

The background of the cover is a dark green, textured surface. Several horizontal lines, representing clotheslines, stretch across the frame. Numerous hand-drawn banknotes, each with a dollar sign (\$) in a circle, are clipped to these lines with wooden clothespins. In the lower-left corner, a bucket is overflowing with stacks of coins and more banknotes. Some coins and banknotes are scattered on the ground around the bucket, suggesting a process of cleaning or sorting money.

Revista

ISSN 2007-4700

Real

MÉXICO

Número 23

julio - diciembre 2023



La criminalidad intraempresarial



Santiago Javier Granado Pachón

Universidad de Huelva

RESUMEN: El análisis de la criminalidad de la empresa requiere de una distinción importante a la hora del establecimiento de los distintos sistemas de control que pueden implementarse, en aras de la detección y prevención delictual, con independencia de su interrelación aplicativa. De ahí, que podamos distinguir una criminalidad *ad intra* o intraempresarial, que atenta contra bienes jurídicos de la propia empresa, de aquella que tiene como objetivos los bienes jurídicos de terceros, también conocida como criminalidad *ad extra*. Dentro de la criminalidad intraempresarial es necesario distinguir, atendiendo al sujeto activo, aquella que comete cualquier subordinado o empleado (como puede ser un delito de daños o de hurto), de aquella que es cometida por personas que poseen cargos con responsabilidad, en clara alusión a los directivos, en quienes se concentran las facultades de decisión y disposición de los intereses de la empresa. Si bien los instrumentos de control por posibilidades delictivas cometidas por los inferiores en la escala jerárquica dentro de la estructura empresarial pueden implantarse bajo la cobertura de la relación laboral, cuando tratamos de expectativas delictuales que propician los propios directivos de la corporación, tales instrumentos de fiscalización adquieren cierta complejidad en su mayoría ineficaces, ante una subcultura empresarial legitimadora y los vericuetos derivados de la delincuencia económica.

PALABRAS CLAVE: control, autorregulación empresarial, relación laboral, criminalidad intraempresarial.

ABSTRACT: The analysis of the criminality of the company requires an important distinction at the time of the establishment of the different control systems that can be implemented, for the sake of the detection and prevention delinquent, regardless of its interrelation application. Hence, we can distinguish an *ad intra* or intrabusiness criminality that violates the legal property of the company itself, which aims at the legal assets of third parties, also known as *ad extra* criminality. Within the intra-enterprise criminality, it is necessary to distinguish according to the active subject, that which can be committed by any subordinate or employee (such as a crime of damage or theft) of that which is committed by persons who have charges with responsibility, in clear allusion to the directors, in which the faculties of decision and disposition of the interests of the company are concentrated. While the instruments of control for criminal possibilities committed by the inferiors in the hierarchical scale within the business structure can be implanted under the coverage of the employment relationship, when we try to criminal expectations that promote the executives themselves of the corporation, such control instruments acquire some complexity mostly ineffective, before a legitimizing business subculture and the byways derived from economic crime.

KEYWORDS: control, business self-regulation, employment relationship, intra-enterprise criminality.

SUMARIO: 1. Consideraciones iniciales. 2. Fuerzas divergentes en la delincuencia empresarial. 3. Referencia a los mecanismos internos de control inhibidores de la criminalidad de los directivos en la empresa. 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

Rec: 3/3/2023 | Fav: 15/4/2023

1. Consideraciones iniciales

No podemos negar, que de un tiempo a esta parte, la criminalidad de la empresa ha acaparado la atención de la doctrina no solo por las dificultades dogmáticas y doctrinales de cubrir las exigencias de culpabilidad marcada por el sistema del hecho punible tradicional, sino también por las dificultades técnicas de controlar los comportamientos desviados en el interior de la misma, dado que la producción y la información de estos hacia el exterior puede generar daños inmanentes a los intereses corporativos, que abarcan desde el propio prestigio empresarial hasta la pérdida de posiciones en el mercado. No obstante, con independencia de los efectos económicos o personales que en el interior de la empresa puedan producir tales comportamientos desviados, no podemos desconocer que en ocasiones tratamos con hechos delictivos y que el Estado, como titular de *ius puniendi*, tiene la obligación de perseguirlos a través del derecho penal; a pesar de una llamativa ineficacia de este para hacerle frente, tal y como sostenía SHÜNNEMAN cuando afirmaba que el derecho penal es un medio ineficaz en la lucha contra la criminalidad empresarial.¹ Esta ineficacia tiene su base en el inconveniente que supone para la propia empresa la detección de hechos delictuales en su interior, pues el mandato de acudir a los tribunales para ponerlos de manifiesto se hace insuficiente al valorarlos en términos de oportunidad de costes. No olvidemos que nos movemos dentro de un concepto de empresa que, bajo determinadas dimensiones de actividad, constituye un “foco de delincuencia”, dado el entendimiento de que estas estructuras provocan factores criminógenos que aumentan los riesgos de procurar comportamientos desviados,² favoreciendo la ocultación de los

mismos; y, no obstante, valores y costes económicos a veces intangibles, como clientela o prestigio empresarial. Estos factores favorecedores a la ineficacia son principalmente de naturaleza económica y son creadores de un espacio cultural³ en el mundo de la empresa sobre el que encuentran legitimación de actuación, ante el interés por empleados y directivos en conseguir los objetivos marcados por las empresas a las que pertenecen.⁴ De ahí que la actuación desviada permanezca insertada bajo una estructura, organiza-

