

Muros de secreto y silencio. El caso Madoff y los carteles en la industria de la construcción*

Walls of secrecy and silence. The Madoff case and cartels in the construction industry

Recibido: 02/02/2014

Aceptado: 28/04/2014

Henk van de Bunt

Universidad Erasmus, Holanda

vandebunt@law.eur.nl

Resumen

La mayoría de los analistas que investigan las causas de la crisis crediticia contemporánea ha llegado a la conclusión de que las agencias supervisoras no cumplieron con sus funciones de manera correcta. Lo mismo se piensa en las investigaciones de varios escándalos de fraude importantes, incluyendo el caso Madoff y el fraude de la construcción holandesa. El remedio parece obvio: más y mejor regulación y supervisión. Sin embargo, este razonamiento parece un tanto simplista en la medida que ignora la cuestión de cómo es posible que las actividades ilegales puedan permanecer ocultas durante muchos años a los ojos de esas agencias supervisoras, así como de sus víctimas y testigos. Este artículo propone que el problema también radica en el encubrimiento exitoso de las actividades ilegales por parte de sus autores y por el silencio de su entorno social.

Palabras clave

Madoff, el esquema Ponzi, secreto, silencio, delincuencia empresarial, delitos de cartel

Abstract

The aim of this paper is to analyze how large frauds remain hidden from the control and surveillance of regulatory agencies, victims and witnesses. Taking in account the analysis of two specific cases, such as the fraud carried out by Bernie Madoff and the the bids in the Dutch construction industry, van de Bunt seeks to investigate the elements of silence and secrecy as key components in the success of these scams. That being that they create strong bonds that play a crucial function in creating concealment and ignorance.

Keywords

Madoff, Ponzi fraud, secrecy, silence, corporate crime, cartel crimes

* Título en su versión original: "Walls of Secrecy and Silence. The Madoff case and cartels in the construction industry". Publicado en *Criminology and Public Policy*, nº 3, vol. 9, año 2010. Traducción al castellano de Antonella Comba (PECOS, UBA).

Implicaciones políticas

Los casos analizados en este artículo también sugieren que la conducta financiera desviada podría ser controlada en la medida en que se rompan las conspiraciones de silencio. Es improbable que el fortalecimiento de la supervisión sea eficaz sin medidas simultáneas que alienten a las personas a la denuncia pública, al mismo tiempo que se aumenten los incentivos para querer saber y decir la verdad.

Bernie se robó nuestra confianza. La mayoría de nosotros éramos personas con familia, honestas y trabajadoras. Pensábamos que estábamos viviendo el sueño americano mientras nos sentíamos privilegiados de trabajar para un hombre maravilloso, tan brillante y generoso que estaba haciendo cosas buenas y caritativas. Ahora nos sentimos como unos tontos (Squillari, 2009:22).¹

Este artículo explora cómo grandes fraudes —tales como el esquema Ponzi²–Madoff y la manipulación masiva de licitaciones en la industria holandesa de la construcción— pueden permanecer ocultos a los ojos de agencias supervisoras, víctimas y testigos. Se argumenta que el problema del encubrimiento exitoso de las actividades ilegales se encuentra más allá de la falta de supervisión, sino también en el silencio mantenido por el entorno social de los perpetradores. Es poco probable que el fortalecimiento de la vigilancia sea por sí sola eficaz en controlar los fraudes que son realizados a gran escala sin fomentar al mismo tiempo, la denuncia pública por parte de las personas por medio de incentivos para quieran saber y decir la verdad.

El problema y sus casos

El 11 de diciembre de 2008, la Comisión de Bolsa y Valores (CBV) acusó a Bernie Madoff con el delito de fraude. Según la demanda de la CBV, Madoff había admitido que el negocio de asesoría de inversiones de su empresa, Bernard Madoff Inversiones (BMI), era “una gran mentira” y “básicamente un gigantesco esquema de Ponzi”.³ Durante años, Madoff pagó ganancias a los inversores que vertían dinero en su firma pero, este dinero no venía de un beneficio real obtenido sino que el mismo provenía

1 Eleanor Squillari fue durante 20 años la secretaria de Bernie Madoff.

2 N. del T. Se le llama esquema de Ponzi a la operación de inversión fraudulenta donde a los inversores se les paga intereses por su inversión, pero no a partir de un dinero real generado sino, a partir de su propio dinero o de dinero nuevo que ingresa por nuevos inversionistas. Esta estrategia fue llamada de este modo luego de Carlo Ponzi, quien en 1920 en Estados Unidos logró que miles de personas confiaran en él dándole su dinero y esperando una tasa de retorno estable (que rondaba el 50 %). La fortuna que logró Ponzi en ese momento llegó a millones de dólares.

3 Ver la queja de la CBV contra Madoff en la Corte Federal para el Distrito Sur de Nueva York, 2009.

de los mismos inversores o de inversores nuevos. Durante casi dos décadas Madoff continuó su estafa sin ser detectado. Su castillo de naipes se derrumbó en la crisis financiera del 2008 en Estados Unidos cuando demasiados inversores necesitaron su efectivo para rescatar sus fondos. Madoff no pudo satisfacer estas demandas y así, la estafa fue expuesta.

La escala del fraude Madoff (que ascendió hasta 50 mil millones de dólares) es superior a la de cualquier escándalo financiero conocido hasta el momento. Pero, no es el tamaño del fraude lo que hace tan fascinante a este caso. Lo notable es el silencio que rodeó a las acciones de Madoff durante todos esos años. Ni la CBV, ni los inversionistas tenían sospechas ni realizaban preguntas.⁴ En retrospectiva, podemos decir que casi todo el mundo ignoró las señales de alerta emitidas por numerosos expertos a lo largo de los años.⁵ En este sentido, el caso Madoff se asemeja a otros fraudes notorios como el caso Enron, Parmalat y Ahold. Reflexionando sobre estos casos, es difícil imaginar cómo estas malas prácticas corporativas pasaron desapercibidas por tanto tiempo.

Este artículo utiliza el caso Madoff y un caso de fraude holandés a gran escala conocido como “el fraude de la construcción”, para examinar como los componentes de secreto y silencio se encuentran como telón de fondo en este tipo de actividades ilegales.^{6 7} El fraude de la construcción holandesa consistía en extensos acuerdos de

4 En 2009, el Senado llevó a cabo varias audiencias sobre el caso Madoff para analizar cómo fue posible que el fraude de Madoff permaneciera oculto durante tanto tiempo. Estas audiencias se llevaron a cabo por el Comité del Senado sobre Banca, Vivienda y Asuntos Urbanos.

5 El crítico más persistente sobre Madoff fue Harry Markopolos, quien ya en 1999 expresó sus sospechas de que Madoff estaba realizando un esquema Ponzi. En 2005, escribió una carta a la CBV en la que documentó sus preocupaciones y señaló 29 puntos preocupantes relativos a las operaciones de la división de asesoría de inversiones de Madoff (Markopolos, 2005). En 2007, la CBV miró las actividades de Madoff, pero la agencia no refirió el tema a la división de asuntos legales.

6 La información sobre el fraude de Madoff se toma de fuentes públicas, entre ellas se cuentan, las quejas y procedimientos judiciales contra cinco sospechosos detenidos hasta la fecha (es decir, Bernard Madoff, su mano derecha Frank DiPascali, su contador David Friebling, y dos programadores informáticos, Jerome O'Hara y George Pérez) (fiscal federal para el Distrito Sur de Nueva York de 2009, el Departamento de Justicia de Estados Unidos 2009a, 2009b; SE C, 2009). Además, he usado documentos publicados por el Senado de los EE.UU y el Comité de Banca, Vivienda y Asuntos Urbanos (2009a, 2009b, 2009c). Estos documentos contienen los testimonios de, entre otros, Harry Markopolos, John C. Coffee, Robert Khuzami, y John Walsh (CBV, Oficina de Investigaciones, 2009). Se preparó para la Comisión del Senado un amplio informe sobre el papel de la CBV en el caso Madoff por la misma Oficina de la CBV. La versión pública de este informe se titula “Investigación sobre el fracaso de la CBV para destapar el esquema Ponzi de Bernard Madoff”, publicado el 31 de agosto de 2009.

