

Aspectos criminológicos de prevención al delito de cohecho pasivo por medio del programa de *public compliance*

Francisco de Almeida Rissatto¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Las teorías criminológicas: desde la escuela clásica a los delitos de cuello blanco; III.- El crímen de cohecho pasivo: historicidad y dogmática penal; IV.- Criminología y prevención situacional del crimen; V.- Conclusiones; VI. - Bibliografía.

RESUMEN: La sociedad moderna tiene visto el crecimiento y popularización de los «crímenes de cuello blanco», aquellos cometidos en ámbito de los sectores económicos de la sociedad – empresas y gobiernos – y así la doctrina de todo el mundo tiene estudiado aspectos directamente relacionados: sus orígenes, causas y medios de prevención. Una de las soluciones para prevenir la comisión de delitos en ámbito de las empresas y también de los órganos públicos fue la creación del programa de (*corporate o public*) *compliance*. Sea para producir un aspecto pedagógico, sea para reprimir conductas ya perpetradas. Los beneficios de un programa de *compliance* bien estructurado y efectivamente aplicado son deferentes para las instancias públicas y privadas. El objetivo de este trabajo es analizar las principales

¹ Abogado penalista. Especialista en derecho penal económico (FGV/SP). Alumno de programa de máster en derecho penal por la Universidad de Buenos Aires. E-mail: franrissatto@gmail.com. Este trabajo presentado en la asignatura de Criminología de la maestría en derecho penal de la Universidad de Buenos Aires.

teorías criminológicas que justifican (o buscan justificar) el fenómeno de la corrupción, especialmente el tipo penal de cohecho pasivo (artículo 256 del Código Penal de La Nación Argentina) y el beneficio del programa de *public compliance* en la prevención del delito.

PALABRAS CLAVE: Criminología – Corrupción - Cohecho pasivo - Compliance.

I.- Introducción

La evolución de la sociedad ha traído consigo preocupaciones modernas sobre los tipos de crimines, sus autores y el papel del sistema penal para prevenir y también reprimir las conductas elegidas por la sociedad como merecedoras de mayor atención punitiva, sobre todo, los crímenes que afectan bienes jurídicos multitudinarios.

Pero, mismos delitos que infringen tales bienes jurídicos supraindividuales reciben una persecución y punición diferentes dependiendo de su autor y su contexto social y para investigar estas razones está la criminología.

En este punto, la escuela clásica de criminología surge cerca del siglo XVIII, de la que destaca su mayor expositor, el italiano CESARE BONESANA, el MARQUÉS DE BECCARIA; en siglo XIX inician la criminología positiva, conducida por CESARE LOMBROSO, también italiano y por fin del siglo XIX se estudian la criminología sociológica.

Más adelante, en siglo XX, se formularán teorías deducidas frente a la delincuencia económica, destacan los siguientes: la teoría de la asociación diferencial (SUTHERLAND, 1924) y la teoría económica de los crímenes (BECKER, 1968).

Debido a este creciente desenvolvimiento social y por consecuencia de los propios fines de la criminología, la doctrina se inclinó sobre el tema para así desenvolver instrumentos de prevención de su cometimiento, surgiendo el programa de *compliance*, destinado a prevenir y detectar los casos del cometimiento de estos crímenes en ámbito público y privado.

En ese sentido, este trabajo pretende analizar el delito de corrupción a la luz de las teorías indicadas y el *public compliance* es una medida efectiva – criminológicamente – para prevenir y combatir la criminalidad económica dentro de los sectores de la administración pública en sus relaciones con personas jurídicas y naturales.

II.- Las teorías criminológicas: desde la escuela clásica a los delitos de cuello blanco

La criminología clásica inicia su trayectoria cerca del siglo XVIII, de la cual su mayor expositor, BECCARIA, a la luz del periodo de la Ilustración, ha defendido el contractualismo, guiando tus pensamientos por la razón y libertad de los seres humanos.

De lo contrario, en siglo XIX, con inicio de la escuela de criminología positiva, conducida por LOMBROSO, éste estudió el criminoso preso, dado que era médico en la prisión y sus conclusiones eran diversas de la escuela clásica. Lombroso desarrolló sus estudios a partir de una premisa biológica de los criminosos.

