

Criminología económica y de la empresa

Sergio Cámara Arroyo | Prof. Derecho Penal y Criminología (UNIR)

La Criminología moderna ha dado un importante salto en el estudio de la denominada “delincuencia de cuello blanco” con el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos occidentales. Mientras que el delito económico tradicionalmente había sido estudiado desde una triple perspectiva –jurídica, criminológica y mixta (Herrero Herrero, 2001: 662)–, el interés por el delincuente económico había sido una cuestión eminentemente reservada a la ciencia criminológica, que se limitaba, salvo honrosas excepciones, a la esfera de la persona física.

Aunque la famosa expresión “delito de cuello blanco”, acuñada por Sutherland en 1939 durante su discurso presidencial ante la Sociedad Americana de Sociología que publicada bajo el título *White-Collar Criminality*, se refería tanto a una modalidad delictiva como a un tipo concreto de perfil criminológico (en alusión a los cuellos de las camisas de empresarios y ejecutivos, en el sentido en que lo usó el presidente de la *General Motors*, quien escribió *Una Autobiografía de un Trabajador de Cuello Blanco*, Sutherland, 1999: 65), el aspecto estructural y el perfil criminal de la persona jurídica –corporación, empresa, fundación– pasó bastante desapercibido para la Criminología.

En la actualidad, en España el nuevo debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida por la Ley Orgánica 5/2010 y recientemente reformada –prácticamente sin estrenar– por la Ley Orgánica 1/2015 puede servir como acicate al estudio de la propia persona jurídica como una suerte de “delincuente supraindividual”. Las posibilidades son bastante prometedoras: el trabajo del criminólogo en esta dirección abre las puertas a nuevos modelos de prevención ante los delitos cometidos en el seno de las empresas (*corporate compliances*) que, por otra parte, necesitaran un mayor asesoramiento en esta compleja materia.

En este sentido, la dogmática jurídico-penal, esto es, la Ciencia del Derecho penal que estudia la norma penal, parece haber acaparado el debate en torno al estudio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, más preocupada por establecer un adecuado modelo de imputación que por el estudio de la nueva modalidad de instrumento o agente delictivo corporativo.

Más aún, desde una perspectiva preventiva, el Derecho penal por sí solo ha demostrado ser bastante ineficaz en lo relativo a la lucha contra la criminalidad económica. Además de esta consideración, hay que tener en cuenta la enorme dificultad para conseguir el adecuado cumplimiento de los fines preventivos especiales pretendidos; es decir, la creación de una verdadera “adecuada cultura o ética empresarial” mediante el Derecho penal. Al respecto, especialmente crítico con la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas Robles Planas (2011) ha advertido que “no resulta evidente que el Derecho penal pueda utilizarse con el fin de generar «culturas adecuadas» en las empresas, como no lo es que lo haga en otros colectivos, en las familias o en las personas físicas. Si, además, esa pretensión se lleva a cabo infringiendo los principios fundamentales en los que se basan los mecanismos de imputación de responsabilidad penal, entonces puede concluirse no ya que el fin sea dudoso, sino que en todo caso ese fin no justifica los medios”.

No obstante, la Criminología no ha descuidado del todo esta cuestión. Así, Clinard y Quinney (1967) diferenciaban ya entre los conceptos de *corporate* y *occupational crime*: el primero de los conceptos hace hincapié en actos delictivos que se cometían en provecho o beneficio de la empresa; mientras que el segundo se refiere al aprovechamiento de una posición de privilegio dentro de la empresa por parte del sujeto para llevar a cabo el hecho criminoso.

Estos conceptos podrían asociarse, perfectamente, con la incorporación en nuestro sistema



penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Art. 31 bis CP) paralelamente a la de sus administradores de hecho o de derecho en un régimen de heterorresponsabilidad.

