

SOBRE LAS PREGUNTAS CIENTÍFICAS Y PRÁCTICAS DEL CRIMINAL COMPLIANCE*

Thomas ROTSCH**

I. INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN DEL TEMA

He recibido con especial alegría esta invitación a Argentina / Chile. Aunque no hablo español, me gustaría al menos realizar mi conferencia en español –con la esperanza de no estar exigiéndoles demasiado con ello–. En consecuencia en mi exposición, que durará 30 minutos, examinaré el (supuesto) ámbito fronterizo entre la ciencia y la práctica del criminal compliance. Para ello, en primer lugar (en el título II.), se efectuará una aclaración del concepto de criminal compliance, antes de que se pueda abordar el origen del fenómeno (III. 1.). A esto se añaden algunos esfuerzos para una concretización más exacta del concepto (III. 2.) y la revisión de las primeras fundamentaciones teóricas (III. 3). Algunas otras preguntas científicas y prácticas del criminal compliance, elegidas de manera selectiva, se presentarán brevemente (III. 4.) Vamos a ver que las fronteras en ocasiones se desdibujan.

II. DE COMPLIANCE A CRIMINAL COMPLIANCE

Cuando uno desea aproximarse al par de conceptos “criminal compliance” (o compliance penal) es imprescindible, en primer lugar, tener presente que con ello se debe describir un particular fenómeno jurídico-penal, cuyo origen –como suele suceder– no está en el de-

recho penal. Mejor dicho, con dicho concepto se hace referencia a una especial forma –sólo penal– “del compliance”. En virtud de estas condiciones se trata ni más ni menos que del hecho que el derecho penal es un área del derecho esencialmente accesoria y que, por consiguiente, sigue (no sólo a la práctica jurídica, sino que especialmente) al derecho civil y público, y depende de sus particularidades.¹

Ya la ciencia se ha ocupado del fenómeno jurídico-penal de compliance con varios años de retraso con respecto al resto (no jurídico-penal) de la discusión de compliance. En la práctica, por el contrario, al principio las sospechas más diversas han obstaculizado el compliance jurídico-penal. Es así que desde el inicio de la recepción de la idea de compliance en la práctica de asesorías y capacitación la etiqueta de derecho penal es tratada con la mayor de las reservas. Recién desde hace poco –y con razón– se introduce la comprensión de que precisamente el criminal compliance o su infracción es lo que frecuentemente puede producir las consecuencias más decisivas para los dependientes de todos los niveles de la empresa, aunque también para la propia empresa²⁻³. Entretanto la asesoría preventiva de compliance, por las razones más variadas⁴, ha asumido una velocidad, dinámica y una extensión a la que no sólo la fundamentación científica del criminal compliance apenas puede seguirle el paso, sino que el asunto de un asesoría preven-

* Traducción desde el alemán “Von wissenschaftlichen und praktischen Fragen der Criminal Compliance“ de Jaime Winter Etcheberry.

** Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Gießen.

¹ Cfr., por ejemplo, BINDING, Die Normen und ihre Übertretung, t. 1, 4a Ed. 1922, p. 3 ss., 73, 166; EL MISMO, Handbuch des Strafrechts, t. 1, 1885, p. 9 y s., 155 y ss.; DAHLEM, Das Verhältnis des Zivilrechts zum Strafrecht, 1919, p. 9; HOYER, FS Kreutz, p. 691 (692); LÜDERSEN, FS Eser, p. 163.

² ROTSCH (ed.) Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 1 número marginal 45.

³ ROTSCH, ZIS 2010, 614.

⁴ Vid. al respecto, ROTSCH, (ed) Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 1 número marginal 62 y ss.

tiva jurídico-penal orientada al cliente no es –por decir lo menos– siempre útil. Especialmente, no debe perderse de vista en el análisis del criminal compliance esta (falsa) dicotomía entre una ciencia (incluso hoy en día) ciertamente lenta y obligada a la minuciosidad, y las muy distintas restricciones a las que está sujeta la práctica de la asesoría.

1. COMPLIANCE

El concepto de compliance en el derecho⁵ no se ha aplicado de forma homogénea. Así, es posible diferenciar fundamentalmente entre tres aplicaciones conceptuales: En primer lugar, desde un enfoque básico surge la pregunta de qué se entiende, en general, bajo el concepto de “compliance” (al respecto en a.). Además, el concepto se aplica en un sentido meramente organizativo (vid. en b.). Y finalmente se aplica un concepto de compliance orientado a ciertas medidas (vid. en c.). Todas estas aplicaciones conceptuales tienen –de distintas maneras– repercusiones en la comprensión del criminal compliance (al respecto en 2.)

a) El concepto de compliance desde un enfoque básico

El concepto en inglés de compliance signifi-

ca “cumplimiento”, “conformidad” o “seguimiento”.⁶ Se trata de un concepto relacional (Relationsbegriff), cuyo significado sólo puede inferirse a través de su objeto de referencia. En la adopción del concepto médico original⁷ es de suponer que bajo la idea de compliance –“to be in compliance with the law”⁷– en un sentido absolutamente básico se entiende comportarse en conformidad “con el derecho vigente”.⁹ Este primer intento de definición requiere de una concretización desde dos puntos de vista:

La equiparación compliance = cumplimiento del derecho –que como inmediatamente veremos en realidad es cualquier cosa menos una “perogrullada”¹⁰– ha sido diferenciada y concretizada con una velocidad que hasta hoy pocas veces se ha visto. Mientras tanto, aumentan las voces que hablan de un cambio de paradigma¹¹ en el derecho penal, el que probablemente incluso puede fundamentar un cambio de la imagen humana.¹² De hecho, existen indicios de que el fenómeno del compliance, que refleja el punto por el momento culminante de una evolución desde la confianza en la fidelidad de la norma del individuo en un sentido Feuerbachiano a una propagada desconfianza general del Estado frente a los destinatarios de la norma¹³, se adorna, sin embargo, con la bastante parado-

⁵ Sobre su origen en la medicina, vid. A/R-ROTSCH, 1. Parte Cap. 4, número marginal 1; STOBER, NJW 2010, 1573; BOCK, Criminal Compliance, p. 19.

⁶ v. BESELER/JACOBS-WÜSTEFELD, Law Dictionary, Fachwörterbuch der anglo-amerikanischen Rechtssprache, 4a ed. 1986.

⁷ A/R-ROTSCH, 1a parte 4º cap., número Marginal 1; STOBER, NJW 2010, 1573; BOCK, Criminal Compliance, p. 19.

⁸ Rotsch, ZIS 2010, 614.

⁹ Vgl. BOCK, ZIS 2009, 68; EL MISMO., Criminal Compliance, p. 1; A/R-Rotsch, 1a parte 54º cap., número marginal 1.

¹⁰ Uwe H. SCHNEIDER, ZIP 2003, 646. Ya en el año 2013 esta objeción fue comentada –en el 35º Strafrechtslehrertagung en mayo en Zurich– en la discusión (de MÜLLER, Cfr. YOUSEFF/GODENZI, ZStW 125 [2013], 659 [665]) posterior a la conferencia de ROTSCH (ZStW 125 [2013], 481), cuando también la vehemente reacción en contra (especialmente. von HASSEMER, vid. YOUSEFF/GODENZI, ZStW 125 [2013], 665 y s.) mostraron con claridad que en último término es injustificada.

¹¹ ROTSCH, ZStW 125 (2013), 481; ENGELHART, RW 2013, 208; SCHÜNEMANN, GA 2013, 193 (195 y ss.).

¹² Así expresamente SCHÜNEMANN, GA 2013, 196. HASSEMER (vid. YOUSEFF/GODENZI, ZStW 125 [2013], 665) habló en la Strafrechtslehrertagung de 2013 sobre una “Despedida de la idea de bien jurídico”.

