituye un claro mecanismo de control del riesgo inherente al proceso fraudulento: arreglo de pliegos de condiciones, adiciones durante la ejecución, fraccionamientos, etc. Esa posibilidad de control se encuentra directamente ligada a la alta probabilidad de impunidad de la acción criminal. Esta probabilidad, según el modelo criminológico planteado, inhibiría la aversión que suscita la amenaza de pena, por cuanto la sofisticación de la estructura de los delitos de corrupción generaría un manto de protección en el que la obtención de la prueba se tornaría incluso hasta en un imposible.

¹²⁰⁷ GIL VILLA, Fernando, *La cultura de la corrupción*, p. 61.

¹²⁰⁸ JAREÑO LEAL, Ángeles, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, p. 179.

¹²⁰⁹ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, *La corrupción en la contratación pública en Europa...*, p. 22.

Es esa misma complejidad, sofisticación y tecnicidad de los procesos de contratación pública la que permite, de forma casi imperceptible, otorgar apariencia de legalidad y ejecutar con asombrosa «normalidad» ciertos actos que, en el plano real (material), infringen las disposiciones que rigen el proceso contractual. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando se pagan comisiones dinerarias durante la ejecución del contrato para que los funcionarios que tienen la responsabilidad de supervisar dicho proceso toleren cambios frente a las condiciones contractuales inicialmente pactadas. Un ejemplo prototípico asociado a ese tipo de irregularidad lo constituye la disminución en la calidad de los materiales empleados en obras públicas de gran envergadura. Dicha condición dificultaría, como puede inferirse, no sólo la detección de la correspondiente infracción, salvo que exista una descarada desproporción entre los términos inicialmente pactados y la forma en que finalmente son ejecutados, sino también su procesamiento judicial una vez detectados¹²¹⁰. En el fatídico derrumbamiento del Edificio «Space» ocurrido en la ciudad de Medellín en 2013 y que terminó con la muerte de varias personas, por citar sólo un ejemplo referido a la dificultad de detección de aquéllas variaciones en los materiales con el fin de mejorar los márgenes de rentabilidad, la «falta de capacidad estructural de las columnas del edificio» –motivada en la reducción de costos de obra- se pudo evidenciar precisamente tras el colapso de la gigante estructura. En el ámbito público sucede lo mismo. Como manifestó el Procurador General de la Nación, Edgardo Maya Villazón, frente a la «ingeniería societaria» usada por los corruptos para el «ocultamiento de sus acciones», « [...] Sobrecostos, desvíos, mala calidad en los bienes, servicios u obras, soborno, se consolidan con la presencia y acción de contratistas que tienen a su cargo el manejo de recursos públicos»¹²¹¹. Este ejemplo «habla» por sí mismo de esas pilatunas.

¹²¹⁰ Similares problemas para el descubrimiento y judicialización de complejas estructuras de corrupción presenta la aplicación del Derecho penal en materia de criminalidad empresarial. Como refiere AGUSTINA S., José R., *InDret Penal*, 2/2009, p. 19: « [...] según estudios empíricos, se puede afirmar en términos generales que “el Derecho penal es un medio especialmente ineficaz en la lucha contra la criminalidad empresarial”. Sin embargo, conviene resaltar que del hecho de que no se recurra en la práctica al proceso penal para solucionar los *incidentes* del entorno empresarial, no se sigue que las normas penales no sean en absoluto eficaces en este ámbito. Es decir, el Derecho penal cumple a pesar de ello *algún tipo de función* en la mayoría de los casos, siendo así que despliega su eficacia en la medida en que el sólo anuncio de la posibilidad de acudir a la vía penal puede actuar como *medio de presión*, a fin de negociar en mejores condiciones una posible solución a los problemas internos». De la mano de BUSSMANN, *Causes of Economic Crime and the Impact of Values*, 2003, p. 90 y de PASTOR MUÑOZ, *La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa*, 2006, p. 5-6, cita el autor, como causas de la «generalizada ineficacia de las normas penales», los siguientes factores: (i) «el riesgo de descubrimiento del hecho es bajo», debiéndose en parte a la *complejidad estructural de la empresa* y a la *posición privilegiada de los directivos*, teniendo éstos la capacidad y la información sobre la compañía para poder delinquir *técnicamente* bien; (ii) en segundo lugar, aun en caso de llegar a descubrirse a los autores del delito, «el riesgo de condena es muy bajo», porque los casos acostumbran a ser ciertamente complejos, tanto en lo referente a los hechos, como en cuanto a la interpretación de los tipos. La consecuencia inmediata es el considerable aumento de los costes de la investigación, así como la reducción las posibilidades de éxito del proceso; (iii) en tercer lugar, «las sanciones penales intimidan en general en menor grado que algunas consecuencias jurídico-civiles o laborales», pues aquéllas pueden consistir en simples penas de multa o bien en penas de prisión que, normalmente, se pueden suspender, con la excepción de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, la cual sí tiene una fuerza intimidatoria importante; (iv) en cuarto lugar, tiene enorme trascendencia la falta de cooperación de la víctima con las autoridades penales.

¹²¹¹ AMAT, Yamid, “La corrupción es un problema estructural y no coyuntural”, *El Tiempo*, (2017/01/21). Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/>

En este sentido se dice que existe cierto paralelismo, desde el punto de vista de la complejidad estructural del delito, entre ciertos procesos económicos de gestión pública y los actos fraudulentos que se producen en torno al mismo sistema de gestión. Como se referenció en el Capítulo III, son múltiples las posibilidades que pueden presentarse en las distintas fases del proceso de contratación pública para obtener una ventaja indebida. Baste ampliar, para ilustrar el problema, uno de los ya referidos fraudes más comunes ligados a la fase de ejecución del contrato público. En esta fase, particularmente en obras de gran envergadura, incluso habiéndose realizado una selección adecuada del contratista, este último, por sí solo o confabulado con funcionarios de la entidad contratante, pueden obtener una importante ventaja patrimonial con tan sólo realizar una mínima variación en la calidad de los materiales. Ilustrativo resulta el ejemplo referido por CASTRO: «[...] si un constructor corrupto, en complicidad con los funcionarios de una entidad pública, quieren ganar indebidamente cien mil euros, tendrán que reducir solamente un uno por ciento de la inversión en la calidad de los materiales para una obra que tiene un costo de diez millones de euros –como un estadio-...»¹²¹². En estos casos, por la magnitud de la obra y la pequeña variación introducida, su detección comporta gran dificultad. Como destaca este mismo autor, «La magnitud del proyecto disminuye la posibilidad de ser descubierto, pues se manejan presupuestos muy grandes difíciles de controlar en los cuales cada mínima variación en el valor de los materiales se ve reflejado en multimillonarias ganancias»¹²¹³.

Criminológicamente concebido, ese acto de control de riesgo aversivo implica en muchas ocasiones, como por ejemplo en casos como el acabado de referenciar, un auténtico proceso previo de neutralización de la entidad dañosa del acto criminal: «¿qué va a tener de malo que se produzca una reducción en la calidad de los materiales si al final el edificio va a “aguantar”?»», «¿qué va a tener de malo para la función pública que se cobre una comisión a un contratista de obra, si al final de cuentas cualquiera que resulte seleccionado va a realizar la obra con iguales o similares resultados?». Lamentablemente sí tienen mucho de «malo»: En el último caso la selección inapropiada de contratistas produce algo similar a lo que la doctrina especializada en temas de corrupción y ética pública han denominado «selección adversa de élites», esto es, un desánimo generalizado por parte de los «buenos» para concurrir a un mundo donde todo está podrido (experimentado normalmente por aquellas personas éticamente intachables que prefieren no ingresar en política porque saben «el agua que les moja» de entrar en ese campo), lo que al final produce ineficacia en la gestión del servicio público. Ni qué decir en casos como el primero: Para la muestra el referido fatídico derrumbamiento del Edificio Space. Es así como las dificultades en la verificación probatoria de la maniobra ilícita termina repercutiendo en la baja probabilidad de denuncia de la misma. Luego es a partir de esa dificultad probatoria, que el agente corrupto puede alcanzar un alto grado de confianza o seguridad respecto al control de la situación generadora de la amenaza de castigo legal.

¹²¹² CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, *La corrupción en la contratación pública en Europa*, p. 21.

¹²¹³ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, *La corrupción en la contratación pública en Europa*, p. 65. Señala asimismo que, «Desde el punto de vista técnico, el volumen de las obras públicas hace casi imposible revelar pequeñas variaciones en la calidad o cantidad de los materiales utilizados, que consideradas en su conjunto generan multimillonarias ganancias para las empresas constructoras».

De este modo, como se enunció, adquiere sentido el cuarto principio de la teoría de la *asociación diferencial* propuesta por SUTHERLAND: «cuando se ha adquirido la formación criminal ésta comprende: a) la enseñanza de técnicas para cometer infracciones que son unas veces muy complejas y otras veces muy simples»¹²¹⁴. El presente principio alude, como se ve, al aprendizaje de los *modos* de comisión técnica de delitos complejos. Respecto de esta situación, resulta naturalmente comprensible que la comisión de un delito complejo de corrupción requiera el aprendizaje de una serie de procesos técnicos destinados tanto a la realización del acto como a su ocultación. Se entiende aquí la razón por la que la oportunidad delictiva comprende necesariamente el aseguramiento de impunidad. La consideración del elemento profesional confirma la posibilidad de control de la prueba. La planificación y ejecución del delito que se alinean con el acto fraudulento, no puede comprenderse así sin atender a las capacidades de sus actores protagónicos: políticos y empresarios con su respectivo equipo profesional. De modo que esta misma racionalidad y especialidad característica de los delitos de corrupción, es la que obliga a no pasar inadvertida la ya aludida categoría de «*delincuencia profesional*». Tal categoría resulta plenamente integrable dentro de la relación material que se produce entre criminalidad económica y corrupción pública, no sólo por el poder corruptor que ejerce el empresario sobre el regente público –que se deja corromper-, sino también por la sofisticación de la estructura delictiva. Piénsese en la complejidad que ofrece cualquier licitación de gran envergadura: tanto el desarrollo del acto corrupto como su ocultación, resulta inconcebible sin la previsión técnico-jurídica de sus gestores materiales. El referido caso de corrupción de la ciudad capital permite graficar esa reflexión teórica indicada:

Este hecho es lo que ciertamente revela el específico influjo del entonces Senador de la República NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS como determinante del delito de interés indebido en la celebración de contratos. Es cierto que en el recaudo probatorio no existen elementos que permitan concluir que NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS se acercó directa y personalmente a la Directora del IDU, Liliana Pardo Gaona, o a otros funcionarios de esa entidad para acordar o realizar actos de manipulación contractual o direccionamiento de contratos, por el contrario, lo que revelan las pruebas es que el ex Congresista a través de Emilio Tapia y Álvaro Dávila, a quienes utilizó como emisarios y representantes en la definición de esos acuerdos, tal como aquél y los integrantes del grupo Nule lo mencionaron, transmitió sus propósitos, sin que ese uso de terceras personas entre determinante y determinado haga desaparecer el influjo sobre Liliana Pardo. Este *modus operandi* no es extraño en quienes pretenden ocultarse, actuar a la sombra o no dejar rastro de sus comportamientos, mucho menos que existan personas a las que les conste su directa participación. Esto se refleja claramente en el presente caso cuando testigos como Emilio Tapia Aldana y Julio Gómez señalan en sus testimonios que NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS no acostumbraba a reunirse con nadie para hablar de esos temas, sino que los acuerdos y compromisos se hacían siempre a través de sus representantes. Julio Gómez concretamente dijo que para comprometerse a fin de «ayudar para que nos adjudicaran las licitaciones», el ex Senador nunca se reunió con él, pues los Moreno no se reunían con nadie, ya que para ello contaban con Emilio Tapia Aldana¹²¹⁵.

¹²¹⁴ SUTHERLAND, Edwin H. / CRESSEY Donald R., *Principles of Criminology*, pp. 77 y ss.: «When criminal behavior is learned, the learning includes (a) techniques of committing the crime, which are sometimes very complicated, sometimes very simple; (b) the specific direction of motives, drives, rationalizations, and attitudes».

¹²¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 34282, del 27 de octubre de 2014.

La cita precedente permite comprender las dificultades que comporta la obtención de la prueba. Como señala ALLER¹²¹⁶ en referencia a la criminalidad económica, dichas formas son lo suficientemente complejas, característica que se hace especialmente evidente al momento de su persecución. Según lo refiere este autor, no sólo en el terreno de la actividad empresarial privada, sino también en el sector de la actividad económica pública –sin hablar de otros ámbitos no menos complejos como el mercado bursátil o el ciberespacio financiero-, la gran variedad de conductas criminales que pueden configurarse pueden ir desde los tradicionales delitos contra el patrimonio, la Hacienda o la Fe Pública, hasta otras actuaciones ilícitas asociadas al ámbito de la Administración pública. Según el autor, tal multiplicidad de conductas « [...] pone en evidencia la fragilidad del sistema penal para detectarlos y tratarlos eficientemente», especialmente cuando la actividad ilícita se confunde con el tráfico económico legal¹²¹⁷. Señala también que ello se debe, en buena medida, a que son precisamente personas suficientemente capacitadas en dichas actividades las que participan en el proceso fraudulento. Estas capacidades individuales serían determinantes tanto para la planificación y ejecución de la acción criminal como para su ulterior ocultamiento ante los órganos de control¹²¹⁸. Dicho aspecto es destacado por DÍEZ-PICAZO, precisamente, como la «característica definitoria de la criminalidad gubernativa». Según el autor, tal característica radica en que, « [...] bien para cometer el delito bien para evitar que sea investigado y perseguido, sus autores pueden disponer de medios jurídicos, económicos, humanos y tecnológicos que son privativos del Estado»¹²¹⁹.

Es esta última, como se anotó, una de las características determinantes tanto para la producción del fraude como para su proceso de ocultamiento. Y esto es así, particularmente, cuando dicha capacidad personal coincide con el perfil del delincuente económico ávido e inescrupuloso; el clásico perfil del delincuente de empresa, que concuerda precisamente con las características que, en el mundo de los negocios, se le exige a los agentes encargados de sacar adelante los objetivos económicos de una organización: capacidad de decisión, secretismo y/o discreción, asertividad en decisiones de alto riesgo, sociabilidad o extroversión, etc.¹²²⁰. Su especial capacidad no sólo favorece la actuación delictiva, sino que además les permite disimular la actuación irregular bajo la cobertura de un manto de legalidad. En estos casos, es precisamente la cobertura que les proporciona el hecho de ocuparse en una actividad legítima, lo que favorece tanto la ejecución del acto irregular como su ocultamiento. Es así como la sofisticación del delito y el especial conocimiento que el corrupto alcanza del mismo, permiten que éste pueda realizar un control material del riesgo, logrando con ello avasallar la entidad del miedo.

¹²¹⁶ ALLER MAISONNAVE, Germán, *Criminalidad del poder económico...*, p. 346.

¹²¹⁷ LUZÓN CÁNOVAS, Alejandro, *Delincuencia económica y cooperación institucional*, Ed. Civitas, Navarra, 2010, p. 11.

¹²¹⁸ Como apunta LUZÓN CÁNOVAS, Alejandro, *Delincuencia económica...*, « [...] la criminalidad económica, no necesariamente relacionada con la corrupción o el crimen organizado, ha crecido y se ha transformado de tal manera que ha llegado a convertirse en una verdadera economía del crimen, totalmente conectada con la denominada economía legal, en la medida en que aprovecha sus mismas estructuras para dificultar el descubrimiento del delito y ocultar los fondos ilícitamente obtenidos...».

¹²¹⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis María, *La criminalidad de los gobernantes*, p. 13.

¹²²⁰ PASTOR MUÑOZ, Nuria, «La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa ¿Derecho penal o autorregulación empresarial», InDret, 2006, p. 5-6.

Con independencia de la complejidad del acto de defraudación, como ya se ha referido, el estatus de los «señores» de la corrupción se instituye en un requisito *sine qua non* para el cierre de grandes transacciones corruptas. La compra de decisiones gubernamentales (*state capture*), por ejemplo, no se entiende sin el *lobby* agenciado por «distinguidos» representantes de importantes corporaciones económicas. Luego cabe preguntar qué es entonces el tráfico de influencias. En el mismo sentido la participación en las «grandes ligas» de la corrupción no se entiende si no se tiene una posición relevante. De la posición que se ocupe en el organigrama de la correspondiente corporación pública y privada, dependerá el acceso a las grandes transacciones corruptas. Y tratándose de un delito de compleja configuración, esa posición normalmente debe ir vinculada a las capacidades del sujeto. Piénsese, por ejemplo, en la ordenación de un importante proceso público de licitación¹²²¹. La especialidad del acto irregular permite reafirmar esa racionalidad simbólica que preside la proyección de pretensiones venales y la posterior ejecución de los correspondientes designios criminales. Esa misma racionalidad permite comprender la estrecha relación que se presenta, alrededor de los grandes procesos fraudulentos de contratación pública, entre políticos, funcionarios y empresarios de alto nivel en torno al mismo *fin* material. Los procesos de contratación pública, en tanto que *medio* para asegurar tales fines, permite comprender no sólo la confluencia del delincuente económico y el corrupto en torno a un mismo sector de actividad, sino además la banalización de comportamiento corrupto por causa de factores como su apariencia de legalidad, la indeterminación de las víctimas o la imperceptibilidad del daño social. Este último aspecto resulta importante resaltarlo, porque si la corrupción puede afiliarse a la criminalidad económica en razón de los referidos aspectos, tanto la génesis como los factores de impunidad de la primera pueden estudiarse desde los constructos teóricos de la segunda. Para estudiar tal correspondencia, como se ha hecho aquí, se puede analizar la corrupción atendiendo a las conceptualizaciones de criminalidad económica desde una perspectiva jurídico-penal, es decir, desde la propia ordenación conceptual del *delito económico*¹²²².

¹²²¹ Esta categoría puede ser definida, de acuerdo con BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, p. 49, como aquellas « [...] infracciones lesivas del orden económico [...] cometidas por personas de alto nivel socio-económico en el desarrollo de su actividad profesional». La anterior definición, como se ve, incluye las notas esenciales comprendidas en la noción originaria del *White-collar crime*: actividad profesional, infracción normativa, status social elevado. Cfr. también, FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, p.32.; Cfr., KÁISER, Günther, *Criminología, una introducción a sus fundamentos científicos*, p. 219.

¹²²² Cfr., al respecto, «Conceptualización desde la perspectiva jurídico dogmática», en TIEDEMANN, Klaus, *Manual de Derecho penal económico...*, p. 58. Este autor concibe el delito económico desde un doble plano. Por un lado, una definición en *sentido estricto*, consistente en una « [...] infracción jurídico-penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía de un país». Por otro lado, una conceptualización en *sentido amplio*, definida como « [...] 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». Similar definición acoge, en el ámbito español, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico*, pp. y ss. 37. El citado autor define *Derecho penal económico* en sentido *estricto* como el « [...] conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía». En sentido *amplio*, por su parte, *Derecho penal económico* se define como aquel « [...] conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios». Idéntica definición acoge, con carácter reciente, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico*, pp. 21-22.

La complejidad de la investigación que caracteriza dichas modalidades delictivas se traduce en un perverso efecto: la complicación del proceso de obtención de los medios de prueba. La mal denominada delincuencia común o tradicional reviste precisamente la característica contraria: El estudio balístico del arma de fuego, el cotejo dactiloscópico, el análisis espectral de documentos, el análisis de ADN, entre los múltiples procedimientos criminalísticos vinculados a la verificación probatoria asociada a esta última clase de delitos, facilitan evidentemente la identificación y procesamiento de la evidencia física a ellos vinculada. A la misma conclusión llegan FERNÁNDEZ ALBOR y MARTÍNEZ-BUJÁN. Según apuntan estos autores, resulta normal en nuestros sistemas que, tras la ocurrencia de cualquiera de los delitos comunes, v. gr., el homicidio como ejemplo clásico por excelencia, dicho suceso se encuentre acompañado de un conjunto de actos materiales que desde el principio pueden ser fácilmente advertidos y que, en consecuencia, proporcionan suficientes elementos indiciarios de criminalidad. De forma contraria, tratándose de delitos económicos, tales indicios no serían frecuentes, entre otras cosas, porque es una de las características más fidedignas su apariencia externa de licitud¹²²³. En este sentido resulta entendible que la entidad aversiva de la pena se difumine ante la indicada complejidad.

La corrupción pública, como se ha dicho, se asemeja en esa capacidad de mimetización a la delincuencia económica. En materia de contratación pública, por ejemplo, es común que la acción fraudulenta se oculte tras un falso respaldo documental. De ahí que los obstáculos no sean menores para los órganos de control, pues tras dichos pactos ilícitos no se halla una relación contractual en la que una de las partes defrauda a la otra, sino ante un «negocio» en el que, las distintas partes, se confabulan y disponen de profesionales especialistas con el fin de dar apariencia de legalidad al fraude. Y todo lo anterior sirve para comprender la manera en que se generan los procesos de selección penal cuando la complejidad del fenómeno converge con serios obstáculos como la deficitaria infraestructura del sistema penal, la deficiente especialización profesional de sus miembros y los complejos problemas de índole procesal y probatoria; las mismas deficiencias que tiene en cuenta el corrupto al momento de emprender su acción criminal¹²²⁴. La complicación técnica del fraude, la especialidad del proceso paralelo legal, la apariencia de legalidad del procedimiento irregular del acto de ejecución, entre otros factores, más allá de dificultar el conocimiento por parte de los órganos de control, complican la identificación de los medios de prueba una vez revelados los indicios de la infracción¹²²⁵.

¹²²³ FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, p. 42.

¹²²⁴ ROXIN, Claus, “Problemas actuales de la política criminal”, en DÍAZ ARANDA, Enrique / GIMBERNAT, Enrique / JÄGUER, Christian / ROXIN, Claus, *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, Ed. UNAM, México, 2002, p. 96: «En contra de la suposición de nuestro legislador, la dureza de la amenaza penal casi no tiene efecto de intimidación; porque la regla es que el autor en realidad sólo perpetra su acto cuando piensa que no será detenido. Entonces la amenaza penal puede ser indiferente para él. Pero cuando el riesgo de ser descubierto se eleva, el potencial delincuente abandona el delito en su propio interés. Por consiguiente, el dinero que se invierte en la construcción de nuevas prisiones mejor se debería gastar en promover la eficiencia de la policía, técnicamente bien preparada y apoyada en confiables medios computacionales de investigación».

¹²²⁵ GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Ángel, *Criminalística especial. Investigación y prevención*, Ed. Librería-Estudio, Barcelona, 2010, p. 136, «El alto grado de asesoramiento y tecnificación del autor y las características del hecho hacen más difícil la averiguación y persecución del delito, exigiendo diligencias probatorias y periciales muy cualificadas».

Esta posibilidad de control del riesgo punitivo por parte de los agentes del acto delictivo, ya en términos psicológicos, debilitarían el refuerzo coercitivo de orden directo y real inherente a la norma jurídico-penal, pues cuando el delincuente ya ha desestructurado el miedo abstracto al castigo, procede en función de la posibilidad más o menos cierta de ser descubierto. Las referidas teorías criminológicas de la elección racional, como se desarrolló, han avanzado ampliamente en las repercusiones que tiene la variable ausencia de riesgo sobre la motivación delictiva. Ya en términos psicológicos de orden estricto, como señala BANDURA, « [...] el efecto disuasor de las sanciones legales se basa en las creencias sobre la probabilidad de ser detenido y castigado por los actos ilegales»¹²²⁶. Y es en este sentido que se afirma que el control perceptivo de la situación de riesgo generadora del miedo –punitivo- elimina el sentimiento de aversión responsable de la inhibición. En la imposibilidad de control de esa situación aversiva, contrariamente, es donde se encuentra la fuerza del miedo de orden abstracto. El miedo que se crean las sociedades al infierno permite ilustrar esta relación: Parece claro que ningún creyente puede tener un control material sobre una situación que es de naturaleza ciertamente simbólica. Los ateos irrestrictos pueden realizar un control de esas representaciones, pero es éste de orden cognitivo. El temor abstracto al castigo legal puede equipararse en cierto sentido al vinculado al terror bíblico, pero a diferencia de lo que sucede con el miedo al infierno, aun sin necesidad de que el sujeto pierda el significado aversivo del castigo legal, éste puede alcanzar un dominio del mismo mediante el control de la fuente generadora: la prueba.

Se trata éste, entonces, del referido control material de la situación estimular de miedo, no de la reconversión cognitiva del significado aversivo de la situación emotiva. El acomodamiento de los pliegos de condiciones en un proceso de licitación a la «medida» de un determinado proponente que realiza un funcionario público, al igual que el uso de mango antihuellas y silenciador que utiliza el sicario en su arma de fuego o la inhabilitación del sistema de alarmas que efectúa el ladrón antes de penetrar en un domicilio, son una muestra de esas estrategias de control fundadas en la experiencia práctica de las que se sirven los delincuentes para evitar la acción de la justicia, en últimas, para realizar un «control pasivo» de la fuente de riesgo que tiene aparejada la comisión del hecho ilícito –habida cuenta sus capacidades de autorreflexión y previsión (anticipación de los acontecimientos)-. Como referencia BANDURA –amparado en los estudios de Minor y Harry (1982)-, « [...] la mayoría de personas actúan dentro de la ley, o bien porque los actos ilegales les resulta poco atractivos, o como consecuencia del efecto disuasor de las sanciones personales y sociales anticipadas»¹²²⁷. Pero siempre subsiste la posibilidad de riesgo: que el ilícito se descubra. Y para ello el delincuente cuenta además con la posibilidad de realizar un «control activo» de la situación. El sicario que dispara al policía ante su frustrado asalto, el ladrón que golpea al residente para escapar de su domicilio o el corrupto que ejerce presiones para desviar el curso de la investigación penal, representan una muestra de esas acciones positivas (activas) con las que también cuenta el delincuente, tendentes a controlar esas situaciones de riesgo de sanción generadoras de la aversión.

¹²²⁶ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 304.

¹²²⁷ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 300.

A las dificultades «naturales» que convergen en el proceso de obtención de la prueba se aúna otro problema no menos grave: la deficitaria infraestructura técnica y de personal de las instituciones del sistema de justicia criminal¹²²⁸. Son múltiples las explicaciones que podrían argüirse acerca del porqué los órganos encargados de perseguir los delitos y de administrar justicia no pueden enfrentar de forma eficaz las prácticas ilícitas asociadas a la corrupción. Pero sin lugar a dudas una de las razones más relevantes se encuentra en el número reducido de funcionarios designados para investigar y procesar la correspondiente modalidad delictiva; y ello sin mencionar la deficiente preparación técnica o profesional de los mismos para desentrañar la compleja telaraña del acto fraudulento. Ambas condiciones son necesarias, en consonancia con tal complejidad, para obtener el correspondiente recaudo probatorio que soporta el proceso de atribución de responsabilidad¹²²⁹. A esta problemática deben sumarse, ciertamente, otras carencias materiales, particularmente la precariedad de la infraestructura, problemas que, por lógicas razones, dificultan la persecución y judicialización del delito¹²³⁰. Una investigación en el ámbito de la contratación pública irregular requiere, por ejemplo, de investigadores con un conocimiento avanzado en materia de contratación administrativa, contabilidad, cálculo financiero, movimiento de capitales, entre otros aspectos propios del ámbito empresarial, mercantil y de la economía. Luego hay que ver que la corrupción normalmente se encuentra ligada a otros problemas no menos complejos que permiten el ocultamiento del acto ilícito y de su producto, como la falsedad documental o el blanqueo de capitales¹²³¹, que al final se explican por esa necesidad de tener un control sobre el riesgo punitivo.

¹²²⁸ Como refiere GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Ángel, *Criminalística especial...*, p. 136: la indagación de las diversas tipologías de criminalidad económica « [...] exige de la formación de equipos de investigadores procedentes de diferentes ámbitos (jurídico, sector público de investigación, asesores financieros, funcionarios del Ministerio de Economía y Hacienda, sector bancario), todos ellos coordinados y dirigidos por fiscales y jueces instructores».

¹²²⁹ Citando a TIEDEMANN (1993, 28, y 2010, 91 y ss.), señalan MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico*, p. 77, respecto de los diversos factores que dificultarían una persecución penal efectiva de los delitos socioeconómicos: « [...] la gran complejidad que presentan los hechos objeto de investigación judicial, las dificultades tanto jurídicas como económicas de la materia, la ausencia de especialistas apropiados para hacer frente a dicha complejidad y a dichas dificultades y, en fin, la insuficiente asistencia judicial en las relaciones internacionales».

¹²³⁰ Como ha advertido BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, «Es ya lugar común advertir además la necesidad de un personal auxiliar del juez especializado (capaz de examinar la contabilidad, analizar balances, comprender la gestión empresarial, la informática, el funcionamiento de la bolsa, del comercio exterior, etc.) y numeroso (para la obtención, escrutinio y clasificación de la información). El juez sin este asesoramiento no puede seguir la marcha de los interrogatorios sobre temas de alta especialización, ni entender pruebas insignificantes que sólo peritos cualificados pueden revelar como decisivas. Sin olvidar, además, que el ilícito económico está fuertemente financiado, siéndole fácil conseguir toda clase de ayuda, y que el delincuente es riguroso en su propia defensa movilizándolo todo su poder, prestigio e influencia». Relacionado con lo anterior, señala MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, p. 219, « [...] en la lucha contra la corrupción es necesario un sistema punitivo moderno que dé respuesta a la nueva forma de criminalidad asociada a la corrupción, que ataque los aspectos menos visibles como el lavado de dinero o el secreto bancario y un sistema judicial, independiente e imparcial, dotado de medios para dar respuesta rápida y contundente a las demandas y denuncias de los ciudadanos...».

¹²³¹ Respecto del blanqueo de capitales, refiere LUZÓN CÁNOVAS, Alejandro, *Delincuencia económica...*, p. 137, tal fenómeno criminal « [...] constituye un fenómeno extraordinariamente dañino social y económicamente pues, en tanto permite disfrutar de los fondos procedentes del delito, favorece la criminalidad, al ser el mecanismo necesario para el éxito de todo crimen organizado, del que constituye su fase final. Pero, que por otro lado, el blanqueo es en sí mismo una modalidad muy importante de crimen organizado, que permite la financiación de nuevos delitos».

La complejidad que caracteriza la investigación de esta clase de delitos obliga, en consecuencia, a dirigir la mirada hacia los titulares de la política criminal. Y es que es una obviedad, como se acaba de mencionar, que las carencias materiales limitan la persecución eficaz del delito. Y constituyen una gran limitación no sólo porque dichas carencias impiden una actuación eficaz de las instituciones penales, sino también porque, la misma inactividad del Estado que se deriva de tales carencias, termina afectando la reacción social frente al fenómeno. Ello genera una gran limitación de las políticas de control si se tiene en cuenta que, al igual que sucede con los condicionantes de índole socio-cultural, la deficiente infraestructura institucional, la limitación de recursos técnicos y las carencias de personal, generarían consecuencias negativas sobre la certeza que precisa la eficacia de la pena. Dichas consecuencias se traducirían, como se dijo, en una limitación técnico-operativa para el conocimiento, investigación y procesamiento del delito. Estas limitaciones podrían hasta resultar comprensibles cuando se está ante un Estado cuyo presupuesto no alcanza ni para satisfacer las necesidades más básicas de su población: alimentación para los más desfavorecidos, acceso a los servicios de salud, vivienda digna, educación escolar, etc. Pero lo que también es cierto es que muchas de las medidas que por años han venido recomendando los expertos tendentes a reducir la corrupción, dependen enteramente de la voluntad política de los gobernantes: meritocracia en el acceso a los puestos públicos, transparencia en la revisión fiscal, lícita financiación de partidos, etc.

En este sentido se habla de una limitación de la actividad investigativa vinculada a la *imperfecta voluntad política* de los gobernantes y que se sitúa al nivel, no del proceso penal, sino de la política criminal. En este caso, desde el punto de vista de la configuración y aplicación de la política criminal, se quiere señalar la falta de interés (*real*) de los dirigentes gubernamentales, sin desconocer las restricciones presupuestales que limitan la implementación de las distintas políticas públicas, para transformar la dirección del *ius puniendi*. Y se tienen en cuenta las limitaciones presupuestales que afectan al sistema, ya que si bien existen una serie de medidas que implican un gran coste en términos de infraestructura y de recursos en general¹²³², existen también otro tipo de políticas contra la corrupción que no implican partidas presupuestales inmensurables y que dependen, en buena medida, de decisiones políticas. Son de sobra conocidas las numerosas medidas formuladas por organismos internacionales especializados destinadas a prevenir el surgimiento de prácticas corruptas y que no implican costes inalcanzables ni en los países de menor presupuesto: transparencia en los procesos de gestión, selección meritocrática de funcionarios, cumplimiento del régimen de incompatibilidades, independencia del órgano público de persecución penal y de los operadores judiciales, etc. Más adelante se profundizará, precisamente, sobre la inconveniencia de que el nombramiento del director del órgano público de persecución penal dependa, en gran medida, del gobierno de turno y sobre la inconveniencia del principio de dependencia jerárquica que preside ese órgano.

¹²³² MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, pp. 200-221, es cierto que no siempre « [...] ha existido una voluntad política clara y sostenida para luchar contra la corrupción, ni ha constituido en todos los casos una prioridad incluso para los votantes de una democracia». Apunta asimismo el autor que también hay una serie de factores de carácter objetivo que impiden tal pretensión: «Uno es el de los costes de las medidas de prevención y de control de la corrupción. El otro es el de la ineficacia parcial de todas estas medidas».

Y es que si bien es cierto que el mejoramiento de la infraestructura del sistema de justicia criminal depende, en gran medida, de las posibilidades del presupuesto estatal, también es posible afirmar que, en otras ocasiones, a pesar de la existencia de recursos instalados, se omite la adopción de medidas eficaces frente al delito; una serie de medidas que dependen más de la organización de las diversas entidades del Estado, que de grandes disposiciones presupuestales en infraestructura física, técnica o de personal. En materia de corrupción se omite, por ejemplo, establecer redes eficaces de información entre los órganos de persecución y las diversas entidades vinculadas a la Administración pública; tampoco existe un claro protocolo de colaboración entre los órganos de control (disciplinario, fiscal, etc.), Ministerio Fiscal y la Jurisdicción; ni siquiera existe un eficiente canal de denuncias entre la ciudadanía y los órganos de persecución. Naturalmente, si bien es cierto que todo ello requiere un mínimo esfuerzo presupuestal, también está claro que muchos cambios dependen de la correcta utilización de los recursos disponibles. Estos defectos en la gestión del delito contribuyen, al final, al crecimiento de la impunidad. Y este último problema no es menor, pues la utilización de los recursos destinados a enfrentar el delito en cierto sentido, termina afectando la posición de la sociedad frente al delito.

La importancia del último aspecto no es menor, porque si la reacción social deviene nula, no habrá una respuesta del Estado. Precisamente, hoy puede verse en muchos Estados la capacidad que tiene la sociedad para influir en la dirección de la política criminal, lo que se ve reflejado claramente en las reformas populistas. Dicho fenómeno se torna especialmente visible con la adopción de nuevas disposiciones legales en respuesta a los reclamos sociales¹²³³. Ya se mencionó que cuando tales reclamos son ampliamente difundidos por los *media*, entran a ocupar un lugar privilegiado en la agenda política de los gobiernos; se constituyen rápidamente en prioridades gubernamentales que, por un lado, les dota de legitimidad y además les otorga réditos electorales y, por otro lado, genera una relegación de otros problemas¹²³⁴. Lo peor es que las constantes peticiones de criminalización o aumento punitivo por parte de la sociedad, naturalmente frente a la denostada delincuencia tradicional, no sólo produce una distracción frente a fenómenos como la corrupción, sino que también genera un castigo desmedido sobre los clásicos destinatarios del poder punitivo; eso sin mencionar la disminución de garantías procesales, respuesta que no se adopta frente a los numerosos escándalos de corrupción detectados.

¹²³³ Un ejemplo actual de tal afirmación, es la que describe un artículo publicado por uno de los principales diarios del Estado colombiano: “La crónica crisis carcelaria”, *El Colombiano*, (2013/03/25). Recuperado de: <http://www.elcolombiano.com/>. Según dicho artículo, «[...] Llevamos demasiado tiempo oyendo ecos provenientes de las cárceles del país, de defensores de derechos humanos, de instancias oficiales como la Defensoría del Pueblo, que denuncian una y otra vez la insoportable situación que viven los internos». Sin embargo, «La sociedad se siente acorralada por el delito. Prevalece la sensación de que reina una impunidad casi total, y eso lleva a que se pida cárcel para cualquier conducta lesiva. Y el Congreso, actuando más en términos de popularidad y de réditos electorales, atiende el “clamor popular” y tipifica -esto es, convierte en delitos- una pluralidad de conductas cuyo tratamiento podría tener otras alternativas».

¹²³⁴ ROXIN, Claus, “Problemas actuales de la política criminal”, p 88: «[...] Las tendencias de la política criminal cambian como la moda. Por una parte existe en un primer plano el esfuerzo por la reintegración social del autor; por otra, se busca hacer frente a la criminalidad mediante la firmeza y la disuasión. De momento se extiende esta segunda tendencia —que parte de Norteamérica—, la cual se erige en todo el mundo como un medio para dar popularidad a los políticos, pues partiendo de un conocimiento profano resulta creíble que el endurecimiento de las penas disminuye la criminalidad. Por consiguiente, con semejante política se pueden ganar votos y al mismo tiempo demostrar firmeza».

Es en este sentido, pues, que la política criminal (*formal*) se desdibuja cuando no se cuenta con los recursos necesarios que permiten ejecutar una eficaz respuesta punitiva. Baste mencionar el último Estatuto Anticorrupción aprobado en Colombia en 2014 que incluyó un conjunto avanzado de medidas contra el fenómeno, pero que en la práctica no alcanza a tener la trascendencia esperada por cuanto no dispone de los medios operativos. Lo cierto es que la reconversión de las políticas del Estado contra la corrupción comporta no sólo la ideación de un proyecto idóneo aplicable en la práctica, sino también, y es este el presupuesto fundamental, una voluntad verdadera de quienes tienen la potestad de decidir el rumbo de la política general del Estado. El problema es que dicha voluntad no siempre es fácil de articular. Es de sobra conocido el eufemismo utilizado en la discusión de ciertas políticas públicas, mediante el que se encubre la desidia o la inconveniencia política: la «falta de consenso» de los grupos legislativos. Y ello por cuanto, toda disposición normativa, termina afectando los intereses de uno u otro centro de poder. De ahí la «falta de consenso», pues cuando se trata de poner en marcha mecanismos efectivos contra la corrupción, la configuración y aplicación de tales mecanismos encuentra en ciertos miembros de la propia clase política la primera barrera o frente de oposición. Ni qué decir, como se ahondará más adelante, del direccionamiento de los instrumentos de control punitivo por parte del poder de turno frente a sus oponentes políticos. Por ello quienes están en el poder no tienen miedo de ir contra la corrupción (de sus oponentes). Por la misma razón en Colombia el «color» de los corruptos procesados cambia según sea la afinidad política del Fiscal General y del Procurador General de la Nación de turno.

Y no es menor la importancia que adquiere la reacción por parte de la sociedad frente a la delincuencia, en este caso para alterar el sentido de la política criminal. Frente a las formas tradicionales de delincuencia individual, dicho reclamo social constituye no sólo el detonante de reformas de naturaleza penal, apaciguando con ello los reclamos sociales, sino también una indespreciable oportunidad de funcionarios electos popularmente para fidelizar su grupo electoral. El endurecimiento *formal* del sistema punitivo constituye un camino idóneo para lograr estos dos cometidos, y no sólo por la idoneidad de la medida – para alcanzar dichos fines-, sino también porque sale «gratis». Como se sabe, la respuesta por excelencia del Estado frente a la delincuencia, consiste básicamente en crear nuevos tipos penales o agravantes, modificar reglas procesales, o lo que resulta aún mucho más fácil, reemplazar los dígitos de la pena privativa de libertad señalada por los distintos tipos penales. La criminalización del feminicidio, la agravación de lesiones causadas con ácido, la tipificación del maltrato animal, la reducción de beneficios procesales y penitenciarios para agresores sexuales, etc., son apenas una mínima muestra de esas medidas punitivas creadas en Colombia a partir de esas presiones sociales. Y esto sin importar cuán probada se halle la ineficacia de las mencionadas medidas. Sobra referir que, ya desde los tiempos de BECCARIA, se ofrecieron contundentes razones para entender que la pena, más que elevada, debe ser sobre todo cierta o infalible¹²³⁵. Por la misma razón, tratándose de corrupción, el mero aumento de penas tiene también poca probabilidad de generar un margen de disuasión mayor, puesto que la variable *certeza* no sufre ninguna alteración.

¹²³⁵ BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene...*, p. 79.

Es precisamente esta la razón por la que puede considerarse a la sociedad un actor fundamental en la tarea de prevenir eficazmente la corrupción. La «voz» de los distintos estamentos de la sociedad civil organizada es, en gran medida, determinante para alterar el rumbo de las decisiones políticas. Lamentablemente, los distintos factores que impiden comprender la magnitud real del fenómeno criminal terminan diluyendo todo tipo de reacción social. Se *inocuiza*, de esta forma, una de las «voces», sino la única, que puede apabullar la «voz» prevalente que condiciona, de entrada, el destino de la política criminal: la de la misma clase política que se trata de controlar. Esta pasividad social, como ya se mencionó, viene provocada en buena forma por los *media*. Sólo una fuerte respuesta por parte de la sociedad, si se quiere rebeldía frente a las acciones políticas indiferentes, inactivas, sordas y, en no pocas ocasiones, tolerantes, puede redefinir el rumbo de la política criminal. Baste recordar, nuevamente, las luchas sociales que históricamente dieron lugar a la consecución de nuevos derechos sociales o un mayor grado de respeto, por parte del Estado, de los derechos humanos. Como señala CARTOLANO, en el ámbito de la política han sido precisamente los escándalos políticos los que han dado lugar a diversas posiciones sociales. Como bien lo apunta el autor, «si concurren determinadas circunstancias sociales y políticas, la reacción social puede llegar a convertirse en un escándalo político y generar un cambio de parecer en torno a la significación del comportamiento, que a su vez puede cristalizarse en el ordenamiento jurídico»¹²³⁶. Es así como la desidia política frente a la corrupción afecta la investigación de sus «desvíos».

Así cabe concluir diciendo que la ya tradicional reforma legislativa no resulta apropiada por sí sola para combatir la corrupción. Ni frente a la corrupción ni frente a otro tipo de delincuencia, como lo prueba la misma realidad forense, el mero aumento de penas, por ejemplo, produce un cambio significativo en la prevención del delito, esto es, en el proceso de decisión de quien se rige por una ilícita intención. Particularmente, desde el punto de vista de la prevención general del Derecho penal, la corrupción difícilmente puede ser disuadida a través del aumento de penas o mediante la mera previsión formal de otras medidas. Y no puede ser disuadida, no tanto por la mínima entidad de la pena que normalmente va añadida, sino por la baja probabilidad objetiva de descubrir la conducta. Dichos factores afectarían, por supuesto, la pretendida «intimidación» general o colectiva. Pero este déficit de intimidación se presentaría, según la tesis aquí propuesta, no sólo en el momento mismo del acto (sincronicidad del factor disuasivo), sino también a lo largo del curso constructivo del hombre (diacronicidad del factor constrictivo). Por tanto no se quiere con ello realizar un reclamo para aumentar la penalidad de las conductas asociadas a la corrupción, entre otras cosas, porque muchos ordenamientos ya prevén para delitos como el cohecho elevadas penas de prisión. Lo que se quiere destacar es que si no se ponen a disposición los medios materiales que posibilitan una investigación más efectiva de la corrupción, la certeza de la pena devendrá en una utopía. Pero los políticos corruptos lo saben. Y como lo saben, también saben que con esas limitaciones la probabilidad de que puedan realizarse investigaciones eficaces sobre sus delitos se reduce ostensiblemente.

¹²³⁶ CARTOLANO S., Mariano J., “Los delitos de ejercicio y tráfico de influencias. Estudio de las circunstancias que motivaron su criminalización y análisis dogmático”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura y otros, *Poder y delito...*, p. 149.

3.1. Intromisiones ilegítimas sobre el libre ejercicio de la función investigativa

La intromisión de poderosos agentes sobre las agencias del sistema penal constituye, por variadas razones, un factor de análisis fundamental en tarea de comprender las razones por las que se genera la impunidad de la corrupción de los regentes públicos. A esta realidad se suma el hecho de que, como acaba de referirse, la proyección y puesta en marcha de un programa político-criminal serio frente a la delincuencia de los gobernantes, depende de la voluntad real de los mismos representantes del Estado que muchas veces les persigue la sombra de la corrupción. Y es que puede resultar una utopía pensar, por ejemplo, que un gobernante determinado va a promover un duro ataque contra la financiación irregular de campañas políticas, cuando él mismo ha llegado al poder valiéndose de esas ayudas y que en las futuras contiendas electorales deberá hacer lo mismo. La falta de voluntad política se instituye, de este modo, en un factor de selección penal situado en la esfera externa de las instituciones de control. Ahora bien, distinto es el problema cuando, la ineficiente aplicación de la ley penal proviene, no de la desidia u omisión consciente de los gobernantes, sino, de forma contraria, de su intervención ilegítima directa sobre las instituciones del sistema de justicia criminal¹²³⁷. Particularmente importante resulta para la comprensión de tal intromisión, la sujeción del órgano público de persecución penal a las directrices del denominado Poder Ejecutivo. Como se verá seguidamente, dicha sujeción, determinada por la tergiversación del principio de dependencia jerárquica que rige la actuación de los miembros de la Fiscalía o Ministerio Fiscal, constituye una grave limitación para la persecución eficaz de políticos, funcionarios y empresarios corruptos con influencia sobre la clase gubernamental. Es este, sin duda, uno de los factores de impunidad más trascendentales. Y es que, ¿cómo esperar que la Fiscalía enfle sus baterías frente aquellos miembros del gobierno o del legislativo cuando, la elección del Fiscal General responde, en parte, a una «jugada» política de los poderes? La definición de tales factores y de sus efectos sobre los procesos de control del delito constituye, de esta forma, un paso previo fundamental para la reformulación de la política criminal frente a la criminalidad de los poderosos. Su conocimiento resulta esencial para generar un mayor grado de intelección, por parte de la sociedad, sobre la dimensión real del fenómeno criminal. La mayor intelección social del fenómeno podría presionar, al igual que sucede con la mal denominada delincuencia «común» o «tradicional», cambios en la política penal y, con ello, mejorar los niveles de disuasión punitiva (prevención)¹²³⁸. Pero sobre todo resulta importante, según el propósito que guía este trabajo, para avanzar en la comprensión de los factores que invalidan la significación aversiva de la amenaza penal.

¹²³⁷ Como refiere MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, p. 83, la persecución efectiva de los delitos de corrupción no sólo requiere poner a disposición del órgano público de persecución penal la dotación material suficiente para cumplir a cabalidad tal pretensión, sino también asegurar la propia independencia de la institución. Literalmente, puntualiza el autor que «Se debe dotar a las fiscalías anticorrupción, además, de suficientes recursos materiales y humanos, con amplia competencia para la investigación de supuestos actos de corrupción y con independencia funcional del poder político».

¹²³⁸ Así lo señalan GRAY, Cheryl W. / KAUFMANN, Daniel, “Corruption and development”, p. 9, para quienes la complejidad de la corrupción obliga, para contrarrestar tal dificultad, a adoptar eficaces medidas de investigación: «Yet strong investigative powers are critical; because the two parties to a bribe often both benefit, bribery can be extremely difficult to detect».

La intromisión ilegítima del poder político sobre las agencias del sistema penal constituye, según la tesis que aquí se postula, uno de esos factores que debilitan la fuerza constrictiva del Derecho penal. Vaya por delante que dicha intromisión no siempre se configura de forma manifiesta. Muchas veces, por el contrario, bajo el manto de legalidad que confieren ciertas potestades discrecionales atribuidas por la Constitución y la Ley a funcionarios gubernamentales, se encubre un uso ilegítimo de dichas prerrogativas con la finalidad de proteger determinados intereses. Algunas de estas atribuciones se desprenden, entre otras circunstancias, de la dependencia implícita de la Fiscalía al Poder Ejecutivo, del nombramiento político de su máximo «directivo» (Fiscal General) y de la tergiversación del principio de *dependencia jerárquica* que rige la actuación de sus miembros. La dependencia implícita de la Fiscalía a las directrices del Ejecutivo posibilita claramente la existencia de influencias por parte de la clase gobernante sobre aquellos Fiscales que puedan llegar a poner en riesgo los intereses de miembros del gobierno o de otros actores políticos trascendentales. Aspectos como la elección política del Fiscal General, libres nombramientos, traslados facultativos y remociones discrecionales de cargos relevantes de la institución, desdibujan la objetividad, imparcialidad e independencia que debe regir toda actuación (institución) vinculada al proceso de aplicación de la ley penal¹²³⁹. Se afirma así que dependiendo de la posición que ocupe el órgano titular de la acción penal dentro del organigrama constitucional, su actuación podrá estar regida, en mayor o menor medida, ya sea por los principios de independencia e imparcialidad¹²⁴⁰, o bien sujeta a la ilegítima influencia de actores políticos¹²⁴¹. Problemas de este tipo, como se verá, presenta tanto la Fiscalía General de la Nación de Colombia como el Ministerio Fiscal del Estado español.

¹²³⁹ Un ejemplo de ello lo constituyen algunas disposiciones constitucionales y legales del ordenamiento jurídico colombiano: Según el artículo 251 de la Constitución Política, por la facultad que se otorgó al Fiscal General de la Nación de «*Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos*». Dicho contenido es reiterado por el artículo 116 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906/2004). Según dicho precepto, es potestad de Fiscal General «*Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualesquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos*». La misma facultad se verificaría finalmente por el mismo Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación (Ley 938/2004), al prever su artículo 11.1, la atribución que le viene conferida al Fiscal General, además de poder asumir aquellas investigaciones y acusaciones que constitucionalmente le vienen asignadas, «*aquellas que en razón de su naturaleza, importancia o gravedad ameriten su atención personal*». Dicho problema se agrava, si como cabe recordar, la complejidad que comporta la investigación e instrucción de las distintas modalidades que puede adoptar el fenómeno de la corrupción, habilita la intervención de Unidades especiales de la Fiscalía. En el Estado colombiano, tal función ha sido designada en la Unidad Nacional Anticorrupción, cuya intervención se activa frente a «casos de corrupción administrativa de impacto nacional y local que determine el Despacho de la Fiscalía General de la Nación». Ello no tendría nada de cuestionable, si no fuera porque tales Unidades, que tienen encomendados el trámite de «importantes» hechos de corrupción, se encuentran sometidas a las directrices que marque el Fiscal General, como se sabe, altamente dependiente de la clase política.

¹²⁴⁰ Señala al respecto ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos...*, p. 208, «Una judicatura corrupta o políticamente dependiente puede facilitar un alto nivel de corrupción, socavar las reformas e invalidar las normas legales. Cuando la judicatura forma parte del sistema corrupto, los ricos y los corruptos actúan con impunidad, confiando en que un soborno bien situado les solventará cualquier problema legal».

