

Compliance en la perspectiva de la criminología económica

POR EDUARDO SAAD-DINIZ (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Algunas lecciones del pensamiento criminológico.— III. De los *street crimes* a los *white-collar crimes* y de los *white-collar crimes* a los *corporate crimes*.— IV. Investigación criminológica comparada y control social formal de las organizaciones.— V. *Enforcement* y *compliance*.— VI. A título de colofón.

I. Introducción

En los últimos años se observa cierta tendencia internacional a la evaluación de los dos programas de *compliance* basada en evidencias científicas, con énfasis en las “métricas de efectividad” (1). Sin embargo, el mercado brasileño parece aún refractario y, en gran medida, desorientado con respecto a la cultura de *compliance*. Poco se ha notificado sobre medidas innovadoras en gestión y, en la mayoría de los casos, los programas de *compliance* acaban confundiendo con otros controles de la empresa, reducidos a “fachada”, o, lo que es aún peor, a la apariencia de “renovación ética” (2).

En el campo de las iniciativas de *enforcement*, las investigaciones, tanto aquellas motivadas por el alcance extraterritorial de la FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*, EUA), cuanto las basadas en el marco normativo doméstico (Ley 12.683/2013 Anticorrupción), no repercuten en los indicadores de forma mínimamente satisfactoria ni para demostrar el éxito de sus operaciones, ni tam-

poco atestiguar su calidad regulatoria (3). Las estrategias estandarizadas que caracterizan las iniciativas de integridad de la OCDE ya cumplen más de dos décadas sin superar el bajo impacto en términos de modificaciones substanciales de gobernanza y *compliance*.

Penalistas y publicistas tienden a concentrar sus esfuerzos de investigación en el estudio dogmático de las alteraciones legislativas, independientemente de mayor esfuerzo empírico sobre los actos lesivos, ofensores y víctimas a las que ellas se destinan. Teóricos del derecho administrativo sancionador y penalistas festejan la euforia en torno a la *individual accountability*, debatiendo mucho más intensamente la causalidad omisiva en las funciones de *gatekeeper* o la infracción de deber de *compliance officer* (4) de que propiamente formulando alternativas viables de atribución de responsabilidad a las empresas. Se alega el incremento en la “detección” de escándalos de corrupción corporativa y es-

(*) Profesor de la Facultad de Derecho de Ribeirão Preto y Programa de Integración Latinoamericana de la Universidad de São Paulo, Brasil.

(1) “*At its core, the idea is as simple as it is crucial: Firms cannot design effective compliance programs without effective measurement tools. For many firms, appropriate measurement can spur the creation of leaner and ultimately more-effective compliance programs. Put simply, better compliance measurement leads to better compliance management*”, CHEN, Hui — SOLTES, Eugene, “Why compliance programs fail - and how to fix them”, *Harvard Business Review*, 2/2018.

(2) Extensamente en SAAD-DINIZ, Eduardo, “Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em *compliance*”, *Revista dos Tribunais*, 988/2018, ps. 25-53.

(3) Los datos publicados por la CGU (Corregedoria Geral da União, órgano responsable por fiscalización de la corrupción) presentan hasta el momento rendimiento insatisfactorio frente a la complejidad de la corrupción en el ambiente empresarial: 30 penalidades, siendo 7 publicaciones extraordinarias y 23 multas sobre la facturación bruta anual (R\$12.010.130,21). En las demás esferas administrativas (con base en la ley anticorrupción): 14 puniciones, siendo 4 publicaciones extraordinarias y 10 multas (R\$6.081.468,07).

(4) Muy interesante panorama de esa discusión puede ser encontrado en COFFEE JR., John, “Understanding Enron: it’s about the gatekeepers, stupid”, *Columbia Law & Economics Working Paper*, 207/2002. En una reflexión crítica sobre esas tendencias, SAAD-DINIZ, Eduardo — MARTINELLI, Sofia, “Gatekeepers e soluções de *compliance*”, *Revista dos Tribunais*, 979/2017, ps. 69-89.

quemados fraudulentos, bajo el liderazgo de juristas formados por un modelo de enseñanza jurídica menos anacrónica (5), sin que, sin embargo, esas nuevas técnicas de investigación hayan sido acompañadas de modificaciones más sensibles en términos de comportamiento ético en la empresa. La verdad es que el debate público sobre los programas de *compliance* o bien se limita a narrativas corporativas de auto-emulación, alimentando la retórica de la *good corporate citizenship* que poco suma en la construcción social de conocimiento sobre la materia, o bien se presta a la retórica política de autoridades públicas, fuertemente inspiradas por cierto fanatismo moral y obsesión por megaoperaciones punitivas.

Lo que falta, en verdad, es la revisión criminológica del régimen brasileño de prevención a las infracciones económicas. La cultura de *compliance* se constituye en una de las principales representaciones de este régimen, pero el problema no consiste solamente en el dominio del conocimiento sobre la materia. Hay una deficiencia más básica en la verificación empírica de las evidencias sobre las reales necesidades de *compliance*, cuál es el perfil de los ofensores, quién y cómo es victimizado, qué dimensión del daño es provocada por el comportamiento corporativo socialmente dañoso, cuáles serían las alternativas preferibles de restauración. Y es precisamente a partir de allí que la investigación criminológica puede hacer la diferencia. Desde los fundamentos de la criminología posclásica, la necesidad de datos empíricos consolidados en análisis de evidencias científicas es el camino inequívoco para la formulación de estrategias de acción político-criminal. Nada muy distinto de la "criminología *old school*" de Howard Becker: colecta de datos, análisis de evidencias, recomendaciones de ideas estratégicas (6).

La apertura para la investigación científica en el ámbito de la criminología económica encuentra su delimitación en la evaluación de la cultura de *compliance* basada en la colecta más consistente de datos empíricos y en la maduración de las evidencias científicas. Así es que se tornan

(5) FALCÃO, Joaquim, "Lava Jato' cria nova geração de juizes, promotores e advogados", *Revista dos Tribunais*, 967/2016.

(6) BECKER, Howard, "Evidence", Chicago Press, Chicago, 2017, ps. 4 y ss.

viabiles recomendaciones más sólidas sobre las políticas regulatorias, estrategias de *enforcement* y acciones concretas de autorregulación corporativa, promoviendo una profunda redefinición del concepto y del impacto de los programas de *compliance* en Brasil. Bajo ese punto de vista es que se espera la construcción de un diálogo más efectivo, demostrando evidencias sobre las prácticas sociales que podrían de hecho traer mudanzas significativas en el ambiente negocial. En función de esos presupuestos, la estructura del ensayo se divide en cuatro partes principales: 1) organización de las principales lecciones del pensamiento criminológico para el estudio de la criminología económica; 2) análisis de las transiciones de los *street crimes* para los *white-collar crimes* y de los *white-collar crimes* para los *corporate crimes*; 3) organización de las principales contribuciones de la investigación criminológica comparada, con delimitación en la descripción de los principales instrumentos normativos de control social formal de las organizaciones empresariales; 4) discusión específica de las combinaciones posibles entre iniciativas de *enforcement* y *compliance*.

II. Algunas lecciones del pensamiento criminológico

El pensamiento criminológico posclásico asume como premisa principal la verificación empírica de las causas y consecuencias del comportamiento criminal, determinándose el análisis del crimen y de la criminalidad a partir de la explicación de los factores que llevan a la conducta desviante. Así como en Freda Adler, Gerhard Mueller y William Laufer, "los criminólogos mensuran" (7). La investigación criminológica se dedica a la determinación concreta del comportamiento criminal y a la diferenciación de esas conductas y de las alternativas posibles de reacción, con la finalidad de promover estrategias de reducción de la criminalidad y de sus impactos negativos en la sociedad incluso en relación con las consecuencias deletérias de la criminalización de comportamientos en la vida de las personas y de la comunidad en que viven. Es decir, los criminólogos también conducen la investigación científica hacia la evaluación de las iniciativas del Sistema de

(7) ADLER, Freda — MUELLER, Gerhard — LAUFER, William, "Criminology and the Criminal Justice System", McGrall Hill, Nueva York, 2007, 6ª ed., ps. 28-29.

Justicia Criminal y de su impacto en la sociedad. Originalmente, fue así que Marvin Wolfgang inscribió su nombre en el canon del pensamiento criminológico, mensurando el comportamiento desviante y extrayendo de allí la construcción de tipologías en *Patterns in criminal homicide* (de esa métrica se dedujeron la noción de “precipitación victimal” y la idea de colaboración de la víctima en la realización del delito) (8). Y no fue de otra forma que Edwin Sutherland, al analizar la criminalidad relacionada a la actividad empresarial, se consagró con la idea de crimen del cuello blanco (*white-collar crime*) (9).

