

Delitos de seguridad social en el entorno empresarial y culpabilidad por vulnerabilidad

Por Núbio Pinhon Mendes
Parreiras¹

Resumen: *Se propone una investigación para, a partir de una búsqueda bibliográfica y documental, examinar cómo el Derecho Penal de la seguridad social preservó la selectividad por los vulnerables, característica llamativa del Derecho Penal tradicional. Para ello, el artículo abordará la propuesta de la culpabilidad por vulnerabilidad a proyectarse en los delitos de seguridad social en el ámbito empresarial, a fin de imprimir mayor efectividad en la contención del poder punitivo frente a los vulnerables.*

Palabras clave: Delitos de seguridad social - culpabilidad por vulnerabilidad - selectividad penal - *criminal compliance*.

Introducción

Una perspectiva importante para analizar la criminalización de la seguridad social en el entorno empresarial es la de la selectividad

criminal por los vulnerables, una característica llamativa, especialmente en los sistemas de justicia penal de la periferia capitalista (ZAFFARONI et al, 2013, p. 51), y que sirve como una introducción a la culpabilidad por vulnerabilidad empresarial (ZAFFARONI y SANTOS, 2019, p. 84-85; PARREIRAS, 2021, p. 95), en particular en el capítulo de seguridad social, que se incluirá en la segunda parte de este texto, abordando tipos tales como apropiación indebida de la seguridad social (art. 168 -A, CP), defraudación de la seguridad social (art. 171, §3, CP), falsedad del documento de seguridad social (art. 297, §3, CP), evasión de aportes a la seguridad social (artículo 337-A, CP) etc.

Incluso está muy extendido en el sentido común que el poder punitivo tiene cierta predilección por grupos vulnerables (ZAFFARONI et al, 2010, p. 51; ZAFFARONI et al, 2013, p. 65), como personas de bajos recursos, educación, piel color etc. ¡El hecho es que esta es la realidad!

Uno de los ejemplos más emblemáticos es quizás el hecho de que, hasta la fecha, el poder legislativo y el sistema de justicia penal brasileño no han podido definir un criterio objetivo para distinguir el tráfico de drogas del consumo de drogas. En la práctica, es más probable que la persona vulnerable sea enmarcada como traficante de drogas y la persona menos vulnerable como consumidor, si no está completamente libre de persecución penal. Allí se explica el hecho de que una parte importante de los presos brasileños presenten factores de vulnerabilidad (DEPEN, 2017, p. 30 ss.).

Además de estas cuestiones, dos puntos, también difundidos por el sentido común, merecen un análisis. 1º, la expansión del

¹ Maestría en Derecho Penal por la PUC Minas. Especialización en Ciencias Penales en el IEC-PUC Minas. Profesor de los Cursos de Posgrado «dato sensu» (Especialización) en Ciencias Penales del IEC-PUC Minas y en Derecho Penal de la ESA en la OAB/MG. Abogado Penalista. E-mail: parreiras.nubio@gmail.com.

derecho penal societario suavizó dicha selectividad; y 2º esto es una realidad en Brasil y en otros países en desarrollo.

Culpabilidad por vulnerabilidad e los delitos de seguridad social

En cuanto al primer tema, cabe mencionar el hecho de que la selectividad del sistema punitivo se observa perfectamente cuando de la predilección a las pequeñas empresas e, incluso en las grandes operaciones, por determinados segmentos económicos y/o partidos políticos. Las grandes operaciones han hecho la vista gorda a destacadas figuras políticas, grandes grupos económicos y conglomerados financieros, como bien lo destacan Zaffaroni y Santos (2019, p. 84-85).

En cuanto a la tesis de que la selectividad sería una realidad exclusiva de la periferia capitalista, no se extrae sustento fáctico, como lo observa ZAFFARONI et al, 2013:

(...) a seletividade é estrutural e, por conseguinte, não há sistema penal no mundo cuja regra geral não seja a criminalização secundária em razão da vulnerabilidade do candidato, sem prejuízo de que, em alguns, esta característica estrutural atinja graus e modalidades aberrantes. Por isso, a criminalização corresponde apenas supletivamente à gravidade do delito (conteúdo injusto do fato): esta só é determinante quando, por configurar um fato grotesco, eleva a vulnerabilidade do candidato. Em síntese: a imensa disparidade entre o programa de criminalização primária e suas possibilidades de realização como criminalização secundária obriga a segunda a uma seleção que, em regra, recai sobre fracassadas reiterações de empreendimentos ilícitos que insistem em seus fracassos, através dos papéis que o próprio poder punitivo lhes atribui ao reforçar sua associação com as características de certas pessoas mediante o estereótipo seletivo. (ZAFFARONI et al, 2013, p. 65)

A modo ilustrativo, debe prestarse atención a los grandes casos de fraude y lavado de dinero que se perciben en los grandes centros capitalistas, como los Estados Unidos de América, como el del banco HSBC (ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, 2022), que fue un escándalo ocurrido en los últimos años.