Delito contra la intimidación, el derecho a la propia imagen (art. 197 quinquies), Delito Estafa (251 bis), Alzamiento de bienes (258 ter), insolvencias punibles (261 bis), Daño informático (264 quarter), Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, consumidores, corrupción en los negocios (art. 288), Delito de receptación y blanqueo de capitales (art. 302), Delito contra Hacienda Pública y Seguridad Social (art.310 bis), Delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 318), Delitos de construcción, edificación y urbanización (art. 319), Delitos contra la Salud Pública (art. 366), Financiación del terrorismo (art. 576).

³ Es importante resaltar que los modelos de organización y gestión que deben desarrollar las entidades no solo tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa, sino promover una verdadera cultura ética empresarial. Por eso, la clave para valorar su verdadera eficacia no radica tanto en la existencia de un programa de prevención, sino en la importancia que tiene en la toma de decisiones de sus dirigentes y empleados y en qué medida es una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento. Este criterio general debe presidir la interpretación de los Sr. Fiscales sobre los modelos de organización y gestión para determinar si, más allá de su conformidad formal con las condiciones y requisitos que establece el precepto, expresan un compromiso corporativo que realmente disuada de conductas criminales. Es más, los Sr. Fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación, de tal manera que, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la eficacia del modelo, sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo. (Vid. Circular de la FGE 1/16).

⁴ En este sentido, es fácil observar cómo las entidades a través de sus directivos o empleados pretenden a todo costa salvar su capacidad de trabajo y dedicación manteniendo o incrementando los objetivos marcados para cada ejercicio; ante esto, se suelen normalizar acciones consistentes en omitir las medidas de prevención dispuestas por la ley o contratar a personal por debajo de las medidas legales, pagar a los empleados o directivos de otras empresas-clientes para procurarse la venta continuada de sus productos con grave infracción de las normas de competencia desleal, falsear las cuentas anuales con la finalidad de obtener financiación bancaria o llevar a cabo actos defraudatorios contra el erario público.

¹ Cfr. SHÜNNEMAN, B., *Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln*, Berlin, Bonn, München, pp. 629 ss.

² El Código penal bajo la reforma de LO1/2015 castiga a las personas jurídicas por la comisión de los siguientes hechos: Delito relativo a la prostitución y corrupción de menores (189 bis),

ción y dirección concreta, que hace sumamente difícil el inquirir sobre hechos delictivos cometidos en el interior de la misma —también en el exterior—. En otros términos, puede afirmarse, con carácter general, que el derecho penal se ve inefectivo para combatir este tipo de comportamientos desviados.

En relación con los factores⁵ y argumentos favorecedores hacia la ineficacia denunciada, estos pueden constreñirse a los siguientes: en primer lugar, al hecho de que el riesgo de descubrimiento es bajo dada la complejidad estructural de la empresa por la posición de privilegios de los directivos, en tanto que tienen información de la compañía para delinquir técnicamente bien —ingeniería financiera, operaciones bien maquilladas—; en segundo lugar, el derivado de que pese a que se descubra a los autores, el riesgo de condena también es muy bajo, no solo porque los casos llegan a ser ciertamente complejos (tanto en relación con los hechos como por la interpretación de los tipos penales),⁶ sino también por la posibilidad de contratar e invertir en su propia defensa, y en último lugar, por una falta evidente de cooperación de la víctima del delito con las autoridades penales.⁷ De hecho, conviene resaltar la escasa resistencia que pueden ofrecer los subordinados frente a la “actitud criminal colectiva”,⁸ en el bien entendido de que en el interior de un empresa se manejan valores y mecanismos de presión que pueden determinar que un miembro de aquella, a consecuencia de su vinculación al establecimiento y a la notoriamente alta disposición a la obediencia del hombre en el sistema jerárquico, actúe de manera altruista en interés de la casa,⁹ cuando objetivamente está realizando

una conducta prohibida por el derecho penal. Es decir, el subalterno o subordinado puede encontrarse inmerso en un determinado clima en la que la exacerbación del principio del interés de la empresa, así como la estructura organizativa jerárquica, relativizan su capacidad de oponerse a la ejecución de hechos delictivos que por otros le viene impuesto.¹⁰ Desde esta perspectiva, y en los casos que pueda aplicarse la teoría penal de la autoría mediata, siendo el subordinado un mero instrumento; cabe decir que este en multitud de ocasiones será ya autor directo, y como tal, penalmente responsable, sin contar los supuestos en que el subordinado inmediatamente independiente en las escalas jerárquicas es, a su vez, ya un autor mediato plenamente responsable.¹¹

Ahora bien, el delito lo es, tanto cuando se comete en el interior como cuando se ejecuta hacia el exterior de la empresa pese a las dificultades aludidas; lo que nos lleva en síntesis a distinguir una criminalidad *ad intra o intraempresarial* que atenta contra bienes jurídicos de la propia empresa; como aquella que tiene como objetivos los bienes jurídicos de terceros, o *ad extra*. No obstante, dentro de la criminalidad *intraempresarial* es necesario distinguir, atendiendo al sujeto activo, aquella que comete cualquier empleado (como puede ser un delito de daños o de hurto) de aquella que es cometida por personas que poseen cargos con responsabilidad, en clara alusión a los directivos, en quienes se concentran las facultades de decisión y disposición de los intereses de la empresa. En este sentido, adquiere especial importancia la alusión en

⁵ Vid. PASTOR MUÑOZ, B., “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos”, *Indret*, 2006, p. 6, citando a BUSSMANN, K.-D. (2004), “Kriminalprävention durch Business Ethics, Ursachen von Wirtschaftskriminalität und die besondere Bedeutung von Werten”, *Zfww* 5/1, p. 37.

