

## CRIMINAL COMPLIANCE: ENFOQUES MÚLTI E INTERDISCIPLINARIOS. RECENSIÓN A “REGULATING CORPORATE CRIMINAL LIABILITY” DE DOMINIK BRODOWSKI/ MANUEL ESPINOZA DE LOS MONTEROS DE LA PARRA/ KLAUS TIEDEMANN/ JOACHIM VOGEL (EDS.)\*

Luis Miguel REYNA ALFARO\*\*

§ 1. A inicios de Setiembre de este año recibí, por gentileza del colega Dominik Brodowski de la Ludwig-Maximilians Universität (Munich, Alemania), un ejemplar de esta obra e inicié su lectura aprovechando la breve estancia europea que me llevó, entre otros lugares, a Göttingen (Alemania) con ocasión del Seminario sobre “Lavado de Activos y Compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado” desarrollado exitosamente el 18 y 19 de setiembre de 2014 en la Georg-August Universität de dicha ciudad, bajo la organización del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) dirigido por el Catedrático Prof. Dr. D. Kai Ambos; y el Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE) dirigido por el Dr. D. Dino Carlos Caro Coria<sup>1</sup>.

§ 2. Esta obra inicia con una significativa dedicatoria a uno de sus editores, el Prof. Dr. D. Joachim Vogel, fallecido en un fatídico accidente en Venecia el 17 de agosto de 2013. Sin duda, la ausencia del Prof. Joachim Vogel constituye una pérdida irreparable para quienes seguimos con especial atención la actualidad de la ciencia jurídica penal alemana y a sus principales cultores.

A propósito de dicha referencia es posible reconocer otra característica trascendente de la edición. A través de la plana de colaboradores en la obra se aprecia, a manera de solución de

continuidad, hasta tres generaciones de penalistas. Este dato es claramente visible en los propios editores que comprenden a dos catedráticos reconocidos en el escenario jurídico (Klaus Tiedemann y Joachim Vogel) y dos figuras emergentes (Dominik Brodowski y Manuel Espinoza de los Monteros de la Parra).

§ 3. La obra tiene un mérito esencial, que es precisamente el que le distingue de la bibliografía aparecida en los últimos años respecto a la cuestión del criminal compliance, su carácter multi e interdisciplinario.

En efecto, en la medida que el compliance tiene como objetivo la prevención de riesgos, incluidos los penalmente relevantes, a través de la incorporación de una cultura empresarial orientada al cumplimiento normativo. Esta idea tiene sentido a partir de las constataciones proveniente de la Sociología y la Criminología respecto al impacto que las organizaciones tienen sobre sus agentes. Pues bien, los editores han acertado en abordar la cuestión del impacto del corporate compliance desde enfoques variados que incluyen no solo los de índole dogmático y procesal penal sino también los que provienen de la Sociología, la Psicología e incluso la Economía.

Es precisamente a ese aspecto –el de la relación entre los aportes de la Sociología y la Criminología con el compliance– es al que quiero dedicar algunas líneas.

\* Brodowski, Dominik/ Espinoza de los Monteros de la Parra, Manuel/ Tiedemann, Klaus/ Vogel (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*, Springer, Heidelberg/ New York/ Dordrecht/ London, 2014, 360 páginas.

\*\* Abogado. Doctorando por la Universidad de Granada (España). Gerente de Operaciones del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Ex Becario de formación permanente de la Fundación Carolina, España.

<sup>1</sup> <http://www.cedpal.uni-goettingen.de/data/eventos/Seminarios/2014/SeminarioPeru2014.pdf>.

4. Tal como reconoce Sally S. Simpson<sup>2</sup>, la actuación de los agentes corporativos (directores, gerentes, administradores, etc.) se desarrolla tomando en consideración los objetivos de la empresa (mantener ganancias, administrar un mercado incierto, reducir costos fijos, eliminar la competencia) que llevan a que las empresas contaminen el medio ambiente, incurran en fraudes financieros, reduzcan las condiciones de seguridad de sus trabajadores, comercialicen productos defectuosos<sup>3</sup>; en ese contexto, la actuación de los agentes de las empresas se encuentran apoyadas por las normas operacionales y su subcultura organizacional<sup>4</sup>.