¹³ Cfr. en principio sólo SCHÜNEMANN, GA 2013, 196.

jal supuesta exigencia de la autoridad, de que en la delimitación de estos peligros que surgen de los destinatarios de la norma, igualmente deben también ser ellos quienes deben de manera autorresponsable hacerse cargo de dichos peligros. Todas estas facetas no eran tal vez previsibles al inicio de la discusión y todavía estamos lejos de una aclaración de las preguntas que con ello se han planteado. Con esto sólo quiero decir: el dicho de “vino viejo en vasijas nuevas” debe ser ahora definitivamente sepultado.

aa) El primer punto de vista sobre la ya referida concretización del concepto de compliance modifica la comprensión de la idea de seguimiento del “derecho”. Si el compliance efectivamente se circunscribiera a ello, el objeto de referencia del compliance en el derecho sería lisa y llanamente “el derecho” –y realmente no habremos agregado nada nuevo–.

Sin embargo, ha llegado a reconocerse que la realidad de las empresas no se trata meramente de seguimiento del derecho, y con ello de conformidad con el derecho, sino que más bien se trata de “conformidad con reglas”. Esto se debe a que es de hecho completamente irrelevante qué naturaleza tienen estas reglas; esto es, no es necesario que se trate realmente de reglas jurídicas.¹⁴ Más bien, puede tratarse tanto de leyes en sentido formal, como de estándares sectoriales específicos o incluso meramente de declaración de intereses con una motivación ética.¹⁵ La primera concretización de la definición conceptual se efectúa sobre la precisión del objeto de relación jurídico del compliance: compliance no es (sólo) conformidad con el derecho, sino (de manera más

amplia) con reglas, es decir, por consiguiente, armonía con mandatos de comportamiento –incluso no jurídicamente vinculantes de manera directa–.¹⁶

bb) El primer punto de vista sobre la ya referida concretización del concepto de compliance modifica la comprensión de la idea de seguimiento del “derecho”. Si el compliance efectivamente se circunscribiera a ello, el objeto de referencia del compliance en el derecho sería lisa y llanamente “el derecho” –y realmente no habremos agregado nada nuevo–.

A la segunda concretización de la idea de compliance como comportamiento en conformidad con el derecho vigente le concierne la pregunta de a qué se hace referencia con la alusión al derecho “vigente”. Es evidente que una cierta impenetrabilidad de las exigencias jurídicas ha sido una de las condiciones de origen del compliance. Esto debido a que hasta ahora, claramente, el compliance se desarrolla ahí donde las exigencias jurídicas no son comprensibles sin más para una persona cualquiera y, con ello –en el ámbito de un comportamiento preventivo conforme a derecho– no son anticipables. Por el contrario, allí donde el mandato normativo es claro y unívoco y, por ello, es internalizado por el destinatario de la norma, es obvio que no se requiere del compliance. Esto es posible comprobarlo con una ojeada en aquellas áreas del derecho civil y penal en las que el compliance juega un rol importante hasta ahora: Así puede destacarse el derecho del mercado de valores, que en Alemania fue el punto de partida de la idea de compliance¹⁷, así como el derecho penal económico a través de sus bastante

¹⁴ ROTSCH, ZStW 125 (2013, 483)

¹⁵ Sin embargo, distinto en BOCK, Criminal Compliance, p. 20, que habla de “Hard Compliance” que no debe incluir puntos de vista morales, éticos o económicos. Eso desconoce no sólo la fenomenología práctica del compliance; además no es claro qué se pretende al circunscribirlo de esa manera.

¹⁶ Correctamente advertido por FUCHS, p. 27. Una pregunta completamente distinta es qué relevancia tienen tales órdenes de comportamiento respecto a la pregunta sobre la facultad de ser consideradas en el marco del criminal compliance. Cfr. Al respecto, ROTSCH (ed.), Handbuch, §1 número marginal. 54 y ss., § 2 número marginal 20 y ss.

¹⁷ Vid. Al respecto ROTSCH (ed.) Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 1 número marginal 19.

grandes complejidades y dificultades. Esta complejidad de las exigencias jurídicas generó, en primer lugar, la necesidad de una asesoría profesional preventiva, y sólo en virtud de ello se posibilitó, en realidad, el impulso del compliance.

b) El concepto de compliance desde el punto de vista organizativo

Corresponde diferenciar esta comprensión básica del compliance con el concepto de compliance en sentido organizativo.¹⁸ Con dicho concepto se describe aquel departamento de la empresa encargado de la tarea de asegurar el cumplimiento de las reglas que corresponda.¹⁹ Semejante comprensión organizativa no tiene de manera inmediata ninguna repercusión jurídico-penal relevante. Sin embargo, puede ganar cierta importancia, por ejemplo, cuando se trate de la pregunta de si y en qué medida los asesores de compliance, en el marco de un delito de omisión impropia, poseen una obligación de garante para la prevención de un resultado contemplado en una descripción típica.²⁰

c) El concepto de compliance desde un enfoque orientado a las medidas

Además, el compliance encuentra aplicación en el sentido de que bajo dicho concepto se entiende la totalidad de las medidas que deben asegurar el comportamiento lícito de los dependientes de la empresa. Se trata, entonces, de una comprensión del concepto orientada a las medidas.²¹ Se resume esta comprensión de compliance con el concepto de Compliance-Management-System (CMS).

2. CRIMINAL COMPLIANCE

En un sentido absolutamente básico, el compliance se trata de conformidad con las reglas, así el “criminal compliance”, como “compliance relacionado con la criminalidad”²², tiene fundamentalmente como objeto el cumplimiento de las reglas jurídico-penalmente relevantes. El concepto de compliance relacionado con la criminalidad se ajusta correctamente, porque trae implícitamente aparejado que no existe un compliance jurídico-penal originario.²³ Más bien, cualquier tipo de esfuerzos de compliance son, en primer lugar, fácticos y nunca originariamente de naturaleza jurídica. Sin embargo, finalmente son siempre dirigidos a la evitación de la responsabilidad jurídica, y serían también dirigidos a la consecución de la finalidad definitiva consistente en la maximización económica de las ganancias. Así, las medidas fácticas para el seguimiento del derecho tienen que ser capaces de anticipar la responsabilidad jurídica.²⁴ De este modo, por ejemplo, mientras en el ámbito del compliance civil se trata de la evitación de que se dé origen a un derecho a indemnizar perjuicios, el criminal compliance tiene como finalidad la evitación de sanciones jurídico-penales.

Al principio de la discusión sobre compliance en derecho penal, hace no más de cinco años, la literatura científica se inclinaba a equiparar el compliance con los planteamientos problemáticos ya conocidos hace tiempo del derecho penal (económico). Esa equiparación parece haber sido igualmente superada²⁵ como el no

¹⁸ Cfr. ROTSCHE, ZStW 125 (2013), 483.

¹⁹ Cfr. HAUSCHKA-GEBAUER/NIEMANN, § 36 número marginal 1; PARK-BOTTMANN, cap. 2 A número marginal 1.

²⁰ Al respecto en general ROTSCHE (ed.), Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 2 número marginal #; detalladamente DANNECKER, en: Rotsch, en el mismo trabajo, § 5 número marginal #.

²¹ A/R-ROTSCH, 1a 4º cap. número marginal 4; Uwe H. SCHNEIDER, ZIP 2003, 646; BOCK, ZIS 2009, 68; HAUSCHKA-HAUSCHKA, § 1 número marginal 2; PARK-BOTTMANN, número marginal 2.

²² PARK-BOTTMANN, cap. 2 A. número marginal 3. Cfr. también LEWISCH, p. 71, quien habla de compliance relacionado con el derecho penal.

²³ Cfr. ROTSCHE, ZStW 125 (2013), 484.

²⁴ ROTSCHE, ZIS 2010, 615 y s.; EL MISMO, ZStW 125 (2013), 484.

