

Retos del Derecho penal económico empresarial de nuestro tiempo

Jesús-María Silva Sánchez

1 Introducción

El Derecho penal económico de nuestro tiempo tiene que afrontar tres retos: (i) reelaborar la diferencia entre organizaciones lícitas e ilícitas; (ii) integrar una teoría del comportamiento humano, en especial en organizaciones, diversa de la doctrina del sujeto racional egoísta; y (iii) reconsiderar las premisas políticas que dieron lugar a su desmesurada expansión a finales del siglo XX.

2 Organización

Resulta perfectamente posible la comisión de delitos económicos por parte de agentes individuales no integrados en organización alguna, por elemental que esta sea. Pero ello es muy infrecuente. En realidad, lo cierto es que el delito económico suele ser cometido en organizaciones lícitas e ilícitas, administraciones públicas y entidades privadas. El caso que aquí interesa es, fundamentalmente, el de las organizaciones lícitas que adoptan una personalidad jurídica propia y operan de modo permanente en el mercado. Con independencia de cuál sea la forma de su personalidad jurídica – esto es, la de una o varias sociedades mercantiles, asociaciones civiles o fundaciones – aquéllas son comúnmente denominadas empresas. La naturaleza pública, mixta o privada del capital de las respectivas personas jurídicas, da lugar a algunas diferencias de tratamiento jurídico-penal, pero eso es ahora una cuestión secundaria. En cambio, sí es determinante – aunque en absoluto fácil – la distinción entre organizaciones económicas lícitas e ilícitas.

Ciertamente, existen muchos casos claros de empresas lícitas, con independencia de que en ellas pueda producirse episódicamente la comisión de un delito. Una empresa en la que se cometen uno o varios delitos no es todavía una empresa delictiva. Asimismo, existen casos claros de organizaciones económicas ilícitas: estas son las empresas criminales, integradas en la estructura de organizaciones criminales más amplias. Pero no puede negarse la existencia de zonas grises. Así, en todo el espectro de las empresas cuya forma de ejercer la actividad económica conlleva – en mayor o menor medida – la comisión de delitos. Estas son, por ejemplo, aquellas que sistemáticamente proceden a pagar sobornos a funcionarios para la adquisición de sus productos o la contratación de sus servicios por parte de las administraciones públicas.

No está claro cómo valorar la medida de la actividad delictiva llevada a cabo desde una empresa con el fin de caracterizarla como organización criminal o bien como organización (todavía) lícita. Una posibilidad es atender al monto de la facturación obtenida mediante actividades ilícitas, requiriendo un porcentaje de cierta entidad. Pero seguramente debe atenderse a otros criterios, sean estos de

naturaleza estructural o teleológica. En realidad, los diversos ordenamientos legales nacionales, obligados por los tratados internacionales, consideran organización criminal a toda aquella agrupación estable de personas con división funcional del trabajo ordenada a la comisión de delitos. El concepto de organización criminal es, por tanto, teleológico. Con todo, parece que a ello se está añadiendo una perspectiva nueva, de naturaleza estructural. Según esta, toda empresa caracterizada por un estado permanente de absoluto *noncompliance* – es decir, de rechazo absoluto a la adopción de cualesquiera medidas de prevención de delitos – podría ser caracterizada como una organización cuasi-criminal.

Así las cosas, se suscita una cuatriparticipación fundamental:

- (i) La empresa económica en la que se produce una división del trabajo con fines delictivos. Esta es una organización criminal.
- (ii) La empresa económica en la que, existiendo un riesgo serio de comisión de delitos por parte de sus cargos orgánicos, directivos, empleados o colaboradores, no se adopta medida organizativa alguna para garantizar el cumplimiento de las normas penales por parte de estos. Si no se adoptan medidas – o estas son puramente cosméticas – se trata aquí de una “desorganización criminal” (*sit venia verbo*). En ella no se produce sólo la atribución de responsabilidad penal por los hechos delictivos cometidos por sus integrantes, sino también una adicional consideración de la propia empresa como cuasi-organización criminal. En realidad, la previsión de las “penas” de disolución y de intervención judicial para las personas jurídicas da cuenta parcialmente de este fenómeno.
- (iii) La empresa económica en la que se adoptan medidas de cumplimiento normativo, pero estas son *ex ante* insuficientes. Esta constituye el paradigma de empresa susceptible de ser hecha responsable penalmente por los delitos cometidos por sus cargos orgánicos, directivos, empleados y colaboradores. Naturalmente, ello tendrá lugar de modo adicional a la hipotética responsabilidad de las personas físicas.
- (iv) En la empresa con medidas de cumplimiento *ex ante* idóneas sólo responden las personas físicas a las que cabe atribuir individualmente los delitos concretamente cometidos.