Las contribuciones de estas dos escuelas fueron importantes para la mejora de los estudios criminológicos, sobre todo la criminología moderna.

Así los crímenes de cuello blanco «una expresión destinada a diferenciar aquellos delitos cometidos por trabajadores – sector económico menos favorecido – y sus dirigentes o empleados de alto grado en su empresa» experimentaran las teorías de la asociación diferencial, propuesta por SUTHERLAND y el etiquetamiento, de BECKER.

a) Escritos de Sutherland: la teoría de la asociación diferencial

EDWIN HARDIN SUTHERLAND, americano, sociólogo, desarrolló su concepto sociológico sobre el comportamiento criminoso y fue el precursor del término «delitos de cuello blanco» con una obra valiosa para el tema: El delito de cuello blanco, 1961.

Mientras que los estudios criminológicos que le precedieron se basaron en los presos, concluyeron que las clases bajas socioeconómicamente eran un factor criminológico, esto porque la mayoría de las personas presas tuviera al menos lazos (familiares o sociales) con esta realidad.

Pero, para SUTHERLAND, «el problema del delito de cuello blanco» se tradujo, primeramente, que la condición socioeconómica no es necesariamente el factor causal de la criminalidad como se creía, pero sí las relaciones sociales, aunque los criminosos de cuello blanco son personas respetables y con un estatus social alto, entonces su investigación, enjuiciamiento y condena son más difíciles.

Su perspectiva científica se ha traducido en la teoría de la asociación diferencial, que la definió así:

«La hipótesis de la asociación diferencial consiste en que la conducta delictiva se aprende en asociación con aquéllos que definen tal comportamiento favorablemente, aislándose que quienes lo definen desfavorablemente, y que una persona en una situación apropiada participa de esa conducta delictiva sólo cuando el peso de las definiciones favorables supera al de las desfavorables.» (SUTHERLAND, 1983, p. 349).

O sea, desde su punto de vista sociológico, la conducta criminal es un resultado de aprendizaje del criminal y la sociedad en cual este está inserto.

Así que por ejemplo un empresario en una organización internacional que crea una verdadera estafa para pagar sobornos a las autoridades para que sus contratos con la administración pública sean validados, es criminal, aunque sea de la clase baja o alta, pero su prestigio e influencia contribuyen para que no sea investigado o castigado, y por lo tanto las razones que explican su criminalidad no es su clase social, sino sus relaciones sociales.

b) Escritos de Gary Becker: la teoría económica de los crímenes

GARY STANLEY BECKER, americano, economista, ganador del premio Nobel en economía en el año 1992, fue profesor de la Universidad de Chicago siendo también el precursor del uso de las ciencias económicas para un análisis sobre el comportamiento humano.

El profesor BECKER fue el responsable por la aplicación de la «teoría económica de los crímenes» para explicar los fenómenos delictivos, teniendo afirmado que sus estudios fueron una resurrección, una modernización y así una mejora de los estudios de BECCARIA y BENTHAM.

En su obra *Crime and punishment*, 1968, ha dibujado el siguiente modelo:

«Para determinar cómo combatir la delincuencia de forma óptima, resulta útil desarrollar un modelo que incorpore las relaciones de comportamiento que subyacen a los costes enumerados en el cuadro 1. Éstas pueden dividirse en cinco categorías: las relaciones entre (1) el número de delitos, denominados 'faltas' en este ensayo, y el (2) el número de delitos y las penas impuestas, (3) el número de delitos, detenciones y condenas y el gasto público en policía y tribunales, (4) el número de condenas y el coste de los encarcelamientos u otros tipos de castigos, y (5) el número de delitos y el gasto privado en protección y detención. Los cuatro primeros se examinan sucesivamente, mientras que el quinto se pospone hasta una sección posterior.» (BECKER, 1968, p. 172).

Su modelo de combate prevé una correlación entre (1) x (2) en que el número de delitos tocan a un daño sufrido – económica o/y social – y es por lo que son reprochados legalmente y también determinan un valor soportado por las víctimas.