²⁵ En detalle ROTSCHE (ed.) Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 1 número marginal 12.

justificado paralelo entre criminal compliance y prevención de la corrupción.²⁶

Para prevenir la responsabilidad jurídica (jurídico-penal) se debe anticipar si un comportamiento determinado es o no jurídico-penalmente relevante. En este cambio de punto de vista –desde un enfoque retrospectivo de un derecho penal tradicional-reactivo a un, en lo central, prospectivo sistema de administración moderno-preventivo– se encuentra el elemento fundamental y, a la vez la dificultad particular, muchas veces apenas superable, del criminal compliance.²⁷ Sin embargo, mientras que en amplias áreas del derecho penal económico es apenas posible prever *ex ante* acciones empresariales de relevancia jurídico-penal, el Tribunal Supremo Alemán (en adelante BGH) –claramente social-psicológico– se inclina siempre, más bien, por un cómodo punto de vista *ex post* bajo el impacto del daño (o resultado típico) ya producido, en cuya evitabilidad se basa para determinar en la práctica la punibilidad. Esto agudiza en gran medida el problema.²⁸ Así, tanto el destinatario de la norma como también el abogado que desarrolla su actividad en la asesoría de compliance naturalmente se ve confrontado con el frecuentemente equívoco mandato normativo en el derecho penal económico en –y no después de– la concreta situación de comportamiento. La objeción evidente respecto a esto, esto es, que se trataría de una particularidad que no solo es propia del criminal compliance, sino que la valoración retrospectiva de las circunstancias que hace el tribunal estaría en la naturaleza del asunto, no es válida. El derecho penal nuclear se funda en la expectativa de que el autor conoce y entiende la norma prohibitiva, y que por eso cumple un mandato normativo generalmente unívoco, consentido éticamente y, con ello, internalizada por el destinatario de la norma. Por el contrario, en el derecho penal económico abundan frecuentemente los tipos penales

flexibles formulados en la frontera de la indeterminación inconstitucional. En esa medida, el riesgo de la actividad económica es doble. No sólo el riesgo económico-empresarial debe ser (frecuentemente de manera difícil) ponderado por los interesados; también el riesgo de comportarse de manera jurídico-penalmente relevante es normalmente en realidad menos previsible que en el ámbito del derecho penal nuclear. Sin embargo, donde la relevancia jurídico-penal de los comportamientos no es previsible, difícilmente será posible encontrar medidas efectivas para la prevención de la responsabilidad jurídico-penal. Por ello, la necesidad de la anticipabilidad de la responsabilidad jurídico-penal es un elemento esencial del criminal compliance como medio de la gestión de riesgos normativos.

Debido a que en la práctica normalmente está en cuestión la licitud de una actividad empresarial específica, surge, en primer lugar, la necesidad de contestar la pregunta de si ésta –una conducta razonablemente en duda bajo el punto de vista económico– debe dejar de realizarse, porque en caso de ser ejecutada existe la amenaza de una sanción penal. En caso afirmativo, cabe establecer, entonces, en una nueva etapa, aquellas posibilidades de conducta que son jurídico-penalmente inofensivas. De todo esto se hace especialmente claro que la complejidad específica del derecho es la que paradójicamente al mismo tiempo fundamenta y delimita el fenómeno del compliance: sin esta complejidad no se requiere ninguna medida de seguridad preventiva, al mismo tiempo, es dicha complejidad la que dificulta la finalidad más importante del compliance –la anticipabilidad y evitabilidad de las sanciones jurídicas–.

Cuando se trata de procesos comerciales complejos, que de manera frecuente y cada vez más, como consecuencia de la internacionalización, en muchas empresas no están circuns-

²⁶ Cfr. A modo de ejemplo SPRAFKE, *Korruption, Strafrecht und Compliance*, 2010; PIETH, *Anti-*

²⁷ *Korruptions-Compliance, Praxisleitfaden für Unternehmen*, 2011.

Así ya en ROTSCHE, ZIS 2010, 615 y s. De acuerdo, por ejemplo, HINTERHOFER, ZFR-Spezial 2010,

²⁸ 63 y s.; HILGENDORF, en: Rotsch (ed.), *Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft*, p. 21.

critos solamente a su propio país, la seguridad jurídica es cualquier cosa antes que algo fácil de garantizar. En el tráfico económico se originan una multiplicidad de peligros de responsabilidad, cuya realización todavía sólo es evitable mediante las referidas precauciones. Es por esto que el compliance correctamente entendido es algo muy distinto a una perogrullada y de ningún modo algo trivial.²⁹ El hecho de que el compliance se ha convertido en un tema inflacionariamente de moda no sólo en Alemania³⁰ no debería cambiar la visión de que ya no se puede negar la necesidad de un criminal compliance efectivo.

III. PREGUNTAS CIENTÍFICAS Y PRÁCTICAS DEL CRIMINAL COMPLIANCE

1. SOBRE EL ORIGEN DEL FENÓMENO

Definitivamente no es un error cuando se vuelve una y otra vez a sostener que el impulso inicial del fenómeno del compliance en la realidad empresarial alemana se habría producido a partir del affaire Siemens.³¹ No obstante el caso Siemens representa solamente la reacción a una reciente jurisprudencia del BGH. Si el criminal compliance –aunque sea algo falto de visión³²– tiene en primer lugar como primera finalidad la evitación de la punibilidad de los órganos de dirección de la empresa, representa una reacción a la moderna jurisprudencia de la imputación “top down” del BGH. Debido a los esfuerzos en

aumento del BGH de ya no sólo sancionar penalmente sólo a los “pequeños”, sino que dirigirse de manera directa contra los “grandes”, se origina para los directivos, por consiguiente, la necesidad de tener que liberarse de esa responsabilidad jurídico-penal.³³

A partir de la jurisprudencia de los conocidos casos de responsabilidad penal por el producto –clave: sentencia del “Lederspray” o spray para cuero³⁴– y especialmente los casos de los guardias del muro³⁵ el BGH, con una creación en alto grado pragmática de una responsabilidad a título de autor de los órganos de dirección de la empresa, ha preparado el escenario para el desarrollo de un fenómeno de compliance jurídico-penal que parece degenerar en una supuesta arma universal contra la utilización del derecho penal y, en materia económica, contra los daños reputacionales que ponen en peligro, de forma dramática, la propia existencia de la empresa.³⁶

2. ESFUERZOS PARA UNA CONCRETIZACIÓN DEL CONCEPTO

A) PUNTO DE PARTIDA

En una de las primeras toma de posición en la literatural se presenta el criminal compliance como una completa proyección del orden jurídico y un (¿mero?) cambio de denominación del derecho³⁷ penal como área del derecho.³⁸ El criminal compliance –en un sentido amplio – comprendería “la no ejecución de

²⁹ ROTSCHE, ZIS 2010, 616 nota al pie 19 con más referencias. A/R-ROTSCHE, 1a 4º cap. número marginal

³⁰ A/R-ROTSCHE, 1a parte 4º cap. número marginal 8. Cfr. también BOCK, Criminal Compliance, p. 20. BOCK, Criminal Compliance, p. 22 con mayores referencias.

³¹ Cfr. Por ejemplo, KNAUER/BUHLMANN, AnwBl. 2010, 387; MOMSEN, ZIS 2011, 509 y s.; ARZT, FS Stöckel, p. 15 y ss.; KUHLEN, en: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, p. 2.

³² Para una crítica a los intentos iniciales de meramente desplazar la responsabilidad de los órganos de dirección de la empresa a empleados subordinados de dicha empresa, vid, ROTSCHE, ZIS 2010, 615.

³³ ROTSCHE, ZIS 2010, 616.

³⁴ BGHSt 37, 106.

³⁵ BGHSt 40, 218.

³⁶ En detalle ROTSCHE (ed.), Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 1 número marginal 35 y ss.

³⁷ En su trabajo de habilitación del año 2011 “Criminal Compliance”.