3 Sesgos cognitivos y déficits volitivos

Es relativamente frecuente partir de que el delincuente económico – a diferencia del delincuente pasional, violento – es un agente racional, es decir, toma la decisión delictiva sobre la base de una elección que pondera ventajas e inconvenientes. En realidad, la idea de que todo delincuente – toda persona – es un *homo oeconomicus*, esto es, un sujeto egoísta que decide en función de los incentivos y desincentivos existentes (*rational choice*) en un contexto de perfecta información, constituye una

doctrina clásica. Desde **P.J.A. von Feuerbach**, **C. Beccaria** y **J. Bentham** hasta los modernos defensores del análisis económico del Derecho – por ejemplo, **G. Becker** y **R. Posner** – son muchas las opiniones que se mueven en esta tradición.

Esta concepción parece hallarse en trance de superación definitiva por las doctrinas de la economía del comportamiento (*behavioral economics*) y su traslación al ámbito jurídico. Para estas el ser humano no puede ser definido como egoísta racional en ningún caso. Por el contrario, sus rasgos característicos son: (i) la racionalidad limitada; (ii) la voluntad imperfecta; y (iii) el autointerés limitado. Las dimensiones emocional, instintiva y social, en efecto, desempeñan en su actuación un papel mucho más importante de lo que se había considerado hasta ahora. En este sentido, el estudio de la dimensión interna del proceso de toma de decisiones ha proporcionado el concepto de los sesgos cognitivos, así como el de los déficits volitivos.

Los sesgos cognitivos son distorsiones que sufre un agente y alteran la adecuada percepción del significado de aquello que decide realizar. De entre los que pueden afectar al Derecho penal de la empresa, cabe mencionar a título de ejemplo los siguientes:

(i) El sesgo de exceso de confianza pone de relieve que los agentes tienden a tener más confianza de la que deberían en sus propios conocimientos, habilidades y juicios. Así, un hombre de negocios suele creer que posee más ética que sus competidores, al igual que un auditor se tiene por más idóneo y riguroso que sus compañeros.

(ii) El sesgo de exceso de optimismo se da en la medida en que un agente que se mueve en un entorno de riesgo se representa las consecuencias de sus acciones con el horizonte del éxito y no con el del fracaso. En el caso del empresario, ello le conduce obviamente a arriesgar más todavía.

(iii) La ilusión de control se da en la medida en que un sujeto cree que puede influir o controlar determinadas situaciones en las que, en realidad, el azar y otros factores ajenos a su voluntad desempeñan un papel determinante. Se trata de un sesgo relativamente común entre quienes trabajan en condiciones peligrosas. En efecto, es frecuente la minusvaloración del riesgo laboral entre los trabajadores, por su habituación a él, al igual que lo es la del riesgo de negocio entre los directivos.

(iv) El sesgo de confirmación es expresión de la resistencia al cambio de opinión. Una vez que un agente se ha formado un criterio, tiende al hipercriticismo de la nueva información que contradice su creencia. En cambio, acoge acríticamente y de forma veloz toda información congruente con aquella. En el mundo de la empresa, ello conlleva una fuerte resistencia a la revisión y el cambio, lo que es perceptible, por ejemplo en los abogados internos.

Además de los sesgos cognitivos, debe considerarse la existencia de déficits volitivos que redundan en la realización de conductas que contradicen el propio interés del sujeto. Estos, que se relacionan de modo general con la debilidad de voluntad, se manifiestan, por ejemplo, en el descuento del futuro (sesgo de presente: *present bias*). Este conduce a una sobrevaloración de las recompensas que se reciben de modo inmediato, en perjuicio

de las que se producirán con posterioridad, aunque estas sean más elevadas. En el mundo de la empresa, ello fomenta por ejemplo los sistemas retributivos con incentivos a corto plazo.