¹²⁴¹ Como apunta BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal*, p. 220, «De hecho, en todo momento histórico y en todo espacio geográfico, los grandes monopolios del poder económico, político, social o religioso, cuando han abusado de sus potestades infringiendo la ley, han influido decisivamente en aquellos que tienen la facultad de aplicar las normas para evitar someterse a éstas».

Más allá de las disquisiciones teóricas que se puedan referir sobre las interferencias de la clase política sobre los directivos del órgano público de persecución penal, es la propia realidad de los distintos Estados la que demuestra que la dependencia que adquiere el Fiscal General con respecto a la clase política –y, en consecuencia, los miembros de la institución–, por fundarse tal designación en criterios esencialmente políticos, constituye el primer factor que limita la objetividad en la persecución penal de los delitos de los detentadores del poder; una función que, por ser inherente a la potestad de administrar justicia, demandaría la máxima imparcialidad del órgano titular de la acción penal¹²⁴². Este problema no ha sido ajeno a la doctrina. Como apunta BERGALLI, «En efecto, tal como se ha visto antes, la imparcialidad del juez, la de los tribunales y la de los representantes del Ministerio Fiscal constituye un elemento esencial del tipo ideal de procedimiento judicial»¹²⁴³. En el mismo sentido lo refiere FERRAJOLI¹²⁴⁴. Para este autor, una de las medidas necesarias para asegurar la independencia funcional del órgano que tiene atribuida la función de investigar los delitos y promover el ejercicio de la acción penal ante los órganos del orden jurisdiccional, es precisamente la conveniencia de establecer garantías mayormente identificables con las del Poder Judicial¹²⁴⁵. Y es que es la misma experiencia la que enseña, como se verá, que esa politización de las instituciones del sistema de justicia criminal depende de su misma configuración formal. Se verá cómo, concretamente, la misma configuración constitucional y legal del órgano público de persecución penal posibilita la generación de interferencias ilegítimas provenientes de la clase política. Fue esta precisamente una de las razones para que en Estados como Chile se terminara optando por una configuración más independiente de este órgano y de su cuerpo de funcionarios.

¹²⁴² Y es que tal problema no ha sido visionado únicamente respecto de aquellos órganos de investigación sobre los que pesa una fuerte influencia política. Algunos autores especialistas en temáticas de corrupción, entre ellos, MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, pp. 151-152, han hecho referencia a que la independencia e imparcialidad de los jueces es un problema que no es ni mucho menos ajeno al tratamiento de los diversos aspectos que integran la corrupción. Según lo señala el autor, «Un conjunto de jueces muy cercanos ideológicamente al gobierno o incluso agradecidos por sus nombramientos pueden disfrutar de una gran independencia externa formal pero, sin embargo, en modo alguno ser imparciales».

¹²⁴³ BERGALLI, Roberto, “Jurisdicción y administración de justicia: Jueces y fiscales en la sociedad compleja”, en BERGALLI, Roberto (Dir.), *Sistema penal y problemas sociales*, p. 325.

¹²⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón...*, p. 570. Puntualiza el autor: «[...] Estos mismos principios y el de obligatoriedad de la acusación que de ellos se sigue exigen, en fin, la extensión a los órganos requirentes de las mismas garantías de independencia y de sujeción sólo a la ley, reservadas a los órganos judiciales. También sobre este punto es necesario romper con un lugar común: la idea de que los órganos de la acusación deban ser estructurados jerárquicamente, e incluso depender de alguna articulación del poder ejecutivo o legislativo, sólo por el hecho de que se encuentran situados fuera del orden judicial. Al contrario, lo que se precisa, en garantía de la obligatoriedad de la acción penal y por tanto de su sujeción sólo a la ley, es también la total autonomía del órgano encargado de su ejercicio, frente a cualquier poder o condicionamiento, y, además, la existencia de una policía eficiente, profesionalizada, a su vez libre de las injerencias del ejecutivo o de otros poderes, situada bajo su dependencia...».

¹²⁴⁵ En Colombia, desafortunadamente, con la reforma a la Constitución Política introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002, reforma que modificó, entre otros preceptos, el artículo 251 de la Carta magna, se trastocaron los pilares de la aspirada independencia. Se otorgó al Fiscal General de la Nación, con dicha reforma, una potestad bastante amplia y discrecional de cara al proceso penal. Dicha potestad dejaría abierta la posibilidad, al amparo de una *peligrosa* facultad procesal, de interferir en el ejercicio de la acción penal. De forma literal, dicha potestad consiste en la posibilidad de «Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos».

Se verá, pues, que el aseguramiento político del director del órgano de persecución penal no es pura casualidad. Para observar lo que se esconde tras la regulación legal de un órgano hay que proceder en su estudio comparando las disposiciones normativas que le rigen frente al correlativo proceso de aplicación. Las instituciones penales pueden analizarse en base a esos dos modelos analíticos diferenciados. Se trata de dos modelos complementarios que permiten valorar, distinguiendo los planos formal y material de la función atribuida, la correspondencia que se presenta entre una y otra perspectiva de abordaje. La primera puede definirse como «organización respuesta»¹²⁴⁶. Dicha perspectiva permitiría evaluar la *respuesta normativa* adoptada por parte del Estado frente a los distintos problemas de criminalidad que le afectan. El ejemplo prototípico de ello, en el ámbito de la política y la función pública, lo constituye la promulgación formal de los denominados Estatutos Anticorrupción y que se vincula a la tipificación de los delitos contra la Administración pública. Se trataría éste de un acto de criminalización primaria de carácter meramente formal –tan típico en Estados como el colombiano-, en el que se disponen un conjunto de disposiciones jurídicas como respuesta al concreto problema.

La segunda perspectiva puede definirse como «organización construcción»¹²⁴⁷. Esta perspectiva se sitúa, a diferencia de la primera, en la fase de criminalización secundaria. Desde este plano puede ponerse de manifiesto, ya no la ordenación *formal* que determina la actuación de las instituciones del sistema penal, sino la configuración *real* adoptada en base a tal ordenación. Este plano permitiría observar, particularmente, cómo un sistema institucional normativamente organizado y compuesto por personas, recursos y funciones específicas orientados hacia un objetivo común: contrarrestar la delincuencia, en la práctica puede alejarse de la configuración normativa que le sirve de guía. Y es que resulta hasta vergonzoso ver en países como Colombia cómo se pelean los partidos políticos cada vez que corresponde una elección de cargo de Fiscal General; ¿qué se esconde tras ello? La respuesta indica la importancia de observar el nivel de correspondencia entre los planos formal y material de una institución, último que se ve limitado no sólo por los factores externos (sociales y políticos, por ejemplo) que determinan la actuación de la misma, sino también por la visión que tienen sus propios miembros frente al fenómeno delictivo¹²⁴⁸.

¹²⁴⁶ Como pone de relieve ZINO TORRAZZA, Julio, “El análisis de las instituciones y organizaciones del sistema penal: una propuesta metodológica”, en BERGALLI, Roberto (Dir.), *Sistema penal y problemas sociales*, pp. 212 y ss.: «Las organizaciones son una *respuesta*, en el sentido que son conjuntos humanos en los cuales los comportamientos de sus miembros están regidos por reglas mediante las cuales se pretende orientar la acción diversificada hacia el objetivo común».

¹²⁴⁷ Desde tal perspectiva, señala ZINO TORRAZZA, Julio, “El análisis de las instituciones y organizaciones del sistema penal...”, p. 212 y ss.: que el modelo de análisis de la Institución como *organización construcción* permite observar « [...] ámbitos sociales en los cuales los individuos actúan, interpretan estas reglas y crean otras nuevas mediante las cuales regulan sus relaciones y sus acciones».

¹²⁴⁸ Como señala ZINO TORRAZZA, Julio, “El análisis de las instituciones y organizaciones del sistema penal...”, p. 212 y ss., el análisis de las organizaciones a partir de su consideración como «construcciones», permitiría poner de relieve otros elementos –personales- que determinan el actuar de las mismas –y, por ende, proporcionarían un estudio más completo de las mismas-. El análisis organizacional comprendería no sólo el estudio de los objetivos institucionales comunes formalmente declarados, sino además las aspiraciones e intereses individuales de los miembros de la organización. Dichos objetivos, que en ocasiones escaparían a las disposiciones formales o reglamentarias instituidas para la organización, darían lugar a una realidad compuesta por prácticas resultantes de tal interacción de objetivos y finalidades diversas a las formalmente declaradas, o lo que es lo mismo, a la «aparición de organigramas no oficiales y normas informales».

La comprensión de la impunidad de la corrupción de los poderosos implica, por tanto, adentrarse en esa observación material del órgano público de persecución penal. Dicha perspectiva se aprecia de mejor manera comprendiendo la estructura del proceso penal. La judicialización efectiva de cualquier delito requiere, naturalmente, una perfecta armonía entre las fases de investigación y judicialización (estricta). La imposición de la sentencia condenatoria se fundamenta en la debida incorporación de los diversos elementos materiales de prueba obtenidos en la primera de las fases. Ya se vio en los apartados precedentes, no obstante, las dificultades que encierra la obtención de la prueba. Y dicha fase es esencial, pues de ello dependerá que la decisión que pueda ser adoptada se ajuste a los presupuestos legales de condena. De ahí, precisamente, que la actuación de la Fiscalía en la búsqueda, recolección e incorporación de los distintos elementos probatorios constituya un presupuesto fundamental para sustentar la acusación formal. Su mayor importancia radica en que, al ser en Colombia la acusación una potestad exclusiva de la Fiscalía, sólo se puede llegar a sancionar a alguien promoviendo su actuación¹²⁴⁹. Pero lo cierto es que dicha potestad se encuentra sometida a interferencias externas. En la práctica, al amparo de ciertas prerrogativas de carácter constitucional y legal se disfrazan ciertas obstrucciones en torno a la función judicial. La marcada dependencia de la Fiscalía respecto del gobierno, el adaptación indebida del principio de dependencia jerárquica, los nombramientos, traslados y remociones discrecionales, entre otras perversiones del sistema, la convierten en un órgano politizado e instrumentalizado, esto es, materialmente carente de una función objetiva e imparcial¹²⁵⁰. Esta posibilidad que tienen ciertos dirigentes de la clase política de interferir sobre el órgano que tiene atribuida la función de investigación, según aquí se propone, generaría otra posibilidad más para que quienes se vean inmersos en un acto de corrupción puedan realizar un control sobre el riesgo de sanción, en este caso en concreto, sobre quienes tienen la atribución de materializarla; algo así como cuando los creyentes expían sus miedos hablando con el Juzgador (su Dios).

¹²⁴⁹ Como se ha puesto de relieve, la FGN es el órgano titular de la acción penal en Colombia, acción penal que es pública, única, exclusiva y excluyente, la cual, dada la citada configuración, adquiere una importancia de carácter vital para el inicio, desarrollo y conclusión del respectivo proceso penal. De forma somera, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal (Ley 906/2004), el proceso penal colombiano, de tendencia acusatoria, se compone de dos fases nítidamente diferenciadas. La primera de ellas, la fase de investigación, la cual puede integrar a su vez una sub fase o fase previa de indagación, es potestad exclusiva, como se ya se refirió, de la FGN; por su parte, la segunda fase se constituye como la etapa procesal en sentido estricto, y es la etapa del juicio, la cual corresponde, según los distintos criterios de atribución competencial, a los distintos Juzgados y Tribunales que ejercen jurisdicción en todo el territorio nacional. La FGN adquiere, según el anterior planteamiento, las facultades de adelantar las respectivas indagaciones cuando razonablemente se infiera la existencia de hechos que revistan los caracteres de delito. Formalizada la imputación, se dará el presupuesto legal para dar comienzo a la fase de investigación en sentido estricto, la cual se extenderá hasta la formulación del escrito de acusación, tarea que de igual forma pertenece a la competencia de la FGN, dando así inicio a la fase de juicio oral en sentido estricto.

¹²⁵⁰ La Fiscalía General, Ministerio Público o Ministerio Fiscal, es uno de los órganos insertos en la estructura orgánica constitucional que tiene encomendada, entre otras importantes atribuciones, la función de promover el ejercicio de la acción penal. Lo cierto es que tal potestad, y así lo demuestra la propia realidad, se encuentra condicionada por las prácticas, acciones y otras interacciones –de carácter interno y externo– inherentes al funcionamiento de la Organización. La exposición a tales influencias puede afectar, desde el punto de vista de la persecución efectiva de la corrupción, la objetividad en el ejercicio de la acción penal. Y afecta la objetividad puesto que, factores como el nombramiento político del Fiscal General, la indeterminación del principio de dependencia jerárquica y la cuestionada independencia de los miembros de la institución, permiten intromisiones externas.

Dicha crítica no es nueva ni mucho menos exclusiva de sistemas como el de Colombia. Por ejemplo, en el debate surgido en España a raíz de la posibilidad de atribuir la competencia para instruir al Ministerio Fiscal –en defecto del Juez de Instrucción–, coincide la doctrina en afirmar que una de las grandes razones por las que sería contraproducente atribuir una competencia de tal importancia a la Fiscalía, es precisamente su dependencia respecto del Poder Ejecutivo. Contraproducente, en la medida en que puede afectar su imparcialidad. Así lo deja ver José HIDALGO¹²⁵¹, miembro del Ministerio Fiscal español, el que con ocasión de las Jornadas celebradas en Madrid en 2009 bajo el título de «Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal», refirió algunos de los problemas que llevaría aparejada una decisión de tal naturaleza. Afirma el funcionario que, además de algunas consideraciones procesales por las que no sería viable o recomendable la asignación de tal competencia al Ministerio Fiscal, habría otro motivo –a su juicio– asociado a la configuración orgánica de la Institución «todavía más grave»: «La función jerarquizada y dependiente del Ministerio Fiscal impide el desempeño neutral e independiente del desarrollo completo de las funciones de instrucción»¹²⁵²⁻¹²⁵³. Pasajes como el que se cita a continuación se hallan por doquier en la prensa de Estados como Colombia y España y que reflejan tal realidad: «El fiscal general del Estado ha centrado gran parte de su réplica a explicar el relevo en la cúpula fiscal y sobre las supuestas injerencias políticas en su decisión de no pedir la imputación del presidente de Murcia»¹²⁵⁴.

¹²⁵¹ HIDALGO GARCÍA, José, “Imparcialidad del Ministerio Fiscal y Poder Político”, en BUENO OCHOA, Luis (Coord.), *Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, p. 111.

¹²⁵² En Colombia no se presentan problemas distintos a los sufridos por el Ministerio Fiscal español. De acuerdo con el artículo 250 constitucional, la Fiscalía posee la potestad única, exclusiva y excluyente de promover el ejercicio de la acción penal ante los órganos jurisdiccionales –según las reglas de atribución competencial-. Por su parte, según lo dispone el Art. 249 de la Carta política, «[...] *La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial...*». Los anteriores preceptos se citan dado que reflejan la intención que tuvo el último constituyente de impedir la interferencia política sobre el ejercicio de la acción penal. Sin embargo, esta aparente independencia se vería desdibujada por determinación de la propia Constitución. El mismo Art. 249 se encargó de ello tras atribuir la elección del Fiscal General al poder Ejecutivo. El citado precepto representaría una de las mayores quebras de la *respuesta* constitucional al problema de la independencia externa de la Organización, pues la facultad que se atribuyó al Presidente de la República de proponer –de forma discrecional– la terna que a su juicio pueda resultar más conveniente, representó la primera quiebra de la pretendida emancipación del Ejecutivo. La misma decisión –fundamentada en criterios políticos–, ayudada por el principio de dependencia jerárquica, terminaría por convertir la citada organización en un órgano altamente dependiente del Ejecutivo.

¹²⁵³ Cabe asimismo referir que el Fiscal General de la Nación, según el mismo artículo 249 de la carta política, es elegido por la Corte Suprema de Justicia para un periodo de 4 años de una terna que, según criterio discrecional del Presidente de la República, ha sido previamente considerada. Dicha forma de nominación ya pone de relieve, por un lado, la calidad política del nombramiento y, por otro, la «deuda» que adquiere el funcionario efectivamente designado, pues dado que el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria es finalmente quien lo elige, cualquiera de los tres candidatos propuestos por el Presidente, es de su entera confianza. Y es que tras todo nombramiento político no se puede esconder el «agradecimiento» por parte de quien le ha sido confiado un determinado cargo o función en razón de una particular relación de confianza. Tal aspecto es resaltado por GARCÍA MEXÍA, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, p. 257, quien en referencia a la designación del Fiscal General del Estado por parte del Gobierno español señala que «Se requiere pues una cierta “buena fe institucional” para creer en la neutralidad política del Gobierno a la hora de designar a un Fiscal General del Estado; como también para confiar en que el Fiscal General del Estado así designado fuera capaz de sustraerse a determinadas inclinaciones personales».

¹²⁵⁴ RODRÍGUEZ, Yolanda, “Maza asegura que no obedeció “órdenes de nadie” en el caso del presidente de Murcia”, Confilegal, (2017/04/13). Recuperado de: <http://www.confilegal.com/>

Para el funcionario, la forma de promover los ascensos y nombramientos al interior del Ministerio Fiscal constituye otro de los grandes problemas de la Institución¹²⁵⁵. Afirma que « [...] la cuestión de los ascensos y nombramientos en los que actualmente el Fiscal General del Estado ostenta facultades absolutas, al poder proponer al candidato que estime conveniente, es otra de las vías por las que “sufre” la imparcialidad del Ministerio Fiscal». Según el autor, los ascensos y nominaciones a los cargos máximos de la carrera, esto es, los Fiscales de Sala y los Fiscales Jefes, «son nombramientos discrecionales y no es difícil imaginar que un Fiscal General del Estado propuesto por un gobierno de un determinado color político proponga los ascensos y nombramientos de acuerdo con un determinado perfil político». Afirma asimismo que tal forma de proceder termina por convertir a los citados Fiscales en «vasallos» y, posteriormente, a través de instrucciones u órdenes provenientes del Fiscal General, «vendrán las actuaciones concretas y las iniciativas procesales que “comprometerán” el principio de imparcialidad»¹²⁵⁶. Reconoce que el hecho de haber vivido la «realidad práctica y cotidiana del Ministerio Fiscal» le permitió experimentar la «tensión» entre «el deber y la obligación de promover la acción de la justicia y la defensa de la legalidad», lo cual es una competencia que ya viene atribuida por la misma Constitución, y, lo que él mismo describe, «los intentos de instrumentalización de la institución por parte de los poderes públicos, en especial por el Gobierno de turno»¹²⁵⁷. Y esos intentos, según se afirma aquí, se explican por la necesidad de controlar riesgos.

¹²⁵⁵ La anterior situación no podría resultar más inconveniente teniendo en cuenta que, una aplicación ilegítima del mismo, podría permitir una actuación contraria a la aspiración constitucional. Y esto es así puesto que la facultad de «*asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos*», puede admitir un acto discrecional en dos direcciones. Por un lado, la posibilidad de hacerlo por cuestiones de eficiencia institucional, lo cual se corresponde con la legítima aspiración constitucional. Pero también, por otro lado, y aquí es donde radica el problema, la posibilidad de utilizar tal facultad para el favorecimiento de intereses de naturaleza particular. Esta amplitud normativa es comprensible si se tiene en cuenta la imposible concreción de todas las disposiciones jurídicas insertas en una Constitución. No obstante ello, dicha amplitud se reprodujo en las normas de rango legal. El artículo 116 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906/2004), terminaría incorporando el mismo precepto sin diferencia sustancial. De forma específica, dicho precepto refiere en su numeral segundo, entre las atribuciones especiales del Fiscal General de la Nación, la facultad de «*Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualesquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos*». Dicha facultad sería reiterada posteriormente por el mismo Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación (Ley 938/2004). El Art. 11.1 del Estatuto confirió al Fiscal General, la facultad de asumir, además de aquellas investigaciones y acusaciones que constitucionalmente le vienen asignadas, «*aquellas que en razón de su naturaleza, importancia o gravedad ameriten su atención personal*». Como puede colegirse, dichas potestades legales van en la misma dirección del art. 251 constitucional atrás referenciado, estableciendo en norma legal, la *facultad de remover de forma discrecional a los funcionarios en investigaciones y procesos*. En resumen, la amplitud e indeterminación de los preceptos constitucionales y legales, sumada la influencia del Ejecutivo en la cúpula del Órgano de investigación, dejan francamente abierta la posibilidad de incidir en el curso de los procesos penales, o lo que es lo mismo, de poner el órgano de persecución, al servicio de los poderosos de la Nación.

¹²⁵⁶ HIDALGO GARCÍA, José, “Imparcialidad del Ministerio Fiscal y Poder Político”, p. 74.

¹²⁵⁷ HIDALGO GARCÍA, José, “Imparcialidad del Ministerio Fiscal y Poder Político”, pp. 74 y ss. Detalla adicionalmente, que entre las causas por las cuales se dificultan, diría él, «imposibilitan» la actuación imparcial del Ministerio Fiscal son, entre otras, la falta de atribuciones del Consejo Fiscal, privándole según el autor, de la «posibilidad de oponerse a las propuestas de ascensos y nombramientos de cargos sin un mínimo apoyo en el seno del Consejo Fiscal, y que por tanto pueden ser «caprichosas» o claramente «arbitrarias»; también la autonomía presupuestaria, dado que difícilmente se pueden cubrir las necesidades funcionales, con lo cual se traduce en una «estrangulación» de las investigaciones e iniciativas que toma la Institución.

En consonancia con lo anterior, otro de los intervinientes en la citada Jornada, el jurista Luis BUENO¹²⁵⁸ (abogado y profesor de la Universidad Pontificia Comillas), sintetiza lo que para él constituyen algunos de los «enigmas» del Ministerio Fiscal español. Dichos enigmas son planteados a través de varios interrogantes concretos. Dentro de ellos cabe destacar uno en especial: «¿Acaso es posible que una instancia sea, funcionalmente, imparcial y, asimismo, rija su *modus operandi* según el dictado de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica?». A renglón seguido, responde que tal conclusión puede calificarse como «aporía»: una aporía por cuanto, dicho interrogante, encierra en sí mismo un «enunciado que expresa o que contiene una inviabilidad de orden racional», entre otras cosas, porque existe un «[...] contrasentido normativo consistente en establecer una vía de complementariedad entre imparcialidad, por un lado, y la unidad de actuación y la dependencia jerárquica, por otro». A su juicio, dicho resultado puede calificarse como una «antinomía», dado que dicho enunciado comprende «una contradicción entre dos preceptos legales y/o principios racionales». Este razonamiento teórico permite entender de forma meridianamente clara las razones por las que los de la clase política en un país como Colombia no quieren «soltar» el poder que tienen sobre el órgano de persecución penal.

Finalmente, como «colofón» a su intervención y citando a Alberto M. López¹²⁵⁹, refiere que este último ha reparado que la tradicional ambigüedad que caracteriza la institución del Ministerio Fiscal, «viene a ser el resultado de un conjunto de nociones (imparcialidad, independencia, objetividad, autonomía) imposibles de conciliar». Refiere que tales posiciones son hasta tal punto irreconciliables, que aun cuando «la Constitución y el Estatuto Orgánico digan otra cosa, los Fiscales no son imparciales, no pueden serlo y, además, tampoco resulta conveniente que lo sean». En referencia a la posibilidad de conceder la competencia exclusiva al Ministerio Fiscal español –como órgano titular de la acción penal- en su mandato de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, apunta precisamente el profesor GÓMEZ COLOMER algunas de las razones por las que tal atribución resultaría inconveniente. Su inconveniencia proviene de la misma estructura orgánica que adopta la institución, y tiene que ver con el hecho de que la dependencia del órgano al Ejecutivo le impediría promover el ejercicio de la acción penal de manera imparcial u objetiva¹²⁶⁰. En términos concretos, la diferencia estriba en la mayor independencia que tienen los jueces frente a los fiscales en el ejercicio de la acción penal. No hace falta un gran análisis para inferir que un fiscal sujeto al principio de jerarquía, puede ser desplazado de cualquier investigación en la que tengan interés los de «arriba».

¹²⁵⁸ BUENO OCHOA, Luis, “Enigmas y perplejidades en torno al Ministerio Fiscal”, en BUENO OCHOA, Luis, *Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal*, pp. 192-193.

¹²⁵⁹ LÓPEZ, Alberto Manuel, “El Ministerio Fiscal español. Principios orgánicos y funcionales”, en BUENO OCHOA, Luis, *Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal*, pp. 192-193.

¹²⁶⁰ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del derecho comparado”, *Revista Ciencias Penales*, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 13 de 1997, p. 70: De forma concreta, refiere el profesor GÓMEZ COLOMER que «[...] Pensamos que no ha llegado todavía el momento de emprender el cambio y es mejor que las cosas sigan como están, al menos en tanto en cuanto no se cumplan los siguientes requisitos: Mientras no se deroguen los arts. 8, 14.2, 29.1, 34-1º, 35.1 y 36 EOMF, por los que el Fiscal puede quedar sometido a una orden del Poder Ejecutivo, o se patentiza su vinculación con éste, y, por tanto, no sea independiente en el sentido más correcto del término (independencia, por cierto, que la propia Constitución española de 1978 no ha querido, v. su art. 124.2)».

Pero pese a la racionalidad de tal argumento, no son menos las voces autorizadas, también de la doctrina procesalista, que refieren que los principios y reglas bajo los que actúa el Ministerio Fiscal no son contradictorios. En este sentido lo refiere, entre otros, MONTERO AROCA¹²⁶¹. Para el eminente procesalista, con base en el principio de legalidad, el Ministerio Fiscal «[...] actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y a las demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan». Afirma igualmente que dicho principio no puede ser considerado contrario al de dependencia jerárquica, ya que cuando se considera incompatible, es porque se «[...] olvida que todos los poderes están sujetos al principio de legalidad (art. 9.3 CE)», y que adicionalmente, en lo que al Gobierno se refiere, éste «ejerce su función de acuerdo con la constitución y las leyes (art. 97 CE)», y que además, en lo que respecta a la Administración pública, ésta actúa «con sometimiento pleno a la ley y al derecho (103.1 CE)». Lo anterior no resultaría controvertible si no fuera porque, como el ilustre procesalista lo hace, lo argumenta sólo desde una perspectiva formal; observa el problema de la imparcialidad de los operadores del Ministerio Fiscal, fundamentalmente, desde el punto de vista de la aspiración constitucional y legal, no así desde la realidad material derivada de las falencias que posibilitan la maleabilidad ilegítima de las disposiciones normativas. Aquella reflexión se compadece a la perspectiva analítica formal atrás referenciada: organización respuesta.

Pero es que son múltiples las incongruencias que pueden presentarse entre las previsiones normativas y los actos materiales de los entes de control, particularmente cuando la misma configuración normativa es lo suficientemente amplia como para que sus operadores introduzcan variaciones ilegítimas. Las meras intenciones y finalidades legítimas constitucionales no son, por sí solas, garantía del buen desarrollo de las instituciones; hacen falta normas limitadoras de la discrecionalidad funcional alineadas con eficaces mecanismos de control de tales límites de moderación. Se comprende así cómo la sujeción del órgano titular de la acción penal a los pareceres de la clase política resulta nocivo. Por ello debe limitarse desde la misma normativa cualquier posibilidad de interferencia. Lo contrario permite justamente que los miembros del órgano de persecución penal se encuentren sometidos a presiones superiores. Pero no debe caerse en el error de pensar que esas presiones superiores se materializan en actos flagrantes de prevaricación por parte de los fiscales. Por el contrario, una de las formas más sutiles para desviar el éxito del procesamiento penal, como se verá más adelante, consiste en provocar la impunidad forzando la aplicación de las mismas reglas dogmáticas de orden sustantivo y procesal establecidas por la legislación. El intento de preclusión de las investigaciones por parte de los fiscales, amparados en reglas como la «imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia» establecidas por el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal colombiano, es uno de los mejores ejemplos para ilustrar cómo puede lograrse la impunidad de un acto de corrupción a partir de las propias reglas que prevé la ley penal.

¹²⁶¹ MONTERO AROCA, Juan (Dir.), *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 16ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 210-211.

Preceptos como los anteriores, como se ve, pueden en un momento determinado constituir una vía de escape más que pueden lograr quienes inevitablemente se ven abocados a enfrentar un proceso penal. Pero son más las alternativas que pueden utilizar estos sujetos. Los intentos de desviar las consecuencias de la infracción a través de la aplicación indebida de las causales que permite el denominado «principio de oportunidad» es otra de ellas¹²⁶². Dicho principio constituye otra fuente formal de impunidad en el ordenamiento procesal colombiano cuando se hace una ilegítima utilización de la misma. La presente cuestión se trata aquí no con el ánimo de controvertir la instauración del principio de oportunidad como herramienta procesal para mejorar la eficacia en la persecución de los delitos, instrumento que, como cabe recordar, permite suspender el ejercicio de la acción penal contra sujetos con cierto grado de responsabilidad penal a cambio de su colaboración dentro del proceso. Se trata, más bien, de alertar sobre otro de los mecanismos que permite una fácil instrumentalización de la acción penal por parte del poder político. En este tipo de estrategias para evitar la imposición de la sanción penal prevista para el correspondiente delito se añadan a las que en este trabajo se han denominado *estrategias dogmáticas de impunidad* (error de tipo, error prohibición, duda probatoria, etc.), las que se suelen invocar en las teorías de caso por parte de la defensa.

Y las primeras alternativas de impunidad son posibles, pues, gracias a la influencia que pueden realizar ciertos agentes sobre los órganos superiores del órgano de persecución penal. Las anteriores afirmaciones no están ni mucho menos salidas de la realidad. La misma realidad que envuelve a la Fiscalía General de la Nación del Estado colombiano permite adoptar al milímetro las diversas conclusiones que se acaban de soslayar. El principio de jerarquía y la discrecionalidad para el traslado y remoción de fiscales dificulta evidentemente una labor de persecución objetiva de influyentes corruptos. Como describe el Fiscal José HIDALGO, la posibilidad de remoción de los Fiscales Jefes (Fiscales Coordinadores según la estructura orgánica de la FGN), constituye uno de los factores que pone en tela de juicio la imparcialidad del órgano de persecución penal. Y ello en la medida que se trata «de una remoción sin causa por la cual pueden ser removidos los Fiscales Jefes “incómodos” para el Fiscal General del Estado o el gobierno»¹²⁶³. Son precisamente este tipo de interferencias las que impiden, en el ámbito investigativo y judicial, la independencia e imparcialidad de fiscales en el ejercicio de su respectiva función¹²⁶⁴. En este sentido se afirma que ello posibilita el control del riesgo de sanción.

¹²⁶² VERBAELE, John, “El Principio de oportunidad no quiere decir automáticamente impunidad”, *Ámbito Jurídico*, (2015/11/2015): «Paradójicamente, muchas veces, el “ciudadano de a pie” percibe la aplicación de la justicia negocial como impunidad, pues su ideal de justicia es ver al ladrón del celular en la cárcel. ¿Cómo cambiar esa mentalidad?». Recuperado de: <http://www.ambitojuridico.com/>

¹²⁶³ HIDALGO GARCÍA, José, “Imparcialidad del Ministerio Fiscal y Poder Político”, p. 76.

¹²⁶⁴ BERGALLI, Roberto, “Jurisdicción y administración de justicia...”, pp. 325-326. Señala que dicha independencia es el principio que debería regir también la función del Fiscal, pues a juicio del autor, dada la estructura judicial en la que aquél opera, en dicho ámbito no sólo debería existir «un clima de desjerarquización y desburocratización que favorezcan su autónoma capacidad decisoria», sino además, como garantía de la independencia judicial, en este caso la independencia *personal* del juez, la consideración de diversas las garantías inherentes a su propia función, entre otras, «su eventual remoción, o sea en qué modo y por quién un juez puede ser legítimamente privado de su cargo», o bien «la *inamovilidad*, es decir aquellas garantías que circundan su eventual transferencia, sea de un lugar a otro, sea de una función a otra, incluso dentro del mismo asiento judicial».

Problema añadido es el descrito por GARCÍA MEXÍA¹²⁶⁵. En su referencia a la problemática de la incoación de procesos en materia de delitos relacionados con la corrupción, señala que además de la inmunidad parlamentaria como barrera frente a la incoación de procesos penales contra parlamentarios, existe otra dificultad similar que es la persecución penal dirigida contra miembros del poder ejecutivo: la dependencia jerárquica del Fiscal General del Estado y la Fiscalía Especial anti-corrupción. Según lo apunta el autor, siendo la pieza clave del sistema acusatorio español el Ministerio Fiscal y a pesar de los serios fundamentos jurídico-positivos que avalan su intervención en la incoación de procesos por delitos relacionados con la corrupción, dos de sus órganos vitales, el Fiscal General del Estado (en su calidad de cúspide del Ministerio Fiscal) y la llamada Fiscalía especial anti-corrupción, « [...] podrían suscitar alguna duda en cuanto a su adecuación ideal para perseguir tales delitos, cuando sus presuntos autores fueren miembros del Gobierno o altos cargos de la AGE». Puntualiza el autor que lo que hace « [...] sospechar de que su disposición podría no ser la ideal, o la más deseable, es la vinculación al Gobierno de ambos órganos, directamente en el caso del Fiscal General del Estado e indirectamente, a través del propio Fiscal General del Estado, en el de la Fiscalía especial “anti-corrupción”». Y es que ¿cómo pretender poner en marcha la Unidad Anticorrupción frente a corruptos pertenecientes a las altas esferas del poder, si el ejercicio de la acción penal se encuentra sujeta a las directrices de un Fiscal General nombrado por los grupos políticos con influencia en esas esferas de poder?¹²⁶⁶ La respuesta es más que obvia. La misma respuesta que explica que los jefes de partidos políticos en Colombia, ante cada periodo de elección del Fiscal General, presionen al Presidente del Ejecutivo para que incluya en la terna de candidatos al prospecto de su conveniencia. El siguiente pasaje de prensa ilustra el «desespero» de los jefes de partidos políticos para hacerse con el cargo:

La semana pasada varios medios de comunicación hablaron de una visita que el expresidente César Gaviria y el senador Horacio Serpa le hicieron al presidente Juan Manuel Santos. En la agenda de la reunión figuró la petición de que la terna para fiscal estuviera compuesta exclusivamente por miembros del Partido Liberal. [...] Pero que la independencia sea lo deseable no necesariamente significa que sea posible. Aunque no todos los partidos políticos están reclamándolo abiertamente, la designación del próximo fiscal se ha convertido en una batalla campal en la que detrás de cada candidato importante hay intereses o grupos de presión¹²⁶⁷.

¹²⁶⁵ GARCÍA MEXÍA, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, pp. 253 y ss.

¹²⁶⁶ Similar problema presenta la Fiscalía especial anti-corrupción del Estado español, pues tal como recuerda GARCÍA MEXÍA, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, p. 261, «Mas hoy por hoy, sigue siendo cierto que: esta Fiscalía actúa «bajo la dirección del Fiscal General del Estado» (art. 18.1 EOMF, en redacción conferida por la Ley 10/1995); que la Fiscalía especial sólo intervendrá en aquellos procesos penales que, refiriéndose al ya citado elenco de delitos económicos «relacionados con la corrupción», revistan una «especial trascendencia», debiendo ser el Fiscal General del Estado, y no el propio Fiscal especial, quien haya de apreciarla (art. 18 ter EOMF, tras la Ley 10/1995); o que –como por lo demás sucede respecto de todos los demás destinos correspondientes a la categoría primera de la carrera fiscal- es el propio Gobierno, previo informe del Fiscal General del Estado, quien provee el destino de Fiscal Jefe de esta Fiscalía especial (art. 36.1 EOMF, tras la Ley 10/1995), mientras de nuevo el Fiscal General del Estado puede designar «uno o varios Fiscales de cada Fiscalía para su integración» en esta tan mentada Fiscalía especial (art. 18 ter EOMF, tras la Ley 10/1995)».

¹²⁶⁷ Revista Semana, “La batalla por la Fiscalía”, (2016/04/16). Recuperado de: <http://www.semana.com/>

El aspecto de la dependencia política de los funcionarios superiores de la Fiscalía presta suma relevancia en el ordenamiento jurídico colombiano. Desde el plano teórico, ya se dijo que una cosa es el estudio de las instituciones desde lo que se ha denominado «organización respuesta» (plano formal) y otra muy distinta la denominada «organización construcción» (plano material). Traducidas estas dos perspectivas de análisis al tratamiento que en el Estado colombiano se le ha dado a la *grand corruption*, puede verse como una de las medidas «respuesta» la creación de la denominada Unidad Nacional Anticorrupción adscrita al Despacho del Fiscal General. Se trata de una Unidad especial de la Fiscalía General de la Nación que asume la investigación exclusiva de aquellos casos de mayor relevancia, atendiendo para ello no sólo a la «naturaleza de los hechos que se investigan», sino también a la «calidad de los implicados»¹²⁶⁸. Pero situación bien distinta es si se observa el papel de la precitada Unidad desde el enfoque material («organización construcción»): De la forma como se asigna el conocimiento de los casos a esta dependencia de la Fiscalía General de la Nación (en razón de la «naturaleza de los hechos que se investigan» y de la «calidad de los implicados»), la posibilidad de instrumentalización de este órgano queda servida a quienes mueven los hilos de la Entidad. Y es que si las actuaciones de la Unidad se encuentran sujetas a lo que determine el Fiscal General de la Nación (tal como lo consagra el art. 2º de la Resolución 0-0227 de 1998)¹²⁶⁹, luego no debe resultar extraño que quienes promovieron su nombramiento se valgan de ello para interceder frente a las investigaciones de su interés. Es que nótese cómo los criterios de selección de los casos de corrupción que puede asumir esta Unidad especializada definen, al milímetro, la corrupción que afecta a los altos dignatarios del Estado: 1) gravedad y complejidad de los mismos; 2) la naturaleza de los hechos que se investigan; 3) la calidad de los implicados; 4) la connotación nacional e incluso internacional de los temas involucrados; 5) la cuantía de los recursos públicos comprometidos; y 6) la necesidad de hacer eficiente y eficaz la administración de justicia. Luego si los altos mandos de la Fiscalía presentan una gran dependencia respecto del poder político de turno, sólo pueden suceder dos cosas: Por un lado, que los delitos de los aliados de ese poder de turno duerman el sueño de los justos en los anaqueles del órgano de investigación; o, por otro lado, que los esfuerzos se efectúen frente al grupo político opositor, pues con ello se acalla la voz de quienes de algún modo exigen resultados en el procesamiento judicial del delito y, de paso, se neutralizan a los opositores incómodos.

¹²⁶⁸ En los siguientes términos lo describe el Informe Audiencia Pública de rendición de cuentas del periodo 2009-2010 de la Fiscalía General de la Nación: la Unidad Nacional «[...] asume el conocimiento de casos considerados como de posible corrupción, asignados especialmente por el señor Fiscal General de la Nación en atención a la gravedad y complejidad de los mismos, la naturaleza de los hechos que se investigan, la calidad de los implicados, la connotación nacional e incluso internacional de los temas involucrados, la cuantía de los recursos públicos comprometidos y la necesidad de hacer eficiente y eficaz la administración de justicia».

¹²⁶⁹ Según la norma, la «carga laboral» de la Unidad Nacional Especializada en Delitos contra la Administración Pública, hoy denominada Unidad Nacional Anticorrupción, «[...] estará determinada por la asignación especial de casos de corrupción administrativa de impacto nacional y local que determine el Despacho de la Fiscalía General de la Nación, atendiendo los criterios que regentan la asignación de casos a esta Unidad».

La prevención eficaz de la corrupción pasa, en tal modo, por reevaluar aspectos como el aquí referido. La marcada dependencia del órgano de persecución penal respecto del poder político no puede, en este sentido, convertirse en una traba para la promoción objetiva del ejercicio de la acción penal. Debe ser, por el contrario, una función imparcial, ceñida a los más estrictos cánones de legalidad, no así, una institución politizada, parcializada e instrumentalizada. Muestra de ello es la apuesta en otros ordenamientos como el chileno por la independencia externa e interna del órgano titular de la acción penal y la primacía de criterios de selección funcional basados en altos niveles de formación y especialización por medio de reglados procesos meritocráticos¹²⁷⁰, no fundados en criterios meramente políticos¹²⁷¹. Y lo anterior es importante, como se ha dicho, no sólo por la necesidad de evitar desde la misma regulación constitucional influencias e interferencias directas que, desde otras ramas del poder público, pueden afectar el ejercicio objetivo de la acción penal¹²⁷², sino también para evitar el debilitamiento de la fuerza suasoria del Derecho penal. En este sentido, como se ve, la tesis clásica acerca de que la *in-certeza* de la pena afecta la motivación delictiva mantiene plena vigencia. Psicológicamente, la misma tesis se sostiene: «Cuando la gente comete actos ilegales sin ser castigada por ello, considera que existe menos riesgo de castigo legal», afirma BANDURA¹²⁷³. Por tal razón, como apunta el mismo autor, «el efecto disuasor de la sanción legal percibida parece ser débil»¹²⁷⁴. Y ello normalmente se debe, como también lo precisa el reputado Psicólogo, «[...] a que se considera relativamente baja la probabilidad de ser detenido»¹²⁷⁵. El control político de los controladores del delito (fiscales), como es fácil inferirlo, limitan esa probabilidad de que los altos dirigentes públicos puedan ser procesados. Y los corruptos lo saben muy bien.

¹²⁷⁰ Como recuerda MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, p. 40: «El modelo francés, por el contrario, sobre todo después de las reformas napoleónicas, establece una administración pública compacta, fuertemente organizada y estructurada jerárquicamente como una forma de reacción contra las prácticas vigentes en el Antiguo Régimen donde los cargos públicos se tenían a perpetuidad, se podía disponer de ellos y hasta se heredaban. En este modelo, se parte de la base de que el funcionario requiere una preparación especializada y por ello los funcionarios son escogidos de acuerdo con sus méritos, ingresando en un cuerpo donde se puede ascender en su estructura según pautas bien regladas». Afirma asimismo el citado autor refiriéndose a algunas de las medidas tendentes a evitar comportamientos impropios en los funcionarios públicos, que «el reclutamiento, las características exigidas para cumplir una determinada función, la estructura jerárquica y las formas de ascender en el escalafón profesional estén determinados con precisión y claridad, y sean criterios todos ellos efectivamente aplicados en la práctica, constituyen reaseguros para el buen comportamiento de los empleados públicos». Según lo pone de relieve, tal configuración funcional «evitaría que los funcionarios se transformen en “botín de guerra” de quien detente efectivamente el poder político y los utilice como cómplices para favorecer sus prácticas corruptas» (Ibíd, p. 80).

¹²⁷¹ La designación del Fiscal General de la Nación, tal como fuera concebido por la Constitución Política de 1991, permitió una gran discrecionalidad del Ejecutivo al respecto. Dicha forma ha sido cuestionable, entre otras cosas, por no exigir un proceso de selección medianamente racional, ni siquiera, tal como ya ha sucedido, formación o especialización en materia penal.

¹²⁷² Similar consideración propone GARCÍA MEXÍA, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, p. 260. Como medida necesaria para la persecución penal efectiva libre de presiones políticas por parte de los miembros del Ministerio Fiscal español en su tarea de perseguir los delitos de corrupción. Según el citado autor, «[...] si algún día se garantizase el despegue definitivo del Ministerio Fiscal frente al Gobierno, incluyéndolo sin ambigüedades en el poder judicial, aumentarían a nuestro juicio las posibilidades de que los presuntos autores de delitos “relacionados con la corrupción”, que aquí nos ocupan, se vieran sometidos a la acción penal que el Fiscal General del Estado emprendiera».

¹²⁷³ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 300.

¹²⁷⁴ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 300.

¹²⁷⁵ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 300.

4. Etapa judicialización: control del proceso de aplicación de las reglas de judicialización

La complejidad que caracteriza tanto el proceso de gestión pública como la correlativa estructura fraudulenta que se configura de forma paralela al primero, se compadece con la dificultad que comporta su tratamiento desde el punto de vista de la producción normativa (técnica legislativa) y la aplicación judicial de la ley penal. Esa complejidad en el tratamiento normativo se expresa a nivel sustantivo y procesal. Parte de esos problemas de tipo normativo, como se avanzará seguidamente, vienen dados en buena medida por la dificultad de armonizar aquéllas disposiciones de orden jurídico-penal con el ordenamiento administrativo, cuyos preceptos normativos constituyen la base de incriminación de los correspondientes tipos penales. Basta dar una mirada a cualquiera de los estatutos oficiales de contratación pública para darse cuenta acerca de la complejidad de los distintos procedimientos, lo que al final genera serias dificultades para precisar, desde el punto de vista de la exigencia de *legalidad estricta* de la norma jurídico-penal, el contenido del *tipo* (de sus elementos normativos y descriptivos). Por otra parte pueden presentarse también serias dificultades para diferenciar entre una conducta penalmente prohibida y otras de análoga configuración objetiva admitidas institucionalmente. Es el caso del tráfico de influencias, delito que en la práctica resulta difícil diferenciarlo de las prácticas de *lobby* agenciado por representantes de corporaciones económicas; en últimas es un elemento *subjetivo* lo que los diferencia. Luego también resulta complejo establecer hasta qué punto quien ostenta la dirección de una entidad determinada es conecedor de las prácticas ilícitas que se gestan en su interior, o bien si se trata de negligencia o impericia en su gestión.

Por las anteriores y otras razones asimiladas, como se verá, la aplicación judicial de la ley penal en materia de corrupción no siempre resulta realizable. A nivel sustantivo, concretamente, el operador judicial se topa normalmente con la impetración, por parte del equipo de la defensa del corrupto, de los denominados errores de tipo y de prohibición. Aquí el argumento defensivo, como se sabe, es un presunto desconocimiento afinado ya sea en los elementos descriptivos o normativos del tipo o en la entidad prohibida de la conducta. En estos casos el problema de conocimiento se vincula necesariamente al aspecto probatorio, pues el operador judicial debe establecer hasta qué punto el procesado conocía o tenía la obligación de conocer la práctica corrupta que supuestamente tenía lugar a sus espaldas. A nivel procesal, por su parte, corresponde al juez establecer qué «peso» tiene ese presunto desconocimiento frente a la entidad de los deberes inherentes a la posición del servidor público, a la hora de certificar el grado certeza que se precisa para superar la duda y salvar el principio de presunción de inocencia (*e in dubio pro reo*). Es de este modo como lo sustantivo y lo procesal, atravesados por lo probatorio, terminan convirtiéndose en una de las últimas armas con que cuenta el corrupto para mitigar el riesgo que teóricamente encarna la infracción penal. Y se dice «de las últimas» armas, porque de no escapar a la condena judicial, conservaría la posibilidad de obtener beneficios penitenciarios en la fase de ejecución penal: suspensión condicional de la pena, sustitución de la pena intramural por el domicilio, etc. Corresponde, entonces, abordar seguidamente cómo pueden estos aspectos contraer la fuerza constrictiva de la norma jurídico-penal.

4.1. Estrategias dogmáticas de impunidad de orden sustantivo

Se ha mencionado ya con suficiencia que la estructura material de ciertos actos de corrupción alcanza a veces una complejidad de tal entidad que resulta difícil efectuar un proceso de subsunción típica con la facilidad de los denominados delitos «tradicionales» -y aún en algunas modalidades de corrupción-. Esa complejidad no viene ligada tanto a la comprobación del elemento finalístico que impulsa el acto corrupto, como por ejemplo certificar el recibo de la comisión dineraria que solicita un funcionario o político para favorecer a un empresario determinado en un proceso de licitación y, en fin, para que el administrador público facilite cualquiera de las múltiples modalidades apropiadas para sacar partido ilícito del servicio público, sino a la estructura misma del esquema de defraudación. Con independencia de si se puede o no probar la transacción ilícita (con independencia de que luego no se realice el acto fraudulento por el que se pagó), lo que resulta complejo desde el punto de vista de la atribución objetiva y subjetiva del hecho corrupto al máximo gestor de una entidad pública y a su equipo de trabajo es el conocimiento o posibilidad de conocimiento sobre el mismo. Y es que es esta una de las más comunes estrategias utilizadas por los regentes ubicados jerárquicamente en una escala superior del organigrama institucional para intentar eludir la responsabilidad por los actos de corrupción que se suceden dentro de la entidad que presiden. Porque es que el gestor principal de una entidad puede simplemente favorecer a un empresario en un proceso de contratación sencillamente para pagar un favor de su campaña política, y su vinculación real con dicho favorecimiento sea tan sólo un guiño a su equipo operativo.

Ese guiño, pues, difícilmente va a poder probarse en el proceso, lo que precisa de una investigación mucho más compleja. Pero esto no siempre es posible. En casos como el presente, por ejemplo, es común en Colombia que cuando se descubre que un empresario determinado que ha resultado favorecido con un contrato público entregó dineros a la campaña política del gestor principal de la entidad contratante, este último apele a la frase que también ha hecho eco en este País: *«todo se hizo a mis espaldas»*. Y es que en ese País toda la corrupción que campea a sus anchas al interior de las instituciones públicas se hace *«a espaldas»* de su gestor principal. El problema es que tras esta resonante frase se esconde nada más y nada menos el argumento que luego permite defender a muerte la aplicación judicial de los referidos errores de tipo y de prohibición. De modo que si esta salida dogmática siempre se halla en la baraja de alternativas cuando fallan el control que puede tener el corrupto sobre el acto de denuncia, el proceso de investigación y el acto de acusación, también puede tipificarse tal posibilidad como otra de las formas de control material del riesgo punitivo que se suma a las anteriores. Por esta razón se defiende aquí la necesidad de ampliar la cobertura del deber que asume todo aquel que acepta la dirección de una entidad o proceso de gestión público determinado. Y es que no debe tener cabida el hecho de que el director de una entidad pública niegue tener relación alguna, aunque sea por simple omisión, con los hechos sistemáticos de corrupción que se produzcan al interior de la misma, pues si todos y cada uno de los cargos principales que conforman su equipo de gestión se «tuercen», el gestor principal debe hacerse responsable de ello. En este sentido la prevención del delito pasa por cerrar la puerta a ese supuesto desconocimiento.

La apelación a ese desconocimiento resulta posible, en gran medida, gracias a la propia estructura de la norma. La comprensión de la descripción jurídica (tipo penal) que realizan los diversos códigos penales en su Parte Especial referida a las formas tradicionales de delincuencia individual, como es lógico, resulta menos compleja que la prevista para las categorías asociadas a la criminalidad económica o la corrupción, problema que se agrava cuando se utiliza una técnica legislativa deficiente¹²⁷⁶. Pero la aplicación de los institutos jurídicos dispuestos en su Parte General no ofrece menores problemas. Naturalmente, dicho proceso resulta menos complejo tratándose de las primeras formas delictivas (delitos «comunes»), pues figuras como el error, la autoría o la participación se adecúan a la realidad –fáctica- que sustenta la prohibición¹²⁷⁷. Ello obedecería no sólo a la estructura material que los caracteriza y la unidad de acto que revisten estos delitos –lo que permite casi una perfecta adecuación típica-, sino además por el extendido tratamiento dogmático que se ha hecho sobre los mismos, realidad última que permite colmar satisfactoriamente la gran mayoría de las lagunas sustanciales que discurren en la aplicación del Derecho. El delito de interés indebido en la celebración de contratos tipificado por el Art. 409 del Código Penal colombiano, por ejemplo, al incluir un elemento altamente subjetivo en su descripción objetiva, permite representar esa complejidad en la comprobación del delito.