7 Los datos sobre el fraude en la construcción holandesa fueron obtenidos de los informes públicos del comité de investigación parlamentaria holandesa sobre los acuerdos de fijación de precios ilegales en la industria de la construcción. Estos informes contienen descripciones e información detallada sobre los modus operandi de los carteles, incluyendo 67 transcripciones literales de audiencias públicas que cuenta con el testimonio de contratistas, funcionarios y expertos. También fueron estudiados los informes públicos de la Autoridad Nacional Anti Carteles desde la cual se ordenaron el pago de multas administrativas por parte de estas empresas.

cartel⁸ entre varias empresas que participaban, entre otras cosas, en la construcción de edificios, rutas y puentes.⁹ A pesar de recrudescer la prohibición de acuerdos de cartel en 1998, las empresas de la construcción participaron de todos modos en convenios secretos de precios como en alianzas comerciales previas a la licitación gubernamental. De este modo, en la práctica no tenía lugar una verdadera competencia entre las empresas ya que todos habían acordado de antemano quién iba a presentar la oferta más baja y así obtener la licitación. Así se repartían el trabajo entre ellos mismos. Estos acuerdos eran recopilados meticulosamente en las llamadas *cuentas ocultas*. El esquema era el siguiente: la compañía A le daba un proyecto en concesión a la compañía B, B se endeudaba con A y por lo tanto, permitía que A presentara la oferta más baja durante la próxima ronda de licitaciones públicas

En 1999, Ad Bos —un ex director de una empresa de construcción— trató en vano de alertar al Fiscal de la existencia de estas actividades ilegales. Sólo después cuando apareció en los medios de comunicación con pruebas concretas, fue que el Parlamento holandés entró en acción. Finalmente, en 2002 una investigación parlamentaria reveló la escala que tenían estas prácticas de cartel. El comité de investigación estimó que los acuerdos de cartel habían dado lugar a aumentos de precios injustificados de hasta aproximadamente un 8.8% por proyecto. Si bien el comité no estimó el total de los daños causados por estas prácticas de cartel, sí expresó su sorpresa y asombro por el “sistema subterráneo” de acuerdos y alianzas que había dominado la industria de la construcción durante todos esos años. “¿Dónde estaba el gobierno todos estos años? ¿Dónde estaban las agencias de vigilancia y supervisión?” (Van de Bunt, 2008:131).

Más allá de las diferencias obvias, lo que tiene en común este caso con el fraude de Madoff es que los autores eran “delincuentes de confianza” (Friedrichs, 2010); razón por la cual podían llevar a cabo actividades ilegales por períodos de tiempo prolongados causando masivos daños económicos sin que nadie sospechara nada.

Cientos de empresas fueron participes en el fraude de la construcción y, sólo por esta razón, uno creería que esas acciones ilegales no podrían permanecer en la oscuridad por mucho tiempo. Sin embargo, la organización de Madoff era sorprendentemente pequeña y al parecer sólo un puñado de personas sabía que el éxito de BMI era en realidad una gran mentira.¹⁰ Lo que es notable en el caso de Madoff es que muchos inversores, intermediarios, asociados y familiares no eran conscientes del fraude.

En la respuesta social a estas catástrofes y malas prácticas corporativas, las agencias supervisoras son invariablemente señaladas como las culpables por haber faltado

8 Nota del T. El término cartel hace referencia al acuerdo que ocurre entre diferentes empresas para establecer precios, mercados o contratos, excluyendo a otros competidores y regulando la competencia en los mercados

9 Ver Van de Bunt (2008) y van den Heuvel (2005).

10 Del círculo íntimo de Madoff sólo su contador, su mano derecha y dos programadores informáticos han sido acusados por involucrarse en el fraude.

a sus obligaciones.¹¹ El remedio parece obvio: lo que se necesita es una mayor regulación y mejor supervisión. Eso fue lo que sucedió exactamente con el fraude de la construcción holandesa y lo que está sucediendo ahora con el caso Madoff.¹² En las siguientes secciones de este estudio se sostiene que el problema radica no sólo en una supervisión defectuosa, sino también, en el encubrimiento exitoso de las actividades ilegales por parte de sus perpetradores como por el silencio presente en su entorno social. Si bien los autores necesariamente mantuvieron sus actividades en secreto, fue también el silencio de las víctimas, los testigos y organismos de control pertinentes el que contribuyó significativamente a la permanencia de estos fraudes.

Manteniendo el secreto a través del aislamiento y el encubrimiento *Societates secretas*

En líneas generales se puede afirmar que la eficacia del secreto depende fuertemente de cuanto puedan proteger los autores sus actividades del mundo exterior: cuanto mayor el aislamiento, más probable es que los secretos se conserven. Para describir esta situación, a menudo se utilizan diferentes términos como “mundos clausurados”, “movimientos clandestinos”, “cultos” o “células terroristas”. El sociólogo alemán George Simmel denomina a este tipo de asociaciones “sociedades secretas”, haciendo referencia a los grupos que protegen sus actividades por medio del secreto (Simmel y Wolff, 1950:345). Esta “función protectora del secreto” es importante cuando las actividades, ideas o valores de un grupo no son toleradas por el mundo exterior. El secreto se consigue emitiendo información fragmentada, logrando que el mundo exterior se mantenga desinformado respecto de la verdadera naturaleza de las actividades del grupo. Simmel señala que es esencial que todos los miembros de la sociedad secreta tengan la certeza de que el resto de los miembros no traicionará la confianza del grupo otorgando información a alguien que no sea miembro (aunque el peligro de la traición o el hablar demás siempre está presente). Los secretos no pueden ser custodiados permanentemente y, cuando dos personas comparten un secreto, éste ya no es un secreto. Simmel sugiere que los grupos que comparten un secreto siempre tienen las mismas características ya que la organización relacional entre los miembros está determinada por la necesidad de mantener el secreto y la confianza mutua. Al mismo tiempo, estos grupos se ven atravesados por una clara jerarquía que intenta ejercer un control total sobre todos los miembros. De ellos se espera dedicación y total entrega para garantizar

11 Lo mismo puede decirse de la mayoría de los análisis sobre la crisis del crédito (véase en particular Dorn, 2009).

12 El Grupo de Alto Nivel retoma explícitamente al caso Madoff. Afirma que este caso ilustra la importancia que tiene el mejorar el control de los procesos y las funciones cuando se trata de fondos, fondos de inversión y delegación de responsabilidades (2009:26). Las audiencias del Senado se centraron en las fallas de la supervisión de la CBV haciendo foco en estas cuestiones.

que nadie se sienta tentado a traicionar a sus compañeros. Los nuevos miembros están obligados a someterse a ritos de iniciación para marcar el momento de su admisión. De acuerdo a Simmel, es como resultado de estas características organizacionales del grupo que el secreto puede mantenerse.

La sociedad secreta de Madoff

Para engañar a sus clientes, Madoff les aseguraba que su dinero se estaba invirtiendo de manera rentable. Bernie tenía la reputación de ofrecer rendimientos gananciales estables, pero en realidad, nunca invirtió ni un dólar. Cada mes él enviaba a sus inversores documentación con las transacciones realizadas como los montos que correspondían a los retornos de su inversión. Los papeles parecían reales, pero no lo eran.¹³ Obviamente, Madoff no podía por sí mismo producir y enviar anualmente millones de páginas de números y textos, así que no tenía más remedio que compartir su gran secreto con otras personas. Su organización tenía varias similitudes con las características de las sociedades secretas. En primer lugar, se aseguraba que estas personas estuvieran separadas del resto de los empleados de BMI.¹⁴ Su oficina se encontraba en un piso separado accesible sólo a las personas que trabajaban en esa división. Su equipo estaba formado por varias participantes que se habían unido a la empresa a una edad relativamente joven. Ellos estaban bien pagos y gozaban de ciertos privilegios dentro de BMI (Arvedlund, 2009:180).¹⁵ Madoff había comprado su dedicación y se aseguró de que nadie tuviera ningún interés en revelar el gran secreto.¹⁶ El flujo de información que se enviaba hacia el mundo exterior era controlado cuidadosamente. Sólo Madoff y su mano derecha, DiPascali, explicaban el funcionamiento de la estrategia de inversión de la empresa frente a las preguntas de los inversores. Durante mucho tiempo Madoff logró mantener con éxito sus operaciones fuera de la vista de la Comisión de Valores (CV) de Estados Unidos. Evitó controles de la CV alegando que era un agente comercial y no un asesor de inversiones. No fue sino hasta el año 2007 que

13 Véase en particular, la declaración de Frank DiPascali.

14 BMI consistió en tres departamentos que operaban por separado participando en operaciones de cuenta propia, servicios de análisis de mercado y negocios de asesoría de inversión. El mismo Madoff estuvo involucrado principalmente en el asesoramiento de inversiones donde se cometió el fraude. Pero, se mantenía la apariencia de que los otros dos departamentos operaban de modo legal y exitoso. La división de asesoría de inversión hizo uso de una computadora independiente que no se encontraba conectado a la red informática general de BMI.