A su modo, la interpretación funcional de Émile Durkheim representó un avance muy significativo para el pensamiento criminológico. El delito no está más limitado a la comprensión del comportamiento del hombre delincuente, ni tampoco circunscripto a la imposición de límites metafísicos a la violencia de Estado. El crimen es un hecho social y no debe ser interpretado fuera de la dinámica de la sociedad. Desde el *De la División del Trabajo Social*, con sus nociones de que el crimen es “normal” y “funcional” (10), pasando por las *Reglas del Método Sociológico*, en el que el crimen se definió como la “anticipación de la moral futura”, expresando la moral colectiva (11), hasta *El Suicidio*, en que se concretó la idea de anomía (desintegración del orden social como resultado de la pérdida del referencial valorativo) (12), la interpretación funcional de Durkheim abrió espacio para la comprensión de la regulación de comportamientos y de la fundamentación moral de las modernas formas jurídicas (13).

En oposición al universalismo de los teóricos del control (14), adquirió proeminencia la inter-

pretación sociológica de Edwin Sutherland sobre los crímenes de cuello blanco. Sutherland partió de la diferenciación entre el comportamiento desviante convencional y el ocupacional, buscando explicar el hecho de que esa última criminalidad viene, curiosamente, acompañada de predominante respeto por el ordenamiento jurídico y las reglas sociales. Es solamente en función de las estructuras de oportunidad y aprendizaje en el ámbito de las organizaciones que los individuos encuentran las condiciones necesarias para involucrarse en la criminalidad económica y eso, también curiosamente, sin que ese mismo individuo deje de reprochar moralmente a aquel que comete un delito tradicional. Desde Sutherland, más allá de la comprensión de la delincuencia del tipo asociativo (lo que explica el crimen es el resultado de la interacción con valores antisociales y estándares de comportamiento criminal *aprendidos* en las organizaciones empresariales) (15), ya se reconoce la dificultad de delimitar a la víctima de la criminalidad corporativa, la producción de pruebas y las estrategias de inteligencia corporativa para evitar la incidencia de *enforcement* (16). Las principales consecuencias de la tesis de Sutherland se desarrollaron a partir de Donald Cressey (con la noción de *respectable criminal* los individuos de mayor reputación en la sociedad en regla son los responsables por las mayores violaciones) (17) y a la divergencia de David Weisburd, quien cuestionó la equivalencia del “cuello blanco” con la idea de “ofensores de elite” (la mayor parte de los casos llevados al Sistema de Justicia criminal se refieren a la clase media sin los privilegios de la primariedad) (18).

interpretación funcional de Durkheim no tuvieron repercusión en el campo de la criminología económica. Travis Hirschi, referencia más expresiva de las teorías del control, niega expresamente la especificidad del crimen económico. Esencialmente, el crimen no pasaría de “violación a la ley”, y la tesis de Sutherland sería inconsistente, al explicar la conformidad del comportamiento de la misma forma en que explica el comportamiento desviante, HIRSCHI, Travis, “Causes of delinquency”, Transaction, New Brunswick, 2002, 2ª ed., ps. 9 e 19.

(15) SUTHERLAND, Edwin, “White collar crime...”, ob. cit., p. 245.

(16) *Ibidem*, ps. 218 y ss.

(17) CRESSEY, Donald, “The respectable criminal”, Transaction, 2-1965, ps. 12-15.

(18) WEISBURD, David *et al.* (org.), “Crímenes of the middle classes: white-collar offenders in the Federal Courts”, Yale Press, Chelsea, 1991, ps. 74 y ss.

(8) WOLFGANG, Marvin, “Patterns in criminal homicide”, Patterson Smith, New Jersey, 1975, 413 ps.

(9) SUTHERLAND, Edwin, “White collar crime: the uncut version”, Yale University Press, New Haven, 1983, ps. 4 y ss.

(10) DURKHEIM, Émile, “Da divisão do trabalho social”, Martins Fontes, São Paulo, 1999, ps. 30 y ss.

(11) DURKHEIM, Émile, “Regras do método sociológico”, Martins Fontes, São Paulo, 2007, p. 86.

(12) DURKHEIM, Émile, “O suicídio: estudio sociológico”, Zahar, Río de Janeiro, 1979, ps. 188 y ss.

(13) LUKES, Steven — SCULL, Andrew, “Durkheim and the Law”, Palgrave, Londres, 2013, 2ª ed., p. 2.

(14) Las tesis del control y las explicaciones universalistas de la personalidad delincuente que le siguieron a

La criminología crítica, por su parte, posiciona sus reflexiones en la actuación reactiva del Estado y en la comprensión del daño producido por el comportamiento corporativo socialmente dañoso (19) Recientemente, en una crítica contundente al comportamiento corporativo socialmente dañoso, Gregg Barak discutió la incorporación de técnicas de rutinización y neutralización por el mundo corporativo (racionalizaciones que minimizan la moralización de la infracción económica y el reproche emocional espontáneo del crimen, como en los términos retributivos de Durkheim) (20), lo que vale universalmente para las estrategias de gestión que recurren al uso cosmético de los programas de *compliance*.

El estudio de las escuelas de pensamiento criminológico ofrece un sólido referencial explica-

(19) BOX, Steven, "Power, crime and mystification", Tavistock, Londres, 1983, 257 ps.; PUNCH, Maurice, "Dirty Business, exploring corporate misconduct", Sage, Londres, 1996, ps. 22 y ss.; LEIGHTON, Paul, "Corporate crime and the corporate agenda for crime control: disappearing awareness of corporate crime and increasing abuses of power", *Western Criminology Review*, 14/2013, ps. 38-51.

(20) BARAK, Gregg, "Unchecked corporate power: why the crímenes of multinational corporations are routinized away and what we can do about it", Routledge, Londres, 2017, p. 11; demostrando cómo las racionalizaciones de fachada no solamente evitan la actuación del enforcement, sino que también acaban creando un ambiente propicio para la comisión de infracciones económicas, HAUGH, Todd, "The criminalization of compliance", *Notre Dame Law Review*, 92/2017, ps. 1215-1269: "(...) Rationalizations are the key component in the psychological process necessary for the commission of corporate and white collar crime—they allow potential offenders to square their self-perception as "good people" with the illegal behavior they are contemplating, thus allowing bad conduct to go forward. Criminalized compliance fuels these rationalizations, and in turn, bad corporate behavior. By virtue of its origins in and fidelity to the criminal law, criminalized compliance imports many of the criminal law's delegitimizing features into the corporation—from vague and overlapping rules, to aggressive and onerous monitoring, to inconsistent enforcement and adjudication. Employees recognize this illegitimacy and incorporate it into their own thought processes, thus creating an environment ripe for rationalizations. Once rationalizations take hold, there is little stopping an employee from committing an unethical or illegal act, regardless of the compliance program in place. The result is that many compliance régimens, by mimicking the criminal law in hopes of reducing employee misconduct, are actually helping to create it. This insight, which offers a new way of conceptualizing corporate compliance, not only helps explain the ineffectiveness of many compliance programs, but also how corporations might go about fixing them" (ps. 1218-1219).

tivo para orientar la investigación de los factores que llevan a la criminalidad económica. Ese estudio es lo que nos permite discutir la pluralidad de esos factores y posicionarnos, críticamente, frente a las interpretaciones tradicionales sobre la motivación de la criminalidad económica, permitiendo superar las lecturas reduccionistas del costo y beneficio y las ideaciones sobre la ambición desmesurada de los gestores. El comportamiento racional-utilitario y la ambición en el ámbito corporativo (*corporate greed*) son explicaciones, cuando mucho, solamente parciales (21). Igualmente, es necesario mucho más que "estructuras de incentivo" para la efectividad en la implementación de los programas de *compliance* y de los mecanismos sancionatorios (22).

La investigación científica en el campo de la criminología económica demanda enorme esfuerzo. Requiere, antes de todo, habilidad para acceder a la manera en que las estrategias de gestión motivan a las empresas y a los individuos, evaluando cómo la estructura de la sociedad, en su relación intrínseca con la coyuntura económica y la infiltración en las tramas de cohesión social de las comunidades en que opera puede llegar a favorecer mecanismos de control social, o inclusive cómo las relaciones de comando y control de los CEOs y el alto eslabón de la empresa, la mayor o menor autonomía de los profesionales de *compliance*, la postura no-colaborativa del departamento jurídico y la complicidad de la contabilidad creativa pueden ser decisivas en la práctica de infracciones económicas. Y eso sin mencionar que la división entre comportamiento ético y crimen, a pesar de atender a investigaciones causales de cierta forma bien semejantes, no siempre es tan fácilmente perceptible en la investigación criminológica, inmiscuyendo comportamientos ilícitos en actividades legítimas (23).

(21) HEATH, Joseph, "Business ethics and moral motivation: a criminological perspective", *Journal of Business Ethics*, 83/2008, ps. 595-614.

(22) En sentido contrario, ENGELHART, Marc, "Sanktionierung von Unternehmen und Compliance: Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA", D&H, Berlín, 2012, ps. 703 y ss.