En el caso del agente que actúa en el marco de un grupo u organización los sesgos anteriores se intensifican como consecuencia de los efectos de la jerarquía y de la división funcional del trabajo. Pero además pueden observarse otros. Así, por ejemplo, el sesgo de conformidad, que designa la tendencia de cualquier agente a mostrarse conforme con la opinión de la mayoría, aun cuando sus convicciones personales sean otras. O el efecto del rol asumido, en cuya virtud el sujeto se identifica con el papel que le toca desempeñar en el contexto de la división funcional. La idea central es que la actuación en el marco de un colectivo de personas conlleva la inserción del agente en la cultura corporativa, lo que da lugar a la asunción de un sistema de creencias compartidas. Esto provoca que los códigos propios del grupo acaben por erosionar la capacidad de percepción de la realidad por parte del sujeto. El sesgo de conformidad ha tenido efectos especialmente relevantes en el ámbito del buen gobierno corporativo. Ha permitido observar, por ejemplo, como la figura del consejero independiente, inicialmente concebida para neutralizar sesgos cognitivos en el seno de los consejos de administración, no lograba sustraerse al fenómeno de la adaptación. Del mismo modo, la profesión de abogado interno de empresa tampoco ha respondido a la pretensión de constituir un factor de fomento de la lealtad al Derecho dentro de las organizaciones. En fin, la figura de los denominados auditores complacientes, que estuvo en la base de la crisis del caso Enron en los Estados Unidos, es una manifestación más del mismo fenómeno, expresivo de los efectos de los sesgos de adaptación, conformidad y confirmación.

Junto a las distorsiones cognitivas producidas en virtud de la pertenencia a una organización deben considerarse los casos en los que esta afecta a la dimensión volitiva o motivacional del agente. En la toma de decisiones de los sujetos que obran en contextos organizados se ha observado la incidencia de las fuerzas situacionales que generan específicas dinámicas de grupo. Todas ellas convergen en la reducción de los frenos inhibitorios y el sentido de responsabilidad. Los mecanismos de neutralización del significado de la conducta delictiva surgen desde perspectivas muy diversas. En este punto fueron especialmente gráficos los estudios de **Stanley Milgram** sobre el efecto de obediencia a la autoridad. Estos pusieron de relieve que la mayoría de las personas, cuando se encuentran en un contexto jerárquico, tienden a hacer lo que se les ordena. Ello puede responder a un sesgo en cuya virtud el sujeto cree que lo que hace está bien porque el superior se lo indica; o bien a que actúe pese a ser consciente de la ilicitud de su conducta, partiendo de que la responsabilidad se desplaza hacia aquél que imparte las órdenes. Por otro lado, la actuación en el marco de un colectivo da lugar a que el sistema de normas del Derecho penal (o del sistema social, más en general) entre en colisión con otros sistemas de normas propios del grupo, lo que da lugar a que el sujeto se forme un código sintético propio. A la vez, la necesidad de adaptación al medio o la solidaridad con éste, o incluso la rutina que deriva de la fungibilidad de

la propia posición, contribuyen a la referida disminución del sentido de responsabilidad. No en último lugar, debe aludirse a otros aspectos: la distancia – en el tiempo y en el espacio – que existe entre la actuación propia y la afectación de una víctima determinada; y un relativo altruismo del sujeto, que no se representaría estar obrando para su propio beneficio, sino para el beneficio de la empresa.

Una cuestión central es si los sesgos cognitivos y los déficits volitivos pueden ser considerados en el juicio de imputación subjetiva y de culpabilidad de un sujeto individual. Las teorías más normativistas del dolo pueden rechazar la trascendencia de ese hallazgo psicológico. En cambio, cabe que otras más psicologicistas lo acojan. Adicionalmente estas podrían sostener que los sesgos, al igual que los déficits volitivos, disminuyen la exigibilidad y, con ello, la culpabilidad. Con todo, un argumento en sentido contrario es que el sujeto está obligado a neutralizar esas deficiencias. Por tanto, que si no lo hace responde por ellas – por ejemplo, en los términos de la estructura de la *actio libera in causa*. También cabe afirmar que son los superiores jerárquicos o las organizaciones las que tienen el deber de neutralizar los sesgos de sus integrantes. En este último caso cabría advertir: (i) un *deber de garante de protección* de terceros frente a sus propios sesgos (por ejemplo: el deber de garante del empresario frente a los sesgos de adaptación al riesgo del trabajador); y (ii) un *deber de garante de control* atribuible de nuevo al administrador o directivo con respecto al subordinado con sesgos peligrosos para otros (deber de vigilancia para evitar que los sesgos generados por la organización redunden en perjuicio de terceros). En todo caso los sesgos cognitivos y otros efectos de fuerzas situacionales son expresión de una cultura corporativa defectuosa. Por esta razón, los programas de cumplimiento normativo deben prever la asistencia obligatoria de directivos y empleados a cursos de formación orientados a la prevención, detección y, en su caso, neutralización de sesgos cognitivos y fuerzas situacionales.