⁶ Vid. BUSSMANN, K.-D., ob, cit, p. 37.

⁷ Como afirma BUSMANN, K.-D., ob, cit, p. 37, pocos delitos cometidos por los directivos son denunciados por sus víctimas, pese a que gran parte de ellas afirman que su política es precisamente la de denunciarlos. Por otro lado, en los casos en que la víctima sea un trabajador, el instinto de conservación del puesto de trabajo —por temor a posibles represalias— y la desigualdad de medios entre las partes pueden influir también en la decisión de no denunciar.

⁸ Vid. TERRADILLOS, J., *Derecho penal de la empresa*, Edit. Trotta, Madrid, 1995, p. 39, para quien la actitud criminal colectiva es la escasa capacidad de resistencia frente a la actitud prodelictiva del grupo por parte de quien, como regla general, está obligado a obedecer en una escala jerarquizada.

⁹ Vid. SHÜNNEMAN, B., “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política-criminal acerca de criminalidad de

empresa”, Trad. Bruckner y Lascurain, ADPCP, (1988-II), pp. 529 y 533.

¹⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Criterios de asignación de responsabilidad penal en estructuras jerárquicas”, *Cuadernos de Derecho Judicial: Empresa y Delito en el Nuevo Código penal*, CGPJ, 1997, pp. 32 y ss.

¹¹ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., Responsabilidad, p. 370. En este plano es interesante tener en cuenta la teoría del «autor detrás de autor» que formulara Roxin sobre la base de los casos Eichmann y Straschynski de la II Guerra Mundial, en cuya función se puede afirmar la autoría mediata de quien ostenta el dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder —ya no por existir un dominio por coacción o error, sino sobre la base de la fungibilidad del ejecutor material y en la circunstancia de que el «autor detrás del autor» puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito— y, en consecuencia, sirve para abordar estos supuestos, en el mismo sentido MEINI MENDEZ, I. F., “Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados”, *Revista de Derecho*, núm. 52, Editorial del fondo de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, p. 4.

La criminalidad intraempresarial

los tipos penales a elementos subjetivos como puede ser el abuso de la función o la deslealtad, y que se concretan en hechos que derivan de la gestión de bienes de titularidad corporativa que tiene su encaje en figuras como la administración desleal o la apropiación indebida. Por esta razón, las empresas concentran sus esfuerzos en combatir la deslealtad, intentando dotar de mayor eficacia sus “sistemas de gestión de riesgo de fraude”,¹² contemplando el derecho penal no tanto como una rama del ordenamiento jurídico que determina el castigo de los comportamientos merecedores de pena, sino más bien como un instrumento que debería servir para evitar que se repitan fraudes en el futuro para motivar a sus directivos a ser leales en la gestión de los intereses empresariales.¹³ Dentro de esta complejidad, cabe resaltar, la ya aludida relación jerárquica a la que hemos hecho referencia, y en la que no podemos negar la existencia de una desigualdad entre directivos y empleados, en un plano de relación laboral. Así, la posición de subordinación del trabajador respecto del empresario responde a una situación estructural de naturaleza económica, que tiene lugar en la empresa. En este aspecto, se entiende que la existencia de comportamientos ilegales en el seno de la empresa se debe no tanto a la eventual predisposición personal de cada individuo, sino a factores estructurales, como la división del trabajo, las relaciones jerárquicas o el sistema normativo interno.¹⁴ Es decir, para explicar el delito en el ámbito

empresarial es ciertamente necesario determinar la posición que ocupa el individuo en la misma, y el rol determinado que cumple dentro de la estructura organizacional, pues únicamente así pueden establecerse mecanismos de control, que han de estar diferenciados dependiendo de la actuación de la categoría o clase de criminalidad a la que nos enfrentemos. Por eso, es de singular relevancia dotar de contenido idóneo a los *programas de compliance*¹⁵ que son especialmente apropiados para prevenir la criminalidad, pues bajo su inobservancia podrán individualizarse las acciones que determinan el nivel y grado de responsabilidad en el hecho cometido.