La correlación entre (1) x (3) por su vez es entre los costos con los aparatos públicos y su posibilidad de condenación, siendo que mayores investimentos del sistema penal posibilitan más detecciones de los crímenes. La relación (1) x (4) está en los costos con la manutención de los criminosos en las penitenciarías y otros tipos de punición. Por fin la relación (1) x (5), es acerca del costo privado de las personas invistiendo en su propia seguridad.

Así para que un crimen compense, el agente delincuyente hace la siguiente relación costo-eficacia de las ventajas de la conducta (posible provecho) vs. su posible punición (posibilidades de ser descubierto) y cual tipo de punición (multa; prisión; etc.). Además, el delincuyente analiza esta actividad criminosa frente al empleo formal.

Entonces para que un crimen compense el posible provecho tiene que ser mayor que su punición o si es compatible que la posibilidad de punición sea pequeña.

III.- El crimen de cohecho pasivo: historicidad y dogmática penal

El fenómeno de la corrupción no es un tema nuevo.

En la historia por lo menos cerca del año 500 A.C., en la Persia, el Juez Supremo SISAMNES había recibido ventaja indebida y así dictó una sentencia corrupta. El rey persa, CAMBISES II conociendo estos hechos ordenó su degollamiento y que su piel sirviera para forrar el asiento que ocuparía su sucesor.

O sea, desde siempre ocurrieron crímenes de corrupción.

Esta preocupación con las prácticas de corrupción resultó en la creación de documentos internacionales con directrices para los países suscritos, entre ellas: la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, 1997; la Convención Interamericana contra la Corrupción, 1997 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2004.

En nuestra actual realidad, el Código Penal de la Nación Argentina prevé algunos tipos penales vinculados directamente con el fenómeno de la corrupción, por ejemplo, en el Título XI encontramos, el cohecho y tráfico de influencias (Capítulo VI); malversación de caudales públicos (Capítulo VII); negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (Capítulo VIII); exacciones ilegales (Capítulo IX); enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (Capítulo X).

El crimen de cohecho pasivo en específico, previsto en el artículo 256 del Código Penal describe la conducta del funcionario público que pide una ventaja ilícita para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones.

Una primera observación es que el sujeto activo obligatoriamente será un funcionario público.

El bien jurídico protegido es la administración pública o sea se protege el correcto funcionamiento de las actividades públicas a la luz de los principios jurídicos constitucionales.

Por otra parte, no se exige que la ventaja ilícita sea efectivamente paga y tampoco se exige que haya otra persona que ofrece la ventaja, bastando que la solicitud ocurra para consumir el crimen.

Así, la criminalización del cohecho pasivo tiene como fin proteger los principios de administración pública para entonces garantizar servicios públicos de calidad para todos los ciudadanos y que los funcionarios públicos no actúen de modo parcial.

Así, al menos desde el siglo pasado el fenómeno de la corrupción ha atingido a todo el mundo, conduciendo a malas consecuencias para la sociedad.

Esto se debe principalmente al avance de la tecnología, países en relación con otros, ej. órganos públicos x empresas privada; administración pública x ciudadano; empresas privadas x empresas privadas; entre otros.

Muchas de las veces la práctica de soborno es inherente a las relaciones negociales en una verdadera institucionalización y ahí reside la dificultad de prevenir; investigar y castigar.

De mismo modo, el cohecho provoca el peor daño: una sacudida en las instituciones democráticas, al paso que el representante del Estado que sería la figura guiada por los derechos, lo infringe.

IV.- Criminología y prevención situacional del crimen

Las teorías criminológicas ayudan en el estudio de las causas y los fines de los crímenes.

Así, por ejemplo, mientras que el delincuente de cuello blanco “Z”, independiente de su clase social, está inserto en una empresa “Y”, cuyo ambiente las reglas son poco o nada claras y que la competición para alcanzar los altos cargos es muy competitiva. Así en una posibilidad de pagar un soborno a una autoridad para que su proyecto sea aprobado (y su reputación sea calificada) y que pueda hacer una ventaja a compañía, difícilmente se desperdiciará.

Por lo que surge la perspectiva de prevención situacional del crimen cerca de la década de los años 70 por RONALD CLARKE.

En sus estudios iniciales, él concluyó en suma que en casos que la oportunidad no es tan fácil, el criminoso tiende a no buscar otra alternativa, dejando de practicar la conducta delictiva.