No hubo, en casos tan emblemáticos, ninguna condena a privación de libertad, sino meros acuerdos económicos.

En el caso de HSBC, extraído de Estados Unidos de América (2022), por ejemplo, con la confesión de haber lavado miles de millones de dólares del narcotráfico, incluso pagó una multa que no llega a una semana de ingresos.

Por otro lado, casos como el de Wells Fargo (ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, 2022a, 2023 y 2023a), cuyas imputaciones similares, por tratarse de montos menos expresivos, derivaron curiosamente en penas privativas de libertad.

Además, observe los países europeos que están cerrando sus cárceles, ya que, es evidente, no hay muchas personas vulnerables allí para ser seleccionadas, lo que demuestra la inutilidad de la privación de la libertad.

Como se ha señalado, el sistema de justicia penal, históricamente, sobre todo en las sociedades capitalistas occidentales, ha existido para enjuiciar a los más vulnerables, en gran medida.

Y en cuanto a la persecución penal de la seguridad social en el ámbito empresarial, el programa de criminalización sigue la misma lógica de predilección por los vulnerables. La selección es notablemente evidente por el hecho de que los grandes bancos, a pesar de ganancias récord, son los mayores deudores de la seguridad social (BANCÁRIOS, 2019),

pero no reciben la atención de las agencias criminales, como las capas inferiores de la comunidad empresarial.

Ahora bien, no existen investigaciones penales para determinar si los directores/ejecutivos de estos y otros conglomerados económicos han incurrido en prácticas de apropiación indebida de la seguridad social (art. 168-A, CP), fraude a la seguridad social (art. 171, inciso 3, CP), falsedad de documento de seguridad social (art. 297, §3, CP), evasión de aportes a la seguridad social (art. 337-A, CP) o cualquier otro tipo penal de seguridad social.

En relación con el pequeño y mediano empresario, la persecución penal de seguridad social está muy presente, al punto que, en la práctica, como todo derecho penal fiscal, observamos una especie de poder penal recaudatorio que, al servicio de las autoridades fiscales, avanza hasta que se realiza el pago.

De ahí la necesidad de abordar la culpabilidad por vulnerabilidad empresarial en el siguiente sentido: si la expansión del derecho penal empresarial ha generado riesgos de criminalización de todo tipo (ZAFFARONI y SANTOS, 2019, p. 84-85; PARREIRAS, 2021, p. 95) , incluidos los tipos relacionados con la criminalización de la seguridad social, ¿cómo va a ser la comunidad de pequeños empresarios, que no tiene las condiciones financieras o culturales para contratar los programas de prevención de riesgos que ofrecen las grandes firmas de abogados y contadores?.

Se puede ver que la idea está justificada cuando, en un escenario de intensa inflación de la represión penal, al punto de evidenciar la vulnerabilidad de los pequeños y medianos empresarios, especialmente frente al bajo capital económico y/o cultural, que

limitan el acceso a costosos y sofisticados programas de prevención.

En efecto, en cierta medida, en estas circunstancias, el poder punitivo amenaza incluso con comprometer, como se extrae de Zaffaroni y Santos (2019, p. 84-85), incluso ideales de mercado, como la libre competencia (art. 170, IV, Constituição da República de 1988).

Pues bien, la teoría de la culpabilidad por la vulnerabilidad fue ideada por Zaffaroni (2002), en general, para perfeccionar el principio de culpabilidad, posibilitando una mayor amplitud en su alcance y efectividad en la contención del poder punitivo frente a los vulnerables.

Incluso en el derecho penal empresarial, la incidencia de la culpabilidad por vulnerabilidad es factible, hasta el punto de, incluso, estar presente en la legislación brasileña, exactamente en la disposición del artículo 168, párrafo 4, de la Lei n. 11.101/05 (Lei de Falências; BRASIL, 2023a) para la reducción o sustitución de la pena. Sin mencionar una serie de reconocimientos específicos en las leyes (mitigación de la edad, etc.), incluso en los decretos de indulto (mujeres embarazadas, discapacitadas, etc.), como se extrae de Carvalho (2018, p. 433).