2. Fuerzas divergentes en el ámbito de la delincuencia empresarial

Lo curioso en el plano de la criminalidad empresarial es el distinto análisis que merece según quien sea el sujeto activo del delito. No cabe duda que una de las cuestiones más espinosas en relación con el injusto reprochable a las personas jurídicas en el ejercicio de su objeto social es la configuración de una responsabilidad penal de las corporaciones basada en el deber de diligencia, en la posición de garante y, por tanto, en círculo penal que tiene su entramado más sobresaliente en el ámbito del delito de omisión,¹⁶ y que de mane-

¹⁵ Los criterios para elaborar un programa de *compliance* son: la diligencia debida, que tiene por objetivo unir la capacidad de la empresa para detectar los delitos y la capacidad de su eliminación de forma efectiva, criterios necesarios a tener en cuenta como “el tamaño de la empresa” el “tipo de objeto social”, el “historial de delitos o mala conducta dentro de la empresa”.

¹⁶ En este contexto, el artículo 11 del Código Penal vigente se comporta como cláusula genérica de imputación a los administradores a título de comisión por omisión de delitos de resultado cometidos por otros administradores, o bien por delitos cometidos por los subordinados que no están entre los que pueden originar responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, aunque la cláusula específica de comisión por omisión implícita en el artículo 31 bis. 1b desplaza a la genérica del mencionado artículo 11, aquella solo afecta a los delitos cometidos por los subordinados en un ámbito delictivo amplio, pero limitado, como son los delitos en beneficio directo o indirecto de la sociedad que están específicamente previstos en el Código Penal como generadores de responsabilidad penal para las personas jurídicas. Por otro lado, un delito que pretenda incorporar al Código Penal la muy criticada infracción administrativa del artículo 130 de la Ley de Contravenciones alemana, que sanciona la simple omisión dolosa o imprudente de medidas de control que habrían impedido una conducta constitutiva de delito o de infracción administrativa por los empleados. Aunque durante la tramitación de la reforma los defensores de la inclusión de este delito en el Código Penal argumentaban que pretendía evitar la deriva de su artículo 31 bis hacia la posible responsabilidad penal de los administradores en comisión por omisión, lo cierto es que las

¹² En relación con estos sistemas, es importante indicar en el desarrollo preventivo, que el establecimiento de la planificación dependerá de la estructura y significación que, para la entidad, puede tener cada delito en concreto. Así, el método de prevención y neutralización de estos tiene variables importantes; por ejemplo, en la prevención del delito de blanqueo de capitales será importante no recibir pagos en metálico, no aceptar transferencias desconocidas, siendo que en esta área procedería la aplicación de medidas de *compliance* ya previstas en la regulación administrativa de prevención del blanqueo de capitales en caso de que la sociedad sea considerada sujeto obligado en ese ámbito por razón de su objeto social, o en delitos contra la intimidad, establecer procedimientos internos de control del correo electrónico corporativo y de internet o control de la protección de datos y su normativa; o en materia fiscal llevar a cabo la división del departamento contable del financiero o el seguimiento del código de las buenas prácticas tributarias.

¹³ Cfr. PASTOR MUÑOZ, N., “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?”, disponible en www.indret.com, p. 3.

¹⁴ A. BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO, 1997, p. 4. Sin embargo, junto a tales estructurales se debería agregar un factor personal adicional, como por ejemplo, la sensación subjetiva de impunidad (independientemente de que esa percepción se apoye en una base real objetiva).

ra especial afecta a los administradores¹⁷ o directivos de la misma, sobre todo cuando los hechos delictivos se provocan hacia el exterior, en aras de actuaciones en nombre de la empresa.¹⁸ Esta exigibilidad sobre el cumplimiento de un deber objetivo de cuidado, de tomar precauciones de vigilancia en los actos y hechos llevados a cabo en el interior de estas, constituyen elementos necesarios de cuya observancia depende la exención de responsabilidad penal de la propia empresa, dado que pueden imputarse distintos grados de esta por hechos ajenos. De ahí, la existencia de una fuerza obligada al establecimiento e implementación de estrategias de prevención y control,¹⁹ que debe rea-

lizarse conforme a ciertos principios que logren un equilibrio entre los intereses contrapuestos, sin que puedan desarrollarse medidas de injerencias ilimitadas en los derechos individuales de los empleados. Ahora bien, es importante resaltar que las obligaciones de control ejercidas por la empresa encuentran un contrapeso en la facultad de interpretar los hechos objeto de los tipos penales, como pudiera ser el concerniente al descubrimiento y revelación de secretos, en su aplicación particular al control del correo electrónico del trabajador.²⁰

Ahora bien, conforme a lo anterior, no cabe desconocer los sorprendentes niveles de vigilancia empresarial a partir de las nuevas posibilidades tecnológicas que, desde luego, plantean problemas ético-jurídicos en los propios ámbitos individuales del trabajador; siendo en este aspecto en donde se mueve la fuerza divergente que propicia la mesura y el establecimiento de límites en las posibilidades de injerencia. Tan es así, que la información disponible sobre un candidato a un puesto de trabajo puede llegar a extenderse a datos personales de muy distinta naturaleza. La paradoja de que la misma tecnología que convierte a los trabajadores en agentes potencialmente peligrosos permite al empresario invadir la privacidad de un modo potencialmente peligroso y también permite al empresario invadir la privacidad de un modo inimaginable.²¹ Es decir, nos movemos en la tensión que se genera entre la prevención dentro del ámbito de la propia empresa y la intimidad del trabajador. A estos fines podemos traer a colación la sentencia del caso Arroyo/Rattan Specialties, en la que se establecía que la negativa a disponerse a la prueba del polígrafo por un trabajador —se tratara esta de una prueba periódica o específica— era motivo justificado para aplicar

críticas fueron tan intensas y bien fundamentadas que han dado al traste, felizmente, con tan inmanejable tipo penal.