³⁸ BOCK, Criminal Compliance, p. 246.

cualquier tipo penal”.³⁹Sólo sería decisivo un concepto restrictivo, meramente jurídico de compliance: “Puntos de vista morales, éticos y económicos (comerciales) [...] no tienen valor jurídico”.⁴⁰ Esta visión ya ha sido superada: ya al inicio de la discusión algunas voces escépticas destacaron que un aspecto esencial del criminal compliance sería la necesidad de anticipar la responsabilidad jurídico-penal.⁴¹ Sin embargo, circunscribirlo sólo a medidas para la prevención⁴² no fue algo compartido ni siquiera desde un principio.⁴³ Más bien, ya en ese entonces se destacaba que el criminal compliance se distinguía especialmente por su finalidad de impedir cualquier tipo de responsabilidad penal.⁴⁴ El compliance relacionado con la criminalidad tiene frecuentemente como objeto (primario) medidas que acaben con el proceso, a pesar de las sospechas de comisión de un delito, o la posibilidad de una atenuación de la pena, en caso de comprobación de la ejecución de un ilícito. El criminal compliance, entonces, puede y debe tener no sólo la finalidad de prevenir la ejecución de una conducta típica; sino que, más bien, puede y debe tener como objetivo evitar,

en último término, la responsabilidad penal de la persona (o empresa) correspondiente⁴⁵. Por ello, es también claro que es característico del criminal compliance un aspecto represivo.⁴⁶ Tanto en la literatura alemana como en la internacional esta comprensión del carácter preventivo y represivo del criminal compliance ha llegado a ser ampliamente dominante.⁴⁷

B) CONCRETIZACIONES AVANZADAS DEL PROYECTO

Con estas ideas como trasfondo, mi primer intento de definición hace ya eternos dos años señalaba: criminal compliance comprende la totalidad de las medidas necesarias y lícitas para la prevención de la responsabilidad de los dependientes de la empresa en virtud de comportamientos relacionados con dicha empresa.⁴⁸ En el intertanto he emprendido más intentos para especificar aún más el par de términos. Estos esfuerzos de concretización y modificación del par de términos criminal compliance se vinculan con su finalidad (aa), su objeto (bb), sus fuentes (cc), sus destinatarios (dd)

³⁹ BOCK, *Criminal Compliance*, p. 246.

⁴⁰ BOCK, *Criminal Compliance*, p. 20. Cfr. también RATHGEBER, *Criminal Compliance*, p. 34; ENGELHART, p. 43.

⁴¹ ROTSCH, ZIS 2010, 615.

⁴² Cfr. ROTSCH, en: Rotsch (ed.), *Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft*, p. 8.

⁴³ A/R-ROTSCH, 1a parte 4° cap., número marginal 25.

⁴⁴ A/R-ROTSCH, 1a parte 4° cap. número marginal 25.

⁴⁵ A/R-ROTSCH, 1a parte 4° cap. número marginal 25, EL MISMO., en: Rotsch (ed.), *Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft*, p. 8 ss.

⁴⁶ ROTSCH, en: Rotsch (ed.), *Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft*, p. 9 y s.

⁴⁷ A/R-ROTSCH, 1a parte 4° cap. número marginal 25. Igualmente KUHLEN, en: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, *Compliance und Strafrecht*, 2013, p. 8; HILGENDORF, en: Rotsch (ed.), *Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft*, p. 21; BITTMANN, a.a.O., S. 148; STANITZEK, S. 30 f.; SILVA SANCHEZ, en: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, S. 80; NIETO MARTÍN, en el mismo lugar., p. 28, 51 y ss.; I. ROXIN, StV 2012, 117 y s.; HINTERHOFER, ZFR-Spezial 2010, 61 (69); KONOPATSCHEK, en: Hotter/Lunzer/Schick/Soyer (ed.), *Unternehmensstrafrecht – eine Praxisanleitung*, 2010, p. 155; PAULITSCH, en: Hilf/Pateter/Schick/Soyer (ed.), *Unternehmensverteidigung und Prävention im Strafrecht*, 2007, p. 334; LEWISCH, p. 1 (8); POHLMANN, p. 17 (29). En el mismo sentido ahora también BOCK, en: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, p. 64. Cfr. también SCHÜNEMANN, GA 2013, 193 (194), quién considera este aspecto abiertamente como de una relevancia decisiva para el rápido desarrollo del criminal compliance.

⁴⁸ En el mismo sentido. A/R-ROTSCH, 1a parte 4° cap. número marginal 6, 25.

y la naturaleza de sus medidas (ee).⁴⁹ Al final de esto nos encontraremos entonces con un grado de determinación más avanzado del concepto, que, sin embargo, por su parte sólo puede ser el punto inicial de una posterior discusión (ff).

aa) Concretización en virtud de la finalidad del criminal compliance

Si se concretiza el concepto de criminal compliance a través de su finalidad se hace evidente que al respecto cabe considerar muchas finalidades que son no absolutamente compatibles entre sí, según si uno se coloca, por una parte, al lado de los fines perseguidos por la empresa interesada (1) o, por otra parte, por el Estado (2).

(1) Finalidades de la empresa en el marco del criminal compliance

En la literatura reciente ya no se discute seriamente que criminal compliance tenga no solamente una función preventiva. Esto, desde todos los puntos de vista tiene sentido, en primer lugar y antes que cualquier otra cosa, preocuparse de no permitir que se origine la responsabilidad jurídico-penal.⁵⁰ Correspondientemente el compliance relacionado con la criminalidad tiene que, por sobre todo, anticipar –preventivamente– si los requisitos de un tipo penal (y, en una concepción amplia, también una falta de derecho infraccional) se cumplen o no. Al respecto, para la caracterización de una medida como de criminal compliance no es necesario preguntarse si de alguna manera inmediata y exclusiva los requisitos de una norma penal se han cumplido. Por ejemplo, también la

formulación de mandatos éticos de comportamiento no vinculantes jurídicamente de manera directa se trataría de criminal compliance cuando ellas, de todas maneras, deban tener como resultado la prevención de la responsabilidad penal de los dependientes de la empresa.

Junto con esta función preventiva del criminal compliance se ha consensuado en gran medida que también tiene influencia en materia represiva. El alcance del concepto de criminal compliance se extiende también a la fase posterior a la comisión del ilícito penal.⁵¹ Algunos consideran que este aspecto represivo ha sido decisivo en el triunfo del compliance alrededor del mundo⁵², por lo que es claro que no debe dejar de considerarse, puesto que en la práctica tanto ahora como antes los asesores de compliance no reciben su remuneración por la exitosa evitación de la comisión de delitos, sino que en realidad por haber mantenido la sanción que estaba en cuestión dentro de los límites más aceptables posibles. También en lo que respecta a estos esfuerzos nos encontramos frente a criminal compliance.

El objetivo de la dirección de la empresa va, sin embargo, más allá: igualmente puede ser existencialmente importante para la empresa estar protegida respecto a procesos penales –incluso aunque sean injustificados–.⁵³ Esto, debido a que el riesgo para la empresa se encuentra finalmente en una “pérdida de valor” comercial de la misma. Y el valor de la empresa será determinado de manera relevante a través de su reputación.⁵⁴ Para ello debe ser contrarrestado básicamente todo aquello que pueda poner en peligro la reputación y con ello tener como resultado una pérdida de

⁴⁹ Cfr. Al respecto ya ROTSCH, ZStW 125 (2013), 4 y ss.

⁵⁰ ROTSCH, ZIS 2010, 615; EL MISMO, ZStW 125 (2013), 485.

⁵¹ ROTSCH, en: Rotsch (ed.), Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft, p. 9. Para la cualidad represiva del criminal compliance son también las circunstancias del delito cometido igualmente constitutivas, porque se trata de criminal compliance preventivo en el sentido en que aquí se ha entendido. Cfr. SCHÜNEMANN, GA 2013, 194.

⁵² LEWISCH, p. 71 (76).