En rigor, con base en la teoría antes mencionada, no se reconocería la vulnerabilidad con una mera corresponsabilidad del Estado resultante de una reducción de pena – como en la culpabilidad. Pero la culpabilidad por la vulnerabilidad provocaría una verdadera reconfiguración en la Teoría del Delito, acoplando una segunda cara de la culpabilidad (imputabilidad, conocimiento potencial de la ilicitud e inexigibilidad de otra conducta), con el objetivo de reducir o suprimir el poder punitivo al combinar los

dos grandes grupos de factores de vulnerabilidad (posición/estado de vulnerabilidad y esfuerzo personal hacia la vulnerabilidad), además de superar el determinismo economicista de la coculpabilidad (ZAFFARONI, 2002, p. 06).

En este contexto, Zaffaroni (2010, p. 271) desarrolló una fórmula para evaluar la vulnerabilidad: cuanto menor sea el estado/posición de vulnerabilidad del sujeto, mayor deberá ser su esfuerzo personal para colocarse en una situación vulnerable y viceversa.

Siguiendo la línea de pensamiento de Parreiras (2021, p. 103 ss.) por la cosecha criminal empresarial, pero centrándose en el escenario brasileño de persecución de los delitos contra la seguridad social, se pueden imaginar tres hipótesis:

En la primera situación hipotética, el sujeto, habiendo implementado un buen programa de integridad a disposición de su contabilidad empresarial, muestra un bajo grado de vulnerabilidad. Sin embargo, se expone cuando se arriesga, por ejemplo, competitivamente, a enfrentarse a un gran competidor, violando los protocolos fiscales implementados por el programa, exponiéndose (esfuerzo personal) a la persecución penal de delitos de seguridad social o incluso de lavado de activos.

Se puede apreciar que, en este caso, el programa implementado en contabilidad no fue suficiente para preservar el bajo grado de vulnerabilidad, dado el esfuerzo personal del sujeto que provocó esta exposición a la selección criminalizante. Por lo tanto, no hay necesidad de contener el poder punitivo por culpabilidad de la vulnerabilidad.

En la segunda hipótesis, se da una situación en la que el sujeto, a pesar de encontrarse en una situación de alta

vulnerabilidad, no hace ningún esfuerzo por reducirla.

Imagínese casos como el de las pequeñas empresas, cuyos gerentes tienen un bajo nivel de educación, o incluso bajas condiciones económicas para contratar buenos programas de integridad en su contabilidad. A esta alta posición de vulnerabilidad se suma el hecho de que, presionado por los grandes competidores que lo rodean (o incluso por la baja condición económica del negocio), este gerente se expone al riesgo de delitos contra la seguridad social, con la intención de tener mejores condiciones competitivas, imprescindibles para asegurar la supervivencia de su negocio.

Cabe señalar que, además del estado de vulnerabilidad evidente, la ausencia de un buen programa de integridad en la contabilidad para contener las prácticas de estos administradores, contribuye a la exposición a riesgos de prácticas delictivas.

En este caso, está presente, aunque en forma reducida, una necesidad de contener el poder punitivo por culpabilidad de la vulnerabilidad, ya que, a pesar del esfuerzo por ser expuesto a la inspección, el administrador ya mantenía un alto estado de vulnerabilidad, ya que no había una buena gestión contable (o incluso dificultad financiera).

Una tercera hipótesis es más común. Es la situación en la que el sujeto, a pesar de no hacer un esfuerzo por volverse vulnerable al sistema, dado que ya tiene un intenso estado de vulnerabilidad, se presenta como cierta la selección criminalizante.

Aquí, a pesar de que el gerente conserva una posición más comedida y no se deja influenciar por la competencia para tomar más riesgos, porque es muy vulnerable, dada

la falta de una buena gestión contable, incluso sin hacer un esfuerzo por exponer mismo a riesgos criminales, es seleccionado.

En esta situación, la necesidad de frenar el proceso de criminalización se hace aún más necesaria, dado que, con un alto estado de vulnerabilidad, más un bajo esfuerzo de exposición, prevalece la selectividad estructural del sistema penal por los vulnerables.

Conclusión

Con este, se presenta como urgente la necesidad de reconocer la teoría de la culpabilidad por la vulnerabilidad, incluso en la criminalización de la seguridad social. Sobre todo, dada la indisponibilidad de programas de gestión de riesgos para la comunidad de pequeños empresarios -ya sea por falta de condiciones económicas o incluso culturales-, en la medida en que un programa de integridad eficiente, además de preservar la baja posición de vulnerabilidad, puede ser suficiente para contener los esfuerzos para la exposición al poder punitivo de la seguridad social.