15 A la mano derecha de Madoff, DiPascali se le pagó aproximadamente 2 millones de dólares al año, a pesar de que abandonó la escuela sin recibirse (fiscal federal del Distrito Sur de Nueva York, 2009).

16 Este logro es ilustrado por un incidente donde, en 2005, dos programadores informáticos le dijeron a Madoff que “ya no estaban dispuestos a mentir por él” En ese momento, se les ofreció un bono único de \$60 000 y un aumento salarial del 25 %. Ambos optaron por permanecer en silencio (Departamento de Justicia de Estados Unidos, 2009a).

Madoff fue obligado a registrarse como un asesor de inversiones. Lo que significó que ahora tendría que realizar a la CV rendiciones de cuenta más exigentes. Madoff ocultaba eficazmente su gran mentira, y en este sentido, su operación fraudulenta se podría caracterizar como una sociedad secreta. Con la ayuda de su división secreta, pudo convencer a inversores y entidades supervisoras que se estaban realizando inversiones reales; al mismo tiempo que se aseguraba que sus ayudantes no revelaran ninguna información. Aunque sus ayudantes no realizaban ningún rito de iniciación ni juramento “Omerta”,¹⁷ esa división secreta de Madoff presenta muchas de las características de la sociedad secreta caracterizada por Simmel.

Actividades secretas pero sin sociedades secretas

El fraude de la construcción holandesa fue diferente. A lo largo de un período de muchos años, cientos de empresas de la construcción (es decir, miles de personas) estaban involucrados en acuerdos ilegales de precios y en la manipulación de licitaciones. Las empresas ocultaron sus prácticas por medio de reuniones secretas en vestíbulos de hoteles y restaurantes al lado de la ruta, dejando sus acuerdos por fuera de los libros contables. Tal como lo reveló la comisión de investigación parlamentaria, los acuerdos se registraban en libretas y cuadernos escondidos en autos, bodegas e incluso gallineros. A pesar de estos esfuerzos para ocultar estas acciones, el acuerdo corporativo entre las empresas de la construcción no se ajusta al concepto de sociedad secreta. Las características de las sociedades secretas mencionadas por Simmel no son aplicables al mundo de la construcción de los Países Bajos. No existía una organización específica entre las empresas holandesas destinada a proteger a sus actividades ilegales. Al contrario, la investigación parlamentaria reveló que era bastante fácil para las empresas unirse a las conversaciones secretas preliminares a los acuerdos fraudulentos (Comité de Investigación Parlamentaria sobre Construcción, 2003).

Silencio

Ambos casos fueron exitosos en encubrir sus actividades ilegales. Pero, esta hazaña no explica cómo pudieron engañar a tanta gente durante tanto tiempo (a pesar de sus esfuerzos por ocultar sus operaciones fraudulentas del mundo) aún frente a la existencia de dudas y señales de alarmas como en el caso Madoff. Stephan Greenspan —quien perdió una buena parte de sus ahorros jubilatorios a manos de Madoff—, pro-

17 N. del T. El juramento Omerta es un código de silencio utilizado en la cultura de la mafia italiana (específicamente Sicilia). Romper este juramento, que se encuentra enmarcado dentro de un código de honor más amplio, implica el castigo de la muerte.

fesor de psiquiatría y autor de *Anales de credulidad* (2008:6) escribió recientemente: “El verdadero misterio en la historia de Madoff no es cómo ingenuos inversores individuales como yo pudieron pensar que estaban haciendo una inversión confiable, sino, ¿cómo puede ser que los riesgos y señales de alerta hayan sido ignorados por personas con conocimientos financieros?”¹⁸

Publicaciones recientes sobre Madoff mencionan como muchas de las “señales de advertencia” que deberían haber dado lugar a preguntas y sospechas, fueron ignorados por tanto legos como expertos por igual (Gregoriou y Lhabitant, 2008; Hirsch, 2009; Markopolos, 2005; Vinod, 2009). En retrospectiva, podemos concluir que el encubrimiento de Madoff estaba lejos de ser perfecto y que por lo menos, gran parte del “misterio” que rodea a la longevidad de su fraude radica en la actitud acrítica adoptada por las miles de víctimas y expertos involucrados, como también por las agencias de supervisión.

El fraude en la construcción evoca la misma sensación de asombro. Además de los miles de autores de las actividades ilícitas, también estaban involucrados miles de funcionarios en las licitaciones gubernamentales. Aparentemente todos ellos eran inconscientes del hecho de que casi todas las licitaciones se habían convertido en una farsa producto de los arreglos entre las empresas constructoras. En este caso, el regulador de la competencia, la Autoridad de Competencia de los Países Bajos (ACPB), fue igualmente ajena a la enorme escala que habían adquirido estos acuerdos de cartel. Una vez más, varios individuos y agencias deben haber sabido acerca de la existencia de este fraude masivo pero todo permaneció en silencio (Vulperhorst, 2005).

Contextos sociales favorables

La noción de “sociedad secreta” elaborada por Simmel se concentra en las características específicas que adquieren las organizaciones ilegales para mantener sus secretos de manera exitosa. Sin embargo, es importante recordar que las sociedades secretas no existen de manera aislada. Sus miembros suelen participar plenamente en otros grupos y redes sociales y, es esta dimensión social y constitutiva la que aumenta las posibilidades de mantener los secretos. Esto se aplica tanto a la organización de Madoff como a las empresas de la construcción holandesas. Los secretos no permanecen ocultos porque las personas involucradas se encuentren aisladas del mundo, sino más bien, porque los actores y sus respectivas actividades ilícitas se encuentran integrados socialmente. Precisamente, cuando los autores de actividades ilícitas participan como personas “normales” en su entorno social, son menos propensos a ser mirados con desconfianza. De hecho, cuando su comportamiento inspira confianza, es que pueden elevarse por encima de toda sospecha. De este modo, los secretos pueden permane-

18 En este libro, Greenspan propone una teoría “multidimensional” para explicar por qué las personas se comportan de cierta manera exponiéndolos a riesgos graves pero previsibles.

cer ocultos no sólo debido al silencio mantenido por sus perpetradores, sino también como consecuencia de su entorno social silencioso.

Los autores que gozan de respeto, se encuentran por fuera de toda sospecha

En casi todos los artículos y noticias sobre el caso Madoff (por ejemplo, Claus, Roncalli, y Weisang, 2009) se menciona la impecable reputación de Bernie. Madoff definitivamente estaba por encima de toda sospecha. El había jugado un papel importante en el desarrollo del mercado de valores NASDAQ (donde incluso funcionó como su presidente), logró ascender a los altos círculos sociales de Nueva York y había adquirido la reputación de ser un filántropo judío prominente. Era conocido el hecho de que muchos de sus amigos íntimos así como populares organizaciones benéficas se contaban entre sus clientes. Estas circunstancias contribuyeron a formar la idea de que Madoff era un socio fiable. Hablando desde su experiencia, Stephen Greenspan señaló que: “Era improbable que (Madoff) fuera vista como una persona propensa de estafar a sus compañeros judíos, entre quienes se contaban muchas organizaciones judías benéficas prominentes” (Greenspan, 2008:4). Las credenciales de Madoff eran tan impecables que cualquiera que lo acusara de fraude sería visto como un competidor celoso, un chiflado, o peor un antisemita (Vinod, 2009).

El entorno social de Madoff es decir, sus inversores, fueron su mejor publicidad. Por muchos años, ellos se vieron recompensados gracias al esquema Ponzi con retornos anuales entre el 10 % y el 14 % (a veces más, a veces menos, pero nunca por debajo del 6 %). Este patrón era de público conocimiento el cual ayudó a infundir confianza sobre las capacidades de Madoff (Hirsch, 2009). Así, mientras más miembros destacados de la sociedad creían y parecían beneficiarse de las habilidades de inversión de Madoff, ¿cómo era posible que tal inversión fuera riesgosa o peligrosa? En otras palabras, la fuerza de Madoff no residía sólo en su capacidad de protegerse a sí mismo y a sus actividades ilegales de las miradas indiscretas, sino también en el modo en que logró ganar la confianza de las personas participando activamente en su entorno social.