4 La dimensión socio-política

El desarrollo del Derecho penal de la empresa trae causa de un cambio en la visión socio-política del Derecho penal. Pero, a la vez, refuerza el propio cambio de visión que lo provocó. Es decir, se enmarca en un proceso en forma de espiral. El Derecho penal clásico se había ocupado ante todo de fenómenos socialmente marginales (muy vinculados al mundo de las pasiones o a la actuación delictiva de sujetos desocializados), así como de la autoprotección del Estado y sus instituciones. La consolidación del Estado del bienestar en la Europa del último tercio del siglo XX dio lugar a un cambio de enfoque. En particular, la asunción del concepto sociológico de “sociedad del riesgo” (**Ulrich Beck**) condujo a poner el acento en los riesgos estructurales del propio sistema socioeconómico para el mantenimiento de los bienes jurídicos individuales y colectivos. Ello tuvo lugar desde la perspectiva de una clara aversión a los riesgos generados por las personas jurídicas que realizan actividades económicas. La libertad de empresa – manifestada en la creación de organizaciones de gran complejidad técnica y humana orientadas al lucro – pasó a ser considerada entre de las “libertades peligrosas”.

A partir de entonces la criminalidad de empresa ha sido considerada como constitutiva de graves delitos que afectan a las bases del Estado del bienestar. Un amplio sector de la doctrina ha sostenido que esta forma de criminalidad resultaba insuficientemente aprehendida por el ordenamiento jurídico-penal, a pesar de causar graves daños. Esta precomprensión ha sido compartida – y de forma muy relevante por las organizaciones internacionales. De ahí que, en las últimas décadas, el Derecho penal económico haya constituido la punta de lanza de las tendencias criminalizadoras (de la expansión del Derecho penal). En concreto, pueden observarse dos fases. En la primera de ellas, la criminalización se centró en los riesgos industriales para la salud pública y el medio ambiente. En la segunda, se ha atendido sobre todo a los riesgos para los intereses económicos de los consumidores y la estabilidad de los mercados financieros. La tributación, la corrupción pública y privada, así como el blanqueo de activos han constituido objetos permanentes de la expansión del Derecho penal.

En realidad, una observación ponderada del fenómeno debería conducir a efectuar algunas distinciones. Es cierto que una parte de la delincuencia económica tiende a conformarse como criminalidad organizada, vinculada con grandes grupos delictivos e incluso con el terrorismo internacional. Asimismo, debe observarse la existencia de una estrecha relación de parte de la criminalidad económica con la corrupción sistemática de funcionarios públicos. En fin, alguna delincuencia económica, que se sirve de medios tecnológicos o abusa de los instrumentos de la vida económica moderna, puede causar daños masivos. En todos los anteriores supuestos parece bastante obvia la necesidad y la proporcionalidad de una reacción intensa con los medios del Derecho penal.

Sin embargo, el resto de la delincuencia económica pertenece al ámbito de la criminalidad media. Su afectación individual es básicamente patrimonial y su incidencia supraindividual (institucional) deriva sólo, en general, de la consideración del fenómeno de la acumulación de conductas. En estos casos puede discutirse la necesidad de recurrir – como de hecho está sucediendo – a procesos de espiritualización de los bienes jurídicos o de anticipación de las barreras de protección. Sobre todo, cuando ello no conlleva la imposición de penas reducidas en medida proporcional.

En este contexto, se ha acentuado la dimensión regulatoria del Derecho penal frente a la represiva, que es la que le resulta propia. Progresivamente, su misión está pasando a ser más la de contribución a la gestión de macroproblemas que la de sanción de hechos individuales aisladamente lesivos. Esto es lo que se conoce como “administrativización” del Derecho penal. Esta va convirtiendo al Derecho penal en un mecanismo de refuerzo de las estrategias estatales de prevención de riesgos.