¹⁷ En este sentido cabe recordar que el Consejo de Administración de una entidad es y será responsable de la existencia del control interno y de un sistema de gestión de riesgos adecuado y eficaz, siendo la alta dirección responsable de su diseño, implantación y funcionamiento, para lo cual podrá servir de la denominada “comisión de auditoría” como órgano encargado de supervisar el control interno y el sistema de gestión de riesgos aludidos. (Vid. artículo 249 de la LSC, en cuanto a las facultades indelegables del consejo relacionadas con el control interno y la gestión de riesgo, como son: 1º) La determinación de las políticas y estrategias generales de la Sociedad. 2º) La autorización o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo dispuesto en el artículo 230. 3º) En el caso de sociedades cotizadas, estas facultades indelegables del consejo incluyen, además de las mencionadas, las contempladas en el artículo 529, entre las que se incluyen: 4º) Aprobación del plan estratégico o de negocios, los objetivos de gestión y presupuestos anuales, la política de inversiones y de financiación, la política de responsabilidad social corporativa y la política de dividendos. 5º) La determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control. 6º) La determinación de la política de gobierno corporativo de la sociedad y del grupo del que sea entidad dominante; su organización y funcionamiento y, en particular, la aprobación y modificación de su propio reglamento).

¹⁸ Cfr. GÓMEZ BENITEZ, J. M., “Relevancia penal de los modelos y órganos societarios de vigilancia y control para la prevención de delitos en la LO 1/15, de reforma del Código penal”, *Análisis GA&P*, 2015, p. 2. A efectos penales, el artículo 31 bis.1b del Código Penal establece para los administradores un específico deber de garantes, de controlar la fuente de peligro (los subordinados) en lo que se refiere a la indemnidad de los bienes jurídicos protegidos en los respectivos tipos penales. En efecto, que los delitos han podido cometerse, precisamente, por la infracción de ese deber legal, significa que —en terminología del artículo 11 del Código Penal— la inexistencia de la omisión de los administradores habría evitado el resultado delictivo. Esto significa que se les pueden imputar a los administradores a título de comisión por omisión los delitos de resultado cometidos por los subordinados, siempre que su omisión haya sido dolosa.

¹⁹ Es decir, deberá elaborar un “Plan de Actuación para la Neutralización de Riesgos Penales” propios de la actividad de la sociedad. Si una empresa dedica su actividad económica a la mera comercialización de algún producto farmacéutico, su plan preventivo

deberá establecer protocolos de actuación para evitar delitos como el de estafa, la propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores, la hacienda pública y la seguridad social, salud pública, etc., pero no tendrá que dedicar ni un solo capítulo, en términos de normalidad, a prevenir el delito de trata de seres humanos porque su actividad no guardaría relación con el objeto delictivo y, por tanto, no sería previsible que realizara la conducta descrita en el artículo 177 bis CP.

²⁰ Según la reciente Sentencia del TEDH de 29 de Junio de 2017, las empresas deben informar a los empleados por adelantado si sus cuentas de correo electrónico de trabajo están siendo monitorizadas para no infringir indebidamente su privacidad.

²¹ LINE III, F. S., *The naked Employee*, 2003, p. 213, en el mismo sentido, AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., “Prevención del delito en la empresa, límites éticos-jurídicos en la implementación de sistemas de vigilancia”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2009, p. 6.

La criminalidad intraempresarial

suspensión de empleo y sueldo. Además, en segunda instancia, si el empleado continuaba negándose a someterse a la prueba, el empresario tenía causa justificada para imponer la separación definitiva del trabajador.²² Esta resolución, datada sobre los años 80, pone de manifiesto el juego de las fuerzas divergentes que referimos y que encuentra solución en el respeto a los derechos fundamentales, y de manera sobresaliente a la intimidad del trabajador.

Atendiendo a lo anterior, es necesario resaltar cómo en nuestra patria, nuestro Tribunal Constitucional (en adelante TC) pretende dar salida a la tensión planteada. En este sentido, la STC 99//1994²³ es clara cuando afirma que la relación laboral tiene como efecto la sumisión de ciertos aspectos de la vida del trabajador a las necesidades de la organización productiva, pero no bastaría afirmar el interés empresarial para comprimir los derechos fundamentales del trabajador. Es decir, el TC ha sido claro cuando ha resaltado que no es posible negar la efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, pues concertar un contrato no puede implicar en modo alguno la privación de tales derechos para quienes prestan servicios en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo. En consecuencia, el ejercicio de tales derechos únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los artículos 38 y 33 de la CE y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos. Por tanto, el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni tampoco a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquel.²⁴ En síntesis, una delincuencia empresarial llevada a cabo por los em-

pleados que sirven a la misma adquiere solución de fiscalización a partir de los mecanismos que nos ofrece el régimen jurídico derivado de la relación laboral que los concierne, pues es sabido que, conforme al Estatuto de los Trabajadores, el empresario en el ejercicio del poder de dirección puede establecer controles al trabajador para el adecuado desenvolvimiento de la prestación laboral. Para ello, el empleador tiene a su disposición mecanismos tecnológicos suficientes para incrementar el control de los trabajadores.