Esta autora ha reconocido cómo es que las percepciones sobre las necesidades de la organización empresarial tienen impac-

to –acreditado empíricamente– sobre las decisiones delictivas de los agentes corporativos y en las que las necesidades individuales de los empleados de la empresa tienen muy poca significación<sup>5</sup>. Y es que, como señalan Rosenfeld & Messner, la economía promueve ciertos valores e impone ciertas pautas de actuación que debilitan la regulación institucional<sup>6</sup>.

Los corporate crimes ocurren por tanto dentro de un contexto organizacional específico. Aunque la empresa es un todo orgánico<sup>7</sup>, existen dentro de sus diversas unidades una serie de culturas y subculturas en cuyo ámbito se produce la socialización de los agentes corporativos influenciada, como es evidente, por los objetivos empresariales<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> SIMPSON, Sally. *Corporate crime, law and social control*, Cambridge University Press, New York, 2002, p. 7. No debe soslayarse la importancia de los datos propuestos por Edwin Sutherland en su obra fundamental *White collar crime* en la que describe el modo en que tres empresas American Smelting and Refining Company, Unites States Rubber Company y The Pittsburg Coal Company subsistieron por décadas incurriendo en infracciones a la libre competencia y detalla cómo es que su finalidad económica –dominar el mercado– guió las diversas decisiones de sus agentes; véase: SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*, traducción de Laura Belloqui, BdeF, Buenos Aires, 2009, pp. 33-62.

<sup>3</sup> Como sostiene NELKEN, David. “White collar and corporate crime”, en: Maguire, Mike/ Morgan, Rod/ Reiner, Robert. *The Oxford Handbook of Criminology*, cuarta edición, Oxford University Press, New York, 2007, p. 744, en el business environment el objetivo es mantener e incrementar las ganancias incluso en las circunstancias más difíciles.

<sup>4</sup> Similares BRODOWSKI, Dominik/ ESPINOZA DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, Manuel/ TIEDEMANN, Klaus. “Regulating corporate criminal liability: An introduction”, en: Brodowski, Dominik/ Espinoza de los Monteros de la Parra, Manuel/ Tiedemann, Klaus/ Vogel, Joachim (Eds.). *Regulating corporate criminal liability*, Springer, Heidelberg, 2014, p. 03.

<sup>5</sup> SIMPSON, Sally. *Op. Cit.*, pp. 07-08.

<sup>6</sup> ROSENFELD, Richard & MESSNER, Steven. *Crime and the economy*, Sage, London, 2013, p. 63.

<sup>7</sup> Obsérvese aquí la relación existente entre esta idea –la de la existencia de una cultura empresarial –con la teoría organicista de la persona jurídica de Gierke que se sostiene en la idea de que la persona jurídica es un organismo social y que es objetivo del derecho ordenar y penetrar su estructura interna y su vida interior; sobre el contenido de dicha teoría: BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 84-85.

<sup>8</sup> PALMER, Donald. *Normal organizational wrongdoing. A critical analysis of theories of misconduct in and by organizations*, Oxford University Press, New York, 2012, p. 07. Similar, SIEBER, Ulrich. “Programas de compliance en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, traducción de Manuel Abanto, en: Arroyo Zapatero, Luis & Nieto Martín, Adán (Directores). *El Derecho penal en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 96; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. “La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: Implicaciones jurídico penales”, en: Silva Sánchez, Jesús María (Director). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 148; MALAMUD GOTI, Jaime. *Política criminal de la empresa*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983; BAIGUN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 45.

Precisamente por esa razón Simpson reconoce que los efectos de prevención intimidatoria en el contexto empresarial se encuentran condicionados por cómo los agentes corporativos experimentan y expresan los imperativos morales de su ambiente laboral y por cómo las necesidades organizacionales son formuladas e introducidas en las decisiones gerenciales<sup>9</sup>.

Ello lleva a reconocer que la cultura y organización empresarial generen una mente grupal (group mind)<sup>10</sup> que provoca que los agentes corporativos reaccionen en automático, siguiendo sus predisposiciones, sus códigos de conducta, las estructuras de poder, sus reglas de organización y sus protocolos<sup>11</sup>. Estas circunstancias llevan a que autores como Palmer sostengan que los agentes corporativos, en el contexto de las estructuras empresariales, actúan mindless, en automático<sup>12</sup>.