Inconscientemente Madoff se estaba aprovechando de lo que se denomina como la teoría de la disonancia cognitiva (Festinger, 1957). Esta teoría establece que las personas tienen una fuerte tendencia a evitar incoherencias en sus cogniciones (es decir, en sus conocimientos, actitudes, emociones, etc.) y comportamiento. Cogniciones opuestas derivan en una disonancia cognitiva y esta disonancia crea una sensación incómoda. Es por esto que por lo general, las personas se inclinan por conciliar sus cogniciones y sus acciones. Así, alguien que ha invertido los ahorros de toda su vida con Madoff, será particularmente susceptible a las opiniones y hechos que fomenten la idea de un Madoff íntegro y fiable. Al mismo tiempo, al saber que Madoff donaba generosas sumas a la caridad y que las celebridades confiaban en él con su dinero, es que se reforzaba la convicción de que era una buena idea invertir con Madoff. Es por eso que muchos inversores creían ciegamente en él y en su resumida estrategia

de inversión que hizo posible lo imposible (es decir, lograr retornos estables y relativamente altos incluso en tiempos turbulentos).¹⁹ En ese contexto, las opiniones disidentes como las críticas expresadas por Markopolos,²⁰ fueron ignoradas.²¹

Cuando la mayoría de las personas se enteraron del escándalo, no podían creer que un hombre de impecable reputación como Madoff podía estar implicado en un fraude tan masivo y sin escrúpulos. El mismo tipo de incredulidad se expresó en relación a los gerentes de las empresas de la construcción holandesas. La mayoría de los políticos y funcionarios públicos simplemente no podían creer que todas aquellas empresas que tenían una prestigiosa reputación en el campo de la construcción habían participado secretamente en la fijación ilegal de precios y en la manipulación de licitaciones. Los pocos que se animaron a ir más allá del sentido común y se atrevieron a expresarse públicamente, se encontraron con resistencia y escepticismo. Esto le ocurrió Ad Bos (ex miembro del directorio de una gran empresa de construcción), quién fue uno de los primeros denunciantes. Después de que lo despidieran de su empresa, se presentó en la fiscalía con pruebas concretas de acuerdos de precios y acuerdos comerciales ilegales en los que había estado involucrado. Sin embargo, era tan fuerte la creencia en la inocencia de estos respetables capitanes de la industria de la construcción, que incluso los mismos fiscales pensaron que era más seguro ignorar estas denuncias (Van den Heuvel, 2005).

Lo mismo ocurrió en el caso Madoff, donde las agencias de control parecían estar influenciadas por la reputación de un actor muy admirado como lo era Bernie Madoff. Un análisis en profundidad sobre el accionar de la Comisión de Bolsa y Valores (CBV) sobre el caso Madoff, reveló que la posición prominente de Madoff “hacía improbable que los investigadores de la CBV creyeran que él podría estar a la cabeza de un esquema de Ponzi” (CBV, Oficina de Investigaciones, 2009:389). El mismo Madoff reconoció el impacto de su reputación en los investigadores de la CBV.²² Según su testimonio, la CBV nunca investigó la posibilidad de que él estuviera llevando a cabo un esquema de Ponzi “principalmente debido a su reputación” (Comité del Senado sobre Banca, Vivienda y Asuntos Urbanos (2009c:11).

Ausencia de interés en revelar la verdad

No es solamente una cuestión de incapacidad la que existe detrás de la escucha o divulgación de una verdad incómoda, sino también una falta de voluntad. En su libro

19 Madoff simplemente mostraba que él podía ofrecer rendimientos estables negociando activamente en una cartera específica de valores y acciones. Llamó a este tipo de inversión la “estrategia de dividir y golpear rápido” Esta historia era falsa, pero el hecho de que pudo salirse con la suya, ofrece más evidencia sobre el poder de la disonancia cognitiva.

20 N. del T. Harry M. Markopolos es un investigador de fraudes financieros. Fue quien recolectó evidencia suficiente para señalar que las inversiones de Madoff eran en realidad un gran esquema de Ponzi.

21 Ver nota al pie nº 4.

22 Ver Arvedlund (2009:39) para una descripción detallada sobre la admiración de la CBV hacia Madoff.

Estados de la Negación, Stanley Cohen (2001) analizó el comportamiento negador de los autores de un comportamiento delictivo, como el de aquellos que lo observan. El autor se pregunta, ¿Por qué los espectadores suelen permanecer en silencio frente a los abusos y atrocidades que le suceden cerca? Cohen menciona el ejemplo de personas que escuchan como sus vecinos golpean a sus hijos, o, el caso de los vecinos que vivían frente al campo de concentración de Mauthausen como la situación de los blancos sudafricanos en la época del apartheid. ¿Por qué no decían nada acerca de lo que veían, escuchaban u olían?

Cohen (2001) explica que algunas personas realmente no sabían lo que estaba pasando y que por lo tanto, podrían afirmar con razón no haber visto nada. Existe una segunda categoría compuesta por aquellas personas que estaban al tanto de la situación, pero que negaban de llano saber algo al respecto (es decir, que estaban mintiendo). Sin embargo, en la mayoría de casos, los espectadores de esos actos son conscientes de lo que está pasando, pero no están mintiendo cuando niegan o guardan silencio sobre los abusos observan. Por lo tanto, existe una tercera posibilidad de negación que se sitúa en la zona opaca que hay entre el saber y no saber. Es la actitud de distanciamiento, de mirar lejos, característica de personas que se encuentran (en contra de su voluntad) frente a situaciones incómodas o de abusos que simplemente no quieren enfrentar. Everett Hughes (1964:29) denomina a esta forma de pensar la “ausencia de una voluntad decidida y heroica a conocer y publicar la verdad.”

A veces, buscar la verdad resulta inconveniente ya que es mucho más atractivo seguir creyendo en una imagen falsa de la situación real. El distanciamiento, es que la actitud que adoptan aquellas personas que tienen un interés en la perpetuación de una cierta construcción de la realidad. En su análisis del escándalo Enron, David Friedrichs mostró que cualquiera estaba dispuesto a dejarse engañar por la gestión de Enron, siempre y cuando existiese la posibilidad de hacer dinero. Esto era cierto no sólo respecto de los auditores internos y externos bien remunerados, sino también por parte de todos los demás que estaban en condiciones de realizar preguntas críticas. “Incluso los inversores y empleados no se inclinaban a cuestionar el liderazgo empresarial, siempre y cuando se creyera que se estaban cosechando altas tasas de retorno de sus inversiones” (Friedrichs, 2004:119).

Ellos no querían saber y justificaban su ignorancia al decir que no podían saber. Una de las principales preocupaciones de las personas que se encuentran en esta situación es su capacidad para “administrar” su “ignorancia”. Para ello, deben tener una “historia” lista para usar y explicar su ignorancia en el caso de que los secretos y actividades ilegales salgan a la luz. Los secretos pueden mantenerse mientras la persona considere que puede montar una defensa cuando el secreto deje de ser secreto. Según Jack Katz (1979), este tipo de razonamiento es utilizado como una excusa por aquellas personas que quieren que otros crean que ellas eran ignorantes y por lo tanto, inocentes. Para fomentar esta defensa construida sobre la ignorancia lo mejor es no saber demasiado. Los abogados con frecuencia caminan por una delgada línea que oscila entre la legítima protección de los intereses del cliente y la fabricación u obs-

trucción de justicia al no querer saber información perjudicial sobre sus clientes. Ellos simplemente no tienen ningún interés en saber demasiado porque este conocimiento podría afectar la calidad de su estrategia de defensa y dañar su reputación. Diversas técnicas (por ejemplo, ignorar o reprobar) son utilizadas para disuadir a un cliente para que éste no revele información perjudicial (Mann, 1985). Dentro de una organización, donde se produce una interacción constante entre los directivos y operativos, la necesidad de controlar la información resulta de un acuerdo tácito entre las partes implicadas: “Tanto los superiores como los subordinados tienen el interés compartido de limitar el conocimiento que cada uno tiene sobre el otro... la ignorancia conseguida por medio del consenso es esencial para extender las prácticas corporativas desviadas” (Katz, 1979:297).