(23) Hay una amplia literatura discutiendo la especificidad de las estructuras organizacionales y las causas de la criminalidad económica. Tradicionalmente, GEIS, Gilbert — STOTLAND, Ezra, "Organizational structure and

Para la criminología económica, lo que de hecho importa es que la criminalidad corporativa es fundamentalmente criminalidad de cuello blanco. A partir de esa noción básica, se puede entender la diferenciación entre las ocupaciones en el ámbito de la estructura empresarial y la organización empresarial en sí como resultado de ese contexto más amplio y complejo de procesos decisorios e interacciones sociales que integran la actividad empresarial (24). Esa comprensión es decisiva para una interpretación más consistente de los programas de *compliance* y de su importancia en las organizaciones.

Es en ese contexto particular que la investigación científica sobre las causas, controles y estrategias de acción recobra su relevancia. Por un lado, se adquiere solidez en la individualización de los agentes, dimensiones del daño, procesos de victimización, en qué medida se puede hablar sobre efecto intimidatorio (*deterrence*) o preventivo, evaluación de la cualidad de las iniciativas de *enforcement*, políticas regulatorias e iniciativas corporativas (25). Por otro, superando la mentalidad represiva y el apego al control social formal, discutiendo las posibilidades de establecer vínculos colaborativos entre la acción del particular y los órganos fiscalizadores y reguladores (26).

organizational crime” GEIS, Gilbert et al (org.), “White collar crime: theory and research”, Sage, Beverly Hills, 1980, ps. 52-76; ALBANESE, Jay, “What Lockheed and La Cosa Nostra have in common: the effect of ideology on criminal justice policy”, *Crime and Delinquency*, 28/1982, ps. 311-323; ALBANESE, Jay, “Organizational offenders: why solutions fail to political, corporate, and organized crime”, *Apocalypse*, Niagara Falls, 1982, ps. 6 y ss.

(24) “Corporate crime is white-collar crime; but of a particular type. Corporate crime actually is organizational crime occurring in the context of complex relationships and expectations among boards of directors, executives, and managers, on the one hand, and among parent corporations, corporate divisions, and subsidiaries, on the other. This concept of corporate crime has developed rather gradually, and it is only natural that it should often be confused with the broader area of crime in the so-called white-collar occupations”, CLINARD, Marshall — YEAGER, Peter, “Corporate crime...”, ob. cit., p. 17.

(25) SIMPSON, Sally, “Corporate crime, law, and social control”, Cambridge Press, Cambridge, 2002, ps. 9 y ss.

(26) LAUFER, William, “A very special regulatory milestone”, *University of Pennsylvania Working Paper*, 9/2017, ps. 16 y ss.

III. De los *street crimes* a los *white-collar crimes* y de los *white-collar crimes* a los *corporate crimes*

Para fines didácticos, es bastante posible encontrar ciertos divisores para interpretar las prioridades de la política criminal internacional. La criminalidad corporativa fue por mucho tiempo ignorada en el Sistema de Justicia Criminal. Algunos pocos casos aislados ganaron mayor exposición, como los escándalos de financiamiento de la campaña de Richard Nixon, pero con restricciones, operando en un campo no más que simbólico, como la “moralidad pós-Watergate” (*post-Watergate morality*) y la publicación del FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*), sin incidencia significativa en la práctica. Una buena síntesis histórica de la política criminal predominante en la Guerra Fría, sobre todo en la Era Reagan, es la orientación ostensiva hacia la guerra a las drogas (*war on drugs*), especialmente como medida de contención ante el avance del régimen comunista internacional. El foco en la guerra a las drogas arrastra sus consecuencias hasta los días actuales, con repercusiones sensibles, tanto en los EE.UU. como en Brasil, en la obsesión por el encarcelamiento de masas (*mass incarceration*). Siguiendo el análisis criminológico de John Hagan, al mismo tiempo en que se llenaban las cárceles con traficantes de los *Colombian babies*, se experimentaba la ausencia de regulación de la actividad empresarial (27).

Más recientemente, desde los años 90 hasta los días actuales, la apertura de los mercados internacionales y la intensificación de la globalización económica desafió el perfil de la política criminal internacional. La priorización de la criminalidad tradicional, ya en gran medida “estable” por las políticas selectivas de encarcelamiento e higienización urbana, fue gradualmente sustituida por la criminalidad corporativa. En lugar del apelo por la seguridad urbana, las autoridades fiscalizadoras y reguladoras se apegan a la seguridad negocial. La comprensión tradicional de la criminalidad como “gestión del miedo” de la clase media frente a la escalada de violencia en la sociedad ha cedido espacio, de forma igualmente gradual, al refuerzo punitivo de la confianza en

(27) HAGAN, John, “Who are the criminals? The politics of crime policy from the Age of Roosevelt to the Age of Reagan”, Princeton Press, Princeton, 2010, ps. 101 y ss.

los negocios y en locación de recursos, motivado por esquemas insidiosos del crimen corporativo. En lugar de la interpretación jurisprudencial movida por la selectividad y el populismo de la higienización de los centros urbanos, los esquemas dogmáticos pasan a reconocer la necesidad de *anticipación* ya en el ámbito empresarial, forzando el cumplimiento de determinados niveles de comportamiento por imposición de deberes en la empresa, con reducidas exigencias en la verificación del comportamiento doloso. Esquemáticamente, sería posible articular una [1] perspectiva macropolítico-criminal y otra [2] micropolítico-criminal:

(1) Perspectiva macropolítico-criminal

Criminalidad tradicional (<i>street crime</i>)	Criminalidad corporativa (<i>corporate crime</i>)
Seguridad urbana	Seguridad negocial
Gestión del miedo	Gestión de la confianza en los negocios y locación de recursos
Violencia	Ardid/engaño

(2) Perspectiva micropolítico-criminal

Criminalidad tradicional (<i>street crime</i>)	Criminalidad corporativa (<i>corporate crime</i>)
Dolo (<i>mens rea</i>)	Normativización y tendencia a la responsabilidad objetiva
Selectividad e higienización urbana	Imposición de deberes ya en el ámbito empresarial

Por supuesto que los cuadros explicativos no representan una completa innovación (28). Esa transición fue investigada hace casi setenta años por Edwin Sutherland. A pesar de eso, ni los estudios originales de esa transición ni el esfuerzo explicativo de los cuadros esquemáticos permiten observar esa transición desde la perspectiva de la indiferencia moral frente al cuello blanco y de los costos de la criminalidad (no solamente los económicos, sino también los sociales e morales). Gilbert Geis fue de los primeros a apuntar que la criminalidad corporativa puede ser más dañosa que la mayor parte de los crímenes tradicionales, de cierta forma denunciando que las “federal and state statistical compilations of crime pay more attention to ‘muggers’ and ignore ‘smoggers’” (29). Cuando se piensa en crimen, la indignación moral (30) recae, cómodamente, sobre la criminalidad callejera. Esa indiferencia en relación con los crímenes corporativos, por mucho tiempo obstruida por la noción de crímenes sin

(28) En otro contexto, discutimos cómo Nelson Hungria pensaba —de forma extraordinaria— que esa transición de la criminalidad “violenta” para la de los “artificios del engaño” ya se encontraba en curso algunas décadas antes de Sutherland, HUNGRIA, Nelson, “Fraude penal”, Est. Graphico, Río de Janeiro, 1932, ps. 6 y ss. La percepción de Nelson Hungria sobre la violencia era bien limitada a la pequeña criminalidad patrimonial, lo que ciertamente limita su lectura. Sin embargo, son necesarios niveles más sofisticados de comprensión del problema de las drogas, no solamente por la intensificación de la guerra a las drogas, sino también por la configuración de las modernas corporaciones y la evolución social de las drogas, especialmente las industrias farmacéuticas. Hay una amplia y muy interesante literatura con respecto a este tema, por ejemplo: WAINWRIGHT, Tom, “Narcconomics: how to run a cartel”, *Public Affairs*, 2016, ps. 9 y ss.; ANGELL, Marcia, “The truth about drug companies: how they deceive us”, Random House, Nueva York, 2004, p. 3.

(29) GEIS, Gilbert, “Deterring corporate crime”. NADER, Ralph et al (org.), “Corporate power in America”, Grossman, Nueva York, 1973, p. 12.

(30) LAUFER, William, “Where is the moral indignation over corporate crime?”. BRODOWSKI, Dominik et al (org.), “Regulating corporate criminal liability”, Springer, Heidelberg, 2014, ps. 19-32.

víctima, debería ser superada por una comprensión más exacta de los procesos de victimización y de los daños causados por el comportamiento corporativo socialmente dañoso (31).

A partir de entonces, se suma al estudio de los *white-collar crimes* la investigación científica de los *corporate crimes*. Un tanto a la vanguardia, Marshall Clinard y Peter Yeager sistematizaron el estudio de la criminalidad corporativa e hicieron análisis detallado del comportamiento corporativo socialmente desviante. Surge con ellos la clasificación de las más representativas violaciones (32), con base en la seriedad en el crimen (*seriousness of crimes*) y subdividida en tres tipos principales: convencional (u ordinario), ocupacional y organizacional. Crímenes convencionales incluyen los crímenes violentos (*lower and blue-collar classes*) cometidos por medio de actividades ilegítimas, en una afronta al ordenamiento jurídico. En los crímenes ocupacionales, el comportamiento socialmente desviante es producido en el ámbito de actividades legítimas y por individuos que, en regla, respetan al ordenamiento jurídico, salvo en determinadas oportunidades que encuentran para delinquir en sus ocupaciones. Puede llegar

a cometerse *blue-collar* en sus ocupaciones, sin corresponder, sin embargo, a un montante significativo. Los crímenes organizacionales, por su vez, son cometidos por organizaciones empresariales.