Similar conclusión ofrece BAJO con respecto a la tipificación del hecho económico. Según el autor, dicho proceso presenta cierta complejidad en la medida en que «Desde un punto de vista técnico surge ya la dificultad de traducir al lenguaje del tipo penal los conceptos y criterios pertenecientes al ámbito de la economía en dónde, por otra parte, influyen especialmente los rápidos avances tecnológicos...»¹²⁷⁸. No es secreto, pues, que es éste uno de los tradicionales problemas de la delincuencia de cuello blanco. Como señala ARÓSTEGUI, entre las características de los delitos que representan dicha categoría, además de las grandes dificultades que comporta en ciertos casos descubrir la identidad del autor del delito, existe cierta complejidad para que « [...] la conducta sea integrada en el tipo delictivo cometido». Según el autor, el último de los problemas vendría motivado « [...] por la complejidad y carencias de la ley que regula estas conductas...»¹²⁷⁹. Se presenta, a diferencia de los delitos tradicionales –que no ofrecen insalvables problemas de técnica legislativa ni de aplicación judicial-, serios inconvenientes de *encaje* derivados de la alta tecnicidad o especialidad de la materia regulada penalmente y del correspondiente lenguaje requerido para ello¹²⁸⁰. Y si esto es así, la actividad probatoria se verá limitada.

¹²⁷⁶ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, p. 67; MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases...*, pp. 310-311, señala con precisión la diferencia entre interpretar la norma en concreto, y la realidad que a la que se pretende aplicar dicha norma.

¹²⁷⁷ Como refieren FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, p. 60: «En efecto, el que, a veces, una figura delictiva económica dada sea inaplicable a un comportamiento criminal concreto depende no ya de los propios defectos que se pueda contemplar en la descripción de los elementos del tipo, sino de la adecuación de las disposiciones relativas a la parte general del derecho penal para acoplarse a las características de los delitos económicos, pues –como ya se ha advertido en otro lugar- la regulación, p. ej., de la tentativa, el error, autoría y participación o la prescripción no está concebida para tutelar intereses supraindividuales como son los que el llamado Derecho penal económico debe proteger».

¹²⁷⁸ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, p. 73.

¹²⁷⁹ ARÓSTEGUI MORENO, José, “Los fines de la pena y aspectos criminológicos del poder”, pp. 54-55.

¹²⁸⁰ FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, p. 61.

Si se piensa en el proceso exegético realizado por parte del operador jurídico frente a los problemas asociados a la delincuencia «común» resulta fácil advertir, en contraste con el tratamiento realizado frente a las formas de criminalidad económica o la corrupción, la diferencia entre dichos procesos. Así, mientras estas últimas precisan un conocimiento profundo del campo de protección, las primeras no sólo son fácilmente aprehensibles, particularmente por la notoriedad de su ejecución, su masiva difusión y su preeminente represión, sino también manejables desde el punto de vista jurídico, entre otras cosas, por la simplicidad del lenguaje que puede ser utilizado para su definición normativa¹²⁸¹. El apoderarse de una cosa mueble, el lesionar con ácido el cuerpo de una persona, el secuestro de un ciudadano, entre muchas otras conductas de la práctica penal cotidiana, no ofrecen serios problemas de definición jurídica. Pero tal definición no resulta tan sencilla tratándose de delitos económicos o de corrupción. Como refiere ROSE-ACKERMAN, a manera de ejemplo, «[...] las distinciones entre precios, sobornos, regalos y propinas son difíciles tanto de trazar como de valorar normativamente»¹²⁸². Luego es sobre esa misma subjetividad que encierra la acción, que se articulan estrategias defensivas apelando a presuntos errores en el conocimiento. Fue esta la estrategia defensiva que adoptó el exministro de Agricultura colombiano Andrés Felipe Arias, quien permitió el favorecimiento de políticos y terratenientes con la entrega de subsidios que estaban destinados a favorecer a los más necesitados. Así recoge la Sentencia número 37462 emanada de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia la tesis del abogado defensor:

[...] Este punible requiere para su estructuración la concurrencia de dolo, aspecto que lleva a referirse a dos temas, dilucidados en el juicio: que las actividades objeto de los convenios era de ciencia y tecnología y que el marco normativo escogido para celebrarlos no era la Ley 80 de 1993, sino los Decretos Leyes 393 y 591 de 1991. Por eso, la conducta reprochada es atípica, en tanto los negocios jurídicos se cumplieron acatando las normas que los rigen. La celebración de convenios de ciencia y tecnología para desarrollar el tipo de actividad contratada y que podían celebrarse de manera directa, era el entendimiento que imperaba en el Ministerio de Agricultura y los expertos sobre el tema. Por eso, si hipotéticamente se pensara que el objeto de los convenios no eran labores de ciencia y tecnología, el Ministro y a sus colaboradores, atendido ese entorno, habrían actuado bajo un error de tipo. Éste era invencible por las siguientes razones: se trataba de aplicar un instrumento legal diseñado para todo el sector agropecuario, con el propósito de afrontar el TLC con Estados Unidos; se pensaba, a partir de experiencia foránea conocida de cerca por funcionarios del Ministerio, que la mejor forma de entregar los estímulos era apoyar el fortalecimiento del riego y que para ello, lo óptimo era asociarse con una entidad que tuviera el conocimiento para manejar un fondo concursal de esas dimensiones y los convenios de ciencia y tecnología eran la forma que por lustros se había escogido, todo lo cual no hacía posible despejar el error. Y si se pensara que era un error vencible, no puede sancionarse, porque el delito no admite modalidad culposa.

¹²⁸¹ Como bien lo señalan FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, pp. 56-57: «En efecto, los comportamientos criminales —señala Pedrazzi— que pueden clasificarse históricamente como tradicionales y sociológicamente como típicos de las clases sociales inferiores no presentan serios problemas a la hora de realizar una definición legislativa, puesto que se trata de esquemas de comportamiento en su mayor parte familiares a la conciencia social y que pueden ser descritos en un lenguaje suficientemente popular, recurriendo a conceptos tomados de la experiencia común. Por el contrario, en la esfera de las conductas criminales económicas la formulación de tipicidades por parte del legislador encuentra graves obstáculos».

¹²⁸² ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos...*, p. 143.

El anterior fragmento jurisprudencial deja ver que la dificultad en la obtención y el correspondiente procesamiento judicial de los elementos materiales de prueba asociados a delitos inherentes a la actividad económica o a la gran corrupción pública, es consustancial a la complejidad misma de las tipologías criminales¹²⁸³. Basta ver la ya referida estructura dispuesta para circulación de comisiones corruptas por la multinacional Odebrecht. No es necesario realizar un esfuerzo mayor para deducir la sustancial diferencia que representa dicho proceso frente a las formas tradicionales de delincuencia individual. Como señala BAJO –citando a Zirpins-Terstegen-, mientras en casi la totalidad de los denominados delitos tradicionales la realización del hecho es «constatable por los sentidos desde el primer momento»¹²⁸⁴, en los delitos económicos, los cuales suelen realizarse bajo la forma aparente desde actos comerciales lícitos, la conclusión no es la misma. Ello se debería a que, en parte, a diferencia de los delitos clásicos en los que «su tipicidad, antijuricidad y culpabilidad» ya resulta fácilmente determinable dada la suficiencia de los indicios racionales de criminalidad, en los en los delitos económicos, por su parte, no sólo ello no se cumple, sino que además se dificulta especialmente el curso de persecución penal¹²⁸⁵.

En este sentido se facilita el referido control de la situación aversiva, pues cuando la conducta ilícita puede mimetizarse en la legalidad aparente, en últimas se afecta la entidad de la prueba. Bajo esa cobertura formal del acto criminal siempre subsistirá la posibilidad de que la aplicación de principios como el de legalidad estricta, en este caso tratándose de las prescripciones legales de orden sustancial, o bien como el *in dubio pro reo*, en este caso tratándose de las disposiciones constitucionales de orden procesal, terminen por dar cobertura a ese conjunto de estrategias de enfrentamiento del correspondiente proceso de sanción, en últimas, de control de la situación aversiva vinculada a la amenaza punitiva. A la validación de tal garantía contribuiría decisivamente, como también se ha apuntado, «la aparente honorabilidad y elevada posición económico-social de sus autores»¹²⁸⁶. Lo cierto es que el trato otorgado por los operadores de justicia a los delincuentes económicos, se compadece con el trato de favor que reciben tanto del mismo legislador como de la opinión pública¹²⁸⁷. Se entiende así, como bien lo apuntan FERNÁNDEZ ALBOR y MARTÍNEZ-BUJÁN, que «Si estos mecanismos de reacción social privilegian la delincuencia económica, no puede resultar extraño que semejante actitud se proyecte en los Tribunales penales»¹²⁸⁸.

¹²⁸³ Con respecto a las dificultades para la obtención de la prueba en los delitos asociados a la corrupción, apunta RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Corrupción y contratos públicos: la respuesta europea y latinoamericana”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., *Corrupción y delincuencia económica*, p. 171, «Es muy difícil, sin embargo, demostrar el cobro de comisiones o el tráfico de influencias, como demuestra el reducido número de condenas penales por estos delitos».

¹²⁸⁴ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, p. 73.

¹²⁸⁵ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, p. 74.

¹²⁸⁶ FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, p. 44.

¹²⁸⁷ Como recuerdan FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, p.37, «Puede considerarse una característica de la criminalidad de cuello blanco en general la existencia de una notable indulgencia hacia la misma. El propio Sutherland, al abordar la problemática que planteaba la *White-Collar Criminality*, pudo advertir que los delitos de cuello blanco, cometidos por personas de *status* socioeconómico en el desarrollo de su actividad profesional, eran tratados de forma benévola por el legislador, Tribunales de justicia y amplios sectores de la opinión pública...».

¹²⁸⁸ FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, p. 44.

La correlación efectuada entre la estructura del crimen socio-económico y los propios esquemas de corrupción asociados a los procesos de gestión de las instituciones del Estado no es ni mucho menos absurda. Por el contrario, la estructura complicada en la que se incardinan ciertos procesos de gestión pública se corresponde con un ámbito igual de complejo como en el que operan las distintas corporaciones económicas privadas. En dichos ámbitos no sólo confluirían las dificultades propias del sector, sino también otros fenómenos como los avances tecnológicos o la sofisticación e internacionalización de la economía¹²⁸⁹. Esto sin hablar de aquellas circunstancias determinadas por la propia complejidad de la regulación administrativa de la respectiva materia y de otros problemas vinculados a la misma evolución de la delincuencia, entre otros, la transnacionalización del crimen organizado o la utilización de paraísos fiscales, que desbordan frecuentemente las previsiones del legislador. Luego la estrecha relación que se produce entre la corrupción y la dinámica de las multinacionales o empresas nacionales con relaciones comerciales internacionales, no trae menores problemas jurídicos relacionados con la internacionalización de la delincuencia¹²⁹⁰. Se presentan, especialmente, serios problemas de jurisdicción, armonización de la ley sustancial, incompatibilidades de orden procesal, entre otros problemas asociados, sin mencionar la falta de cooperación policial y judicial. A estas dificultades se aúna el distanciamiento de los altos dirigentes respecto de los ejecutores materiales del ilícito. Ilustrativa es la referida sentencia de la Corte Suprema de Justicia que declara la responsabilidad penal del Senador Néstor Iván Moreno Rojas:

[...] su ratificación como Directora del IDU se debió a que se quería aprovechar su «*experiencia*» y que se sabía que iba a acatar las órdenes que sobre asignación de contratos le diera el Senador NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS y el alcalde Samuel Moreno Rojas, pues emerge diáfano que su permanencia en el cargo que posiblemente le permitió recibir dádivas y acrecentar indebidamente su patrimonio, dependía de su «*funcionamiento*» en todo este engranaje criminal¹²⁹¹. En este punto se le debe hacer claridad al defensor y al acusado en torno a que en el delito de interés indebido en la celebración de contratos no se parte de constreñimiento alguno ni de violencia contra los funcionarios del IDU, sino del influjo que en ellos representó su inclusión y permanencia en cargos directivos de la entidad, pues solo así se lograría su concurso en los actos de manipulación contractual¹²⁹².

¹²⁸⁹ Como pone de relieve LUZÓN CÁNOVAS, Alejandro, *Delincuencia económica...*, p. 11, «En las últimas décadas han ido apareciendo nuevas formas de delincuencia económica y se han perfeccionado los sistemas de ocultación de las conductas delictivas tradicionales, al amparo de un sistema económico que cuenta con estructuras nacionales e internacionales cada vez más complejas, en el que las transacciones económicas y financieras se ejecutan con extraordinaria celeridad a escala mundial».

¹²⁹⁰ En consonancia con lo anterior, señala BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico...*, p. 74, «Las dificultades de persecución se producen también a nivel internacional. Como ya apuntamos, los delitos más graves se producen a nivel internacional, en varios países a la vez, apareciendo auténticas organizaciones cuyo poder no es abatible con el control nacional. A este nivel, el derecho penal sustantivo tiene dificultades de unificación, sobre todo en materia de responsabilidad criminal de personas jurídicas, características procesales y clases y cuantía de las sanciones. El derecho procesal, a su vez, se encuentra con el obstáculo de la facilidad del delincuente para cruzar fronteras muchas veces utilizando vías diplomáticas, y la negativa a la extradición por motivos fiscales o monetarios. La dificultad procesal última se encuentra en el secreto bancario suizo». Sobre la internacionalización de la delincuencia, Véase también, FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, pp. 49 y ss.

¹²⁹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 34282, del 27 de octubre de 2014.

¹²⁹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 34282, del 27 de octubre de 2014.

La utilización de subordinados para la ejecución *disimulada* del hecho corrupto es otra de las grandes circunstancias que dificultan la asignación de responsabilidad sobre los «señores» de la corrupción. Se produce, a partir de esa impersonalización, una «*dispersión de la responsabilidad*»¹²⁹³ que desvía la atención hacia las «piezas» débiles del engranaje de corrupción. Es por ello que no es extraño ver cómo, tras el «destape» de ciertas tramas de corrupción en las que son señalados los máximos representantes de partidos políticos o de una Administración, éstos aduzcan automáticamente el desconocimiento de la situación. Así, famosa se ha hecho en Colombia la expresión del expresidente Ernesto Samper Pizano, que ocupó la presidencia de la república durante el periodo 1994 - 1998, y que tras el destape de un escándalo marcado por la financiación ilícita de su campaña política y que dio lugar a la apertura del llamado «Proceso 8.000», despachó el asunto arguyendo: «*Si entró dinero del narcotráfico en mi campaña presidencial, en todo caso fue a mis espaldas*». La frase ahora de moda entre corruptos «pillados» es: «*todo obedece a una persecución política*». Y es que en estos casos no resulta extraño que la responsabilidad recaiga sobre los ejecutores de la acción corrupta. Pero se olvida con ello que la asignación de responsabilidad criminal no sólo debe alcanzar a todo partícipe o autor material, sino también, utilizando terminología periodística o coloquial, al autor intelectual del hecho (determinador) y a quien tiene el deber superior de evitar la generación de esos actos. Y para ello es precisamente necesario que se amplíe el deber de protección que deben asumir los gestores principales frente a la protección del bien jurídico. Pero ello no comporta un avallasamiento del principio de legalidad estricta o de otras garantías del procesado, sino más bien tomarse en serio y aplicar los principios de *igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad* que rigen el ejercicio de la función pública y que ya están consagrados en constituciones como la colombiana. Así parece haberlo entendido la Corte Suprema de Justicia en la referida Sentencia para salirle al paso al presunto error de tipo invocado por la defensa del exministro Andrés Felipe Arias:

La defensa ha predicado la existencia del error de tipo, causal de ausencia de responsabilidad establecida en el artículo 32 – 10 del Código Penal, así: [...] Sobre el tema corresponde indicar que el procesado, según surge de su testimonio, cuenta con una vasta formación académica en ciencias económicas, que unida a su experiencia profesional, acuñada desde sus inicios en el sector oficial, lleva a inferir que conocía la trascendencia de la contratación pública como medio para concretar los fines del Estado, así como la necesidad de adelantarla respetando las normas que la regulan y que ese deber se reclama con mayor razón de quien tiene la potestad de disponer de los recursos estatales. Por ello, no es posible admitir que el doctor *ARIAS LEIVA*, cuyo nivel de preparación académica es superior al promedio y fue caracterizado por quienes trabajaban a sus órdenes como un líder, muy inteligente, empoderado de su cargo y de sus deberes, meticuloso y exigente, no advirtiera la importancia que aparejaba su función de ordenador del gasto. [...] La contratación discrecional del IICA camuflada en la contratación directa e implementada a través de los convenios de ciencia y tecnología, inaplicables en razón al verdadero objeto de los contratos, desconoce que la función administrativa está al servicio de los intereses generales, es regida por los principios constitucionales de moralidad, eficiencia, imparcialidad y eficacia y se orienta al cumplimiento de los fines del Estado, de suerte que cualquier desviación en dichos propósitos implica su afectación.

¹²⁹³ GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 57.

La anterior cita permite apreciar claramente una de las típicas estrategias utilizadas por políticos de alta alcurnia para intentar eludir la responsabilidad penal. En casos como el anterior, según se acaba de apuntar, suele escucharse por parte del procesado y de su grupo político que tal procesamiento obedece a una persecución política proveniente del grupo que tiene el control del gobierno y del órgano de persecución penal. Esta afirmación no es ajena a la doctrina especializada y a la realidad misma de Estados como Colombia, pues como ya se enunció, la persecución de oponentes políticos por parte del detentador del poder de turno es otra vil forma de corrupción. Lo anterior se trae nuevamente a colación para insistir en la necesidad de ampliar normativamente el marco de deberes del regidor público, porque si en casos como el presente el procesado hubiera gozado de la simpatía – política- del director de la Fiscalía General de la Nación tras la denuncia que diera lugar a la apertura de la investigación penal, el delegado fiscal sin duda se hubiera podido inclinar en su defensa –tal como lo hizo en este caso el otro gran interviniente procesal con que cuenta el proceso penal colombiano: La Procuraduría General de la Nación, que como se sabe en Colombia –y se citará más adelante-, tal vez por la simpatía del Procurador General de entonces con el grupo político del exministro, su conducta fue calificada dentro del proceso disciplinario como de tipo culposa y defendida a muerte dentro del proceso penal por el delegado correspondiente –haciendo uso de su derecho de postulación procesal-. La redefinición normativa del marco de deberes, por tanto, cerraría el contorno de interpretación que esos órganos que se muestran favorables al corrupto pueden realizar de la norma y, a partir de ello, invocar las susodichas reglas dogmáticas de impunidad.

En el presente caso, como se ha mostrado someramente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sustentó la responsabilidad penal del exministro en una infracción de deberes que se acerca a la que aquí se postula. En razón de tal deber, al tenor de la alta Corte, el exministro «no podía limitarse a una simple revisión de documentos, pues como ordenador del gasto tenía el deber inexcusable de garantizar la legalidad de la actuación». En la infracción del deber que se halla tras este argumento y de otros diseminados en la precitada sentencia, como que la «*la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...*», extrajo la Corte un actuar no de carácter culposo, como referenció el delegado de la Procuraduría, sino eminentemente doloso. En los siguientes términos lo consideró el alto tribunal: «*Estas mismas razones impiden predicar la ocurrencia de un error de tipo superable, en tanto la prueba aportada acredita, no la violación a un deber objetivo de cuidado, sino la realización de una conducta eminentemente dolosa*». Todo lo anterior para sustentar que si bien la Corte para fundamentar la responsabilidad penal del citado funcionario realizó una interpretación acorde con la infracción del deber posicional por parte de aquél, ello no se hizo por virtud de una norma que estipulara de manera expresa y delimitada el conjunto de principios y obligaciones que integran el marco de deberes infringidos, sino por la vía de la interpretación. Por tal razón se propone aquí que ese marco sea ampliado y positivizado, en aras de obligar al servidor público a regirse por ese marco normativo y de cerrar la puerta a la interpretación eximente, exigiendo al operador judicial a fallar con base en el mismo.

4.2. Estrategias dogmáticas de impunidad de orden procesal

La complejidad que comporta la obtención de la prueba en razón de la sofisticación del acto delictivo, como ya se ha referido, representa uno de los modos que le permiten al corrupto alcanzar un control del riesgo de sanción vinculada a la situación delictiva. Esa complejidad, lógicamente, puede llegar a traducirse en un acopio probatorio deficiente que permita declarar la responsabilidad penal del corrupto. Y si a esa dificultad se aúna el alto estatus de éste, la aplicación del denominado *in dubio pro reo* no se hará esperar. Sobre este aspecto se ahondará aquí. Si se revisa la definición planteada por SUTHERLAND sobre el *White-collar crime*, saltará a la vista la relevancia de la condición personal que caracteriza la construcción conceptual. La respetabilidad y el alto estatus social, componente fundamental de tal construcción, constituye precisamente el aspecto que permite diferenciar al criminal de cuello blanco respecto del autor de otras tipologías que, a pesar de poseer una estructura material de análoga composición, menosprecian la posición personal del protagonista de la infracción. La importancia de tal distinción no es menor. En materia de corrupción, como se apuntó, el alto estatus del regente público y las potestades que normalmente van asociadas a su cargo o posición institucional le facilitarían concluir sus proyectos criminales. Esto se tornaría tal vez más difícil, si esa misma posición no le permitiera eludir los procesos de control formal. Realización perspicaz del acto punible y ocultamiento efectivo, de este modo, conformarían la unidad de sentido que determina una auténtica oportunidad delictiva. La importancia de tal concatenación en este punto radica, justamente, en que ella representa la invalidación proyectada de la situación aversiva.

En consonancia con lo anterior, apunta ARÓSTEGUI¹²⁹⁴ –realizando una correlación *criminológica* entre criminalidad de cuello blanco y corrupción– que el «estatus social-económico elevado y ser una persona respetable», además de producir algunos efectos como que la víctima «no intervenga tras la comisión del evento delictivo», también provocaría que el hecho «no sea perseguido por el Estado». Dicho problema no es, pues, ajeno a la corrupción que se produce en torno a los procesos de contratación pública. La condición y la posición del autor incidirían, como se ha puesto de presente, en todas las fases del proceso de criminalización: desde la fase de creación de la norma hasta su etapa de aplicación. Esta capacidad de influencia derivada de su condición personal o su posición institucional frente al esquema de la disuasión punitiva posibilitaría, por tanto, el control real de los efectos que teóricamente se derivan tras la infracción criminal, al punto que terminaría difuminando el miedo que respalda la imperatividad de la norma jurídico-penal. Frente al denominado «control cognitivo» de amenazas, apunta BANDURA que «Los pensamientos anticipatorios que no exceden los límites de la realidad tienen un valor funcional porque motivan el desarrollo de competencias y de planes de acción para afrontar las amenazas previsibles»¹²⁹⁵. Y la calidad del regente público tiene vital importancia en la proyección de esos planes de acción frente a los actos fraudulentos generados al interior de la entidad que preside, pues entre otras acciones que puede ejecutar para evitar la materialización del riesgo penal, se halla la selección de personal.

¹²⁹⁴ ARÓSTEGUI MORENO, José, “Los fines de la pena y aspectos criminológicos del poder”, pp. 53-54.

¹²⁹⁵ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 467.

La condición de respetabilidad que normalmente entraña la posición elevada del corrupto, como se ha apuntado, juegan un papel fundamental al momento de gestionar y ejecutar su proyecto criminal; también, por supuesto, es determinante para el control penal. Esta condición se halla vinculada a esa tendencia, podría decirse «natural», que tienen las personas de admirar a quienes pueden exhibir esos símbolos de estatus que normalmente «todos» desean para sí. Dicha condición se encuentra inescindiblemente ligada al poder político o económico que ostenta quien detenta tal condición según su esfera de actividad. La capacidad de decisión o de influencia que ostentan tales sujetos sobre otros agentes, más allá de las potestades legales inherentes a la función o cargo que representan, facilita la formación de una red clientelista y nepotista, en la que la concesión de favores por parte del alto político o servidor público (por ejemplo, la asignación de un puesto funcional), les permite ejercer un control directo posterior sobre el favorecido como contraprestación al favor entregado. Como se apuntó, son precisamente el «deber» de obediencia –no formal- implícito en las relaciones de subordinación política (padrinazgo político) y la obligación formal de obediencia derivada de prerrogativas públicas (jerarquía orgánica y funcional), dos condiciones determinantes para la realización y ocultación de ciertos actos al interior de las entidades del Estado. En la esfera del control penal no es distinta la conclusión. Es en el marco del proceso penal en donde la posición del corrupto resulta concluyente no sólo para sus interferencias ilegítimas sobre los operadores judiciales, sino además para lograr el máximo respeto de garantías procesales como el *in dubio pro reo*.

La posición del regente público resulta así, pues, determinante tanto para la generación del acto corrupto como para su proceso de encubrimiento. Dichas problemáticas no son ajenas al sector de las contrataciones públicas. La elaboración de los pliegos de condiciones a la medida de un determinado proponente –en los procesos de licitación pública-, o bien la selección directa de un determinado contratista –en la contratación directa-, se realiza normalmente con la sugerencia de la cúpula de la entidad contratante; una «invitación» en la que a los operadores de la respectiva entidad, con fundamento en la deuda adquirida por su nombramiento (no-meritocrático), no les queda otra alternativa que acondicionar el perfil del contratista «recomendado» a las exigencias legales de la correspondiente modalidad contractual. Como refiere ARÓSTEGUI¹²⁹⁶, «En ocasiones, los que ejecutan el hecho delictivo son terceros que son utilizados por el delincuente de cuello blanco desde la esfera de poder político o económico en que se encuentra instalado». Luego el control legal de tales modalidades fraudulentas se dificulta por las interferencias directas de orden interno y externo que puede realizar quien reúne tal calidad. Es así como la dependencia jerárquica funcional, ya sea de tipo formal o informal, presenta repercusiones tanto alrededor del proceso de gestación criminal como frente al correspondiente proceso de reacción institucional respecto del acto de corrupción. Y es en este sentido que podrá inferirse que la norma jurídico-penal perderá su capacidad constrictiva, pues uno de los componentes esenciales de esa fuerza coercitiva se halla en la mayor o menor posibilidad de que se materialice la amenaza prevista. Será este mismo entorno de secretismo el que finalmente afecte el conocimiento judicial del acto ilícito.

¹²⁹⁶ ARÓSTEGUI MORENO, José, “Los fines de la pena y aspectos criminológicos del poder”, p.55.

La capacidad de influencia que alcanza el corrupto de alto nivel puede traducirse, de ese modo, en un problema para el control penal vinculado a su condición. El tratamiento procesal benévolo, como se viene indicando, constituye uno de ellos. Si se pregunta por las circunstancias que pueden concurrir dentro del proceso penal o durante la fase precedente de investigación criminal, tratándose de un indiciado / imputado / acusado de relevante posición política, económica o institucional, hay que tener en cuenta, a parte de la complejidad técnica del problema, las consecuencias que potencialmente pueden derivarse de la condición o posición que ostenta el procesado; y no sólo por las influencias que éste pueda ejercer directa o indirectamente sobre funcionarios de las instituciones penales, sino también por la variedad de recursos que puede emplear en la defensa técnica de sus intereses. Parece natural que quien se ve implicado en un proceso penal quiera para sí el mejor de los abogados que tenga a su alcance. Psicológicamente, ello encuentra una razón en la necesidad de evitar dentro de las posibilidades la materialización del riesgo de sanción que tiene asociada la infracción. Al respecto, refieren FERNÁNDEZ ALBOR y MARTÍNEZ-BUJÁN, concretamente frente a los recursos que puede emplear el delincuente económico dentro del proceso penal, que éste puede valerse « [...] de su poderío y de su influencia para defenderse en el proceso mediante la utilización de toda clase de recursos, lo que supone una clara diferencia con respecto a la defensa procesal empleada por los delincuentes clásicos»¹²⁹⁷. Así mismo, con respecto a «las restantes autoridades de control», particularmente frente a la policía y «cualesquiera otra que se ocupan del descubrimiento y persecución de los delitos económicos», refieren los autores que éstos órganos « [...] otorgan un tratamiento más benévolo a delincuentes de esta índole que a los delincuentes clásicos»¹²⁹⁸. A estas ventajas en el tratamiento policivo y judicial se añaden los «paliativos» propios del proceso de ejecución de la pena: privación de la libertad en el domicilio como sustituto de la prisión intramural, libertad condicional, permisos especiales, reclusión especial, etc. Basta ver lo que sucede actualmente en Colombia con uno de los artífices del magnánimo «carrusel de la contratación» de la ciudad de Bogotá, Miguel Nule, quien tras ser condenado le hizo el quite a la prisión argumentando padecimientos de salud: «El empresario, condenado por el carrusel de la contratación, recibió este beneficio tras presentar un cuadro de depresión, obesidad y problemas cardíacos»¹²⁹⁹, narra un artículo de prensa. Todas estas posibilidades de intervención, en últimas, facilitarían el control situacional de esos miedos que se asocian a la sanción¹³⁰⁰.

¹²⁹⁷ FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, p. 42.

¹²⁹⁸ FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, p. 44.

¹²⁹⁹ El Tiempo, “Procuraduría apeló detención domiciliaria de Miguel Nule”, (2016/05/24). Recuperado de: <http://www.elespectador.com/>

¹³⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 266: « [...] modernas instituciones político criminales orientadas a la resocialización podrían chocar con el argumento de que debilitan la eficacia intimidatoria del sistema penal. Esto último sucedería en varios niveles. Por una parte, en los niveles de la imposición de la pena o de la ejecución penitenciaria de la misma: instituciones como la condena condicional, o el régimen abierto y la libertad condicional, pueden contribuir, ciertamente, de modo eficaz, cada una en su nivel, a la resocialización o no de socialización del sujeto, pero podría argumentarse que en algunos casos ponen en cuestión la confirmación de la “seriedad de la amenaza”, debilitando la intensidad preventiva. Por otra parte, ello podría alegarse de modo especial en el caso de la propia conminación penal abstracta, cuando ya a este nivel se advierte una abundancia de instituciones alternativas a la privación de libertad, y con alcance básicamente resocializador».

Más allá de las dificultades de encaje o subsunción sustantiva, tratándose de sofisticados esquemas de corrupción, uno de los mayores problemas de procesamiento judicial y que aquí se referencian como factor de control de la situación aversiva, está relacionado con las dificultades en la práctica de la prueba. Bajo la óptica del sistema procesal penal colombiano (Ley 906/2004), la prueba presenta un excesivo formalismo en su proposición, decreto y admisión. «Curiosamente», esa rigurosidad aumenta cuando el procesado es un delincuente de cuello blanco. Introducción de la evidencia, no idoneidad de los testigos de acreditación de la misma, defectos en la autorización judicial para su obtención (prueba ilícita), problemas de autenticación de documentos, validación de documentos obtenidos en el extranjero, autenticación de datos informáticos, etc., son apenas una muestra de esa complejidad procedimental que circunda la acreditación de los delitos del tipo referido y que producirían un alejamiento o desplazamiento de la certeza probatoria hacia el terreno de la duda probatoria. Luego, en el peor de los casos, esto es, tras una posible sentencia condenatoria, siempre estarán servidos los beneficios penitenciarios para lograr evadir el cumplimiento de la amenaza de pena (su «seriedad»).

En este punto cabe preguntar por qué razón el referido principio *in dubio pro reo* vinculado a la denominada duda probatoria parece alcanzar su máximo nivel cuando es un corrupto de alto estatus quien se encuentra sentado en el banquillo de los acusados. La tesis que aquí se postula es que, más allá del encantamiento que suele producir el delincuente de cuello blanco por «donde se mueva» –fundamentalmente por no encajar en el lombrosiano perfil criminal-, son sus aliados políticos los que tratan de salvarle del cadalso a como dé lugar, al punto de que los órganos que formalmente tienen el deber de defender la correcta gestión de lo público, prediquen sin ambages la inocencia de uno de los suyos. Por tanto, no resulta ni mucho menos casual que en el referido procesamiento del exministro Andrés Felipe Arias, la Procuraduría General de la Nación no sólo le haya tratado benignamente en su proceso interno, sino que además se postulara en su defensa dentro del proceso en el que terminara declarándosele responsable penalmente. Ello era de esperarse cuando el Procurador General de turno simpatizara con el jefe político del primero, el expresidente Álvaro Uribe. Así puede leerse en la citada Sentencia de la Corte Suprema de Justicia¹³⁰¹:

El señor Procurador Tercero Delegado, luego de referirse a los hechos materia del proceso y, después de una difícil argumentación, solicitó absolver al ex Ministro de todos los cargos imputados por la Fiscalía, para lo cual acudió a razonamientos que la Sala trata de sintetizar como sigue: [...] La Fiscalía acusó al ex Ministro Arias de entregar los subsidios del módulo de riego a los grandes productores y someter a los pequeños a créditos, afirmaciones que carecen de sustento probatorio. [...] No se demostró que el procesado haya actuado dolosamente... [...] No se demostró que el procesado haya actuado dolosamente, funciones y guardaron correspondencia con la institucionalidad de la cartera que presidía. [...] La Fiscalía únicamente probó que el Ministro ARIAS LEIVA hacía recomendaciones a la Unidad Coordinadora, que ostentaba la dirección del desarrollo de los convenios de implementación, conducta que, eventualmente, podría configurar el punible de tráfico de influencias, por el cual no se formuló acusación. [...] Así, no se pueden atribuir al acusado las irregularidades de tales actos administrativos, pero tampoco fundar el reproche solamente en la violación del principio de confianza.

¹³⁰¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 34282, del 27 de octubre de 2014.

Como puede evidenciarse de los anteriores extractos de la multireferida sentencia, el argumento dirigido a la absolución del funcionario establecido por su equipo de defensa y coadyuvado por el delegado del Ministerio Público, se sustentó sintéticamente en una intervención del procesado a caballo entre el supuesto desconocimiento de la ilicitud de la conducta y la creencia de «estar haciendo bien las cosas», en términos dogmáticos, entre el desconocimiento de los elementos objetivos del tipo y la falta de conciencia de antijuridicidad, lo que al final debía conducir, a juicio de aquel consorcio defensivo, a la absolución del exministro. Al paso de este presunto desconocimiento salió la Corte, como se ha indicado, realizando una construcción de la infracción del deber, en este caso apelando a los principios que inspiran la función pública. Pero al tratarse esta de una construcción interpretativa que recoge principios diseminados por la Constitución y la normativa administrativa, la misma hubiera podido ser en el mismo sentido de la hipótesis defensiva. De ahí la necesidad de normativizar ese marco de deberes para cerrar la puerta a interpretaciones benéficas y concienciar al regente público sobre la responsabilidad que pesa sobre sí. Esa ampliación y positivización del marco de deberes, en términos criminológicos, no tiene otra razón que cercar una estructura de oportunidades para el delito de la que necesariamente forma parte la entidad del riesgo a salir sancionado. Luego, como dogmáticamente debe resultar probado el carácter doloso de la actuación, esa misma positivización permitirá sustentar en factores como la mala selección de funcionarios o la insuficiencia de controles internos, la referida infracción del deber. De este modo la prevención vendría dada no sólo por la mayor pulcritud de la gestión, sino además por la correlativa limitación de las reglas dogmáticas que impiden el fundamento de la sanción.

Con esa ampliación, por tanto, se limitaría el control de la situación aversiva. Y ello porque, ya en términos psicológicos, el hombre puede aprender a controlar los factores generadores de miedo. Basta recordar el famoso y ya citado experimento «El niño Albert» referido por WATSON. Y si ciertos tipos de miedo pueden ser aprendidos, también es posible «desaprender». Conocida es la referida «terapia de asociación», que sintéticamente consiste en un acercamiento gradual o paulatino al objeto temido, en este caso para aprender una asociación de tipo distinto. Llevada esta idea al terreno del delito, claro está que a partir de la socialización de las instituciones primarias de control social puede la gente realizar asociaciones intensas entre el delito y el castigo legal. Pero luego a partir de los procesos de interacción, particularmente en el ámbito institucional público, quien se interna en esos ámbitos se da cuenta que tal riesgo es mínimo. En otros términos, se descubren las «leyes» que rigen esa situación emotiva mediante el acudimiento a la situación temida. Luego quien decide hacerse corrupto sabe que tiene las herramientas necesarias para acercarse a ella. En un primer nivel de acercamiento, un buen bufete de juristas seguro coadyuvará en esa aprehensión de la situación aversiva. En un siguiente nivel, un acercamiento al controlador de la situación aversiva (policía judicial, fiscales, jueces) ayudará a tener una mayor confianza sobre la misma. Y así sucesivamente. Mayor esa capacidad de afrontar el miedo, pues como ya se ha desarrollado, el aprendizaje humano no sólo se produce por ejecución, sino también de forma vicaria. Es así como la impunidad se instituye en un antídoto del miedo. Y el corrupto avezado, justamente, sí que tiene la posibilidad de acercarse sigilosamente a los factores que facilitan la impunidad.

5. Conclusión

Acertada es la premisa clasicista acerca de que la fuerza suasoria de la pena requiere, más que un alto nivel de gravedad o crueldad, un mayor grado de certeza o infalibilidad. Se ha indicado ya en que tal premisa debe tener como presupuesto que el individuo al que se dirige la amenaza de pena debe poder asociar a esa entidad de castigo el mismo conjunto de representaciones que teóricamente encierra, porque de lo contrario no tendría vocación de intimidarle. Pero también puede el hombre aprender a vencer los miedos construidos socialmente. El temor al castigo legal constituye uno de esos tipos de miedo. Y el afrontamiento personal de esta tipología se lograría, como se ha ahondado en este capítulo, cuando se aprende a controlar los factores generadores de impunidad. Ese control se lograría a través del dominio del proceso implementado por los aplicadores del miedo (los operadores del sistema penal) para asegurar la materialización de la sanción asociada al acto de infracción. Control del acto de denuncia formal del hecho irregular, tergiversación del proceso de investigación criminal y dominación de las reglas de judicialización conducentes a la exoneración de responsabilidad penal, se verían facilitados por diversas estrategias de las que puede valerse el avezado criminal de cuello blanco: mimetización del acto ilegal en las formas del proceso paralelo legal, influencias sobre inferiores en la escala jerárquica institucional, dificultades connaturales a la obtención criminalística de la prueba, intromisiones ilegítimas sobre el órgano público de persecución penal, dominación de las reglas dogmáticas de orden sustantivo y procesal, entre otras circunstancias vinculadas, harían parte de la batería de alternativas con las que cuenta el corrupto para asegurar ese entorno de seguridad (impunidad) en el que el miedo a la sanción termina diluyéndose.

De modo que la alternativa preventiva debe pasar por limitar normativamente esas herramientas que tiene al alcance el corrupto para generar el referido entorno de seguridad. Se ha indicado someramente que el aumento del marco de deberes que debe asumir el regidor público para evitar la lesión del correspondiente bien jurídico se instituye en una medida de primer orden para enfrentar esa estructura de oportunidad que se ve facilitada por la disminuida entidad del riesgo de sanción legal. Esa ampliación del marco de deberes implicaría no sólo la positivización unificada del conjunto de principios constitucionales y parámetros legales que inspiran el correcto ejercicio de la función pública, cuya infracción serviría de soporte a la estructuración de la distribución de responsabilidad penal, sino también la institución de un conjunto de cautelas de imperativo cumplimiento para todo aquel que decida asumir la dirección de una entidad pública: Selección meritocrática de funcionarios –basada en su idoneidad técnica y ética–, implementación de controles internos, facilitación de canales de denuncia, institución de códigos éticos y, en fin, la instauración de una serie de medidas que se vienen recomendando por los expertos para la prevención de la criminalidad económica o la corrupción. Pero la finalidad de tal implementación, como se propone aquí, no encontraría sustento sólo en un afán de prevención situacional, esto es, de complicarle las cosas a quien «lleva consigo» la disponibilidad a corromperse, sino de contrarrestar ese entorno de seguridad en el que los corruptos disipan la fuerza aversiva de la amenaza de sanción legal. Es por tal razón, como se ahondará seguidamente, que resulta imperioso el refuerzo de aquél deber posicional.

CAPÍTULO VIII

FUNDAMENTOS PARA LA IMPUTACIÓN DEL REGIDOR PÚBLICO POR LA INFRACCIÓN OMISIVA DEL DEBER POSICIONAL

1. Introducción

Se ha postulado hasta este punto la necesidad de ampliar el marco de deberes que deben radicarse en cabeza de todo aquel que asuma la dirección de una entidad pública. La redefinición del deber posicional de ese regidor frente a la protección del interés superior representado en el contenido moral del bien jurídico, como también se ha remarcado, halla su justificación en la necesidad de alcanzar una mayor cuota de prevención frente a las prácticas venales que se cristalizan al interior de esas entidades por causa de la desvinculación ética y normativa del gestor principal respecto de la tutela de tal interés. La gestión institucional en función del beneficio personal y de grupo, y no del interés general, precisamente, se ve posibilitado por esa baja exigencia que el propio legislador, personificado muchas veces en esos mismos intereses privativos, tolera estratégicamente. Nombramientos «a dedo» de los administradores públicos y de sus colaboradores inmediatos sin sujeción a ningún criterio de idoneidad ética, técnica y jurídica, es uno de los ejemplos más vistosos de esa tolerancia gubernativa y legislativa de los factores facilitadores de la corrupción. Y es que si las entidades cardinales del Estado pueden ser comandadas por «cualquiera» cuyo mayor mérito es tener una conexión con uno de los políticos de «arriba», no ha de resultar extraño que la entidad correspondiente se dirija de «cualquier forma». Pero el problema no está vinculado sólo a la ineficacia administrativa derivada. El verdadero problema, que es el que aquí interesa, es que cuando los más importantes procesos de gestión económicos de la vida pública se dejan en manos de quienes piensan que la pulcritud ética es una cosa de académicos, las oportunidades para la corrupción siempre estarán servidas. En esta falencia se sustenta, pues, la necesidad de redefinir el deber posicional del regente frente a la cosa pública, tendente no sólo a posibilitar la prevención situacional del delito –dificultando la instalación de prácticas sistémicas de corrupción–, sino también en su dicción de intimidación: incrementando el nivel de riesgo de sanción. Para esto último, entonces, se propone una redefinición de algunos de los criterios dogmáticos de imputación, tendentes a implicar en un mayor grado al regidor público frente a las opciones de corrupción que pueden crearse en su entorno.

2. Echando a andar: perfilamiento de la propuesta de intervención preventiva

El propósito de este capítulo es, pues, claro: Se trata de redefinir algunas de las categorías subjetivas de la teoría del delito a partir de la realidad criminológica que rodea el fenómeno delictivo estudiado, con el único fin de asegurar una mayor operatividad de la función preventiva que está llamada a cumplir el Derecho penal. Para tal cometido se asumen tres premisas. La primera es que la amenaza de pena, en tanto que criterio vital de una teoría del delito definida por su función preventiva, debe de alguna forma poder participar en la estructura subjetiva de las correspondientes categorías dogmáticas. De este modo se afirma que intención e intimidación operan en un mismo plano de representación cognitiva. En tal sentido se precisa una conexión entre la realidad criminológica y tales categorías. La segunda premisa, tratándose de delitos definidos por la intención activa u omisiva, es que la proyección del beneficio que caracteriza una compleja acción criminal determinada por lo patrimonial, implica, en menor o mayor medida, la anticipación cognitiva del riesgo de sanción legal que la misma comporta. La tercera premisa, vinculada a la naturaleza misma del fenómeno criminal, es que la prevención de los delitos asociados a la gestión corrupta de lo público implica necesariamente realizar una correlación entre moralidad pública y bien jurídico. A partir de esta correlación se propondrá, concretamente, que la imputación de un hecho de corrupción no debe medirse sólo por la realización material del mismo, sino también por su permisión cautelar. Esa infracción se vincularía al conjunto de obligaciones inherentes al deber posicional que asume el servidor público y que parte de una positivización de los principios que inspiran la correcta gestión de lo público. En este sentido debe explorarse ese *contenido moral* del bien jurídico correspondiente. Preciso es advertir que, como bien lo apunta el Prof. MIR, el postulado de *exclusiva protección de bienes jurídicos* « [...] no impide que los bienes jurídico-penales puedan ser, como de hecho lo son los más importantes, *también* bienes morales...»¹³⁰². Tal conexión es admisible bajo una concepción de la *res pública* como «utilidad común»¹³⁰³.

¹³⁰² Frente a la protección penal de *bienes morales*, señala MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, pp. 119-120: «El Derecho penal en un Estado social ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del Derecho se denominan “bienes jurídicos”. Se dice, entonces, que el Derecho penal sólo puede proteger “bienes jurídicos” ». Pero este postulado de *exclusiva protección de bienes jurídicos* « [...] no impide que los bienes jurídico-penales puedan ser, como de hecho lo son los más importantes, *también* bienes morales...». El cometido del Derecho penal, según el *concepto material de delito* presentado por ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 51, se dirige esencialmente a la « [...] protección subsidiaria de bienes jurídicos». Frente al *concepto de bien jurídico*, refiere SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 271: «La idea clave es, pues, que sólo pueden ser bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano precisa para su libre autorrealización (que obviamente tiene lugar en la vida social); determinados objetos se convierten en bienes jurídicos, por tanto, en la medida en que están dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad». Desde un punto de vista sociológico, apunta SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, pp. 268-269, los «*conceptos sociológico-funcionalistas de bien jurídico*», que éstos «aprecian correctamente la necesidad de entender los bienes jurídicos en su dimensión social, como condiciones necesarias para la conservación de un orden social. Consiguientemente, la característica común de los hechos lesivos de bienes jurídicos será su “dañosidad social”».

¹³⁰³ Como recuerda BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, p. 14: « [...] no debe olvidarse la célebre definición ciceroniana de *res publica*, de acuerdo con la cual es una “cosa del pueblo” cuando por pueblo no se entiende cualquier agregación de hombres sino una sociedad que se mantiene integrada no sólo por los vínculos jurídicos, sino por la “utilitatis comunioni” [utilidad común] [...] ».

La tesis que se predica en este capítulo, por tanto, bascula sobre la idea de que una mayor exigencia normativa sobre el gestor público frente a los intereses específicos representados en el correspondiente bien jurídico generaría necesariamente, aunque sea en una mínima entidad, una mayor percepción del riesgo de sanción. Se avanzó en el capítulo precedente que tan sólo con tomarse en serio el deber de selección funcional reemplazando los inconvenientes criterios nepotistas por parámetros éticos, no sólo se evitaría la propensión personal a sucumbir frente a las oportunidades de corrupción, sino que también se lograría un mayor compromiso cautelar frente a la debilidad de los demás. Bueno es advertir de entrada que la redefinición del deber posicional del servidor público que aquí se propone con la esperanza de lograr mayores cuotas de prevención, no implica una flexibilización de las reglas de imputación de responsabilidad penal, sino tomarse en serio las responsabilidades que implica el correcto ejercicio de la función pública y que ya se encuentran previstas en la Constitución y en sus normas de desarrollo con impacto en la gestión pública. La compleja estructura de los delitos de corrupción, la inherencia antijurídica de los mismos, la reglamentación de los procesos de gestión, la especial condición del regidor público, entre otros aspectos que se oponen a la gestión corrupta de las entidades oficiales, permitirían sustentar la atribución de responsabilidad en cabeza de aquellos en que se radica un deber especial de protección frente a la lesión del bien jurídico correspondiente. Para ello, entonces, se efectúa una revisión de los criterios dogmáticos de imputación desde las tres premisas aludidas en el párrafo precedente, buscando evitar esa flexibilización que en principio podría argüirse frente a la redefinición de tales criterios.

La primera cautela que se toma para evitar tal flexibilización, como se anunció desde la Introducción General, es buscar el nexo entre la realidad criminológica que envuelve el propio fenómeno criminal, los tipos penales que lo juridifican y las categorías dogmáticas que lo sistematizan. La segunda cautela que se asume para salvar tal flexibilización, como también se anunció allí, está ligada a la naturaleza del bien jurídico protegido por esos tipos y el deber posicional que asume el servidor público frente a aquél. Esos deberes se vincularían no sólo al conjunto de disposiciones administrativas que rigen el ejercicio de la función pública, sino además a los principios constitucionales que la inspiran. De modo que si el gestor principal y su equipo colaborador permiten la corrupción sistémica de sus procesos de gestión, luego no pueden haber excusas de exención de responsabilidad amparados en el supuesto desconocimiento de aquélla. Finalmente, la tercera cautela que se adopta para compatibilizar las máximas garantías de imputación por la conducta omisiva en la defensa de lo público, está vinculada al riesgo implícito de todo acto de gestión. A partir de esta correlación se entra a sustentar, entre otros aspectos, que la desatención del deber posicional implica necesariamente una anticipación cognitiva de los riesgos que conlleva esa «incorrecta» gestión de lo público, con lo que se limitarían las típicas excusas vinculadas a la imputación objetiva y subjetiva de un resultado lesivo. El respeto por esas garantías de imputación quedaría evidenciado, en este caso, sobre la convalidación de la imputación subjetiva del resultado dañoso desde aquella modalidad de dolo que implica quizá el mayor grado de conocimiento de la entidad antijurídica de la conducta: el dolo en su modalidad «intención», acompañado de una inherencia antijurídica («*dolus malus*»).

2.1. Contenido material y substrato moral de los delitos de corrupción: dos dimensiones inseparables de un bien jurídico definido por la ética pública

La corrupción pública entraña, según una visión formal del Derecho penal, una grave lesión de aquellos *bienes jurídicos* que encarnan la tutela del interés general agenciado por el conjunto de instituciones que personifican el modelo de Estado social y democrático de Derecho. El correcto ejercicio de la función pública constituye uno de esos bienes valorados positivamente por el Derecho penal¹³⁰⁴. Esa gestión incorrecta se vincula normalmente a los efectos perjudiciales de orden material que se generan de aquélla. Pero también entraña, de acuerdo con una visión *moral* del mismo interés protegido por el Derecho penal, una oposición ética hacia el contenido ideo-moral que se halla tras el concreto bien jurídico. La correspondencia entre *interés jurídico* y *contenido moral* resulta inescindible, precisamente, tratándose de delitos de corrupción pública, pues estos últimos encarnan la protección del marco ético inherente a la función pública. Y esta relación entre daño material y lesión moral en torno al contenido del bien jurídico correspondiente resulta inescindible, pues es este elemento moral, en cuanto expresión humana asociada a una concreta realidad histórica y cultural, el aspecto que permite vincular los contenidos de conciencia frente a la norma legal adquiridos por parte del individuo durante su curso de socialización y la reflexión circunstancial vinculada al *iter* de la infracción legal. De ahí la necesidad de determinar previamente, según las características de la propia modalidad delictiva, los factores culturales que interfieren sobre su proceso de formación: La necesidad de dinero inducida por la ansiedad de estatus se instituye, como se vio, en uno de esos factores que afectan tales procesos de resolución criminal. Es este el criterio *finalístico*. La contratación pública, acorde con la naturaleza económica de la modalidad delictiva, representa uno de los *medios* apropiados para la materialización de ese elemento propositivo: un medio ideal, en este caso, por el *quantum* de las partidas presupuestales que permiten asegurar aquéllas necesidades de estatus. Es este el criterio de *oportunidad*. Y es sobre la base de este último elemento que se analizará, como se apuntó, la confluencia entre esas representaciones sobre el castigo cimentadas diacrónicamente sobre la psique del individuo y las percepciones de riesgo de sanción jurídico-punitiva presentes en un contexto situacional apropiado para el delito. Es por esa relación sincrónica que se produce entre categorías simbólicas y entornos convenientes para el delito, según se propone seguidamente, que se hace necesario revelar la naturaleza moral del bien jurídico afectado por los delitos de corrupción y el papel que cumple la correlación entre normas imperativas y esas valoraciones jurídicas que se pueden articular a los principios y disposiciones normativas que regulan en un Estado el correcto y leal ejercicio de la función pública¹³⁰⁵.