En efecto, es una realidad que al amparo del artículo 20.3 del ET se están generalizando mecanismos de control tecnológicos. Estos instrumentos pueden ejemplificarse en videocámaras,²⁵ sistemas de registro de entradas, permanencias y salidas de la empresa a partir de tarjetas de identidad personal combinadas en ocasiones con datos biométricos, intervenciones en los correos electrónicos o teléfonos de los trabajadores, fiscalización de los contenidos visualizados en las terminales del ordenador, etc., que permiten un control del operario de la empresa, y tal como ha reiterado el TC, su licitud deberá ser valorada conforme al principio general de proporcionalidad, ponderando la intromisión en el derecho a la intimidad de los trabajadores con el interés empresarial en presencia.

Ahora bien, como ya apuntábamos, lo realmente problemático dentro de la criminalidad intraempresarial es la delincuencia a nivel del “directivo”, cuyo perfil se corresponde con el delincuente económico, y que posee un perfecto conocimiento de las oportunidades que para delinquir le ofrece la estructura de la empresa; pues sus actuaciones, dependientes de una subcultura empresarial, hacen sumamente difícil el

²² AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., *ob.cit.*, p.7.

²³ SSTC 88/1985, de 19 de julio; 6/1988, de 21 de enero; 129/1989, de 17 de julio; 126/1990, de 5 de julio; 99/1994, de 11 de abril; 106/1996, de 12 de junio. En el mismo sentido, TASCÓN LÓPEZ, RODRIGO., “La protección de datos personales de los trabajadores”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, p. 460.

²⁴ Cfr. GONZÁLEZ GARCÍA, C., “La protección de datos en las relaciones laborales, grado de relaciones laborales y recursos humanos”, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2012-2013. *ob.cit.*, p. 11.

²⁵ La Instrucción 1/2006 de la Agencia de protección de datos en las relaciones laborales, grado de relaciones laborales y recursos humanos, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2012-2013. a APD determinó que aquel sujeto privado que vaya a instalar sistemas de vigilancia ha de advertirlo y señalarlo de modo claro. Por otro lado, determinados pronunciamientos de los Tribunales de Justicia han entendido legítimo, por ejemplo, un sistema de lectura biométrica mediante infrarrojos de determinados datos de la mano para el control horario del personal funcional y laboral de una determinada Administración Pública —sistema que, dicho sea de paso, no vulnera la integridad ni intimidad corporales—, en cuyo caso no sería necesario, para recabar legítimamente los datos de tal sistema derivados, obtener el consentimiento de los afectados ex artículo 6.2 de la LOPD, pues se trata de “un mero instrumento en orden a la consecución del fin básico pretendido, cual es el cumplimiento del horario y jornada laboral de todo el personal al servicio de la Administración demandada”, siendo necesario, eso sí, proceder a informar de los extremos previstos en el artículo 5 de la LOPD, como en el caso de autos la Administración implicada hizo.

establecimiento de instrumentos de control, que analizamos en el apartado siguiente.

3. Referencia a los mecanismos internos de control inhibidores de la criminalidad de los directivos en la empresa

Como es sabido, uno de los medios más usados destinados para combatir este tipo de delincuencia es el establecimiento de estrategias globales de prevención en las que se incluyen tanto las auditorías internas como externas y el fomento de los llamados *whistle-blower*²⁶ —chivatos— que informan de las irregularidades que descubren, y también en la reducción de oportunidades de delinquir. Se trata, en definitiva, de dotar de un contenido idóneo a los programas de *compliance* que son especialmente apropiados para prevenir la criminalidad debido a sus contenidos específicamente relacionados con estas. Así, por lo que respecta a las auditorías²⁷ aludidas, estas se configuran como uno de los elementos fundamentales a desarrollar por parte del *compliance* jurídico de la empresa. No obstante, el concepto de auditoría debe avanzar

hacia un modelo multidisciplinar, extenso en información, pero accesible y capaz de generar un análisis de valor más allá de los datos numéricos, como puede ser desde el acortamiento de los plazos para la emisión de informes como una mejor responsabilidad y explicación en la gestión de riesgo. En todo caso, una de las principales reformas regulatorias que incide directamente en las comisiones de auditoría de las empresas consideradas de interés público (EIPs), se encuentra directamente relacionada con el marco normativo aprobado por la Unión Europea,²⁸ y que permite a los estados miembros concretar cuestiones tan trascendentes como la prestación de servicios distintos a la auditoría o las relativas a cuestiones de selección del propio auditor. Ahora bien, por lo que respecta a los denominados *whistle-blower* y a su función delatora, su regulación jurídica está aún por llegar; y cabe decir que estos suelen ser objeto de un reproche ético cuando han sido fomentados y premiados para combatir determinados delitos, pues paradójicamente se plantean en la lucha contra la corrupción como una forma de recuperación de la ética empresarial donde se quiere responsabilizar de este modo tanto a las altas jerarquías como a cada uno de los trabajadores del desarrollo de los fines perseguidos por la empresa (o en su caso, por la administración), encontrándose directamente relacionado en cuanto que constituye un instrumento de control constitutivo de comunicación de las irregularidades que puedan producirse con las conocidas “líneas éticas”,²⁹ que vienen a fundarse en el aforismo popular “ más vale prevenir que curar”. Es decir, estas líneas éticas favorecen la transparencia y protegen a las organizaciones, estan-