El esfuerzo clasificatorio de Clinard y Yeager también fue importante para discriminar las estructuras *internas* y los factores *externos* del comportamiento corporativo socialmente dañoso. El interés criminológico en ese campo puede dedicarse a la comprensión de los factores económicos (superando el reduccionismo de la motivación de la “presión financiera”), el rol determinante de la cultura corporativa (respetando, por ejemplo, la observación del historial de continuidad de *compliance* de la empresa) y la personalidad, formación y la interacción con la estructura societaria en que se inserta la figura de los gestores (33).

De forma un tanto más amplia de lo que los iniciales esfuerzos “clasificatorios” de Clinard e Yeager, la propuesta de Braithwaite tal vez haya sido la primera en promover la necesidad de integración de las varias corrientes criminológicas en la explicación de la criminalidad ocurrida en el ámbito de las organizaciones. Braithwaite dedicó inúmeros estudios al análisis de las circunstancias que llevan a la criminalidad en el ámbito de las organizaciones. De forma bastante convincente, integra los modelos explicativos para analizar la criminalidad corporativa: teoría de la tensión para la distribución de oportunidades legítimas e ilegítimas, teoría del etiquetamiento para comprenderse la estigmatización y la formación de subculturas de resistencia (34). Si bien es verdad que la estigmatización de la empresa —el proceso de

(31) “The cost of corporate crime far exceeds the total for all the thefts, burglaries, arsons, and robberies put together”, CLINARD, Marshall — YEAGER, Peter, “Corporate crime. New Brunswick?”, Transaction, 2009, p. xii; sobre la seriedad de las infracciones económicas ocurridas en el ámbito corporativo, Jeffrey Reiman reafirma los elevados costos sociales: “it takes far more dollars from our pockets than all the FBI Index crímenes combined”, REIMAN, Jeffrey, “The rich get richer and the poor get prison: ideology, crime and criminal justice”, Allyn&Bacon, Boston, 1995, 4ª ed., p. 109. Discutimos esa cuestión longamente en SAAD-DINIZ, Eduardo, “Victimología corporativa” (breve publicación).

(32) “Corporate crime demonstrates that corporate law-breaking covers a very wide range of misbehavior, much of it serious: among these violations are accounting malpractices, including false statements of corporate assets and profits; occupational safety and health hazards; unfair labor practices; the manufacture and sale of hazardous products and misleading packaging of products; abuses of competition that restrain trade such as antitrust and agreements among corporations to allocate markets; false and misleading advertising; environmental violations of air and water pollution, and illegal dumping of hazardous materials; illegal domestic political contributions and bribery of foreign officials for corporate benefits”. CLINARD, Marshall — YEAGER, Peter, “Corporate crime...”, ob. cit., p. x.

(33) CLINARD, Marshall — YEAGER, Peter, “Corporate crime...”, ob. cit., ps. xl-xli. La mentalidad clasificatoria, sin embargo, tal vez deje desapercibida una más consistente comprensión de la personalidad. No solamente por la dinámica del comportamiento desviante —como las corporaciones influyen directa o indirectamente en la criminalidad convencional— a partir de su infiltración en la cohesión social y de su irresponsabilidad —, sino también porque no aprehende una serie de turning points y sucesivos procesos de etiquetamiento en el curso de la vida de la empresa.

(34) BRAITHWAITE, John, “Criminological theory and organizational crime”, *Criminological Theory*, 6/1989, ps. 333-358.

corporate shaming (35)— es controvertida y de difícil demostración empírica (como visto *supra*, la criminología crítica supera esa cuestión a partir de las reflexiones sobre neutralización y rutinización, ya que las empresas acaban representando “más bien que daño”, *more good than harm*), la cuestión de la formación de las subculturas como resistencia a la regulación y al control revela un elevado potencial explicativo de la relación entre un particular y órganos fiscalizadores y reguladores. Juntamente con Ian Aires, Braithwaite desarrolló la noción de regulación responsiva (*responsive regulation*), que hace referencia a una regulación basada en un escalonamiento de conductas y formas correlativas —y proporcionales— de control, o “autorregulación regulada” (*enforced self-regulation*) (36), revisada, en seguida, de acuerdo con una mayor sensibilidad a la realidad institucional de los países en desarrollo (37).

El perfeccionamiento teórico a partir de las tesis de Braithwaite abre nuevas posibilidades para la comprensión de la experiencia brasileña. Tomándose como punto de partida la inestabilidad y la desorganización de las instituciones, seguido de la reacción indiscriminada y desproporcional de los mecanismos sancionatorios, lo que se tiene en verdad es un proceso continuo de desacoplamiento entre autorregulación y regulación (38). Además de eso, los enclaves para un modelo responsivo a la criminalidad corporativa no consisten solamente en la falta de estabilidad institucional. El contexto brasileño

(35) Para los fundamentos del shaming, BRAITHWAITE, John, “Crime, Shame, and Reintegration”, Cambridge Press, Cambridge, 1989, ps. 69 y ss.

(36) Para la comprensión de la “pirámide regulatoria” formada por el escalonamiento de conductas, AIRES, Ian — BRAITHWAITE, John, “Responsive regulation: transcending the deregulation debate”, Oxford Press, Nueva York, 1992, ps. 101 y ss.

(37) BRAITHWAITE, John, “Responsive regulation and developing economies”, *World Development*, 34/2006, ps. 884-898.

(38) En otras oportunidades fue posible criticar la noción de autorregulación regulada, SAAD-DINIZ, Eduardo, “Códigos corporativos privados: ¿Alternativa para prevención de la corrupción y protección de derechos humanos en el ámbito corporativo?”. SAAD-DINIZ, Eduardo — SABADINI, Patricio *et al.* (org.) “Regulación del abuso en el ámbito corporativo”, Ed. Contexto, Resistencia, 2016, ps. 103-116.

nos remite a un régimen democrático en franco proceso de maduración, aún pendiente de superación de resquicios del pasado autoritario y con fuerte relación de dependencia económica y de la presencia de multinacionales para promover sus iniciativas de desarrollo socioeconómico. Una criminología económica eminentemente brasileña debe actuar en el enfrentamiento de la relación incestuosa entre empresa y autoritarismo, entre marginalización de la criminalidad callejera, indiferencia con la criminalidad corporativa y el fanatismo moral de las campañas de “limpieza ética” (39). La priorización de la criminalidad corporativa y las iniciativas de autorregulación deben ser profundamente redefinidas, si fuera mismo el caso de manifestación genuina de acierto de cuentas entre las organizaciones empresariales y la sociedad brasileña, mediado por la integridad en los negocios.

IV. Investigación criminológica comparada y control social formal de las organizaciones

El análisis del control social de las organizaciones es orientado por la criminología económica. Por el momento lo que interesa es solo el estudio del control social formal en una perspectiva comparada, buscando intercambio entre las experiencias internacionales y aprendizaje histórico. Semejante estudio, sin embargo, encuentra determinadas barreras por la falta de datos más precisos sobre el control social formal en nivel global. Si bien es cierto que el análisis de las experiencias internacionales puede servir de referencia para incrementar el conocimiento nacional sobre causas, consecuencias, perfil criminal, rol de las multinacionales, ejercicio de selectividad, insuficiencia de *enforcement* y posibilidades de *global regulation*, es igualmente cierto que la investigación comparativa tampoco responde a parámetros claros. Poco se conoce sobre la tradición jurídica norteamericana y sus influencias

(39) En otra ocasión, cuestionamos cierta coincidencia entre las estructuras de financiamiento corporativo de la Dictadura Militar y los esquemas empresariales evidenciados en la Operação Lava Jato, SAAD-DINIZ, Eduardo — SPONCHIADO, Jéssica R., “La financiación corporativa de la Dictadura militar en Brasil: en búsqueda de la reparación de las víctimas”. VÉLEZ RODRÍGUEZ, Luís A. — RODRÍGUEZ CAMACHO, David A. (org.), *Sociedad y fuerza pública ante los retos de la Paz: Justicia Transicional, víctimas y consolidación democrática*, Ed. Ibáñez, Bogotá, 2017, ps. 435-457.

en la configuración global de la criminalidad de las organizaciones. Inclusive se desconocen estudios de priorización político-criminal, limitando la investigación en ciencias criminales, en regla, al análisis descriptivo de los instrumentos normativos.