¹³⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-M., *La expansión del Derecho penal...*, p. 11: «El Derecho penal es un instrumento cualificado de protección de *bienes jurídicos* especialmente importantes».

¹³⁰⁵ La comprensión del fenómeno de la corrupción –y la construcción de su concepto–, como bien lo propone CARTOLANO S., Mariano J., *La corrupción...*, pp. 28 y ss., debe hacerse en «referencia a valores». A partir de tal «referencia», la corrupción podrá ser considerada como valor cultural negativo o como «desvalor». Según el autor (pp. 31-32), «Una vez admitido el hecho de que no todas las conductas que son “corruptas” están penalizadas, es preciso encontrar algún elemento que permita detectarlas. [...] ese elemento definidor se halla en los valores que configuran la organización social. La corrupción se presenta entonces, como un desvalor que contraviene valores que gozan de aceptación general en la sociedad».

Antes de entrar a observar la estructura dogmática de la concreta modalidad corrupta que se examina y, a partir de ello, avizorar el vínculo que se produce entre las representaciones simbólicas sobre los fines del delito y el castigo en torno a la estructura de oportunidad apropiada para ejecutar la correspondiente acción delictiva, es necesario referir cuál es la importancia de ese criterio de oportunidad –delictiva- para la comprensión de tal curso de decisión personal. Para ello el elemento «oportunidad» habrá de entenderse, no en este caso como incentivo instrumental específico –al lado de la finalidad perseguida y la baja percepción del riesgo punitivo-, sino desde el *fundamento de protección del bien jurídico* correspondiente: la penalización del ejercicio oportunista de la función pública (para propósitos particulares). Esta asociación es posible dado que la criminalización de modalidades de corrupción pública, según la mayoría de los códigos penales de nuestro entorno, encuentra su fundamento en la defensa de intereses generales como el «buen funcionamiento» de la Administración pública¹³⁰⁶. Pero este criterio de protección, que da respuesta implícitamente a la pregunta de por qué se justifica la intervención del Derecho penal en este ámbito, no responde solamente, dada su abstracción, al interrogante de qué conductas pueden, potencialmente, menoscabar el correspondiente bien jurídico-penal.

Para responder a esta última cuestión debe preguntarse, adicionalmente, qué tipo de protección pretende otorgar cada figura delictiva en concreto frente al fundamento general de amparo (frente al correcto ejercicio de la función pública, en este caso). De la respuesta que se obtenga podrá advertirse que, más allá del interés general que subyace a la definición del bien jurídico y que se intenta proteger mediante la previsión de cada figura típica, éstas encarnan un reproche ético-jurídico frente a la conducta de aquellos sujetos que ven en la política y la función pública una *opción* destinada, no a la satisfacción del interés general, sino una *oportunidad* –genéricamente hablando- para la consecución de sus propios intereses¹³⁰⁷. De ahí que el fundamento de criminalización de cada tipo penal con respecto al valor general tutelado pueda entenderse en términos de penalización de *oportunidades* específicas presentadas durante el ejercicio regular de la función pública¹³⁰⁸. En este sentido se afirmará que la redefinición del marco de deberes que asume el regidor público tiene por objeto restringir parte de las facilidades que permiten tales opciones. En el fondo, lo que el Derecho penal intenta impedir con la proscripción de las distintas formas de corrupción es la utilización oportunista de lo público en beneficio personal.

¹³⁰⁶ En referencia al ordenamiento jurídico-penal español, apunta ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “Delitos contra la Administración pública”, pp. 327-328: «Doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que el bien jurídico (o interés) que protegen los delitos recogidos en el Título XIX del Libro II del Código Penal es el buen funcionamiento de la Administración pública, su capacidad de prestar servicios». Puntualiza el autor, además, que resulta necesario «[...] resaltar que no se protege a la Administración con mayúscula, esto es, como organización (ni su “prestigio” o su “dignidad”, como todavía se lee en ocasiones), sino a la administración como minúscula, en sentido funcional, como instrumento al servicio de los ciudadanos».

¹³⁰⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “Delitos contra la Administración pública”, pp. 327-328: «Lógicamente, las concretas figuras delictivas comprendidas en este Título proceden a especificar alguna faceta de este genérico interés, protegiendo alguna de las concretas cualidades que caracterizan el buen ejercicio de la actividad administrativa».

¹³⁰⁸ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “Delitos contra la Administración pública”, p. 335. En el caso del cohecho, por ejemplo, su criminalización se justifica en la medida en que, con ella, se procura «[...] preservar el buen funcionamiento de la Administración mediante la evitación de la influencia del interés privado en el ejercicio de las funciones públicas, preservando su imparcialidad».

Se ha dicho que la protección penal frente a la corrupción no se entiende sino bajo la vigencia del modelo de Estado social y democrático de Derecho. Sobra, pues, ahondar en el hecho de que en los Estados absolutos –y otras formas derivadas de organización política-, la confusión entre *lo público* y *lo privado* no alcanza la misma connotación. Pero el respeto hacia lo público no es el único criterio que adquiere relevancia bajo el primer modelo de Estado. La propia función preventiva de la pena –en su vertiente negativa-, como se advirtió desde la Introducción General, encuentra aquí su justificación. El daño social y la defensa de la sociedad se instituyen, según se dijo, en los criterios de justificación de la intervención punitiva del Estado desde la misma conformación del Estado liberal¹³⁰⁹. De ahí se deriva la función del Derecho penal como instrumento de protección de la sociedad. Esta misión de protección, como apunta MIR, es inescindible de la «función de prevención»¹³¹⁰. También se ha indicado que esta función preventiva se persigue a través de la motivación normativa¹³¹¹. Precisamente, bajo el modelo de Estado social, como apunta el mismo autor, la función preventiva de la norma jurídico-penal « [...] exige que ésta se dirija a evitar de la sociedad comportamientos evitables mediante la motivación»¹³¹². Puntualiza que si el cometido que tiene la amenaza penal es el de alcanzar a través de la «internalización» que se produce por medio de la «mediación» de la sociedad motivar al ciudadano para que deje de cometer delitos, « [...] sólo podrá pretender tener éxito con relación a comportamientos que el ciudadano conduzca finalmente y pueda, por tanto, controlar y dejar de realizar»¹³¹³. Y lo anterior resulta importante destacarlo, pues es en razón de esa previsión de «comportamientos voluntarios (finales)» realizada por el individuo¹³¹⁴, que se puede establecer un vínculo causal entre la lesión del bien jurídico correspondiente y las razones que ese concreto individuo tiene para sustraerse al cumplimiento del cuerpo de obligaciones tendentes a evitar esa lesión del bien jurídico. Porque es que la instalación de prácticas sistémicas de corrupción al interior de una entidad oficial no se entiende sin la infracción del deber posicional de sus gestores superiores.

¹³⁰⁹ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, pp. 25-26: «La fundamentación del Estado y del Derecho liberales en el contrato social, concebido como pacto que los hombres suscriben por razones de utilidad, conducía a asignar a la pena la función utilitaria de protección de la sociedad a través de la prevención de los delitos, cuya esencia se veía, en un principio, en constituir un “daño social”».

¹³¹⁰ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 89. Frente al *fin* del Derecho penal enmarcado bajo la idea de protección de la sociedad, refiere SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 187: «Ha sido, en cambio, lo más frecuente identificar la misión del Derecho penal con la protección de la sociedad, o, quizá mejor, de los individuos que la integran y que, en virtud del contrato social, han cedido al Estado el casi total monopolio del uso legítimo de la coacción. Más concretamente, la atribución de una finalidad al Derecho penal se ha centrado en la protección de los bienes jurídicos, en cuanto presupuestos básicos de la convivencia social, mediante la prevención de delitos».

¹³¹¹ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena*, p. 47: « [...] para que el Derecho penal pueda desear la evitación de un hecho y considerarlo antijurídico, es preciso que se trate de una conducta evitable mediante la motivación normativa. Un Derecho preventivo no puede desvalorar lo que no se puede evitar. La "valoración" de la antijuridicidad presupone ya la posibilidad de "determinación" del sujeto. El comportamiento no evitable por la motivación normativa no será tampoco evitable por medio de la amenaza penal, y no podrá desplegarse respecto a él la función de prevención que justifica la norma penal en el Estado social».

¹³¹² MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 50.

¹³¹³ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 50.

¹³¹⁴ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 56. «Se guarda coherencia, así, con la función motivadora preventiva de la conminación penal que ha de servir de punto de partida de la teoría del delito en el Estado social: la pena sólo puede intentar motivar a la evitación de un comportamiento controlado por la voluntad humana».

La anterior correlación entre función normativa y pretensión de motivación lleva a reevaluar la idea acerca de que el Derecho penal debe evitar afectar la esfera interna del individuo. Esta tesis debe matizarse, pues en esa posibilidad de incidencia residiría precisamente la real capacidad motivatoria de la pena: motivar al individuo en sus convicciones, y no meramente de forma superficial, sin que ello integre necesariamente una pretensión de castigo sobre la actitud interna. La posibilidad que tiene el Derecho penal de motivar al individuo en sus convicciones más profundas, por tanto, no riñe con la concepción de pena en su dicción de «coacción psicológica», en donde la pretensión de motivación sólo se entiende en razón del diálogo que se produce entre incentivos externos y las convicciones autorrestringidas del individuo¹³¹⁵. Y es que si la función preventivo-general del Derecho penal tiene por objeto evitar la realización de conductas que puedan lesionar bienes jurídicos, no puede resultar contrario a las garantías liberales que el imperativo normativo correspondiente afecte sus convicciones más íntimas. Ello es compatible con una noción de bien jurídico cuya lesión depende, precisamente, de las convicciones más íntimas de aquellos individuos que asumen teóricamente su guarda¹³¹⁶.

Preciso es insistir en que este concepto de «motivación interna» –que se diferencia de la motivación meramente superficial-, no ha de confundirse con la noción de penalización de actitudes internas. La injerencia del Derecho penal en el fuero interno del individuo –en el sentido de penalizarle por su sola forma de pensar-, resulta inaceptable a la luz de los principios de un Estado liberal, pues faltaría la exteriorización de tal pensamiento y su realización en uno de los *tipos* consagrados por la legislación penal. Pero precisamente para evitar esta exteriorización punible, es que el Derecho penal debe propender por lograr en el individuo la introyección del fundamento de criminalización. Ya se hizo referencia al hecho de que el proceso motivacional frente a los delitos de configuración racional, opera de forma diacrónica. Por ende la infracción de la norma jurídico-penal no interesa tanto, en este caso, en términos de MIR, como «acto interior de desobediencia» (en la voluntad de realizar una acción prohibida), sino en cuanto implica esa «*realización voluntaria* de la conducta social que el Derecho pretende prevenir»¹³¹⁷. Esta visión es coherente con una concepción psicológica del castigo como *refuerzo* cognitivo y no como mero *incentivo*.

¹³¹⁵ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 60: «[...] la función de prevención de la pena a través de la motivación impone contemplar el hecho *ex ante*, desde el momento de emprender la acción y no *ex post*, a partir de la constatación de que se ha producido un resultado». Seguidamente señala: «La función de prevención obliga a contemplar el hecho *ex ante*. Si lo que fundamenta la conminación penal en un Estado como el proclamado en el artículo 1, 1.0, de la Constitución es la necesidad de evitar delitos, esto sólo se puede intentar por parte de una norma penal tratando de *motivar a los ciudadanos a que no realicen conductas* constitutivas de delito. Ello supone que la evitación de *resultados* lesivos para la sociedad sólo puede ser intentada por las normas penales motivando a la evitación de conductas que puedan producir aquellos resultados».

¹³¹⁶ Frente a la fundamentación de bienes jurídicos en las relaciones intersubjetivas, señalan BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. / HORMAZABAL MALAREE, Hernán, «Significación social y tipicidad», pp. 22-23: «El bien jurídico constituye una síntesis concreta de una relación social dinámica, con lo cual se comprende la posición de los sujetos, sus formas de vinculación entre ellos y los objetos, sus interacciones y su transcurso dentro del desarrollo histórico del contexto social. Sólo a partir de aquí se puede dar un contenido material al injusto y con ello a la tipicidad, la acción surge como una forma de vinculación de los sujetos, implica un determinado rendimiento social de los sujetos. [...] El bien jurídico nos permite determinar el porqué de lo injusto, cuáles son los fines perseguidos...».

¹³¹⁷ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 62.

Para reafirmar esta postura, que trata de ver en la base del fundamento de amparo del bien jurídico la criminalización de aquellas *oportunidades* específicas que pueden potencialmente menoscabar el interés general que se tutela penalmente, es preciso establecer por qué el daño social vinculado a la realización de tales oportunidades – entendido sólo como *afección tangible*-, es un elemento insuficiente para colmar la esencia del bien jurídico. Con ello se quiere poner en duda la suficiencia del criterio de *lesividad físico-natural* para delimitar el núcleo de protección. Para facilitar el análisis de tal aspecto es oportuno, como se dijo, partir del estudio de aquellas formas juridificadas de corrupción que pueden ser catalogadas no sólo por su grado de *lesión objetiva* para el concreto bien jurídico que recibe dicha tutela, sino también por su *contenido moral*. Con ello se quiere significar, además, que dicha lesividad no debe identificarse llanamente con la mera *antijuridicidad formal* del acto, esto es, con la sola «*relación de contradicción* de un hecho con el Derecho penal»¹³¹⁸, sino con el «*contenido*» que éste ha de tener para ser penalmente antijurídico (*antijuridicidad material*). La antijuridicidad material, como anota MIR, ha de responder a la pregunta de «¿por qué un hecho es contrario a Derecho penal?», esto es, a «[...] qué es lo que tienen estos hechos para que el Derecho penal haya decidido desvalorarlos»¹³¹⁹. Y es justamente esta *dimensión moral* de la concreta acción corrupta el aspecto que permite establecer de manera cierta ese criterio de lesividad¹³²⁰. Para afirmar tal conclusión debe hacerse referencia al substrato moral que integra el núcleo del bien jurídico¹³²¹. En esta tesis se defiende que tratándose de la proscripción jurídica de la corrupción, necesariamente debe establecerse una relación entre moral y Derecho. Como lo plasmó la Corte Constitucional en su Sentencia C-224 de 1994, «*No es posible negar la relación entre la moral y el derecho. Y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico*». Preciso es recordar, según la concepción originaria desarrollada por BIRNBAUM, que el *bien jurídico* debe delimitarse no sólo a partir del mero concepto positivo de delito, sino también del objeto propiamente lesionado. Pero no significa ello que el Derecho penal fije como objeto de protección ciertas parcelas de la moral social, sino que la defensa de ciertos bienes jurídicos, desde un prisma político-criminal preventivo, comporta, simultáneamente, la protección indirecta de aquélla¹³²².

¹³¹⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 150.

¹³¹⁹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 150.

¹³²⁰ El *daño social* encarna la antijuridicidad material de la conducta corrupta según las corrientes *utilitaristas*. Es por ello que puede afirmarse que, como refiere MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 71, «[...] la antijuridicidad penal será un juicio de desvalor expresivo de la nocividad de un hecho para un bien jurídico-penal no justificado por otros intereses valorados como superiores por el Derecho».

¹³²¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, pp. 119-120; con respecto a la convergencia entre objetos merecedores de tutela penal y moral, señala FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón...*, p. 223: «Para que puedan prohibirse y castigarse conductas, el principio utilitarista de la separación entre el derecho y la moral exige además como necesario que dañen de un modo concreto bienes jurídicos ajenos, cuya tutela es la única justificación de las leyes penales como técnicas de prevención de su lesión».

¹³²² En relación a la delimitación del criterio de *dañosidad social* como fundamento necesario para la criminalización de ciertas conductas, señala BACIGALUPO Z., Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 212: «Los comportamientos merecedores de pena serían aquellos que produjeran daño social. Pero esta fórmula es excesivamente amplia, tanto que ni siquiera es totalmente opuesta a la anterior, pues siempre cabría la posibilidad de considerar como socialmente dañoso a lo que represente una lesión de “valores ético-sociales elementales”».

La respuesta que aquí se ofrece, que en parte constituye una de las tesis fundamentales defendidas, es que la criminalización efectiva del fenómeno de la corrupción pública implica no tanto la verificación del daño material generado por una acción determinada – desde el punto de vista empírico (cuestión hartamente probada)-, sino la vinculación moral que tiene el gestor principal de una entidad pública con respecto a la lesión jurídica que pueda derivarse de su conducta perniciosa o dolosa. La imputación correspondiente estaría legitimada, de este modo, en su despreocupación frente al mandato evitativo que se deriva del deber posicional que asume frente a la ley y la constitución. Es por ello que, visto desde el prisma de las concepciones *neokantianas* sobre el *bien jurídico*, puede sostenerse que la prevención efectiva del delito depende, en gran medida, del contenido *valorativo* del correspondiente bien jurídico, puesto que, tal contenido, responde a los valores morales constatables en una sociedad determinada. Y es que, como bien lo refiere SILVA, la eficacia de la prevención jurídico-penal fundada en la disuasión ha de estar determinada «no sólo por la amenaza de la sanción, sino también por la comunicación del valor, unidos a la integración de la norma penal en un contexto general de socialización»¹³²³. Por la misma razón es que puede afirmarse que la racionalización de las proscipciones jurídico-penales por parte del delincuente en el decurso de planificación criminal, como también lo apunta el mismo autor, no ha de verse solamente en términos netamente utilitarios o instrumentales, sino también en los términos de construcción valorativa del hombre¹³²⁴.

Más allá del reconocimiento colectivo del daño material que se genera, por tanto, la criminalización efectiva de la corrupción requiere una censura inequívoca desde el plano ético-social. En dicha falta de correspondencia se enraizaría, de acuerdo con lo apuntado, la denominada «*trampa social*» que dinamiza las prácticas corruptas, puesto que si el individuo, por un lado, no puede dimensionar los efectos socio-institucionales derivados de su acción cortoplacista y, por otro, percibe que tal acción no es reprobada en su círculo social, tendrá menores problemas para inhibirse frente a las opciones delictivas. Al respecto, apunta SILVA –citando a Kuhlen- que si bien es cierto que muchas personas cumplen las normas en virtud de un cálculo racional –instrumental-, también lo es que «la disposición al cumplimiento de las normas no opera cuando la infracción de estas se hace especialmente atractiva; y que dicha disposición disminuye cuando se advierte que el que las infringe no resulta sancionado»¹³²⁵. Como ya se apuntó con BANDURA, «Observar que las acciones de los demás producen buenos resultados aumenta la probabilidad de que el observador se comporte de forma similar»¹³²⁶. De ahí que los teóricos de la corrupción sostengan, como apunta VILLORIA, que « [...] si nuestra creencia es que la mayoría de los ciudadanos actúan corruptamente y, por ello, con bastante impunidad, todos tenemos incentivos para actuar corruptamente y beneficiarnos de ello (Morris and Klesner, 2012; Bardhan, 2005) »¹³²⁷. La redefinición del deber posicional de los regentes públicos, justamente, tiene por fin batallar contra estos significados tolerados por ellos mismos.

¹³²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., ADPCP, 1996, p. 111.

¹³²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., ADPCP, 1996, p. 105.

¹³²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., ADPCP, 1996, p. 112.

¹³²⁶ BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción...*, p. 307.

¹³²⁷ VILLORIA MENDIETA, Manuel, “Hacia una comprensión de la corrupción en España”, p. 3.

Y por lo anterior es que puede sostenerse, como propone GREEN, que «[...] el análisis del contenido moral del Derecho penal es también un paso esencial en el análisis de su posible eficacia»¹³²⁸. Quizá por ello el autor, diferenciando la *lesividad material* del acto respecto de su *contenido moral*, refiere que el *delito de cuello blanco* (el cohecho, entre ellos), debe reunir por lo menos tres «elementos morales»¹³²⁹: 1) *mens rea*; 2) lesividad o dañosidad de la conducta; 3) ilicitud moral. El primer elemento, referido al «estado psíquico que se requiere para definir un delito»¹³³⁰, permitiría deducir las razones por las que puede reprocharse al autor su comportamiento (culpabilidad). Dicho elemento permitiría atribuir la conducta a su autor considerando tres «estados psíquicos» escalonados: a) a propósito; b) consciente; c) imprudente o negligente. La lesividad o dañosidad social, segundo componente requerido por el delito de cuello blanco, se correspondería con «el grado en que un acto delictivo causa (o amenaza con causar) un perjuicio»¹³³¹. Es este el elemento que, según una corriente utilitarista que distingue entre Derecho y moral, justificaría la criminalización de ciertas conductas. El tercer componente que precisaría el contenido del delito de cuello blanco vendría determinado por la «infracción de una norma moral que ocurre cuando se comete un acto delictivo»¹³³².

Para asegurar una mayor eficacia del Derecho penal, en tal sentido, resulta necesario que la norma se sustente no sólo en el *daño material*, sino también en el compromiso *moral* de quien asume un deber especial de cautela. La razón de ello es que, es el propio regidor público, quien tiene la obligación de evitar la corrosión de ese bien moral. Y es que si como apunta GREEN, «A través de la tipificación y sanción de determinadas conductas como “delictivas”, nuestro sistema jurídico envía un mensaje indicando que tales conductas son merecedoras de censura»¹³³³, tal «mensaje» puede verse afectado si el propio guarda no comparte las razones por las que tales acciones reciben el correlativo reproche ético-jurídico. Luego es la propia sociedad la que debe otorgar «[...] el peso moral necesario para que el derecho sea efectivo y legítimo»¹³³⁴. Y esto encuentra sentido, siguiendo a PARSONS, puesto que los patrones culturales se convierten en patrones morales: «El sistema cultural (o de mantenimiento de patrones) se centra en la institucionalización de los patrones culturales de valores que, al nivel cultural general, pueden considerarse de orden moral»¹³³⁵. De ahí que, según esta idea, «[...] cuando exista una brecha entre lo que el Derecho entiende como moralmente ilícito y lo que un segmento significativo de la sociedad entienda como tal, probablemente surgirán conflictos y ambigüedades»¹³³⁶.

¹³²⁸ GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 52: «[...] si el Derecho penal no se apoya adecuadamente en valores morales generalizados, pierde legitimidad».

¹³²⁹ GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, pp. 63 y ss.

¹³³⁰ GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 63.

¹³³¹ GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 68.

¹³³² GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 74.

¹³³³ GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, pp. 82-83: «Por tanto, así como la decisión de convertir una determinada conducta en delito refleja normas morales públicas, las opiniones públicas sobre la moralidad también se verán afectadas a tenor de lo que haya sido tipificado penalmente. Cuando tal calificación sea consistente con lo que la sociedad en su totalidad entienda como moralmente ilícito, el Derecho y las normas sociales se refuerzan mutua o recíprocamente».

¹³³⁴ GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, p. 20.

¹³³⁵ PARSONS, Talcott, “Sistemas, análisis de sistemas sociales”, p. 713.

¹³³⁶ GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, pp. 82-83.

Ahora bien, establecido normativamente ese compromiso que debe asumir el regidor público frente a la protección del bien jurídico correspondiente, el primer «elemento moral» atrás referido (*mens rea*), posibilitaría la graduación del acto de sustracción a tal compromiso. Ningún problema ofrece la calificación subjetiva de un acto directo e intencional de corrupción. Pero bajo esta escala de graduación también puede imputarse al infractor del deber posicional responsabilidad por permitir la lesión por parte de otros. La Dogmática penal debe y puede posibilitar la comisión omisiva. Bajo este argumento se sustenta la afirmación de que el contenido de la *antijuridicidad material* de las conductas que se criminalizan deba colmarse teniendo en cuenta « [...] su carácter de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico», entendida ésta en términos no sólo de *lesividad físico-natural*, sino también del *sustrato moral* subyacente¹³³⁷. La antijuridicidad material de los delitos de corrupción, de esta manera, encontraría su fundamento no sólo en el «desvalor de resultado»¹³³⁸ que se verifica tras la materialización del hecho antijurídico, sino también en el propio «desvalor de la acción»¹³³⁹. Y esto en la medida en que el correspondiente bien jurídico descansa tanto sobre una realidad material como inmaterial, pues el valor que a éste se le ha incorporado¹³⁴⁰ no siempre responde a la afectación física de un bien efectivamente aprehensible, sino también a la quiebra de valiosas aspiraciones – inmatrimales- que sustentan el sistema social (en este caso la defensa del interés general encomendado a los regentes públicos). Quizá por ello propone AMELUNG –desde su *teoría de la dañosidad social*- que la misión del Derecho penal es asegurar la subsistencia de tal sistema frente a las alteraciones disfuncionales, esto es, proteger aquellas «condiciones organizativas de la coexistencia humana»¹³⁴¹. Esta doble consideración se encuentra ciertamente ligada a la naturaleza del bien jurídico tutelado. Por ello la búsqueda del componente moral de los delitos de corrupción implica no sólo determinar el daño social material generado por éstos, sino también, necesariamente, hablar de la afectación de la *ética pública*¹³⁴², pues el desarrollo de los cometidos propios del modelo de Estado social y democrático de Derecho requiere no sólo el bloqueo –penal- de las oportunidades delictivas que limitan tal cometido, sino además la sujeción de todo regente público a esos criterios éticos que, en últimas, son los que confieren contenido a la decisión corrupta.

¹³³⁷ Sobre el fundamento de protección de *bienes jurídicos* relacionando *daño social* y contenido *moral*, refiere BACIGALUPO Z., Enrique, *Derecho Penal...*, p. 212: « [...] la teoría, en su afán de mantener una estricta separación de derecho y moral, quiere referirse fundamentalmente a la lesión de bienes jurídicos. La lesión de un bien jurídico sería, entonces, contenido esencial de la infracción del orden jurídico que se caracteriza como delito. De ello se ha deducido que un principio fundamental del derecho penal es la exigencia de que todo delito constituya por lo menos la lesión de un bien jurídico. Pero tal concepto es particularmente discutido».

¹³³⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 158.

¹³³⁹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 158.

¹³⁴⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 162.

¹³⁴¹ Citado por, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, *Revista Penal*, n° 18, España, 2006, p. 3-44.

¹³⁴² VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción...*, pp. 17-18: « [...] la ética o la moral, que etimológicamente significan lo mismo, sería “el conjunto de intuiciones y concepciones de las que se valen los distintos grupos humanos e individuos para identificar lo que está bien y lo que está mal, lo que se debe hacer y lo que se debe evitar (Vargas, 1998, p. 505) [...] ». «La ética pública trata de definir lo que está bien y mal para la colectividad, aquello que podría constituir un patrón moral básico de carácter universal y generalizable, dado lo racional y razonable de sus fines, valores y prescripciones de conducta, patrón compatible con la propia búsqueda razonable del bien».

Partir de valorar la *antijuridicidad material* de los hechos de corrupción tipificados por la legislación penal, para luego analizar las deficiencias del control penal y, ulteriormente, la manera cómo tal deficiencia incide sobre su proceso de configuración, es necesario para visualizar, más allá de la forma como la teoría del delito responde a la sistematización del hecho desviado, el fundamento de criminalización del mismo (su *substrato*), en este caso, *moral*¹³⁴³. Pero sobre todo es necesario definir el *contenido* de dicha *antijuridicidad* desde la infracción de un deber posicional que debe ir más allá de lo acostumbrado, como se apuntó, puesto que de la aprehensión y difusión social de ese fundamento de criminalización del fenómeno dependerá la correspondiente introyección personal del mismo¹³⁴⁴. Oportuna dicha consideración, en este punto, puesto que las *ilicitudes morales* tipificadas por la legislación penal reflejan claramente una realidad en la que atributos virtuosos como la honestidad y la integridad se desvanecen ante la mentira y el engaño; la misma realidad que revela que, a ciertos agentes públicos, el devenir de las instituciones les importa muy poco, salvo por los beneficios patrimoniales que puedan detraer de las arcas del Estado o de los propios contratistas oficiales. Por ello el fraude asociado a los procesos de contratación pública resulta apropiado para explicar dicha problemática, pues la tergiversación ilícita de tales procesos se presenta, en mayor o menor proporción, en gran parte de los Estados¹³⁴⁵. Señalar esta problemática resulta importante si se tiene en cuenta que toda forma de corrupción perpetrada desde posiciones privilegiadas de poder afecta la estructura institucional del Estado, a la sociedad (*pueblo*) como elemento fundamental del mismo y al Derecho como *célula organizativa* básica; un fenómeno tan perjudicial como antiguo¹³⁴⁶, que adquiere su mayor relevancia tras la formación del Estado de Derecho, en donde la corrupción institucional constituye un alejamiento, no ya de la ética pública, sino de los mismos límites marcados por el principio de legalidad¹³⁴⁷.

¹³⁴³ VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción...*, p. 38: «Para el utilitarismo de la regla una acción moralmente correcta es aquella que concuerde con un código moral óptimo; un código óptimo es aquel que nos produciría el máximo nivel de utilidad esperada, si fuese cumplido por todos los miembros de la sociedad, o al menos por los más responsables». Por su parte, desde las teorías deontológicas, refiere este mismo autor, con base en el planteamiento formulado por T. M. Scanlon (1982), que para enjuiciar imparcialmente las cuestiones morales, se ha de *ejecutar* el siguiente *principio de verificación*: «un modo de actuar es moralmente correcto cuando está autorizado por algún sistema de reglas de acción universales, tal que para todo afectado sea racional ver ese sistema como el resultado de un acuerdo de todos los afectados informado, libre de coacción y racional, en definitiva no rechazable». (Ibíd., p. 53).

¹³⁴⁴ Díez-PICAZO, Luis María, *La criminalidad de los gobernantes*, p. 167: «Los ciudadanos, en fin, deben percatarse de que, al menos como electores, ellos también son responsables del nivel de moralidad pública imperante en su país. Creer que la corrupción y el abuso de poder pueden ser dejados sólo en la manos de la justicia penal, cualquier que sea la configuración de ésta, es un grave error para cualquier persona que ame el Estado democrático de derecho».

¹³⁴⁵ Como apunta ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos...*, p. 37, «La corrupción en la contratación se produce en todos los países, incluso en aquellos que están en lo alto de la escala del índice de honradez, como los países escandinavos, Singapur y Nueva Zelanda».

¹³⁴⁶ En este mismo sentido lo refiere MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, p. 12. Según lo recuerda el autor, «[...] la corrupción no es un fenómeno nuevo. Desde siempre ha acompañado a la política, a los actos de gobierno, al mercado, a la vida social».

¹³⁴⁷ El *principio de legalidad* sólo encuentra sentido bajo la égida del *Estado de Derecho*. Como apunta BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal*, p. 220, «[...] en el Estado de corte autoritario o totalitario el mismo poder público se convierte en un gigantesco criminal que viola los más esenciales derechos humanos y libertades públicas. La tortura, el secuestro, la desaparición, el genocidio pueden ser algunos de los hechos que se llevan a cabo por los funcionarios o personas directamente vinculados a ellos que determinan material o formalmente la distribución del poder».

Los límites formales fijados por el principio de legalidad determinan, naturalmente, la naturaleza delictiva del acto de desviación que comprende el ejercicio arbitrario de potestades públicas. Esas categorías definidas por el Derecho penal también integran, situados ya en un plano ético, un alto grado de reprobación desde el punto de vista de la afectación de los mínimos morales socialmente establecidos y de los estándares de ética pública corporativamente instituidos. Aunque en el plano material, no obstante, la correspondencia entre reproche social –ético- y norma jurídico-penal, es más que endeble. Pero hay quien podría decir que la corrupción no es un fenómeno relegado desde la óptica de la política criminal (real); seguramente argüiría que los distintos Estados, desde hace bastante tiempo, han incluido en sus códigos penales un sinnúmero de conductas que atentan contra estos valores e intereses fundamentales –formalmente- predominantes de la sociedad; también podría argüir que, muestra positiva de tal política de contención, ha sido la recepción de un gran número de instrumentos jurídicos internacionales que proscriben el fenómeno de la corrupción. En esta línea se mueve el discurso oficial. No obstante ello, tras tirar de la manta que recubre dicho discurso puede advertirse más bien que las distintas formas de intervención oficial constituyen, en la práctica, un conjunto de medidas –formales- privadas de virtual eficacia. Y ello no sólo por la defectuosa configuración normativa y la deficiente estructura organizativa para ser aplicadas, sino también, y en no escasa medida, por la exigua voluntad gubernamental para crear e implementar una política criminal más efectiva¹³⁴⁸. La selección «a dedo» de políticos rapaces para asumir la dirección de las entidades públicas, constituye no sólo una de las múltiples barreras de la prevención auspiciadas por los propios regentes, sino incluso la más grande de las hipocresías político-criminales, pues la normalización de prácticas nepotistas y clientelistas es uno de los detonantes de la ética pública y, tras ello, la permisividad de la corrupción. De ahí que pueda afirmarse que su represión efectiva dependa, en gran medida, de *referentes morales*¹³⁴⁹ fundados en la razonabilidad de su criminalización real y no sólo aparente; de ahí, también, que se afirme en este apartado que es esa vinculación legal de los regentes públicos frente al bien jurídico, el elemento que permite conectar la causación de prácticas de corrupción del orden sistémico a quienes tienen el deber y la capacidad de evitarlas.

¹³⁴⁸ No es casual, por ejemplo, que la Organización Transparencia Internacional (Colombia) haya señalado como uno de los «retos contra la corrupción» que debe asumir el Estado colombiano, «Ser más estrictos en el cumplimiento de la legislación existente». Como bien lo refiere la Corporación, si bien «Colombia ha ratificado Convenciones internacionales anti-corrupción y cuenta con un conjunto de lineamientos constitucionales, leyes y normas para avanzar en la lucha contra la corrupción», el reto consiste, no obstante, «en ser más estrictos en su cumplimiento y en cerrar la brecha entre la existencia de normas y su poca aplicación en la práctica».

¹³⁴⁹ Para realizar una proyección político-criminal adecuada de la corrupción, como plantea VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción...*, p. 27, es «*ineludible tener una referencia moral*». Según lo plantea el autor «[...] el sustrato desde el que construir tal base no puede ser otro que una conciencia moral razonable, universal y laica (Savater, 1996). Esta referencia no puede hacernos olvidar la realidad de cada país y el nivel de implantación que puedan tener políticas públicas contra la corrupción totalmente alejadas de las condiciones sociales, económicas y morales de los habitantes de cada país. El análisis social y la comprensión del nivel de cultura política existente son fundamentales para establecer caminos fructíferos en la lucha contra la corrupción. Las normas jurídicas no pueden construirse sin considerar el hecho fundante básico, en última instancia el poder que pueda imponerlas, si es preciso por la fuerza...». De ello se deduciría que, según puntualiza el autor, «[...] un poder sin legitimidad no puede imponer derecho alguno y que un derecho sin reconocimiento social no es aplicable».

La redefinición del contenido moral del bien jurídico resulta necesaria, en definitiva, para asegurar la protección de esos valores jurídicamente tutelados ante el tradicional desentendimiento del gestor principal de una entidad frente a sus procesos de gestión¹³⁵⁰. Y es que si el Derecho penal tiene como fin esencial la evitación de aquellos ataques que puedan menoscabar los bienes jurídicos que se propone salvaguardar, el aseguramiento de ese bien jurídico requiere la reprobación de toda aquella condición que amenace gravemente la conservación de tal orden social o su disfuncionalidad. La conducta omisiva de esos regentes preocupados sólo por su propio beneficio, es una de las condiciones que posibilitan la corrupción de los procesos de gestión públicos. En este sentido se legitima la punición de ese desentendimiento. Y esta reprobación es, en materia de corrupción pública, de contenido claramente moral. Quizá por ello recuerda ABANTO¹³⁵¹ que si bajo la máxima «*nullum crimen sine iniuria*» se llegó a entender que tal «injuria» constituiría la transgresión de bienes jurídicos, entendiendo por estos últimos los «valores más trascendentes para la coexistencia humana en sociedad», el no reconocimiento y protección de estos bienes afectaría la «base sustancial» del Derecho penal. De ahí que sea necesario, como plantea este mismo autor, que se pueda prescindir de un concepto estricto de «bien jurídico», en la medida en que hay cierto acuerdo en que tal concepto debería contener valores, intereses y, en fin, una serie de condiciones básicas mínimas para la coexistencia pacífica de los individuos en una sociedad fundada bajo un Estado social y de Derecho.

La visibilización de tal problema y la formulación de alguna medida que permita, por lo menos, *estorbar* el uso oportunista del poder público para la satisfacción de intereses de carácter particular y, con ello, provocar la *desnaturalización de la función pública*, justifica la referida redefinición del deber posicional que asume el servidor público y la reconceptualización de las reglas dogmáticas que permitan llenar de contenido las instituciones como «infracción del deber», «garante de fuentes de riesgo», «comisión por omisión», etc. Pero el éxito de tal reconversión dependerá, más allá de la creación de leyes y del refuerzo de los controles de carácter formal, de que la propia sociedad, *unidad política fundamental*, incorpore la honestidad como criterio rector, es decir, de que los distintos estamentos de la sociedad civil adopten una actitud intolerante frente a toda expresión política o gubernamental que atente contra los valores democráticos que sustentan la institucionalidad. Es por tal razón que el reconocimiento normativo del *substrato moral* del bien jurídico que se intenta proteger mediante la criminalización primaria de aquellas acciones que afectan la institucionalidad, resulta de suma trascendencia; trascendente, puesto que uno de los retos más importantes que enfrentan los Estados contemporáneos en el aspecto institucional, incluido el propio plano específico del *sistema de justicia criminal*, es la relegitimación de las instituciones que lo integran. Pero ello depende, como cabe reiterar, de la definición del contorno moral del interés protegido por la norma jurídico-penal y de la responsabilidad que asume el guarda frente a aquél.

¹³⁵⁰ Sobre el *daño social* como fundamento de criminalización según la doctrina del *utilitarismo jurídico*, refiere FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón...*, p. 222: «[...] el derecho penal no tiene la misión de imponer o de reforzar la (o una determinada) moral, sino sólo la de impedir la comisión de acciones dañosas para terceros».

¹³⁵¹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., *Revista Penal*, p. 3-44.

2.2. Concreción jurisprudencial del bien jurídico tutelado por los delitos contra la Administración pública y su vinculación al marco del deber posicional

Hasta este punto se ha indicado someramente que el aseguramiento efectivo del regente público frente a la protección del bien jurídico precisa de una mayor delimitación y exigencia del marco de deberes que asume frente a la guarda de ese interés jurídico superior. Conocida es en la Dogmática la fundamentación de instituciones como el «principio de intervención mínima», la «adecuación social» o la «falta de lesividad material». Utilizar el papel de impresión de la entidad pública para la que se trabaja en beneficio propio (peculado por apropiación) o usar el vehículo oficial que se tiene a cargo para pasarse a comer por casa (peculado por uso), por ejemplo, son dos tipologías de conductas tan comunes en las entidades del Estado colombiano que si bien entrarían en la letra de los tipos penales referenciados, sin embargo son toleradas institucionalmente. Pero no es la falta de desconocimiento de la prohibición respectiva la que las facilita. Es simplemente que para la gran mayoría de funcionarios este tipo de conductas son «normales» y «no lesivas» y, por tanto, no constitutivas de corrupción. No es raro observar la respuesta jocosa de esos funcionarios cuando se les pregunta sobre si saben que están cometiendo un delito: «Sí, *peculado por apropiación, se llama...*», responden sonrientes muchos de ellos. Parece coherente que no se abogue por la criminalización de las mismas, lo cual también se comparte aquí. Pero lo que sí cabe cuestionar es que tras la tolerancia de esas conductas aparentemente inofensivas, se encuentra un clima de tolerancia y la deficiencia de estándares éticos que no les permite a esos funcionarios aprehender la mala naturaleza de este tipo de actos. Por eso la respuesta jocosa y no una reacción de vergüenza. Y esta idea resulta cardinal para la redefinición del contenido del bien jurídico que aquí se propone, pues al fin de cuentas son valoraciones sociales del mismo tipo las que se hallan tras la génesis que integra la despreocupación o la omisión dolosa de los regidores públicos para establecer cautelas o promover la defensa frente a esos ataques que afectan de forma relevante el patrimonio o la correcta gestión de los procesos institucionales que tienen a su cargo¹³⁵². De este modo se establece una relación de los deberes del funcionario público con las valoraciones ideales que se hallan tras las normas prohibitivas¹³⁵³. Luego es a partir de esas mismas valoraciones, que se podrán definir las propias categorías dogmáticas¹³⁵⁴.

¹³⁵² MIR PUIG, Santiago, RECPC, 2004, p. 15 «Para la imputación del desvalor de dañosidad típico y para la imputación de la ausencia del valor de salvaguarda de bienes prevalentes a una conducta disvaliosa, no hace falta comprobar la capacidad de conocer la prohibición por parte del sujeto, sino sólo que la conducta creó un riesgo no permitido de producir el resultado disvalioso y, para el injusto doloso, que lo creó dolosamente. La valoración negativa de la conducta no requiere en ella un significado de oposición al imperativo de la norma, sino sólo una oposición (objetiva y, en el injusto doloso, subjetiva) al bien jurídico-penal atacado que no está justificada por la necesidad de proteger otros bienes jurídicos prevalentes en el caso».

¹³⁵³ MIR PUIG, Santiago, RECPC, 2004, p. 6: «Los derechos son ventajas del individuo frente a la colectividad, mientras que los deberes son cargas para el individuo que se establecen en beneficio de otros. Pues bien: en Derecho penal el punto de vista de los derechos corresponde al de los valores protegidos, esto es, al de los bienes jurídico-penales, mientras que la perspectiva de los deberes corresponde a la de las normas prohibitivas o preceptivas».

¹³⁵⁴ MIR PUIG, Santiago, RECPC, 2004, p. 7: «[...] las distintas categorías del delito sólo pueden entenderse adecuadamente en función de diferentes valoraciones y principios, y no sólo desde la idea de infracción de una norma de conducta».

En últimas, dicha *metodología* trata de integrar tres dimensiones distintas utilizadas en el análisis del Derecho: *norma, hecho y valor*¹³⁵⁵. Claro está que la norma puede con todo, es decir, que el legislador puede, de un momento a otro, realizar extravagantes prohibiciones y pretender con ello que surta los efectos deseados. Pero nada más lejos de la realidad: aquello resulta probado precisamente acudiendo a la proscripción de numerosas conductas de corrupción en los códigos penales. La redefinición que se propone en este trabajo, si bien aboga por una positivización de esos principios y demás disposiciones que definen el marco de deberes del servidor público dirigidas a colmar de contenido las correspondientes figuras dogmáticas, se relaciona más bien con la idea de encontrar las valoraciones ideales que recoge la propia constitución política y su concreción en reglas jurídicas de orden prescriptivo. Sobre la base de esa concreción se establecería el punto de entrada a la determinación de la antijuridicidad de las omisiones frente a la guarda del bien jurídico correspondiente. Como señala MIR, «para la antijuridicidad no se examina la concreta conducta del sujeto, sino la conducta en abstracto, sin tener en cuenta todavía las condiciones en que actuó su autor»¹³⁵⁶. En este sentido se dice que la desvaloración tiene un radio más amplio¹³⁵⁷. Luego esa posibilidad de vinculación se termina justificando en la posición especial del regente público frente a la protección del bien jurídico. Como precisa el mismo MIR frente a la relevancia de las características que precisa el autor en los delitos especiales, «[...] sí son evidentemente relevantes para la relación con lo injusto del hecho, porque influyen en el ataque al bien jurídico...»¹³⁵⁸. De este modo se afirma, parafraseando la propuesta de JAKOBS, que la infracción del deber por parte quien lo asume voluntariamente fundamenta el injusto, por lo que la base de la punición del comportamiento se halla en la lesión de una «institución positiva». En este sentido se habla de la infracción por parte del servidor público de un «deber funcional» vinculado a un ámbito de gestión con el que tiene una «relación funcional», última que viene definida fundamentalmente por un conjunto de acciones evitativas. Luego, además de esta «infracción funcional», deberá exigirse la acción u omisión que realice un tipo penal. Esta realización objetiva y subjetiva, según se postula aquí frente a las conductas omisivas, vendría dada por la lesión efectiva que se produce del bien jurídico por la inacción del regente público principal respecto de la no promoción e implementación de ese sistema de cautelas que indefectiblemente hubieran posibilitado la evitación de acciones corruptas.

¹³⁵⁵ Al respecto, DÍAZ, Elías, “Sentido actual de la concepción normativa del derecho”, en DÍAZ, Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, Ed. Taurus, Madrid, 1971, pp. 52-63, refiere que «norma», «hecho» y «valor» constituyen tres dimensiones fundamentales en el análisis del Derecho. Ello es compatible con un enfoque disciplinario y metodológico de carácter multidimensional, que permite explorar la relación entre dichos elementos. Al respecto, señala el autor que la estructura compleja del Derecho precisa un pluralismo metodológico: «Una comprensión totalizadora de la realidad jurídica exige la complementariedad, o mejor la recíproca o mutua interdependencia e interacción de esas tres perspectivas o dimensiones que cabe diferenciar al hablar del derecho: perspectiva científico-normativa, sociológica y filosófica».

¹³⁵⁶ MIR PUIG, Santiago, RECPC, 2004, pp. 16-17.

¹³⁵⁷ MIR PUIG, Santiago, RECPC, 2004, pp. 18: «[...] valoración tiene un ámbito más amplio que el imperativo normativo. *Lo desvalorado jurídico-penalmente es más amplio que lo prohibido por la norma penal primaria*».

¹³⁵⁸ MIR PUIG, Santiago, RECPC, 2004, pp. 17-18: «El ejemplo paradigmático de los delitos de funcionarios pone de manifiesto que en ellos la lesión del bien jurídico requiere la condición de funcionario. El criterio que ofrece la relación con el bien jurídico permite, en definitiva, identificar qué es lo antijurídico del hecho concreto y, abstrayendo de él lo demás, conseguir la delimitación del hecho antijurídico abstracto».

La validación efectiva de esas valoraciones positivas sobre la necesidad de lograr un mayor compromiso por parte de los regentes públicos respecto de la protección del bien jurídico y que pueden verse afectadas por la institucionalización de valoraciones negativas precisa, pues, buscar en la norma superior de cada Estado esos principios que posibilitarían no sólo delimitar tal contorno de deberes, sino también llenar de contenido las figuras dogmáticas que posibilitan la atribución de la infracción. Esa atribución de responsabilidad podría, como se ha indicado, establecerse simplemente mediante una modificación legislativa al Código Penal tanto en su Parte General como Especial. No obstante, vale insistir, lo que se pretende es realizar una fundamentación constitucional de la redefinición de esas reglas de imputación tendentes a legitimar la punición de las conductas omisivas frente a la protección del referido interés superior. Ya se dijo, como cabe recordar, que no se discute aquí tanto la participación directa y positiva (comisión activa) en un acto determinado de corrupción. La sanción efectiva de este tipo de comportamientos depende normalmente de la eficacia de la actividad probatoria. La situación que llama la atención en este estudio es la desidia de los regidores públicos frente al establecimiento de cautelas tendentes a evitar la corrupción. En un apartado posterior se profundizará sobre este tipo de compromisos preventivos. Lo que corresponde ahora es determinar qué instituciones jurisprudenciales vinculadas al bien jurídico afectado por la corrupción pública pueden ayudar a precisar el contenido del deber posicional de sus garantes y, a partir de ello, la legitimación de las categorías dogmáticas. Esas instituciones son el principio de «*moralidad pública*», la que se vincula en este caso al contenido del bien jurídico, y las figuras de «infracción del deber» y «comisión por omisión» ligadas a la lesión de éste.

La noción de *moralidad pública* es, pues, la primera institución a concretar. Como se señaló desde la Introducción General, la Corte Constitucional de Colombia definió en su primigenia Sentencia C-427 de 1994, frente al correcto ejercicio de la función pública, que: « [...] *la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que integran una moral del funcionario y unos patrones objetivos de lo que son las buenas costumbres en la administración. Pero no sólo eso preceptúa la norma, sino también la obligación de la función pública de acordarse a “la moralidad”, concepto jurídico que aquí no responde a ninguna particular exigencia confesional o subjetiva, sino, se repite, al marco ético conceptual, propio de la moral media o social, que contiene la Constitución*». Luego para mayor precisión, ha sido la misma Corporación la que ha vinculado el referido principio a la lucha contra la corrupción pública. Así lo dejó sentado en la Sentencia C-709 de 1996, cuando estableció que «*La lucha del Estado contra la impunidad de los hechos delictivos tiende una relevancia constitucional, porque se vincula con el principio de moralidad de la función pública que está consagrado en el artículo 209 de la Constitución*». Estas dos referencias sirven como muestra de la sólida justificación que podría realizarse frente a la tesis de establecer una mayor implicación del regente público frente a la protección del bien jurídico que se le deriva de su posición constitucional frente al mismo, lo cual resulta compatible con la exigencia de Antijuridicidad definida por el Art 11 del Código Penal colombiano: «*Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal*».

Establecido un fundamento constitucional del mayor compromiso que debe asumir el regidor público frente a la protección del bien jurídico, el siguiente punto consiste en determinar si los tipos penales que juridifican la corrupción pueden recepcionar de manera efectiva ese contenido moral del interés jurídico superior en su estructura interna. En la aclaración de esta correlación ayuda la precitada Sentencia C-709 de 1996 de la Corte Constitucional, la que establece frente a las modalidades de cohecho que: *«Las normas que estructuran el delito de cohecho en sus diferentes modalidades tienen como sustrato un valor moral y ético en cuanto persiguen una finalidad útil a la comunidad, como es la de combatir los fenómenos de corrupción asociados a las acciones que ponen a precio la función pública, es decir, la venta concluida entre un particular y un servidor público de un acto u omisión perteneciente al haz de funciones o competencias que en desarrollo de aquélla le han sido asignadas y para los cuales el ordenamiento jurídico no autoriza una contraprestación»*. De este silogismo jurisprudencial se puede extraer no sólo la referida correlación del contenido moral del bien jurídico respecto de la estructura interna de los delitos de corrupción, sino también una auténtica finalidad preventiva de los mismos tipos penales. En este sentido se expresa que los tipos delictivos diseminados en la Parte Especial del Código Penal no cumplen sólo una función de subsunción judicial de orden sancionatorio (de aplicación de la norma secundaria), sino también una auténtica finalidad preventivo-general. En el Art. 4 del Código Penal se determina expresamente la finalidad preventiva. Y es a partir de esa finalidad que integra claramente cada tipo penal, que se valida aquí la función preventiva que están llamadas a integrar las figuras dogmáticas.