⁵⁴ RATHGEBER, p. 88.

valor.⁵⁵ La finalidad del criminal compliance no es, entonces, primariamente la prevención de la punibilidad o castigo de los dependientes de la empresa o, en su caso, de la empresa misma, sino que antes la evitación de la apariencia de una conducta jurídico-penalmente ilícita.⁵⁶ Desde la perspectiva de la empresa el criminal compliance debe ser dirigido a impedir que llegue a originarse la sospecha de la comisión de un delito.⁵⁷

(2) *Objetivo del Estado en el marco del criminal compliance*

Sin perjuicio de lo anterior, no es solamente por el lado de la empresa que existe un interés originario en el criminal compliance, sino que también por el lado del Estado.⁵⁸ Esto tiene su fundamento sobre todo en que el Estado no tiene realmente a su disposición los recursos monetarios, personales y temporales que se requieren para las complejas investigaciones que muchas veces duran años en materia de Derecho penal económico.⁵⁹ Así el Estado simplemente no habría estado financieramente en la posición de reunir el valor de los costos calculados finalmente por Siemens para la modificación del estado de cosas.⁶⁰ Pero tampoco es poco frecuente que los órganos de persecución penal no tengan el know-how que requieren, por ejemplo, las investigaciones internas de las empresas, siendo dichos órganos de persecución outsiders

externos a la empresa.⁶¹ Entonces, el criminal compliance también responde al propio interés del Estado, porque tareas que originariamente le corresponden a él puede delegarlas en privados con habilidades financieras y que están mejor calificados.

Con ello no sólo la empresa debe correr ella misma con los costos de una investigación en su contra; a través del socavamiento o no reconocimiento de derechos procesal-penales del imputado en las investigaciones privadas, el Estado está mucho menos restringido en el cumplimiento del principio de oficialidad que en procesos penales dominados por dichos derechos del imputado.⁶² A la inversa, la empresa se convierte así en el verdadero señor del proceso de investigación. De igual manera, el criminal compliance refleja la extensión del crecimiento del principio del acuerdo de las partes propio del derecho civil, así como el largamente discutido desarrollo general desde la estatización a la privatización.

bb) *Concretización a través del objeto del criminal compliance*

Si uno se enfoca para una nueva concretización del concepto de criminal compliance en su objeto, se obtiene como resultado tres puntos fundamentales. Para ser preciso: por una parte, viene a colación la delimitación del objeto de referencia ubicándose en la rama del derecho del derecho penal económico (1).

⁵⁵ ROTSCCH, ZStW 125 (2013), 487.

⁵⁶ ROTSCCH, ZStW 125 (2013), 487.

⁵⁷ ROTSCCH, ZStW 125 (2013), 487. Debido a que para la iniciación de un proceso de investigación es suficiente la llamada "sospecha inicial" (cfr. VOLK/ENGLÄNDER, Grundkurs StPO, 8a ed. 2013, § 8 número marginal. 3 y ss., 5), uno debe desde el punto de vista de la concretización a través de su finalidad del concepto de criminal compliance incluir la evitación de una sospecha inicial.

⁵⁸ Al respecto y en lo que sigue ROTSCCH, ZStW 125 (2013), 488.

⁵⁹ KUHLEN, en: Kühlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, p. 18. Cfr. también PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko, 1993, p. 138 y ss.

⁶⁰ Vid. Al respecto ARZT, FS Stöckel, p. 26; SCHÜNEMANN, GA 2013, 197.

⁶¹ RÖNNAU, en: Bumke u.a. (ed.), Begegnungen im Recht, 2011, p. 237 (239).

⁶² Similar ya ARZT, FS Stöckel, p. 29. Para la pregunta que se sigue (controversialmente) de ello sobre la prohibición de utilización o uso probatorio de las investigaciones internas vid. MOMSEN, ZIS 2011, 508. Junto a estos beneficiarios inmediatos del criminal compliance existe un gran grupo de beneficiarios mediatos, a los que también pertenece la dogmática jurídico-penal. Cfr. ARZT, en el mismo lugar., p. 37.

Por otro lado surge la pregunta de si en el caso de estos delitos económicos debe tratarse de aquellos que están relacionados con la empresa (2). Por último, cabe preguntarse si es (únicamente) necesario referirse a las normas del ordenamiento jurídico nacional (3).

(1) La circunscripción a “delitos económicos”

En la práctica, y hasta ahora también según la opinión de la literatura jurídico-penal, el criminal compliance debe prevenir la comisión de delitos económicos.⁶³ No está claro, sin embargo, qué se quiere decir con eso.⁶⁴ Al respecto se debe constatar, en primer lugar, que en el contexto que aquí nos interesa no puede ser circunscrito a los tipos penales de derecho penal económico más comunes. Si así lo hiciéramos no se podrían comprender, por ejemplo, las hipótesis de hecho del “Lederspray”. De la mera naturaleza de jurídico-penal de las normas no se puede obtener demasiado. Puede ser apropiado restringir el criminal compliance a circunstancias de hecho (¡no tipos penales!) que tengan relación con el derecho penal económico.⁶⁵ En virtud de esto, parece ser un requisito primordial del (criminal) compliance la complejidad del área del derecho tomada como referencia⁶⁶. Donde no exista esa complejidad del área del derecho, no será necesario ningún esfuerzo

represivo o preventivo de compliance.⁶⁷ No obstante, si realmente sólo existe dicha complejidad en aquel ámbito que hemos descrito –con absoluta falta de claridad⁶⁸– como derecho penal económico es bastante dudoso y deberá ser discutido en el futuro.

(2) La circunscripción a delitos económicos “relacionados con la empresa”

En la literatura más reciente⁶⁹ el hecho de circunscribir el compliance a delitos (económicos) “relacionados con la empresa” ha sido puesto en duda con razón.⁷⁰ En realidad, me parece que tiene sentido que el criminal compliance pase por sobre el concepto de empresas (comerciales) y se refiera –y también se circunscriba a– organizaciones, esto es, grupos de personas estructurados y que se mantienen por algún periodo de tiempo.⁷¹ De manera razonable conciernen al criminal compliance aquellas situaciones de hecho que corresponden a derecho penal económico y que están relacionadas con una organización.⁷²

(3) La circunscripción a las exigencias del ordenamiento jurídico nacional

Definitivamente no es acertada la ocasional opción por circunscribirlo a los mandatos

⁶³ A/R-ROTSCH, 1a parte 4º cap. número marginal 5 y s.; EL MISMO, en: Rotsch (ed.), Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft, p. 8 y ss.

⁶⁴ Cfr. en general, ROTSCHE (ed.), Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 1 número marginal 49.

⁶⁵ ROTSCHE (ed.), Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 1 número marginal 49.

⁶⁶ ROTSCHE, en, del mismo (ed.) Criminal Compliance, Handbuch, § 1 número marginal 36.

⁶⁷ ROTSCHE, ZStW 125 (2013), 489.

⁶⁸ Ver nota al pie 65.

⁶⁹ HILGENDORF, en: Rotsch (ed.), Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft, p. 20 y s.

⁷⁰ Con ello él, sin embargo, equipara –a diferencia de lo que se hace aquí– el aspecto del colectivo con aquel del derecho penal económico, cfr. HILGENDORF, en: Rotsch (ed.), Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft, p. 20.

⁷¹ SCHEWE, en: Springer Gabler Verlag (ed.), Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Organisation, online: <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/773/organisation-v6.html>; Bergmoser/Theusinger/Gushurst, BB-Special Compliance 2008 (número 25), 1 (7 y ss.).

⁷² ROTSCHE (ed.), Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 1 número marginal 50.

del derecho penal nacional.⁷³ Esto, debido a que precisamente una de las particularidades esenciales y una de las dificultades específicas del criminal compliance está representada por la creciente globalización y, como efecto de ella, la rápida y progresiva internacionalización de las actividades mercantiles, especialmente en las grandes empresas comerciales hacen forzosamente necesario la consideración de exigencias de ordenamientos jurídico-penales extranjeros.⁷⁴

cc) Concretización respecto a las fuentes del criminal compliance

Si en un sentido básico el criminal compliance se trata del cumplimiento de reglas, surge la pregunta sobre qué naturaleza tienen que tener estas reglas. Si uno se basa en la constatación de que las reglas de compliance pueden exceder ampliamente la obligación general de comportarse de acuerdo a derecho,⁷⁵ puede suceder que, por ejemplo, directrices de comportamiento sean formuladas también sin consideración o directamente en contra de los mandatos legales.⁷⁶ Las medidas de compliance, entonces, pueden producirse de manera esencialmente autárquica –emancipadas del ordenamiento jurídico–.⁷⁷ Que tal autarquía en realidad prevalece tiene su fundamento sobre todo en que la implementación de un Compliance-Management-System se debe originariamente a una visión de administración comercial y sólo secundariamente a necesidades jurídicas. En qué medida el establecimiento de unas razonables “best-practices”

de administración comercial bajo el punto de vista de la reputación de la empresa son compatibles sin más, desde un punto de vista jurídico-penal, con el principio de ultima ratio es, sin embargo, una pregunta distinta.