Es bastante poco común en la discusión iberoamericana encontrar evaluaciones de los modelos pioneros de Holanda o Francia. Como bien destacado por John Vervaele, la referencia holandesa podría ser bien significativa para situar determinados aprendizajes en la materia. Vervaele demuestra que el art. 15 de la ley WED de los años 50 colocaba la función económica como determinante para el reconocimiento de la autoría y punibilidad de la empresa, justificando el régimen de necesidad de regulación socioeconómica. En el CP holandés de 1965, se atribuye responsabilidad a los directivos por conducta de terceros en la empresa. Sin embargo, en 1976 que el art. 51, CP holandés, introdujo la responsabilidad penal empresarial, alcanzando relevante consecuencia práctica el hecho de que “la punición de la persona jurídica es muy importante para la punición de los responsables funcionales dentro de la empresa. La cualidad de autor de la persona jurídica no es solamente la base de la punibilidad penal de la persona jurídica, sino también la de personas físicas que efectivamente dirigieron la conducta ilícita” (40).

La discusión europea ha evidenciado cierto liderazgo en España (41) y en Italia (42), y, salvo las influyentes ideas penales económicas de Klaus Tiedemann (43), persiste históricamente el rechazo a imputación penal a las empresas en

Alemania (44). Recientemente, inclusive, se llegan a observar propuestas legislativas, como el *Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen den Entwurf eines Verbandsstrafgesetzbuchs* (2013) (45) y el *Kölner Entwurf eines Verbands-sanktionengesetzes* (2017) (46). Específicamente en relación con esto último, se elaboraron elaboradas promisoras propuestas de responsabilidad penal empresarial y crímenes relacionados, además de aspectos procesales. Las recomendaciones son orientadas por la idea de prevención especial y mejora de las estructuras empresariales, concibiendo las infracciones corporativas a partir del beneficio obtenido o que la empresa debería obtener, o a partir de la infracción de deber relacionada a la empresa, en la medida en que esa violación no se refiera a una autolesión. La fundamentación criminológica, sin embargo, debe cuestionar las estrategias de atribución de responsabilidad penal a las empresas, determinándose, con precisión y a partir de evidencias

(44) Es contundente la crítica dogmática alemana tradicional. Por todos, FRISCH, Wolfgang. “Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung”, *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension, Festschrift für Jürgen Wolter, D&H, Berlin, 2013*, ps. 349-373.

(45) Cfr. análisis crítica en HOVEN, Elisa., “Der nordrhein-westfälische Entwurf eines Verbandsstrafgesetzbuchs: Eine kritische Betrachtung von Begründungsmodell und Voraussetzungen der Straftatbestände”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 1/2014, ps. 19-30.

(46) HENSSLER, Martin — HOVEN, Elisa — KUBICIEL, Michael — WEIGEND, Thomas, “Kölner Entwurf eines Verbandsstrafgesetzbuchs”, Universität zu Köln, 2017. Toda la técnica legislativa parte de la siguiente constatación de naturaleza criminológica: “*Unternehmen und Verbände haben einen Einfluss auf die Gesellschaft, der die Wirkungen des Handelns natürlicher Personen erheblich übersteigt. 1 Einerseits tragen sie entscheidend zur Wertschöpfung und damit zum Wohlstand der Gesellschaft bei, andererseits können Straftatn, hinter denen die Macht eines Unternehmens steht, weit größere Schäden anrichten als dies bei den Taten von Individuen der Fall ist. Das geltende deutsche Recht wird dieser Situation nicht gerecht. (...) Auch wirtschaftspolitische Erwägungen sprechen nicht gegen eine Umgestaltung des Unternehmensstrafrechts. Im Gegenteil: Eine sachgerechte Reform läuft den Interessen der Unternehmen nicht zuwider, sondern dient der Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen sowie der Vorhersehbarkeit der —bislang undurchsichtigen und uneinheitlichen— Rechtsanwendung und ermöglicht eine Honorierung von Compliance-Maßnahmen*”. Para más información: KUBICIEL, Michael — HOVEN, Elisa — JAHN, Matthias et al (org.), “Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen”, Nomos, Baden-Baden, 2016, p. 160.

(40) VERVAELE, John, “Societas/ universitas delinquere ed puniri potest: a experiência holandesa como modelo para a Espanha?”, *Revista Liberdades*, 14/2013, ps. 93-130.

(41) Véase, por todos, NIETO MARTÍN, Adán, “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas”. NIETO MARTÍN, Adán, “Manual de cumplimiento penal en la empresa”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, ps. 50 y ss.

(42) FIORELLA, Antonio, “Alla ricerca dei comuni denominatori dell’illecito dell’ente da reato”. FIORELLA, Antonio — VALENZANO, Anna S. (org.), “Responsabilità degli enti da reato e mercati emergente”, Sapienza Università Editrice, Roma, 2017, ps. 7 y ss.

(43) TIEDEMANN, Klaus — ENGELHART, Marc, “Wirtschaftsstrafrecht”, Franz Vahlen, München, 2017, 5ª ed., ps. 176 y ss.

científicas, qué comportamientos, qué tipo de asociación empresarial, la modalidad sancionatoria, la efectividad de las medidas, daños a la comunidad, las formas de restauración. En una palabra, la criminología corporativa requiere revisión de los padrones tradicionales de responsabilidad empresarial y de la realización práctica cotidiana del Sistema de Justicia criminal, de forma tal que la investigación comparada y la fundamentación con base en evidencias podrían ser bien promisoras.

De todos modos, aunque en vista de las innovaciones en el campo de la imputación penal a la empresa, el legado del derecho administrativo sancionador sigue siendo bastante incisivo en algunos ordenamientos jurídicos (47), incluso en el brasileño. Trae consigo, sin embargo, una serie de limitaciones procesales (poderes de investigación, aprehensión, decomiso), además de dificultar la capacidad de dirigir el juicio de reproche al comportamiento corporativo socialmente dañoso (48). En Latinoamérica, la historia de la responsabilidad penal empresarial aún es incipiente, con regulaciones recientes y

pocas repercusiones en la investigación criminológica: Chile (*Ley 20.393/2009*), Argentina (*Ley 27.401/2017*), y Perú (*Ley 30.424/2018*).

El centenario modelo norteamericano es fuertemente orientado hacia la realización de determinadas metas sociales (aplicación del control social, desalentar la venganza privada, expresión de la moral y de la opinión pública, intimidación del comportamiento desviante), confiriéndoles a las estrategias de control social formal la debida importancia del reconocimiento de la personalidad de las empresas (49). En *Corporate bodies and guilty minds*, William Laufer introduce la interpretación constructivista de la atribución de responsabilidad a las empresas. Esa interpretación parte del presupuesto de que la intencionalidad de la empresa expresa una noción de culpabilidad genuina de la empresa (*genuine corporate fault*), que substituye los criterios de la responsabilidad vicariante por elementos característicos (*features*), dimensiones (*aspects*), y cualidades esenciales (*attributes*) de la empresa (50). Precisamente a esos actos que expresan los elementos característicos, dimensiones y cualidades esenciales de la empresa les corresponde el estado mental corporativo (51).

(47) Analizando la experiencia europea, Vervaele critica: "(...) o Direito sancionador administrativo é, em muitos países, uma importante forma de subdesenvolvimento, tanto em nível jurídico quanto prático. Na maioria dos Estados-Membros da União Europeia os poderes de investigação, apreensão, confisco, etc. são muito mais limitados em termos de Direito sancionador administrativo que no Derecho Penal. Ao contrário da Alemanha, onde existem, em certa medida, vasos comunicantes entre as matérias administrativas e penais abrangidas na persecução, todos os outros sistemas conhecem sanções administrativas e penais completamente diferentes; os procedimentos administrativos são caracterizados por meios de investigação, apreensões etc., muito mais limitados do que no processo penal. Claramente quando se fala da persecução das empresas é primordial dispor de meios importantes para a obtenção de provas", VERVAELE, John, "Societas/ universitas...", ob. cit.

(48) La producción científica nacional, sin embargo, se articula en torno de la consolidación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Desde la fundamentación político-criminal (derivada de imperativo constitucional), SARCEDO, Leandro, "Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica", LiberArs, São Paulo, 2016; en crítica al legado autoritario del derecho administrativo sancionador brasileño, BARRILARI, Claudia C., "Autorregulación regulada, criminal compliance e mecanismos sancionatórios", Tese-USP, São Paulo, 2017; recientemente, recurriendo al estudio dogmático del "injusto de la organización", VELLUDO SALVADOR NETTO, Alamiro, "Responsabilidade penal da pessoa jurídica", RT, São Paulo, 2018.

(49) El centenario modelo norteamericano es ampliamente debatido. Para un análisis de los principales fundamentos, de la forma como es recibida por el ordenamiento y de los instrumentos dogmáticos necesarios a su aplicación práctica, KHANNA, Vik, "Corporate liability standards: when should corporations be held criminally liable?", *American Criminal Law Review*, 37/2000, ps. 1239 y ss.; recientemente, discutiendo en detalles los distintos modelos de imputación penal a la empresa, DIAMANTIS, Mihailis, "Corporate criminal minds", *Notre Dame Law Review*, 91/2016, ps. 2050-2090; en reproche a la responsabilidad penal empresarial, HASNAS, John, "The centenary of a mistake: one hundred years of corporate criminal liability", *American Criminal Law Review*, 46/2009, p. 1329-1358.