Determinada la función preventiva de los tipos penales que juridifican la corrupción y su vinculación a la protección del bien jurídico correspondiente, la siguiente referencia que debe realizarse es a la institución de «infracción del deber». Estos deberes, lógicamente, deben vincularse al mismo principio de moralidad pública. Para validar tal correlación, por tanto, es preciso traer a colación la ya referida Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia contentiva de la declaración de responsabilidad penal frente al exministro Andrés Felipe Arias, en la que esta Corporación realiza un recorrido por el conjunto de principios y deberes infringidos por el alto funcionario. Para ello apeló a los principios que orientan la actividad contractual contenidos en el Art. 23 del Estatuto General de la Contratación Administrativa: *«Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa»*. Luego realiza este Alto Tribunal una correlación precisa de esos principios con deberes vinculados a la contratación pública: el *«principio de economía»*, ligado al *«deber de planeación»*; el *«principio de transparencia»*, atado al *«deber de selección objetiva»*. Este último, precisamente, establece la obligación del servidor público de asumir la cautela de no omitir la aplicación de las disposiciones que le obligan: *«constituye obligación del servidor público actuar de manera clara, imparcial y pública, sin anteponer sus intereses personales a los intereses de la entidad estatal, evitando omitir los procedimientos previstos para la selección objetiva y los demás requisitos de orden legal y absteniéndose de incurrir en abusos que conlleven a desviación de poder»*. Estos y otros razonamientos asociados permitirían, pues, reevaluar la referida rigidez dogmática.

En este punto corresponde establecer hasta dónde puede realizarse una redefinición de esas rígidas categorías dogmáticas pensadas para la subsunción típica de los delitos que se definen por su entidad directa y activa y, de manera diversa, permitan atender la repercusión criminal de las conductas vinculadas a la falta de control. Para validar tal redefinición resulta preciso traer a colación la ya referida Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia contentiva de la declaración de responsabilidad penal frente al exministro Andrés Felipe Arias, precisamente, por la falta de control cautelar aquí referida frente a los procesos de contratación oficial. De manera concreta, se referencia en algunos apartados: «*Estas conductas acaecieron porque los requisitos establecidos en los términos de referencia de las convocatorias, aprobados por el aforado, favorecían la entrega de subsidios a determinados sectores y, adicionalmente, no previeron ni establecieron controles para evitar la entrega irregular de recursos del Estado, que ascendió a \$ 26.496.186.061*». Luego precisa de forma expresa la Alta Corporación que la responsabilidad penal viene sustentada en una conducta omisiva del funcionario frente al cumplimiento que como garante de la Entidad pública le asistía: «*Se concluye también que, contrario a lo señalado por el representante del Ministerio Público, el resultado finalmente producido es consecuencia de un actuar doloso del procesado, en tanto voluntariamente tramitó y suscribió los convenios tan citados omitiendo los requisitos legales esenciales de la contratación pública, actuaciones carentes de razón lógica o jurídicamente atendible*». En este sentido se revalida la clásica mirada del silogismo judicial, de concebir los delitos sólo en su entidad activa en perjuicio de los omisivos.

Llegados a este punto, debe establecerse finalmente cómo podría concretarse esa infracción del deber en los propios elementos normativos del tipo. Para ello sirve el referido delito de interés indebido en la celebración de contratos previsto por el Art. 409 del Código Penal colombiano: «*El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá...*». Como se ve, en este caso la cuestión estriba en definir qué alcance tiene el «interesarse» y si tal acto puede realizarse a título omisivo. Lo primero que hay que decir frente a este aspecto es que el Art. 25 de este Estatuto penal prevé la siguiente fórmula frente a la denominada «comisión por omisión»: «*[...] se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido*». Luego, respecto a este tipo penal en concreto, expresó la Corte Constitucional en la Sentencia C-128 de 2003 que: «*[...] el tipo penal ya no habla de interés ilícito sino indebido. Lo ilícito podría hacer pensar en infracción a la ley, lo cual no es cierto, puesto que el contrato puede incluso ser perfecto; empero se quebrantarían los deberes de transparencia imparcialidad y moralidad*». Después precisa frente al contenido del referido término que «*[...] la norma debe considerarse en el contexto de los principios rectores del Código Penal y de los principios y normas que rigen la contratación administrativa*». Luego concluye la misma Corte que dichas infracciones pueden realizarse tanto de forma comisiva como omisiva: «*En este sentido la ley 80 de 1993 en su artículo 51 señala que el servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley*». De este modo, pues, encontraría fundamento legal –extrapenal- la acción omisiva.

Establecidas las anteriores notas jurisprudenciales, corresponde correlacionar algunas premisas dogmáticas vinculadas a la referida *comisión por omisión* para establecer si es posible la penalización de la actuación desinteresada del servidor público cuando se ha obligado a establecer cautelas frente a la protección del bien jurídico. Esta correlación se realiza, como ya se ha enunciado, con la única finalidad de visualizar el «papel» de prevención que puede cumplir la teoría del delito en razón de tal función. Lo primero que hay que decir, como ya se apuntó, es que los códigos penales pueden establecer la referida posición de garante frente a determinados bienes jurídicos. Frente a los delitos de omisión, establece el Código Penal colombiano en su Art. 25 que «A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley». Luego hay que decir que los tipos de omisión, en términos de MIR, «son la base de la infracción de una norma *preceptiva*, que obliga a una determinada cooperación deseable»¹³⁵⁹. Tratándose de delitos de corrupción, como se verá posteriormente, esa norma preceptiva estaría determinada por el conjunto de cautelas que se radican en el regente público para la protección de ese bien jurídico. Lógicamente, la sustracción a ese deber normativo debe ser voluntaria. Luego la imputación objetiva y subjetiva del mismo debe necesariamente realizarse buscando la «equivalencia funcional» con los delitos de comisión activa. Para concretar tal imputación, entonces, debe realizarse una correlación entre los requisitos que la doctrina ha establecido para afirmar la misma.

Sin ningún ánimo de exhaustividad, sino simplemente de postular la aplicación de esta figura a ciertos supuestos claros de infracción del deber por conducta omisiva, se procede a relacionar sintéticamente tal correlación material. Para MIR¹³⁶⁰, por ejemplo, el tipo de comisión por omisión describe en su parte objetiva los siguientes elementos; a) situación típica; b) ausencia de acción determinada; c) capacidad de realizarla. El primer elemento, tratándose de delitos de corrupción, como por ejemplo el incumplimiento de requisitos legales en la contratación, obligaría a verificar la irregularidad punible del acto. Luego correspondería establecer, de acuerdo con el segundo elemento, si el garante efectivamente no cumplió el deber que estaba llamado a ejercer frente a tal proceso y, de acuerdo con el tercer elemento, si tenía la posibilidad de hacerlo. Seguidamente establece el autor que dichos elementos vienen complementados por otros tres de orden específico que precisa tal imputación objetiva: a) la posición de garante, b) la producción de un resultado y c) la posibilidad de evitarlo. El primero se da, en sus propios términos, «cuando corresponde al sujeto una específica *función de protección del bien jurídico* afectado o una *función personal de control de una fuente de peligro*»¹³⁶¹. Ya se vio el tipo de principios y deberes que permitirían sustentar tal función de protección. Lógicamente, de acuerdo con el siguiente elemento, el resultado lesivo de su infracción deberá ser verificado. Finalmente, dicho funcionario debió tener la capacidad de haber evitado el resultado lesivo. Ya desde el punto de vista subjetivo, el sujeto ha de conocer el incumplimiento que lleva a cabo, lo que precisamente podrá inferirse de su condición especial y del deber posicional que asume.

¹³⁵⁹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 309.

¹³⁶⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 318.

¹³⁶¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 318.

Hasta este punto se ha hecho especial referencia al cuerpo de principios legitimantes de la atribución de responsabilidad al servidor público por su falta de cautela frente al bien jurídico y a las reglas dogmáticas que permitirían sancionarle por esa conducta omisiva. Ahora bien, tratándose de una tipología definida de delitos cuya parte objetiva normalmente integra elementos normativos y remisiones a normas de orden extrapenal, la mayor garantía de esa imputación omisiva vendría dada, como se ha propuesto, por la exigencia imperativa que prescribe ese cuerpo normativo sobre la obligación que tiene el regidor de evitar la lesión del bien jurídico. La primera medida político-criminal consistiría en «elevar» el grado de reproche que advierte este ordenamiento extrapenal sobre ciertas conductas antinormativas que tan sólo reciben una reprensión disciplinaria, incluso muchas veces ni siquiera alcanzan este rango prohibitivo. Sirva de ejemplo la tipificación contenida en el Código Penal español establecida en su Art. 405 sobre los nombramientos de funcionarios sin el cumplimiento de requisitos legales. Y sirve de ejemplo, puesto que en países como Colombia la regla general es el nombramiento «a dedo» del funcionariado (nepotismo), lo que resultaría justamente inconveniente para el control de la corrupción. Identificadas esas normas administrativas y disciplinarias que castigan esas conductas omisivas que dan lugar a flagrantes infracciones del ordenamiento jurídico-penal, la misma estructura dogmática de imputación de esa modalidad comisiva establecida por esos órdenes podría utilizarse para adecuar típicamente esa conducta abiertamente criminal, a la omisión de quien tenía el deber de vigilancia. Y claro está que luego, aun criminalizadas este tipo de omisiones, el vigía se sustraerá a ello. Pero la idea es que si llega a ser sorprendido pueda sancionarse y, con ello, restringir el efecto vicarial de la impunidad.

En ese acoplamiento normativo, ceñidos al marco normativo de las contrataciones públicas en Colombia, la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública) y la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), servirían no sólo para llenar de contenido los elementos normativos de los tipos penales ligados a las contrataciones públicas, sino también para articular la responsabilidad por la falta de control o vigilancia de dichos procesos de gestión. Para graficar tal acoplamiento imaginemos un supuesto en el que el regente mayor de una alcaldía (ayuntamiento) por su falta de control posibilita que su departamento de contrataciones convierta en práctica habitual «saltarse» las reglas establecidas para las licitaciones. Lo primero que queda claro es que a estos delegados les pueden ser imputados varios tipos penales (contratos sin cumplimiento de requisitos legales, prevaricación, etc.). Luego hay que ver cómo pueden imputársele, por lo menos el primero de los delitos, al gestor principal que tenía el deber de evitar la corrupción sistemática de aquéllos. Para ello, concretamente, el primer Estatuto estipula en el numeral 2º de su Art. 26 referido al principio de «responsabilidad», que «*Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas*». Luego el inciso 2º del Art. 27 del Estatuto disciplinario prevé, frente a las «*formas de realización del comportamiento*», que este podría darse cuando «*se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo*». En el supuesto referido, por tanto, estas normas extrapenales legitimarían la atribución penal al regente público principal por esa falta de control que posibilitó la corrupción sistemática de los procesos contractuales de su entidad y, adicionalmente, reducirían en algún grado la impunidad.

2.3. Concepción mixta de acción

Se ha postulado en este trabajo que la comprensión mayor de la denominada «intención» que suele vincularse a la categoría dogmática del dolo, debe poder de algún modo asociar la situación subjetiva ligada a la amenaza de pena. Esta correlación resulta coherente cuando se dice que la teoría del delito debe estar vinculada a la función preventiva que está llamada a cumplir la pena. Y si la pena tiene por función impedir la materialización efectiva de tal intención (la realización objetiva del tipo penal), la misma debe poder «luchar» en un plano de igualdad con aquél elemento propositivo. Esta postura resulta igualmente coherente con el esquema psico-filosófico de premios y castigos que encierra la teoría de la disuasión, marcada por la anticipación cognitiva (ponderación) de los incentivos positivos que impulsan el delito y las representaciones de castigo definidas por la norma jurídico-penal. La consideración del delito que aquí se afirma, como cabe recordar, se articula sobre la idea de que éste se define por una *elección racional* del hombre mediada no sólo por factores de tipo circunstancial, sino además por su proceso de construcción cognitivo: una elección basada en un análisis anticipado de *costes* y *beneficios* en la que resultarían determinantes, para la elección del delito, todas aquellas categorías de significado que se hallan tras el fin perseguido con el acto delictivo y los factores de riesgo que el individuo asocia a él. Pero más que un afán de alterar el edificio dogmático de la teoría del delito, lo que se persigue con la referida correlación de incentivos es sustentar, a partir de la realidad criminológica que rodea el concreto fenómeno delictivo, la imputación de aquellos casos difíciles que suelen quedar en la impunidad por el presunto desconocimiento de quien tiene un deber legal de evitarlos.

Es el caso de aquel funcionario que asume la dirección de una entidad y sabe, porque así lo obliga la asunción del cargo, que debe establecer cautelas para evitar la corrupción de los procesos de gestión de la entidad. Una de ellas, por ejemplo, es la de nombrar un equipo altamente cualificado en términos técnicos y éticos. Si este funcionario decide no acatar esta cautela y, por el contrario, vincula a la entidad al «recomendado» del político «X» o a su sobrino «Y» sin sujetarse a ninguno de esos criterios, difícilmente podrá rebatirse la idea de que cuando se apartó de su deber cautelar no anticipó cognitivamente, aunque fuera mínimamente, el riesgo penal de tal nombramiento. Cuestión aparte es la consecuencia que se le endilgue si los primeros se llegan a corromper. Lo que se pretende evidenciar a través de este supuesto, es que ese momento subjetivo en que decide apartarse del deber posicional que le obliga, se define necesariamente por la *tensión* de fuerzas de naturaleza simbólica (*acción-tensión*): reflexionará seguramente sobre las razones por las que nombra a sus amigos incompetentes; pero también, paralelamente, podrá anticipar lo que se le «vendría encima» si estos «la llegan a embarrar». Y si en la realidad compleja del pensamiento la *intención* está marcada por una confluencia de fuerzas que entran en *tensión*, ello ha de poder relacionarse en el modelo dogmático que trate de sistematizarlos. Tanto las categorías subjetivas de la teoría del hecho punible como las perspectivas criminológicas articuladas a aquél paradigma, han de permitir conciliar una concepción compleja del actuar humano, en la que tanto la fuerza positiva que motiva la conducta como la fuerza constrictiva que tiene por fin inhibirla, pueden y deben correlacionarse.

La anterior tesis obliga a traer nuestra pregunta fundamental: ¿repercute la ineficacia de las disposiciones jurídico-penales que juridifican la *corrupción pública* (su *impunidad*), en la configuración de esos *cánones de autorrestricción comportamental*? Para responder a semejante cuestión, como ya se ha enunciado, la impunidad ha de concebirse como un «refuerzo criminógeno», esto es, como un componente esencial de su propio proceso causal. ¿O qué son sino, según el ejemplo referido en el párrafo precedente, refuerzos conductuales todas esas disquisiciones que se arguyen dentro de las estructuras organizadas de corrupción para debilitar el «miedo» al castigo legal en sus participantes: «tranquilos que nadie se va a enterar», «aquí llevamos haciendo esto hace mucho tiempo y no pasa nada», etc.? Pero más allá de esta afectación circunstancial que una baja percepción de riesgo pueda generar sobre la psique del corrupto potencial, lo que interesa resaltar en este punto es que son esas mismas convenciones las que posibilitan la neutralización de las representaciones teóricas construidas alrededor del castigo, al punto de que la amenaza abstracta de pena no puede desplegar el efecto deseado. Por tal razón la comprensión del fracaso de la disuasión jurídico-punitiva implica un análisis criminológico de la pugna de significados que se presenta durante el curso formativo de la decisión de cometer un delito, o bien de incumplir de manera consciente los deberes que se asumen en función del deber jurídico que se tiene bajo custodia. Luego corresponde establecer cómo pueden articularse esos elementos significativos a la estructura sistemática de la teoría del delito, a fin de lograr una mayor entidad de su pretensión preventiva. Como se verá en el siguiente apartado, para ello debe reevaluarse el contenido de la categoría de intención.

Es esta, pues, la naturaleza de la categoría de acción propuesta: Una tipología expresada a partir de dos categorías de comprensión significativa que compatibilizan esa consideración racional del delito y la naturaleza simbólica de las premisas de elección. De esta manera se podrá establecer el *nexo* entre impunidad y los incentivos que median en la decisión criminal. Por ello tales categorías de direccionamiento se articulan alrededor del paradigma de «*libertad de acción*», único punto de anclaje que permite «hablar» de *acción racional* y, en consecuencia, conectar el modelo criminológico propuesto con los principios filosóficos, psico-sociológicos y dogmáticos que presuponen la *motivabilidad normativa* del individuo, entendido tal atributo como la capacidad personal para reaccionar de manera racional frente a una serie de situaciones jurídicamente reguladas, pero sin prescindir de la construcción simbólica de la mente. La concepción de *acción intencional* presentada por la Sociología¹³⁶², el paradigma del *libre albedrío* propuesto desde la Filosofía y la concepción de *acción significativa* articulada a la Dogmática, compatibles en su consideración racional del hombre, posibilita una integración de esos postulados criminológicos que presuponen la capacidad electiva del individuo con las categorías simbólicas que construyen su psique. La inclusión de la *impunidad* como criterio regulador de la acción delictiva, bajo la lógica conductista que integra el modelo de la disuasión, presupone que la ausencia del castigo tiene la vocación no sólo de «incentivar» la conducta delictiva (externa), sino también de «reforzarla» (interna). En esta capacidad de anticipación cognitiva se sustentaría el apartamiento del regidor público de sus deberes.

¹³⁶² Cfr., principalmente, PARSONS, Talcott / SHILS, Edward (Dirs.), *Hacia una teoría general de la acción*; WEBER, Max, *Economía y Sociedad*...

De manera, pues, que el fin último de esa concepción mixta de acción, más que sistemática, es alcanzar una mayor comprensión del fracaso de la disuasión normativa. Integrada la carga simbólica de los «costes» y «beneficios» asociados a delitos intencionales en un mismo plano, la impunidad podrá concebirse como una categoría simbólica con capacidad de mediatizar esos procesos intencionales¹³⁶³. En los delitos de corrupción flagrantes y directos, por ejemplo en aquellos en los que el regente público se alza directamente con el botín que tiene bajo su guarda, lógicamente, no comporta mayor disquisición el hecho de inferir si contaba o no con el riesgo de sanción. Pero sin embargo cuestión más compleja es determinar si puede un funcionario directivo de una entidad –con unas características orgánicas o estructurales determinadas– representarse si con el incumplimiento del deber de establecer de manera efectiva las cautelas que le prescribe el mismo ordenamiento positivo le genera responsabilidad. La respuesta que aquí se ofrece es categórica: indudablemente. Es que cuando una persona asume la responsabilidad de comandar una entidad o proceso público determinado, lo primero que debe tener en cuenta es si está en la capacidad o no de cumplir con las directrices que marca la Constitución y la ley frente al correcto ejercicio de la función pública. Luego si esas mismas leyes le indican el imperativo de establecer un tipo de cautelas y, sin embargo, se sustrae a ello no haciéndolo o creando simplemente una pantalla, en ese sentido deberá hacerse responsable de la corrupción de los procesos de gestión que le competen. Para ello podrá acudir a figuras jurídicas análogas a las utilizadas actualmente en algunas legislaciones para criminalizar ciertas «actuaciones» de las personas jurídicas respecto del incumplimiento grave de deberes de vigilancia, supervisión o control (Art. 31 bis, 1, b, CP. esp.). Pero se insiste, para salvar cualquier duda sobre la legitimidad de esa atribución de responsabilidad, que se hace referencia es a situaciones de corrupción sistémica o de aquellas en que las reglas de la experiencia indicarían que es improbable que ese regente o su equipo las desconocieran. De esta forma entra a ocupar un lugar básico la aplicación de la institución dogmática de la «comisión por omisión». Así, como refiere CORCOY frente a la aplicación de esta figura en el delito de prevaricación administrativa, «Se admite la comisión por omisión cuando es imperativo realizar una determinada actuación administrativa y su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación»¹³⁶⁴. Se habla, de este modo, de infracción del deber, en los términos de la reputada penalista, de «deberes de abstención» del regidor público, en los que se materializa el deber de imparcialidad¹³⁶⁵.

¹³⁶³ Sobre la dificultad de negar la capacidad electiva del hombre frente a los delitos de configuración racional, apunta LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *InDret*, 3/2012, p. 33 «[...] resulta bastante fuera de lugar dudar de la libertad de decisión del sujeto en la mayoría de los delitos de mediana o menor gravedad, como fraudes, falsedades, delitos fiscales, medioambientales, urbanísticos, corrupción de funcionarios como cohecho o tráfico de influencias etc., en los que no tiene sentido hablar de impulsos inconscientes o incontrolables como motivación de la actuación, sino que es evidente que esta responde a cálculos e intereses egoístas y por tanto a decisiones racionales, por lo que resulta totalmente inadecuado y hasta ridículo plantear en ellos la tesis de que no es cierto o al menos no es demostrable que sus autores fueran libres para haber podido dejar de cometer el delito y por tanto no les es reprochable».

¹³⁶⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Manual práctico de Derecho penal. Parte Especial* (Dir.), 2ª Ed., Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2004, p. 1045.

¹³⁶⁵ Este tipo de delitos, como señala CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Manual práctico de Derecho penal...*, p. 1083: «[...] evidencian singularmente la dimensión ética del sistema normativo de justicia penal, en la medida que suponen la criminalización de un deber de naturaleza extrapenal».

De lo anterior se deduce que la noción de acción intencional aquí prevista se corresponde con una «intencionalidad no determinada causalmente». Precisamente con la finalidad de llegar a esta noción de acción simbólica se resaltó la concepción de *acción social* referenciada por WEBER, caracterizada por una significación «intencional» que comprende tanto un *hacer* como un *no hacer* determinado. Entiende justamente el eminente Sociólogo que la *acción social* no solamente consiste en un hacer, sino también en un no hacer, siempre que el individuo vincule a su conducta un *sentido*. Concretamente, refiere WEBER que la acción debe ser entendida como « [...] una conducta humana (bien consista en un hacer externo o interno, ya en un omitir o permitir) siempre que el sujeto o los sujetos de la acción enlacen a ella un sentido subjetivo»¹³⁶⁶. Ahora bien, ¿de qué manera podría aterrizar el contenido *bifronte* de la motivación delictiva en el esquema de la teoría del delito? Se ha enunciado que tradicionalmente la Criminología y la Dogmática enmarcan los motivos de orientación de la acción atendiendo especialmente al fin o propósito perseguido por el sujeto. La corrupción es un vivo ejemplo de ello. La típica definición del delito de cohecho, por ejemplo, no se concibe sin el elemento finalístico («dádiva», «retribución de cualquier clase», etc.). Por ello la intención puede concebirse, para mayor comprensión, como una «unidad» formada entre el *beneficio* específico perseguido y los *riesgos* que implica la acción planificada, máxime cuando precisamente delitos como el cohecho implican «omitir un acto propio del cargo» (Art. 405 CP. Col.).

Por tanto, la finalidad subjetiva potencialmente direccionable hacia una meta (el «deseo» de alcanzar un *fin* determinado), no basta para caracterizar el significado de la acción –delictiva–, sino que es preciso valorar también esos otros incentivos de orden restrictivo que confluyen en su proyección. De manera que ese contenido bifronte de la motivación marcado por los dos elementos que confluyen en la toma de decisiones, deberán articularse a la estructura subjetiva del injusto, esto es, en una posición en la que puedan confrontarse la amenaza de pena y ese elemento finalístico que preside el delito intencional. Tratándose de la omisión de deberes que desencadenan en la corrupción grave de los procesos de gestión, como se indicó, el incumplimiento flagrante de las cautelas prescritas legalmente permitirían inferir esa ponderación del riesgo que lleva aparejado la infracción del deber posicional. Imagínese el incumplimiento que consagra el Art. 405 del Código Penal español sobre nombramientos ilegales. Por ello es preciso considerar esa posibilidad de mediación cognitiva del imperativo¹³⁶⁷. Esa doble significación normativa en la que se debate el infractor y la posibilidad de intermediación cognitiva de uno y otro tipo de regla sobre su capacidad autorrestrictiva no excluiría, como se ve, que el elemento subjetivo que por antonomasia recoge el contenido simbólico que preside la proyección y ejecución de delitos de configuración racional: el *dolo*, pueda integrar, de algún modo, esos significados asociados a la amenaza de pena para la legítima imputación de la omisión.

¹³⁶⁶ WEBER, Max, *Economía y sociedad*, p. 5.

¹³⁶⁷ Relacionado con la posibilidad de conocimiento o comunicación de las normas penales durante el *proceso de socialización*, apunta SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, p. 358, « [...] debe partirse de la posibilidad de eficacia de la motivación de las normas penales sobre sus destinatarios, por cuanto éstos sí llegan, en general, a conocerlas, aunque ello tenga lugar normalmente a través de cauces indirectos; la naturaleza usualmente indirecta de los procesos de motivación no excluiría, a mi juicio, el carácter estrictamente penal de la misma».

3. Ampliación del ámbito del deber posicional: bases para la infracción omisiva

El aseguramiento de una mayor entidad preventiva de la pena frente a los delitos de corrupción, según se ha propuesto en este trabajo, ha de pasar por una redefinición del marco de deberes que se radican en cabeza del servidor público. A esa redefinición se ha vinculado, fundamentalmente, una cautela cualificada asumible por parte de ese servidor frente a la protección del bien jurídico correspondiente. La selección idónea de su equipo colaborador, la implementación de controles eficaces sobre los procesos de gestión que tienen a su cargo, la facilitación efectiva de canales de denuncia y la promoción real de la ética pública, son apenas una parte de esas medidas vinculadas a un verdadero compromiso con la defensa de la cosa pública y que podrían conducir no sólo a la prevención situacional del delito, sino también a generar un incremento de la entidad aversiva del castigo legal. Uno de los factores facilitadores de tal incremento, como se ha venido sustentado, estaría estrictamente ligado a ese mayor compromiso que podría asumir el gestor principal de una entidad pública frente a la corrupción sistémica de sus principales procesos de gestión, en la medida en que desde la ley penal se le prescriba en su disfavor la atribución de responsabilidad por su inacción frente a la irregularidad estructural de tales procesos de gestión. Como ya se avanzó, se trataría simplemente de tomarse en serio la posición de garante que asume el regidor público de conservar el bien jurídico. Pero no se trataría de hacerle responder por un evento aislado de alguno de sus inferiores, sino de esas complejas prácticas delictivas que afectan la estructura orgánica de la propia entidad y que, según las reglas de la experiencia, no pueden tener lugar a espaldas del equipo regente.

Para el aseguramiento de tal incremento se ha planteado la redefinición significativa de las propias categorías dogmáticas de la teoría del delito. Para ello se proponen, de forma concreta, la reformulación de tres aspectos de tal naturaleza. El primero de ellos tiene que ver con la positivización exhaustiva del marco de deberes del servidor público. El propósito de ello es delimitar el conjunto de obligaciones mínimas que le permitirían dimensionar los deberes de vigilancia y protección que asume frente a la eventual lesión del bien jurídico que se le encarga. Se afirmaría así que el servidor público asume una posición de garantía conforme a la constitución y a la ley, por el hecho de comprometerse de manera voluntaria a la protección real de una estructura generadora de oportunidades para el delito (de una fuente de riesgo). Esta postura deja ver el segundo de los elementos cuya reformulación se postula: Se trata de concebir el entorno interno de las corporaciones públicas como una fuente de riesgo en la que su gestor principal y equipo colaborador, se conviertan en garantes reales de los procesos de gestión que tienen a su cargo. Para ello se propone no tanto una simple modificación legislativa que permita tal atribución, puesto que visto abstractamente parecería una carga desmedida sobre el regidor público, sino una redefinición criminológica del elemento subjetivo del injusto penal, como se ha indicado, tendente a evidenciar que cuando en una entidad determinada se advierte la corrupción sistemática de sus procesos, el gestor principal ha tenido la posibilidad de anticipar cognitivamente los riesgos punitivos que describen su grado de implicación frente al bien jurídico. El tercer aspecto, precisamente, es postular una forma de sustentar de forma bastante esa inacción frente a la protección del bien jurídico para legitimar la punición.

3.1. Positivización del marco de deberes

Se parte aquí de la tesis de que la amenaza jurídico-penal que se posa sobre el gestor principal de una entidad pública tendría una mayor entidad por el hecho de saber que la corrupción sistémica de sus procesos de gestión le generaría responsabilidad directa. De entrada la atribución legal de tal cautela, como se ha indicado, bloquearía en buena medida la invocación de errores sobre el conocimiento de los elementos del tipo y de su entidad prohibida. El problema, por tanto, no recae sobre aquellas conductas en las que el servidor público participa de forma activa y directa en la realización del delito, en donde la atribución de responsabilidad sería sólo una cuestión de orden probatorio, sino en aquellos casos en los que su participación discreta o actitud omisiva permiten una grave lesión del bien jurídico. Se piensa, vale insistir, sólo para aquellos casos en que se corrompen estructuralmente los procesos de gestión de una entidad. En este sentido los denominados delitos de infracción de deber adquieren su mayor importancia en la atribución de tal responsabilidad, pues el deber posicional que se radica en cabeza del servidor público es el que permite sustentar la referida posición de garante. Por tanto no se trataría de la subespecie de omisión propia, en la que cualquiera tiene el deber de custodiar tales procesos de gestión. Se trata, a diferencia de esta, de una omisión de carácter cualificada en la medida en que el sujeto se encuentra en una situación especial frente a la salvaguarda del bien jurídico. Luego no se trata de crear nuevas reglas de imputación o de flexibilizar la aplicación de las existentes, sino, como se indicado, de reconceptualizar la entidad de ese marco de deberes vinculados a la guarda del concreto bien jurídico y de dotar de mayores garantías la aplicación de la regla de imputación del delito bajo la figura de la omisión.

Frente a la reconceptualización del referido marco de deberes, se ha indicado ya que no se trata de inventar nuevos tributos de responsabilidad vinculados a la función pública, sino de tomarse en serio los principios constitucionales y las reglas legales que concretizan el correcto ejercicio o la gestión de lo público. La Constitución colombiana, por ejemplo, vincula al ejercicio de la función pública los principios de *igualdad*, *moralidad*, *eficacia*, *economía*, *celeridad*, *imparcialidad* y *publicidad*. Luego las propias Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia han apelado en múltiples ocasiones a esos principios para sustentar la responsabilidad del servidor público frente a su gestión irregular o ilícita. Prueba fiel de ello, como ya se referenció en el capítulo anterior y en el presente, fue la sentencia de la última Corporación proferida en contra del exministro Andrés Felipe Arias. El problema, como se dijo también en tal capítulo, es que esa sustentación se produjo fue por la vía de la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico y no por aplicación de un cuerpo normativo en el que se contienen de manera clara, precisa y exhaustiva los deberes del servidor público frente a la gestión que le concierne. En este sentido se habla de una compilación positiva de los deberes diseminados por todo el ordenamiento jurídico. Esa positivización permitiría llenar de contenido aspectos vinculados al deber posicional tan gaseosos como los que se contienen en el delito de «interés indebido en la celebración de contratos» prescrito por el Art. 409 del Código Penal colombiano y que requiere la concreción normativa del «cargo» y las «funciones» que infringe el servidor público. Es por ello que la regulación del deber se convierte en una garantía del acto de imputación.

Delimitado el marco de deberes que se radica en cabeza del servidor público, la siguiente cuestión a resolver es cómo sustentar la atribución de responsabilidad penal a ese gestor principal por los delitos de corrupción sistémica que se produzcan al interior de la institución. La primera cautela que se adopta, como ya se dijo, es que se trataría de actos de corrupción de carácter sistémico, es decir, aquellos que según las reglas de la experiencia resultan inconcebibles sin la autorización o aquiescencia de quienes presiden la institución. Piénsese, por ejemplo, en el ya referido escándalo de corrupción definido como el «carrusel de la contratación» que afectó al Instituto de Desarrollo Urbano (EDU) de la capital colombiana y que terminó con la condena del alcalde de esta ciudad y su hermano senador; también el ya referenciado caso de corrupción «Agro-ingreso seguro» del Ministerio de Agricultura de Colombia y que terminó con la condena del titular de esta cartera ministerial. En uno y otro caso, como quedó sentado en las extensas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, los actos fraudulentos que se gestaron paralelamente a los procesos regulares de contratación de las correspondientes entidades, no se hubieran podido realizar sin la participación del equipo central. Luego si como sucedió en el último caso el gestor principal pretende excusarse en un presunto desconocimiento de la práctica corrupta y en la supuesta confianza depositada en su equipo de asesores, su cuota de responsabilidad, así sea en una entidad punitiva inferior, como la expulsión del servicio público (inhabilitación), estaría afincada en su «incapacidad» (inconveniencia) de adoptar una de las cautelas que la eficaz protección del bien jurídico le demandaba: la selección idónea de su equipo directivo y el establecimiento de controles de detección del riesgo.

Es de este modo, pues, que la positivización del marco de cautelas frente a la protección del bien jurídico y la normativización de las reglas de imputación de la conducta omisiva provocarían un doble efecto preventivo. La forma específica en que deberían concretarse los límites del bien jurídico y sistematizarse la referida regla de imputación, deberá ser objeto de otro trabajo de naturaleza estrictamente dogmático. Lo que interesa ahora y en este lugar es señalar ese doble efecto preventivo que posibilitaría la redefinición de los indicados criterios de atribución dogmática. Ambos efectos, como puede inferirse, están vinculados al incremento de riesgo punitivo que comporta la definición de la fuente de riesgo y la vinculación jurídica de su materialización en cabeza de su guarda principal. El primer efecto, como ya se enunció, es de orden situacional. Y esto último porque la oportunidad delictiva, según se concibe en este trabajo, puede verse por el potencial infractor no sólo como la opción de hacerse con el provecho del ilícito, sino también de salir ileso del acto. En el apartado siguiente se profundizará cómo se concreta esta doble connotación del acto intención en la estructura subjetiva del injusto. El segundo efecto, por su parte, está vinculado con el hecho de que si aun a pesar de esa mayor entidad del riesgo el regidor público sucumbe a la tentación de corromperse y por uno u otro motivo es detectado, luego no se escaqueé del proceso de atribución de responsabilidad penal bajo la argucia del supuesto desconocimiento del acto irregular. En este último caso, como es lógico, el efecto preventivo no se concretaría en el mismo corrupto, sino en el multireferido efecto negativo de orden vicario (sobre los demás) que trae consigo el modelado elitista de la impunidad. Uno y otro efecto, por tanto, impedirían la dilución del temor al castigo al que sigue anclada la subsistente teoría de la disuasión.

En el apartado siguiente se profundizará un poco más sobre la forma de sustentar la indicada omisión punible, lo cual resultaría factible cuando, como se ha visto, el contenido del bien jurídico en este tipo de delitos se define por el contorno de la *moralidad pública*, por un lado, y la realización de los tipos penales que la lesionan, por otro, se conciben como la concreción de la indiferencia del regidor público frente a la correcta gestión de los procesos que encarnan un alto riesgo de corrupción. Corresponde ahora referir, antes de entrar en esa sustentación, la justificación que aquí se aduce para ampliar el referido marco de deberes y la legitimación que adquiere la atribución de mayores cautelas por parte del regente público frente a la configuración de esas oportunidades de corrupción. Vaya por delante, como señala JESCHECK, que los principios inherentes a la función pública que asumen los funcionarios están afincados al círculo de deberes que en marco de esos principios se instituyen para enfrentar los peligros que se ciernen sobre determinados bienes jurídicos. Pero, ¿qué es lo que debe hallarse tras esos principios para que faciliten una mayor vinculación por parte del regente público frente a la protección del bien jurídico que se les encarga?: una *valoración jurídica positiva* de lo público y una *valoración jurídica negativa* de lo que lo lesiona (la corrupción). En este sentido podrá decirse, como refiere MIR, que el bien jurídico integra una «valoración positiva»¹³⁶⁸. El problema es que esas valoraciones admiten diversos niveles, por lo que la exigencia también lo admitiría.

Y aquí es donde vuelve a entrar en juego la referida *tolerancia social institucionalizada* de los abusos del poder. Porque es la sociedad, según se dijo, unas de las instituciones más importantes de control del delito. Pero para que la sociedad opere como tal, y este es el aspecto novel que se introduce en este punto, es que es el legislador y los órganos de cierre de la jurisdicción, los que tienen el deber –posicional–, en aplicación del referido principio constitucional de *moralidad pública*, de instituir jurídica y jurisprudencialmente ese marco de deberes en cabeza de los regentes públicos para que esas *valoraciones* sociales adquieran una mayor entidad y se alcance así una clara legitimación de la vinculación de esos regentes frente a la protección de lo público. Luego esas valoraciones, en los términos de MIR, «informarían materialmente el derecho positivo»¹³⁶⁹, para ser más exactos, afectarían el ámbito material de los elementos normativos del tipo (por ejemplo, el contenido de los elementos «cargo» o «función» del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos). En este mismo sentido se afirmarían que las mismas valoraciones permitirían la comprensión de las categorías dogmáticas¹³⁷⁰. Y es de este modo que a partir de las mismas valoraciones podría sustentarse, como se verá seguidamente, que la atribución del injusto al regente público que tiene asignado el deber o la guarda efectiva del bien jurídico, se vincularía al conocimiento del riesgo que pudo y no quiso controlar.

¹³⁶⁸ MIR PUIG, Santiago, RECPC, 2004, p. 5: «El concepto de bien encierra una valoración positiva, y el concepto de bien jurídico penal supone una valoración positiva por parte del Derecho penal. Esta valoración sirve de guía a la interpretación del precepto penal correspondiente».

¹³⁶⁹ MIR PUIG, Santiago, RECPC, 2004, p. 4: «[...] contribuye a aprehender el significado pleno del Derecho positivo descubrir las valoraciones y principios que existen tras las normas jurídicas. Algunas valoraciones y principios del Derecho están explicitadas en la Constitución y en otros textos legales, y tal explicitación será muy útil para comprender e interpretar prescripciones jurídicas más concretas».

¹³⁷⁰ MIR PUIG, Santiago, RECPC, 2004, p. 5: «[...] las valoraciones relacionados con los bienes jurídico-penales y otras valoraciones que mencionaré han de ser tomados en cuenta para comprender el significado específico de las distintas categorías de la teoría del delito».

3.2. Premisas dogmáticas: acoplamiento simbólico de los factores intención e intimidación para sustentar la punición de la infracción del deber cautelar

Se ha planteado que la consideración simbólica del castigo legal, si se es coherente con ese modelo psico-filosófico que se halla tras la función intimidatoria de la pena, debe poder relacionarse de alguna manera con el elemento propositivo dentro de la estructura interna del injusto. Y para establecer esa relación se ha propuesto que ese factor aversivo que confiere sentido a tales estructuras dogmáticas, debe afectar el elemento que motiva positivamente la infracción. La utilidad de esta integración consiste, como se ha sugerido, en obtener una comprensión mayor del proceso formativo y contenido sustantivo de la intención (del *dolo*), que tratándose de delitos de infracción del deber de orden omisivo, vendría posibilitada por la desidia del agente público. Esta formulación es compatible con la estructura psicológica de la función intimidatoria de la pena, cuya enunciación en términos de premios y castigos se concibe justamente para intentar inhibir ese propósito que impulsa la realización objetiva. Y en esta tarea ayudaría, precisamente, la referida concepción bifronte de acción, en donde lo simbólico de ese elemento intencional que caracteriza el tipo penal (lo que se *persigue*) y lo simbólico del castigo legal (con lo que se pretende *inhibirle*), conforman una *unidad de sentido*. Dicho de otro modo, si la teoría del delito es coherente con el esquema clásico de la disuasión que sustenta, deberá poder integrar, al lado del elemento finalístico que «impulsa» la acción intencional, el factor contramotivante. Para sustentar esta propuesta debe partirse de la indicada redefinición de las categorías dogmáticas utilizadas para tal enunciación. A esto se dedica este apartado.

Sea lo primero decir que no puede perderse de vista que se esas categorías dogmáticas están «pensadas» para ser aplicadas a una clase determinada de delitos: *tipos marcadamente intencionales*. Para ello se trabaja desde una concepción de *dolo* que no sólo integra el elemento cognoscitivo o intelectual (el *saber*), sino además el elemento volitivo (el *querer*). Este último se define no sólo por su entidad general (según su función respecto de la categoría de *acción*), sino además como componente específico del tipo subjetivo. Y estas dos categorizaciones del elemento volitivo adquiere suma importancia dentro de este esquema, puesto que tanto el componente *finalístico* (el *propósito* perseguido) como el estímulo *aversivo*, son, por antonomasia, los elementos estructurales de esa voluntad consciente que presuponen el paradigma de la racionalidad y el modelo teórico que sirve de base a la función intimidatoria de la amenaza legal. Luego, tratándose de delitos prototípicamente antijurídicos, ese elemento «cognoscitivo» de la situación típica, por la propia naturaleza racional del delito, implica necesariamente conocer la entidad antinormativa de *lo que se hace* (conocimiento de la antijuridicidad), entre otras cosas, porque la corrupción es «parasitaria de un sistema de normas». Sirva como ejemplo el delito de cohecho, como refiere CORCOY, en el que si bien el conocimiento de la antijuridicidad no es un elemento del tipo subjetivo, el *dolo* exige sin embargo «conocer el carácter antijurídico de la conducta»¹³⁷¹. En este sentido se dice que la confluencia de los dos elementos volitivos referidos precisa de una «especie» de «actitud interna de aprobación» de la infracción, esto es, saber que *lo que se hace* tiene repercusión penal.

¹³⁷¹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Manual práctico de Derecho penal...*, p. 1062.

Vaya por delante que la visión del delito que presenta el esquema psicológico de la disuasión, como lo asumen las perspectivas criminológicas de la *elección racional*, sugiere que el proceso de decisión que conduce a la realización de un delito de configuración racional se encontraría mediatizado, necesariamente, por una representación del sujeto activo de alcanzar el *fin* perseguido con su acción y los *riesgos* potenciales que puede enfrentar. En referencia al delito de cohecho, como reseña CORCOY, puede decirse que «el sujeto debe conocer tanto el motivo de la oferta, entrega o solicitud de la dádiva, como la naturaleza de la actuación del funcionario a la que aquélla se vincula»¹³⁷². Pero cuestión bien distinta es determinar cómo sustentar la responsabilidad del garante principal del bien jurídico por la permisón de conductas de tal tipo producidas dentro de su ámbito de protección. Para ello debe hallarse, según se propone aquí, un «*equivalente simbólico*» que permita equiparar esa «desobediencia» cautelar a aquélla noción mixta de intención. Esta equiparación simbólica permitiría observar esa omisión del gestor principal que permite la corrupción de su entidad, como un acto causal consciente en el que los *riesgos* que la misma comporta, se hallan siempre presentes. Semejante relación exigiría, por tanto, partir de la concepción de *dolo completo*, que supone el «*conocimiento de la antijuridicidad*».

Para la definición de tal «equivalente», según se propuso, debe integrarse en esa misma «unidad intencional» el factor aversivo: Para empezar, cabe decir que todo tipo penal exige una acción «voluntaria». Ésta permite hablar de una *capacidad de elección abstracta*. Como apunta MIR, a pesar de que «la doctrina discute sobre el contenido de este concepto, existe acuerdo en que la conducta humana requiere una determinada *voluntad*»¹³⁷³. Dicha consideración no se opone, sociológicamente hablando, a una concepción *finalista* de «acción», esto es, orientada hacia fines. Y en la medida en que «[...] el Derecho penal sólo puede desvalorar y, en su caso, prohibir, conductas voluntarias»¹³⁷⁴, resulta válido afirmar, ahora en términos del *finalismo* (dogmático) –con independencia de su anclaje en estructuras *lógico-objetivas*–, que la «acción» es «final» por cuanto aparece *guiada* por cierta finalidad¹³⁷⁵. Citando a WELZEL, la doctrina de la acción «[...] desarrolla el principio estructural general de las acciones humanas, es decir, su dirección en función del fin anticipado mentalmente (junto a la selección de medios y la consideración de los efectos concomitantes) y su realización en dirección al fin»¹³⁷⁶. Y dicha *finalidad*, como se sugiere, no sólo permite hablar de una *capacidad de elección concreta* (de ponderar beneficios y costes)¹³⁷⁷, sino también de una definición simbólica de la misma finalidad.

¹³⁷² CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Manual práctico de Derecho penal...*, p. 1061.

¹³⁷³ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 149.

¹³⁷⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 170.

¹³⁷⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 154: «El finalismo parte de la existencia de ciertas “estructuras lógico-objetivas” que pertenecen a la naturaleza de las cosas» ». Puntualiza el autor, «La acción final (guiada por una finalidad) es para Welzel una de esas estructuras ontológicas».

¹³⁷⁶ WELZEL, Hans, “La doctrina de la acción finalista hoy”, (Trad. José Cerezo Mir), ADPCP, T. XXI, Fasc. II, Mayo-Agosto 1968, Madrid, 1968, p. 223.

¹³⁷⁷ Señala MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, pp. 177-178, no es conveniente comenzar el análisis de los casos preguntando si concurre un comportamiento humano. «Para decidir si un determinado hecho constituye o no delito, lo primero que hay que hacer es comprobar si *prima facie* constituye una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal prevista en algún tipo de delito». De ello se deriva que, «[...] cabe distinguir entre la exigencia de un comportamiento humano, como requisito general de todo tipo penal, y la necesidad de que concurra la específica conducta exigida por un tipo penal *determinado*».

Una categoría de acción intencional de naturaleza simbólica definida por la *tensión* que se genera entre el *fin* que preside el acto y la *pulsión restrictiva*, debe, por tanto, poder reflejarse en la teoría del delito. Se insiste en este punto de que si la Dogmática es coherente con la función preventivo-intimidatoria que está llamada a cumplir la teoría del delito («basar la teoría del delito en la función de prevención») ¹³⁷⁸, el elemento subjetivo-punitivo ha de poder participar. El planteamiento *finalista* de la acción, especialmente en lo atinente a la intención, se ajusta bien a la explicación de los delitos «claramente dolosos» como los de corrupción ¹³⁷⁹; claro está, como refiere ROXIN, teniendo en cuenta que «[...] la teoría final de la acción se ha transformado –cierto que sólo en los delitos comisivos dolosos- en una teoría final del tipo y sólo en esa forma ha sido acogida por la opinión dominante» ¹³⁸⁰. De ello se deduce que la acción no exige únicamente ser causada por *una* voluntad, cualquiera que sea el contenido de ésta, sino también ser «conducida finalmente por el contenido de finalidad de la voluntad». Consecuencia fundamental de ello, como recuerda MIR, fue la «[...] inclusión del dolo (que se equipara a la finalidad) en el tipo de injusto de los delitos dolosos...» ¹³⁸¹. De esta forma puede decirse que «El Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho sólo puede prohibir comportamientos voluntarios, finales» ¹³⁸². Por esto mismo «[...] la exigencia de comportamiento humano tiene el sentido de requerir una conducta *externa y final* del hombre» ¹³⁸³. De manera que mientras la parte objetiva del tipo penal comprendería el aspecto *externo* de la conducta, la parte subjetiva se hallaría constituida por la *voluntad consciente* ¹³⁸⁴ que determina la existencia del dolo ¹³⁸⁵. Y por tratarse de una *voluntad consciente*, es que puede afirmarse que en ella puede incidir también la percepción inmediata que tiene el sujeto sobre la probabilidad objetiva de recibir un castigo. El concepto *final* de acción serviría, de este modo, para la caracterización del *dolo* en la omisión flagrante del deber cautelar, pues éste posibilita, como señala ROXIN, advertir «formas de aparición especialmente marcadas (finalidad)» ¹³⁸⁶. Y es justamente la naturaleza intencional del delito la que permite incluir el sentido simbólico de tal voluntad delictiva. Y tal sentido es determinante, pues en razón de ello es que puede comprenderse la desvinculación del regidor frente al imperativo legal. Dicho aspecto no resulta irrelevante en la imputación de conductas omisivas, pues tratándose de actos de corrupción sistémicos posibilitados necesariamente por la falta de un control superior, el reproche vendría legitimado por la asunción voluntaria de tal riesgo.

¹³⁷⁸ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, p. 48.

¹³⁷⁹ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 597.

¹³⁸⁰ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 310.

¹³⁸¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 182.

¹³⁸² MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 186: «En un tal Derecho penal las normas se justifican por su necesidad para evitar de sus destinatarios determinados comportamientos indeseables. Las normas penales no tienen entonces sentido en orden de evitar comportamientos que no puedan ser evitados mediante su motivación normativa [...]. En los delitos dolosos éste es el que realiza conscientemente el hecho típico».

¹³⁸³ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 204.

¹³⁸⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 219.

¹³⁸⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 150: «[...] hoy suele incluirse en lo injusto no sólo el aspecto objetivo del hecho, sino también el aspecto subjetivo representado por la *finalidad* que guía la acción. También esto influye en el “desvalor de la conducta” ».

¹³⁸⁶ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 253.

El concepto final de acción resulta, de esta forma, útil para adoptar una concepción *bifronte* de la motivación, particularmente tras la reformulación que el propio WELZEL realizara en su fase última: esto es, como «un suceso controlado y dirigido por la voluntad»¹³⁸⁷. Y es que si la ejecución de ciertos delitos precisa la ponderación entre costes y beneficios en función de un plan previamente concebido, el «ejercicio de la actividad final» difícilmente puede concebirse en su totalidad aislando materialmente el *fin* concreto que preside el acto respecto de los riesgos objetivos que comporta la ejecución del plan criminal¹³⁸⁸. Para esa comprensión cabal, justamente, debe indefectiblemente preguntarse por la genealogía simbólica de los fines que impulsan el comportamiento delictivo y las representaciones que tiene el concreto sujeto sobre el castigo. Luego será en función de la concreta oportunidad, que el sujeto «ya decidido» efectuará esa ponderación material de costes y beneficios a partir de su esquema simbólico. Ello explica que existan personas que no se ven tentados a delinquir aun teniendo la certeza de que su conducta pasará impune, mientras que otros delinquen sin otorgar mayor importancia a los probables castigos.

Esa naturaleza *bifronte* viene validada por el hecho de que la oportunidad delictiva se idéntica no sólo con la «posibilidad» de alcanzar el propósito que motiva positivamente el actuar criminal, sino además con la necesidad de eludir los riesgos que ello comporta. La oportunidad operaría aquí como la regla *heurística* (silogismo hipotético-negativo) de una relación entre lo posible y lo permisible del acto intencional. Pero si se parte del presupuesto que en la realización de los delitos de corrupción no puede negarse la congruencia entre la intención primigenia que se marca el sujeto activo y la racionalización de costes¹³⁸⁹, la conducta objetivamente considerada debe ligarse a su preconfiguración simbólica. Esto es factible dado que la parte objetiva del tipo es inescindible de su parte subjetiva¹³⁹⁰. Lo anterior implica cuestionarse el hecho de que si el *dolo* implica el *conocer* y *querer* la realización objetiva del tipo, la omisión cautelar grave no conlleve una representación de la naturaleza antijurídica del acto (*dolus malus*). En este trabajo se propone que la flagrante infracción del deber posicional integra necesariamente el conocimiento de la entidad antijurídica del acto, aspecto que legitimaría su imputación.