Este comportamiento puede dar lugar a una forma de “esquizofrenia institucional.” En realidad, todo el mundo es consciente del secreto público pero, mientras algunos lo saben, otros son mantenidos “oficialmente” en la penumbra. Debido a que la administración no quiere ser legalmente responsable de esto y, tiene que ser capaz de reclamar la ignorancia respecto a estos asuntos, ciertos mensajes son transmitidos sutilmente a los empleados: “las culturas corporativas a menudo se manejan del siguiente modo: realizá las expectativas de tu jefe, pero no me digas como lo haces. La ignorancia consensuada ocurre en todos los niveles de las organizaciones complejas” (Braithwaite, 1989:146).²³ En esencia, estos acuerdos son conspiraciones de silencio. La clave para una conspiración silenciosa exitosa es que nadie tenga demasiado interés en preguntar qué está pasando y que los autores no tengan ningún interés en decirlo. Este esquema implica un acuerdo tácito de silencio. En esta “zona de penumbra entre el saber y no saber” (Cohen, 2001), podemos distinguir dos formas de silencio: la inacción ante el conocimiento y la ignorancia.

Inacción ante el conocimiento

Estamos frente a una falta de acción ante la complicidad cuando las personas saben que algo está mal, pero no realizan ninguna acción al respecto. Este concepto hace referencia a la situación de secretos a voces; muchos son conscientes de la realidad de las cosas, pero nadie tiene interés en romper el silencio. La gran conspiración del silencio en la industria de la construcción holandesa puede ser atribuida a los intereses compartidos entre los autores y otras partes participantes. Todas las empresas involu-

23 Dentro de las empresas estudiadas por Braithwaite, el muestra como los mandos medios habían levantado una pared entre la gestión de nivel superior y el piso donde se encontraban las prácticas de taller; así, autorizaron violaciones a las leyes sin informar a la gerencia. En el caso de un problema legal serio, algunas corporaciones tenían incluso un “chivo expiatorio” en el directorio llamados “vice-presidentes responsables de ir a la cárcel” (Braithwaite, 1989:146).

cradas estaban interesadas en perpetuar los delitos del cartel y por ende, en preservar en silencio sus actividades.²⁴ La supresión de la competencia significaba evitar la incertidumbre, minimizar el riesgo y prever el resultado (Geis, 2002:129). Las cuentas ocultas habilitaron un sistema en el que un contratista podría otorgar un trabajo a una persona con la certeza de que después iba a recibir algo a cambio. Este régimen de reciprocidad justo y generalizado les permitía a las empresas asegurarse contratos de licitación en un momento conveniente para ellas (van de Bunt, 2008). Según Lenny Vulperhorst (2005), todas las partes implicadas (inclusive los directivos) permanecieron en silencio durante mucho tiempo debido a que el sistema ilegal de fijación de precios no se realizaba bajo cotizaciones exorbitantes. Por el contrario, varios proyectos se completaron en el marco de los presupuestos estimados. Sin embargo, a finales de la década de 1990 este interés común fue socavado gradualmente cuando los precios aumentaron y los intereses de las empresas de la construcción y los encargados de comisionar los proyectos comenzaron a divergir. Fue allí que comenzaron a aparecer las primeras grietas en el muro de silencio hasta que finalmente una persona denunció públicamente las prácticas del cartel.

Ignorancia consensuada

El término ignorancia se aplica a la situación donde las víctimas, los testigos, o los organismos reguladores “no saben” que algo está mal. Donde, de haber tenido conciencia de la presencia de conductas desviadas, hubieran tomado medidas necesarias para proteger sus propios intereses. Esto fue lo que ocurrió en el caso Madoff. La respuesta social a las acciones de Madoff se caracterizó por “la ausencia de una voluntad decidida y heroica a conocer y publicar la verdad”. Mientras todos se beneficiasen de la perpetuación de la situación existente, nadie se inclinaría a realizar preguntas difíciles.²⁵ Los inversores “permitieron que la codicia anulara la búsqueda de asesoramiento externo y continuaron creyendo de buena fe, confiando sólo en lo que veían, es decir, en las ganancias” (Gregoriou y Lhabitant, 2008:15).²⁶ Algunos inversionistas sospechaban que Madoff obtenía sus ganancias a través de artimañas y engaños, pero

24 Grat van den Heuvel (2005) argumentó que la relación entre los supervisores y directores por un lado y, las empresas de la construcción por el otro, se basa en un “acuerdo tácito”. En oposición a la corrupción, esas relaciones no implican sobornos para influir en las decisiones, pero de alguna manera, logran que todo el mundo esté “hablando el mismo lenguaje”.

25 Todos tenían un desincentivo grande para no plantear dudas. Además, Madoff tenía la costumbre de tratar sumariamente con instituciones o personas que hacían preguntas incómodas, a las cuales simplemente se les mostraba la puerta.

26 Con toda la atención puesta en las víctimas, es fácil olvidar que muchos inversionistas hicieron mucho dinero gracias a Madoff. A lo largo de los años, los \$50 millones actualmente “desaparecidos”, se pagaron en forma de ganancias ficticias a los inversionistas, además de los muchos millones que Madoff se pagó a sí mismo y a sus asociados.

no hicieron preguntas porque se veían a sí mismos como beneficiarios de sus acciones (Arvedlund, 2009). Robert Chew (2008) —quien invirtió \$ 1,2 millones con Madoff y lo perdió todo en el colapso del esquema de Ponzi— expresó: “Todos teníamos esperanza, pero en el fondo sabíamos que era demasiado bueno para ser verdad”. Muchos podrían justificar su ignorancia al señalar el hecho de que BMI fue auditada por un contador público. Pero pocos de ellos querían saber que era una empresa pequeña compuesta por una secretaria y un contador.²⁷ Los inversores también podían “administrar” su ignorancia al señalar el hecho de que la CBV había otorgado a Madoff un “certificado de buena salud financiera” en 2007 (Chew, 2008).

Sin embargo, la CBV como sus inversores era tan ignorante sobre el perdurable fraude de Madoff. El informe de la fiscalía general mencionaba numerosas deficiencias organizativas que explican el fracaso de la CBV²⁸ en el caso Madoff, al mismo tiempo que señaló la falta de voluntad de seguir investigando las pistas existentes. Como no tenían evidencias de corrupción o encubrimiento, solamente podemos concluir que la CBV era ajena al fraude llevado a cabo por Madoff. Puede ser que los investigadores de la CBV hayan sido capturados por el carisma de Madoff; incluso cuando lo atraparon, aceptaron sus explicaciones aunque eran contradictorias. Ellos estaban predispuestos a aceptar la versión de la verdad de Madoff.

Temor a las consecuencias de la divulgación

Existe una diferencia entre tener interés en seguir realizando actividades ilícitas y en seguir manteniendo un secreto. Esta diferencia resulta más evidente en el caso de las víctimas de relaciones incestuosas, las cuales participan activamente en negar y encubrir los actos que les causan sufrimiento. Si bien se avergüenzan de lo que les ha sucedido, temen por las consecuencias negativas que puedan caer sobre la familia posterior a la divulgación de esos actos, incluyendo al padre. Sienten culpa por que sus confesiones puedan causar mucha desdicha a los que se encuentran a su alrededor (Drayer, 1988; La Fontaine, 1990; Russell, 1986).²⁹

Esos mismos mecanismos funcionan dentro de las empresas, las ramas de la industria y las asociaciones profesionales. Las irregularidades se encubren porque la divul-

27 Aunque acreditada por la CBV, BMI era prácticamente desconocida en la industria de la inversión.

28 Diferentes informes remontan el fracaso de la CBV a deficiencias en varias áreas, incluida la de formación, supervisión de la gestión, la falta de comunicación y coordinación entre y dentro las divisiones de la CBV, como también insuficiencia de recursos.