(50) LAUFER, William, "Corporate bodies and guilty minds", Chicago Press, Chicago, 2006, p. 57. Esos criterios son necesarios para determinar la conducta punible de la empresa: tamaño, complejidad, formalidad, funcionalidad, proceso de toma de decisión, estructura de la organización corporativa, LAUFER, William, "Corporate bodies...", ob. cit., p. 72.

(51) "Constructive culpability considers a wide range of states of mind derived from organizational attributes, features, processes, and structures in relation to the actions of corporate agents. In contrast to other models of corporate fault, constructive culpability considers corporate intention, knowledge, recklessness, and negligence", LAUFER, William, "Corporate bodies...", ob. cit., p. 77.

Laufer analiza cuatro modelos para la comprensión de la culpabilidad de la empresa: 1) culpabilidad proactiva, 2) culpabilidad reactiva, 3) *ethos* corporativo, 4) política corporativa. En la interpretación de Laufer, la culpabilidad proactiva (*proactive corporate fault - PCF*) identifica fallas en las prácticas corporativas o procedimientos de prevención a las infracciones económicas. La evidencia de fallas en la prevención lleva a la atribución de responsabilidad penal, pudiendo ser demostrada a partir de sus políticas preventivas y de la consistencia en la prohibición de conductas en forma de códigos de conducta, ética o entrenamientos de *compliance*. Aún en la línea de Laufer, las iniciativas para evitar la atribución de responsabilidad proactiva estarían concentradas en las estrategias de los altos ejecutivos y consejos de administración dirigidos a informes de *compliance*, evaluaciones periódicas y *due diligence* defensiva (52). A su vez, la culpabilidad reactiva (*reactive corporate fault - RCF*) sirve para identificar fallas en las medidas correctivas póst-delictivas. Ella desplaza la interpretación de la culpabilidad y responsabilidad del ámbito de los comportamientos anteriores a la práctica de la conducta típica (*actus reus*) hacia el comportamiento de reacción luego de realizada la conducta típica (53). Las teorías del *ethos* corporativo (*corporate ethos - CE*) se apegan a la falla en la cultura organizacional o personalidad que lleva a estar involucrado en infracciones económicas o mismo comportamiento antiético. El *ethos* corporativo se expresa en las estructuras jerárquicas, finalidad, políticas y en los esfuerzos demostrados en términos de compromiso de *compliance* y alineamiento a los padrones regulatorios (54), pero haciendo hincapié en la omisión de los gestores no solamente en la comisión de infracciones económicas, sino también en la reacción póst-delictiva. Y, por ende, la política corporativa (*corporate policy - CP*) se dedica a la configuración de los procesos decisorios comunicados en la empresa que reflejan tanto la estructura de la organización como su cultura a partir de decisiones individuales (55).

(52) LAUFER, William, "Corporate bodies...", ob. cit., p. 58.

(53) *Ibidem*, ps. 57-58.

(54) *Ibidem*, p. 58.

(55) *Ibidem*, p. 59. Las teorías de la política corporativa se remontan a los estudios de Peter French. Más sobre en FRENCH, Peter, "Collective and corporate responsibility",

La crítica de Laufer a esos modelos toma por base la necesidad de reorientación normativa de la responsabilidad penal empresarial en torno a una culpabilidad corporativa genuina (*genuine corporate culpability*) y, desde el punto de vista técnico-jurídico, un desarrollo más acertado de los conceptos y criterios de aplicación del derecho penal (PCF, RCF y CE negligencian las exigencias de intencionalidad - *mens rea*) y reconocimiento de la culpabilidad con base en la acción, circunstancias y resultado de la conducta (56). En la línea de Laufer, significa entonces que una percepción más madura de la *corporate mens rea* no solamente permitiría la recepción más consistente de una responsabilidad penal empresarial "genuina" como también viabilizaría decisiones jurídicas mejor orientadas a la culpabilidad proactiva y reactiva, incluso como elementos de atenuación o agravamiento de la pena (57). RCF y CE deberían limitarse a la interpretación pos-juicio, ya que difícilmente podrían influenciar en la motivación de la sentencia. Más delicado que eso, PCF y RCF podrían motivar decisiones equivocadas sobre las dimensiones de la culpabilidad, generando o un "falso positivo" sobre el comportamiento de la empresa en condenación o un "falso negativo" en la absolución (58). Ninguno de esos cuatro modelos correspondería a la in-

Columbia Press, Nueva York, 1984. Es muy preciso el análisis de Laufer sobre las ideas de French: "According to Peter French, the components of the corporation's internal decisions structure (CID structure), consisting of the corporation's flowchart and procedural and recognition rules, make up the elements that define corporate intentionality. Whether the action is legal or illegal, the corporation establishes certain goals and objectives for the purpose of carrying forth the action or intention. Corporate intention may be found in the express corporate policy when an illegal act is accompanied by any one of the following three criteria: 1) a corporate practice or policy violates the law; 2) it was reasonably foreseeable that a corporate practice or policy would result in a corporate agent's violation of the law; or 3) a corporation adopts or ratifies a corporate agent's violation of the law", LAUFER, William, "Corporate bodies...", ob. cit., p. 59.

(56) *Ibidem*, p. 59.

(57) *Ibidem*, p. 60.

(58) "RCF also fails to capture a genuine corporate culpability to the extent that a reactive program of a corporation reflects an entity's response to the discovery of an illegal act rather than the commission of the act itself. CE model explain little in the way of organizational culpability. They are models of organizational liability rather than culpability, which is made apparent by a summary of circumstances in which corporate fault may be found". LAUFER, William, "Corporate bodies...", ob. cit., p. 60.

interpretación constructiva de la culpabilidad, por limitarse a meramente reproducir el mismo esquema lógico-jurídico (*proxy*) de la responsabilidad individual. El carácter innovador de la tesis de Laufer consiste en “construir” la culpabilidad sin mayor apego al elemento subjetivo, extrayendo el sentido de la responsabilidad a partir de hechos, circunstancias, conductas e intención de la organización. La construcción de la responsabilidad podría ser adquirida a partir de inferencias razonables sobre las relaciones posibles entre la conducta de la corporación, las circunstancias y la posibilidad de conocimiento sobre las consecuencias de la conducta, o aún por medio de la averiguación de que, por el tamaño, estructura, complejidad, sería razonable el conocimiento del riesgo de la actividad empresarial (59). A pesar de que la averiguación de lo subjetivo viene anclada en lo objetivo, desde el punto de vista de la realización práctica del Sistema de Justicia Criminal, en verdad las intenciones y la personalidad de la organización importan bastante poco, si lo que de hecho interesa son los elementos característicos, dimensiones y cualidades esenciales de la empresa, tal cual fue concretado en el caso “State of Wisconsin vs. Richard Knutson, Inc., 7.26.1995” (60).

Aunque incipiente y a pesar de todas las limitaciones científicas, la investigación criminológica comparada puede ser decisiva en la conducción de mejoras significativas del control social formal de las organizaciones. Se trata de paso fundamental para la mejor comprensión de los programas de *compliance* en la mejoría del ambiente ético de los negocios.

V. Enforcement y compliance

La criminología económica no solamente auxilia en la investigación de las causas de las in-

fracciones económicas, sino también en el estudio de las formas de control del comportamiento corporativo socialmente dañoso, del control social del negocio y de la evaluación del funcionamiento del Sistema de Justicia Criminal. En lo que concierne al funcionamiento del Sistema de Justicia Criminal, su realización cotidiana es la mediación que llena el recorrido de la realidad del crimen a la realidad del comportamiento corporativo socialmente dañoso. Su mayor o menor estabilidad es esencial para la configuración de programas de *compliance* que expresen formas auténticas de manifestación del comportamiento ético y colaborativo (61).

John Hasnas, de forma bastante creativa, discute los crímenes de cuello blanco particularmente involucrados con comportamiento honesto y a partir de las funciones de *compliance*. Sin embargo, para que la “justicia organizacional” (*organizational justice*) sea alcanzada, tanto las medidas de *enforcement* cuanto las orientaciones de *compliance* y gestión organizacional deben ser, sino profundamente redefinidas, al menos revisadas críticamente. En lo que respecta a las medidas de *enforcement*, Hasnas recupera el estudio de las bases liberales del derecho norteamericano 1) exigencia de *mens rea*, 2) ausencia de responsabilidad vicariante, 3) principio de la legalidad, 4) presunción de inocencia, 5) exigencia de prueba más allá de duda razonable, 6) secreto profesional (*attorney client-privilege*), 7) derecho de no autoincriminarse (*privilege against self-incrimination*) para demostrar una cierta inadecuación con las demandas de efectiva investigación de la criminalidad empresarial (62). Pero si las

(59) “Constructive fault permits fact finders to move beyond the strictures of subjective evidence of culpability in order to find corporate states of mind that may be more reasonably deduced or inferred - with or without the assistance of subjective evidence of the defendant. The search is for the best possible estimation of a corporate mental state through actual knowledge, as well as through reasonable inferences”. LAUFER, William, “Corporate bodies...”, ob. cit., ps. 71-73.