¹³⁸⁷ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 242. En términos del propio WELZEL, Hans, «La doctrina de la acción finalista hoy», p. 225: «La finalidad es el concepto más general, fundamental; designa la cualidad de una acción de ser un acontecimiento dirigido».

¹³⁸⁸ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 239: «“Acción humana es el ejercicio de la actividad final”, dice Welzel, el creador de la teoría final de la acción [...]. Según Welzel la “finalidad” o “carácter final” de la acción se basa en “que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actuación, fijarse por ello diversos objetivos y dirigir planificadamente su actuación a la consecución de esos objetivos. “Acción final es una producción consciente de efectos partiendo de un objetivo”, la cual “supradetermina finalmente” el curso causal externo».

¹³⁸⁹ Dogmáticamente, podríamos decir que nos encontraríamos frente a un «tipo congruente», puesto que la «parte subjetiva de la acción se corresponde con la parte objetiva». Como apunta MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 226, es «el caso normal en los delitos dolosos en que la voluntad alcanza la realización objetiva del tipo».

¹³⁹⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 236: «Debe advertirse, no obstante, que la distinción entre parte objetiva y parte subjetiva del tipo es relativa. La parte objetiva del tipo depende de elementos subjetivos, como el conocimiento que tiene el sujeto de la situación –y, según nuestra opinión, de la intención manifestada del sujeto–». Relacionado con lo anterior, refiere ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 308: «Por dolo típico se entiende, según una usual fórmula abreviada, el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo».

Un «concepto personal de acción» resulta igualmente apropiada para sustentar esa dimensión simbólica-intencional del actuar delictivo. Este concepto ha sido desarrollado por ROXIN¹³⁹¹. La *acción*, entendida como «manifestación de la personalidad», se entiende como « [...] todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción»¹³⁹². Se diferencia, de acuerdo con el autor, de los efectos que se desprenden de la sola esfera «corporal» o «somática» del hombre o del « “ámbito material, vital y animal del ser”, sin estar sometidos al control del “yo”». ROXIN trae a colación posiciones próximas a su concepción de acción. Dentro de ellas destaca la concepción de «acción intencional» propuesta por KINDHÄUSER¹³⁹³, comprendida como « [...] un hacer decidible, mediante el cual el agente está en condiciones de provocar un acontecimiento»¹³⁹⁴. Pero sin duda una de las posturas más llamativas es la propuesta por GIMBERNAT, quien propone el *supraconcepto* de «comportamiento», definido por la « [...] relación del hombre con su mundo circundante»¹³⁹⁵. En esta noción de «comportamiento», como se ve, la referencia al «mundo circundante» posee un sentido unívoco de construcción simbólica¹³⁹⁶. Y la importancia de esta categoría no es menor para sustentar la atribución de responsabilidad dolosa al regidor que omite su deber cautelar, pues su «mundo circundante» vendría definido nítidamente por los principios y demás reglas que prescriben sus competencias.

Preciso es advertir que para ROXIN las nociones de acción definidas por la *intencionalidad* no son ajenas a su formulación. Destaca dentro de ellas la propuesta por SCHMIDHÄUSER, quien « [...] apela a una teoría intencional de la acción (“acción como hacer querido”)»¹³⁹⁷ –limitada a los delitos comisivos-; también la formulada por KARGL, quien fundamentado en una «teoría cognitiva de la acción», describe el actuar delictivo como una « [...] conducta de decisión determinada por la situación y responsable»¹³⁹⁸. De modo que en el concepto de acción propuesto por ROXIN, *personalidad e intencionalidad* no resultan incompatibles, pues como el propio autor lo apunta, la última categoría representa una manifestación de la primera¹³⁹⁹. Frente al dolo y la imprudencia, expresiones específicas de la voluntad, resalta ROXIN que, en el planteamiento de KINDHÄUSER, « [...] en ambas manifestaciones el agente está en cada caso en condiciones de provocar un acontecimiento mediante un hacer decidible –en un caso el acontecimiento es el objeto intencional del hacer, y en el segundo caso el acontecimiento es evitable y previsible»¹⁴⁰⁰. Destaca además, y este es el aspecto relevante de cara a la concepción de acción adoptada, que « [...] ambas formas de imputación requieren la posibilidad de control»¹⁴⁰¹. Es esta posibilidad la que legitimaría la imputación de la omisión cautelar.

¹³⁹¹ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, pp. 252 y ss.

¹³⁹² ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 252.

¹³⁹³ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 254.

¹³⁹⁴ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 254.

¹³⁹⁵ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 253.

¹³⁹⁶ Cfr., GIMBERNAT, Enrique, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, Ed. Ara Editores, Lima, 2009.

¹³⁹⁷ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 255.

¹³⁹⁸ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 255.

¹³⁹⁹ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 265.

¹⁴⁰⁰ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 254.

¹⁴⁰¹ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 254.

El análisis criminológico de la infracción omisiva permite establecer su inherencia antijurídica. Y es que si el «mundo circundante» del regidor público se define normativamente como una «fuente de riesgo», puede afirmarse que el garante es necesariamente consciente de los factores que lo generan. Ya se ha dicho que hay que tener en cuenta por lo menos dos estadios en los que está llamada a operar la norma: durante el proceso de enculturación y en el momento decisivo de la infracción. Pero esos dos estadios no pueden separarse: La construcción previa del sujeto es determinante para inferir la posterior infracción razonada del ordenamiento. La consideración dogmática de los denominados «delitos especiales» permite determinar que si bien la fuerza constrictiva de la pena fracasa de manera efectiva en el momento propiamente dicho de la infracción, es en un momento previo al que el concreto individuo puede materialmente actuar, que puede decirse que habrá fracasado la función preventivo-general del Derecho penal (como quien lucha activamente por entrar en política y así poder enriquecerse)¹⁴⁰². El imperativo legal estaría llamado a operar no sólo hasta el momento último de la infracción, puesto que la realización del delito implica el «desprendimiento» previo por parte del sujeto activo de aquel «deber especial» que imperativamente recae sobre sí dada su condición de regente.

Es esa condición especial, pues, la que le permite al sujeto valorar los efectos de su acto. Lo anterior resulta incluso más claro cuando la función que desempeña el sujeto activo del delito, implica precisamente velar por la legalidad de los procesos de gestión, como sucede con quienes administran contrataciones públicas. En este sentido es que se afirma que del elemento *propositivo* no puede desvincularse el factor *constrictivo*. Esta postura resulta del todo coherente si, como afirma ROXIN, constituye « [...] un fallo metodológico aislar las categorías delictivas entre sí como figuras espaciales. El significado del dolo para el injusto no se debilita porque también resulta relevante desde el aspecto valorativo de la culpabilidad y que pueda ser co-influenciado por ella en la configuración de su contenido»¹⁴⁰³. Los delitos *especiales* permiten precisamente conciliar claramente los incentivos de la infracción normativa en una sola *unidad de sentido*. Y ello resulta totalmente coherente, pues en este tipo de delitos el *injusto* adquiere una connotación esencial dado que no sólo la órbita de destinatarios se halla claramente delimitada, sino también el corpus normativo que los vincula. Por ello, según señalan WELZEL y KAUFMAN (adoptando la postura de BINDING), el «deber» que recae sobre esta clase de sujetos permite afirmar que el imperativo sólo puede ser infringido por éstos.

¹⁴⁰² Sobre la cuestión de si la incidencia intimidatoria del Derecho penal viene determinada por la *pena* o por el *tipo*, refiere SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal...*, pp. 354-355: «La finalidad de motivación corresponde a la norma jurídico-penal. Al respecto, no creo que la eventual alusión, por algún autor, a una motivación por el “tipo” o por la “pena” pueda servir de base a una interpretación diferente. [...] En efecto, en ocasiones GIMBERNAT alude a que el tipo tiene una función de motivación; en otras, a una “motivación por la pena”. Sin embargo, tanto una como otra alusión parecen perfectamente reconducibles a la afirmación sentada de que lo que motiva es la norma jurídico-penal. Pues, en efecto, ésta tiene un doble aspecto: la enunciación de una directiva de conducta y la conminación con la amenaza de pena. En la medida en que la conducta prohibida se extrae, en parte, de la descripción típica, puede decirse que ésta participa de la función de motivación; al igual que participa la pena, en tanto que conminación penal abstracta (propiamente, amenaza de pena). Con todo, está claro que la forma más propia de expresar el fenómeno es aludir a una motivación a través de la norma penal».

¹⁴⁰³ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 311.

El propio ROXIN establece una distinción esencial referida a la función del sujeto (teoría del bien jurídico especial protegido). Es así como en los delitos especiales, por antonomasia los de los funcionarios públicos, se puede determinar que la infracción viene precedida por un proceso reflexivo y consciente inescindible de los deberes inherentes a la función del sujeto activo. Su particular condición de «garante» de un orden jurídico concreto, en este caso en particular las directrices que rigen la función pública, hace difícil negar la ponderación de las consecuencias de la infracción, máxime si se tiene en cuenta que el ejercicio de la función pública viene acompañada de un código ético, cuyo necesario conocimiento conduce indefectiblemente a la racionalización de las potenciales sanciones por su infracción. Tanto la categoría de «*delitos especiales de posición o dominio*» como la de «*delitos especiales de infracción del deber*», permiten llegar a la misma conclusión. En los delitos de funcionarios, particularmente, el bien jurídico se enmarca dentro de un círculo social excluido a terceros, de modo que sólo ese círculo restringido de destinatarios puede infringirlo. Así puede hablarse de «*delitos de posición social institucionalizada*». En sentido correlativo, WELZEL destacaba la «pertenencia» del hecho a su «señor»: «señor de un hecho es quien en razón de su resolución de voluntad final ejecuta el hecho. La configuración del hecho mediante la voluntad de realización conducida conforme a un plan convierte al autor en señor sobre el hecho»¹⁴⁰⁴. En similar sentido, apunta MAURACH sobre el dominio del hecho: «dominio del hecho es tener en las manos, abarcado por el dolo, el curso típico del suceso» y «tiene dominio del hecho todo interviniente que se encuentre en la situación fáctica por él conocida, que pueda, conforme a su voluntad, dejar transcurrir, detener o interrumpir la realización del tipo»¹⁴⁰⁵. De ello se sigue que quienes poseen un deber de protección especial –frente a quienes poseen un deber genérico–, como por ejemplo quien dirige un departamento de contrataciones, tiene necesariamente que ponderar consecuencias negativas cuando se plantea infringir las disposiciones normativas y éticas que le obligan¹⁴⁰⁶. Y es en este sentido que podrá decirse que en el ámbito de los delitos de funcionarios resulta difícil desconocer no sólo los deberes vinculantes, sino también la no racionalización simultánea de las consecuencias legales que ello implica.

¹⁴⁰⁴ Welzel, 1969, p. 100.

¹⁴⁰⁵ MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal* (Trad. Juan Córdoba Roda), Ed. Ariel, Barcelona, 1962, p. 343.

¹⁴⁰⁶ Frente a los *costes ético-morales* del delito de configuración racional, apunta ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, RDPC, 2/2004, p. 54: «En los comportamientos delictivos más arriba enumerados, las conductas se componen en buena parte de costes y beneficios que poco tienen que ver con los monetarios, y en los que pesará mucho la evaluación ética que el sujeto haga del cumplimiento de la ley. Incluso en el caso de que el delito tenga un componente eminentemente patrimonial y no ponga en peligro bienes de otra naturaleza (caso del hurto, la apropiación indebida, la estafa o el robo con fuerza en las cosas, pero no, por ejemplo, del robo con violencia o intimidación), las actitudes éticas del sujeto pueden resultar decisivas: es evidente que numerosas personas no cometerán el delito aun cuando sepan que de su comisión no se van a seguir consecuencias negativas y éste sea rentable en términos financieros. Esto vale también para el caso, más realista, de que exista una probabilidad de ser sancionado pero el valor esperado de la sanción sea inferior al de la ganancia. Un análisis que no tuviera en cuenta los llamados “costes morales” asociados a la comisión de actos delictivos afirmarían que en tales circunstancias los sujetos delinquirían de modo generalizado. Esto, sin embargo, no es así ni siquiera de un modo aproximado: los costes morales, determinados por las convicciones éticas del sujeto, son fundamentales, y además varían tanto con los distintos tipos de delito como con las circunstancias de su comisión, como puede verse considerando los distintos escrúpulos morales con los que se contempla la decisión de hurtar en el pequeño comercio de barrio y en el gran almacén (Clarke/Cornish 2001, p. 27) ».

Dichas acotaciones conllevan a afirmar, según la tradicional estructura tripartita del dolo, que la «intención» que preside aquellos delitos difícilmente concebibles sin un móvil puede aterrizar desde la perspectiva del «dolo de primer grado». Es el caso de los delitos de corrupción, en los que el sujeto activo viene guiado, en buena parte de los casos, por una evidente intención¹⁴⁰⁷. Como apunta MIR, «En el dolo directo de primer grado el autor *persigue* la realización del delito. Por eso se designa también esta clase de dolo como “intención” »¹⁴⁰⁸. Similar conclusión apunta ROXIN, quien lo define como «intención o propósito (*dolus directus* de primer grado) »¹⁴⁰⁹. Según ROXIN, la «realización del plan» constituye la esencia del dolo: « [...] un resultado ha de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva. Lo anterior es evidente en la intención (o propósito) [...] »¹⁴¹⁰ (en el dolo de primer grado), intención que deberá verse atendiendo a la naturaleza de cada delito¹⁴¹¹.

La equivalencia simbólica de la omisión cautelar a la intención activa (criminológicamente hablando), no sólo permite inferir la razón que guía la infracción (dogmáticamente entendida)¹⁴¹², sino también la consideración de los riesgos inherentes al resultado. Por ello se afirma, como concluye ROXIN, que « [...] los resultados conscientemente causados y deseados son siempre intencionales, aun cuando su producción no sea segura o no sea la finalidad última (el móvil, el motivo) o la finalidad única de quien actúa»¹⁴¹³. Y si tal posición permite afirmar que ciertos delitos presuponen un complejo proceso de raciocinio en el que se somete a consideración la *finalidad* que preside la realización del acto planificado, también resulta coherente concluir que la búsqueda de *opciones* para alcanzar tal finalidad y la necesidad de eludir los riesgos que ello comporta, no pueden ser desvinculados de los esquemas de significado que afectan los elementos volitivos y cognoscitivos que constituyen el contenido subjetivo del dolo¹⁴¹⁴.

¹⁴⁰⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de Derecho penal...*, p. 210: «El primer carácter del delito es ser un *acto*. Empleamos la palabra *acto* (e indistintamente *acción*, *lato sensu*) y no *hecho*, porque hecho es todo acaecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza. En cambio, *acto* supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta».

¹⁴⁰⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 261.

¹⁴⁰⁹ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, pp. 415-416: «Para caracterizar unitariamente las tres formas de dolo se emplea casi la descripción de dolo como “saber y querer (conocimiento y voluntad)” de todas las circunstancias del tipo legal. A ese respeto, el requisito intelectual (“saber”) y el volitivo (“querer”) están en cada caso directamente configurados en sus relaciones entre sí».

¹⁴¹⁰ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 417.

¹⁴¹¹ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 417: «Si bien existe acuerdo sobre que la intención (o propósito) es la “persecución dirigida a un fin” del resultado típico, se discute sin embargo en extremo cómo ha de ser interpretado este elemento concretándolo en los distintos tipos». Según lo apunta ROXIN frente a este último aspecto, « [...] la jurisprudencia estima que el concepto de intención ha de ser interpretado a menudo de manera diferente “según la naturaleza jurídica de la acción punible y según la finalidad perseguida en cada caso por el legislador con la conminación penal” ».

¹⁴¹² ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 418: « [...] es seguro que, cuando lo que le importa al sujeto es el resultado que persigue, existe intención, aun cuando la producción del resultado no se represente como segura, sino sólo como posible».

¹⁴¹³ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 419.

¹⁴¹⁴ RAGUÉS RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Ed. Bosch / Universidad Externado de Colombia, Barcelona / Bogotá, 2002, 189: « [...] el dolo exige que un sujeto cuente con ciertos conocimientos en el momento en que realiza una conducta objetivamente típica: la consciencia de que tal conducta concreta resulta apta para realizar un determinado tipo penal».

Tal consideración encuentra precisamente aceptación cuando se trata de *criminalidad de cuello blanco*. Al respecto, señala BAJO que « [...] la práctica demuestra que el delincuente económico ha previsto con exactitud sus riesgos penales...»¹⁴¹⁵. La interferencia de representaciones simbólicas sobre la decisión de cometer un delito de configuración racional puede deducirse, incluso, de las consideraciones sobre el *iter criminis*, pues si como refiere MIR «Hasta que una conducta humana llega a realizar perfectamente uno de los tipos dolosos previstos en la Parte Especial del CP (consumación) pasa por distintos momentos o fases, por los que se suele decir que discurre el “*iter criminis*” »¹⁴¹⁶, y si el delito pasa, primero, por una *fase interna*, y después, por otra *fase externa*, puede afirmarse, con suficiente razón, que aquellos delitos mediados por un complejo plan criminal se encuentran necesariamente presididos, en primer término, de un proceso reflexivo o deliberativo y, ulteriormente, de un proceso de resolución mucho más complejo en el que entran en juego, además de la concreta intención que experimenta el sujeto en cuestión y la situación requerida para llevar a cabo el plan que facilita su materialización (en este caso, la oportunidad concreta requerida), la percepción personal sobre los riesgos que ello comporta según su propia significación. Y es por tal razón que puede afirmarse, como refiere el mismo autor, que «Todo delito nace, como toda acción humana, en la mente del autor. La *deliberación* puede ser más o menos breve, e incluso faltar. Pero la *resolución*, más o menos lúcida, es presupuesto de todo hecho doloso»¹⁴¹⁷.

La condición de *normalidad psíquica* del agente corrupto es la que permite arribar a esta conclusión. Y es que si «*El hecho penalmente antijurídico ha de ser personalmente imputable a su autor*», y si dicha imputación requiere, primero, que el injusto penal pueda «ser imputable a la infracción personal de una norma primaria» y, segundo, que «pueda atribuirse a un sujeto penalmente responsable», y esto se da cuando el sujeto «realiza el hecho en condiciones psíquicas de normalidad motivacional suficientes para que proceda la imposición de una pena»¹⁴¹⁸, entonces ello permite razonablemente afirmar que si el sujeto debe ser motivable por el Derecho (o, como se sostiene en este trabajo, también por su *ineficacia*), ello debe operar justo antes de su realización típica. Y si la *imputación personal del injusto penal* exige, como señala el mismo MIR, primero, «La infracción personal de una norma de determinación», infracción personal que requiere de la «capacidad personal de evitar el hecho»¹⁴¹⁹ y, en segundo lugar, «La responsabilidad penal del sujeto», entendida como la «posibilidad de acceder a la norma» en condiciones de normalidad motivacional¹⁴²⁰, puede asimismo sostenerse que la realización de aquellos delitos mediados un complejo proceso de racionalización presuponen, en sentido inverso, la capacidad individual de realizar el hecho –contrario a la capacidad de evitarlo–, por un lado, y la posibilidad de rehusar la norma –contrario a la posibilidad de acceder a ella–, por otro lado. Ello en razón de las mismas condiciones de *normalidad motivacional* que le permiten al infractor apartarse de la observancia normativa prescrita por el Derecho.

¹⁴¹⁵ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico*, pp. 83-82.

¹⁴¹⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 337.

¹⁴¹⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 337.

¹⁴¹⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 141.

¹⁴¹⁹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 535.

¹⁴²⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 537.

El fundamento material de tal posibilidad de motivación jurídico-punitiva estaría, de acuerdo con el planteamiento propuesto, en la «doctrina de la libertad de voluntad»¹⁴²¹. Según señala MIR, «El planteamiento tradicional se ha basado en la idea de la libertad de voluntad, y ha considerado como presupuesto fundamental de la responsabilidad el «poder actuar de otro modo»¹⁴²². Dicha postura, sin embargo, no es ni mucho menos pacífica, pues si bien es difícil sostener una posición basada en el determinismo absoluto –o duro-, existen concepciones intermedias que presuponen ciertos condicionantes –suaves- de la acción¹⁴²³. Esta última consideración no riñe con la concepción de acción que aquí se propone: una acción racional con arreglo a sentido (a las categorías de significado del individuo). Por el contrario, resulta plenamente compatible con ella, puesto que cuando se parte de una concepción *racional* de la acción simbólicamente estructurada –en la medida en que tales decisiones pueden estar mediatizadas por categorías valorativas-, cabe igualmente afirmar que tal decisión pudo ser otra y no una con significación penal. Hablar de «*capacidad de elección concreta*», por consiguiente, es correcto cuando se trata de descifrar el proceso racional de decisión formado alrededor de una tipología de delitos que requiere, precisamente, un alto grado de discernimiento sobre la conveniencia o no de realizarlos. ¿O acaso qué otra explicación encuentra, si no es con arreglo a *fin*es y a *valores*, que un individuo quiera entrar en política para hacerse rico? De ahí, pues, que pueda afirmarse que los significados sobre los motivos del delito afectan su comisión.

¹⁴²¹ Sobre el fundamento de culpabilidad (imputabilidad en sentido estricto) en el paradigma del *libre albedrío*, recuerda JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de Derecho penal...*, p. 326: «El concepto *clásico* de la imputabilidad se basa en la existencia del libre albedrío y de responsabilidad moral, cuya doctrina supone Carrara aceptada. Desde este punto de vista, la imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino esta misma aplicada en concreto al autor de un delito, y puede definirse, con el Padre Jerónimo Montes, como el “conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre”».

¹⁴²² En referencia al *principio de culpabilidad como medio de limitación de la intervención* punitiva, señala ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 101: «La concepción aquí defendida evita también los reparos que se plantean desde el punto de partida del determinismo contra una utilización del concepto de culpabilidad en Derecho penal. Pues ciertamente la culpabilidad presupone en el fuero interno la libertad de comportarse de una u otra forma. Pero cuando la afirmación de la culpabilidad humana sirve solamente para trazar una frontera a una intervención estatal necesaria desde fundamentos preventivos, la legitimidad de su reconocimiento como uno de los medios de salvaguarda de la libertad ciudadana no depende de su demostrabilidad empírica o epistemológica. Su aceptación es una posición normativa, una regla de juego social, que no responde a la pregunta de cómo está configurada en su esencia la libertad humana, sino que solamente dispone que el hombre debe ser tratado por el Estado como libre en principio y capaz de responsabilidad. La pregunta relativa a la existencia real de la libertad de voluntad puede y debe ser excluida debido a su imposibilidad de decisión objetiva».

¹⁴²³ En este sentido parece inclinarse MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 538: «[...] resulta imposible demostrar científicamente la existencia de la pretendida desvinculación de la voluntad humana de la ley de causalidad, según la cual todo efecto obedece a una causa. Aun admitiendo que la decisión humana no se explica como mero producto mecanicista, es razonable pensar que sí se halla determinada, en cambio, por la concurrencia de los distintos factores, en parte *normativos*, que concurren en el *proceso de motivación racional* con arreglo a sentido: la disposición hereditaria y el medio dan origen, al confluir, a una personalidad determinada que reacciona de una determinada forma ante cada situación motivacional y en definitiva no puede dejar de decidirse por el motivo que según *su* modo de ser –del que no es libre- *en el momento concreto e irrepitable* le parece preferible por la razón que sea y en el sentido (incluso irracional) que sea. Una tal decisión será *propia* del sujeto, pero lo lógico es pensar que en el instante en que se tomó *no pudo* ser otra ante los concretos (*e irrepitibles*) factores concurrentes –incluso el punto de vista del sujeto en ese preciso momento-, por mucho que en un momento anterior o posterior introduciendo alguna variante *hubiera podido* ser distinta. Si esto es así, o por lo menos no hay posibilidad de probar científicamente que no sea así, no cabe fundar la culpabilidad en el poder actuar de otro modo».

La anterior tesis obliga, pues, a buscar un punto de conexión entre *teoría del delito* y la *teoría criminológica*. Los sucintos aspectos dogmáticos expuestos hasta aquí dejan ver, sobre la base de una plataforma analítica en la que la *acción* se conecta a la realidad histórico-cultural en que tiene lugar la actividad delictiva, la sinergia latente entre las categorías dogmáticas subjetivas y su transpolación criminológica. En este sentido no resulta sorprendente, referidos al planteamiento básico de la teoría de la *anomia* propuesta por MERTON, su coincidencia con la teoría de la acción *finalista* desarrollada por WELZEL¹⁴²⁴. Así, mientras la primera sitúa el origen de la acción desviada en el conflicto personal que se produce entre los *finés* culturalmente marcados y los *medios* socialmente estructurados para alcanzarlos, la segunda enmarca la acción dentro de un mundo dinámico en el que el sujeto se orienta eligiendo unos *finés* y los *medios* más idóneos para alcanzarlos. Luego si tal finalidad no se despoja del significado atribuido por el sujeto (al estilo de la *concepción significativa de la acción*), se podrá comprender no sólo la naturaleza material de la acción, sino también el *sentido* que el individuo le confiere. Y este sentido necesariamente estaría integrado por la significación normativa del acto.

De ahí que también se afirme, como propone VIVES, que el *finalismo* prescinde de «dogmas» profundamente arraigados en la ciencia penal, como el causalismo universal y el determinismo¹⁴²⁵. Ello se compadece con aquella «acción racional con arreglo a fines» referenciada por WEBER¹⁴²⁶ y en la que la omisión (el *no hacer*) viene afectada por el sentido subjetivo que el actor le atribuye. Al respecto, apuntan BUSTOS y HORMAZABAL que «No hay duda que estos planteamientos de Weber son la base fundamental tanto de la doctrina de la acción social como de la adecuación social y acción final de Welzel»¹⁴²⁷. Y si una categoría de acción sociológicamente concebida ha tenido cabida en la teoría del delito, no existiría. Se comparte así plenamente la tesis de VIVES acerca de que tal *intencionalidad* descansa sobre «[...] una práctica social constituyente del significado, en la que se apoyan las intenciones del sujeto, y sin la cual no son, siquiera, identificables como intenciones»¹⁴²⁸. Bajo esta concepción dogmática no resulta absurdo proponer que ese elemento intencional que se acopla dentro de la estructura del injusto (en relación con el tipo subjetivo), pueda albergar dentro de su contenido *lo subjetivo* del factor aversivo.

¹⁴²⁴ La adopción de tal postura no se opone, según creo, a la consideración del sentido *social* de la acción. La consideración *finalista* de la acción se puede conciliar con una concepción *social*, puesto que cuando la acción se orienta a hacia *finés*, ésta integra un inequívoco sentido para quien la realiza. De este modo la *relevancia* atribuida a la acción por parte del sujeto, no puede escindirse de la valoración que la sociedad tiene del acto (*relevancia social*).

¹⁴²⁵ VIVES, Antón, *Fundamentos del sistema penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 432 - 433: «La reorientación operada por Welzel tiene un enorme alcance. Pues significa, en primer lugar, atribuir a las voliciones, sentimientos e ideas la posibilidad de alterar el curso de la naturaleza».

¹⁴²⁶ WEBER, Max, *Economía y sociedad*, pp. 6 y ss. La consideración de la acción en su sentido «social», se produjo gracias a la limitación de las explicaciones causal-naturalistas. Tal limitación llevó a Weber a definir la sociología en su calidad «comprensiva». A partir de ello entraría a demilitar la categoría de la acción como actividad «significativa» interpretable (comprenderse significativamente). De esta forma, la noción de «significado» se instituiría frente a aquellas concepciones objetivistas de la acción.

¹⁴²⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. / HORMAZABAL MALAREE, Hernán, “Significación social y tipicidad”, p. 18 (Nota 23).

¹⁴²⁸ VIVES, Antón, *Fundamentos del sistema penal*, p. 218. Acogiendo la concepción *significativa de la acción* como planteamiento metodológico en el Derecho penal económico y de empresa, Cfr. MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa...*, pp. 29 y ss.

La consideración simbólica tanto del fin que preside el delito como de los castigos que contiene su correspondiente orden contravencional, permite, en buena medida, comprender la desvinculación personal frente al imperativo normativo. Piénsese, por ejemplo, en aquel contratista de obra pública que, a pesar de conocer la novísima prohibición penal de dar regalos a empleados públicos en consideración al cargo o función, decide, sin mediar ninguna pretensión venal (sin dolo), entregar un cumplido a su amigo funcionario. Bajo un estado de banalización del delito resulta, pues, esperable que la norma no pueda contramotivar al individuo. Y no puede contramotivarle, porque a pesar de que pueda conocer la tipificación formal la conducta, la misma le resulta *adecuada socialmente*¹⁴²⁹. Preciso es recordar que la aludida figura dogmática fue definida por WELZEL como aquello «que se mueve por completo dentro del orden social, histórico, “normal”, de la vida, de modo que no será una acción típica de lesión, aunque como consecuencia de él se produzca la lesión de un bien jurídico»¹⁴³⁰. Es por tal razón que el Derecho penal fracasa en su misión motivadora frente a esas conductas ilícitas que se mueven dentro de lo que socialmente parece «bueno»¹⁴³¹. El sistema dogmático del delito elaborado por MAYER, en el que se vinculan el injusto positivizado y las valoraciones sociales del acto (normas de cultura), permite apreciar esa divergencia entre lo jurídico-penalmente proscrito y las disensiones de los destinatarios de la norma¹⁴³². La tradicional tolerancia social de la corrupción privada constituye un claro ejemplo de la valoración social diferenciada del fenómeno. Al respecto, apunta CARTOLANO que «Normalmente se trata de conductas socialmente toleradas, que por tanto, no han sido objeto de sanción penal»¹⁴³³. De ello se puede inferir que las valoraciones sociales que se hallan tras el fenómeno de la corrupción terminan incidiendo luego en su reprensión¹⁴³⁴. Por ello el contenido material protegido por la norma ha de encontrar un respaldo en el consenso social. A este respecto, observa MIR que «toda norma jurídica razonable ha de estar al servicio de alguna valoración asumida por el Derecho, y que la evaluación de una norma jurídica ha de basarse en el mayor o menor grado de *consenso* que suscite la valoración de que tal norma parte»¹⁴³⁵.

¹⁴²⁹ Sobre la *adecuación social* de prácticas que se ubican al límite de la criminalización, ha considerado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su Sentencia N° 14/2015 de fecha de 26 de enero de 2015: «No es tarea fácil la delimitación del alcance de este precepto a la hora de decidir la relevancia típica de determinadas acciones. La existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obliga a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios adquieren carácter típico y cuando, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la adecuación social».

¹⁴³⁰ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1987, p. 83.

¹⁴³¹ TIEDEMANN, Klaus, *Manual de Derecho penal económico...*, p. 150: «[...] la doctrina de *Welzel* entiende la realidad social como circunstancia previa al legislador y, por ello, separa del concepto de injusto aquellas conductas que se muevan dentro del marco del ordenamiento social. [...]». Dicha doctrina se sigue empleado, «[...] p. ej. en el delito de cohecho, la idea de la adecuación social para extraer del concepto de “ventaja” las donaciones usuales y mínimas».

¹⁴³² MAYER, Max E., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Ed. B. de F., Montevideo, 2007, pp. 47 y 56.

¹⁴³³ CARTOLANO S., Mariano J., *La corrupción...*, p. 25.

¹⁴³⁴ CARTOLANO S., Mariano J., *La corrupción...*, pp. 33-34: «[...] hay que subrayar que los valores aludidos son redefinidos por la sociedad a medida que pasa el tiempo y varían las circunstancias (sociales, políticas y económicas). Por tanto, para entender la evolución del contenido del concepto de corrupción es necesario observar la transformación de los valores sociales».

¹⁴³⁵ MIR PUIG, Santiago, RECPC, 2004, p. 16 (Nota 25).

Es así como las «normas de cultura» constituirían en el referido sistema doctrinal un criterio fundamental para interpretar la ley, pues tal acto debía desarrollarse al amparo de las «reglas de conducta socialmente convenidas» según resultasen dignas de tutela penal. Ello lleva a concluir que el reconocimiento estatal de los intereses generales (de las «normas de cultura»), implica reconocer que la realidad no puede ser captada de forma objetiva, sino interpretada bajo el prisma de tales normas (que luego pueden o no ser positivizadas). A este respecto, comparte MIR la tesis acerca de que la idea de que un hecho es malo porque está prohibido, «no impide entender que lo “malo” se defina socialmente, en función de cada momento cultural, ni que sea cada Derecho positivo el que, sobre esta base, decida sus valoraciones»¹⁴³⁶. De este modo se crea un nexo entre estructura dogmática y realidad social, bajo el entendido que los significados sobre la concreta realidad criminológica determinan el contenido de las correspondientes categorías de la teoría del delito. Bajo este nexo las instituciones dogmáticas se sitúan en un plano normativo-valorativo¹⁴³⁷. Ello es congruente cuando se adopta una concepción de antijuridicidad material con recurso al «bien jurídico protegido», frente a la mera antijuridicidad formal, propia del causalismo-naturalista propugnado por LISZT y BELING, cuyo contenido venía dado esencialmente por las definiciones legales del legislador¹⁴³⁸.

La posibilidad de acoplar representaciones simbólicas sobre el castigo al componente subjetivo de la *intención* que preconiza el *injusto*, resulta plausible por cuanto la *impunidad* comparte la esencia del principio de *adecuación social* en cuanto a la motivación se refiere. Al respecto, apuntan BUSTOS y HORMAZABAL que el principio de adecuación social « [...] es un gran avance en el acercamiento de dogmática y política criminal y en definitiva de la teoría del delito a la realidad social»¹⁴³⁹. Para estos autores, « [...] el problema de la adecuación social corresponde tratarlo en la tipicidad»¹⁴⁴⁰, en tanto que se trata del establecimiento de lo que la sociedad define como comportamiento correcto. Dicha *definición* social hace parte de un proceso social histórico, por lo que también puede decirse que el imperativo legal no despliega su fuerza en el momento propiamente dicho de la infracción, sino que va afectando las categorías cognitivas del ser a lo largo del tiempo. Por lo mismo señalan que « [...] la atribución de una acción al tipo hay que considerarla desde su significación social total». Por esta misma razón, según puntualizan los citados autores, « [...] resulta ineludible, al abarcar el comportamiento en toda su significación, comprender también el *sentido* social del comportamiento, que necesariamente involucra su aspecto subjetivo, esto es, lo que a nivel dogmático se conoce como dolo y culpa»¹⁴⁴¹.

¹⁴³⁶ MIR PUIG, Santiago, RECPC, 2004, p. 16 (Nota No. 25).

¹⁴³⁷ JESCHECK, Hans H., *Tratado de Derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2002, pp. 239-240: « [...] El concepto social de acción engloba con ello todas las modalidades de conducta que se tienen en cuenta para el enjuiciamiento penal. Además, encierra los contornos de una definición que no sólo describe abstractamente la acción sino que también lo hace en su esencia material...».

¹⁴³⁸ SCHUNEMANN, Bernd, *El sistema moderno del derecho penal*, Ed. B. de F., 2012, pp. 31 y 33.

¹⁴³⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. / HORMAZABAL MALAREE, Hernán, “Significación social y tipicidad”, p. 33.

¹⁴⁴⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. / HORMAZABAL MALAREE, Hernán, “Significación social y tipicidad”, p. 27.

¹⁴⁴¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. / HORMAZABAL MALAREE, Hernán, “Significación social y tipicidad”, p. 37.

Establecer dicho paralelo es importante, pues dado que dicho elemento facilita la creación de un puente entre realidad social y teoría del delito, el mismo permite evaluar los efectos sobre el desvalor material de la acción sin prescindir del contenido de la voluntad del sujeto¹⁴⁴². Esta diferenciación entre la voluntad (configurada por la libertad de elección –libre y consciente-) y su contenido (identificado tradicionalmente con el *fin* perseguido), permite introducir en el seno de este último la *amenaza de pena* como el factor que finalmente posibilita dar una dirección u otra a la acción (una orientación final)¹⁴⁴³. Ello es posible bajo una concepción antropológica de ser humano fundada en su capacidad de elegir libremente el camino del delito siendo consciente de los riesgos¹⁴⁴⁴. Quizá por ello concluía HEGEL que «El derecho y la justicia debe sin embargo tener su lugar en la libertad y la voluntad y no en la falta de libertad a la que se dirige la amenaza»¹⁴⁴⁵. Pero la configuración de tal libertad, según aquí se propone, no puede desligarse de los procesos de interacción humana. Y es que si es en el contexto cultural –y subcultural- en donde las conductas alcanzan su relevancia jurídico-penal, ¿cómo pretender que la sociedad perciba tal relevancia cuando lo contrario es lo que está establecido? La respuesta que se otorgue a esta cuestión permite apreciar la importancia de analizar el contenido material del bien jurídico más allá de su mero reconocimiento formal, pues es precisamente tal contenido el elemento que posibilita vincular la realidad social criminalizada y las estructuras dogmáticas que la sistematizan, no sólo desde el disvalor del resultado, sino también del propio acto¹⁴⁴⁶. Por ello bien jurídico y convenciones sociales no son conceptos equivalentes, pues si bien tratándose de corrupción el fundamento valorativo de la tipificación penal y el sentimiento de las mayorías pueden coincidir formal y teóricamente, en la práctica pueden divergir esos dos planos normativos. Piénsese en la errónea creencia arraigada en el seno de ciertas entidades, acerca de que recibir una comisión de parte de un contratista no lesiona a nadie. Y es aquí en donde se pasa a hablar de la *normalización colectiva* de conductas formalmente desvaloradas. Ahora bien, con ello no se quiere sugerir que por esto deban estar justificadas, sino más bien remarcar que la fuerza contramotivante de la norma jurídico-penal decae por la «normalidad social» de la conducta tipificada.

¹⁴⁴² MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases...*, p. 279.

¹⁴⁴³ WELZEL, Hans, *El nuevo sistema de Derecho penal*, p. 45: «La finalidad no debe ser confundida por ello con la mera voluntariedad. La voluntariedad significa que un movimiento corporal y sus consecuencias pueden ser reconducidas a algún acto voluntario».

¹⁴⁴⁴ Respecto de la entidad de la «actividad final humana», WELZEL, Hans, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Ed. B. de F., Montevideo, 2004, p. 110: 1) «anticipación mental de fines»; 2) «elección de los medios requeridos para alcanzar el fin»; 3) «realización de acuerdo al plan de los fines».

¹⁴⁴⁵ HEGEL, G. W. F., *Principios de la filosofía del derecho* (Trad. Juan Luis Vermal), Ed. Sudamericana, Buenos Aires, (1821).

¹⁴⁴⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel, “La teoría de la adecuación social en Welzel”, ADPCP, n.º. 46, 1993, p. 710, el concepto «adecuación social» en Welzel viene determinado por la «aceptación social fáctica» de ciertas formas de comportamiento, esto es, a su «normalidad» social. Recuerda asimismo que la adecuación social es un concepto en el que se refleja la «inserción del Derecho penal en la sociedad» (p. 700). En este sentido, de acuerdo con el planteamiento de Welzel, refiere que más allá de tener en cuenta que el hombre «actúa finalmente», es preciso tener en cuenta los «esquemas sociales de interpretación» para determinar la existencia del injusto. (p. 705). Puntualiza que si tal interpretación es correcta, la *adecuación social* es referencia indicativa del contenido de «desvalor social del hecho que es consustancial al injusto y conforma su fundamento material». (p. 712). Por tanto, señala el autor que Welzel resaltaría así la necesidad al averiguar la voluntad de la Ley a partir de la consideración de la «realidad de la vida», esto es, en consideración a la referencia al «orden ético-social» y a la «normalidad» social.

La concepción de acción aquí propuesta, por tanto, parte de una «relectura» de la doctrina de la «libertad de acción»¹⁴⁴⁷, entendida no como voluntad incondicionada (o no-influenciable), sino como proceso voluntario y consciente guiado por razones mediadas por lo simbólico¹⁴⁴⁸, por tanto motivable por el Derecho¹⁴⁴⁹. Bajo esta premisa encuentra cabida una noción de intimidación que incluye el comunicado de la razón. Ello presupone una capacidad de elección del individuo –*relativa*- según sus propias construcciones sobre la realidad (entendida como *posibilidad* de comportarse conforme a la norma desde su subjetividad). Por lo anterior se plantea que la abstracción consciente por parte del regente público al deber posicional –legal- que le asiste, equivaldría simbólicamente a tener la voluntad y la consciencia de trasgredir el orden regulador. Porque no puede ser que una entidad se «pudra» por no tomar las cautelas más básicas y no pase nada con su director. Y esta atribución resulta posible cuando no sólo se realiza una positivización exhaustiva de los deberes de abstención que asume ese servidor frente al bien jurídico correspondiente, sino también, como se desarrollará seguidamente, cuando la misma ley ordena la implementación de una serie de cautelas pensadas para impedir la lesión del mismo. Tal protección vendría dada, consecuentemente, por la doble función preventiva que cumplen esas cautelas: disuasión *especial* amparada en el incremento del poder de detección y disuasión *general* determinada por la evitación de la impunidad modelada que generaría la no sanción de la infracción. Lo contrario, la no exigencia oficial de verdaderas cautelas, es lo que permite afirmar que el hombre es motivable por la *in-eficacia* del Derecho¹⁴⁵⁰.

¹⁴⁴⁷ Frente a la consideración del *poder actuar de otro modo* según las tradicionales doctrinas en pugna, señala FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón...*, pp. 493: «Es, pues, obvia la relevancia de estas dos concepciones opuestas sobre el problema de la responsabilidad no sólo jurídica sino también moral. La culpabilidad, según una feliz fórmula, extraída de la filosofía moral usual en la literatura anglosajona, consiste en el hecho de que el responsable de un delito “habría podido actuar de otro modo”. Está claro que, según las hipótesis deterministas, si una persona ha cometido, de hecho, un delito, “no habría podido actuar de modo” distinto a como actuó; se podrán desconocer las causas de su actuar y de sus intenciones y de las características psico-físicas de su personalidad, pero estas causas existen y, al menos las remotas, son independientes de la voluntad del agente, inexorablemente condicionada por ellas. Al contrario, para los que afirman el libre albedrío, en todos los casos en los que no es detectable un constreñimiento externo e independiente que haya alterado o al menos condicionado la capacidad psíquica o la voluntad del autor de un delito, éste “habría podido actuar de modo distinto” con sólo quererlo».

¹⁴⁴⁸ ROXIN, Claus, “Problemas actuales de la política criminal”, p 90: « [...] en la vida económica muchos delitos no son producto, en principio, de una autodeterminación criminal del autor; de ahí que cuando hombres aparentemente respetables tienen alguna crisis existencial, pierden la cabeza e intentan salvarse a través de la comisión del delito».

¹⁴⁴⁹ Sobre el *fundamento material de la culpabilidad*, señala ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, p. 799: «La culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se le reprocha al sujeto que no se haya comportado conforme a Derecho, que se haya decidido por el injusto aunque habría podido comportarse conforme a Derecho, decidirse por el Derecho. La base interna del reproche de culpabilidad radica en que el ser humano está revestido de autodeterminación moral libre, responsable y es capaz por ello de decidirse por el Derecho y contra el injusto [...] ». Señala además: « [...] no se puede mantener esta concepción, a pesar de su plausibilidad teórico-cotidiana. Aún se podría aceptar que se base en la premisa indemostrable del libre albedrío, pues esta es, en los límites relativamente estrechos en que sus partidarios todavía la defienden, una hipótesis de la que de todos modos se podría partir, porque tampoco un determinismo estricto es empíricamente verificable y es además prácticamente inviable». No obstante todo lo anterior, afirma posteriormente (p. 809), que «Existe por tanto acuerdo en que el Derecho penal debe partir del libre albedrío, aunque el mismo no se pueda demostrar exactamente».

¹⁴⁵⁰ Con respecto a la *imperatividad* de la norma penal, señala MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, p. 70: « [...] Las normas primarias están destinadas a apelar a la motivación del ciudadano, prohibiéndole delinquir. Las normas secundarias refuerzan esta motivación mediante la amenaza de la pena».

3.3. Definición del cuadro de cautelas para la determinación de la infracción omisiva del marco de deberes vinculados a la protección del bien jurídico

Se ha propuesto a este punto que una de las estrategias para asegurar una mayor entidad del riesgo de sanción legal que puede advertir un determinado funcionario público cuando asume la dirección de una entidad oficial, pasa por agrupar un conjunto de reglas jurídicas que le permitan al funcionario saber tanto lo que debe *evitar* como lo que debe *hacer* para asegurar la protección del bien jurídico que como servidor público le asiste. En cuanto al primer deber, parece claro que todo aquel que participe a cualquier título en un determinado proceso de gestión institucional debe *evitar* sucumbir ante las oportunidades de corrupción que se le puedan presentar. A la frustración de esas oportunidades para el delito coadyuvarían las denominadas estrategias de prevención situacional, por ejemplo el establecimiento de controles formales. Y en cuanto al segundo deber, en consonancia con el primero, ese *hacer* se concretaría precisamente en la obligación que asume el servidor público conforme al principio de *moralidad pública* y las reglas normativas que la juridifican, de implementar las cautelas que le exija la ley para evitar que quienes llevan consigo la «disponibilidad a corromperse» tengan la oportunidad de materializarla. Esas acciones preventivas estarían vinculadas, en parte, a los referidos «*criminal programs compliance*» vinculados esencialmente a la prevención de la criminalidad económica¹⁴⁵¹. Pero la pretensión que se hallaría tras ello no sería sólo de orden preventivo-situacional: La selección adecuada del personal, la implementación de procesos de control interno, la creación de canales de denuncia de irregularidades y hechos ilícitos, y la estandarización de códigos éticos, entre otras cautelas que vienen siendo implementadas principalmente en el ámbito empresarial para evitar y facilitar el procesamiento de los delitos vinculados, determinarían el marco de cautelas cuyo desconocimiento por parte del regidor público permitirían la atribución de responsabilidad criminal por la corrupción de sus procesos.

¹⁴⁵¹ Según el alcance que la doctrina penal moderna atribuye al anglicismo «*Compliance*», COCA VILA, Ivo, «¿*Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?*», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-M (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance...*, pp. 54-55 recuerda que el modelo de prevención representado en aquél término puede comprender, entre otros aspectos, «[...] aquel conjunto de medidas tendentes a garantizar que todos y cada uno de los miembros de una empresa, desde el presidente del consejo de administración hasta el último empleado, cumplan con los mandatos y las prohibiciones jurídico-penales, y a que, en caso de infracción, sea posible su descubrimiento y adecuada sanción». Sobre los *compliance programs* y su relación con los sistemas de atribución de responsabilidad a personas jurídicas, Véase, en el ámbito español: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-M (Dir.) y MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance...* En dicho trabajo se tratan, entre otras temáticas relacionadas, diversos aspectos sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los programas de cumplimiento, las investigaciones corporativas internas y la gestión de los canales de denuncia interna, los deberes de colaboración con la Administración de justicia, las culturas corporativas sesgadas, el papel de los abogados de empresa y de los *compliance officers*»; Cfr., BACIGALUPO Z., Enrique, *Compliance y Derecho penal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011. Según el *Prólogo* de la obra, en ésta se contiene una compilación de «[...] los trabajos de los últimos años dedicados a los temas fundamentales de los programas de *compliance*, es decir a los programas para la prevención de la responsabilidad penal de las empresas y sus directivos, empleados y colaboradores»; ARROYO ZAPATERO, Luis / NIETO MARTÍN, Adán (Directores), *El Derecho penal económico en la era del Compliance*. En esta obra se contiene también una visión panorámica no sólo de diversos aspectos relacionados con el Derecho penal económico, sino también referidos a la recepción e implementación de los denominados *programas de cumplimiento* y su papel respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este trabajo se destaca, especialmente, la posibilidad de articular tales medidas en el ámbito de la corrupción. Sobre este último aspecto, véase también, NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...*

No se pretende en este trabajo realizar un desarrollo profundo sobre los denominados «programas de cumplimiento», pues de su forma, contenido, alcance y aplicación normativa existen numerosos trabajos en nuestro entorno. Adicional a ello, tales sistemas de control del delito no son ajenos a las recomendaciones realizadas por organismos internacionales aplicados al campo de la corrupción. Lo que se pretende concretamente con esta enunciación es examinar hasta qué punto puede fundarse en la exigencia de esas cautelas una mayor cuota de responsabilidad penal a los regentes de una institución pública cuando permiten, por su desvinculación perniciosa frente al deber posicional que les asiste, la corrupción sistémica de los procesos de gestión que tienen a su cargo. La atribución de responsabilidad penal sobre el gestor principal de la entidad y su equipo de colaboradores, así sea en un grado de menor lesividad, como por ejemplo la expulsión del servicio público, se vincularía al incumplimiento de cautelas de tal tipo. Y hasta puede parecer obsoleto para quienes no conocen la realidad institucional colombiana que se proponga que la primera cautela que debería asumirse para prevenir la corrupción es la selección adecuada del titular principal de la entidad pública correspondiente y de sus colaboradores, sustentada en criterios de idoneidad profesional y aptitud ética. Pero resulta que la poca exigencia existente en este país sobre la pulcritud de sus funcionarios es tan baja que la generalización de la selección meritocrática es hoy apenas una aspiración académica. Por ello no ha de resultar extraño que si la dirección de esa entidad se entrega a cualquiera que su mayor mérito ha sido una conexión caciquil con el político de turno, luego este se rodee de personajes de su mismo «palo» y juntos acaben permitiendo la corrupción sistémica.

En tal sentido la idoneidad profesional y disposición ética sería la primera institución cautelar. Tal institución tendría por fin denostar los usuales parámetros caciquiles que vienen ligados normalmente a la politización de las entidades públicas. Esta primera cautela, como puede inferirse, limitaría en cierta medida el ingreso de muchos de esos funcionarios que tienen lo público sólo como una forma de realización del éxito personal y no de servir a los intereses de la generalidad. Y si con ello se busca limitar el nepotismo, su incumplimiento legitimaría en parte el reproche penal por cuánto aquél es fuente esencial de corrupción. Es que difícilmente puede rebatirse que la eticidad del funcionariado comporta efectos preventivos. De modo que si la misma no se adopta y por ello la entidad se toma por funcionarios inescrupulosos, el germen de la corrupción ya estaría sembrado. Y es que no puede esperarse otra consecuencia con el sistema de ocupación de cargos públicos que se tiene en Colombia, en donde los directores de las entidades relevantes ocupan sus cargos bajo el criterio de «cuota política», los mismos que luego nombran a sus amigos. Es lo que sucedió en el ya referido «carrusel de la contratación» de la capital colombiana, en donde nada más y nada menos que alcalde mayor y senador de la república movían a su antojo los cargos directivos de la entidad pública contratante (IDU). En estos términos lo dejó plasmado la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que declarara su responsabilidad: *«Esta particular relación de poder político y burocrático existente entre el Senador Moreno Rojas, el Alcalde capitalino y los funcionarios del IDU que participaron en la licitación 06 de 2008, fue lo que le permitió al acusado intervenir como lo hizo en la realización de los ilícitos materia de juzgamiento»*. Una cautela, pues, que pretende atacar directamente una fuente directa de la corrupción: el nepotismo tolerado.