En efecto, parece evidente que el riesgo/empresa como tal no puede ser prohibido, dados los costes inasumibles de tal prohibición para nuestro modelo de sociedad. Sin embargo, sí es posible establecer condiciones para su permisión. El control del cumplimiento de estas condiciones le correspondió en una primera fase a una policía preventiva centralizada – los organismos de autorización, supervisión

y control. El Derecho penal, por su parte, reforzaba esa actividad de gestión de riesgos. Sin embargo, la opción por un control centralizado choca frontalmente con la tendencia a una disminución de la intervención directa del Estado en las actividades económicas, que es otro de los signos de nuestro tiempo. A este “adelgazamiento del Estado” se alude cuando se habla de la transición de un Estado prestacional a un Estado de garantía de prestaciones llevadas a cabo por terceros del sector privado. Al modelo de Estado de garantía le corresponde la descentralización del control de riesgos – tanto en cuanto a la producción normativa como en lo relativo a la persecución – y la configuración de una red de agentes privados que actúan como colaboradores de las Administraciones públicas. El fenómeno de máxima extensión de la red descentralizada

de policía, al tiempo que de máxima densidad de ésta, viene dado por la conversión de toda persona jurídica en un gestor de prevención de los delitos que se puedan cometer en su seno. En la práctica, parece que se condiciona la pervivencia de toda persona jurídica como agente económico a la asunción por su parte de esa nueva función de agente de control de riesgos o incluso de agente de fomento (o de promoción) del respeto al Derecho. Esta función se manifiesta en la implantación eficaz de los modelos de organización y gestión de riesgos delictivos que se conocen como *compliance programs*.

Jesús-María Silva Sánchez
Catedrático de Derecho Penal.
Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.

La teoría del bien jurídico ante el moderno Derecho penal económico

Luis Gracia Martín

1 La polémica en torno al concepto de bien jurídico en el Derecho penal económico

1. La criminalidad económica no es un fenómeno nuevo ni propio de sociedades con un determinado modelo económico. Todas las legislaciones históricas han incluido en sus catálogos de figuras de delito a determinadas conductas lesivas de objetos de sus sistemas económicos, pero la consolidación de un Derecho penal económico como un sector específico con una problemática propia, no ha tenido lugar hasta el presente. La precisión de sus contenidos es cuestión aún pendiente de aclaración, pero parece haber amplio acuerdo en que aquél es un sector de la Parte Especial que agrupa, al menos, a los tipos penales relativos a la lesión o puesta en peligro (desvalor del resultado) de objetos, instrumentos e instituciones del orden y del ambiente, los cuales remiten a sustratos materiales de carácter *colectivo*, como, por ejemplo, las reglas de la competencia leal, las condiciones mínimas de la contratación laboral, la calidad del consumo, o el ambiente, entre otros; y quienes tienen una concepción amplia del Derecho penal económico, como es mi caso, incluyen en él también a los tipos penales de lesión y peligro de bienes individuales a consecuencia de conductas realizadas en el curso de una *actividad económica* (desvalor de la acción), dentro de los cuales destacan los tipos de peligro potencialmente masivo para tales bienes jurídicos individuales por actividades económicas de las empresas, como por ejemplo el transporte de mercancías peligrosas, la explotación de energía nuclear o la producción y distribución de bienes y servicios para el consumo de multitud de individuos.

2. El Derecho penal económico ha generado en la Ciencia penal dos discursos ideológicos y político-criminales claramente opuestos, a los cuales yo he denominado, respectivamente,

“de modernización” y “de resistencia a la modernización” del Derecho penal.

a) La tesis global del discurso de resistencia, liderado en Alemania por la llamada Escuela de Frankfurt, y que siguen algunos penalistas de otros países, es que el Derecho penal económico en general sería ilegítimo porque daría lugar a una *masiva violación* de los principios y garantías jurídico penales inherentes al Estado de Derecho. Entre estos principios y garantías supuestamente violados se pone especial énfasis en los de exclusiva protección de bienes jurídicos y sus anexos de lesividad, subsidiariedad y *ultima ratio*. Según el discurso de resistencia, los sustratos *colectivos* que se presentan generalmente como objetos protegidos por los tipos penales económicos no tendrían calidad suficiente para ser reconocidos como bienes jurídicos, porque – se dice – objetos como, por ejemplo, el ambiente o las funciones de los tributos y de las subvenciones públicas, no estarían constituidos por ninguna realidad empírica perceptible y susceptible de ser referida directa e inmediatamente a intereses concretos de las personas; sólo serían meras funciones, instituciones, modelos u objetivos de organización política, social o económica, y además, sólo se podrían definir y formular de un modo vago e impreciso.

b) Por el contrario, el discurso de modernización, del cual participo sin reservas, defiende que el Derecho penal económico no supone *per se* ninguna violación del principio del bien jurídico y, por lo tanto, que es admisible y legítimo. Con el reconocimiento de bienes jurídicos colectivos no sólo no se abandona el concepto de bien jurídico sino que, por el contrario, se sobrepasan sus límites formales y se llega a una concepción material del mismo, y puesto que aquéllos son condiciones de posibilidad de la realización de la libertad y de la