El propio **Sutherland** en su obra más conocida sobre la cuestión **incluyó distintos comportamientos que tendrían a las corporaciones como protagonistas dentro de la fenomenología de los delitos de cuello blanco:**

- **Restricciones al libre comercio** (consolidaciones, uniformidad de precios y discriminación de precios) **y descuentos** (son una forma especial de discriminación de precios y como tal pueden considerarse como restricción del comercio);
- Las **violaciones de la ley respecto a patentes, marcas de fábrica y derechos de autor** (lo que actualmente conformarían los delitos contra la propiedad intelectual y denominación de origen);
- **Falsa representación de la publicidad** (publicidad engañosa);
- **Prácticas laborales injustas** (delitos contra los trabajadores);
- **Manipulaciones financieras** (prácticas de las corporaciones o de sus ejecutivos, que

comprenden fraude o violación de la confianza);

- **Delitos de guerra** (primero, las violaciones de las regulaciones especiales en las dos guerras mundiales; segundo, la evasión de impuestos de guerra; tercero, un resumen de las decisiones por restricción del comercio en la medida en que se relacionan con la guerra; cuarto, la interferencia en la política de guerra por las corporaciones para poder mantener sus posiciones competitivas; quinto, las violaciones de embargos y neutralidad; y sexto, la traición);
- Y una última categoría a modo de cajón de sastre que denominó **delitos misceláneos** (se refieren a salud y seguridad, transacciones de negocios sin las debidas licencias requeridas por la ley, delitos contra el medio ambiente, libelo, falso arresto y asalto, calumnias, fraude en impuestos de aduana, contrabando, violaciones de contratos, violación de permisos de construcción, etc.).

Asimismo, investigó la comisión de **comportamientos criminosos en las denominadas corporaciones de servicio público** que difieren de las otras corporaciones en que están “revestidas de interés público” (eléctricas, servicios de agua, gas, etc.), encontrando la siguiente

relación de conductas delictivas: los dos tipos principales de violaciones de la ley por corporaciones de energía y luz eléctrica, son estafar a los consumidores y estafar a los inversores (Sutherland, 1999: 240), aunque también participarían de algunas conductas criminales antes señaladas, como la restricción al libre comercio, la competencia desleal y las prácticas laborales injustas.

También **Gross** (1978), desde la perspectiva de las teorías de la anomia, se centraba en la cultura y estructura empresariales, advirtiendo que **todas las corporaciones son por definición entornos criminógenos, puesto que buscan siempre el beneficio y la máxima efectividad a cualquier coste.**

La nueva dirección legislativa en nuestro ordenamiento jurídico penal puede dar lugar a un novedoso constructo doctrinal en el estudio de la delincuencia económica y de cuello blanco en Criminología que nos atreveremos a sugerir de modo sintético: una modalidad o perfil de delincuente de cuello blanco supraindividual o colectivo que podríamos denominar “corporación criminal”.

En este caso, es la propia entidad –a través de sus representantes, que son, a su vez, delinquentes de cuello blanco individuales que componen la Junta Directiva– la que aprovecha su posición de privilegio en el mercado económico de valores para cometer delitos en su propio beneficio.

El concepto se distanciaría de otras nociones, frecuentemente utilizados en terminología penal, como es el de grupo criminal u organización delictiva, puesto que su finalidad no es la de cometer exclusivamente hechos delictivos y su compleja organización interna –la de gran empresa– no es un mero revestimiento para ocultar tales actividades, sino que parte de un estadio de legalidad. **El comportamiento criminoso de estas grandes corporaciones** –muchas de ellas a nivel multinacional–, **estaría orientado a obtener unos mayores réditos empresariales**, el máximo beneficio, un mejor posicionamiento en

el mercado, acabar con la competencia, crear monopolios, etc.

Para este tipo de corporaciones el crimen es simplemente un medio más para conseguir sus fines y se encuentra, de algún modo, institucionalizado como un método empresarial más (crimen corporativo).