Para comprender la perspectiva de prevención situacional del crimen partimos del presupuesto que el delito es «selectivo», aun es resultado de racionalidad e instrumentalidad, esto es, el criminoso busca algún beneficio que sea.

CLARKE entonces desarrolló proposiciones fundamentales, cuales sean:

(i) identificar la estructura de oportunidad de los crímenes para entender cuál punto buscan prevenir y así (tentar) eliminar “la oportunidad”;

(ii) envolver todos los aspectos externos inmediatos de forma sistemática y permanente, o sea, crear obstáculos para que el encuentro del agente impulsado x objetivo alcanzable x ausencia de observación no se realice y

(iii) sus objetivos deben ser obstaculizar los crímenes o hacerlos menos ventajosos o aun controlar factores que puedan incitar al delito.

Volvemos al ejemplo del delincuente “Z”.

Si la empresa “Y” en verdad tiene un buen programa de *compliance*, no permitiendo que los ejecutivos tengan contacto directamente con las autoridades y sus reglas y castigos son muy claras, como también todos los proyectos pasan por una auditoría independiente, difícilmente “Z” pagaría algún soborno.

De este modo, el programa de *compliance* parece ser un instrumento efectivo en el combate y prevención del crimen, sobre el todo en el universo corporativo, puesto que estos programas tienen por objeto eliminar o atenuar la responsabilización penal, principalmente de la empresa y sus dirigentes.

a) **Public Compliance y corrupción**

El *compliance* corporativo demuestra su eficacia, y el *compliance* en ámbito de la administración pública demuestra sus particularidades y es por lo que merece ser analizada.

Inicialmente, la expresión *public compliance* puede ser traducida como «integridad, conformidad normativa, o cumplimiento de derecho, en la administración pública» (JUNQUEIRA, 2019, p. 101).

Así, hay que hacer algunas consideraciones:

La primera consideración es que el poder público es el que crea la determinación de autorregulación de las personas jurídicas de acuerdo con los programas de *compliance*, y por lo tanto deben(rían) crear obligaciones en torno a sus propios actos.

La segunda anotación es que en la creación de los programas de *public compliance* las reglas deben ser según los principios y derechos que rigen la administración pública.

Por fin y obviamente, el Estado no puede pretender utilizar el programa para eludir la legalidad.

Entonces, conforme (JUNQUEIRA, 2019, p. 104) escribió hay «elementos fundamentales de *public compliance*, que son:

(i) implementar una cultura de *compliance* de modo que los líderes de la administración pública ejemplifiquen con sus actos, conductas probas, utilizando instrumentos como códigos de conductas; cursos de capacitación; campañas anticorrupción;

(ii) creación de un departamento de *compliance* autónomo y desatado de la jerarquía pública;

(iii) analizar los riesgos de sus actos;

(iv) creación del programa de *compliance* con los fines de instituir reglas para suprimir o reducir el peligro del crimen y por así dificultar la conducta de corrupción y aumentar el riesgo para el potencial delincuente; como también reducir las ventajas indebidas del criminoso; reducir también la situación que puede favorecer el cometimiento del crimen; y establecer procedimientos de investigación interna, incluyendo un canal de denuncia (*whistleblowing*).

Pero, aunque hace sentido pensar en programas de *compliance* en la administración pública, se muestra necesario que exista responsabilización penal de los gobiernos.

Ya que, en ámbito privado, las empresas por fuerza de ley instituyen programas de *compliance* para que tengan una mejor situación frente a la responsabilidad penal y no se puede dejar de pensar lo mismo sobre la administración pública, de lo contrario no irá producir efectos.

V.- Conclusiones

Por todo ello y sin pretender agotar el tema concluyo que el *public compliance* tiene razones criminológicas que pretenden mejorar las instituciones públicas y por consiguiente mejorar la estructura de prestación de sus servicios.

Veamos.

De acuerdo con las teorías criminológicas, sobre el todo de la teoría de asociación diferencial, un probo programa público de integridad, estrictamente guiado por los principios de la constitución democrática, seguido al pie de la letra por sus administradores públicos, crea un ambiente propicio para o no cometimiento del crimen.