²⁶ También conocidos como “alertadores” quienes necesitan de protección legal. De hecho, son muy pocos los países europeos que han promulgado normas tuteladoras de esta función, a diferencia de lo que ha ocurrido en EEUU que ofrece multitud de protecciones diferentes para los empleados de todos los sectores corporativos y agencias gubernativas. Estos canales de denuncia anónima (*whistleblowing*) constituyen una medida más propia de los sistemas establecidos en otras jurisdicciones y que en nuestro ordenamiento no ha encontrado eco hasta la fecha. Sin embargo, su implementación a mayor abundamiento siempre sumará en una valoración integral de la eficacia de la prevención corporativa. No obstante, el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades cotizadas recomienda que las sociedades encomienden al Comité de Auditoría el establecimiento y seguimiento de mecanismos de esa naturaleza, que protejan la identidad del denunciante e incluso, si se considera oportuno, permitan su anonimato. El Código parte de que tales mecanismos se destinarán preferentemente a la denuncia de irregularidades financieras y contables y, sobre todo, que respetarán escrupulosamente las limitaciones establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

²⁷ Una auditoría consiste en la evaluación de un asunto con el fin de expresar una opinión acerca de si el mismo ha sido fielmente presentado. En este sentido, si nos centramos en el estado financiero, se ha tenido como un matiz importante el hecho que el estado de cuentas de determinadas corporaciones fuera auditada por un auditor externo e independiente. Una auditoría apuntala la confianza y la obligación de supervisión y gestión (*stewardship*) entre los que administran una compañía y sus propietarios o los que necesitan conocer la imagen fiel de la misma, los grupos de interés. Dada la importancia de este papel, a menudo se plantean preguntas sobre la auditoría, los auditores y los grupos de interés a los que prestan sus servicios.

²⁸ Tratamos con un Reglamento y una Directiva que al entrar en vigor en la UE el 16 de junio de 2014, comenzó su aplicación el 17 de Junio de 2016 (al establecerse un periodo de transición de dos años, donde los Estado miembros podrán trasponer y elegir las distintas opciones dadas por la directiva). Esta normativa europea permite a los Estados miembros un margen amplio de actuación en diversas áreas, por lo que será relevante la normativa local que apruebe cada Estado miembro en la transposición de la reforma. En el caso concreto español se aprobó el 13 de febrero de 2015 el Proyecto de Ley de Auditoría de Cuentas (PLAC) para su remisión a las Cortes Generales, que dio sus frutos en la Ley de Auditoría de Cuentas de 20 de Julio de 2015.

²⁹ La Agencia Española de Protección de Datos, en un informe de 2007, ya estableció las líneas rojas a la hora de crear sistemas de este tipo en las empresas, pues planteaba, entre otras cuestiones, que las denuncias serían confidenciales, pero no anónimas, para garantizar la exactitud e integridad de la información. Por esto, muchos expertos recomiendan externalizar este servicio para garantizar la imparcialidad.

La criminalidad intraempresarial

do especialmente dirigidas a los empleados, proveedores, clientes, y otros posibles grupos de interés de la compañía; de tal manera que se posibilite la denuncia del fraude interno, así como cualquier otro tipo de conductas no permitidas o impropias que puede afectar al capital humano, al patrimonio o a la propia reputación de la organización, por ser contrario a sus principios.³⁰ También de una manera más simple, y a modo de injerencia personal, se viene considerando como mecanismo de control los exámenes dirigidos a averiguar la integridad u honradez de la persona, con el ánimo de pretender descubrir qué riesgos de desviación presenta el candidato a un cargo en la empresa, diagnosticando antes de la contratación las personalidades criminales.³¹ En este sentido es importante resaltar la importancia de la vinculación del posible directivo con la empresa, y ese diagnóstico inicial juega un papel importante en el desarrollo de la denominada “identidad corporativa”, la cual se centra en fomentar de manera positiva la vinculación del directivo con la estructura. Desde este planteamiento se fomenta la creación de un clima de confianza y la reducción del anonimato. No obstante, la búsqueda de esta medida vinculadora tiene una eficacia limitada, esencialmente porque el cambio de los directivos de una u otra empresa es un fenómeno frecuente, porque la identificación directivo-empresa, sin pretender que aquel asuma una serie de valores morales, es débil y porque la identidad corporativa no contribuye a reducir la criminalidad *ad extra* —lo cual puede generar costes muy elevados: costes reputacionales, pérdida de contactos—.³² También existe el recurso a la ética de los negocios, mecanismo que pretende fomentar los valores morales en los directivos y que se presenta como el medio adecuado para suplir los déficit de las demás medidas de prevención de esta clase de criminalidad. En síntesis, no adentramos en lo que ha venido a denominarse “autorregulación empresarial”, consistente en la introducción en la empresa de direc-