29 No es raro que las víctimas cargaran con su secreto durante muchos años hasta que alguien les realizara preguntas directas sobre ello. Finkelhor et al. (1990) y Drayer (1988) observaron en un estudio que el 25 % (Drayer, 1988:42) de los encuestados se acercaron y hablaron de temas relacionados a abusos sexuales después de que fueron contactados a través de una encuesta telefónica. Nunca antes habían hablado acerca de lo que les sucedió.

gación podría tener un impacto negativo sobre la organización total. Por ejemplo, desde hace más de 30 años las jerarquías de la Iglesia Católica eran muy conscientes que un inquietante número de sacerdotes estaba abusando sexualmente de niños. Cuando uno lee los informes de estos hechos, la respuesta consistente de la iglesia ha sido negar el crimen, silenciar a la víctima y defender al autor simplemente trasladándolo a otra diócesis (Hallsworth y Young, 2008).³⁰ Incluso las agencias de control y supervisión pueden tener miedo de revelar irregularidades existentes, sobre todo cuando estas conductas ocurren abiertamente en sus jurisdicciones, dado que sería equivalente a admitir su incompetencia en la materia. La amenaza de potenciales reclamos también puede llevar a la inacción ya que la pregunta se vuelve entonces si estas agencias son capaces y están dispuestas a enfrentarse al poder corporativo.³¹ El miedo a “dañar la reputación propia” puede convencer incluso a personas que no se encuentran involucradas a cooperar en el encubrimiento. Los denunciantes o *whistleblowers* fueron ofendidos no sólo por las personas y organizaciones a las que acusaron, sino también por terceros no involucrados en esas prácticas cuestionables.

El caso Madoff y el fraude de la construcción holandés están muy lejos de los sentimientos de vergüenza de una intensidad tal como en el caso del incesto o abuso infantil. Antes de la sentencia de Madoff, varias víctimas se acercaron a la justicia haciendo público su sufrimiento personal, y lo hicieron sin reticencias. Las víctimas del fraude de la construcción (es decir, las autoridades públicas que pagaron sobrepagos por las rutas, puentes y oficinas que se construían) estaban igualmente dispuestas a mostrar su malestar. Este comportamiento no quita el hecho de que en ambos casos, había sentimientos de miedo involucrado, lo cual retrasó la divulgación de estas prácticas ilícitas. La investigación parlamentaria sobre el fraude en la construcción holandesa reveló que el riesgo a la exclusión constituyó una razón importante para que las empresas continuaran participando en los carteles. Durante las audiencias públicas, varias empresas de la construcción manifestaron que una vez que dejaron el sistema de carteles eran tratados como “parias” cuando intentaban ganar licitaciones públicas en el marco de competencias abiertas. Al hacerlo, se encontraban con varios problemas porque ya no eran parte de los acuerdos ilícitos de subcontratación. De este modo, ya

30 El 26 de noviembre de 2009, la Comisión Irlandesa de Investigación de la Arquidiócesis Católica de Dublín publicó un informe sobre el manejo de las autoridades de la Iglesia y del Estado en relación a denuncias y sospechas de abusos hacia niños por parte de los clérigos de la Arquidiócesis Católica de Dublín. En un informe condenatorio, la comisión llegó a la conclusión de que la Iglesia se quedó en silencio ya que sólo estaba interesada en evitar el escándalo y, además, no mostró preocupación alguna por el bienestar de los niños maltratados (Comisión de Investigación sobre la Arquidiócesis Católica de Dublín, 2009).

31 Christine Parker (2006) examinó los altibajos de una agencia de supervisión (Australian Competition and Consumer Commission) que trató de iniciar una acción contra las compañías que violaban las leyes de cartel de Australia. Las compañías bajo observación movilizaron un amplio apoyo político y social, y así, la agencia fue obligada a dejar de investigar, lo que llevó a la renuncia de su presidente. Sin duda, experiencias como éstas tendrán un impacto negativo sobre la voluntad de organismos similares para exponer las malas prácticas corporativas.

no podían confiar en sus antiguos cómplices cuando necesitaban conseguir trabajos nuevos. Tal como declaró un contratista: “Al final, el sistema (de carteles) se mantuvo porque nadie podía darse el lujo de dejarlo. Todo el mundo temía de no participar en las conversaciones preliminares por miedo a que sus colegas le hicieran la vida difícil en el mercado” (van de Bunt, 2008:143). Por ejemplo, en un momento un contratista había abandonado el cartel pero luego no tuvo otra opción que volver a unirse. Como explicó en su declaración ante la CBV: “Era así: nosotros no estábamos siendo excluidos por otros, sino que nos terminábamos excluyendo a nosotros mismos” (*ibid.*).

El temor a las consecuencias producto de la divulgación de las prácticas del cartel tuvo un efecto importante en el modo en que se hacían cumplir los acuerdos ilegales entre las empresas. Por ejemplo, la comprensión por parte de todas las partes de que compartían un secreto impuso ciertas restricciones en el modo en que se podían resolver los conflictos entre los participantes. Obviamente, las empresas no estaban en condiciones de apelar a las normas legales para resolver sus disputas. Y, al mismo tiempo, no podían permitir que los conflictos se intensifiquen debido a que estos desacuerdos podían sacar a la luz los secretos del cartel. De este modo, en la práctica, recurrieron a un sistema subterráneo e informal de arbitraje donde por lo general las partes en conflicto llegaban a un acuerdo. En otras palabras, el miedo colectivo a la divulgación produjo una confraternización entre las empresas, la cual permitió perpetuar las prácticas ilegales que las unían (van de Bunt, 2008). El poder que tiene el control social cuando se trata de silenciar a los disidentes se hizo evidente en el tratamiento de Ad Bos, quien era el principal denunciante en el fraude de la construcción holandés. Ad Bos fue ridiculizado y humillado públicamente por sus ex colegas en los medios de comunicación; nunca más encontró trabajo en la industria de la construcción e incluso su hijo no fue nunca bienvenido en el mundo de la construcción.

Cuando la verdad es demasiado dolorosa para ser revelada, sobre todo si un miembro de la familia está involucrado, la mayoría de las personas prefieren negarla. Esta tendencia podría explicar por qué los parientes protegen a las personas más cercanas a ellos, negando y normalizando su conducta desviada. Con frecuencia, las esposas de hombres que se encuentran en las primeras etapas trastornos psiquiátricos o adicciones como el alcoholismo, se niegan a enfrentar la verdad. Yarrow, Schwartz, Murphy, y Calhoun (1968) describen cómo las mujeres tienden a negar la conducta perturbada de sus cónyuges por el mayor tiempo posible. Cuando la verdad dolorosa sale a la luz, se hacen todos los esfuerzos posibles para mantener el problema en secreto, evitando así las repercusiones negativas en la reputación de los involucrados. Por ejemplo, lo que sabemos sobre Madoff es que se rodeó de familiares cercanos.³² Hasta el día de

32 El hermano de Madoff se unió a BMI en 1965. Fue nombrado director gerente senior y jefe oficial en el asesoramiento de inversiones. El sobrino de Madoff se unió en 1978 y trabajó como director de la administración. Sus dos hijos se unieron en 1986 y 1988 como director de operaciones de bolsa y director de operaciones de NASDAQ respectivamente. Una sobrina desempeñó como asesora legal oficial de BMI.

hoy, y aun ante la incredulidad de muchos, su esposa y familiares han negado conocimiento alguno respecto de sus actividades ilegales. Generalmente los miembros de la familia son los últimos en perder la fe en un pariente cercano. En la mayoría de los casos eso los convierte en los mejores guardianes de secretos.

Discusión e implicaciones políticas

El caso Madoff se desató en el momento de la crisis crediticia. Durante la vorágine de acontecimientos, el asunto fue citado rápidamente como un buen ejemplo de las consecuencias de la falta de supervisión gubernamental. En todo el mundo las preguntas que ahora aparecen son: qué lecciones deben ser aprendidas de la crisis del crédito y que medidas deben tomarse para mejorar la supervisión sobre el sector de servicios financieros. La quiebra de varios bancos importantes no sólo causó un gran daño y sufrimiento sino que generó una seria violación en la confianza. El consenso actual en torno a esta temática es que los gobiernos y las agencias de control fueron demasiado confiados. La regulación basada en la “confianza y esperanza” (Shover, 2008) que depende en gran medida de la capacidad de autorregulación de las organizaciones, parece obsoleta. ¿Estamos volviendo a una supervisión más formal bajo una regulación que se basa en el viejo lema de “es bueno confiar, pero es mejor verificar?” En informes oficiales recientes esta pregunta se responde positivamente (Autoridad de Servicios Financieros, 2009; El grupo de Alto Nivel, 2009). En estos, se pone énfasis en fortalecer y ampliar la supervisión en relación al comportamiento de las organizaciones. Un mejor control externo por parte de los gobiernos y los organismos de control, conlleva al fortalecimiento de la supervisión interna de los gobiernos corporativos, sobre todo por parte de los accionistas y consejos de supervisión. Durante las audiencias del Senado en el fraude Madoff, se elaboraron argumentos a favor del fortalecimiento de la supervisión financiera como también sugerencias para mejorar la calidad de organización de la CBV (Kotz, 2009).³³

Reforzar la supervisión externa e interna es en sí misma, una reacción lógica al fracaso de las agencias de control de los mercados financieros. Es muy probable que el fraude de Madoff hubiese salido a la luz con anterioridad, si se hubiera contado con una mejor supervisión y control. Sin embargo, el caso Madoff demuestra una vez más como la emergencia y permanencia de una conducta financiera ilícita no puede atribuirse solamente a una falla en la vigilancia y el control.