En la práctica, no obstante, las consecuencias de la diferenciación entre fuentes jurídicas primarias (“hard law”) y secundarias (“soft law”) suelen ser ignoradas: En todo caso, es una pregunta distinta qué consecuencias tiene esta diferenciación para el concepto de criminal compliance.⁷⁸ De todas maneras es incorrecta la generalizada aseveración de que el derecho vigente, como base jurídica primaria de compliance, sería “obviamente expandible mediante reglamentaciones empresariales como directrices, códigos, etc.”⁷⁹ Esto evidentemente no es válido para el derecho penal: en realidad, es correcto que los (estrictos) mandatos de comportamiento interno de la empresa que van más allá de la ley penal pueden revelar un compromiso interno de la empresa.⁸⁰ Esto puede ser válido, en todo caso, en la medida que semejante reglamentación no vulnere las correspondientes normas básicas del derecho (civil). Así, por ejemplo, sería inválida en virtud del § 138 [parágrafo ciento treinta y ocho] inciso 1° del Código Civil Alemán (BGB) una promesa del empleador de encargarse de eventuales multas administrativas por infracciones contra reglamentos sobre el tiempo de conducción en el transporte de mercadería a larga distancia.⁸¹ No obstante, en el marco del compliance relacionado con la criminalidad esto es distinto. Jurídico-

⁷³ HILGENDORF, en: Rotsch (ed.), *Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft*, p. 23, quien en dicha interpretación trae a colación también a KUHLEN, en: Kuhlén/Kudlich/Ortiz de Urbina, p. 7 y ss. Kuhlén está sin embargo decidido –como aquí se puede ver en el texto– por otra posición.

⁷⁴ ROTSCH, *ZStW* 125 (2013), 490. Cfr. a modo de ejemplo PELZ, en: Rotsch (ed.), *Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft*, p. 165. Vid. también KUHLEN, en: Kuhlén/Kudlich/

⁷⁵ Ortiz de Urbina, p. 7.

⁷⁶ FUCHS, p. 27.

⁷⁷ FUCHS, p. 27; ROTSCH, *ZStW* 125 (2013), 490.

⁷⁸ ROTSCH, *ZStW* 125 (2013), 490.

⁷⁹ ROTSCH, *ZStW* 125 (2013), 490.

⁸⁰ Así, sin embargo, HAUSCHKA-HAUSCHKA, § 1 número marginal 21 nota al pie 52.

⁸¹ FUCHS, p. 29.

penalmente las reglas de la empresa que exceden los requisitos del orden jurídico primario en ningún caso pueden tener relevancia inmediata.⁸² Por ejemplo, si la ejecución de un tipo penal tiene como presupuesto el dolo, el dependiente de la empresa no es punible –obviamente–, porque en las directrices internas de la empresa se sanciona la inobservancia del cuidado debido (vinculante al interior de la empresa).⁸³ Incluso esto es igual en el caso inverso: naturalmente la empresa no puede legalizar penalmente una conducta prohibida mediante la amenaza de una pena por el orden jurídico-penal primario mediante el relajamiento de los presupuestos típicos.⁸⁴ Por consiguiente, no tiene en definitiva la empresa la posibilidad de disposición sobre la relevancia jurídico penal de un comportamiento, dado que el derecho penal es una cuestión exclusivamente estatal.

El hecho que los mandatos de comportamientos internos de la empresa no tengan jurídico-penalmente una relevancia inmediata no significa, sin embargo, que en el marco del criminal compliance sean completamente insignificantes y que, por tanto, sea posible pasarlas por alto. Así, parece que la jurisprudencia se inclina por deducir de la infracción de normas de comportamiento interno de la empresa la ejecución dolosa de un tipo penal.⁸⁵ También normas de comportamiento formuladas de manera punitiva, a pesar de ser dirigidas los miembros de la empresa, pueden tener un efecto respecto a personas externas a la empresa en la medida que sean adecuadas para codeterminar la norma de cuidado debido en los comportamientos conformes a las normas del tráfico comercial –esto es, la exigencia en el marco de un delito imprudente–.⁸⁶ Reglas internas de la empresa

que de manera inmediata son jurídico-penalmente irrelevantes pueden, entonces, influir mediante repercusiones desagradables en la responsabilidad penal de los dependientes de la empresa o, en su caso, de la empresa misma. Esta circunstancia debe ser considerada en una previsora gestión de riesgos normativos en el marco del criminal compliance.

Otra pregunta práctica especialmente relevante en este contexto es aquella respecto a la capacidad (represiva) de establecerse normas de comportamiento formuladas por parte de la empresa. En el –en la práctica indudablemente frecuente– caso en que se profundicen las exigencias legales, hay buenas razones para considerar positivamente los esfuerzos de la empresa –para la determinación de la sanción misma en el procedimiento de conclusión en la evaluación de las circunstancias modificatorias de la pena según el § 46 inciso 2° del StGB o también en el marco de la consideración del comportamiento “de la empresa” posterior al hecho–, en la medida en que no exista ningún indicio de que la empresa ha gestionado un mero “compliance de hoja de higuera” o compliance para el encubrimiento mediante tales aumentos de las exigencias de comportamiento. Pero incluso en aquellos casos –en la práctica mucho menos frecuentes (palabra clave “best practices”)– en que las exigencias del ordenamiento jurídico penal han sido reducidas, no es posible rechazar la posibilidad de considerarlas en el ya referido sentido positivo. Esto, debido a que frecuentemente las exigencias de comportamiento jurídico-primarias dan un resultado en concreto recién ex post a través de la concretización realizada por la jurisprudencia. A no ser que la contradicción entre normas de comportamiento

⁸² LINCK, en: Schaub (ed.), *Arbeitsrechts-Handbuch*, 15a ed. 2013, § 34 número marginal 16.

⁸³ ROTSCHE, *ZStW* 125 (2013), (Ms., p. 10).

⁸⁴ ROTSCHE, *ZStW* 125 (2013), (Ms., p. 11). Así también claramente FUCHS, p. 32.

⁸⁵ ROTSCHE, *ZStW* 125 (2013), (Ms., p. 11).

⁸⁶ Vgl. FUCHS, p. 32.

ROTSCHE, *ZStW* 125 (2013), 491; RÖNNAU, en: Bumke (ed.), *Begegnungen im Recht*, p. 253; FUCHS, p. 32. Cfr., también SIEBER, *FS Tiedemann*, p. 449 (470): “normativización a través de la práctica”.

ex ante formuladas por parte de la empresa y exigencias judiciales de comportamiento ex post por parte de la judicatura no sea –objetivamente ex ante– evidente, las medidas de compliance como tal deben encontrar reconocimiento en ambas constelaciones.⁸⁷

dd) Concretización a través de los destinatarios del criminal compliance

Se puede arribar a otra concretización del criminal compliance a través de una determinación más detallada de sus destinatarios.⁸⁸ Así, de manera inmediata, las normas de compliance se dirigen a los dependientes de la empresa.⁸⁹ Pero también el Estado es el destinatario del compliance, especialmente las autoridades encargadas de la persecución penal, que *ex ante* o *ex post* deben reconocer los sistemas de compliance implementados y considerarlos positivamente al momento de la imposición de la sanción. Otros destinatarios son el público ajeno a la empresa al que también a través del compliance jurídico-penal se le debe presentar la empresa como un “good corporate citizen” o “buen ciudadano corporativo” para, a través de una ganancia en reputación, aumentar el valor de la empresa.

ee) Concretización a través de la naturaleza de las medidas de criminal compliance