Si bien soy muy crítico con el concepto de dolo empresarial y con la propia tesis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que considero un constructo doctrinal imposible en la esfera estrictamente penal, precisamente por la problemática que suscita respecto al principio de culpabilidad en su garantía de responsabilidad individual por la comisión de hechos delictivos (al considerar, mediante esta inferencia, a una empresa como corporación criminal, irremediamente se está “metiendo en el mismo saco” a todos los socios y partícipes de la misma o, al menos, a todos los miembros que ostentan responsabilidad corporativa, hayan participado del hecho delictivo o no), las posibilidades de estudio de este constructo supraindividual como un ente criminal e, incluso, como un espacio delictógeno, abre nuevas posibilidades de estudio para la Criminología desde la óptica de la prevención situacional.

De hecho, esta clase de teorización acerca de la delincuencia de cuello blanco es compatible con la definición aportada por el *National White Collar Crime Center's Research and Training Institute* que define esta clase de criminalidad como los actos ilícitos o no éticos que violan la confianza o responsabilidad pública, cometidos por una persona física o por una organización en el curso de una actividad legítima, por personas de estatus social alto y respetable, en provecho propio o de la organización (Morón Lerma, 2014: 35 y 36). En esta definición sincrética confluyen el concepto restringido y amplio de delito con el concepto personalista y supraindividual de delincuencia de cuello blanco.

Respecto al perfil de la corporación criminal, la investigación realizada por Bucy, Formby, Ras-



panti, y Rooney (2012: 406 y ss.) durante 2007, un estudio de las principales características de las organizaciones que fomentan las actividades delictivas en el marco económico. Si bien estas características no son de índole personal ni, por supuesto, psicológica, puesto que hablamos de una persona jurídica, resulta muy interesante el estudio de las que hemos venido a denominar como “corporaciones criminales” desde el punto de vista de los perfiles criminales. Sin ánimo exhaustivo, los autores precitados realizando una síntesis de los estudios criminológicos sobre el delito corporativo.

La mayor parte de las compañías legítimas no fomentan activamente la actividad delictiva, pero en las que sí lo hacían se pueden identificar **cuatro prácticas y políticas empresariales concretas que fomentan el fraude a nivel corporativo**:

- 1. Corporación impulsada por la “línea de fondo”:** un enfoque primordial y exclusivo en el beneficio y en la “satisfacción de los números” puede fomentar la actividad delictiva.
- 2. La falta de un plan eficaz de “cumplimiento corporativo”.**
- 3. La falta de controles internos:** empresas con una junta directiva débil y dependiente de la burocracia, la falta de auditores externos e internos, la ausencia de controles y equilibrios adecuados en toda la empresa, y una estructura de gestión descentralizada.
- 4. Cultura empresarial** (falta de ética empresarial): cuando la administración de la empresa envía el mensaje de que un comportamiento legalmente cuestionable sería tolerado para obtener réditos, el entorno corporativo es propenso al fraude.

La importancia del estudio de la propia corporación como un ente criminal en sí mismo o, al menos, como entorno criminógeno, radica también en la relación de los sujetos que la integran y el delito de cuello blanco. Expresado de otro modo, **¿si un individuo pertenece a una “corporación criminal” terminará por cometer delitos económicos?**

Sobre esta cuestión es relevante hacer mención a la **“teoría de las manzanas podridas”**. Ashforth et al. (2003 y 2008) argumentan que es reconfortante para asumir que solamente una manzana podrida o facción renegada dentro de una organización es responsable del crimen, evitando, de este modo, un enfoque en la cultura corporativa o en el fallo de los sistemas de control de las mismas (e, incluso, en los propios sistemas económicos). Sin embargo, las propias organizaciones son importantes para la comprensión de la delincuencia económica, porque influyen en las acciones de sus miembros. En caso contrario, es posible que estemos, en realidad, ante “barriles podridos” en los que la atención se desviaría a todos los componentes de la corporación participantes en el delito de cuello blanco. Por lo tanto, ambos puntos de vista, micro y macro, son importantes para entender el crimen de cuello blanco. Ello no significa necesariamente que se apoye la tesis de la responsabilidad de las personas jurídicas, sino que se ahonde en el control de las prácticas empresariales con la intención de crear corporaciones que carezcan de los factores de riesgo pro-delincuencia antes reseñados. Las consecuencias de la inobservancia de esta clase de protocolos de protección pueden provenir de jurisdicciones diferentes a la pena (jurisdicción administrativo-sancionadora).