La segunda cautela, por su parte, está referida a la implementación efectiva de procedimientos de control y vigilancia de los principales procesos de gestión de la entidad pública¹⁴⁵². En este caso el incumplimiento del deber vendría dado por el hecho de haber creado sólo una pantalla o pantomima del proceso de control, lo que por obvias razones impediría su funcionamiento efectivo¹⁴⁵³. En un fallo de orden disciplinario emitido por la Procuraduría General de la Nación en contra del exalcalde de la ciudad de Santa Marta (Col.) y sus Secretarios General y de Obras Públicas del Distrito Turístico, Cultural e Histórico (Radicación 154-78729), se observa claramente cómo la falta de control por parte del primero respecto de sus delegados posibilitó la corrupción de los últimos. Así lo dejó sentado la Alta corporación: «[...] como se observa en los cargos endilgados a cada uno de ellos, numerosos Contratos de Prestación de Servicios y Convenios Interadministrativos infringiendo disposiciones legales, sin que exista ninguna evidencia que el Alcalde hubiese ejercido vigilancia o control sobre las actuaciones de los funcionarios en quienes recayó la delegación, y menos aún adoptado alguna medida tendiente a evitar o corregir las irregularidades que se venían presentando, como era su deber según lo estipulado en el numeral 4.2.4.7...». Con independencia de los criterios caciquiles utilizados para el nombramiento de los referidos delegados, cabría la posibilidad de que si el regente principal hubiera intervenido tempranamente, habría podido tal vez evitar mayores consecuencias. Por ello fue declarado responsable, precisamente por su omisión: «si el delegado realiza autónomamente las conductas reprochables y el delegante no realiza el debido control, bien porque sabiendo sobre ello se abstiene de hacerlo (dolo) o la abstención es producto de la negligencia en el control (culpa), al delegado deberá imputársele autoría material, y al delegante comisión por omisión en modalidad de autoría (CDU, art.27, inc.2°)». Luego la propuesta que se realiza en esta tesis es que esta misma omisión de control alcance una valoración en base a los principios constitucionales, de tal forma que otorgue suficiente legitimidad a la atribución de responsabilidad penal. De este modo, según se ha indicado, se podría limitar el recurso a las ya referidas estrategias de impunidad, a las que subyace sí un desconocimiento, pero de carácter premeditado.

¹⁴⁵² Como recuerda MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, p. 218 en referencia a la instauración de procedimientos de control interno por parte de las organizaciones como exigencia normativa con carácter prescriptivo, «Los controles internos que la Administración y el gobierno pueden llegar a establecer son fundamentales en la lucha contra el fraude y la corrupción». Como lo trae a colación el autor, «En investigaciones recientes se ha podido establecer que en Estados Unidos el 59% de los fraudes es descubierto en controles internos rutinarios». Más adelante puntualiza que para lograr la eficacia de los procedimientos internos en cuanto a su tarea de disuasión y de detección, «es necesario lograr la colaboración de los funcionarios honestos», finalidad que se consigue, según lo refiere el autor, garantizando la confidencialidad de las denuncias así como la posibilidad de «sortear la estructura jerárquica en la deposición de los cargos, de las quejas o de los testimonios».

¹⁴⁵³ Medidas de tal tipo no son ni mucho menos ajenas en ordenamientos jurídicos como el colombiano. Muestra de ello es lo previsto por el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 12 de julio de 2011). Dicho Estatuto prevé en su artículo 7°, entre otros aspectos, la responsabilidad derivada de la obligación que tienen los Revisores Fiscales respecto de actos de corrupción detectados en ejercicio de sus funciones. De forma concreta, señala el citado precepto que podrá incurrir en responsabilidad el que actuando en calidad de revisor fiscal, decida «[...] no denunciar o poner en conocimiento de la autoridad disciplinaria o fiscal correspondiente, los actos de corrupción que haya encontrado en el ejercicio de su cargo». Dicha obligación también vincularía, según el artículo 9°, al «Responsable de control interno». De acuerdo con este precepto: «Este servidor público, sin perjuicio de las demás obligaciones legales, deberá reportar al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, así como a los Organismos de Control, los posibles actos de corrupción e irregularidades que haya encontrado en el ejercicio de sus funciones».

En tercer lugar, en consonancia con las dos primeras cautelas, el establecimiento de canales eficaces para la denuncia que permitan a quienes realmente tienen un compromiso con lo público informar a los órganos de control externos las actividades ilícitas detectadas en su entorno laboral, constituiría una cautela adicional con un claro impacto en la prevención situacional del delito¹⁴⁵⁴. Los *sistemas de denuncia de irregularidades o hechos ilícitos (whistleblowing)*, mecanismo tendente a prevenir la materialización de riesgos penales en base a la *disuasión*, o bien a denunciarlos una vez realizados, constituye una de las principales herramientas vinculadas a los sistemas de *compliance* destinadas a reducir los costes que implica la persecución penal de la corrupción¹⁴⁵⁵. En esta propuesta cumplirían una función disuasiva, puesto que si ello va aunado a la correcta selección funcional, el control del riesgo por parte del corrupto se tornaría un poco más difícil. Dicho mecanismo no es ni mucho menos una invención teórica alejada de la política criminal anti-corrupción de los Estados. Un ejemplo de ello lo constituye la obligación que, según la *US Federal Acquisition Regulation (FAR)*, tienen los contratistas de la Administración pública estadounidense de denunciar cualquier tipo de infracción de la que se tenga conocimiento con motivo de la relación contractual o de negocio. Los citados canales de denuncia se articularían a partir de la implementación de un efectivo sistema de cumplimiento normativo de carácter interno –debidamente formalizado–, impulsado no sólo por un conjunto de incentivos determinados, sino también a través de un sistema de valores dirigido a promover el cumplimiento efectivo del *compliance program*¹⁴⁵⁶. Luego si prescrita una exigencia de este tipo el regente público omite su implementación, la misma deberá sumarse a otros «descuidos» para fundamentar su responsabilidad penal.

¹⁴⁵⁴ Según *Transparency International*, «Whistleblowing is one of the most direct methods of shining the light on corruption». Disponible en <http://www.transparency.org/topic/detail/whistleblowing>. En correlativo sentido, señala NIETO MARTÍN, Adán, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en ARROYO ZAPATERO, Luis / NIETO MARTÍN, Adán (Directores), *El Derecho penal económico en la era del Compliance*, p. 205, «Para el descubrimiento de la corrupción es esencial contar con un buen sistema de denuncias internas». Véase también, RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”, en *Criminalidad de empresa y Compliance...*, pp. 161 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal”, *InDret Penal* 3/2006. Según se señala en el último título citado (p. 4), «[...] la creciente complejidad de las organizaciones empresariales y administrativas hace que cada vez resulte más difícil la prevención de las conductas ilícitas que se cometen en su seno. Ante estas dificultades, un buen medio de prevención puede consistir en que el Estado preste atención a posibles informaciones de sujetos dispuestos a desvelar los delitos cometidos dentro de su organización».

¹⁴⁵⁵ Cfr., RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”, pp. 161 y ss.

¹⁴⁵⁶ Como señala RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”, p. 161, «[...] en los últimos tiempos cada vez es más frecuente que las empresas se doten de procedimientos internos para que sus propios trabajadores o terceros, como proveedores o clientes, puedan denunciar conductas irregulares llevadas a cabo por directivos o empleados de la propia compañía». Relacionado con tal mecanismo, si bien una de las críticas principales de los programas de *compliance* es precisamente que éstos pueden constituirse sólo como una fachada de cara a reducir las posibles consecuencias derivadas de la intervención sancionatoria estatal, también es cierto, tal como recuerda en referencia al famoso caso de corrupción protagonizado por la multinacional *Siemens* SIEBER, Ulrich, “Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en ARROYO ZAPATERO, Luis / NIETO MARTÍN, Adán (Dirs.), *El Derecho penal económico en la era del Compliance*, p. 102, tales programas también muestran «[...] la efectividad de las medidas internas y de los mecanismos de cooperación, que llevaron al esclarecimiento de los casos de corrupción, como consecuencia de la presión ejercida por la *Securities and Exchange Commission* bajo la amenaza de sanciones».

Pero sin duda el aspecto cardinal para la prevención, como se ha insistido a lo largo de este trabajo, es la promoción de la ética. En este difícil propósito ayudarían los denominados códigos «éticos» o de «conducta». Éstos tendrían por fin reforzar una línea de valores positivos para la correcta gestión, además de cumplir un papel informativo a todo el funcionariado respecto de las consecuencias legales de distinto orden a las que podrían verse sometidos por permitir la lesión del bien jurídico. Es precisamente la aplicación de criterios éticos, la que debería gobernar la selección de funcionarios que aquí se ha profesado. Porque en Colombia es la propia Constitución la que exige en su Art. 125 la supremacía del mérito. Pero como sucede con los deberes funcionariales, es ello «papel mojado». La misma ONU en la UNCAC estima la necesidad de implementar dichos códigos en el ámbito público para el «correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas» (Art. 8.2). La promoción de la integridad, la honestidad y la responsabilidad de funcionarios públicos, incluidos los miembros del poder judicial y del ministerio público (Art. 11), tendría como objeto específico, según el Art. 8.1 del citado Instrumento, el aseguramiento de tal objetivo. Y ello porque la corrupción se identifica, precisamente, con el proceso degenerativo de las reglas, la ética y los valores que han de presidir las instituciones políticas, pero también porque la violación de disposiciones jurídicas normalmente comporta, simultáneamente, la trasgresión de ciertos *tipos* éticos.

Lo más grave es que cuando no existe una contención moral por parte de la misma clase política, la corrupción se expande no sólo por las distintas corporaciones públicas, sino también por todo el tejido social. De ahí que la implementación efectiva de códigos éticos tenga por fin revertir esa cultura de la ilegalidad que se institucionaliza al interior de las organizaciones públicas¹⁴⁵⁷. Aunque quizá el propósito loable de este instrumento corra sin gracia en países como Colombia, pues aquí pareciera que se vive en una auténtica cleptocracia, esto es, una sociedad en donde el clientelismo, el nepotismo, el soborno y las más graves formas de corrupción no sólo alcanzan todo el sistema político e institucional, sino también la misma sociedad. Un cambio del tal tipo requeriría, por tanto, una reforma estructural. Como bien señala ROSE ACKERMAN, es precisamente una reforma de tal tipo « [...] la primera línea de ataque en una campaña anticorrupción»¹⁴⁵⁸. En el ámbito de la Administración pública, precisamente, la interiorización de modelos de conducta conforme a la ética del sector, constituiría un elemento esencial en la tarea de reducir los índices de corrupción. Como apunta MALEM, los denominados «códigos de ética» para funcionarios, propenderían por crear «una cierta mística común, un cierto espíritu de cuerpo que haga anteponer las consideraciones generales en lugar del interés particular»¹⁴⁵⁹. Una «mística común», de acuerdo con lo sustentado a lo largo de este trabajo, en la que *lo público* empiece a ser valorado y la omisión de sus guardianes no quede en saco de lo olvidado.

¹⁴⁵⁷ NIETO MARTÍN, Adán / MAROTO CALATAYUD, Manuel, *Public Compliance: Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Ed. Ediciones de Castilla-La Mancha, 2014, p. 21: «Como ya explicara Sutherland, mediante su teoría de la asociación diferencial, el sujeto aprende estos nuevos valores en el seno de la organización a través del contacto con el resto de sus miembros. La función de los códigos éticos consiste en contrarrestar este proceso de aprendizaje, dejando claro cuáles son los valores de la organización (Bermejo, 2009, p. 79 y ss.) ».

¹⁴⁵⁸ ROSE ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos...*, p. 94.

¹⁴⁵⁹ MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción...*, pp. 89-90.

4. Conclusión

A lo largo de este estudio se ha planteado la importancia de concebir la figura dogmática de «intención» como una categoría de sentido en la que confluyen los componentes fundamentales que le conceden importancia a la misma: la realización de un propósito determinado por medios ilícitos. Esos elementos son el propósito que le otorga sentido al acto delictivo (en este caso, el beneficio perseguido con la conducta corrupta) y el instrumento coercitivo establecido por el ordenamiento para desincentivar la utilización de esos medios ilícitos en la consecución aquél: la amenaza de castigos. En ese mismo recorrido se planteó la pregunta de por qué la Dogmática no le da la participación suficiente a este último elemento subjetivo dentro de la estructura interna de la teoría del delito, si ésta debería reflejar de algún modo la función preventiva que está llamada a cumplir la pena frente a esos comportamientos intencionales y el fundamento de la aplicación de la pena por no acatar el mandato implícito en la norma primaria trasgredida. Se dijo que esa correlación tenía por fin, más que un propósito de orden sistemático, llenar de contenido ese elemento intencional a partir del conjunto de representaciones simbólicas que probablemente confluyen en la psique de aquel individuo que participa en la planificación y ejecución de delitos «prototípicamente antijurídicos». La repercusión práctica de esta redefinición tendría por objeto, más allá de alcanzar una comprensión mayor del proceso resolución criminal vinculado a los delitos de orden racional, conferir sustento a la imputación de aquellas conductas en las que si bien el garante principal del bien jurídico encomendado a su guarda no participa activamente en la lesión de éste, sin embargo omite un deber cautelar que causalmente hubiese evitado o dificultado su daño.

Coloquialmente comprendido, la redefinición de esa categoría de intención a partir de la exploración criminológica de las dinámicas complejas que circundan el referido fenómeno criminal, tiene por fin específico legitimar la punición de aquellas conductas perniciosas de los regidores públicos que asumen un deber de protección frente a la correcta gestión de lo público y cuya sustracción a ese deber repercute causalmente en la corrupción sistémica de los correspondiente procesos de gestión. Dogmáticamente referida, esta redefinición del deber posicional del regente público permitiría reevaluar la rigidez de las reglas de causalidad naturalísticas que a veces frenan la imputación objetiva y subjetiva de conductas omisivas. Para justificar tal alternativa se propusieron varios presupuestos. Uno de ellos fue la ampliación y positivización del marco de deberes de los servidores públicos en base a los propios principios constitucionales y legales que disciplinan el correcto ejercicio de la función pública, de modo que ese servidor que asume la guarda del interés superior protegido por la norma sepa cuál es su responsabilidad frente a la lesión eventual que su actuación omisiva pueda generar. Podría decirse que es este un deber de abstención. Otro es el establecimiento de una serie de cautelas que debe aplicar este servidor para propender una protección activa del referido interés. Se trata éste de un deber de intervención. Luego si a este servidor se le corrompen sistémicamente los procesos de gestión que tiene el deber de proteger, necesariamente tuvo que haber incumplido uno u otro tipo de deber. Y es en este punto donde la referida categoría de intención permitiría decir que esa omisión cautelar es tanto o más lesiva que cualquier otra conducta activa.

CONCLUSIONES

PROPOSICIONES POLÍTICO-CRIMINALES FUNDADAS EN LAS PREMISAS GNOSEOLÓGICAS POSTULADAS

La estructura sistemática que se ha adoptado en cada uno de los capítulos desarrollados a lo largo de esta tesis tendente a desarrollar los objetivos planteados en ella, integra dentro de sus distintos apartados un ítem final dispuesto a manera de conclusión y en el que, en términos generales, se sintetiza uno de los problemas centrales ligados al objeto de estudio: la ineficacia del Derecho penal de la corrupción. A este tipo de conclusiones se les atribuye aquí el calificativo de «*situaciones problema*», las que, en el fondo, representan el *ser* de las políticas de intervención. En esos apartados conclusivos se contiene una síntesis del porqué de la impunidad de la corrupción pública desarrollado en cada uno de esos capítulos y que, más que postular una conclusión o una recapitulación de esos factores que intervienen en ello, tenía implícitamente por objeto establecer la base teórica sobre la cual anclar una serie de propuestas de intervención frente a los factores de impunidad evidenciados en cada uno de esos capítulos. Bajo esta idea se formulan, como se verá seguidamente, las conclusiones a las que se ha llegado en este trabajo y que se definen, en buena medida, como propuestas de solución. Para desarrollar esta propuesta se procede en el siguiente orden: En primer lugar se reproducen las conclusiones a las que se llegó en cada uno de los capítulos, no con el afán de eludir la reedición de las mismas deducciones, sino de postular a renglón seguido la referida propuesta de intervención. En este sentido, las conclusiones a las que se ha llegado en cada capítulo se definen por un modo de comprensión de del factor generador de la ineficacia del Derecho penal y, consecuentemente, por un problema a resolver –de cara a facilitar la reducción de tal ineficacia-. A este tipo de conclusiones se les atribuye aquí el calificativo de «*situaciones propositivas*». Planteada así la estructura de este apartado de conclusiones, los párrafos noveles que se incardinan a las conclusiones esbozadas en cada uno de esos capítulos, se definen por una síntesis del *deber ser* de la política criminal establecida tradicionalmente frente al fenómeno delictivo analizado; un deber ser que se concretaría en una redefinición de la mirada social e institucional frente a la manera tradicional de entender el interés jurídico protegido normativamente y los comportamientos que lesionan dicho bien superior. Corresponde, entonces, desarrollar seguidamente esas provisiones conclusivas:

Capítulo I

-Situación problema-

Basar la prevención del delito en la entidad intimidatoria de la pena implica reconocer dos presupuestos gnoseológicos. En primer lugar, ha de partirse de una concepción antropológica del hombre como ser racional, en este caso, con capacidad de ponderar entre los «camino del bien y del mal». En segundo lugar, presupone el clásico modelo de la disuasión instrumental que a «todos» los seres humanos les atemoriza, casi en igual medida, el riesgo de verse abocados a la imposición de una sanción de tipo penal. En este capítulo se han intentado evidenciar los problemas que integra este modelo de la disuasión instrumental y a los que se les atribuye, en buena medida, el fracaso de su función disuasoria. Frente a la consideración del hombre como ser racional, por un lado, se ha indicado que si bien no se niega la capacidad autoreflexiva del hombre, tal racionalidad es de naturaleza eminentemente simbólica. La alteración que produce la subjetividad sobre aquél modelo objetivo de la disuasión es demoledora: Se dijo para expresar tal subjetividad, que bien puede el delincuente jugarse la vida con apenas una probabilidad del 1% de salir victorioso en su cruzada delictiva. Esta baja probabilidad de éxito en la comisión del delito quizá tenga poco de racional desde un enfoque instrumental de la disuasión estrictamente econométrico, pero sin embargo alcanza la máxima racionalidad desde la mirada subjetiva de quien lo comete. Frente a la consideración nomotética de la aversión al miedo, por otro lado, presupone el modelo oficial de la disuasión que todos los individuos, por igual, temen a la amenaza abstracta de la pena. Pero nada más lejos de la realidad. El hecho de que muchos delincuentes no teman perder su libertad, incluso la propia vida, basta para invalidar esa entidad aversiva que teóricamente se liga a la pena.

Sobre la base de esa subjetividad, entonces, se ha postulado una noción de «miedo» vinculado al concepto de «intimidación» penal. Para delimitar tal noción se realizó un sintético rastreo en su teorización clásica, de donde se rescatan dos de los elementos principales que toma el moderno modelo de la disuasión para vincularlos a la función intimidatoria: la certeza del castigo y su profusión ejemplar. Luego se expuso que tanto el clásico como el moderno esquema de la disuasión pueden leerse desde el modelo psicológico construido bajo la lógica castigo-premial: el Conductismo. La correlación psico-filosófica de los dúos «placer y dolor» y «premios y castigos», concretamente, develan tal correspondencia. Fijada tal correlación, se delimitaron dos nociones distintas de miedo: Una tipología concreta y real, identificada con la concepción instrumental del castigo, y otra de orden abstracta y virtual, compatible con la conminación abstracta de la pena. A partir de ello se propuso que la entidad aversiva de la pena se diluye tanto en su entidad abstracta como en su dicción concreta por causa de la impunidad. Frente al primero, se propuso que las personas pueden realizar un control cognitivo de ese miedo teóricamente asociado al castigo cuando se dan cuenta que «todo el mundo» delinque y no resulta sancionado. Aquí la impunidad operaría como un refuerzo negativo vinculado a la experiencia psicológica mediante el aprendizaje vicarial (modelado). Frente al segundo, se dijo que el delincuente, a partir de su acercamiento al delito, aprende a realizar un control material (conductual) de la fuente de riesgo, por lo que puede así neutralizar la entidad aversiva del miedo. Planteados esos presupuestos, se dejó abierto su desarrollo teórico.

Pretensión político-criminal

Según se deduce de los anteriores apartados conclusivos, el problema de ineficacia evidenciado en desarrollo de este capítulo se concreta fundamentalmente en la redefinición de la noción de intimidación de la que parte el modelo de la disuasión. Los argumentos ofrecidos allí tenían por fin reevaluar esa presunta aversión nomotética de la pena y, en modo diverso, postular una noción de intimidación atravesada por lo subjetivo, esto es, una concepción del castigo definida por las imágenes que cada quien se forma de este. Porque es que para proponer una medida preventiva, según la inversión de la mirada analítica que aquí se propuso, el punto de vista que debe adoptarse es precisamente el de quien se sitúa como destinatario de la norma. En este sentido se dice que la pena «no intimida lo mismo a todo el mundo». Prueba de ello, como se enunció, es que en un extremo podemos hallar muchos sujetos que delinquen con el único fin de volver a ingresar en prisión y, en el otro, aquellas personas que experimentan un temor abstracto a ser sancionado. Sobre esta última tipología de miedo se centraría la propuesta político-criminal: Para asegurar una mayor entidad aversiva de la pena, se dice, se debe lograr que el conjunto de representaciones sobre las consecuencias negativas que normalmente se asocian a la ejecución de las penas más graves (como la prisión), puedan verse representadas en aquellas personas de posición relevante que, por esas cosas de la vida, logran ser sentadas en el banquillo de los acusados. La razón de ello es que son estos sujetos los que tienen una mayor capacidad de modelar conductas negativas. Basta ver lo que sucedió con uno de los altos «dignatarios» procesados por corrupción referidos en este estudio (el exministro de agricultura), quien aprovechándose de su libertad provisional huyó del país arguyendo persecución política.

La pregunta que enseguida surge es de qué manera alcanzar tal propósito. Para ello se propone el reconocimiento estatal de aquella «finalidad inconfesada» del Derecho penal referenciada por FERRAJOLI que pervive en los sistemas penales modernos y que se identifica con el denominado «castigo ejemplar» propio del *ancien regime*, en otros términos, lo que la doctrina penal moderna denomina la «confirmación de la seriedad de la amenaza de pena». El argumento que se halla tras ese incremento disuasivo tiene que ver, como se argumentó, con la probada capacidad humana de aprender en base a modelos (aprendizaje vicario o por observación). Y dado que uno de los diluyentes del miedo a la pena es la creencia de que todos aquellos que se corrompen salen ilesos, esa burla evidente de los corruptos de alto rango a la justicia se convertiría en uno de los más poderosos *refuerzos negativos* de actitudes del mismo tipo. Porque alguna consecuencia negativa tendrá que el común de los ciudadanos digan que «aquí ningún corrupto va a la cárcel». Lo contrario, la sanción efectiva de esta clase de delinquentes, tendría por lógica que generar incremento en las percepciones del riesgo de sanción. ¿Pero cuál es entonces el aspecto novedoso de esta propuesta?: Se insiste, tomarse en serio la necesidad de confirmación de la seriedad del castigo. Para ello deben articularse los principios de publicidad del proceso penal (como lo prevén los Arts. 18 y 149 y ss. del Código de Procedimiento Penal colombiano) y de la misma fase de ejecución de la pena. Porque si estos respetables no tuvieron reparo en hacer suyo lo público, luego la función preventivo general de la pena precisa de la publicidad de su castigo para reforzar el respeto hacia ese interés superior.

Capítulo II

-Situación problema-

La adopción de un punto de vista subjetivo para la comprensión gnoseológica de un fenómeno delictivo atravesado por la cultura popular, como se expresó, precisa la adopción de un paradigma epistemológico y un enfoque disciplinar que permita una inversión de la mirada analítica en su exploración. Esa visión, más que centrarse en las características externas que presenta el fenómeno en su objetiva dimensión, lo que busca es desentrañar el conjunto de significados intraculturales que se circunscribe a ciertos designios criminales. El paradigma interpretativo, como se sustentó, permite esa comprensión significativa de los fenómenos sociales. Posibilita, en lo que respecta al delito, adentrarse en el mundo de significados que preconizan el «mundo» del infractor. Luego las perspectivas teóricas articuladas a este paradigma, lógicamente, deben permitir asimismo una comprensión significativa del fenómeno sometido a análisis. El Socioconstruccionismo, como se desarrolló, se articula bajo un conjunto de presupuestos gnoseológicos que no sólo encumbra como elemento central para la comprensión de la experiencia psicológica la subjetividad, sino que además vincula a ésta el *modo* como se construye el «contenido» simbólico de la mente y la *naturaleza* de tal contenido. La forma de adquisición, según se dijo, se vincula a los procesos de construcción de la realidad que se dan en la interacción social. La naturaleza de esos significados, como también se precisó, no podía ser otra que la que se asocia a los valores, costumbres, usos, pautas comportamentales, entre otras derivas del pensamiento humano, que se instituyen a lo largo del tiempo en toda cultura. En esta mirada, entonces, hallan cabida una Psicología (Cultural) y una Sociología (Comprensiva) que conciben la acción venal en su entidad significativa e intencional.

Los referidos presupuestos gnoseológicos, por tanto, serían necesarios para adentrarse en la comprensión criminológica del delito intencional. Particularmente, su aplicación principal en este análisis recae sobre la entidad simbólica del miedo asociado al castigo legal. La aplicación de los presupuestos de este paradigma y las perspectivas teóricas que le acompañan al estudio del fenómeno delictivo objeto de análisis, posibilita la comprensión de la naturaleza construida de las representaciones sobre el castigo que se forman las personas en la comunidad en la que habitan. Guardando coherencia con la entidad abstracta y concreta del miedo punitivo delineado en el capítulo anterior, la Psicología Cultural en conjunto con la Sociología Comprensiva permiten establecer cómo los discursos y narrativas populares que se añan a las vivencias que conforman la experiencia psicológica de los individuos que comparten un mundo común de significados –histórica y contextualmente situados-, son los que confieren uno u otro sentido al contenido aversivo que presupone el instrumento punitivo. De esta forma se habla de decisiones fundadas en una racionalidad subjetiva. Tratándose de actos de corrupción, concretamente, los referidos presupuestos gnoseológicos permiten ver el delito como la expresión de un conjunto de significados que entran en tensión y en donde los diversos sistemas de regulación –como la moral, la ley o la religión- limitan la dirección del comportamiento humano en función de la validación intersubjetiva de su fundamento de legitimación. En suma, desde tales presupuestos se pretende mostrar el delito como una expresión externa del mundo de significados que otorgan sentido a la vida del infractor.

Pretensión político-criminal

El problema de fondo que se intentó poner de presente en este capítulo sobre la base un paradigma epistemológico y unas perspectivas teóricas definidas por la preeminencia de la naturaleza subjetiva de la teoría de la disuasión normativa sobre su entidad objetiva, se definió por la necesidad de estudiar el contexto cultural en el que tiene lugar el fenómeno criminal en su dimensión histórica y espacial. Tal subjetivación resultaría necesaria para llegar a una comprensión mayor de sus factores de producción y de las circunstancias de impunidad. Si se construyese un instrumento de medición similar al «Barómetro Global de la Corrupción» y cuyos valores representasen la variabilidad cultural de los distintos Estados respecto de la vinculación de sus ciudadanos frente a la cosa pública, el resultado sería idéntico al del segundo. Y ello porque los niveles de corrupción que aguanta cada Estado, como es lógico, dependen necesariamente del nivel de moralidad pública propio de cada cultura y de la vinculación de quienes interactúan en ésta frente a la correcta gestión de lo público. Y aquélla necesidad de analizar el contexto cultural en el que el fenómeno criminal se produce, por tanto, no encuentra otra razón que el hecho de que la experiencia psicológica del hombre se encuentra permeada por el mundo de significados compartidos por el agregado de personas que se construyen juntos bajo el mismo entorno. Sobre estas premisas se formula la tesis de que toda política de prevención tendente a reducir los niveles de corrupción en una determinada sociedad, debe necesariamente partir de un estudio sobre los valores, las creencias, los hábitos, las costumbres, los usos sociales, etc., que conjuntamente conforman la moralidad pública de una comunidad y que determinan la mayor o menor incidencia del Derecho penal en la contención de actitudes corruptas.

Planteado así el problema, la propuesta de intervención pasa entonces por examinar la compatibilidad de esos distintos cánones culturales que definen la moralidad pública de una comunidad y el respeto de sus miembros frente a lo institucional. Pero si se es coherente con la entidad constructiva de esos cánones culturales, el aseguramiento de una mayor conformidad de los mismos frente a las exigencias que demanda la protección de lo público debe pasar necesariamente por un proceso educativo de orden estructural en el que todos los miembros menores que se empiezan a construir psicológicamente bajo esos entornos puedan interiorizar el interés superior que se halla tras la proscripción normativa de la corrupción. Cualquiera diría que esta propuesta no encuentra nada de novedosa, puesto que ya hace varios años ha sido planteada desde diversos sectores. Esto es cierto. Pero como lo que en este trabajo se ha intentado remarcar es la forma como fenece la fuerza aversiva de la pena bajo esos cánones culturales en los que se ampara la corrupción, la propuesta se concreta en una exigencia sobre los entes de carácter intergubernamental y no gubernamental para que presionen a los gobernantes y a los grandes «constructores de imágenes» (como por ejemplo los medios de comunicación) a revertir el contenido adverso de esos cánones culturales. Una propuesta de semejante calado no deja de parecer una utopía. Pero es la misma realidad la que enseña que hasta los más sólidos paradigmas caen frente a la suma de voces. Y también puede empezar a dejar de parecer una utopía si, como se propuso en el Capítulo VIII, se empiezan a establecer cautelas normativas dirigidas a que las instituciones públicas puedan ser «tomadas» por hombres un poco más virtuosos.

Capítulo III

-Situación problema-

La gran mayoría de prácticas corruptas que se vinculan al ejercicio de la función pública tienen una estructura material definida por una serie de elementos que normalmente deben confluír para su proceso generativo. Si alguien se corrompe, normalmente, estará motivado por el beneficio que puede obtener tras la comisión del acto ilícito. En igual sentido, quien bien valora los bienes de la vida que se ven amenazados por la hipotética imposición de una sanción penal, reflexionará sobre la probabilidad de fracasar en el intento y hacerse acreedor de un castigo. Pero sin duda el elemento que necesariamente debe confluír para la realización del acto delictivo, es la oportunidad para que éste pueda tener lugar: Para participar en un acto complejo de corrupción, entonces, se debe tener al alcance una estructura de medios que conduzca a la obtención del beneficio que le otorga sentido al acto venal. Y para tal comprensión objetiva de la estructura del acto corrupto se propuso el esquema teórico profesado por las perspectivas criminológicas de la elección racional: Un hombre racional motivado (a la espera permanente de la oportunidad), una estructura de oportunidad ilícita (apropiada para acceder al beneficio que lo motiva) y una baja probabilidad de ser castigado (cuando el delito se ha materializado), son los tres elementos centrales que se preconizan desde la referida perspectiva criminológica para la explicación de un tipo determinado de delitos. Es este el modelo que adopta la teoría de la disuasión. Pero distintas son las consideraciones que pueda realizar un individuo tanto sobre el factor propositivo como sobre el aversivo vinculados al acto delictivo. Se propone así una subjetivación del modelo de la disuasión a partir del significado que tales elementos tiene para el mismo sujeto que cree necesario delinquir.

Sobre la base del significado de estos componentes es que se propone la referida redefinición del modelo objetivo de la disuasión. Para ello se partió no sólo de los presupuestos epistemológicos y disciplinares tratados en el capítulo anterior, sino también de otro grupo de teorías criminológicas que permiten vincular la genealogía estructural de los incentivos del delito y la validación personal de los mismos. Es así como se afirma que los incentivos positivos que normalmente confluyen en la realización de aquellos delitos inducidos por el dinero, no pueden comprenderse en su mayor entidad si no se atiende a la importancia que ese elemento inductor tiene para quien busca alcanzarlo por medios ilícitos. Atraer la atención de los demás, tal como se pone de presente en el Capítulo V, es uno de esos aspectos simbólicos que se hallan tras aquél propósito material. Luego se afirma que la estructura material de oportunidad que posibilita la búsqueda de tal propósito, tampoco puede escindir-se de los códigos simbólicos que se fundan grupalmente. Piénsese, concretamente, en las definiciones favorables al delito que se instituyen al interior de las corporaciones públicas y que luego facilitan la impunidad. Y lo mismo sucede con las instituciones de castigo: En la medida en que la profusión aversiva de la pena se afinsa sobre la base de miedos contruidos socialmente, del mismo modo puede alcanzarse la de-construcción de su fuerza aversiva. Por ello, según se dijo, la oportunidad se redefine aquí como la posibilidad no sólo de ejecutar ciertamente el delito, sino también de asegurar su impunidad. Es así como se llega a afirmar que la intención tiene una entidad compleja en la que confluyen tanto lo propositivo como lo aversivo del acto delictivo.

Pretensión político-criminal

La finalidad última de la redefinición subjetiva del modelo objetivo de la disuasión, guardando coherencia con el paradigma epistemológico y las perspectivas teóricas utilizadas para indagar sobre el contenido del comportamiento criminal intencional, se definía por la necesidad de entender los principales factores motivacionales de los delitos patrimoniales no sólo desde su configuración material u objetiva, sino también desde la visión que el propio infractor se forma de ellos. La relevancia de esta redefinición subjetiva resultaría necesaria para comprender por qué unos individuos –y otros no- sucumben frente a las oportunidades de corrupción. Nótese cómo en este punto la conclusión a la que se llega de forma inmediata es que las personas delinquen –o no- en función de su código moral interno. Y si se llega a esta deducción, las circunstancias objetivas que pueden verificarse tras la materialización del delito no pueden desvincularse de las concepciones simbólicas que tiene el propio infractor frente a las mismas. Cuestión distinta es establecer, y quizá imposible, en qué medida participan los distintos órdenes reguladores en la configuración de los cánones de autorrestricción. Según la tesis desarrollada en el Capítulo I, resulta un imposible empírico escindir la confluencia de significados restrictivos provenientes de los distintos sistemas reguladores, como la moral, la religión o el Derecho, en la medida en que proscriben las mismas conductas: la vida humana, la propiedad privada o pública, etc. Luego se dice que esa contención del individuo frente a esas infracciones no obedece a un mero acto de toma de conciencia frente al respeto por esos imperativos prosritos paralelamente desde aquéllos órdenes, sino que también precisan de los correspondientes mecanismos de apremio: la reprensión social, el infierno y la pena.

Concebido así el esquema de la disuasión punitiva, el elemento político-criminal a proponer de cara a alcanzar una mayor prevención, pasa igualmente por una reconceptualización subjetiva de los presupuestos de las estrategias de prevención situacional del delito. Esa reconceptualización se define por una reevaluación de uno de los elementos fundamentales de los que parten las perspectivas criminológicas de la elección racional: 1) una persona siempre motivada; 2) una oportunidad apropiada; 3) una baja probabilidad de sanción. La primera se concibe como una constante (porque se afirma que siempre habrán personas dispuestas a delinquir), mientras la segunda y la tercera se describen como variables. Cierta es la premisa que se establece para concebir la primera como una constante. De modo que la referida reevaluación pasaría concretamente por centrar la atención en esta categoría, alterando su relación con la oportunidad delictiva. Tratándose de corrupción vinculada a los procesos de gestión públicos, como se desarrolló en el Capítulo VIII, el bloqueo efectivo del acceso de estas personas a las opciones de corrupción no sería en el estadio en donde el individuo puede realizar una ponderación efectiva de los beneficios y riesgos de la actuación delictiva, sino impedir el acceso mismo a esas opciones (evitando dicho proceso de ponderación). Dicho en términos más sencillos, se trata de impedirle el acceso mismo a las instituciones que posibilitan el surgimiento de esas oportunidades. Y para que ello suceda, como se ha insistido, deben fijarse estrictos procesos de selección alejados de criterios nepotistas. Así podría decirse que en el entorno inmediato de esas estructuras de oportunidad no siempre existen personas motivadas.

Capítulo IV

-Situación problema-

La adopción de un enfoque subjetivo del delito, particularmente cuando se trata de un fenómeno atravesado por las disensiones de la cultura popular, implica preguntar por la conexión estructural de los factores que influyen en su generación. El dinero es sin duda uno de los inductores principales en los delitos de orden económico. Pero este inductor en su dicción objetiva no dice nada respecto del significado que el mismo tiene para el sujeto que lo persigue. La visión estructural de ese elemento, más allá de la conocida causa que se indica para explicar los delitos patrimoniales vinculados a las capas de la sociedad menos favorecidas (por razones de subsistencia), permite adentrarse en el mundo significativo que se halla tras el dinero. Se ha indicado ya, de forma meramente enunciativa, que la necesidad de «ser alguien en la vida», «ser valorado por los demás», «llamar la atención de los semejantes», en definitiva, tener un estatus importante en los círculos correspondientes de interacción, representa un aspecto que para muchos puede incluso otorgarle sentido a su propia existencia. Y aquí es donde el dinero adquiere un tinte distinto en lo que respecta al delito, pues es ese uno de los instrumentos que sin lugar dudas permite adquirir una mejor posición frente a los ojos de los demás, esto es, para alcanzar un buen estatus. Luego, si la misma sociedad no proporciona los medios suficientes para que las personas puedan satisfacer sus necesidades de estatus, no deberá resultar extraño que se validen algunos de los caminos ilícitos que se van configurando de forma paralela en las actividades ordinarias instituidas en cada sociedad. Es esta la base de la teoría de la *anomia*. En este sentido se afirma que los inductores positivos del delito presentan un vínculo de orden estructural.

El déficit de control legal vinculada a esas estructuras de oportunidad, segundo elemento integrado dentro del modelo teórico de la disuasión situacional, también presenta un nexo estructural. Centrados en la denominada fase de criminalización secundaria (de aplicación de la ley penal), resulta indiscutible que los procesos de selectividad penal se originan en las disensiones de la sociedad misma. La tolerancia social institucionalizada de los delitos del poder se instituye en uno de los factores de orden estructural que por antonomasia limita los procesos de descubrimiento, investigación y judicialización de la ley penal. Es lo que SUTHERLAND denominó «definiciones favorables» al delito. Bajo este conjunto de definiciones, ya utilizando los términos de SYKES y MATZA, las personas vinculadas a un entorno organizacional determinado «neutralizarían» la entidad criminógena de ciertos comportamientos prohibidos por la ley penal, al punto de que la comisión de los actos punibles relacionados lleguen a tildarse de «normales». Bajo este estado de banalización del delito resulta, pues, más que lógico que su denuncia resulte improbable. Con independencia de las repercusiones que esas disensiones sociales generan sobre el procesamiento del delito, la creación de un «ambiente» propicio para el delito que de ello se genera ya es suficiente para validar la referida vinculación estructural del control penal. En este sentido se habla no sólo de dos fases diferenciadas de selección penal del delito (social e institucional), sino también de la configuración diacrónica del mismo. Es en el curso de este proceso diacrónico, como se ha insistido, que el miedo a la amenaza jurídico-punitiva se va diluyendo en la medida en que la gente «va viendo» que «no es tan cierto» eso de que cometer delitos implica la verificación de una «supuesta» amenaza.

Pretensión político-criminal

En el Capítulo IV se sustentó la importancia de buscar la conexión estructural del delito racional en aras de procurar una mayor comprensión de las limitaciones de la prevención jurídico-punitiva. La correlación temporal de la situación delictiva respecto del curso constructivo del delincuente y la vinculación de ese mismo entorno situacional frente al contexto espacial en el que aquél se desenvuelve, definen en gran medida dicha conexión estructural. Lo contrario, el desconocimiento de tal conexión témporo-espacial, explican precisamente el fracaso de muchas de las medidas que se establecen al interior de las organizaciones públicas tendentes a la contención de la corrupción: La promoción de códigos éticos al interior de una entidad pública determinada, por ejemplo, tiene poca esperanza de generar una conciencia colectiva de cumplimiento legal si «afuera» se concibe que las corporaciones públicas, como lo son la gran mayoría de las privadas, están hechas para generar riqueza personal. Es ahí afuera, como se argumentó a lo largo de este capítulo, donde las personas validan la importancia de ser alguien en la vida y que ello se puede alcanzar tanto por medios lícitos como ilícitos. Es ahí afuera, precisamente, en donde la propia gente invalida la *mala* naturaleza de la corrupción y los mecanismos de control establecidos formalmente por el Estado para impedir la correspondiente infracción. Y si se entiende que esta clase de delitos tienen una conexión estructural, la cuestión estriba entonces en establecer cómo incidir sobre el contorno no-inmediato del fenómeno criminal con la pretensión de que ello repercuta positivamente sobre el contexto inmediato en el que se ordenan propiamente esos comportamientos proscritos por el Derecho penal.

Inevitablemente esa intervención se sitúa una vez más en lo más amplio del contexto social. Podría proponerse que el establecimiento de un programa educativo a largo plazo y de amplio alcance coadyuvaría en esa loable pretensión. Pero también puede inferirse que ello implica un cambio sobre la manera misma de pensar de la gente y que sólo puede alcanzarse tras el paso de varias generaciones. En este sentido la propuesta se tornaría no sólo reiterativa, sino además desilusionante. Desilusionante, en la medida en que la implementación de un programa educativo de semejantes dimensiones presenta suma complejidad. Ahora bien, y este es el aspecto sobre el que se quiere llamar la atención, habida cuenta que el aprendizaje observacional –o en base a modelos- es uno de los mecanismos más importantes en la creación de contenidos de consciencia, la propuesta estribaría en que esa concienciación que se precisa por parte de toda una sociedad para aprehender la *mala* naturaleza de la corrupción, se logre sobre quienes (algunos) tienen el deber de «dar ejemplo»: los propios políticos. Si los regidores públicos que tienen un mayor poder de influencia se valen de ella para promover materialmente el correcto ejercicio de la función pública y actúan de conformidad con esos lineamientos, ello no sólo terminaría convirtiéndose en normas alineadas con tales planteamientos (selección meritocrática de regentes públicos, financiación de partidos políticos, transparencia en la gestión de procesos institucionales, etc.), sino que también permitiría generar actitudes del mismo tipo en la gente. En esta tarea los medios de comunicación cumplirían un papel fundamental. Porque es que son los «constructores de imágenes» los que en últimas modelan el conjunto de representaciones que determinan la realidad de sus espectadores.

Capítulo V

-Situación problema-

La cabal comprensión de los inductores positivos del delito implica, pues, adentrarse en el significado que adquiere el concreto elemento finalístico para el propio sujeto que lo personifica. Tratándose de delitos inducidos por dinero, es la necesidad que advierten gran parte de las personas que habitan en comunidad de sentirse valorados por sus semejantes, uno de los aspectos simbólicos que se hallan tras ese elemento material. Recurriendo a un análisis de tipo introspectivo, las personas pueden certificar por sí mismas apelando a la experiencia propia que el grado de atención que se recibe por parte de los demás depende del estatus que se posea. Diciente es en este sentido la reflexión referida por DE BOTTON: «A los que carecen de estatus no se les ve, se les trata bruscamente, se pisotea su complejidad y se hace caso omiso de su identidad». Claro está que el estatus puede venir conferido por aspectos como el destacamento personal en ámbitos como el profesional, el académico o el político, etc., pero también lo es la condición de riqueza material que cada quien pueda ostentar. Por ello encuentra plena coherencia la referida frase de SMITH, acerca del origen de la corrupción de nuestros sentimientos morales: «[...] que es ocasionada por la disposición a admirar a los ricos y a los grandes, y a despreciar o ignorar a los pobres y de baja condición». Y si tener o no tener dinero marca una distinción fundamental entre los hombres respecto de su valía, no ha de resultar extraño que muchos se valgan de vías ilegítimas para alcanzar esa validación intersubjetiva que aumenta la autoestima. Desde esa vinculación subjetiva de los motivos del delito, entonces, encuentran aquí plena aplicación las hipótesis de la *anomia* de MERTON y de la *asociación diferencial* de SUTHERLAND.

Esa vinculación diacrónica de los incentivos positivos del delito resulta posible gracias a la entidad construida de la psique. La subjetividad de la experiencia criminal, la construcción social de esa subjetividad y la naturaleza cultural de lo psicológico, según ha quedado plasmado, permiten convalidar la tesis acerca de que la decisión de realizar un delito inducido por dinero no depende de una pulsión de orden espontánea o circunstancial, sino que está ligada al proceso de construcción cultural de la psique. A partir de esta idea se afirma que ese curso motivacional presenta una vinculación estructural y situacional. En lo que respecta al primer aspecto se ha indicado, bajo los presupuestos de la teoría de la *anomia* propuesta por MERTON, que si la sociedad exagera fuertemente los apetitos de la gente hacia la adquisición de bienes de naturaleza material, la misma limitación estructural de las vías legítimas requeridas para la realización de tales apetitos podría facilitar la utilización de medios ilícitos para ello. En esta profusión del éxito se afincaría la ansiedad de estatus referenciada por DE BOTTON. Luego, tratándose de delitos que por su naturaleza requieren para su producción de la pertenencia a una estructura organizativa definida por ciertos procesos de gestión operativa, será el factor situacional el que al final determine la denominada estructura de oportunidad ilícita. Este sistema diferencial de medios de realización, como se postuló *supra*, se definiría no sólo por la posibilidad física de «aprehender» la *cosa* ilícita, sino también por un ambiente apropiado para la comisión del delito. Y esto porque la validación intersubjetiva sobre los procederes ilícitos, facilitarían la impunidad del delito. Son estas las «definiciones favorables» referenciadas por SUTHERLAND y que incidirían en la neutralización personal del miedo al castigo legal.

Pretensión político-criminal

Nuevamente el foco de atención se centra en la sociedad misma. Tras la lectura del presente capítulo queda la sensación de que nadie puede escapar a la exacerbación constante del éxito material y que por ello muchos terminan validando los medios de realización ilícitos. Por esta misma razón, quizá, las teorías criminológicas de la elección racional llegan a postular el deseo de enriquecimiento, no como una variable, sino como una constante (siempre habrá personas motivadas a delinquir). Y esto último porque las distintas estructuras sociales no pueden asegurar los medios para que todas y cada una de las personas alcancen esas aspiraciones de éxito por vías legítimas. Por esto encuentra plena coherencia la afirmación de ROUSSEAU acerca de que hay dos maneras de hacer a la gente más rica: dándole más dinero o limitando sus deseos. Pero como señaló DE BOTTON luego de traer a colación la precitada referencia, en la modernidad se ha avanzado muchísimo en la primera opción, lo que habría contribuido a invalidar los logros que puede alcanzar la gente regular. Inevitablemente salta a la mente la pregunta de cómo poder limitar esos deseos materiales de la gente que pueden alcanzarse en este caso mediante el recurso a la corrupción. La propuesta político-criminal que se formula en este punto va en la dirección de establecer cómo coadyuvar en esa limitación de las pretensiones de éxito representadas fundamentalmente en el dinero. Y si como se ha dicho, quienes hacen un uso indebido de las instituciones públicas para sacar provecho personal son en su mayoría profesionales, una gran cuota de responsabilidad recae sobre quienes se les encomienda la formación de aquellos quienes se harán regidores. Es en la escuela de formación superior donde se valida en buena medida que «uno se hace profesional es para conseguir pasta».

Lo anterior parecería otra de aquellas propuestas cuya verificación que se alinea en el flanco de la utopía. Pero realmente la tesis no es descabellada, incluso en países como Colombia. Apelando nuevamente al rol de observador participante utilizado aquí para aterrizar gran parte de las ideas plasmadas, es un hecho demostrable establecer el *modo de pensar* con el que egresa un profesional según sea uno u otro el «espíritu» o ideal de su universidad. En países como Colombia, precisamente, es marcada la diferencia ideológica entre las universidades públicas y privadas. En las primeras puede respirarse un «espíritu» crítico frente a las políticas públicas por doquier, mientras en las privadas, en términos generales, se potencia fundamentalmente la idoneidad técnica de sus profesionales. Rastreando las funciones misionales de tres de las grandes universidades privadas de la ciudad de Medellín, se destacan primordialmente premisas como el compromiso con la «excelencia académica», la «audacia» o la «competencia». A diferencia de éstas, se extrae de los lemas de las dos universidades públicas más relevantes de esta misma ciudad ideales como «espíritu crítico», «compromiso social» o «trabajo y rectitud». En una de las facultades de Derecho de una de estas últimas, es común escuchar entre sus estudiantes, «a esta facultad de viene a criticar el Derecho no a estudiar Derecho». Y luego efectivamente puede verificarse en la calle cómo estos profesionales terminan viendo todo mediante el filtro de su lente crítico. Puede que alguno de ellos termine corrompiéndose, pero sin duda muchos otros terminarán viendo la *cosa pública*, no como un campo de batalla en el que *se es* por la aptitud técnica o la competencia, sino como algo destinado al servicio común.

Capítulo VI

-Situación problema-

La función intimidatoria de la pena, en su doble dicción de amenaza legal y castigo ejemplar, como ha quedado planteado en el decurso de todo el análisis, se vincula indudablemente a su fase de conminación abstracta. A partir de tal idea se afirma que aquel sujeto que está permanentemente a la espera de la oportunidad apropiada para la comisión del delito, ya «trae consigo la disponibilidad a corromperse». La vinculación diacrónica de los incentivos positivos del delito inducido por dinero ha quedado planteada en el capítulo precedente. Luego la pregunta que se ha propuesto resolver en el presente capítulo es cómo se invalida, en ese mismo estadio diacrónico, la entidad aversiva que se irroga a aquella amenaza legal. Se afirma en este punto que si bien desde una visión constitucional de corte garantista la versión de castigo ejemplar elevada en el *ancien regime* parece desafinar con las referidas garantías, desde un punto de vista psicológico, sin embargo, la ejemplificación del castigo de quienes infringen las disposiciones legales a las que se vinculan tales conminaciones, se instituye en un presupuesto fundamental de la disuasión normativa. Es esta la multialudida disuasión de orden vicario y que se compadece claramente con el modelo conductista afincado en la lógica de premios y castigos en la que se sustenta la teoría clásica de la disuasión y que permanece invariable en su esencia hasta nuestros días. Este planteo obliga a partir de la tesis de que la función intimidatoria de la pena opera en dos momentos de distinto alcance: El usual momento de incidencia es el que se vincula a la concreta situación delictiva. Es éste el punto de vista al que se amarran las teorías de la prevención situacional del delito. Pero antes de este momento, según se propone aquí, el individuo podrá configurar o desestructurar la capacidad aversiva del castigo punitivo.