Los principales casos de delitos de cuello blanco que han salido a la luz en los últimos años nos ofrecen valiosas lecciones. Este artículo se centra en dos casos, la industria de la construcción holandesa y el fraude de Bernie Madoff, que comparten el

33 Varios testigos convocados por el Congreso para testificar en el caso Madoff, entre ellos Markopolos, argumentaron a favor de mejorar la supervisión del la CBV.

mismo problema: la cantidad de tiempo considerable que pasó antes de que los hechos fueran descubiertos. Varios empleados, clientes y supervisores “deberían” haber sabido que algo estaba mal, pero pasaron años antes de que finalmente se expusiera la verdad detrás de la fachada. En realidad, la actual crisis económica también se puede remontar a este problema de fondo: a como los proveedores tuvieron poca consideración por los riesgos involucrados en fomentar formas de deuda variadas, promocionándolas tanto a un nivel institucional y de inversión personal. Reputaciones aparentemente sólidas, historias convincentes y beneficios a corto plazo, contribuyeron a crear un clima que no invitó a realizar preguntas críticas, ni a investigar o verificar los hechos. Este entorno es propicio para la emergencia de las conspiraciones de silencio.

Alentar la curiosidad

Dada la evidencia hasta aquí presentada, se sugiere que la primera estrategia para lidiar con conductas financieras ilícitas es romper con las conspiraciones de silencio. Es improbable que el mero fortalecimiento de la supervisión y el control sea eficaz sin la existencia de esfuerzos simultáneos que incentiven a las personas a hablar. Es por eso que hay que darles incentivos para que *quieran* saber la verdad y que se animen a decirla. Respecto a esto último, durante demasiado tiempo, personas que se encontraban en puestos clave —ya sean los gestores de BMI de Madoff o los altos ejecutivos de las empresas de construcción holandesa— podían distanciarse de la mala conducta financiera de sus empresas apelando al desconocimiento o la ignorancia. La ignorancia concertada existe porque estas personas suelen tener sus justificaciones listas para ser usadas. Sin embargo, se pueden aplicar medidas específicas a este tipo de “ignorancia” para que ya no pueda ser usada como excusa. Esta estrategia es la primera que puede utilizarse para romper el silencio.

Un ejemplo a destacar es la Ley Sarbanes–Oxley de Estados Unidos (2002), que requiere que los directores generales y directores financieros de empresas que cotizan en la bolsa de valores deban certificar, bajo pena de sanciones penales, los informes periódicos que emiten sus empresas sobre sus finanzas. Ahora estos funcionarios corporativos ya no pueden apelar al desconocimiento en la medida que son personalmente responsables de los estados financieros ya sean incorrectos o engañosos presentados por la empresa. En este sentido, se pueden implementar otras medidas y disposiciones como obligar a examinar la solvencia e integridad de nuevos clientes (es decir, “conozca a su cliente”), elevar el nivel de experiencia de los empleados, y contar con la ayuda de contadores nuevos.

Promover la divulgación

La segunda estrategia para romper con la conspiración de silencio consiste en incentivar a las personas a la denuncia pública con la ayuda de un incentivo. Aquí es donde los informantes claves o *whistleblowers* adquieren gran importancia. Se considera pionera a Estados Unidos en esta materia ya que fue uno de los primeros países en crear legislación en torno a la figura del informante clave. El desastre del transbordador espacial Challenger ocupó un lugar importante en la aprobación de la Ley de Protección a los Informantes Claves en 1989, la cual fortaleció significativamente la protección de empleados federales que tuvieran calidad de *whistleblowers*. Trece años más tarde, disposiciones como la Ley Sarbanes–Oxley (2002) establecidas después de los escándalos de Enron y WorldCom, fueron creadas para fortalecer la posición de los informantes claves en el mundo corporativo.

Estas disposiciones incluyen no sólo medidas para proteger a los denunciantes, sino también la posibilidad de otorgarles recompensas monetarias. Por ejemplo, la Ley de Protección a Informantes Claves (1989), asegura a los *whistleblowers* reciban una parte del monto monetario obtenido en los juicios o, que se les pague en modo compensatorio en aquellos casos en que hayan proporcionado información vital. Este estímulo está destinado a incentivar a los informantes claves a hablar, ayudándoles a superar sus miedos a posibles represalias.³⁴

Sin embargo, ofrecer este tipo de recompensa genera una línea delgada entre fomentar la denuncia de irregularidades y alentar un comportamiento de tipo oportunista.³⁵ En los Países Bajos como en otros países de Europa occidental, la concesión de recompensas monetarias a los denunciantes es motivo de controversia. El argumento es que, como una cuestión rutinaria y cotidiana los denunciantes deben tener interés en denunciar actividades ilícitas y, por lo tanto, no sería apropiado recompensarlos por cumplir con su deber cívico. Pero, tal vez, esta responsabilidad es demasiado pedir de los principios morales de los informantes claves. Si los hombres fueran ángeles, no serían necesarios los incentivos (Grabosky, 1995:275). Por lo general, cuando los informantes claves realizan una denuncia se enfrentan con sentimientos de escepticismo e incredulidad. O, tal como ocurrió en el caso del fraude de la construcción holandesa, se encuentran con respuestas de agresión u oposición. Por eso, es conveniente otorgar incentivos más poderosos para animar a las personas a hablar. En este contexto, deben mencionarse que las disposiciones “qui tam” de la Ley de Reclamos Falsos (1994), permiten a los denunciantes y otros *whistleblowers* a presentar demandas judiciales

34 En Estados Unidos existen numerosas instancias que alientan a los individuos a romper el silencio, informando a agencias reguladoras y de seguridad. Para una revisión general de los diferentes tipos de esquemas de recompensas ver Ferziger y Currell (1999).

35 Grabosky proporciona una excelente visión general sobre las deficiencias sustanciales que tiene ofrecer recompensas a los denunciantes (1995).

contra personas que cometen fraudes.³⁶ El incentivo de mayor alcance que actualmente se otorga es conceder a los autores de tales delitos, penas reducidas o incluso inmunidad judicial si confiesan sus propias transgresiones y las de otros. En la última década, actitudes de clemencia o el uso de medidas no tan punitivas, han demostrado ser un medio eficaz para penetrar en las capas de secretos y en detectar carteles. A raíz de la investigación parlamentaria holandesa en el fraude de la construcción, se les dio a las empresas la oportunidad de blanquear sus cuentas para suministrar información sobre los acuerdos de cartel. En un corto periodo de tiempo, casi 400 empresas renunciaron a sus documentos secretos y confesaron con la esperanza de recibir una sentencia reducida o la completa amnistía (van den Heuvel, 2004). Una vez que los intereses mutuos cesan, es probable que la conspiración secreta se evapore a favor del interés propio.

Bibliografía

Arvedlund, E.: *Too Good to Be True: The Rise and Fall of Bernie Madoff*, Penguin Books, London, 2009.

Braithwaite, J.: *Crime, Shame, and Reintegration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

Braithwaite, J.: *Regulatory Capitalism*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008.

Bunt, H.: “Rekeningen vereffenen in de bouw”, *Tijdschrift voor Criminologie*, 2008, 50:130–147.

Chew, R.: *How I Got Screwed by Bernie Madoff*, Retrieved January 7, 2008, disponible en: time.com/time/business/article/0,8599,1866398,00.html

Clauss, P.; Thierry R.; y Weisang, G.: *Risk Management Lessons from Madoff Fraud*, Retrieved August 31, 2009, disponible en: ssrn.com/abstract=1358086

Cohen, S.: *States of Denial: Knowing about Atrocities and Suffering of Others*, MA: Blackwell, Malden, 2001.