De mismo modo, conforme la teoría económica del crimen, la creación de reglas claras y objetivas sobre los delitos y sus castigos (incluyendo económicos), como también con la instauración de procedimientos eficaces para apurar el cometimiento y por así punir lo criminoso, denotan que el cometimiento del crimen no quedará impune y por lo todo el riesgo del criminoso se aumenta.

Además, el programa de *compliance* debe orientarse por la perspectiva de prevención situacional del crimen, de la cual sobresale rechazar la oportunidad y así evitar que el potencial agente encuentre la situación que le favorecerá o que se puede crear por impulso la voluntad de practicar el crimen.

Planteando el debate sobre el crimen de cohecho pasivo, tenemos primeramente que se trata muchas veces de un crimen cometido en una relación personal que no se encuentre testigos y por lo consiguiente tiene mayor dificultad de investigar.

Para esto, la creación de un canal de denuncia puede ser una buena medida, desde que eficaz y que garantiza la preservación del denunciante para que no cree una persona sospechosa y perseguida por los demás.

Otro problema es principalmente la creación situacional de la oportunidad.

La burocracia; el poder policial; la imprecisión de algunas leyes; son algunas de las situaciones que favorecen el cometimiento del crimen de cohecho pasivo y para esto la solución puede ser la creación de mecanismos menos burocráticos y que no atribuyen amplios poderes a personajes públicos, como también que sean analizadas todas las conductas y actos potencialmente peligrosos (susceptibles al cometimiento del cohecho pasivo) para que mejore su fiscalización.

Así, todas esas medidas pueden al menos reducir el cometimiento del cohecho pasivo, ya que el problema del fenómeno de corrupción no se acaba en ámbito de los agentes públicos o en las empresas.

Así pues, las teorías criminológicas han contribuido para la mejora de los programas de *compliance* en ámbito privado, y ese es un buen ejemplo para seguir por la administración pública.

VI.- Bibliografía

- BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. University of Chicago Press; The University of Chicago Press (ISSN 0022-3808), Journal of Political Economy, #2, 76, pages 169-217, 1968 mar.
- BENSON, Michael L.; MADENSEN, Tamara D. Situational crime prevention and White-collar crime. In. International handbook of White-collar and corporate crime, Springer, 2007.

- BOLDT, Raphael. Maxiprocesos criminais, corrupção e mídia: uma análise a partir da operação lava jato. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, [S. l.], v. 6, n. 3, p. 1209 –1237, 2020. DOI: 10.22197/rbdpp.v6i3.385. Disponible en: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/385> . Acceso en: 08 set. 2023.
- CARDOSO, Helena Schiessl. Os grandes “paradigmas criminológicos” da modernidade e suas “recepções creativas” na américa latina e no Brasil. P. 01-51. In. *Criminologia contemporânea: crítica às estratégias de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- CARVALHO, Elysio de. Escritos policiais. Organização, apresentação e notas de Diego Galeano, Marília Rodrigues de Oliveira. Rio de Janeiro: Contra Capa; Faperj, 2017.
- FEDERICI, Silvia. Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva. Tradução coletivo Sycorax – 2. ed. – São Paulo: Elefante, 2023.
- JUNQUEIRA, Gabriel Marson. A prevenção da corrupção na administração pública: contributos criminológicos, do corporate compliance e public compliance. Coordenação: Gregório Assagra de Almeida – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.
- OCDE (2016), *Princípios de Governo das Sociedades do G20 e da OCDE*, Éditions OCDE, Paris. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259195-pt>.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. . (2022). Public compliance e prevenção da corrupção. *Revista Científica Do CPJM*, 1(03), 41–64. Disponible en: <https://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/60> . Acceso en: 08 set. 2023.
- SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime. The uncut version*. Yale University, New Heaven and London, 1963. Traducción: Laura Belloqui, Supervisión: Carlos Alberto Elbert. Buenos Aires: B de F, 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, 1940 – *A questão criminal*. Traducción: Sérgio Lamarão. 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2013. 3ª reimpressão, fevereiro de 2023.
- _____. *Dogmática penal e criminología cautelar: uma introdução à criminología cautelar com especial ênfase na criminología midiatica.* /

Eugenio Raúl Zaffaroni, Matías Bailone; traductor: Rodrigo Murad do Prado. – 1. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.