Para validar tal tesis se parte de la doble delimitación de miedo punitivo delineada en el Capítulo I: abstracto y concreto. El primero, según se dijo allí, es de orden imaginario y distorsionado. El segundo, contrario al primero, es de orden real y determinado. Este último se vincula a las situaciones de oportunidad. Pero el primero, a diferencia de este último, no precisa de la existencia de un contexto situacional concreto de riesgo al que se vincule la sensación aversiva, sino que simplemente se identifica con una posibilidad indeterminada. Bajo esta idea se postula, por tanto, que la referida «disponibilidad a corromperse» implica, en alguna medida, la desestructuración de ese miedo de orden abstracto. El presente capítulo tenía por objeto, precisamente, referir algunos de los factores facilitadores de ese proceso de-construtivo: La *apariencia de licitud del hecho criminal*, la *imperceptibilidad del daño social*, la *volatilización de la calidad y cantidad de víctimas*, la *profusión de estereotipos criminales* y la *falsa eventualidad del delito*, se postularon como parte de las situaciones vinculadas al fenómeno de la corrupción y que repercutirían de forma directa sobre la impunidad del fenómeno. Esa impunidad se produciría, según la tesis que aquí se postuló, dado que dicho grupo de factores afectarían directamente el proceso de conocimiento oficial o denuncia formal del delito. Tal afectación vendría dada por el hecho de que todos y cada uno de estos factores generarían una banalización social del delito, al punto de que neutralizarían su entidad criminógena. De modo que si la gente llega a pensar que ciertas conductas prohibidas son «normales», la probabilidad de denuncia formal (oficial) de las mismas se restringiría ostensiblemente.

Pretensión político-criminal

La tesis que subyace al presente capítulo es que uno de los modos de control de la aversión al castigo legal que alcanza el delincuente corrupto, consiste en la ferviente creencia que se forma de que difícilmente alguien de su entorno social mediato o inmediato le va a denunciar. Porque si la probabilidad de materialización del riesgo de sanción disminuye ostensiblemente, lógicamente se reducirá el grado de tensión. Es este un principio básico de la Psicología establecido para el control de los miedos: el alejamiento o el control de la fuente de riesgo. Y se diferencia entre un control de tipo cognitivo e instrumental (conductual), porque bien puede el delincuente percibir la referida sensación de tolerancia generalizada de este tipo de actos en su nivel de interacción más amplio (la sociedad en su dimensión más amplia), pero también al interior del entorno cerrado en el que se configuran las opciones para el delito. En el primero adquiriría un control de orden cognitivo en la medida en que materialmente no puede realizar ningún acto tendente a controlar las probabilidades de ser denunciado, sino simplemente mediante un ejercicio mental de orden previsivo. En el segundo, sin embargo, sí puede desplegar una serie de actos que materialmente disminuyen esa probabilidad de denuncia: contratar funcionarios dispuestos a «tapar» las irregularidades en la gestión, destrucción u ocultamiento de los elementos de prueba, etc. De modo que más allá de la propuesta que más adelante se establece sobre la necesidad de instituir normativamente un procedimiento de selección de funcionarios más exigente, en este punto interesa proponer de qué forma puede asegurarse un mayor nivel de concienciación social acerca de la dimensión real y lesividad material y moral de la corrupción en aras de afirmar un mayor grado de reacción de la comunidad.

Nuevamente, como se ha venido insistiendo, la consecución de tal grado de concienciación social viene determinada por el poder del «modelado». No es un secreto que los medios de comunicación de información juegan un papel fundamental en la creación de esas imágenes de la realidad. Sobre este aspecto se ha ahondado en este y en precedentes capítulos, por lo que su importancia en la creación de contenidos de conciencia admite poca discusión. Luego el mayor problema radica en qué hacer para que los medios de comunicación se comprometan de manera efectiva con la tarea de concienciar a la gente sobre la inconveniencia social de la corrupción. Ya se afirmó en una propuesta anterior que por este mismo medio puede lograrse disminuir la percepción de impunidad que la gente se crea cuando se queda con la imagen de que el corrupto de turno, luego de ser sorprendido, pasa a engrosar las cifras de impunidad (lo que se reduciría, como se propuso *supra*, mediante lo que SILVA ha denominado la «*teatralización del proceso y de la sentencia*»). Y para este propósito y el que se propone en el presente apartado, se llama la atención a las organizaciones internacionales (de orden gubernamental y no gubernamental) y nacionales comprometidas en la lucha contra la corrupción, que presionen a los medios de comunicación para la denuncia de las distintas prácticas corruptas y las consecuencias que se desprenden de las mismas. Porque es que es presupuesto de una política criminal efectiva contra la delincuencia, un suficiente grado de repulsa social. Como refiere GARLAND invocando a DURKHEIM, el castigo « [...] es una institución que fundamenta su energía y el respaldo que le da fuerza en los sentimientos morales de la comunidad... ».

Capítulo VII

-Situación problema-

Acertada es la premisa clasicista acerca de que la fuerza suasoria de la pena requiere, más que un alto nivel de gravedad o crueldad, un mayor grado de certeza o infalibilidad. Se ha indicado ya en que tal premisa debe tener como presupuesto que el individuo al que se dirige la amenaza de pena debe poder asociar a esa entidad de castigo el mismo conjunto de representaciones que teóricamente encierra, porque de lo contrario no tendría vocación de intimidarle. Pero también puede el hombre aprender a vencer los miedos construidos socialmente. El temor al castigo legal constituye uno de esos tipos de miedo. Y el afrontamiento personal de esta tipología se lograría, como se ha ahondado en este capítulo, cuando se aprende a controlar los factores generadores de impunidad. Ese control se lograría a través del dominio del proceso implementado por los aplicadores del miedo (los operadores del sistema penal) para asegurar la materialización de la sanción asociada al acto de infracción. Control del acto de denuncia formal del hecho irregular, tergiversación del proceso de investigación criminal y dominación de las reglas de judicialización conducentes a la exoneración de responsabilidad penal, se verían facilitados por diversas estrategias de las que puede valerse el avezado criminal de cuello blanco: mimetización del acto ilegal en las formas del proceso paralelo legal, influencias sobre inferiores en la escala jerárquica institucional, dificultades connaturales a la obtención criminalística de la prueba, intromisiones ilegítimas sobre el órgano público de persecución penal, dominación de las reglas dogmáticas de orden sustantivo y procesal, entre otras circunstancias vinculadas, harían parte de la batería de alternativas con las que cuenta el corrupto para asegurar ese entorno de seguridad (impunidad) en el que el miedo a la sanción termina diluyéndose.

De modo que la alternativa preventiva debe pasar por limitar normativamente esas herramientas que tiene al alcance el corrupto para generar el referido entorno de seguridad. Se ha indicado someramente que el aumento del marco de deberes que debe asumir el regidor público para evitar la lesión del correspondiente bien jurídico se instituye en una medida de primer orden para enfrentar esa estructura de oportunidad que se ve facilitada por la disminuida entidad del riesgo de sanción legal. Esa ampliación del marco de deberes implicaría no sólo la positivización unificada del conjunto de principios constitucionales y parámetros legales que inspiran el correcto ejercicio de la función pública, cuya infracción serviría de soporte a la estructuración de la distribución de responsabilidad penal, sino también la institución de un conjunto de cautelas de imperativo cumplimiento para todo aquel que decida asumir la dirección de una entidad pública: Selección meritocrática de funcionarios –basada en su idoneidad técnica y ética-, implementación de controles internos, facilitación de canales de denuncia, institución de códigos éticos y, en fin, la instauración de una serie de medidas que se vienen recomendando por los expertos para la prevención de la criminalidad económica o la corrupción. Pero la finalidad de tal implementación, como se propone aquí, no encontraría sustento sólo en un afán de prevención situacional, esto es, de complicarle las cosas a quien «lleva consigo» la disponibilidad a corromperse, sino de contrarrestar ese entorno de seguridad en el que los corruptos disipan la fuerza aversiva de la amenaza de sanción legal. Es por tal razón, como se ahondará seguidamente, que resulta imperioso el refuerzo de aquél deber posicional.

Pretensión político-criminal

La tesis central desarrollada en el presente capítulo, por tanto, está referida a la correlación que se propone entre las técnicas de afrontamiento de miedos desarrolladas desde la psicología para reducir los distintos tipos de miedos que pueden llegar a sentir las personas y el afrontamiento de la aversión que se vincula al riesgo de sanción de orden punitivo que puede llegar a realizar el delincuente corrupto. En el fondo el proceso psicológico que se halla tras la adquisición y la pérdida del temor a ser sancionado experimentado por las personas frente a la proyección de un acto delictivo de orden complejo, según se propuso, es similar a la adquisición o la pérdida del temor que puede experimentar la gente a ser víctima de un delito. En lo que respecta a la pérdida del temor, los cultores de la denominada «sociedad del riesgo» dejan ver en sus tesis cómo la gente puede alcanzar una sensación de seguridad frente a la materialización de esos riesgos que se crean en las sociedades actuales mediante la creación de un entorno de protección físico en el que la probabilidad de que aquéllos se materialicen se reduce. A partir de esta tesis se argumentó que el delincuente que se vale de una estructura organizacional para sus propósitos delictivos puede llegar a realizar un control material del riesgo de sanción punitivo generando, igual que aquéllos, un entorno de seguridad en el que se forma la creencia de que difícilmente podrá ser sancionado. Control del acto de denuncia, manipulación de la prueba, desviación del curso de la investigación, aplicación de reglas dogmáticas de orden sustantivo y procesal, etc., hacen parte de ese arsenal de medidas de las que puede valerse el delincuente corrupto para alcanzar ese dominio material del riesgo de sanción. La pregunta, entonces, consiste en establecer qué hacer para contrarrestarlo.

Para la formulación de la propuesta se centrará la atención en conveniencia que se esconde tras el *nepotismo* para que los corruptos puedan llegar a alcanzar un control del riesgo de sanción. La propuesta se concretaría en la fase primaria de ese proceso de control: de detección del delito. En este caso el establecimiento de medidas tendentes a la contracción del nepotismo tendría por fin trastocar el deber implícito de obediencia que se crea sobre esos subalternos nombrados a partir de criterios caciquiles y que resultan necesarios para encubrir el delito. Esa contracción del nepotismo se concretaría de dos formas con amparo en la propia Constitución Política de Colombia. Así, establece su Art. 125 que «Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público». Para los gestores principales de algunas entidades se propondría que la ley determine de manera precisa las cautelas que debe adoptar para la protección de sus procesos de gestión frente a la corrupción. Una de esas cautelas, para los efectos de la referida contracción del nepotismo, lo sería establecer exigentes procesos de selección de su equipo asesor y operativo basado en estrictos criterios de aptitud profesional y ética. El mismo precepto constitucional referido es el que le obligaría. Asegurados uno y otro escalón de selección (del gestor principal y sus delegados), necesariamente se deberán producir dos efectos: 1) Si se toman en serio ambos escalones, la correcta selección de unos y otros mejorará los índices de abstención frente a las oportunidades de corrupción; 2) Si, por el contrario, se burla uno u otro escalón, esa omisión apoyará la imputación por semejante defecto de organización.

Capítulo VIII

-Situación problema-

A lo largo de este estudio se ha planteado la importancia de concebir la figura dogmática de «intención» como una categoría de sentido en la que confluyen los componentes fundamentales que le conceden importancia a la misma: la realización de un propósito determinado por medios ilícitos. Esos elementos son el propósito que le otorga sentido al acto delictivo (en este caso, el beneficio perseguido con la conducta corrupta) y el instrumento coercitivo establecido por el ordenamiento para desincentivar la utilización de esos medios ilícitos en la consecución aquél: la amenaza de castigos. En ese mismo recorrido se planteó la pregunta de por qué la Dogmática no le da la participación suficiente a este último elemento subjetivo dentro de la estructura interna de la teoría del delito, si ésta debería reflejar de algún modo la función preventiva que está llamada a cumplir la pena frente a esos comportamientos intencionales y el fundamento de la aplicación de la pena por no acatar el mandato implícito en la norma primaria trasgredida. Se dijo que esa correlación tenía por fin, más que un propósito de orden sistemático, llenar de contenido ese elemento intencional a partir del conjunto de representaciones simbólicas que probablemente confluyen en la psique de aquel individuo que participa en la planificación y ejecución de delitos «prototípicamente antijurídicos». La repercusión práctica de esta redefinición tendría por objeto, más allá de alcanzar una comprensión mayor del proceso resolución criminal vinculado a los delitos de orden racional, conferir sustento a la imputación de aquellas conductas en las que si bien el garante principal del bien jurídico encomendado a su guarda no participa activamente en la lesión de éste, sin embargo omite un deber cautelar que causalmente hubiese evitado o dificultado su daño.

Coloquialmente comprendido, la redefinición de esa categoría de intención a partir de la exploración criminológica de las dinámicas complejas que circundan el referido fenómeno criminal, tiene por fin específico legitimar la punición de aquellas conductas perniciosas de los regidores públicos que asumen un deber de protección frente a la correcta gestión de lo público y cuya sustracción a ese deber repercute causalmente en la corrupción sistémica de los correspondiente procesos de gestión. Dogmáticamente referida, esta redefinición del deber posicional del regente público permitiría reevaluar la rigidez de las reglas de causalidad naturalísticas que a veces frenan la imputación objetiva y subjetiva de conductas omisivas. Para justificar tal alternativa se propusieron varios presupuestos. Uno de ellos fue la ampliación y positivización del marco de deberes de los servidores públicos en base a los propios principios constitucionales y legales que disciplinan el correcto ejercicio de la función pública, de modo que ese servidor que asume la guarda del interés superior protegido por la norma sepa cuál es su responsabilidad frente a la lesión eventual que su actuación omisiva pueda generar. Podría decirse que es este un deber de abstención. Otro es el establecimiento de una serie de cautelas que debe aplicar este servidor para propender una protección activa del referido interés. Se trata éste de un deber de intervención. Luego si a este servidor se le corrompen sistémicamente los procesos de gestión que tiene el deber de proteger, necesariamente tuvo que haber incumplido uno u otro tipo de deber. Y es en este punto donde la referida categoría de intención permitiría decir que esa omisión cautelar es tanto o más lesiva que cualquier otra conducta activa.

Pretensión político-criminal

La precitada redefinición de la tipología de intención agrupando en una misma categoría significativa el conjunto de representaciones que confluyen al momento de anticipación cognitiva de un acto complejo de defraudación, deberá necesariamente repercutir en la función preventiva que está llamada a reflejar la teoría del delito. Dos son los efectos preventivos que se concretarían a partir de tal redefinición y que, no por casualidad, se reflejan en la correlación psicológica que se establece entre los referidos condicionamiento operante o instrumental y vicario u observacional y la función intimidatoria de la pena en sus dicciones especial y general, respectivamente. Puntualizando dicha correlación, según se desarrollará seguidamente, la ampliación del marco de deberes del regidor público y la fijación de cautelas para sustentar la imputación penal por su infracción del deber posicional, generaría que algunos de esos gestores, aun cuando sólo sea uno, se abstengan de poner la entidad que presiden al servicio de intereses personales. Sería este el efecto de prevención especial negativa mediante el condicionamiento instrumental, afincado en el riesgo de sanción y que operaría en este caso no como reacción ante la efectiva infracción, sino como intervención frente a la posible tentación (algo así como las medidas preventivo-especiales aplicadas no en razón de la reincidencia, sino de la «peligrosidad criminal»). Pero esa misma redefinición del criterio de imputación normativa evitaría el denominado efecto «modelado» o aprendizaje observacional en la medida en que, ya sea porque esa entidad pública nunca se corrompa o bien porque si sucede se sancione a su responsable, en uno y otro caso el «ejemplo» de eficacia jurídico-punitiva generaría alguna cuota de prevención frente a la generalidad.

Enseguida surge la pregunta sobre cómo puede generar una mera modificación dogmática del orden propuesto una mejora en los índices de prevención, si está hartado probado que ni el más duro de los castigos impide que la gente delinca; una reforma de tal tipo constituiría un acto más de fe, podrían decir por ahí. Esta afirmación se validaría si no fuera porque, y así lo avala la propia historia de las naciones, la naturaleza construida de la experiencia psicológica, en consonancia con el paradigma epistemológico aquí defendido y las perspectivas teóricas compatibles con éste, permite que los seres humanos siempre puedan reconstruir los significados que determinan sus procesos cognitivos. Y se dice que la propia historia lo avala, porque hasta los más grandes paradigmas de pensamiento han caído ante revolucionarias ideas. Uno de esos paradigmas es que la corrupción es un mal con el que hay que acostumbrarse a convivir, se dice por aquí. Y hasta puede que sí; pero lo que de ninguna forma se acepta es que este fenómeno tenga que pulular por todas partes. España se ubica en los escalones inferiores a nivel Europa según el Barómetro Global de Corrupción; según esa clasificación, es más corrupta que Dinamarca. Colombia se ubica muy por debajo de España, lo que permitiría entonces soñar con la corrupción de nuestros cultores. Y esta variabilidad en los índices de corrupción, que no refleja otra cosa que la variabilidad cultural, es lo que permite afirmar que la corrupción siempre se puede reducir. Un sueño que se podrá alcanzar mediante la suma de propuestas de este y de otro tipo. Porque es que siempre habrá hombres virtuosos que, situados en el lugar correcto, podrán echar mano de esa suma de doctrinas y acercar cada vez más a la realidad nuestra utopía.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, *Revista Penal*, n° 18, España, 2006.
- ADAMOLI, Sabrina, “Combatting Corruption”, en *Five Issues in European Criminal Justice: Corruption, Women in the Criminal Justice System, Criminal Policy Indicators, Community Crime Prevention, and Computer Crime*, European Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nations (HEUNI), Helsinki, Finland, Publication Series n° 34, 1998.
- AGUSTINA S., José R., “Premisas valorativas y enfoque práctico en la definición de una teoría criminológica: A propósito del modelo antropológico de la teoría de las actividades rutinarias”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-08, 2012.
- AGUSTINA S., José R., “Estrategias y límites en la prevención del delito dentro de la empresa”, *InDret Penal*, 2/2009.
- ALLER MAISONNAVE, Germán, *Criminalidad del poder económico. Ciencia y praxis*, Ed. B de F., Buenos Aires, 2011.
- ÁLVAREZ, Silvina, “Reflexiones sobre la calificación moral del soborno”, en LAPORTA, Francisco J. / ÁLVAREZ, Silvina, *La corrupción política*, Ed. Alianza editorial, Madrid, 1997.
- ALVIRA MARTÍN, Francisco, “El efecto disuasor de la pena”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. VII, Cursos e Congresos n° 32, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 1984.
- ANDERSSON, Staffan, “Political Corruption in Sweden”, en *Corruption in Contemporary Politics*, [Martin Bull y James Newell (Eds.)], Palgrave, Houndmills, 2003.
- ARBOLEDA VALLEJO, Mario / RUIZ SALAZAR, José Armando, *Manual de Derecho penal general*, 13ª ed., Ed. Leyer, Bogotá, 2003.
- ARGANDOÑA, Antonio, “La lucha contra la corrupción: Una perspectiva empresarial”, en Cuadernos de la Cátedra “la Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo, n° 4, 2009.
- ARISTÓTELES, *Política*, (Trad. Carlos García y Aurelio Pérez), Ed. Alianza, Madrid, 1995.
- ARÓSTEGUI MORENO, José, “Los fines de la pena y aspectos criminológicos del poder”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura / GORJÓN BARRANCO, M. Concepción / FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio / DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola (Coords.), *Poder y delito. Escándalos financieros y políticos*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2012.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Compliance y Derecho penal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011.

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Manual de Derecho penal. Parte General. Exposición referida a los derechos vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela*, Ed. Temis, Bogotá, 1996.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / BACIGALUPO, Silvina, *Derecho penal económico*, 2ª ed., Ed. Ramón Areces, Madrid, 2010.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico. Aplicado a la actividad empresarial*, Ed. Civitas, Madrid, 1978.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, “Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 1, Cursos e Congresos nº 9, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1977.
- BANDURA, Albert, *Pensamiento y Acción. Fundamentos sociales*, Ed. Martínez Roca, Barcelona, 1987.
- BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, 8ª ed., Ed. Siglo XXI Editores, México D.F., 2004.
- BARATTA, Francesc, “Medios de comunicación y seguridad ciudadana”, en Urvio, *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, nº 5, Quito, 2008,
- BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene (1764), De los delitos y de las penas (1774)* (Trad. Juan Antonio de las Casas), Ed. Alianza, Madrid, 1968.
- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Ed. Paidós, 2006.
- BECKER, Gary, “Crime and Punishment: An Economic Approach”, en Stigler (ed.), *Chicago Studies in Political Economy*, University of Chicago Press, Chicago / Londres 1988, (primera publicación en 1968).
- BECKER, Gary, “Crime and Punishment: An Economic Approach”, en BECKER, Gary / LANDES, William M. (eds.), *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, Columbia University Press, New York, 1974.
- BECKER, Gary, “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, 76, 1968.
- BECKER, Howard, *Los extraños. Sociología de la desviación* (trad. Juan Tubert), Ed. Tiempo Contemporáneo, Buenos Aires, 1971.
- BENITO SÁNCHEZ, Demelsa, *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Ed. Iustel, Madrid, 2012.
- BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Ed. Clarendon Press, Oxford, 1907 (Primera edición 1780).
- BERGALLI, Roberto (Dir.), *Sistema penal y problemas sociales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- BERGALLI, Roberto / BUSTOS RAMÍREZ, Juan / MIRALLES, Teresa, *El Pensamiento Criminológico I. Un análisis Crítico*, Ed. Temis, Bogotá, 1983.
- BERGER Peter L. / LUCKMANN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, Ed. Amorrortu Editores, Buenos Aires - Madrid, 2011.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, “La corrupción desde una perspectiva criminológica: un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional”, en SERTA, *In memoriam Alexandri Baratta* (PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando [ed.]), Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- BLUMER, Herbert, *El interaccionismo simbólico: perspectiva y método*, Ed. Hora, Barcelona, 1982.
- BLUMER, Herbert, *Symbolic Interactionism. Perspective and Method*, Ed. Prentice Hall, New Jersey, 1969.
- BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad: Por una teoría general de la política* (Trad. José F. Fernández S.), Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1989.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- BOURDIEU, Pierre, *Sobre la televisión*, Ed. Anagrama, Barcelona, 1997.
- BRICEÑO-LEÓN, Roberto, “Amenazas reales y temores imaginarios: Los medios de comunicación y la construcción social del miedo”, Laboratorio de Ciencias Sociales, FLASCO, Caracas, 2005.
- BUENO OCHOA, Luis (Coord.), *Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.
- BUENO OCHOA, Luis, “Enigmas y perplejidades en torno al Ministerio Fiscal”, en BUENO OCHOA, Luis (Coord.), *Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.
- BUSTOS GISBERT, Rafael, “La lucha contra la corrupción de los gobernantes: ¿una labor imposible?”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (Coords.), *Corrupción y delincuencia económica*, Ed. Grupo Editorial Ibáñez, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2008.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. / HORMAZABAL MALAREE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal Vol. II. Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*, Ed. Trotta, Madrid 1999.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Criminología y evolución de las ideas sociales”, en BERGALLI, Roberto / BUSTOS RAMÍREZ, Juan / MIRALLES, Teresa, *El Pensamiento Criminológico I. Un análisis Crítico*, Ed. Temis, Bogotá, 1983.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “La criminología”, en BERGALLI, Roberto / BUSTOS RAMÍREZ, Juan / MIRALLES, Teresa, *El Pensamiento Criminológico I. Un análisis Crítico*, Ed. Temis, Bogotá, 1983.

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. / HORMAZABAL MALAREE, Hernán, “Significación social y tipicidad”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 5, Universidad de Santiago de Compostela, 1982.
- BRUNER, Jerome, *Actos de significado. Más allá de la revolución cognitiva* (Trad. J. C. Crespo y J. Linaza), Ed. Alianza, Madrid; original, *Acts of Meaning*, Harvard College, 1990.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, “La teoría de la adecuación social en Welzel”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, n.º. 46, 1993.
- CARTOLANO S., Mariano J., *La corrupción: aproximación teórica*, Ed. Leyer, Bogotá, 2009.
- CARTOLANO S., Mariano J., “Los delitos de ejercicio y tráfico de influencias. Estudio de las circunstancias que motivaron su criminalización y análisis dogmático”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura / GORJÓN BARRANCO, M. Concepción / FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio / DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola (Coords.), *Poder y delito. Escándalos financieros y políticos*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2012.
- CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, “La tipificación de la corrupción en la contratación pública en Europa”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura / GORJÓN BARRANCO, M. Concepción / FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio / DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola (Coords.), *Poder y delito. Escándalos financieros y políticos*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2012.
- CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, *La corrupción en la contratación pública en Europa*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2009.
- CHARLES R., Tittle, *Sanctions and Social Deviance: The Question of Deterrence*, Ed. Praeger Publishers, Nueva York, 1980.
- CID MOLINÉ, José / LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001.
- CLARKE, Ronald. / FELSON, Marcus, “Opportunity Makes the Thief. Practical theory for crime prevention”, en *Police Research Series, Paper 98*, London, 1998.
- CLARKE, Ronald / CORNISH, Derek, “Modeling Offenders' Decisions: A framework for research and Policy”, en TONRY, Michael / MORRIS, Norval (eds.), *Crime and Justice. An Annual Review of research*, The University of Chicago Press, Vol. 6, Chicago, 1985.
- CLINARD, Marshal B., *The Black Market: A Study of White Collar Crime*, Ed. Rinehart and Company, New York, 1952.
- COCA VILA, Ivo, « ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-M (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Ed. Atelier, Barcelona, 2013.

- COHEN, Albert K., "The Sociology of the Deviant Act: anomie and Beyond", en American Sociological Review, Vol. XXX, 1965.
- COHEN, Albert K., *Delinquent boys. The culture of the gang*, The free Press, New York, 1955.
- COHEN, Lawrence E. / FELSON, Marcus, "Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach", American Sociology Review, vol. 44, University of Illinois, Urbana, 1979.
- COHEN, Deborah V., "Ethics and Crime in Business Firms: Organizational Culture and the Impact of Anomie", en F. Adler / W. Laufer (eds.), *The legacy of anomie theory, Advances in criminological theory*, Vol. VI, New Brunsswick, Transaction Publishers, 1995.
- CORBETTA, Piergiorgio, *Metodología y técnicas de investigación social*, Ed. McGraw-hill / Interamericana de España, Madrid, 2007.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Manual práctico de Derecho penal. Parte Especial (Dir.)*, 2ª Ed., Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2004.
- COSER, Lewis A., *The functions of social conflict*, Ed. Routledge & Kegan Paul, Londres, 1956 (*Las funciones del conflicto social*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1961).
- CORNISH, Derek / CLARKE, Ronald, "Understanding crime displacement: an application of rational choice theory", *Criminology*, nº 25, 1987, pp. 933-947.
- CORNISH, Derek / CLARKE, Ronald (eds.), *The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspectives on Offending*, Springer-Verlag, New York, 1986.
- CLARKE, Ronald, "Situational crime prevention", *Crime and Justice*, Vol. 19, Building a Safer Society: Strategic Approaches to Crime Prevention, Chicago, 1995.
- CLARKE, Ronald. / FELSON, Marcus, "Opportunity Makes the Thief. Practical theory for crime prevention", Police Research Series, Paper 98, London, 1998.
- CLARKE, Ronald / FELSON, Marcus, "Criminology, routine activity and rational choice", en CLARKE, Ronald / FELSON, Marcus (eds.) *Routine activity and rational choice*, New Brunswick, 1993, pp. 1-14.
- CLOWARD, Richard / OLHIN, Lloid, *Delinquency and opportunity. A theory of delinquent gangs*, Nueva York, Free Press, 1960.
- DAHRENDORF, Ralf, *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, Ed. Rialp, Madrid, 1979.
- DE BOTTON, Alain, *Ansiedad por el estatus* (Trad. Jesús de Cuellar), Ed. Taurus, 2004.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, "Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal", *InDret*, 2/2011.

- DÍAZ ARANDA, Enrique / GIMBERNAT ORDEIG, Enrique / JÄGUER, Christian / ROXIN, Claus, *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.
- DÍAZ, Elías, “Sentido actual de la concepción normativa del derecho”, en DÍAZ, Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, Ed. Taurus, Madrid, 1971.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, *La criminalidad de los gobernantes*, Ed. Crítica, Barcelona, 2000.
- DURKHEIM, Emile, *Las reglas del método sociológico* (Trad. Antonio de Ferrer y Robert), 6ª ed., Ed. Akal, Madrid, 2001.
- ERIKSON, Erik H., *Infancia y sociedad*, Ed. Horme-Paidós, Buenos Aires, 2009.
- FELSON, Marcus y CLARKE, Ronald V., *La ocasión hace al ladrón. Teoría práctica para la prevención del delito*, (Trad. Maite Díaz i Pont y David Felip i Saborit del original “Opportunity Makes the Thief. Practical theory for crime prevention”. Police Research Series, Paper 98. Home Office, Policing and Reducing Crime Unit, Londres 1998).
- FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Delincuencia y economía*, Ed. Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1983.
- FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *Estudios sobre criminalidad económica*, Ed. Bosch, Barcelona, 1978.
- FERNÁNDEZ RÍOS, Luis, *Psicología de la corrupción y los corruptos*, Ed. Grupo Editorial Universitario, Santiago de Compostela, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris: Teoría del Derecho y de la Democracia 2. Teoría de la Democracia*, (Trad. Perfecto Andrés Ibáñez / Juan Carlos Bayón Mohino / Marina Gascón / Luis Prieto Sanchís / Alfonso Ruiz Miguel), Ed. Trotta, Madrid, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, (Trad. Perfecto Andrés Ibáñez / Alfonso Ruiz Miguel / Juan Carlos Bayón Mohino / Juan Terradillos Basoco / Rocío Cantarero Bandrés), Ed. Trotta, Madrid, 1995.
- FORD, James, *Social deviation*, Ed. Macmillan Company, New York, 1939.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1979.
- GARCIA-BORÉS, José M, “Paisajes de la Psicología Cultural”, Anuario de Psicología, Vol. 31, n.º. 4, 9-25, Universidad de Barcelona, Facultad de Psicología, Barcelona, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo / FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo I*, 14ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2008.
- GARCÍA MEXÍA, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2001.

- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio / COBO DEL ROSAL, Manuel, *Problemas actuales de la criminología*, Ed. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1984.
- GARLAND, David, *Crimen y castigo en la modernidad tardía* (Trad. Manuel A. Iturralde), Ed. Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, Bogotá, 2007.
- GARRIDO GAITÁN, Elena, “Decisión individual del delincuente y motivación delictiva”, en SORIA VERDE, Miguel Ángel / SÁIZ ROCA, Dolores (Coords), *Psicología Criminal*, Ed. Pearson, Madrid, 2006.
- GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Acerca del concepto de corrupción”, en LAPORTA, Francisco J. / ÁLVAREZ, Silvina, *La corrupción política*, Ed. Alianza editorial, Madrid, 1997.
- GEERTZ, Clifford, *La interpretación de las culturas*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1988.
- GERGEN, Kenneth J., *Realidades y Relaciones: aproximación a la construcción social*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1996.
- GIDDENS, Anthony, *Modernidad e identidad del Yo: El Yo y la sociedad en la época contemporánea* (Trad. José Luis Gil), Ed. Península, Barcelona, 1995.
- GIDDENS, Anthony, *Las nuevas reglas del método sociológico*, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1987.
- GIL VILLA, Fernando, *La cultura de la corrupción*, Ed. Maia Ediciones, Madrid, 1991.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, Ed. Ara Editores, Lima, 2009.
- GIMBERNAT, ORDEIG, Enrique, “El sistema del derecho penal en la actualidad”, en *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Tecnos, 1990.
- GRABOSKI, Peter / LARMOUR, Peter, “Public Sector Corruption and its Control”, Australian Institute of Criminology, Trends & Issues, In crime and criminal justice, n.º. 143, enero 2000, pp. 1-6.
- GRATTON, Lynda, *Prepárate: El futuro del trabajo ya está aquí* (Trad. Marisa Abdala), Ed. Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2012
- GRAY, Cheryl W. / KAUFMANN, Daniel, “Corruption and Development”, en International Monetary Fund / World Bank, *Finance & Development*, Vol. 35 (1), marzo, 1998.
- GREEN, Stuart P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno: Una teoría moral de los delitos de cuello blanco*, (Trad. José Ramón Agustina Sanllehí / Miriam Amorós Bas / Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno), Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2013.

- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del derecho comparado”, *Revista Ciencias Penales*, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 13 de 1997.
- GONZÁLEZ DE LEON BERINI, Arturo, “Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y Derecho penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-M (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Ed. Atelier, Barcelona, 2013.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Ángel, *Criminalística especial. Investigación y prevención*, Ed. Librería-Estudio, Barcelona, 2010.
- GÓPPINGER, Hans, *Criminología*, Ed. Reus, Madrid, 1975.
- GRECO, Luis, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal* (Trad. Paola Dropulich y José R. Béguelin), Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2015.
- HARRIS, Marvin, *Introducción a la antropología general*, Ed. Alianza, Madrid, 1987.
- HASSEMER, Winfried, “Neurociencias y culpabilidad en derecho penal”, *InDret*, 2/2011.
- HASSEMER, Winfried “Prevención general y aplicación de la pena”, en NAUCKE, Wolfgang / HASSEMER, Winfried / LÜDERSSEN, Klaus, *Principales problemas de la prevención general* (Trad. Gustavo Eduardo Aboso / Tea Löw), Ed. B de F., Montevideo – Buenos Aires, 2004.
- HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *Fundamentos del derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984.
- HEGEL, G. W. F., *Principios de la filosofía del derecho* (Trad. Juan Luis Verma), Ed. Sudamericana, Buenos Aires, (1821).
- HEIDEGGER, Martin, *Los problemas fundamentales de la fenomenología*, Ed. Trotta, Madrid, 2000.
- HEIDENHEIMER, Arnold, “Perspectives on the Perception of Corruption”, en *Political Corruption. A Handbook*, HEIDENHEIMER, Arnold / JOHNSTON, Michael / LEVINE, Víctor (comps.), Transaction, 3ª ed., Londres, 1993.
- HEIDENHEIMER, Arnold J., *Political corruption: Readings in Comparative Analysis*, Ed. Transactions Books, New York, 1978.
- HIDALGO GARCÍA, José, “Imparcialidad del Ministerio Fiscal y Poder Político”, en BUENO OCHOA, Luis (Coord.), *Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

- HIRSCHI, Travis, *Causes of Delinquency*, Berkeley, University of California Press, 1969.
- HUNTINGTON, Samuel P., *Political Order in Changing Societies*, Ed. Yale University Press, New Heaven, 1968.
- HUSSERL, Edmund, *La idea de la fenomenología*, Ed. Herder, Barcelona, 2012.
- HUTHER, Jeff / ANWAR, Shah, “Anti-corruption Policies and Programs: A Framework for Evaluation”, The World Bank, Washington, 2000.
- IBÁÑEZ, Tomás, *Aproximaciones a la Psicología Social*, Ed. Sendai, Barcelona, 1990.
- JAREÑO LEAL, Ángeles, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Ed. Iustel, Madrid, 2011.
- JESCHECK, Hans H., *Tratado de Derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2002.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de Derecho penal. La ley y el delito*, 3ª ed., Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1958.
- KÁISER, Gunther, *Criminología, una introducción a sus fundamentos científicos*, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1978.
- KELLENS, Georges / LASCOUMES, Pierre, *Moralisme, juridisme el sacrilège; la criminalité des affaires; analyse bibliographique*, «Déviance et Société», Vol. 1, 1, 1977
- KLITGAARD, Robert, *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema de fin de siglo*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1988.
- LAPORTA, Francisco J. / ÁLVAREZ, Silvina, *La corrupción política*, Ed. Alianza editorial, Madrid, 1997.
- LARRAURI, Elena, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2015.
- LEFF, Nathaniel H., *Economic Development Through Bureaucratic Corruption*, American Behavioral Scientist, 1964.
- LEMERT, Edwin M., *Human Deviance, Social Problems, and Social Control*. Ed. Prentice-Hall, New Jersey, 1972.
- LEMERT, Edwin M., “Estructura social, control social y desviación”, en CLINARD, Marshall B. (Comp.), *Anomia y conducta desviada*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1967.
- LEMERT, Edwin M, *Social Pathology: A Systematic Approach to the Theory of Sociopathic Behaviour*, Ed. McGraw-Hill, New York, 1951.
- LÓPEZ, Alberto Manuel, “El Ministerio Fiscal español. Principios orgánicos y funcionales”, en BUENO OCHOA, Luis (Coord.), *Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

- LOZANO GARCÍA, María Belén, “Los contratos con el sector público y la prevención de prácticas corruptas: una perspectiva desde la empresa”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., *Corrupción y delincuencia económica* (Coords.), Ed. Grupo Editorial Ibáñez, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2008.
- LUHMANN, Niklas, *Poder*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2005.
- LUMIA, Giuseppe, *Principios de teoría e ideología del derecho*, (Trad. Alfonso Ruiz), Ed. Debate, Madrid, 1982.
- LUZÓN CÁNOVAS, Alejandro, *Delincuencia económica y cooperación institucional*, Ed. Civitas, Navarra, 2010.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *InDret*, 3/2012.
- MACINTYRE, Alasdair, “La ética de Aristóteles”, en MACINTYRE, Alasdair, *Historia de la Ética*, Ed. Paidós, Barcelona, 1998.
- MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2002.
- MALEM SEÑA, Jorge F., *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2000.
- MALEM SEÑA, Jorge F., “El fenómeno de la corrupción”, en LAPORTA, Francisco J. / ÁLVAREZ, Silvina, *La corrupción política*, Ed. Alianza editorial, Madrid, 1997.
- MANKIW N., Gregory, *Principios de Economía*, 6ª ed., Ed. Cengage Learning Editores, México, 2012.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico*, Ed. Iustel, Madrid, 2012.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa: Parte General*, 2ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
- MARTÍNEZ CÁRDENAS Edgar E. / RAMÍREZ MORA, Juan M., “La corrupción en la contratación estatal colombiana: una aproximación desde el neoinstitucionalismo”, en *Reflexión Política*, Vol. 8, nº 15, junio de 2006, Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, 2006.
- MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal* (Trad. Juan Córdoba Roda), Ed. Ariel, Barcelona, 1962.
- MAYER, Max E., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Ed. B. de F., Montevideo, 2007.
- MEAD, George H., *Mind, Self, and Society: From the Standpoint of a Social Behaviorist*, University of Chicago Press, Chicago, 2009.
- MEAD, George H., *Espíritu, persona y sociedad*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1968.
- MERGEN, Armand, *La personnalité du «criminel à col blanc»*, «RICPT», 1970.

- MERTON, Robert, *Teoría y estructura sociales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992.
- MERTON, Robert K., “Funciones manifiestas y latentes”, en *Teoría y Estructuras Sociales*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1976.
- MERTON, Robert, *Social theory and social structure*, Columbia University, Free Press, New York, 1949.
- MERTON, Robert K., “Social Structure and Anomie”, *American Sociological Review*, Vol. 3, n° 5, (Oct., 1938).
- MESSNER, SF / ROSENFELD, R., *Crime and the american dream*, 3ª ed., Ed. Belmont, CA, Wadsworth, 2001
- MIETZEL, Gerd, *Claves de la Psicología*, (Trad. Macarena González), Ed. Herder, Barcelona, 2003.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2011.
- MIR PUIG, Santiago, “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004.
- MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., Ed., B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2002.
- MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1982.
- MONTERO AROCA, Juan (Dir.), *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 16ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- MORALES V., Hugo, “Bien jurídico, daño social y escándalos de impacto social. Una perspectiva constitucional”, en ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura / GORJÓN BARRANCO, M. Concepción / FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio / DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola (Coords.), *Poder y delito. Escándalos financieros y políticos*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2012.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, 2ª ed., Ed. Temis, Bogotá, 2012.
- MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*. 8ª ed, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MURIEL PATINO, María Victoria, “El fenómeno de la corrupción: consideraciones desde la macroeconomía”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., *Corrupción y delincuencia económica* (Coords.), *Corrupción y delincuencia económica*, Ed. Grupo Editorial Ibáñez, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2008.

- NIETO MARTÍN, Adán / MAROTO CALATAYUD, Manuel, *Public Compliance: Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Ed. Ediciones de Castilla-La Mancha, 2014.
- NIETO MARTÍN, Adán, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en ARROYO ZAPATERO, Luis / NIETO MARTÍN, Adán (Dirs.), *El Derecho penal económico en la era del Compliance*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.
- NIETO MARTÍN, Adán, “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, en NIETO MARTÍN, Adán (coord.), *Estudios de Derecho penal*, Ed. Universidad Castilla-La Mancha. Instituto de Derecho penal europeo e internacional, Ciudad Real, 2004.
- NIETO, Alejandro, *El desgobierno de lo público*, Ed. Ariel, Barcelona, 2012.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “Delitos contra la Administración pública”, en SILVA SÁNCHEZ Jesús-M. [Dir.], RAGUÉS I VALLÈS, Ramón [Coord.] / otros, *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 3ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2011.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “Análisis económico del Derecho y política criminal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº extraordinario 2, 2004, (pp. 31-73).
- PARSONS, Talcott / SHILS, Edward (Dirs.), *Hacia una teoría general de la acción*, Ed. Kapelusz, Buenos Aires, 1968.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa. ¿Derecho penal o autorregulación empresarial”, *InDret*, 2006.
- PIAGET, Jean, *La formación del símbolo en el niño*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1992;
- PIAGET, Jean, *Criterio moral en el niño*, Ed. Martínez Roca, Barcelona, 1984.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1992.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-M (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Ed. Atelier, Barcelona, 2013.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal”, *InDret Penal* 3/2006.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Ed. Bosch / Universidad Externado de Colombia, Barcelona / Bogotá, 2002.

- RECKLESS, Walter C., “A new Theory of Delinquency and Crime”, en *Crime and Society*, Ed. Pine Forge Press, Thousand Oaks (EEUU), 1961, pp. 217-219.
- REGUILLO, Rossana, “Los laberintos del miedo. Un recorrido para fin de siglo”, *Revista de Estudios Sociales*, n° 5, 2000.
- RIEZLER, Kurt, “Psicología social del miedo”, en RIEZLER, Kurt y otros, *Miedo y sociedad*, Ed. Escuela, Buenos Aires, 1966.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2005.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Corrupción y contratos públicos: la respuesta europea y latinoamericana”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., *Corrupción y delincuencia económica* (Coords.), *Corrupción y delincuencia económica*, Ed. Grupo Editorial Ibáñez, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2008.
- ROBLEDO CASTILLO, Jorge Enrique, *La corrupción en el poder y el poder de la corrupción en Colombia*, Ed. PRHGE, Bogotá, 2016.
- ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias, y reforma*, (Trad. Alfonso Colodrón Gómez), Ed. Siglo Veintiuno Editores de España, Madrid, 2001.
- ROXIN, Claus, “Problemas actuales de la política criminal”, en DÍAZ ARANDA, Enrique / GIMBERNAT, Enrique / JÄGUER, Christian / ROXIN, Claus, *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, Ed. UNAM, México, 2002.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*, (Trad. Diego-Manuel Luzón Peña / Miguel Díaz y García Conlledo / Javier de Vicente Ramesal), Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- SCHUNEMANN, Bernd, *El sistema moderno del derecho penal*, Ed. B. de F. Montevideo, 2012
- SCHUR, Edwin M., *Labeling deviant behavior: its sociological implications*, Harper & Row, New York, 1971.
- SCHUR, Edwin M., *Our Criminal Society: The Social and Legal Sources of Crime in America*, Ed. Prentice-Hall, New Jersey, 1969.
- SCHÜTZ, Alfred / PARSONS, Talcott, *The Theory of Social Action: The Correspondence of Alfred Schutz and Talcott Parsons*, Indiana University Press, Bloomington, 1978.
- SERRANO BLASCO, “Psicología Cultural”, en: KAULINO, A., STECHER, A. (Eds.), *Cartografía de la Psicología contemporánea. Pluralismo y Modernidad*, Ed. MOD, Chile, 2008.
- SIEBER, Ulrich, “Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en ARROYO

- ZAPATERO, Luis / NIETO MARTÍN, Adán (Dirs.), *El Derecho penal económico en la era del Compliance*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades contemporáneas*, 3ª ed. Ampliada, Ed. B de F., Montevideo – Buenos Aires, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., “Eficiencia y derecho penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 49, (1), pp. 93-127, 1996.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., “Sobre los movimientos ‘impulsivos’ y el concepto jurídico-penal de acción”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T.XLIV, Fasc. I, Enero-Abril 1991, pp. 1-24
- SKINNER, Burrhus F., *Sobre el conductismo* (Trad. Fernando Barrera), Ed, Fontanella, Barcelona, 1975.
- SKINNER, Burrhus F., *Ciencia y conducta humana* (Trad. Ma. Josefa Gallofré), Ed. Fontanella, Barcelona, 1969.
- SKUTCH, Alexander F., *Fundamentos morales: Una introducción a la ética*, Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica, Vol. XXXVIII, nº. 95-96, 2000.
- SMITH, Adam, *La teoría de los sentimientos morales* (Trad. Carlos Rodríguez Brau), Ed. Alianza, Madrid, 1997.
- SORIA VERDE, Miguel Ángel / SÁIZ ROCA, Dolores (Coords), *Psicología Criminal*, Ed. Pearson, Madrid, 2006.
- SUNG, Hung-Eng, “A convergence approach to the analysis of political corruption: A cross-national study”, *Crime, Law & Social Change*, Vol. 38, 2002, pp. 137-160.
- SUTHERLAND, Edwin H., *El delito de cuello blanco*, (Trad. Rosa del Olmo), Ediciones de la Piqueta, Madrid, 1999.
- SUTHERLAND, Edwin H. / CRESSEY Donald R., *Principles of Criminology*, 5ª ed., Ed. J. B. Lippincott Company, Chicago, 1955.
- SUTHERLAND, Edwin H., “Is 'White-Collar Crime' Crime?”, en *American Sociological Review*, X, 1945.
- SYKES, Gresham M. / MATZA David, “Techniques of neutralization: A theory of Delinquency”, en *American Sociological Review*, Vol. XXII, 1957, pp. 664-670.
- TANNENBAUM, Frank, *Crime and the community*, Ed. Columbia University Press, New York, 1957.
- TAUSSIG, Michael, *Shamanism, Colonialism, and the Wild Man. A Study in Terror and Healing*, Ed. The University of Chicago Press, Chicago, 1987.

- TAYLOR, Ian / WALTON, Paul / YOUNG, Jock, *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, 3ª ed., Ed. Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2007.
- TIEDEMANN, Klaus, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- TURK, Austing, *Criminality and legal order*, Ed. Rand McNally & Co., Chicago, 1969.
- TYLOR, Edward B., “La ciencia de la cultura”, en Kahn, J.S. (comp.), *El concepto de cultura: textos fundamentales*, Ed. Anagrama, Barcelona, 1975.
- VEBLEN, Thorstein, *Teoría de la clase ociosa* (Trad. Vicente Herrero), Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1944.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho penal. Parte General*, Ed. Temis, Bogotá, 1994.
- VILADÀS JENÉ, Carles, “La delincuencia Económica”, en BERGALLI, Roberto / BUSTOS RAMÍREZ, Juan / MIRALLES, Teresa / otros, *El Pensamiento Criminológico II. Estado y Control*, Ed. Temis, Bogotá, 1983.
- VILLORIA MENDIETA, Manuel, “Hacia una comprensión de la corrupción en España”, *TransJus*, Institut de Recerca, Facultat de Dret, Universitat de Barcelona, Working Paper 1/2014.
- VILLORIA MENDIETA, Manuel, *La corrupción política*, Ed. Síntesis, Madrid, 2006.
- VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.
- VILLORIA MENDIETA, Manuel, “Lucha contra la corrupción en la Unión europea: el caso de España”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* nº 21, (mayo-agosto 2001), Madrid, 2001.
- VIVES, Antón, *Fundamentos del sistema penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- VOLD, George, *Theoretical criminology*, Ed. Oxford University Press, Nueva York, 1958.
- WATSON, John. B., *La batalla del conductismo*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1955.
- WEBER, Max, *Economía y Sociedad. Esbozo de la sociología comprensiva*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2005.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- WEBER, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Ed. Península, Barcelona, 1988.
- WELZEL, Hans, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Ed. B. de F., Montevideo, 2004.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1987.

- WELZEL, Hans, “La doctrina de la acción finalista hoy”, (Trad. José Cerezo Mir), Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, T. XXI, Fasc. II, Mayo-Agosto 1968, Madrid, 1968.
- WILSON, James Q. / HERRNSTEIN, Richard J., *Crime and Human Nature. The definite study on the causes of crime*, Ed. Simon & Schuster, Nueva York, 1985.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *La Palabra de los Muertos. Conferencias de criminología cautelar*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio R. (Coord.), *Derecho Penal. Parte General. 2ª ed.*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002.
- ZINO TORRAZZA, Julio, “El análisis de las instituciones y organizaciones del sistema penal: una propuesta metodológica”, en BERGALLI, Roberto (Dir.), *Sistema penal y problemas sociales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Referencias jurisprudenciales

- Corte Constitucional: Sentencia C-427 de 1994.
- Corte Constitucional: Sentencia C-224 de 1994.
- Corte Constitucional: Sentencia C-709 de 1996.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia 34282, 27/10/2014.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia. 37462, 16/07/2014.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Penal: Sentencia N° 14/2015, 26/01/2015.

Referencias de prensa

- ALEGRE, Julia, “Ser corrupto no es normal”, Revista Semana, (2017/02/25). Recuperado de: <http://www.semana.com/>
- AMAT, Yamid, “La corrupción es un problema estructural y no coyuntural”, El Tiempo, (2017/01/21). Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/>
- AYALA, Horacio, “El síndrome del doctor”, Portafolio, (2012/08/12). Recuperado de: <http://www.portafolio.co/>
- El Colombiano, “La crónica crisis carcelaria”, (2013/03/25). Recuperado de: <http://www.elcolombiano.com/>
- El Tiempo, “Procuraduría apeló detención domiciliaria de Miguel Nule”, (2016/05/24). Recuperado de: <http://www.elespectador.com/>
- GIL, Joaquín, “200 fiscales advierten de la falta de medios para investigar la corrupción”, El País, (2014/01/13). Recuperado de: <http://www.elpais.com/>

- GOSSAÍN, Juan., “El festín de la corrupción: todo se compra y todo se vende”, El Tiempo, (2017/03/30). Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/>
- GOSSAÍN, Juan., “El vivo vive del bobo”, El Tiempo, (2011/06/13). Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/>
- Revista Semana, “Cinco razones por las que la corrupción no para de crecer”, (2011/07/14). Revista Semana Recuperado de: <http://www.semana.com/>
- Revista Semana, “La batalla por la Fiscalía”, (2016/04/16). Recuperado de: <http://www.semana.com/>
- RODRÍGUEZ, Yolanda, “Maza asegura que no obedeció “órdenes de nadie” en el caso del presidente de Murcia”, Confilegal, (2017/04/13). Recuperado de: <http://www.conflegal.com/>
- SANTOS, Juan M., “Reducir la corrupción a sus justas proporciones”, El Tiempo, (2004/08/22). Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/>
- TOBÓN V., Lázaro, “El vivo vive del bobo”, El Mundo, (2013/11/04). Recuperado de: <http://www.elmundo.com/>
- VERBAELE, John, “El Principio de oportunidad no quiere decir automáticamente impunidad”, Ámbito Jurídico, (2015/11/2015): Recuperado de: <http://www.ambitojuridico.com/>