Commission of Investigation into Catholic Archdiocese of Dublin 2009: *Report by Commission of Investigation into Catholic Archdiocese of Dublin*, Retrieved January 7, 2010, disponible en: justice.ie/en/JELR/Pages/PB09000504

Dorn, N.: “The governance of securities: Ponzi finance, regulatory convergence, credit crunch”, *British Journal of Criminology*, 2010, 50: 23–45.

Draijer, N.: *Een lege Plek in Mijn Geheugen: Seksueel Misbruik van Meisjes Door Verwanten*. Den Haag, The Netherlands: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 1988.

Ferziger, M. y Currell, D.: “Snitching for dollars: The economics and public policy of federal civil bounty programs”, *University Of Illinois Law Review*, 1999, 1141–1208.

Festinger, L.: *A Theory of Cognitive Dissonance*, CA: Stanford University Press, Palo Alto, 1957.

36 Según Braithwaite (2008), este tipo de iniciativas son prometedoras ya que permiten mejorar la aplicación de la ley por parte de los mismos ciudadanos, como por parte de organizaciones no gubernamentales, jugando así un papel importante en la aplicación de las leyes. Al mismo tiempo, proporciona una estructura para que los litigantes de la justicia privada, como los entes reguladores, puedan mantener un diálogo sobre la política de supervisión y control.

- Financial Service Authority:** *The Turner Review: A Regulatory Response to the Global Banking Crises*, Retrieved August 28, 2009, disponible en: fsa.gov.uk/pubs/other/turner_review.pdf
- Finkelhor, D.; Hotaling, G.; Lewis, I. y Smith, C.:** “Sexual abuse in a national survey of adult men and women: Prevalence, characteristics, and risk factors”, *Child Abuse & Neglect*, 1990, 14:19–28.
- Friedrichs, D.:** “Enron *et al.*: Paradigmatic white collar crime cases for the new century”, *Critical Criminology*, 2004, 12:113–132.
- : *Trusted Criminals: White Collar Crime in Contemporary Society*, 4th edition, Belmont, CA, 2009.
- Geis, G.:** “The heavy electrical equipment anti-trust cases: Price-fixing techniques and rationalizations”, en Ermann, D. y Lundman, R. (eds.): *Corporate and Governmental Deviance: Problems of Organizational Behavior in Contemporary Society*, Oxford University Press, New York, 2009.
- Grabosky, P.:** “Regulation by reward: On the use of incentives as regulatory instruments”, *Law & Policy*, 1995, 17:256–281.
- Greenspan, S.:** *Foiled by Ponzi (and Madoff): How Bernard Madoff Made Off with My Money*, Retrieved August 31, 2008, disponible en: skeptical.com/eskeptic/08-12-23
- Hallsworth, S. y Young T.:** “Crime and silence”, *Theoretical Criminology*, 2008, 12: 131–152.
- Heuvel, G.:** “Nederland als collusieparadijs: De bouwfraude als organisatiecriminologische casus”, *Tijdschrift voor Criminologie*, 2004, 46: 121–133.
- : “The parliamentary enquiry on fraud in the Dutch construction industry: Collusion as concept between corruption and state–corporate crime”, *Crime, Law, and Social Change*, 2005, 44:133–151.
- Hirsch, J.:** *BCS Theory of Superconductivity: The World’s Largest Madoff Scheme?* Retrieved August 31, 2009, disponible en: lanl.arxiv.org/abs/0901.4099v1
- Hughes, E.:** “Good people and dirty work”, en Becker, H. (ed.): *The Other Side: Perspectives on Deviance*, New York, Macmillan, 1964.
- Katz, J.:** “Concerted ignorance: The social construction of cover-up”, *Urban Life*, 1979, 8: 295–316.
- Kotz, D.:** Written Testimony of H. David Kotz Inspector General of the Securities and Exchange Commission Before the U.S. Senate Committee on Banking, Housing and Urban Affairs, Retrieved January 7, 2010, disponible en: sec-oig.gov/Testimony/
- La Fontaine, S.:** *Child Sexual Abuse*, Basil Blackwell, Oxford, UK, 1990.
- Mann, K.:** *Defending White-Collar Crime. A Portrait of Attorneys at Work*, Yale University Press, New Haven, CT, 1985.
- Markopolos, H.:** *The World’s Largest Hedge Fund Is a Fraud*, Letter to the SEC, Retrieved December 16, 2005, disponible en: 123people.com/s/harry+markopolos
- Parker, C.:** “The compliance trap: The moral message in responsive regulatory enforcement”, *Law & Society Review*, 2006, 40: 591–622.
- Parlementaire Enquête Commissie Bouwnijverheid:** *De Bouw uit de Schaduw: Eindrapport enquête bouwnijverheid*, Den Haag, The Netherlands: SDU Publisher, 2003.
- Russell, D.:** *The Secret Trauma: Incest in the Lives of Girls and Women*, New York: Basic Books, 1986.
- Shover, N.:** “Zelfregulering door ondernemingen: Ontwikkeling, beoordeling, en bange voorgevoelens”, *Tijdschrift voor Criminologie*, 2008, 50: 169–181.
- Simmel, G. y Wolff, K.:** *The Sociology of Georg Simmel*, Glencoe, IL: Free Press, 1950.

Squillari, E.: “What the secretary saw”, *Vanity Fair*, Retrieved July 28, 2009, disponible en: vanityfair.com/politics/features/2009/06/madoff200906?

The High-Level Group on Financial Supervision in the EU (The de Larosière Group): *Report. Brussels*, Retrieved August 28, 2009, disponible en: ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf

US Department of Justice: *United States of America v. Jerome O’Hara and George Perez*, Retrieved January 7, 2019, disponible en: justice.gov/usao/nys/madoff/oharaperez-complaint.pdf

———: *United States of America v. David G. Friehling*, Retrieved January 7, 2019, disponible en: justice.gov/usao/nys/friehling.html.

US Attorney, Southern District of New York: *Frank DiPascali, Jr., Former Employee at BernardL. Madoff Investment Securities LLC, Pleads Guilty to Ten-Count Criminal Information*, Retrieved January 7, 2009,

US Securities and Exchange Commission (SEC): *Securities and Exchange Commission Against Frank DiPascali Jr*, Retrieved January 7, 2010, disponible en: sec.gov/litigation/complaints/2009/comp21174.pdf.

US Securities and Exchange Commission (SEC), Office of Investigations, 2009:

Investigation of Failure of the SEC to Uncover Bernard Madoff’s Ponzi Scheme. Public Version. Retrieved January 7, 2010, disponible en: sec.gov/news/studies/2009/oig-509.pdf

US Senate Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs: *Written Testimony of Harry Markopolus*, Retrieved January 7, 2010, disponible en: banking.senate.gov/public/index.cfm?FuseAction=Hearings.Hearing&Hearing_ID=7b38b6a3-f381-4673-b12c-f9e4037b0a3f.

———: *Testimony of Professor John C. Coffee, Jr*, Retrieved January 7, 2010, disponible en: banking.senate.gov/public/index.cfm?FuseAction=Hearings.Hearing&Hearing_ID=b1d4462d-9b11-476b-a017-e9c30686e4fo

———: *Testimony Concerning the SEC’s Failure to Identify the Bernard L. Madoff Ponzi Scheme and How to Improve SEC Performance*, Retrieved January 7, 2010, disponible en: banking.senate.gov/public/index.cfm?FuseAction=Hearings.Hearing&Hearing_ID=7b38b6a3-f381-4673-b12c-f9e4037b0a3f

Vinod, H.: *Preventing Madoff-style Ponzi Enabled by Jewish Reputation, Incompetent Regulators, and Auditors*, Retrieved August 31, 2009, disponible en: fromssrn.com/abstract=1320069.

Vulperhorst, L.: *Verzwegen Onderneming, Ondernemers, Overheid en Het Einde van Het Bouwkartel (2001–2005)*, *Van Gennep Amsterdam, Amsterdam, 2005*.

Yarrow, M.; Schwartz, C.; Murphy, H.; y Deasy, L.: “The psychological meaning of mental illness in the family”, en Rubington, E. y Weinberg, M. (eds.): *Deviance. The Interactionist Perspective*, Macmillan, New York, 1968.

Estatutos citados

False Claims Act, 31 USC, §§ 3729–3733 (1994).

Sarbanes–Oxley Act, Public Law 107–204, 116 Stat. 745 (2002).

Whistleblower Protection Act, 5 USC, HR 985, 110th Congress, 1st Session, 2007 (1989).