Se discute si el objeto del criminal compliance sólo pueden ser medidas “necesarias” y “lícitas”. Respecto a la primera pregunta sobre la necesidad de medidas de compliance, la problemática se centra en su criterio de evaluación⁹⁰. Así, ¿el conocimiento posterior de

que la introducción de una medida de compliance no habría sido necesaria la convierte en –a posteriori– una medida que no es legítimamente de compliance?⁹¹ En esta segunda pregunta entra en cuestión si para la consecución del objetivo de seguimiento del derecho está permitido emplear medios ilícitos. En mi opinión, esto requiere un tratamiento diferenciado. Corresponde distinguir entre medidas contrarias a normas jurídicas no penales y medidas jurídico-penalmente ilícitas.⁹² Por ejemplo, si la dirección de una empresa instaura una medida contraria al derecho laboral para evitar la punibilidad por corrupción de un dependiente –por ejemplo, en la que el despido del trabajador involucrado resulta ser contrario a normas de derecho laboral⁹³–, la medida no pierde por esa circunstancia su carácter de tal en el marco del criminal compliance ni tampoco la posibilidad de considerarla en el marco del criminal compliance represivo.⁹⁴ El asunto parece ser distinto cuando se trata de medidas contrarias al derecho penal: la declaración absoluta de que por su parte el compliance tendría que cumplir con el derecho no es, considerando la excesiva generalización, exacta. Lo correcto es, en realidad, que el criminal compliance debe cumplir con el derecho penal.⁹⁵ Extremando el ejemplo: El homicidio de un trabajador que deseaba cometer una administración desleal en perjuicio de la empresa no puede –independiente de su sanción según el § 212 del StGB– ser válido nunca como una medida de compliance. La aceptación de medidas contrarias al derecho penal lleva ad absurdum a la idea de criminal compliance como un instrumento para la prevención de delitos. Comportamientos

⁸⁷ En este sentido ya ROTSCHE, ZStW 125 (2013), 491.

⁸⁸ Vid, ya ROTSCHE, ZStW 125 (2013), 491.

⁸⁹ Esto es, cuando se trata de la evitación de la realización de un tipo penal (o el inicio de una sospecha inicial) cfr. ROTSCHE (Hrsg.), Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 1 número marginal 46.

⁹⁰ Vid. ya ROTSCHE, ZStW 125 (2013), 494.

⁹¹ Al respecto ROTSCHE (ed.), Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 1 número marginal 59.

⁹² ROTSCHE, ZStW 125 (2013), 493 y s.

⁹³ Vgl. das Beispiel bei ROTSCHE, ZStW 125 (2013), 493.

⁹⁴ ROTSCHE, ZStW 125 (2013), 493

⁹⁵ ROTSCHE, ZStW 125 (2013), 493.

contrarios al derecho penal no pueden representar correctamente medidas de criminal compliance lícitas y dignas de ser consideradas. Esto da como resultado que la definición de criminal compliance en este aspecto debe ser concretizada comprendiendo sólo las medidas no contrarias al derecho penal.⁹⁶

ff) El concepto concretizado de criminal compliance

Tras los intentos aquí emprendidos para concretizar el concepto de criminal compliance se puede definir de la siguiente manera⁹⁷: criminal compliance comprende la totalidad de las medidas, necesarias ex ante y ex post no contrarias a derecho penal, normativas, institucionales y técnicas de una organización que están dirigidas a sus miembros, el Estado o el público, ya sea para a) minimizar preventivamente el riesgo de que mediante la organización o un miembro de la organización se cometa un delito de derecho penal económico relacionado con la organización contra el derecho interno o extranjero o que la correspondiente sospecha inicial de dicha comisión llegue a originarse, o b) represivamente aumentar las posibilidades de influenciar positivamente, en consenso con la autoridad en materia de persecución penal, la posibilidad de una sanción penal en sentido amplio y, con ello, finalmente c) aumentar el valor de la empresa.

3. PRIMEROS PLANTEAMIENTOS DE UNA TEORÍA DEL CRIMINAL COMPLIANCE

El intento de explicación teórica del fenómeno del criminal compliance está todavía en sus primeros planteamientos⁹⁸. Esencialmente se discuten cinco elementos respecto de los que no se trata de condiciones de origen alternativas⁹⁹, sino que cumulativas.¹⁰⁰ Éstas son el llamado derecho penal del riesgo (en a), la llamada divisionalización del derecho (b), el avance del desarrollo de la hétérorregulación y autorregulación (regulada) (c), el aspecto de la globalización (d), así como la motivación económica del compliance (e).

A) EL LLAMADO DERECHO PENAL DEL RIESGO COMO CONDICIÓN PARA EL ORIGEN DEL CRIMINAL COMPLIANCE

En primer lugar, se discute si la misma idea de derecho penal del riesgo aporta en algo¹⁰¹⁻¹⁰². Sin embargo, los típicos riesgos modernos de la moderna sociedad del riesgo aparecen en y se ejecutan por las empresas comerciales. La idea de la interconexión del criminal compliance con la concepción del derecho penal del riesgo tiene todavía un segundo componente. El criminal compliance representa también una reacción a un creciente-

⁹⁶ ROTSCHE, ZStW 125 (2013), 494. Con ello no se contesta, sin embargo, la pregunta sobre la capacidad de generalización de este enunciado, así, por ejemplo, en qué medida en el marco de compliance en derecho de libre competencia puede actuar de manera contraria al derecho civil.

⁹⁷ Cfr. ya ROTSCHE, ZStW 125 (2013), 494

⁹⁸ Cfr. Al respecto ROTSCHE, ZStW 125 (2013) 494 y ss.; KUHLEN, en: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina (eds.), S. 12 f; PRITTWITZ, en: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, p. 128; SALIGER, RW 2013, 263 (280).

⁹⁹ Cfr. KUHLEN, en: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, p. 12 y ss.; SALIGER, RW 2013, 263 (280 y ss.). Vid. Al respecto ROTSCHE (ed.), Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 1 número marginal 62, 67.

¹⁰⁰ Vid. ya ROTSCHE, ZStW 125 (2013), 494 y ss.

¹⁰¹ Básico al respecto PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko, 1993; HILGENDORF, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft", 1993. Vid. también ROTSCHE, Individuelle Haftung in Großunternehmen, 1998.

¹⁰² Vid., por un lado KUHLEN, en: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, p. 14; SALIGER, RW 2013, 282; por otro lado, ROTSCHE, ZStW 125 (2013), (Ms., p. 15) (Criminal Compliance como consecuencia del moderno derecho penal del riesgo).

mente hipertrofiado derecho penal.¹⁰³ Esto es en esa medida tanto derecho penal del riesgo como derecho penal riesgoso.¹⁰⁴ El criminal compliance aparece como resultado y reverso de una continua extensión de la lucha contra la criminalidad desde un punto de vista temporal y de contenido: mientras más temprano comienza la “lucha”, frecuentemente siendo solo difusamente posible nombrar la merma del bien jurídico, y mientras más intensivamente tiene lugar, más aumenta también la necesidad del potencial involucrado de tomar las medidas preventivas de autoprotección tan temprano como sea posible.¹⁰⁵ Donde por parte del legislador crecen constantemente la necesidad y posibilidad de sanción por el mero aumento del riesgo, también aumenta naturalmente por parte del destinatario de la norma el ansia de prevenir la sanción a través de la disminución del riesgo.¹⁰⁶ Este intento de minimizar el riesgo encuentra su expresión también desde una perspectiva jurídico penal en la gestión de riesgos de la empresa.