(60) WALT, Steven — LAUFER, William, “Why personhood doesn’t matter: corporate criminal liability and sanctions”, *American Journal of Criminal Law*, 18/1991, ps. 263-287.

(61) “Excellent regulators, therefore, should seek out opportunities to encourage enterprises to go beyond compliance, where there hold out the prospect of lifting the performance of all regulates, or at the very least, of improving the performance of those who go beyond compliance in a cost-effective manner”, GUNNINGHAM, Neil. “Compliance, enforcement, and regulatory excellence”. COGLIANESE, Cary (org.), “Achieving regulatory excellence”, The Brookings, Washington, 2017, p. 199.

(62) “By making it more difficult for the prosecution to obtain convictions, the liberal features of the criminal law reduced its deterrent value and thereby reduced its effectiveness in suppressing crime. Thus, Anglo-American criminal law purchased individuals’ protection against erroneous or abusive governmental action at the cost of individual’s reduced protection against the criminal activity of their fellows”, HASNAS, John, “Trapped: when acting ethically is against the law”, CATO, Washington, 2006, p. 18.

motivaciones y el carácter no-violento del comportamiento engañoso en los crímenes de cuello blanco [“there is usually no *corpus delicti* or ‘smoking gun’ to introduce into evidence” (63)], la compleja dinámica de las organizaciones empresariales deja la cuestión aún más delicada. Descentralización de las estructuras societarias, delegación de deberes y cierta pulverización de los responsables por los procesos de toma de decisión representan verdaderos enclaves al funcionamiento del Sistema de Justicia Criminal justificaran determinadas “evoluciones” en tres campos principales: 1) concepto de responsabilidad penal empresarial, 2) producción legislativa de nuevas conductas ilícitas (con énfasis en menor exigencia en términos de *mens rea*), y la especialización de las actividades de *enforcement* por medio de las 3) *U.S. Sentencing Commission’s Sentencing Guidelines for Organizations* (64).

La realización de la justicia en los programas de *compliance* enfrenta cuestiones fundantes de la ética negocial no menos decisivas, tales como confianza, privacidad, confidencialidad y secreto. Por un lado, las estrategias de gestión, así como analizado por Hasnas, crean determinados “bloques organizacionales” (*organizational blocks*), filtrando el flujo de informaciones y una identificación más coherente entre decisión, responsabilidad y riesgo (65). Por otro, al traer para el ámbito interno las investigaciones internas y

las técnicas de obtención de información de los instrumentos de *compliance*, la propia empresa se apodera del manejo de la confianza y de la confidencialidad de las informaciones (66).

La historia reciente en los EE.UU. es bastante explicativa sobre la desorientación o falta de régimen político criminal en la actuación funcional de los órganos fiscalizadores. Desde de la pos-Guerra Mundial hasta el fin de la Guerra Fría, la regulación del comportamiento corporativo socialmente dañoso fue, en líneas generales, absorbida por las disputas políticas de desregulamentación de los mercados. Solamente en el 1999, por medio del *Holder Memo - Bringing Criminal Charges Against Corporations* (67), el Departamento de Justicia (*Department of Justice - DOJ*) procuró especificar la discrecionalidad de los órganos fiscalizadores, estableciendo ocho factores a ser considerados en el proceso de atribución de responsabilidad.

Las autoridades fiscalizadoras deberían llevar en consideración las consecuencias colaterales de la investigación criminal (II.7), especialmente

(63) HASNAS, John, “Trapped...”, ob. cit., p. 18.

(64) “*The Organizational Sentencing Guidelines are designed to govern the sentencing of corporate entities convicted of violating federal law. Because such entities cannot be imprisoned, the guidelines consist of a schedule of fines to be levied against corporate violators that are determined on the basis of the offense committed and the organization’s corporate character as captured by a ‘culpability score’*”, HASNAS, ob. cit., p. 45.

(65) Por consiguiente, los modelos de infracción de deber no pueden limitarse a simple violación de obligaciones. Así como pensamos, le corresponde a las empresas el deber positivo de crear las condiciones necesarias para el cumplimiento de deber: “(...) *corporate managers cannot meet their obligation to ensure that their organization is functioning both ethically and legally merely by reviewing the information that reaches their desks. They must actively seek out the information necessary to form an accurate picture of what is taking place within their organization. Thus, organizations have a positive duty to engage in ethical legal-assessment*”, HASNAS, John, “Trapped...”, ob. cit., p. 82; discutimos estas cuestiones em SAAD-DINIZ, Eduardo, “Brasil vs. Golias...”, ob. cit., ps. 45 y ss.

(66) “*To learn of potential ethical problems, organizations set up alternative, usually confidential channels of communication that allow employees to voice ethical concerns without fear of damaging their careers. By using employee hotlines, ombudsmen, or ethics officers, organizations seek to circumvent both organizational blocks and the information-distorting effects of bureaucracy and personal interest. To learn of potential legal problems, organizations authorize their corporate counsel to gather information and conduct internal investigations under the protection of the attorney-client privilege. This allows organizations to avoid organizational blocks by going directly to the source of the information and to overcome the obscuring effects of self-interest by assuring employees that their statements to counsel will not be used against them at a later time. These mechanisms allow corporate managers to gather the information necessary to prevent or correct ethical lapses or legal violations*”, HASNAS, John, “Trapped...”, ob. cit., p. 82.

(67) Ver: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/charging-corps.PDF>. “*General Principle: Corporations should not be treated leniently because of their artificial nature nor should they be subject to harsher treatment. Vigorous enforcement of the criminal laws against corporate wrongdoers, where appropriate, results in great benefits for law enforcement and the public, particularly in the area of white collar crime. Indicting corporations for wrongdoing enables the government to address and be a force for positive change of corporate culture, alter corporate behavior, and prevent, discover, and punish white collar crime*”.

en lo que respecta al “daño desproporcional a inversores inocentes (*shareholders*), que podrían ser injustamente lesionados por las iniciativas de *enforcement*, y a la incriminación de empleados sin prueba de responsabilización individual. En gran medida, el *Holder Memo* vehiculó la creencia en la capacidad de introducir los órganos fiscalizadores como posible estructura de gobernanza, a partir de la percepción de que la actuación de *enforcement* impactaría en mudanzas significativas en la conducción ética de los negocios, sino la imprecisión en el empleo del criterio de daño colateral fue considerada, por mucho tiempo, un enclave y el funcionamiento del Sistema de Justicia Criminal frente a la alta criminalidad corporativa.

Con la escalada de los escándalos corporativos, con especial énfasis en las consecuencias del mundo pos-Enron (*post-Enron world*), se insistió en la tesis de la infracción del deber de vigilancia por parte de los *gatekeepers* y despertó intensa retórica de la efectividad en la prevención a las infracciones económicas (68). En función de ese contexto, en 2003, el *Thompson Memorandum - Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* acrecentó la cuestión de la responsabilidad individual en hipótesis de comportamiento corporativo socialmente dañoso. A pesar de eso, no fue suficiente para resolver el problema de la centralidad del daño, solamente enfatizando la —aún más porosa— noción de (“in great benefits for law enforcement and the public”), sumando al ítem II.7 el “impact on the public arising from the prosecution” (69).

Sin embargo, el principal cambio tal vez haya sido el análisis de la colaboración con la inves-

tigación criminal, lo que les concedió a los fiscalizadores un persuasivo mecanismo jurídico para evaluar la resistencia en la producción de pruebas y obstrucción del Sistema de Justicia Criminal. El problema es que la cooperación, concebida inicialmente a partir de la voluntariedad como su calidad esencial, ha sido a partir de entonces sistemáticamente substituida por técnicas coercitivas, desnaturalizando lo que en tesis se concebía como regulación responsiva. Desacompañadas del debido control judicial (legislativo y jurisprudencial) de las nuevas estrategias de política criminal persecutoria (70), la adecuación de esas nuevas técnicas de investigación con el modelo constitucional de protección de libertades personales mereció la preocupación de los juristas, tanto en los EE.UU. cuanto internacionalmente. La oposición-integración entre los modelos normativos de cooperación y coerción representa uno de los temas más candentes de la criminología económica, aún carente de investigación científica más sólida.

Em el 2007, el *McNulty Memorandum*, que mantuvo el nombre de *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*(71), fue un intento de corregir excesos aportados por las novas técnicas de investigación. La cuestión de la verificación de derechos fundamentales recibió mayor atención, revisando el secreto profesional del abogado (*attorney-client privilege*) y el ámbito de protección de la Quinta Emenda (*Fifth Amendment*) (72). Poco tiempo después, la desorientación de la actuación de las autoridades de *enforcement* se reflejó en la comprensión de

(68) WEISMAN, Andrew — NEWMAN, David, “Rethinking corporate criminal liability”, *Indiana Law Journal*, 82/2007, ps. 441 y ss.