Con la intención de corroborar esta teoría, Gottschalk (2012: 587) realizó un estudio en el que se concluía que había muchas más personas identificadas como miembros de un barril podrido (164 personas) que las manzanas podridas (91 personas), lo que indica la percepción de una organización criminal y no solo una persona criminal. Según el criminólogo noruego, este hallazgo refuerza la importancia de la teoría del aprendizaje social, que propone que los individuos serán más propensos a cometer el crimen si se encuentran en un ambiente de aprendizaje delictivo.

Todas estas investigaciones criminológicas ya han dado sus frutos fuera de nuestras fronteras, cristalizando en voluminosas publicaciones en materia de prevención contra la delincuen-

cia corporativa. Un perfecto ejemplo de esta cuestión es la obra colectiva editada por Stachowicz-Stanusch (2010), cuyo revelador título es *Organizational Immunity to Corruption: Building Theoretical and Research Foundations*.

Es cierto que se ha achacado a la introducción en nuestro sistema penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas su escasa relevancia práctica. La propia regulación, en algunos de los puntos fundamentales de la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, parece querer asegurarse de que no se aplique jamás (establecimiento de un compendio de excusas absolutorias muy amplio). En concreto, sobre las sanciones interdictivas previstas en el Art. 33.7 CP, Baucells Lladó (2014: 419) ha mostrado su escepticismo respecto a la aplicación de la pena de disolución de la empresa.

No obstante, es preciso indicar que nuestro Tribunal Supremo ya se ha pronunciado sobre esta cuestión. La STS 154/2016, 29 de febrero, ha abordado algunos de los problemas más relevantes ligados a la interpretación del art. 31 bis del CP. Entre otras cuestiones de interés penal y penológico, la resolución es muy interesante a nivel criminológico, pues establece una importante diferencia entre perfiles corporativos diferenciando a la “empresa criminal” de la mera “pantalla empresarial” utilizada instrumentalmente para la comisión de delitos económicos. El TS advierte que la “interpretación del artículo 66 bis del Código Penal que, por otra parte, debiera considerarse en el futuro rechazable pues la sociedad meramente instrumental, o “pantalla”, creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del art. 129 CP, que contemplaba la aplicación de semejante “consecuencia accesoria” a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia

como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento. (...)

Junto a las sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se pueden producir comportamientos delictivos, existen otras estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es precisamente la comisión de delitos. El régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes...) de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales. Se entiende así que las sociedades instrumentales aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo”.

Otra reciente sentencia especialmente relevante al respecto es la STS 221/2016, de 16 de marzo, absolutoria en lo que se refiere a la persona jurídica implicada, que acerca de la imposición de las penas del Art. 33.7 CP establece que “las sanciones impuestas son de naturaleza penal y la acreditación del presupuesto del que derivan aquéllas no puede sustraerse al entendimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia (...) el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas instaurado en España por las reformas de 2010 y 2015 es el propio de una responsabilidad penal. (...) La imposición de cualquiera de las penas -que no medidas- del catálogo previsto en el art. 33.7 del CP, sólo puede ser el desenlace de una actividad jurisdiccional sometida a los principios y garantías que legitiman la actuación del ius puniendi”. Como puede apreciarse, a pesar de los problemas interpretativos y las críticas doctrinales a la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde el ámbito penal, la práctica jurisdiccional parece atribuirles, cada vez con mayor frecuencia, caracteres y garantías propios de la persona física.

La pregunta que nos planteamos ahora y que cierra esta breve exposición, es la siguiente: **¿Cuánto tardarán los directivos, juntas directivas, administradores y representantes de las grandes empresas en contar con un criminólogo entre sus asesores?**