En ese orden de ideas, una cultura empresarial estructurada en la obtención de réditos económicos condicionará a sus agentes a que ignoren los contextos normativos y de rigor de la ley. El interés por obtener réditos económicos en los agentes de la empresa le llevarán a utilizar cualquier medio que consideren útil sin importar su sentido ético, moral o legal<sup>13</sup>.

Pero el impacto de la organización y estructura empresarial sobre los agentes corporativos van incluso más allá de la simple influencia asociada a los objetivos de la empresa, sino que se relaciona a la ocasional ambigüedad de la actuación empresarial en la que los discursos internos –incremento del valor– son completamente opuestos a los discursos externos –cumplimiento de la ley. No extraña, en ese contexto, que David Nelken haya calificado a los managers como una especie de animales camaleónicos alimentados por la ambigüedad moral y la falta de certeza organizacional<sup>14</sup>.

Con esta idea se destaca precisamente cómo es que la falta de políticas y códigos empresariales definidos afecta el sentido de las actividades de los agentes corporativos.

El proceso de toma de decisiones en el entorno empresarial opera, vistas así las cosas, de forma completamente distinta a cómo este opera cuando la toma de decisión se realiza individualmente<sup>15</sup>. No extraña que Palmer reconozca que no se trata sólo de examinar las *bad apples* sino de observar también los *bad barrels*<sup>16</sup>.

<sup>9</sup> SIMPSON, Sally. Op. Cit., p. 09; similar ENGELHART, Marc. “Corporate criminal liability from a comparative perspective”, en: Brodowski, Dominik/ Espinoza de los Monteros de la Parra, Manuel/ Tiedemann, Klaus/ Vogel, Joachim (Eds.). *Regulating corporate criminal liability*, Springer, Heidelberg, 2014, p. 66.

<sup>10</sup> MENTOVICH, Avital & CERF, Moran. “A psychological perspective on punishing corporate entities”, en: en: Brodowski, Dominik/ Espinoza de los Monteros de la Parra, Manuel/ Tiedemann, Klaus/ Vogel, Joachim (Eds.). *Regulating corporate criminal liability*, Springer, Heidelberg, 2014, p. 37.

<sup>11</sup> PALMER, Donald. Op. Cit., p. 15; similar MALAMUD GOTI, Jaime. Op. Cit., passim.

<sup>12</sup> PALMER, Donald. Op. Cit., p. 16.

<sup>13</sup> No resulta complicado, en este punto, reconoce la influencia del pensamiento de Merton y la teoría de la anomia; al respecto: ROSENFELD, Richard & MESSNER, Steven. Op. Cit., p. 64.

<sup>14</sup> NELKEN, David. Op. Cit., p. 742. La ambigüedad moral hace –señala Nelken citando a Punch– que todo sea too messy not to say dirty (muy desordenado por no decir sucio).

<sup>15</sup> SIMPSON, Sally. Op. Cit., pp. 09/ 53. De hecho, esta autora norteamericana destaca la escasa trascendencia de la amenaza de la pena en la prevención del corporate crime y el mayor impacto que tienen las consecuencias económico reputacionales en la persona jurídica, dado que las empresas se encuentran orientadas hacia el futuro y eso provoca su preocupación por los efectos reputacionales que acarrea la comisión de un delito; al respecto: SIMPSON, Sally. Op. Cit., p. 52

<sup>16</sup> PALMER, Donald. Op. Cit., p. 07.

Los hallazgos de la criminología y la sociología en este ámbito, sin embargo, van más allá. En efecto, no es que la organización empresarial sólo tenga impacto en el corporate crime a través de la influencia que la cultura empresarial tiene en el proceso de toma de decisiones corporativas, sino que su impacto se manifiesta en términos causales: La organización empresarial facilita y contribuye con la

realización del delito<sup>17</sup>.

§ 5. El tópico antes tratado es solo uno de los tantos abordados en este libro que resulta de consulta obligada no solo para quienes han decidido examinar las cuestiones propias del criminal compliance sino para quienes nos dedicamos al estudio del Derecho penal económico y de la empresa.

---

<sup>17</sup> SIMPSON, Sally. Op. Cit., p. 54.