En cuanto a la medida de contención del poder punitivo frente a la culpabilidad por vulnerabilidad, la simple atenuación genérica del artículo 66 del Código Penal brasileño (BRASIL, 2023) – tradicionalmente utilizada por el principio de coculpabilidad – no parece suficiente.

Sin embargo, aunque carente de positividad específicas, la analogía en relación con el artículo 168, § 4 de la Ley n. 11.101/05 (Lei de Falências; BRASIL, 2023a), aliada a la citada fórmula desarrollada por Eugenio Zaffaroni, respondería bien a las exigencias de culpabilidad por la vulnerabilidad de contención del poder punitivo, también en lo que se refiere a los delitos de seguridad

social en el ámbito empresarial, tales como apropiación indebida de seguridad (art. 168-A, CP), fraude a la seguridad social (art. 171, §3, CP), falsedad de documento de seguridad social (art. 297, §3, CP), evasión de aportes a la seguridad social (art. 337-A, CP), etc.

Bibliografía consultada

- BANCÁRIOS. Bancos estão na lista dos maiores devedores da previdência. Disponível em: <http://www.bancariosdeguarulho.com.br/bancos-estao-na-lista-dos-maiores-devedores-da-previdencia/> . Acesso em: 31 mar. 2019.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://bit.ly/1bIJ9XW> . Acesso em: 26 fev. 2019.
- _____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm . Acesso em: 26 may. 2023.
- _____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei de Falências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111101.htm . Acesso em: 26 may. 2023a.
- CARVALHO, Salo. Penas e medidas de segurança no Direito

- Penal brasileiro. 2ª Ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2018.
- DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília: DEPEN/MJ, 2017.
 - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice – Office of Public Affairs. HSBC Holdings Plc. and HSBC Bank USA N.A. Admit to Anti-Money Laundering and Sanctions Violations, Forfeit \$1.256 Billion in Deferred Prosecution Agreement, 11 dez. 2012. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/hsbc-holdings-plc-and-hsbc-bank-usa-na-admit-anti-money-laundering-and-sanctions-violations> . Acesso en: 07 feb. 2022.
 - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice – U.S. Attorney’s Office Southern District of California. Wells Fargo Personal Banker Pleads Guilty to Money Laundering Charges, 16 mai. 2019. Disponível em: <https://www.justice.gov/usao-sdca/pr/wells-fargo-personal-banker-pleads-guilty-money-laundering-charges> . Acesso en: 07 feb. 2022a.
 - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice – U.S. Attorney’s Office Southern District of California. Eighth Member of International Money Laundering Organization Sentenced in \$19 Million Dollar Scheme, 29 out. 2019. Disponível em: <https://www.justice.gov/usao-sdca/pr/eighth-member-international-money-laundering-organization-sentenced-19-million-dollar> . Acesso en: 20 may. 2023.
 - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice – U.S. Attorney’s Office Southern District of California. Wells Fargo Personal Banker Sentenced for Money Laundering and Bank Fraud, 27 fev. 2023. Disponível em: <https://www.justice.gov/usao-sdca/pr/wells-fargo-personal-banker-sentenced-money-laundering-and-bank-fraud> . Acesso en: 20 may. 2023a.
 - FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Culpabilidade pela vulnerabilidade: uma introdução aos seus pressupostos, fundamentos e controvérsias. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 24, n. 120, p. 41-73, mai./jun. 2016.
 - LOUREIRO, Bruna Gonçalves da Silva. Culpabilidade e vulnerabilidade: proposta para um novo conceito de culpabilidade penal. Rio de Janeiro: Revan, 2019.
 - MOURA, Grégore Moreira de. Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal. 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D’Placido, 2019.
 - PARREIRAS, Núbio Pinhon Mendes. Culpabilidade pela vulnerabilidade empresarial?: a questão do criminal compliance.

2021. 135 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidad por la vulnerabilidad, *Lectio Doctoralis*, Doutorado Honoris Causa, Universidade de Macerata, 2002.
 - _____. Em busca das penas perdidas. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
 - ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal*, v. I. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
 - *Direito Penal Brasileiro: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*, v. III. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
 - ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, v. I. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
 - ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison dias dos. *La nueva crítica criminológica: criminología en tiempos de totalitarismo financeiro*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2019.