B) LA LLAMADA “DIVISIONALIZACIÓN” DEL DERECHO PENAL COMO CONDICIÓN DE ORIGEN DEL CRIMINAL COMPLIANCE

En el último tiempo se ha discutido intensamente la conexión de la divisionalización del derecho penal con el fenómeno del criminal compliance. Con la descripción

del desarrollo del moderno derecho penal como divisionalización a través de la diversificación¹⁰⁷ se hace referencia a la creciente formación de subcategorías independientes del derecho penal, que como sector de un (supuestamente) homogéneo derecho penal tradicional obedecen a la accesoriedad de una realidad de reglas que se irá haciendo cada vez más compleja en cuanto a la heterogeneidad de su formación y siempre menor uniformidad dogmática.¹⁰⁸

A esto pertenece especialmente también el derecho penal económico.¹⁰⁹ La indeterminación del nebuloso objeto de referencia del criminal compliance es también expresión de la ahí manifestadas exigencias excesivas del derecho penal. El riesgo de punibilidad resultante de esta indeterminación es lo que los actores involucrados desean detener.¹¹⁰

C) EL DESARROLLO AVANZADO DESDE LA HETERORREGULACIÓN A LA AUTORREGULACIÓN COMO CONDICIÓN DE ORIGEN DEL CRIMINAL COMPLIANCE

Recientemente ha sido defendida prominentemente la visión de que el criminal compliance representa una consecuencia del desarrollo producido más allá del derecho penal del largamente conocido paso de la estatización a la privati-

¹⁰³ Sobre la hipertrofia del derecho ver el artículo homónimo de ROTSCH, ZIS 2008, 1.

¹⁰⁴ KUHLEN, en: Kuhlen/ Corporate Compliance und Arbeitsrecht, p. 12y ss. (27); ROTSCH, ZStW 125 (2013), (Ms., p. 15).

¹⁰⁵ ROTSCH, ZStW 125 (2013), 495; EL MISMO, ZIS 2010, 616.

¹⁰⁶ Cfr. ROTSCH, ZStW 125 (2013), 495.

¹⁰⁷ ROTSCH, ZIS 2007, 260. De acuerdo PRITTWITZ, ZIS 2012, 217 (219 y s.); crítico FATEH-MOGHADAM, en: Steinberg/Valerius/Popp (ed.), Das Wirtschaftsstrafrecht des StGB, 2011, p. 30 y ss.; KUHLEN, en: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, p. 15.

¹⁰⁸ ROTSCH, ZIS 2007, 260; EL MISMO, ZStW 125 (2013), 496.

¹⁰⁹ ROTSCH, ZIS 2010, 615; EL MISMO., FS Samson, p. 150 y ss.; EL MISMO, en: Momsen/Grützner, 1er cap. B. número marginal 9 y ss.; EL MISMO, en: Graf/Jäger/Wittig, número marginal 16. Cfr. también Hassemmer, en: Kempf/Lüderssen/Volk (ed.), Die Handlungsfreiheit des Unternehmers: Wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken, 2009, p. 29 (43).

¹¹⁰ ROTSCH, ZStW 125 (2013), 496 con nota al pie 87.

zación.¹¹¹⁻¹¹² El *compliance* relacionado con la delincuencia es, entonces, una consecuencia del creciente desplazamiento de tareas tradicionalmente estatales a privados –aquí: del Estado a las empresas–.¹¹³ La creciente expansión y la siempre en creciente desarrollo especificación del derecho penal se correlaciona de manera paradójica con la creciente incapacidad del Estado de hacerse cargo por sí mismo de la implementación de ese derecho.¹¹⁴

D) LA GLOBALIZACIÓN COMO CONDICIÓN DE ORIGEN DEL CRIMINAL COMPLIANCE

Sin perjuicio de lo anterior, el *criminal compliance* es una expresión de un derecho penal crecientemente globalizado,¹¹⁵ cuyas repercusiones en la realidad jurídica nacional ya no se pueden pasar por alto.¹¹⁶ El *criminal compliance*, de todos modos, se ha convertido en corto tiempo en un fenómeno mundial¹¹⁷, que en época de un mundo globalizado obviamente exige respuestas globalizadas para preguntas globales.

E) EL ASPECTO ECONÓMICO COMO CONDICIÓN DE ORIGEN DEL CRIMINAL COMPLIANCE

Sin embargo, no se puede subvalorar la motivación económica como condición de origen del *criminal compliance*. Si las medidas de *compliance* se introducen básicamente como instrumento de la competencia, no es difícil concluir que incluso el *compliance* relacionado con la criminalidad debe aumentar el valor de la empresa.¹¹⁸ Así, el *compliance* se dirige a la empresa sólo cuando sus costos económicos son más bajos que los de no-cumplimiento. Sólo en la medida que esta conjetura no sea completamente implausible en la realidad, una empresa invertirá en *compliance* relacionado con el derecho penal.

4. OTRAS PREGUNTAS PRÁCTICAS DEL CRIMINAL COMPLIANCE

Se presentan una gran cantidad de otras preguntas, las cuales, sin embargo, recién están siendo planteadas. Al respecto, especialmente la pregunta sobre si existe una

¹¹¹ Cfr. COLLIN, JZ 2011, 274 con mayores referencias.

¹¹² SIEBER, FS Tiedemann, p. 449 (459 y ss.); PIETH, FS Hassemer, p. 893 y ss.; KUHLEN, FS Hassemer, p. 875 y ss.; EL MISMO, en: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, p. 17 y ss.; RÖNNAU, p. 243 y ss.; ROTSCHE, ZStW 125 (2013), 486 y s.; SALIGER, RW 2013, 283 y s. Favorable desde un punto de vista criminológico, por ejemplo, KÖLBEL, MSchrKrim 2008, 31 y ss. (34 y s.); escéptico, sin embargo, THEILE, ZIS 2008, 406; EL MISMO, wistra 2010, 457. Crítico también PRITTWITZ, en: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, p. 129.

¹¹³ Extensamente ROTSCHE (ed.), Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 1 número marginal 68.

¹¹⁴ En ese sentido, por ejemplo, también SALIGER, RW 2013, 284.

¹¹⁵ Sobre el derecho penal en el contexto de la globalización SCHÜNEMANN, GA 2003, 299.

¹¹⁶ Cfr. KUHLEN, en: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, p. 15; ROTSCHE, ZStW 125 (2013), (Ms., p. 17). Cfr. también ARZT, FS Stöckel, p. 34 y s., quien habla de un irreversible “desarrollo internacional hacia una maximización ilusoria del derecho penal”.

¹¹⁷ Cfr. ROTSCHE, FS Samson, p. 141.

¹¹⁸ ANDRES/BETZER/DOUMET/LIMBACH, KSzW 2013, 92 (94 y ss.).

“obligación de compliance” ya es intensamente discutida –una discusión que, sin embargo, desde el punto de vista práctico no es muy productiva, porque en el intertanto se ha llegado a producir un cumplimiento obligatorio fáctico, dado que no se quiere exponer a la empresa a perjuicios sensibles desde un punto de vista económico y jurídico–.¹¹⁹

Además siempre se vuelve a conjurar el fantasma del “compliance contraproductivo”. Aquí domina igualmente la necesidad de investigación, como por ejemplo, la indagación de la pregunta de en qué medida una –también en Alemania recientemente discutida de nuevo– responsabilidad penal originaria de las empresas puede tener influencias en el compliance y viceversa.

Otros problemas sólo se pueden esbozar aquí: ¿cuál es el significado de los §§ 30 y 130 OWiG en el marco del criminal compliance? ¿Cómo se llevan las “best practices” económicas con el principio jurídico penal de la ultima ratio? ¿Qué problemas esconde el desplazamiento de obligaciones

originariamente estatales a privados? ¿Qué lugar, tareas y obligaciones tiene el asesor de compliance? Debería ser evidente que para responder a todas estas preguntas no sólo puede exigirse a la ciencia y prácticas jurídico-penales.

III. CONCLUSIONES

El fenómeno del criminal compliance es reciente. Con una velocidad vertiginosa ha llegado a convertirse en un topos del derecho. El contenido de su definición es heterogéneo. Su teoría avanza rápidamente y con gran tempo. Mi contribución debería aportar a fortalecer la posibilidad de poner el foco al menos por el momento sobre las diversas dificultades. La discusión sobre compliance tiene el potencial de ocupar a la ciencia y la práctica, de manera creciente, durante el próximo decenio. En un mundo económico sin límites existe también el peligro de un “compliance sin límites”. Para responder a ello, hay que superar los límites entre ciencia y práctica igual como aquellos entre las disciplinas involucradas. ¡Espero que este trabajo sea un aporte a ello!

¹¹⁹ Cfr. ya A/R-ROTSCH.