(69) Ver: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/poladv/priorities/privilegewaiver/2003jan20_privwaiv_dojthomp.authcheckdam.pdf. “General Principle: Corporations should not be treated leniently because of their artificial nature nor should they be subject to harsher treatment. Vigorous enforcement of the criminal laws against corporate wrongdoers, where appropriate results in great benefits for law enforcement and the public, particularly in the area of white collar crime. Indicting corporations for wrongdoing enables the government to address and be a force for positive change of corporate culture, alter corporate behavior, and prevent, discover, and punish white collar crime”.

(70) “Even a casual reading of the Holder and Thompson Memos leads to the conclusion that prosecutors used their vast discretion to craft a new set of liability rules, without legislative assistance, that largely abandon principles of vicarious liability and attempt to replace the substantive law with recognition of corporate personhood. But both sets of guidelines are no substitutes for the substantive law. While purporting to part of a rigorous program of corporate prosecution, the guidelines reveal an equivocation that is remarkable”, LAUFER, William, “Corporate bodies..”, ob. cit., p. 63.

(71) https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/lagacy/2007/07/05/mcnulty_memo.pdf.

(72) WEISMAN, Andrew — STAUFFER, Robert — BUGAN, Ana, “DOJ replaces Thompson Memorandum with McNulty Memorandum”, White Collar Practice Alert, 12-2006, p. 3.

la efectividad de la colaboración. Autoridades fiscalizadoras y órganos reguladores pasaron a debatir si las empresas solamente presentaban programas de “uso cosmético” (73) o si los programas repercutían de hecho en la rutina de la actividad empresarial.

Incluso en los EE.UU., la realización práctica del Sistema de Justicia Criminal sigue siendo bastante desorientada (74). Como si no hubiera aprendido con el fracaso de las tesis sobre las fallas de *gatekeepers*, en el 2015, el *Yates Memo - Individual Accountability for Corporate Wrongdoing* revé la prioridad del Departamento de Justicia, concentrando los esfuerzos en la atri-

(73) NIETO MARTIN, Adan, “Cosmetic Use and Lack of Precision in Compliance Programs: Any Solution?”, *Eucrim*, 3/2012, ps. 124 y ss.

(74) “*Corporate criminal enforcement has exploded in this country. Billion-dollar fines are now routine, where they were unimaginable a decade ago, across a range of industries, from Big Pharma to the largest megabanks to defense contractors and energy companies. We have federal prosecutors and the Department of Justice (‘DOJ’), together with the white-collar bar, to thank for this. Their innovations have transformed what was, in decades past, a backwater area of criminal practice, in which corporate enforcement was uncommon and any resulting fines often quite minor, into a rapidly changing and exciting field of practice. Yet deep concerns remain. General Motors recently received an out-of-court deferred prosecution agreement that permits the company to avoid a conviction for concealing defects over many years—actions that cost over a hundred people their lives—accompanied by no charges for any employees. We have seen major financial institutions like AIG, Barclays, Credit Suisse, HSBC, JPMorgan, Lloyds, and UBS prosecuted repeatedly in a space of just a few years. Just imposing eye-catching corporate fines is not enough to generate lasting accountability*”, GARRETT, Brandon, “Response: the metamorphosis of corporate criminal prosecutions”. *Virginia Law Review*, 101; 2015. A pesar de que la descripción objetiva de Garrett sea bastante explicativa, sus recomendaciones para la mejora del Sistema de Justicia Criminal son, sin embargo, imprecisas: 1) no puede haber acuerdos fuera de los Tribunales; 2) se debe dar mayor publicidad a los acuerdos, especialmente con relación a las multas pagas y deducción de impuestos; 3) los procesos deben ser acompañados de responsabilidad individual (“(...) corporations that receive non-prosecution and deferred prosecution agreements typically manage to insulate individuals from prosecution, although they invariably agree to fully cooperate with prosecutors. When individuals are charged, they are typically low-level employees, not higher-ups, and they often do not receive jail time”; 4) órganos fiscalizadores necesitan mayores recursos para actividades de enforcement.

bución de responsabilidad individual (75). En función de los cambios recientes de orientación, que retoman la imputación penal a la empresa, tal vez haya sido festejado de antemano por doctrinadores contrarios a la responsabilidad penal empresarial (76). Más recientemente, en el 2017, la División de Estafas del DOJ sintetizó las recomendaciones para una evaluación de efectividad *Evaluation of Corporate Compliance Programs* (77). En el campo de la métrica de la efectividad, hay variables y prácticas decentes para medir la efectividad

(75) Ver: <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>. “One of the most effective ways to combat corporate misconduct is by seeking accountability from the individuals who perpetrated the wrongdoing. Such accountability is important for several reasons: it deters future illegal activity, it incentivizes changes in corporate behavior, it ensures that the proper parties are held responsible for their actions, and it promotes the public’s confidence in our justice system”. Reconoce, sin embargo, que “in large corporations, where responsibility can be diffuse and decisions are made at various levels, it can be difficult to determine if someone possessed the knowledge and criminal intent necessary to establish their guilt beyond a reasonable doubt. This is particularly true when determining the culpability of high-level executives, who may be insulated from the day-to-day activity in which the misconduct occurs. As a result, investigators often must reconstruct what happened based on a painstaking review of corporate documents, which can number in the millions, and which may be difficult to collect due to legal restrictions”.

(76) Así Jesús-María Silva Sánchez: “(...) Parece claro que (el Yates Memo) conlleva un golpe de timón en el American Way de afrontar la delincuencia de empresa y que, de algún modo, se vuelve al principio: a dar prioridad a la responsabilidad individual. Muchos de nosotros tan ufanos hablando de la identidad corporativa, del “ethos” y el “pathos” de la persona jurídica, de su ciudadanía... Tan contentos con que la eximente de Modelos de Prevención de Delitos de julio 2015 supuestamente reforzaba esa idea de autorresponsabilidad y, al final, resulta que los americanos nos salen con que hay que centrarse en los individuos y, en especial, en los administradores y directivos”, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Yates Memorandum”, *In-Dret Penal*, 4/2015.

(77) “*Companies routinely produced large binders of policies and procedures and counted the number of controls in their financial systems. And yet they offered no evidence of having tested those policies, procedures, and controls, nor did they track how many breaches they had experienced. A company might cite its long-standing internal whistleblower program, for instance, but not have data on the program’s rate of usage by employees. Firms also routinely reported how many times they had trained wrongdoers on the very topic of their misconduct, apparently blind to the irony of defending their compliance efforts that way*”, CHEN, Hui — SOLTES, Eugene, “Why compliance programs...”, ob. cit.

de los programas, y reservas en cuanto a posible falta de compleción (78), parece haber aún mucho espacio para la investigación en criminología económica. La búsqueda por evidencias científicas sobre lo que ejerce real influencia en el cambio de comportamiento ético a partir de iniciativas de *enforcement* sigue siendo un problema científico de primera grandeza.

VI. A título de colofón

Las estrategias de combinación entre *enforcement* y *compliance* merecen aún mayor esfuerzo de la investigación criminológica. Por ahora, bastaría con presentar alternativas más imaginativas de que la responsabilidad del *compliance officer* o de los *gatekeepers*. Mayor sofisticación entre *enforcement* y *compliance* presupone la verificación empírica sobre la relevancia del *compliance officer* no solamente en la evitación de resultado delictivo, sino sobre todo en la promoción de mejorías substanciales en el comportamiento ético en la empresa. Al estudio del comportamiento antisocial (quien son las organizaciones ofensoras, como son los procesos de victimización, cual la naturaleza del daño, que medidas preferibles de restauración) se deben sumar iniciativas que ponen en evidencia el comportamiento prosocial y medidas de autorregulación

privada, informando nuevos padrones de control social informal (79).

Tal vez así, buscando esas convergencias y orientaciones normativas más allá del sentido común de la *rational choice* y de las lecturas superficiales del análisis de costo y beneficio y estructuras de incentivo, sea posible alcanzar una determinación más consistente de las estrategias de responsabilidad penal empresarial y una orientación más coherente para la realización cotidiana del Sistema de Justicia Criminal. No es solamente una cuestión de imposición de deberes, ni mucho menos de sobrecargar las funciones de *compliance* o mismo la histeria de la comunicación de operaciones sospechosas, generando acúmulo innecesario de informaciones (*information overload*). Lo que la criminología económica tiene para enseñarles a los programas de *compliance* es la necesidad de priorizar el control social formal de la empresa y encontrar las evidencias del comportamiento corporativo prosocial. Esta parece ser una promisoro agenda de investigación, a partir de la que se espera que los programas de *compliance* puedan presentar alguna evidencia de su efectividad, superando las narrativas corporativas convencionales y la retórica del *enforcement*.

(78) CHEN, Hui — SOLTES, Eugene, "Why compliance programs...," ob. cit.

(79) PARKER, Christine, "The open Corporation: effective self-regulation and democracy", Cambridge Press, Cambridge, 2002, ps. 31 y ss.; LAUFER, William, "A very special regulatory milestone...," ob. cit., ps. 16 y ss.

.....