trices éticas de comportamiento para los directivos, en el que las recomendaciones de los códigos de buen gobierno de las sociedades³³ tienen mucho que decir, pues se parte de la idea de que la causa principal de la delincuencia empresarial es la falta de valores éticos y sociales, y se considera que por ello el fomento de esos valores en los directivos y, en general, en el mundo empresarial y económico, es el modo más eficaz de lucha contra esta clase de delincuencia. En concreto, el código de buen gobierno de las sociedades cotizadas está dirigido a la generalidad de las sociedades cotizadas, con independencia de su tamaño y nivel de capitalización, según determina el mismo, no cabe descartar por ello que algunas de sus recomendaciones puedan acaso resultar poco apropiadas o excesivamente onerosas para las empresas de menor escala, y si ello ocurriera, bastará con que las sociedades afectadas expliquen debidamente las razones y las opciones elegidas: su libertad y autonomía de organización quedan plenamente salvaguardadas. No obstante, este código tiene en cuenta que la función de supervisión y control se proyecta fundamentalmente sobre el equipo ejecutivo de la sociedad, por lo que recomienda, con carácter general, que las comisiones estén compuestas exclusivamente por consejeros externos —sin incluir, a estos efectos, a los vinculados al equipo directivo— y presididas por un independiente. Aun cuando es esencial que sus miembros tengan conocimientos adecuados a las funciones que se les encomiendan, las comisiones podrán servirse en ocasiones de expertos externos, conforme a lo que establece la Recomendación 23: supuesto típico de asesoramiento externo sería, por ejemplo, el uso por la Comisión de Nombramientos de una firma especializada de cazatalentos para identificar y seleccionar posibles candidatos a consejero.

³⁰ Vid. GAT INTELLIGENCE IN COMPLIANCE, RIESGOS, “Los cinco departamentos de una empresa donde se producen más casos de fraude interno”, disponible <https://investigacioneinteligencia.wordpress.com/2014/09/12/whistleblowers-espanoles/>

³¹ Como recoge PASTOR MUÑOZ, N., ob. cit., p.7, este mecanismo es de poca utilidad en el caso de los directivos, porque los delincuentes económicos, a diferencia de otras clases de delincuentes, son socialmente discretos, y porque el perfil del buen directivo (capacidad de decisión, falta de aversión al riesgo, carácter extrovertido) coincide con el del delincuente empresarial.

³² Vid. BUSSMANN 2003, pp. 96.

³³ El artículo 61 bis de la Ley del Mercado de Valores, fiel al principio conocido internacionalmente como “cumplir o explicar” (*comply or explain*), obliga a las sociedades cotizadas españolas a consignar en su *Informe Anual de Gobierno Corporativo* “el grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones”. De este modo, la legislación española deja a la libre autonomía de cada sociedad la decisión de seguir o no las recomendaciones de gobierno corporativo, pero les exige que, cuando no lo hagan, revelen los motivos que justifican su proceder, al objeto de que los accionistas, los inversores y los mercados en general puedan juzgarlos.

5. Conclusión

Como ha podido observarse a lo largo de este trabajo, lo trascendente en la materia de control de las empresas radica precisamente en la supervisión de los programas de cumplimiento, que tendrá una especial importancia en la prevención de la comisión de comportamiento desviado en los niveles más altos en la jerarquía organizativa, y para esto, también será fundamental abrir los canales oportunos de información, para que tanto directivos como empleados conozcan el contenido del programa, siendo que es la propia empresa la que debe verificar que la normativa interna advierte la posibilidad de que se realicen investigaciones y de la obligación de colaborar con ellas. En todo caso, existe un agravio comparativo que no puede ser desechado, por cuanto las empresas más pequeñas van a tener más dificultades para la implementación de tales programas, como así lo han tenido simplemente con su adaptación en la LOPD, y ello quizás por la escasa previsión de la comisión de delitos en su seno y por la falta de una cultura empresarial de esta naturaleza, que haga de su coste una auténtica necesidad.

6. Bibliografía

- AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., “Prevención del delito en la empresa, límites éticos-jurídicos en la implementación de sistemas de vigilancia”, *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 2009.
- BUSSMANN, K. D., “Kriminalprävention durch Business Ethics, Ursachen von Wirtschaftskriminalität und die besondere Bedeutung von Werten”, *Zfww* 5/1, 2004.
- GONZÁLEZ GARCÍA, C., *La protección de datos en las relaciones laborales, grado de relaciones laborales y recursos humanos*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2012-2013.
- LINE III, F. S., *The maked Employee*, 2003.
- MEINI MENDEZ, I. F., “Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados”, *Revista de Derecho*, núm. 52, Editorial del fondo de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 1999.
- PASTOR MUÑOZ, N., “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?”, *Indret*, 2006.
- SHÜNNEMAN, B., *Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989.
- SHÜNNEMAN, B., “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política-criminal acerca de criminalidad de empresa”, Trad. Bruckner y Lascuráin, ADPCP, (1988-II).
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Criterios de asignación de responsabilidad penal en estructuras jerárquicas”, *Cuadernos de Derecho Judicial: Empresa y Delito en el Nuevo Código Penal*, CGPJ, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español”, *Dialnet*, 2012.
- TERRADILLOS, J., *Derecho penal de la empresa*, Edit. Trotta, Madrid, 1995.



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES