

De próxima aparición en Adan Nieto, **El derecho penal económico en la era de la compliance**, Editorial Tirant lo Blanch, enero 2013.

PROGRAMAS DE “COMPLIANCE” EN EL DERECHO PENAL DE LA EMPRESA

Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*

Prof. Dr. Ulrich Sieber

I.- INTRODUCCIÓN

La presente contribución investiga en qué medida los programas de “compliance” desarrollados en los EE. UU., pueden tener importancia en Alemania y, especialmente, influir en el Derecho penal de la empresa. Dado que los programas de “compliance” frecuentemente son creados por la vía de una correulación estatal y privada, este análisis también tiene que ver con el ámbito límite entre el Derecho, la teoría del Derecho, la criminología, la sociología y la economía. En esto se verá que los cambios que conllevan los programas de “compliance” plantean fundamentales cuestiones de futuro relacionadas con una privatización de la prevención del delito y del control de la criminalidad a través de sistemas autorreferenciales de “autorregulación regulada”.

Los programas de “compliance”, así como los nuevos controles dirigidos a prevenir la criminalidad vinculados con aquellos, constituyen una reacción a los espectaculares escándalos en el campo de la criminalidad económica que ocurrieron hace poco tanto en los EE. UU. como también en Europa: los desastres empresariales p. ej. de *World-Com*, *Enron*, *Parmalat* y *Flowtex* han corroborado, en los últimos años, el diagnóstico dado pioneramente por *Tiedemann* en el sentido de que la criminalidad económica también puede llevar a la ruina de empresas grandes y causar graves perjuicios para toda la sociedad¹. Por ello, tanto en las

* Traducción hecha por el Dr. Manuel A. Abanto Vásquez. El artículo fue publicado por primera vez en alemán en “Festschrift für Klaus Tiedemann”, Colonia, 2008, p. 449-484, bajo el título “Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität”. La presente versión española se publicó anteriormente en: Urquiza Olaechea/Abanto Vásquez/Salazar Sánchez (coords.), “Homenaje a Klaus Tiedemann. Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal”, tomo 1, p. 205-246, Lima, 2011.

¹ Las falsedades contables de la empresa *Worldcom*, que se declaró en insolvencia el 2002, causaron en los EE. UU un perjuicio de 107 mil millones de dólares americano (cfr. http://money.cnn.com/2002/07/19/news/worldcom_bankruptcy, al 10 de enero de 2008). En el caso de la empresa *Enron* que entrara en insolvencia el 2001, el perjuicio causado, entre otras cosas a través de falsedades contables y estafas, importaba alrededor de 60 mil millones de dólares americanos (cfr. http://en.wikipedia.org/wiki/Enron_scandal, al 10 de enero de 2008). En un caso descubierto el año 2000, la firma fraudulenta *Flowtex* causó en Alemania, a través de negocios ficticios, daños por un monto de 1,500 millones de marcos alemanes (cfr. el panorama ofrecido en “Manager-Magazin”, <http://www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/0,2828,159227,00.html>, al 10 de enero de 2008). En el caso del consorcio italiano *Parmalat*, producido el 2003, se acusó a la dirección de la empresa manipulaciones contables con un perjuicio que llegaba a aproximadamente 23 mil millones de euros (comp. “Arie The Observer” de 04 de enero de 2004, <http://observer.guardian.co.uk/business/story/0,6903,1115471,00.html>, al 4 de enero de 2008). A este perjuicio material de la criminalidad económica se suman los daños inmateriales enfatizados tempranamente por *Tiedemann*, especialmente a través de los efectos de contagio y de resaca de los delitos. Cfr. al respecto *Tiedemann*, “Verhandlungen des 49. DJT” (1972), p. C 21 y s.

empresas como también en los sistemas legales se han establecido, a nivel mundial, nuevos conceptos con el fin de mejorar la dirección de la empresa. Entre los conceptos más usados están: “programas de compliance”, “risk management”, “value management” y “corporate governance”, así como “business ethics”, “integrity codes”, “codes of conduct” y “corporate social responsibility”. Estas palabras-clave describen medidas destinadas a orientar la dirección empresarial en valores éticos y que, bajo procedimientos especiales, también están destinadas a impedir la criminalidad empresarial. En el ámbito legislativo de los EE.UU., como consecuencia de los escándalos de *WorldCom* y *Enron*, la “Sarbanes-Oxley Act de 2002 prevé deberes generales y especiales de organización dirigidos a las empresas². Además, como incentivo para crear las correspondientes medidas preventivas, el Derecho penal empresarial estadounidense, en sus “sentencing guidelines” al igual que el Derecho penal empresarial italiano del 2001, concede rebajas de pena en caso de haber existido programas apropiados de “compliance”³. También en Japón se está pensando sobre una concepción similar en el marco de la reforma del Derecho penal de la empresa⁴. En Alemania existen deberes legales de organización en determinados ámbitos de actividad y la cuestión referida al control de la criminalidad empresarial a través de planteamientos de compliance se ha puesto en evidencia para un público más amplio, a más tardar a partir del 2007 a través de la investigaciones en el caso de corrupción de *Siemens*.

Teniendo como escenario este desarrollo internacional, el presente trabajo se dedica, en su primera parte, a analizar primero en qué medida los nuevos “corporate codes” también tienen importancia en Alemania, cuál es su contenido, quién ha sido su creador y que modificaciones fundamentales están unidas a ellos en cuanto a la prevención de la criminalidad empresarial y a la dirección jurídica de las empresas. La segunda parte del trabajo investiga si los programas de “compliance” tienen ya importancia, de lege lata, en el Derecho penal de la empresa. La tercera parte analiza, finalmente, cuál sería el potencial que estos nuevos sistemas de dirección de los “corporate codes” tendrían para la futura política criminal y, en especial, para el desarrollo del Derecho penal de la empresa. Aquí también se profundiza el análisis de la cuestión de en qué medida las modificaciones vinculadas con todo esto sustentarían la exigencia expuesta por *Tiedemann* hace ya mucho, en el sentido de que se debería concebir un Derecho penal empresarial basado en la culpa por organización de las empresas.

II.- PROGRAMAS DE “COMPLIANCE” EN LA REALIDAD JURÍDICA

1.- Designación y difusión de los programas

a) Conceptos variados

Los conceptos mencionados de “Compliance Programs”, “Risk Management”, “Value Management” y “Corporate Governance”, así como “Business ethics”, “Integrity Codes”, “Codes of Conduct” y “Corporate Social Responsibility” describen nuevos conceptos de la dirección empresarial. Todos ellos definen, acentuando de manera diferente, determinados objetivos y procedimientos en la dirección de las empresas. No obstante, no se puede

² Pub. L. N° 107-204, 116 Stat. 745. Cfr. detalles sobre su contenido más abajo en las notas 29 y 102.

³ Cfr. al respecto más detalles abajo en IV.3, así como las refs. en la nota 31.

⁴ Cfr. el libro de la Jornada del 21st. Century Center of Excellence-Waseda Institute for Corporation Law and Society (COE), “International Symposium on Corporate Crime – The Relationship Between the Compliance Programs and Legal Responsibilities of Japanese Corporations, The International Standard on Compliance and Japanese Corporation Law and Society”, enero de 2007 (versión hectografiada).

diferenciar entre ellos de manera precisa y, en parte, ellos tampoco pueden ser definidos claramente⁵.

Si uno analiza el contenido de estos conceptos, se observa que apuntan en primer lugar a la orientación de la dirección empresarial en determinados *objetivos y valores*. Esto es resaltado sobre todo por el concepto “Business Ethics”, el cual describe la realización de valores que van muchas veces por encima de las exigencias normadas legalmente. Un contenido similar tiene también el concepto “Integrity Codes” el cual insinúa igualmente un amplio ámbito de objetivos. El concepto “Corporate Social Responsibility” atañe incluso a una más amplia responsabilidad de las empresas incluyendo también la realización de tareas sociales.

Sobre todo los conceptos mencionados más arriba apuntan no solamente a valores sino incluso de manera más fuerte a *procedimientos para su protección organizativa* o para el cumplimiento de exigencias legales: los “Codes of Conduct” constituyen pautas generales de conducta. La fórmula, de difícil traducción, “Compliance Programs” (de manera literal “programa de cumplimiento” o “programa de respeto” de reglas) abarca procedimientos para el respeto de objetivos trazados (sobre todo legales, pero en parte también éticos u otros). En este sentido, en Alemania dicho concepto se ha hecho conocido sobre todo en relación con departamentos de “compliance” de instituciones crediticias en el marco de la lucha contra el lavado de dinero⁶. El término “Value Management”, yendo más allá de las exigencias legales, se refiere a la protección organizativa de todos los valores materiales e inmateriales de la empresa. El concepto “Corporate Governance” (literalmente, “dirección de la empresa”) es referido en parte, en un sentido amplio, a cualquier forma de dirección de la empresa, pero frecuentemente, en un sentido más estricto, es empleado sólo para describir la estructura organizativa de empresas, tal como exige el “Deutsche Corporate Governance Kodex” (Código alemán de dirección de las empresas), sobre todo en relación con la transparencia de la estructura de las sociedades anónimas⁷.

b) Investigaciones empíricas

La indeterminación terminológica de los conceptos mencionados dificulta la realización de investigaciones empíricas sobre el contenido y la difusión de los distintos programas. En Alemania existen datos relativos a *reglas de la “Corporate Governance”*, concepto que puede determinarse en cierto modo a través del Código alemán de administración de empresas del año 2002⁸.

- En una investigación anterior (publicada el año 2001 por *Pellens/Hillebrandt/Ulmer*⁹) sobre la existencia, en Alemania, de directivas referidas a la “corporate governance”, se preguntó a las cien empresas listadas en el “Índice alemán de las cotizaciones en

⁵ Cfr. al respecto de la literatura jurídica, *von Werder y otros* (eds.) “Deutscher Corporate Governance” Kodex Kommentar”, 3ra. ed., 2008, los comentarios en el n. marg. 3 y ss., donde se señalan “los estándares de la buena dirección empresarial que, en cuanto a los detalles, son muy heterogéneos” (traducción libre).

⁶ Cfr. así, *Fleischer*, NZG 2004, p. 1129 (1131); *Lösler*, “Compliance im Wertpapierdienstleistungskonzern”, 2003, p. 119 y ss.

⁷ Los preceptos de transparencia recomendados o también solamente sugeridos mediante el “Deutscher Corporate Governance Kodex” de 2002, sobre la base del art. 161 de la AktG [Ley de sociedades anónimas], están sobre todo destinados a favorecer el valor de bolsa de las empresas. El Código diferencia entre recomendaciones y sugerencias, pero ninguno de los dos es jurídicamente vinculante de manera directa. Sin embargo, según el art. 161 AktG, una empresa tiene que explicar, en relación con las recomendaciones, si estas han sido respetadas o no por la empresa (los llamados procedimientos de “comply or disclose” [“cumple o destapa”]). Cfr. al respecto también abajo en II.3.c) en el texto antes de la nota 42.

⁸ Cfr. *Schüppen* en ZIP 2002, p. 1269 (1271).

⁹ Cfr. *Pellens/Hillebrandt/Ulmer* en BB 2001, p. 1243 y ss.

Bolsa”, DAX, lo que ellas entendían por el concepto “Corporate Governance”. El 85 % de las empresas participantes mencionaron en primer lugar la “transparencia empresarial”. En segundo lugar, casi el 74 % de las personas entrevistadas mencionó el “control de la empresa”.

- El Informe-índice de *von Werder/Talaulicar*, de aparición periódica, analiza el cumplimiento de las disposiciones del Código alemán de “Corporate Governance” por parte de 200 empresas que se encuentren listadas en el DAX o en cualquier otro indicador alemán de las cotizaciones de acciones¹⁰. Según esta investigación, a principios del 2006 un total del 95,3 % (el 2005: 96,3 %) de estas empresas siguieron las recomendaciones del Código, y el 85,2 % (el 2005: 82 %) lo hicieron con respecto a las sugerencias hechas allí¹¹.
- El estudio sobre “Corporate Governance” publicado últimamente el 2007 por la consultora de empresas *Heidrick & Struggles*¹² analiza cada dos años, en especial, la estructura y la transparencia de la dirección empresarial haciendo una comparación en Europa. Tanto para Alemania como también para otros países europeos, se observa un creciente cumplimiento de las exigencias pertinentes. No obstante, en comparación con otros países europeos la situación en Alemania solamente ha mejorado de manera mínima en los últimos años, de manera que entretanto Alemania ocupa el último lugar en lo que se refiere al cumplimiento de las exigencias investigadas.
- Junto a estas investigaciones se encuentran otros estudios referidos sobre todo a la cuestión de si el mercado de capitales reconoce positivamente el cumplimiento del Código. Al respecto todavía no se tiene un resultado claro. Mientras que la investigación de *Nowak/Rott/Mahr*¹³ no pudo corroborar un influjo del “Corporate Governance” en el mercado de capitales, los análisis de *Drobtz/Schillhofer/Zimmermann*¹⁴, así como los de *Zimmermann/Goncharov/Werner*¹⁵ sobre el respeto a las exigencias del Código, sí observan efectos positivos en el valor de las empresas.

El incremento de Códigos empresariales no solamente puede verificarse en el ámbito de las reglas de “Corporate Governance” sino también en los demás instrumentos mencionados de la ética empresarial y de la dirección de empresas, aún cuando aquí solamente se tengan algunas pocas estadísticas.

- El año 2005, la Fundación *Bertelsmann* elaboró un estudio sobre la “Corporate Social Responsibility” en general, estudio que se basa en los datos proporcionados por 500 personas con poder decisorio de empresas alemanas¹⁶. Según los datos obtenidos, las empresas alemanas conceden un elevado valor a la responsabilidad social de la empresa. A la pregunta de frente a quién las empresas sentían tener responsabilidades, los entrevistados mencionaron en primer lugar a los clientes (97 %) seguidos por los trabajadores (96 %) y –recién en tercer lugar- a los titulares de las empresas (88 %). Los compromisos asumidos al respecto van desde la creación estructuras transparentes de “governance”, pasando por la promoción de la capacitación empresarial hasta llegar a donaciones en el ámbito deportivo. En esto más de la mitad de las empresas

¹⁰ Cfr. *von Werder/Talaulicar* en DB 2006, p. 849 y ss., así como *idem* en DB 2005, p. 841 y ss.

¹¹ Cfr. *von Werder/Talaulicar* en DB 2006, p. 849 (855), así como *idem* en DB 2005, p. 841 (846). Acerca de la diferenciación entre recomendaciones y sugerencias en el Código alemán de “Corporate Governance” ver más detalles arriba en la nota 7.

¹² Cfr. *Heidrick & Struggles*, “Corporate Governance in Europe: Raising the Bar”, 2007 (<http://www.heidrick.com>, al 10-01-2008), así como el estudio previo *Heidrick & Struggles*, “Corporate Governance in Europe: What’s the outlook?”, 2005 (<http://www.heidrick.com>, al 10-01-2008).

¹³ *Nowak/Rott/Mahr* en ZGR 2005, p. 252 (278 y s.).

¹⁴ *Drobtz/Schillhofer/Zimmermann* en ZfB 2004, p. 5 (22).

¹⁵ *Zimmermann/Goncharov/Werner*, “Does Compliance with the German Corporate Governance Code Have an Impact on Stock Valuation? An Empirical Analysis” (<http://papers.ssrn.com/abstract=624068> al 10-01-2008).

¹⁶ Cfr. *Bertelsmann Stiftung*, “Die gesellschaftliche Verantwortung von Unternehmen”, 2005 (http://www.bertelsmann-stiftung.de/cps/rde/xbcr/SID-0A000F14-DD42B463/bst/CSR_lay.pdf al 10-01-2008).

colabora con otras empresas o con organizaciones de utilidad pública. En el 82 % de las empresas, la gerencia o el Directorio están encargados del ámbito de los compromisos sociales.

- En la investigación de *PricewaterhouseCoopers*, que se publica periódicamente y cuyo último estudio es del 2007, se comprueba una creciente implementación de programas contra la criminalidad económica. Para este estudio se entrevistaron a 1166 empresas alemanas. Hasta el 87 % de las empresas indicaron (según del tipo de medida) haber adoptado previsiones contra la criminalidad económica¹⁷. Para esto las empresas confiaban sobre todo en medidas de control a través de revisiones internas o externas, mientras que las medidas preventivas habían sido desarrolladas por mucho menos empresas. En empresas con una elevada actividad controladora, el 62 % de las firmas había implementado un programa de “compliance” y un 76 % directivas de ética. En cambio, de la totalidad de las empresas entrevistadas un 61 % poseía directivas de ética, pero solamente el 37% tenía programas de “compliance” con estándares de conducta controlados¹⁸. En los Estados Unidos, por el contrario, el 94 % de las empresas tenía directivas de ética, las cuales fueron reforzadas en el 73 % de los casos mediante programas de “compliance”.
- Un cuadro similar al de la investigación anterior muestra el estudio sobre criminalidad económica de *KPMG*, basándose en una encuesta a 420 empresas alemanas¹⁹. Según el estudio, el 84 % de las empresas adoptó medidas para impedir acciones de criminalidad económica. Para ello las empresas apostaban sobre todo por una mejora de los controles internos y la elaboración de directivas. En cambio, se acostumbraba menos registrar y valorar los riesgos de las acciones de criminalidad económica.

También se manifiesta el incremento de medidas de compliance y de ética en la presentación de las empresas a través del internet. Especialmente en el caso de las empresas que figuran en el DAX puede encontrarse, en sus respectivas páginas web, cada vez más pautas empresariales y principios de ética. Así, por ejemplo *Daimler* no solamente publica un propio “Code of Ethics” y una propia “Directiva de conductas” sino también “Principios de responsabilidad social”²⁰. Las páginas web de *Siemens* muestran –antes y después de los casos de corrupción descubiertos el 2007- las directivas internas de la empresa para la rectitud en el tráfico comercial²¹. Y también muchas otras empresas alemanas publican amplios principios comerciales para sus trabajadores. Por ello, tampoco en Alemania puede desconocerse el desarrollo hacia “Corporate Codes” y nuevas formas de dirección vinculadas con aquellos.

2.- Contenido de los programas

a) Objetivos y valores

En las regulaciones de las empresas se definen los objetivos y valores que deben ser realizados siguiendo determinados procedimientos. Los objetivos se refieren principalmente a *impedir hechos delictivos*, especialmente de corrupción, lavado de dinero, financiación del terrorismo, delitos contra la libre competencia (mayormente acuerdos de cártel), delitos contables, defraudación tributaria, abuso de información privilegiada, delitos ambientales y

¹⁷ Cfr. *PricewaterhouseCoopers*, “Wirtschaftskriminalität 2007, Sicherheitslage der deutschen Wirtschaft”, 2007 (http://www.pwc.de/files/RepositoryItem/studie_wikri_2007.pdf?itemId=3169192 al 10-01-2008).

¹⁸ *Ibidem*, p. 45.

¹⁹ “KPMG-Studie 2006 zur Wirtschaftskriminalität in Deutschland”, 2006 (http://www.kpmg.de/library/pdf/060626_Studie_2006_Wirtschaftskriminalitaet_de.pdf al 10-01-2008)

²⁰ Cfr. <http://www.daimler.com/dccom/0-5-168351-49-168355-1-0-0-0-0-0-36-7155-0-0-0-0-0-0.html> al 10-01-2008.

²¹

Cfr. http://www.siemens.com/Daten/siecom/HQ/CC/Internet/About_Us/WORKAREA/about_ed/templatedata/Deutsch/file/binary/bcg_de_1032824.pdf al 10-01-2008.

revelación de secretos comerciales. Con el objetivo de impedir la criminalidad proveniente de empresas y la dirigida a empresas se protege una serie de diversos valores, los cuales incluso reciben, en parte, una mayor protección en los programas de “compliance” que en las disposiciones del Derecho penal.

Esto rige sobre todo para la protección general de los *valores económicos de la empresa*, protección que va desde el manejo cuidadoso de la propiedad de la firma hasta la protección de los secretos empresariales. También juega un papel especial –sobre todo en interés del *mercado de capitales* y de los *titulares de participaciones*- la estructura transparente de la empresa, la cual bajo el concepto ya mencionado de “Corporate Governance” (p. ej. en Alemania para las sociedades anónimas) apunta a la independencia del Consejo de Vigilancia en relación con el Directorio, así como a la transparencia empresarial. Aquí se ubica también la muy discutida publicación de los ingresos de los miembros del Consejo de Vigilancia. Otros objetivos, en relación con los *trabajadores* de la empresa, se refieren a reglas adicionales de Derecho laboral, en relación con los *clientes*, a la seguridad de los productos vendidos, y, en relación con los *proveedores*, a la justa contratación de pedidos. A esto se añade la protección mundial de los *derechos humanos*, p. ej. para impedir el trabajo de niños, los trabajos forzados y la discriminación tal como sobre todo exige la iniciativa “Global Compact” de las Naciones Unidas²² a aquellas empresas que actúen de manera multinacional. Objetivos de base valorativa acordados internacionalmente se encuentran también en las “Directivas para las empresas multinacionales”²³ elaboradas por la OECD, y en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a las “empresas multinacionales y política social”²⁴. Ya en su trabajo de habilitación de 1969 Tiedemann había analizado de manera precisa la “animación” de la ética económica a través de la ética social (algo que subyace a los nuevos desarrollos que se están analizando) y la había integrado en su teoría de bienes jurídicos del Derecho penal económico²⁵.

En suma, los programas de “compliance” no solamente abarcan intereses en el ámbito de la empresa, tal como son los objetivos de los propietarios de la empresa, de los empleados de la alta dirección y de otros trabajadores (intereses que en algunos casos pueden entrar en conflicto). Con frecuencia se incluyen también intereses (que pueden colisionar o coincidir) de los socios comerciales, de terceras personas (sobre todo de los consumidores), así como intereses sociales (p. ej. en el campo del medio ambiente). Esta variedad de objetivos y ámbitos de protección tiene como consecuencia que los programas de “compliance” y otros planes de protección de las distintas empresas varíen mucho en su contenido. Por ejemplo, en cuanto al objeto de protección existen pocas coincidencias entre las reglas de una sociedad anónima alemana que quiera cumplir con las exigencias de transparencia del art. 161 AktG [Ley de Sociedades Anónimas], los preceptos de una empresa transnacional que quiera impedir que sus trabajadores sobornen a funcionarios públicos extranjeros, o las directivas de una empresa de internet que trate de cumplir con las disposiciones para la protección de menores en la difusión de contenidos de carácter erótico.

b) Concepciones procesales

En los programas de “compliance” de las diferentes empresas también hay diferencia de procedimiento para proteger los valores anteriormente mencionados. Esto depende sobre

²² Cfr. <http://www.unglobalcompact.org> al 10-012008.

²³ Cfr. <http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf> al 10-01-2008.

²⁴ Cfr. La cuarta versión de la declaración de 2006 en <http://www.ilo.org/public/english/employment/multi> al 10-01-2008.

²⁵ Tiedemann, “Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht”, 1969, p. 105 y ss.

todo del ámbito de actividad de la empresa en cuestión o de su tamaño. En casi todos los programas pertinentes tiene un rol central la especificación de los objetivos buscados y los valores protegidos en un documento informativo para los trabajadores. Allí se suelen dar pautas detalladas para el cumplimiento, p. ej. cuando los trabajadores reciban regalos o invitaciones a comer o cuando ellos entreguen regalos o hagan invitaciones a clientes. Estas pautas son transmitidas a los trabajadores en el marco de los programas de “compliance”, pero también a través de cursos de capacitación. Además se introducen “procedimientos para informantes” para el descubrimiento de irregularidades que permitan a los trabajadores, p. ej. hacer una denuncia anónima en caso de situaciones llamativas, p. ej. mediante “hotlines” anónimas para “whistleblower”²⁶. También juegan un papel central los controles internos y externos. En empresas más grandes hay “equipos de investigación” para el esclarecimiento de los hechos. Estas reglas son reforzadas parcialmente mediante mecanismos sancionadores al interior de la empresa (tales como medidas disciplinarias). Para una coordinación (más o menos amplia) de estas medidas muchas empresas crean su propio departamento organizador, el llamado departamento de “compliance”, el cual, en las empresas más grandes, está compuesto por muchos trabajadores y, a menudo, responden directamente ante el Directorio.

En Alemania se encuentran programas preventivo-criminales de “compliance” sobre todo en los institutos de crédito, a los cuales el art. 14, párrafo 2, número 2 de la Ley contra el lavado de dinero (GWG por sus siglas en alemán) exige desarrollar “sistemas apropiados de aseguramiento y controles” destinados a prevenir el lavado de dinero. La ley requiere expresamente la comprobación de que los empleados sean confiables (art. 14, párrafo 2, número 3), que sean informados regularmente en los “métodos del lavado de dinero” (art. 14, párrafo 2, número 4) y que se señale a una persona en la dirección responsable de coordinar con las autoridades de persecución penal (art. 14, párrafo 2, número 1)²⁷. El art. 25a de la Ley del Sistema Crediticio (KWG por sus siglas en alemán) contiene también un amplio deber de organización. Según éste, los institutos de crédito tienen que presentar una “organización comercial ordenada” que garantice el respeto a las disposiciones legales. Forma parte de tal organización comercial p. ej. un “sistema apropiado de garantías para el negocio y el clientes contra el lavado de dinero y contra acciones fraudulentas” (art. 25a, párrafo 1, oración 6, número 3), aunque también una “documentación completa de la actividad comercial” (art. 25a, párrafo 1, oración 6, número 2) y “una gestión empresarial apropiada y efectiva de los riesgos” instaurando “procedimientos internos de control” (art. 25a, párrafo 1, oración 3).

También se establecen amplios deberes de organización en el art. 33 de la Ley de comercio con título-valores (WpHG por sus siglas en alemán), cuyas exigencias en los últimos años se han vuelto muy amplias y detalladas y se han concretado a través del Reglamento del Ministerio Federal de Finanzas²⁸. Según el art. 33, párrafo 1, número 1, una empresa de servicios de título-valores, para cumplir con las obligaciones legales, entre otras cosas tiene que “instaurar principios apropiados, proporcionar los medios e implantar procedimientos”, para lo cual debe, especialmente, implementarse una función de compliance permanente y

²⁶ Cfr. *Bürkle* en DB 2004, p. 2158; *Graser*, “Whistleblowing”, 2000, p. 108 y ss.; *Ledergerber*, “Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung”, 2005, p. 5 y ss.; *PricewaterhouseCoopers* (ver nota 17), p. 32 y ss. Sobre los problemas de Derecho a la coestión y de protección de datos de estas “hotlines” (exigidas por el “Sabanes-Oxley Act” estadounidense), cfr. en Alemania el auto dado del Tribunal Municipal Laboral de Düsseldorf (caso “Wal-Mart”) en NZA 2006, p. 63 y ss.

²⁷ Cfr. *Füllbier/Aepfelbach/Langweg*, “Kommentar zum Geldwäschegesetz”, 5ta. ed., 2006, § 14, GWG, n. marg. 74 y ss.

²⁸ Cfr. Ministerio Federal de Finanzas, “Verordnung zur Konkretisierung der Verhaltensregeln und Organisationsanforderungen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen” [Reglamento para la concreción de las reglas de conducta y exigencias de organización a las empresas dedicadas a los servicios con título-valores], de fecha 20 de julio de 2007 (BGBl. I, p. 1432).

efectiva que pueda cumplir con sus tareas de manera independiente”. Ésta y numerosas otras previsiones, que el art. 33 WpHG conoce como organizativas, están destinadas a evitar las infracciones legales en el tráfico con título-valores (p. ej. abusos de información privilegiada). Estos deberes de organización son complementados a través de deberes de comunicar determinados negocios a la Oficina Federal de Control de Servicios Financieros (art. 9 WpHG) y –de manera correspondiente a las reglas sobre lavado de dinero- mediante deberes de denunciar casos sospechosos (art. 10 WpHG).

Desde el 2002 se puede observar una considerable ampliación de los correspondientes programas y deberes de las empresas con actividades en los Estados Unidos. Esto se debe a que en dicho año se emitió la “Sarbanes-Oxley Act”, la cual prevé de manera muy detallada distintas medidas preventivas que las empresas están obligadas a adoptar. Entre estas medidas cuenta sobre todo la responsabilidad directa del directorio de la empresa por el área de “compliance”, la pronta publicación de cambios sustanciales de la situación financiera y comercial de la empresa, la creación de directivas de ética, la instauración de “Audit Committees” y de controles internos de la publicación, así como el establecimiento de “hotlines” anónimos²⁹.

c) En especial: los programas “compliance” para impedir la criminalidad empresarial

Resulta evidente que en relación a la *criminalidad empresarial* y del *Derecho penal de la empresa* no desempeña un papel esencial el hecho de que, a través de regulaciones transparentes de “Corporate Governance”, la empresa eleve el curso bursátil de sus acciones, financie jardines infantiles con su programa de “Corporate Social Responsibility”, o que sus directivas cumplan con objetivos empresariales útiles. Para el control de la criminalidad empresarial y el Derecho penal de la empresa, estos Códigos empresariales son ciertamente interesantes bajo el punto de vista general de constituir nuevos sistemas de dirección en las empresas; no obstante los contenidos de los programas penalmente relevantes de “compliance” no pueden ser determinados siguiendo las investigaciones expuestas sobre administración de empresas³⁰. Para las cuestiones que aquí interesan tienen más bien importancia aquellos elementos del programa que puedan impedir la criminalidad empresarial.

Debido a la variedad de los riesgos de la criminalidad y a las particularidades de las distintas empresas no puede haber un panorama detallado de tales programas “preventivo-criminales”. Si uno analiza los programas de “compliance” publicados por internet, la literatura pertinente sobre prevención de la criminalidad empresarial, así como las reglas legales para la ejecución de tales medidas (sobre todo las “sentencing guidelines” de los EE.UU.), pueden sistematizarse, pese a todo, los siguientes elementos estructurales de los programas de “compliance” que podrían impedir la criminalidad de empresas y contra empresas³¹:

²⁹ Cfr. Section 401 y ss. (deberes de publicación), Sec. 406 (directivas de ética), Sec. 301 (Audit Committee), Sec. 302 (controles de la publicación), Sec. 301 y 806 (hotlines), de la “Sarbanes-Oxley Act” (cfr. Nota 2).

³⁰ Sobre la funcionalidad de la determinación de conceptos, cfr. *Sieber*, “Computerkriminalität”, 2da. ed., 1980, p. 186 y ss.

³¹ Cfr. sobre las “Sentencing Guidelines” estadounidenses, *United States Sentencing Commission*, 2007, “Federal Sentencing Guidelines Manual” (vigentes desde el 1 de noviembre de 2007), art. 8 B2.1 (en: <http://ussc.gov/2007/guid/tabcon07.html> al 10 de enero de 2008). Al respecto ver *Walisch*, “Organisatorische Prävention gegen strafrechtliche Haftung deutscher Unternehmen und ihrer Leitungen nach US-Recht”, 2004, p. 55 y ss., 66 y ss.

- Definición y comunicación de los valores y objetivos empresariales que deben ser respetados, análisis de los riesgos específicos correspondientes dentro de la empresa así como el consecuente establecimiento y la publicidad de las disposiciones que deben respetarse y los procedimientos para las empresas y sus trabajadores;
- Fundamentación de la responsabilidad de los niveles jerárquicos más elevados por los objetivos definidos, los valores y los procedimientos en la evitación de la criminalidad empresarial; fijación de responsabilidades en el nivel de mando medio creando una unidad empresarial correspondiente especializada (departamento de “compliance”), así como el esclarecimiento y la capacitación de los trabajadores de la empresa;
- Creación de sistemas de información para el descubrimiento y esclarecimiento de los delitos, especialmente de controles internos a personas y objetos, deberes de informar, “sistemas de informantes” para la recepción de advertencias anónimas, determinación de la vía encargada de los casos de sospecha que deben ser esclarecidos (involucrando al departamento de “compliance” así como eventualmente a las dependencias del Estado) y de los resultados de las investigaciones de los casos de sospecha (comunicando directamente a la alta dirección de la empresa), así como la adaptación permanente y mejoramiento de los respectivos programas de “compliance”;
- Participación de controladores y controles externos en relación con elementos determinados del programa de “compliance” y la evaluación externa del programa;
- Establecimiento de medidas internas para la sanción de abusos;
- Creación de estructuras efectivas que estimulen la ejecución y el mejoramiento de las medidas antes mencionadas.

Corresponde a estudio basado en la Administración de empresas, la Criminología y el Derecho penal, el determinar (incluso de manera específica para un sector o para la empresa) y evaluar en qué medida estos elementos de prevención de la criminalidad de los programas de “compliance” pueden ser complementados por otros componentes y, debido a garantías jurídicas, deben ser limitados. Dado que el contenido de un programa de “Compliance” para impedir la criminalidad empresarial depende fuertemente de cada empresa y de su campo de actividades, los creadores de los programas deben disponer de un suficiente *campo de libertad individual* dentro de la empresa afectada para poder crear una propia concepción de prevención de la criminalidad. Para la efectividad de las correspondientes medidas también es importante la interacción entre los diferentes sistemas de regulación interna de la empresa y el sistema estatal de prevención de la criminalidad empresarial.

3.- Características de los nuevos sistemas de regulación

a) Creadores

Los programas arriba expuestos son elaborados e influidos por distintos “creadores”, “editores” o “autores”. Lo más frecuente aquí es que existan programas de *empresas* particulares. Pero las concepciones correspondientes también son proyectadas por *sociedades industriales*, tal como muestra el desarrollo de un sistema de administración de valores por la Asociación Bávara de la Industria de la Construcción³².

³² Cfr. <http://www.bauindustrie-bayern.de/ethik.html> (al 10 de enero de 2008).

En algunos casos también participan *dependencias del Estado* en la elaboración de las regulaciones. Constituyen ejemplo de regulaciones determinadas por el Estado las ya mencionadas exigencias previstas en el art. 14 GWG, el art. 25a KWG o el art. 33 WpHG. El legislador o la autoridad administrativa fijan aquí el contenido de los programas de “Compliance” de manera muy amplia. A veces las dependencias del Estado también preceptúan que el afinamiento o el cumplimiento de los programas no solamente será realizado por las empresas o instituciones directamente afectadas sino también por otros grupos sociales afectados por las reglas. Así, el Código alemán de “Corporate Government” ha sido coindicado por el Ministerio Federal de Justicia; la elaboración misma del Código fue asumida luego por una Comisión integrada por representantes de la economía privada; los efectos jurídicos del Código resultan del art. 161 AktG. En Alemania también puede encontrarse un ejemplo de participación de los afectados en la regulación, determinada por el Estado, en el caso del control de los medios de comunicación. La “Oficina Federal de Control de medios peligrosos para la juventud” está compuesta por representantes del arte, la literatura, el comercio de libros, las iglesias y otras instituciones; los representantes son nombrados por el Ministerio Federal competente³³. En cambio, en las nuevas disposiciones sobre medios electrónicos, la participación estatal se limita a la certificación de las distintas instalaciones de autocontrol en la industria del cine, la televisión y la oferta de multimedia, que deben cumplir con los mandatos legales bajo su propia responsabilidad³⁴.

b) Espacios de libertad y formas de regulación

Es por eso que, en la descripción de los valores y los procedimientos al interior de la empresa, a partir de los “creadores” o “editores” de programas de “compliance”, pueden distinguirse tres formas de regulación: la autorregulación de la economía, la co-regulación estatal y privada y la regulación puramente estatal. Mientras que la pura “autorregulación” deja a las empresas una amplia discrecionalidad y la regulación estatal fija todas las decisiones determinantes, la co-regulación se caracteriza por el hecho de que las disposiciones estatales crean preceptos más o menos detallados o crean estructuras que estimulan la autorregulación y/o hacen vinculantes medidas de la autorregulación. Por ello, la co-regulación es designada como la “autorregulación regulada”, la cual, en cuanto a la discrecionalidad de contenido concedida, a los “creadores” de los programas previstos así como a las estructuras de estímulo o de presión empleadas, presentan diversas formas mixtas e intermedias que van desde la “autorregulación” hasta la regulación estatal³⁵.

Estas formas de “autorregulación” y “co-regulación” posibilitan, en un mundo que se ha vuelto más complejo, nuevas formas de dirección en el campo de la economía. Esto se pone de manifiesto cuando se contemplan los recientes “Corporate Codes”, bajo la perspectiva de la teoría de sistemas, como constituciones empresariales autónomas y sistemas autorreflexivos o autopoieticos (es decir, que se dirigen a sí mismos)³⁶. Bajo esta perspectiva (que será profundizada más abajo) salen a relucir el potencial regulador autónomo y la vigencia jurídica autónoma (vigencia presupuesta por la sociología) de las constituciones empresariales, las cuales también son designadas como “Derecho sin Estado”³⁷. Estos sistemas no estatales de dirección se caracterizan especialmente por sus efectos globales.

³³ Cfr. los arts. 17 y ss. (esp. Art. 19) de la “Ley de protección de la juventud”.

³⁴ Cfr. al respecto más detalles abajo en la nota 44.

³⁵ Cfr. al respecto *Alwart* en: ídem (ed.) “Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft”, 1998, p. 75 y ss.; *Ayres/Braithwaite*, “Responsive Regulation”, 1992; *Pieth*, “Festschrift für Jung”, 2007, p. 717 y ss.; *Priifer*, “Korruptionssanktionen gegen Unternehmen”, 2004, p. 204 y ss.; *Sieber*, en: *Waltermann/Machill* (edits.), “Protecting Our Children on the Internet”, 2000, p. 319 y ss.

³⁶ Cfr. más detalles al respecto abajo en IV.1.b), nota 87 y 88.

³⁷ Cfr. al respecto *Teubner* en “Festschrift für Kocka”, 2007, p. 36 (38 y ss.).

c) Interacción funcional entre los sistemas de regulación

La observación, bajo la teoría de sistemas, de la autorregulación de empresas también explica la problemática del acoplamiento entre el ordenamiento estatal y los sistemas privados. Ella muestra no solamente que, debido a los variados intereses y objetivos de los sistemas, pueden producirse *colisiones y distorsiones*³⁸. Bajo una perspectiva sistémica de los sistemas de regulación privados y estatales, como subsistemas del sistema jurídico, también se pone en evidencia la interacción funcional entre ambos tipos de subsistemas en el cumplimiento de las tareas. Las exigencias arriba expuestas de los arts. 14 GWG, 25aKWG y 33 WpHG resultan aquí sobre todo interesantes porque el sistema regulador estatal, en la consecución de sus intereses, impone *deberes de colaboración* a los sistemas reguladores privados. Se trata en especial de deberes de denunciar así como deberes de control computarizado y de entregar datos privados. Con tales obligaciones resulta posible, por un lado, compensar los déficits del sistema de regulación privado. Y por otro lado, ello lleva también a que, al intervenir en relaciones privadas de confianza y “modificar los fines” de los datos obtenidos, también surjan colisiones entre los distintos sistemas de regulación. Se volverá a tratar este tema en el marco de la efectividad y la implementación de los programas de “compliance”³⁹.

La interacción funcional entre el sistema de regulación privado y el estatal resulta relevante para el presente análisis sobre todo bajo el aspecto de en qué medida las regulaciones privadas pueden alcanzar un *efecto vinculante* dentro del sistema jurídico estatal (entre otras cosas a través de la llamada “enforced self-regulation”⁴⁰). Esto depende fuertemente del contenido y de los creadores de los programas, como ya se ha expuesto arriba: las leyes que los programas de “Compliance” cumplen o refuerzan, son, dentro del marco previsto, vinculantes y muchas veces ven reforzadas también mediante sanciones (en caso de su incumplimiento). Esto rige no solamente para las disposiciones penales y los tipos de contravenciones que deban ser respetados por los programas de “compliance”. Lo mismo vale también en el caso de las disposiciones procesales de las autoridades administrativas que son emitidas sobre una base legal. Así, las llamadas exigencias organizativas del art. 33 WpHG, como auténticos deberes jurídicos, son vinculantes y pueden ser impuestos empleando coerción administrativa. En determinadas infracciones, p. ej. contra los deberes de comunicar del art. 9 WpHG, la sanción consiste en multas, las cuales también pueden ser impuestas contra empresas según el art. 30 OWiG (Ley alemana sobre contravenciones). Si bien la infracción contra los deberes de organización del art. 33 WpHG no es por sí misma punible, puede formar parte de una lesión del deber de control según el art. 130 OWiG y dar pie a sanciones⁴¹.

Las medidas de la co-regulación estatal-privada también pueden ser vinculantes o, para el caso de su incumplimiento, dar lugar a determinadas consecuencias: la llamada “autorregulación regulada” tiene a disposición un amplio espectro de medidas que deja espacio para distintas sanciones y estructuras de estímulo. Ciertamente, el art. 161 AktG solamente dispone para el Código alemán de “Corporate Governance” (elaborado por representantes de la economía privada) que las empresas están obligadas a rendir cuentas sobre el cumplimiento de las disposiciones del Código. Por ello una infracción no trae consigo

³⁸ Cfr. más detalles al respecto abajo en IV.1.d) y 2.

³⁹ Cfr. más detalles abajo en IV.1.d) y 2.

⁴⁰ Cfr. sobre este concepto *Ayres/Braithwaite* (nota 35), p. 101 y ss.

⁴¹ En última instancia, incluso una omisión de denunciar casos sospechosos puede dar lugar a una responsabilidad penal, p. ej. según el art. 258 StGB. Cfr. al respecto *Vogel* en “Festschrift für Jakobs”, 2007, p. 731 (744 y ss.), para quien el Derecho penal referido al tráfico de título-valores dejaría entrever un nuevo modelo penal. Sobre el art. 130 OWiG cfr. abajo en III.1.a.).

directamente sanciones civiles o administrativas; y penalmente, en todo caso, resulta relevante sólo de forma mediata p. ej. en el marco de la “administración desleal” según el art. 266 StGB⁴². Pese a todo, en las grandes empresas alemanas esta concepción (no reforzada con medios sancionadores clásicos) del “comply or disclose” [cumple o destapa (o informa)] alcanza la ya señalada cuota elevada de cumplimiento de más del 90 %⁴³. La valoración igualmente ya mencionada de los contenidos de los medios de comunicación mediante una institución de autocontrol voluntario en el ámbito de la televisión privada y de las telecomunicaciones, según el art. 20, párrafos 3 y 5 del Tratado internacional sobre protección de la juventud en lo relacionado con los medios de comunicación, va unida con la consecuencia jurídica más trascendental de que la difusión de todos aquellos contenidos de medios de comunicación que hubieran sido aceptados por la institución de autocontrol, en principio ya no podrán ser perseguida como contravención⁴⁴.

A esto se añaden otros mecanismos de transformación y de influjo entre los sistemas ordenadores privados y el Derecho estatal. Con frecuencia, la regulación de principios éticos o las directivas empresariales de pura organización son, en cuanto al Derecho laboral, vinculantes para los trabajadores, sobre todo cuando estas reglas han sido adoptadas como acuerdo empresarial⁴⁵. Por ello, estos principios también pueden resultar relevantes en la aplicación de la ley, p. ej. cuando la conducta de un trabajador contra principios de la empresa llevara a un despido por dicha conducta⁴⁶. Sin embargo, en muchos casos la relevancia de los correspondientes programas empresariales radica exclusivamente en un ámbito situado fuera del Derecho estatal, p. ej. cuando una empresa solamente quiera mejorar su prestigio en el mercado a través de la promoción de instituciones sociales o procedimientos favorables al medio ambiente.

Para el *Derecho penal de la empresa*, que es lo que aquí interesa, la interacción funcional entre el sistema de regulación privado y el estatal plantea sobre todo la cuestión de la importancia de las directivas de “compliance” para los parámetros de aquella imprudencia que tenga relevancia penal, los deberes de control, los elementos indeterminados de algunos tipos penales o la medición de la pena. Por ello, a continuación, sobre la base del presente análisis empírico y siguiendo con el temario propuesto, se investigará la cuestión jurídica de en qué medida los programas de “compliance” serían relevantes para el actual Derecho penal y de contravenciones, y, de ese modo pueden llevar a liberar a las empresas que los apliquen, así como a sus trabajadores. Esta cuestión no será analizada en todos los ámbitos específicos en los cuales actualmente son aplicados los programas de “compliance” (p. ej. en el Derecho de cárteles, el Derecho de los productos alimenticios, el Derecho de los productos farmacéuticos, el Derecho del medio ambiente o el Derecho de protección de datos). El presente análisis se centrará más bien en la importancia general de los programas de “compliance” para el Derecho penal de la empresa, para lo cual se incluirán tanto la responsabilidad individual de los trabajadores (especialmente en lo relativo al ejemplo presente especialmente relevante de la violación del deber de control según el art. 130 OWiG), como también la responsabilidad de la empresa (según el art. 30 OWiG).

⁴² Cfr. más detalles sobre los aspectos penales de una infracción contra el Código alemán de “Corporate Governance”, *Schlösser/Dörfler*, wistra 2007, p. 326 y ss. Ver al respecto también arriba II.1a) y b), esp. en la nota 7 y abajo en III.2.a).

⁴³ Cfr. arriba en II.1.b) después de la nota 10.

⁴⁴ Cfr. al respecto *Nikles/Roll/Spiürck/Umbach*, “Jugendschutzrecht”, 2da. ed., 2005, p. 115 y ss., 388 y s.; *Scholz/Liesching*, “Jugendschutz”, 4ta. ed., 2004, art. 20 JMStV, n. marg. 2 y ss. 21 y ss.

⁴⁵ Cfr. sobre la relación entre las directivas de ética y el Derecho laboral, *Borgmann*, NZA, 2003, p. 352 y ss.

⁴⁶ Cfr. *Linck* en: *Schaub* (ed.), “Arbeitsrechts-Handbuch”, 12da. ed., 2007, p. 1406, indicando que muchos deberes accesorios de un trabajador recién pueden ser determinados a través de la cláusula general de fidelidad y buena fe del art. 242 BGB (Código Civil alemán).

III.- PROGRAMAS DE “COMPLIANCE” EN EL VIGENTE DERECHO PENAL DE LA EMPRESA

1.- Bases pertinentes del Derecho penal de la empresa

La relevancia de los programas de “compliance” en el vigente Derecho penal empresarial puede determinarse con ayuda de un análisis sistemático de este ámbito jurídico. Dado que los programas de “compliance”, aunque sean implementados por algunos trabajadores, son de responsabilidad de toda la empresa, este análisis no solamente atañe a las regulaciones sobre la punibilidad individual de personas naturales, sino sobre todo a las disposiciones relativas a la responsabilidad de personas jurídicas previstas en el Derecho contravencional.

a) La responsabilidad penal individual de los trabajadores de la empresa

La sanción de la criminalidad empresarial ocurre en Alemania – al igual que en los demás ordenamientos jurídicos de Europa continental- de manera tradicional, sobre todo, mediante un planteamiento personal que se centra en la responsabilidad individual de los trabajadores que hubieren actuado u omitido. En esto, las cuestiones específicas del Derecho penal empresarial, en lo que se refiere a los programas de “compliance”, se plantean no tanto en cuanto a la comisión del delito mediante una acción sino mediante una omisión, sobre todo en tanto los correspondientes deberes jurídicos y especialmente los deberes de control puedan ser cumplidos mediante la creación de programas de “compliance”.

En los casos de *omisión*, de la posición de garantía del Derecho penal general (en el sentido del art. 13 StGB) se derivan determinados deberes de actuar y de garantizar, los cuales pueden fundamentar una omisión punible de los directivos de empresas, especialmente en aquellos casos en los cuales la responsabilidad de estas personas (a diferencia de lo que ocurre en los delitos especiales) no resultare ya de su cualidad como determinado destinatario de la norma⁴⁷. La configuración precisa de esta general “responsabilidad del jefe del negocio”⁴⁸ es considerada como la cuestión “menos aclarada”⁴⁹ de la posición de garante. P. ej. plantean problemas la construcción de una responsabilidad penal por el producto, la cual puede ser concebida como un subcaso del deber de garantía en la vigilancia de peligros provenientes de objetos, así como la construcción de un deber general de garantía de impedir que los trabajadores de la empresa cometan delitos, deber que puede deducirse a partir del derecho a dirigir e instruir que tiene el jefe del negocio⁵⁰. Estos deberes de garantía influyen en numerosas regulaciones de “compliance” para ámbitos específicos (p. ej. en el Derecho de los productos alimenticios o el Derecho de los productos farmacéuticos).

El tipo del art. 130 OWiG sobre la *omisión de deberes de control* contiene una regulación especialmente importante de esta problemática (importante también con miras a la responsabilidad de la empresa). Según esta disposición, el titular de un establecimiento o una empresa, en algunos casos, actúa contravencionalmente cuando sus trabajadores (también los

⁴⁷ Cfr. *Hilgers*, “Verantwortlichkeit von Führungskräften in Unternehmen für Handlungen ihrer Mitarbeiter”, 2000, p. 68 y ss.

⁴⁸ Éste es el concepto utilizado por *Tiedemann*, “Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil”, 2da. ed., 2007, n. marg. 181.

⁴⁹ Así lo consideran *Lackner/Kühl* en “StGB”, § 13, n. marg. 14, y *Tiedemann*, “Wirtschaftsstrafrecht AT” (nota 48), n. marg. 181.

⁵⁰ Minuciosamente sobre la responsabilidad del jefe del negocio, *Tiedemann*, “Wirtschaftsstrafrecht AT” (nota 48), n. marg. 181 y ss.

subordinados), violando los deberes que alcanzan al titular, cometieren un delito y el titular, dolosa o imprudentemente, no impidiere este delito mediante la adopción de las medidas de control necesarias. Forman parte del círculo de destinatarios del art. 130, primer párrafo, OWiG, el titular de un establecimiento o una empresa, así como las personas que según el art. 9, párrafos 1 y 2 OWiG puedan ser vistas como órganos, representantes o encargados de un colectivo. Las medidas necesarias abarcan, según el art. 130, oración 1, frase 2 OWiG, también el nombramiento, la selección cuidadosa y la vigilancia de las personas encargadas del control⁵¹. Con ello, y como se verá más claro más adelante, esta exigencia tiene en parte los mismos objetivos que los programas de “compliance” arriba expuestos.

b) La responsabilidad contravencional de las empresas

Junto al planteamiento de la responsabilidad individual también existe en Alemania un planteamiento de persecución relacionado con las empresas, el cual, sin embargo (a diferencia de los ordenamientos jurídicos del Common Law) ha tenido tradicionalmente un desarrollo muy débil. Esto se manifiesta sobre todo por el hecho de que, según el Derecho alemán, no es posible imponer penas a empresas, sino solamente multas por la comisión de contravenciones.

La fuerte fijación del Derecho alemán en personas naturales con actuación positiva u omisiva resalta de manera especialmente clara en el hecho de que solamente es posible una sanción contra empresas, según el art. 30 OWiG, cuando una de sus personas directivas hubiera cometido un delito o una contravención y, debido a ello, se hubiera violado un deber empresarial o la empresa se hubiera enriquecido o iba a enriquecerse. El *círculo de autores* del art. 30 OWiG no solamente abarca a los órganos de la persona jurídica, personas con poder general, apoderados y personas con poder mercantil, sino también, tras dos reformas en 1994 y 2002, a otras personas que actúen con responsabilidad por la dirección de la empresa⁵².

El *delito* o la *contravención* de las personas directivas puede consistir en un hacer o en un omitir. Con frecuencia se trata de una violación del deber de vigilancia según el art. 130 OWiG. Por ello, el art. 30 OWiG, vinculándose con esta norma, también puede aplicarse en caso de infracciones cometidas por trabajadores de menor jerarquía⁵³. En tanto la punibilidad o la responsabilidad contravencional de la empresa no se base directamente en la acción de un órgano o de un empleado directivo, para la aplicación del art. 130 OWiG basta con que un control ordenado hubiera dificultado la violación de deberes del trabajador subordinado⁵⁴. Puesto que el delito o la contravención de las personas directivas, según la doctrina dominante, tiene que ser realizada de manera totalmente delictiva, también se habla de una “accesoriedad estricta” del art. 30 OWiG⁵⁵. Cabe observar que hasta 1986 el art. 30 OWiG

⁵¹ Cfr. sobre las cuestiones anteriormente mencionadas, *Rogall* en “Karlsruher Kommentar zum OWiG”, 3ra. ed., 2006, § 130, n. marg. 37 y ss.

⁵² Este último círculo de personas es interpretado de manera muy amplia y también puede abarcar a personas situadas por debajo de los máximos directivos según la jerarquía empresarial, p. ej. los directores de subsecciones de una empresa. La exposición de motivos de la ley menciona al respecto a personas directivas dentro de determinado ámbito, tales como la contabilidad interna o los controles financieros. Cfr. BT-Drucksache 14/8998, p. 8 y 10.

⁵³ Cfr. sobre estas acciones de multa administrativa del Derecho contravencional alemán, *Rogall* en KK (nota 51), § 30, n. marg. 1 y ss. y § 130, n. marg. 1 y ss.

⁵⁴ En cambio no se necesita probar que si se hubiera dado el control ordenado no se hubiera producido la violación de deberes. Cfr. *Senge* en: Erbs/Kohlhaas (edits.), “Strafrechtliche Nebengesetze”, tomo 3, actualizado a mayo de 2003, § 130 OWiG, n. marg. 25; *Rogall* en KK (nota 51), § 30, n. marg. 97 y ss.

⁵⁵ Cfr. *Rebmann/Roth/Herrmann* en: “Gesetz über Ordnungswidrigkeiten”, actualizado a febrero de 2005, § 30, n. marg. 26. Sin embargo, no tiene que determinarse la identidad del autor en tanto solamente pueda verificarse

estaba concebido incluso de manera mucho más accesoria ya que solamente podía aplicarse como consecuencia jurídica en la represión del hecho de contacto⁵⁶.

Esto nos lleva a la cuestión fundamental (para la relevancia jurídica de los programas de “compliance”) de en qué medida, sobre todo cuando se trate de delitos cometidos por trabajadores subordinados, el delito de estos o la violación del deber de vigilancia de los órganos y de otros trabajadores (directivos) podría originar la punibilidad de la empresa. En la literatura se defienden distintas opiniones. Según una postura muy difundida, el art. 30 OWiG sería una “norma de imputación” con la cual se imputarían al ente colectivo las acciones, el injusto y mayormente también la culpabilidad de sus trabajadores⁵⁷. Una concepción que está ganando más seguidores, basándose en la teoría clásica de los órganos sociales, imputa al ente colectivo la conducta contraria a la norma de un órgano o de un representante designado, y lo hace bajo la forma de la “autoría del órgano del ente colectivo” no como delincuencia ajena sino como *delincuencia propia*⁵⁸.

Por el contrario, *Klaus Tiedemann*, ya en 1988, ha introducido en la discusión alemana la “culpa organizativa como base de la multa al ente colectivo”. Precisamente la lesión de los deberes señalados en el art. 130 OWiG, los cuales sirven como hecho vinculante de una persona directiva para la imposición de una multa contra el ente colectivo, consituiría una auténtica violación de un deber (organizativo) propio de la persona jurídica y de los demás entes colectivos. Por ello, según *Tiedemann*, el verdadero “fundamento material” de la multa a la empresa y del reproche que fundamenta la “responsabilidad” del ente colectivo no estaría en la infracción del trabajador sino en la inobservancia de parte de la empresa de tomar las previsiones necesarias para que su conducta sea con la norma (la llamada culpa previa). De esto *Tiedemann* ha deducido consecuentemente que el ente colectivo solamente podría ser “multado” una vez por una violación del deber de vigilancia. Sin embargo, él ha descartado que la persona jurídica pueda liberarse de la multa contravencional probando una organización suficiente, dado que “la idea de la carga organizativa (constituye) un principio responsabilizador, en el cual se basa el art. 30 OWiG y que, con base en esta disposición, lleva a una responsabilidad de multa contravencional al igual que el art. 31 BGB [Código civil alemán] fundamenta la responsabilidad civil de los entes colectivos” [traducción libre]⁵⁹. Es por eso que en *Tiedemann* la culpa organizativa constituye la base de legitimación del art. 30 OWiG, cuyo tipo, no obstante ha sido construido por el legislador como norma de imputación⁶⁰. En la literatura, la fundamentación del injusto de la culpa organizativa bajo

que ha actuado de manera totalmente delictiva un representante de la empresa. Cfr. la sentencia del BGH publicada en NStZ 1994, p. 346 y s.

⁵⁶ En 1986, la disposición ha sido configurada con más fuerza como una posibilidad sancionadora autónoma, de manera que desde entonces también puede imponerse una multa administrativa de manera independiente cuando no se hubiera llevado a cabo un proceso penal o un procedimiento administrativo sancionador por el delito o la contravención. Cfr. Sobre los antecedentes históricos, *Rogall* en KK (nota 51), § 30, n. marg. 24 y ss. (25).

⁵⁷ Cfr. *Bohnert*, “Kommentar zum Ordnungswidrigkeitenrecht”, 2da. ed., 2007, § 30, n. marg. 1

⁵⁸ Cfr. *Rogall* en KK (nota 51), § 30, n. marg. 1 ((8); igualmente por lo visto *Göhler/König*, “Gesetz über Ordnungswidrigkeiten”, 14ta. ed., 2006, n. marg. 12, vor § 29a, § 30, n. marg. 36a. Acerca de otro modelo de medidas de seguridad basado en el fundamento de imputación del estado de necesidad de bienes jurídicos, ver *Schünemann*, “Unternehmenskriminalität und Strafrecht”, 1979, p. 236 y ss.

⁵⁹ Cfr. *Tiedemann* en: Eser/Thormundsson (edits.), “Old Ways and New Needs in Criminal Legislation”, 1989, p. 157 y ss. (176); de manera similar también *idem*, NJW 1988, p. 1169 (1173). Al respecto ver también *Tiedemann* NJW 1993, p. 23 (30); *idem* en “Festschrift für Stree/Wessels”, 1993, p. 527 (532) y últimamente en “Wirtschaftsstrafrecht AT” (nota 48), n. marg. 244a.

⁶⁰ Sobre este punto de vista imputador de *Tiedemann* (que suele ser soslayado por sus críticos) cfr. ya antes en *Tiedemann*, NJW 1988, p. 1169 (1172). “Tras borrar el calificativo de consecuencia accesoria, nada se opone a que veamos que el art. 30 OWiG contiene esta norma legal expresamente imputadora, o sea a entender esta disposición como norma para imputar una conducta ajena como conducta propia del ente colectivo” [traducción libre]. Igualmente dice *Tiedemann* en “Wirtschaftsstrafrecht AT (nota 48), n. marg. 244: no existen “dudas

puntos de vista de política jurídica, introducida por *Tiedemann* en la discusión alemana, ha sido recepcionada sobre todo por *Heine*. Para él el punto central de los hechos típicos del injusto estarían en la defectuosa administración de riesgos del ente colectivo, no obstante lo cual la responsabilidad correspondiente se vería limitada por la exigencia de una grave alteración social⁶¹. En los años siguientes, se ha impuesto, sobre todo en el Derecho extranjero, el fundamento material penal creado por *Tiedemann* del defecto organizativo; allá, para una más exacta definición de los deberes organizativos se toma, en parte, en referencia también los “Codes of Conduct” y reglas de la “Corporate Governance”⁶².

En el modelo defendido por *Tiedemann* de la culpa organizativa sale claramente a relucir por qué, además del individuo actuante, también se sanciona adicionalmente al ente colectivo. Con ello el modelo ofrece no sólo de lege lata, sino también de lege ferenda, la base para una clara fundamentación de la punibilidad de los entes colectivos y –como todavía será demostrado- sobre todo también para una concepción político-criminal convincente del Derecho penal de la empresa, concepción que se ve apoyada por los recientes desarrollos en los programas de “compliance”. Al recurrir a la deficiencia organizativa, este modelo, frente a la crítica de los defensores del modelo de imputación, también puede invocar que el destinatario del deber jurídico de realizar una organización ordenada (al igual que los deberes especiales trasladados a los trabajadores según los arts. 14 StGB y 9 OWiG [reglas de “actuar por otro”]), es en primer lugar la empresa y no los trabajadores. Bajo esta perspectiva resulta no importa que los deberes organizativos de la empresa sean lesionados físicamente por los trabajadores que actúen por la empresa⁶³.

Por ello, aún cuando la exigencia de un defecto organizativo no haya sido consagrada en el tenor de la ley del art. 30 OWiG (a diferencia del art. 130 OWiG), no hay dudas para tenerla como base teleológica del art. 30 OWiG, lo cual repercute especialmente en la medición de la pena. Sin embargo, los delitos de los órganos mencionados por el art. 30 OWiG tienen que ser imputados al ente colectivo como propio defecto organizativo de éste o como si lo fuere, si uno quiere evitar, siguiendo a *Tiedemann*, que bajo el Derecho vigente una empresa pueda liberarse en los casos de aplicación directa del art. 30 OWiG (o sea no a través de la concordancia con el art. 130 OWiG) arguyendo que tenía una organización ordenada o eventualmente invocando la falta de causalidad (todavía más difícil de probar en el proceso) entre la violación de deberes organizativos y el delito del trabajador que sirve de hecho vinculante⁶⁴. Y es que al ente colectivo se le sanciona, en concreto, según la construcción legal del art. 30 OWiG, no solamente por una falta de organización sino por el hecho vinculante cometido por la persona directiva y que es imputado a la empresa por el art. 30 OWiG. Por ello *Tiedemann* combina el modelo del defecto organizativo como base teleológica de legitimación del art. 30 OWiG con el modelo de la autoría del ente colectivo a través del órgano como imputación típica de responsabilidad. Esta base legitimadora de la

....[para]... imputar la culpabilidad de una persona natural frente a una persona jurídica”. En tal medida acierta *Wegner* en “Die Systematik der Zumessung unternehmensbezogener Geldbußen”, 2000, p. 89.

⁶¹ Cfr. *Heine*, “Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen”, 1995, p. 312. Bajo puntos de vista de política jurídica, también está a favor de un modelo de culpa organizativa *Dannecker*, ver en Alwart (ed.), “Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft”, 1998, p. 5 (28).

⁶² Cfr. *Heine* en ZStrR 121 (2003), p. 24 (29, 36, 38 y ss.); *Pieth* en “Festschrift für Jung”, 2007, p. 717 (722 y ss.).

⁶³ Cfr. sobre el punto de vista de la imputación también arriba en la nota 60.

⁶⁴ Cfr. al respecto también *Hirsch* en ZStW 107 (1995), p. 285 (312 y ss., esp. 315), quien exige que, en sanciones fuera del Derecho contravencional, para que pueda haber una auténtica “culpabilidad del ente colectivo”, debe darse tanto la culpabilidad de un representante que actúe por la corporación, así como también la inevitabilidad a través de la corporación.

culpa organizativa y de su plasmación en el texto legal tiene un efecto directo en la relevancia jurídica de los programas de “compliance” sobre todo para la medición de la pena⁶⁵.

Con ello hay buenas razones a favor de aquella solución que extraiga la fundamentación del injusto, según el Derecho vigente, a partir de dos componentes: por un lado, de la acción dañosa concreta que, en lo fáctico, ha sido cometida por uno o varias personas pertenecientes a la empresa en el marco de su ámbito de competencias; por otro lado, de la “culpa” originaria del ente colectivo que resulta de una organización deficiente, incluyendo a la acción punible de una persona directiva que debe imputarse a la empresa. La exigencia de un hecho vinculante concreto de un miembro de la empresa limita aquí la responsabilidad de la empresa, la cual será hecha responsable sobre todo debido a su organización inadecuada, pero a la cual, fuera del art. 130 OWiG, no podrá imputarse el injusto de determinadas personas directivas según el art. 30 OWiG.

Si según esto, sobre todo la violación de deberes organizativos de la empresa (además del delito de algún trabajador de la empresa) pasa a convertirse en el centro de atención de la fundamentación de la responsabilidad contravencional, las medidas de “compliance” tendrán la importancia fundamental de asegurar el cumplimiento de estos deberes organizativos: el cumplimiento de las medidas apropiadas de “compliance” se vuelve así en un criterio jurídico central que decide sobre la imputación del delito a la empresa.

2.- Consideración de los programas de “compliance” en el Derecho penal y contravencional vigentes

Del análisis previo del Derecho penal de la empresa se han obtenido varios puntos de partida según los cuales los programas de “compliance” podrían tener importancia para el Derecho penal y contravencional con miras a la responsabilidad individual de los trabajadores de la empresa así como a la responsabilidad por multas (accesoria a este respecto) de la empresa.

a) Relevancia de los programas de “compliance” para la responsabilidad individual

Cuando se trata de *ilícitos contra la empresa*, en el ámbito de los *delitos dolosos*, para la responsabilidad individual de personas naturales los programas de “compliance” sólo tienen importancia en algunos casos especiales. Esto rige especialmente para el punto de vista del acuerdo o del consentimiento cuando las regulaciones de “compliance” definen el riesgo permitido (p. ej. en los negocios especulativos) o la magnitud de la recepción todavía permitida de pequeños regalos (en el delito de cohecho pasivo impropio). Aquí, el caso más importante de aplicación es el de la administración desleal, la cual presupone un actuar en contra de la voluntad o en contra de los intereses del titular del bien jurídico, y en la cual, debido a eso debe decidirse caso por caso en qué medida pueden tener efectos jurídicos las distintas formas de las medidas de “compliance”⁶⁶. Por tal razón, las reglas de “compliance” pueden extender o limitar los espacios de libertad, no solamente en lo objetivo, sino también en cuanto a la admisibilidad de los correspondientes errores.

Además, las reglas de “compliance” también surten efectos en los delitos imprudentes. La *violación del deber de cuidado*, que es básica en estos delitos, se produce por la desviación de la conducta del autor de aquella conducta cuidadosa que era la objetivamente preceptuada (a

⁶⁵ Cfr. más detalles al respecto abajo en III.2.b).

⁶⁶ Cfr. al respecto también la sentencia del Tribunal Federal alemán en el caso “Mannesmann”, NJW 2006, p. 522 (523).

menudo basándose en reglas extralegales como la “experiencia cimentada”⁶⁷. Por ello, el parámetro del cuidado debido de un trabajador frente a su empleador puede ser codeterminado por las directivas de la empresa. Las reglas de “compliance” de un ente colectivo o de un gran número de empresas también pueden ser relevantes (incluso en caso de delitos provenientes de las empresas) para determinar una costumbre general del medio⁶⁸ o para precisar, en su ámbito de aplicación, el riesgo generalmente permitido⁶⁹. La importancia de las directivas empresariales para la punibilidad de la imprudencia se ve todavía de manera más clara cuando, para determinar ésta, no solamente se centra uno en la violación del deber de cuidado, sino, adicionalmente, también se exige la posibilidad de reconocer la realización del tipo, puesto que la evitación de un perjuicio mediante las correspondientes previsiones depende decisivamente del conocimiento del peligro que amenaza. En tanto, sobre la base de directivas de “compliance”, se hubiera hecho lo necesario para evitar peligros, frecuentemente faltará la reconocibilidad de la realización típica, a no ser que hubieran existido circunstancias especiales que, en el caso concreto, hacían posible reconocer el peligro⁷⁰. Si algunos deberes de cuidado protegieran bienes jurídicos de terceros, se promoverá un efecto correspondiente de los programas empresariales por el hecho de que las personas potencialmente afectadas hubieran sido adecuadamente representadas durante la elaboración de las reglas. Estas consecuencias de los programas de “compliance” para la imprudencia son sobre todo interesantes desde la perspectiva de la teoría de los sistemas, ya que el sistema privado de regulación determina aquí, con su “creación normativa mediante la práctica” el contenido de la regulación estatal. Con ello, los programas de “compliance” ofrecen a las empresas la oportunidad de definir campos de acción y evitar zonas grises criminógenas (que puedan tener incluso efectos penales).

Los programas de “Compliance” tienen todavía una importancia mucho mayor que en la criminalidad contra las empresas cuando se trata de la *criminalidad de las empresas o proveniente de ellas*. Esto rige sobre todo para la obligación que tiene el personal directivo (exigida en algunos casos por deberes generales de garantía) de evitar delitos de trabajadores subordinados y otras conductas perjudiciales provenientes de la empresa. Esto se muestra de manera especialmente clara, en forma general, en la violación imprudente del deber de vigilancia del art. 130 OWiG, el cual –como se ha mostrado arriba- tiene en la práctica una importancia considerable para la imposición de multas contra empresas de conformidad con el art. 30 OWiG. En el art. 130 OWiG hay una estrecha relación entre la violación del deber de vigilancia del trabajador directivo, por un lado, y la existencia de programas de “compliance” por el otro. Esta relación no solamente se basa en que, en muchos casos, los programas de “compliance” excluyen realmente la conducta defectuosa. Aún cuando, pese a la existencia de los programas, se produjeran los correspondientes delitos de los trabajadores, los programas de “compliance” pueden surtir efectos bajo dos puntos de vista jurídicos. Por un lado, en muchos casos del art. 130 OWiG, cuando se aplican programas de “compliance”, desaparece

⁶⁷ Cfr. *Cramer/Sternberg-Lieben* en Schönke/Schröder, “Kommentar zum Strafgesetzbuch”, 27. ed., 2006, § 15, n. marg. 135; *Stratenwerth*, “Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat”, 5ta. ed., 2004, p. 414; pero se manifiesta críticamente contra la orientación de la conducta preceptuada en la observada en un determinado grupo de personas, *Duttge* en: “Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch”, 2003, § 15, n. marg. 110 y ss.

⁶⁸ Cfr. sobre la concreción de la responsabilidad organizativa mediante normas del medio comercial, p. je. *Bosch*, “Organisationsverschulden im Unternehmen”, 2002, § 8; *Düttge* en “Münchener Kommentar”(nota 67), § 15, n. marg. 135 y ss.; *Roxin*, “Strafrecht Allgemeiner Teil”, tomo 1, 4ta. ed., 2006, § 24, n. marg. 18 y ss.

⁶⁹ Aquí se puede trazar un paralelo con las normas DIN que sirven como punto de partida para determinar el parámetro que debe respetarse en numerosos ámbitos; cfr. *Bosch*, “Organisationsverschulden im Unternehmen”, 2002, p. 411 (413 y ss.).

⁷⁰ Las disposiciones de “compliance”, en lo básico, solamente pueden regir para el caso general. Por ello, en última instancia, debe probarse en cada caso concreto si, además de las disposiciones de “compliance” no existían también otras circunstancias adicionales que hubieran tenido que ser consideradas. Cfr. al respecto también *Duttge* en “Münchener Kommentar” (nota 67), § 15, n. marg. 136.

ya el reproche por imprudencia individual o la violación del deber de vigilancia⁷¹. Por cierto que aquí para un efecto liberador a favor del trabajador de la empresa encargado del control se necesitará la implementación de un programa *efectivo* de “compliance”⁷², ya que en caso contrario el reproche de una violación del deber de vigilancia puede vincularse con la creación de un programa insuficiente o la implementación insuficiente del programa⁷³. Por otro lado, un programa de “compliance” también puede tener importancia para establecer la relación entre la violación del deber de vigilancia y la infracción cometida por un trabajador. Mientras mejor sea configurado un programa de “compliance” bajo puntos de vista preventivo-criminales, menos probable será que el resultado producido a través de la violación del deber de vigilancia, hubiera podido ser impedido, o por lo menos dificultado, a través de otras medidas de la empresa. Lo correspondiente rige para la relación de antijuricidad en los delitos imprudentes⁷⁴. Con ello, también en el marco de este elemento del tipo un programa de “compliance” puede tener efectos limitadores de la responsabilidad de los trabajadores de la empresa.

b) Relevancia de los programas de “compliance” para la responsabilidad de la empresa

Para la responsabilidad de las *empresas* prevista en el art. 30 OWiG, los programas de “compliance”, en principio, tienen la relevancia de excluir la punibilidad individual de un trabajador exigida por el tipo, especialmente de excluir el deber de vigilancia según el art. 130 OWiG. En cambio, puesto que el art. 30 OWiG imputa a la empresa sin más requisitos (p. ej. una culpabilidad organizativa) los delitos de las personas directivas allí mencionadas, a nivel de la tipicidad, a la empresa no le servirá ni siquiera un perfecto programa de “compliance” si se hubiera producido una infracción dolosa de la ley por parte de un empleado directivo, lo cual permite una aplicación directa del art. 30 OWiG sin recurrir al art. 130 OWiG⁷⁵.

Fuera de esto, los programas de “compliance” sí tienen importancia cuando se trata de la multa a la empresa en el ámbito de la *medición de la pena*, para la cual la doctrina dominante –pese a faltar una remisión en el art. 30 OWiG- aplica, en lo que razonablemente corresponda, el art. 17, párrafo 3 OWiG. Como base para medir la multa, según el art. 17 OWiG, debe tenerse en cuenta la importancia de la contravención y el reproche que alcance al autor⁷⁶. Aquí pueden considerarse puntos de vista de prevención general y prevención especial⁷⁷. En la aplicación razonable del art. 17 OWiG gana importancia la cuestión arriba tratada de si la imposición de multas a la empresa, según el art. 30 OWiG, se vería fundamentada mediante la

⁷¹ Cfr. *Dannecker* en: Alwart (nota 61), p. 5 (28); *Hauschka*, NJW 2004, p. 257 (260); especialmente sobre “compliance” en el ámbito del Derecho de cárteles ver *Dreher*, VersR 2004, p. 1 (4). Cfr. también arriba en III.1.a).

⁷² Sobre los componentes de los programas de “compliance” que son efectivos según la prevención de la criminalidad, ver arriba en II.2.c).

⁷³ Pero en esto no hay un automatismo: la violación del deber de vigilancia también puede ser excluida a través de medidas fuera del programa de “compliance”. De igual modo, pese a la existencia de un programa de “compliance”, también puede darse una violación del deber de vigilancia de un trabajador directivo debido a circunstancias especiales del caso concreto; p. ej. cuando, en el marco del programa de “compliance”, el control hubiera sido realizado de manera descuidada.

⁷⁴ Sobre la causalidad o la relación de antijuricidad en las violaciones de deberes organizativos, y especialmente también sobre la interrelación entre el círculo de deberes y la causalidad, cfr. *Bosch*, “Organisationsverschulden im Unternehmen”, 2002, p. 109 y ss. Ver también *Maschke*, “Aufsichtspflichtverletzungen in Betrieben und Unternehmen”, 1997, p. 99 y ss.

⁷⁵ Cfr. al respecto arriba, III.1.b).

⁷⁶ Cfr. *Rogall* en KK (nota 51), § 130, n. marg. 115; *Müller*, “Die Stellung der juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht”, 1985, p. 82 y s.

⁷⁷ Cfr. *Rogall* en KK (nota 51), § 17, n. marg. 42, 47.

infracción de la persona natural o con una propia culpabilidad organizativa de la empresa. Si el art. 30 OWiG, en el marco de un “modelo de imputación” es fundamentado con la infracción de la persona natural, las medidas organizativas de “compliance” de la empresa no tendrán relevancia por sí solas sino tendrán que argumentarse otras razones adicionales. Si, por el contrario, se viere el fundamento de la sanción a la empresa en una propia culpabilidad organizativa, las medidas de “compliance” idóneas pueden influir sin problemas en la medición de las sanciones incluso en caso de una infracción grave del trabajador. Por sus resultados finales esta última posición que considera las circunstancias relacionadas con la empresa resulta preferible, sobre todo también porque la multa surte efectos en la empresa y el legislador ha permitido un procedimiento autónomo para la imposición de las multas contravencionales, proceso en el cual la persona del autor no tiene que ser conocida.

En la literatura, es sobre todo *Rogall* quien, sobre la base de su modelo de imputación y en lo concerniente a la parte represiva de la multa a la empresa, se centra únicamente en la importancia de la infracción jurídica cometida por el trabajador. Este autor incluye únicamente la importancia de la “determinación de sentido” individual o colectivo del hecho vinculante concreto y también mide la multa contravencional según la situación económica del ente colectivo. Según esta concepción, la culpa organizativa de la empresa sólo puede ser relevante –por lo menos de manera indirecta- cuando (también) se presentare una violación del deber de vigilancia según el art. 130 OWiG y ésta fuere tomada como hecho vinculante en el sentido del art. 30⁷⁸. En cambio, la doctrina dominante considera tanto el hecho individual vinculante como también las circunstancias específicas relacionadas con el ente colectivo, tales como las deficiencias en la selección de personal y de control, otros déficits organizativos, así como las medidas previsoras del ente colectivo antes y después del hecho⁷⁹. Tal resultado se corresponde con el modelo de combinación arriba expuesto, según el cual el contenido de injusto y de culpabilidad del art. 30 OWiG se basa tanto en el injusto del hecho vinculante como también en los defectos organizativos del ente colectivo⁸⁰.

Por ello, en este punto de importancia práctica de la medición de la sanción la doctrina de *Tiedemann* de la culpa organizativa lleva a argumentaciones y resultados importantes y convincentes. Sobre esta base, un sistema de sanciones referido a las empresas, a diferencia de un sistema penal referido a los individuos, puede centrarse, para la medición de las sanciones, con una fundamentación contundente no solamente en la medida de control particular (que hubiera posibilitado el delito del trabajador), sino puede aplicar una perspectiva global de las medidas de “compliance” al evaluar la culpa organizativa.

En el marco de este concepto los programas de “compliance” también están en condiciones de influir, de manera bien fundamentada, en el elemento facultativo de la disposición del art. 30 OWiG (“...puede...”) relativo a la imposición de una sanción a la empresa, dado que la imposición de la sanción está en manos de la discrecionalidad de la autoridad competente, en el marco de sus deberes (art. 47 OWiG). Por ello, de manera correspondiente con la idea del art. 153 StPO, sobre la base del punto de vista de la legitimación normativa, del injusto, de la reprochabilidad y del interés público en la persecución, puede eximirse de una sanción a la

⁷⁸ Cfr. al respecto *Rogall* en KK (nota 51), § 17, n. marg. 163 y esp. § 30, n. marg. 115 (118). De manera similar también *Hirsch*, ZStW 107 (1995), p. 285 (317 y s.).

⁷⁹ Cfr. *Göhler/König* (nota 58), § 30, n. marg. 36a; *Rebmann/Roth/Herrmann* (nota 55), § 30, n. marg. 43; sobre la importancia del “compliance” en el Derecho de cárteles con la finalidad de atenuar las sanciones, ver *Dreher*, VersR 2004, p. 1 (4); *Wegner*, “Die Systematik der Zumessung unternehmensbezogener Geldbußen”, 2000, p. 91 y ss., así como, bajo puntos de vista de política jurídica, *Dannecker*, en: Alwart (nota 61), p. 5 (28).

⁸⁰ Aquí no puede profundizarse en la cuestión de si sería posible considerar la culpa organizativa en la medición de la pena y, sobre todo, cuál sería el fundamento sobre la base de una teoría pura de la imputación. Cfr. al respecto *Wegner* (nota 79), p. 92.

empresa cuando un trabajador, pese a intensos esfuerzos de “compliance” por parte de la empresa, hubiera cometido un delito o una contravención⁸¹.

3.- Resultado parcial

Como resultado parcial puede afirmarse que los programas de “compliance” que incluyan medidas destinadas a impedir la criminalidad, ya de lege lata, por razones fácticas y jurídicas, no solamente atenúan los riesgos de punibilidad individual de los trabajadores de la empresa, sino sobre todo también el riesgo y la magnitud de la sanción de la responsabilidad empresarial en cuanto a multa contravencional. Con ello, también los diferentes sistemas sancionadores pueden crear recompensas por las estructuras estimulantes positivas para el desarrollo de programas de “compliance”. Sin embargo, actualmente sobre todo en el Derecho vigente en Alemania apenas si se ve tal efecto estimulante debido a que los efectos correspondientes de los programas de “compliance” en la medición de la pena o para el archivamiento del proceso, a diferencia del Derecho estadounidense y del italiano, no han sido mencionados de manera expresa ni tampoco pueden ser reconocidos de manera inmediata.

El presente análisis ha mostrado también que un sistema de responsabilidad empresarial, en comparación con un sistema de responsabilidad individual, en lo constructivo, dispone de mejores posibilidades para promover programas de “compliance” porque es destinataria de sus sanciones aquella persona (jurídica) que esté en condiciones de dirigir jurídicamente los amplios programas de “compliance”, y por los cuales también es jurídicamente responsable. Este resultado confirma el modelo de responsabilidad organizativa de *Tiedemann* en lo relacionado con el Derecho vigente y, en cuanto a los intereses de política criminal que el homenajeado postula, lleva a la cuestión final de en qué medida los programas de “compliance” podrían ser empleados para la prevención de la criminalidad.

IV.- PROGRAMAS DE COMPLIANCE Y PREVENCIÓN CRIMINAL

El empleo de programas de “compliance” con la finalidad de prevenir la criminalidad depende, en primer lugar, de si estos programas pueden prevenir exitosamente la criminalidad empresarial. Si esto ocurriera, las demás cuestiones que se plantean consistirían en si y cómo deberían implementarse, de manera efectiva, tales programas y, en especial, podrían verse influidos por el Derecho penal de la empresa.

1.- Idoneidad de los programas de “compliance” para la prevención de la criminalidad

a) Conocimientos criminológicos

La investigación criminológica de la criminalidad económica demuestra que, para la criminalidad empresarial resulta en primer lugar determinante la influencia específica de la empresa en la conducta de los trabajadores. Son sobre todo relevantes la actitud dentro de la empresa respecto a valores éticos así como la cultura organizativa que ella tiene y su estándar en cuanto a medidas de “compliance”. Las infracciones a las normas son favorecidas especialmente por un clima de erosión normativa, por técnicas de neutralización al interior de la empresa para facilitar las violaciones normativas, por presiones a los trabajadores para que

⁸¹ Cfr. al respecto *Bohnert* (nota 57), § 47, n. marg. 108; *Maiazza*, “Das Oportunitätsprinzip im Bußgeldverfahren unter besonderer Berücksichtigung des Kartellrechts”, 2003, p. 109 y ss.; *Müller* en GA 1988, p. 316 (327).

encuentren “soluciones innovadoras” así como por oportunidades para la comisión de delitos⁸². Es así que la transmisión creíble de valores empresariales, tal como pretenden los programas de “compliance”, tiene una gran importancia para impedir la criminalidad empresarial.

Esto también se ve confirmado por los resultados arriba mencionados de la investigación empírica realizada por *PricewaterhouseCoopers*, según la cual, a nivel mundial el 38 % de las empresas con reglas éticas y programas de “compliance” fue víctima de delitos económicos mientras que en el grupo comparativo lo fue el 54 %⁸³. Estos resultados son notables porque en las empresas sin programas de “compliance” debido a sus reducidas medidas para descubrir los hechos, la cifra oscura debe de ser comparativamente mayor que en las empresas con medidas de “compliance”. Por ello, junto con los conocimientos mencionados de la investigación criminológica, estos datos constituyen otro indicio de que los programas apropiados de ética y “compliance” contrarrestan la violación normativa.

Aquí no se puede investigar con más detalle en qué medida este resultado se vería corroborado por otras teorías e investigaciones criminológicas. Esto rige p. ej. para la teoría general de la criminalidad de *Gottfredson y Hirschi*⁸⁴, según la cual sería determinante para la criminalidad empresarial sobre todo el autocontrol de los trabajadores de la empresa, lo cual también es buscado por los programas de “compliance”. Tampoco puede profundizarse aquí en las teorías de “rational choice”, creadas en los EE. UU y que entretanto han sido perfeccionadas más. Tomándolas por base, *Tiedemann* había indicado ya en 1972, en un informe para la Jornada Alemana de Juristas, que el delincuente económico, con frecuencia motivado de manera racional, podría ser intimidado mediante riesgos penales de mayor modo que otros delincuentes⁸⁵. Estas teorías, aunque no sean fáciles de demostrar empíricamente, proporcionan, dentro de sus límites, argumentos adicionales a favor de la efectividad de los elementos de “compliance” arriba analizados, los que no solamente tienen una orientación normativa sino también elevan el riesgo de descubrimiento (decisivo para el efecto intimidante), riesgo que se ve elevado mediante especiales medidas de “compliance”.

b) Ventajas de la autorregulación y de la correulación

Se tiene también una buena razón para creer en la gran efectividad comparativa de los programas de “compliance”, frente a las soluciones puramente penales, debido a las ya arriba destacadas características de los *sistemas de autorregulación y de correulación*, dentro de los que se encuentran los programas de “compliance”. En estos conceptos la regulación estatal se da no tanto a través de una creación e imposición jerárquicamente regulada del Derecho, sino más bien a través de un influjo “suave” en las conductas. El gran poder autorregulador de los sistemas autónomos de regulación no solamente es defendido en la investigación de la

⁸² Cfr. Resumiendo, *Hefendehl* en *MSchrKrim* 2003, p. 27 y ss.; *Simpson/Piquero*, 36 *Law & Society Review* (2002), p. 509 y ss.; especialmente sobre la prevención a la criminalidad a través de “Business Ethics” ver *Bussmann* en *Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik*, tomo 5 (2004), p. 35.

⁸³ Cfr. *PricewaterhouseCoopers* (nota 17), p. 4, 37 y ss.

⁸⁴ Cfr. *Gottfredson/Hirschi*, “A General Theory of Crime”, 1990.

⁸⁵ Cfr. *Tiedemann*, “Verhandlungen des 49. DJT” (1972), p. C 21 y s. En la discusión estadounidense este punto de vista había sido acuñado decisivamente por *Becker*; ver 76 *Journal of Political Economy* (1968), p. 169 y ss. Entretanto esto se ha desarrollado más y se ha especificado hasta el detalle con ayuda de la teoría de la decisión y de los juegos, sobre todo sobre la base de planteamientos de “rational choice” tomando como modelo básico al “resourceful, evaluative, maximising man” y sus circunstancias marginales y desviaciones. Cfr. al respecto, c. más refs., *Federmann*, “Kriminalstrafen im Kartellrecht”, p. 295 y ss.; *Hefendehl* en *ZStW* 119 (2007), p. 816 (820 y ss.); *Vogel* en “Festschrift für Jakobs”, 2007, p. 731 (737 y ss.).

“governance” del Derecho administrativo⁸⁶, sino también constituye la base del análisis de *Teubner* de las constituciones empresariales autorreflexivas⁸⁷, así como, de manera general, de la descripción que, con ayuda de la teoría de sistemas, se hace de los sistemas sociales autopoieticos (que se dirigen a sí mismos)⁸⁸.

Las ventajas de los programas de “compliance” y de otros “governance tools” en el marco de estos sistemas se manifiestan especialmente en una sociedad (de riesgos) global y compleja⁸⁹. Esto resalta especialmente en el ámbito de la aquella criminalidad empresarial global y compleja aquí relevante, en donde las propias regulaciones de las empresas directamente afectadas a menudo pueden considerar mejor que las regulaciones administrativas o penales generales las numerosas especializaciones técnicas y económicas de la economía moderna. Esto se debe sobre todo al especial conocimiento de las empresas afectadas, a sus posibilidades de actuar globalmente (de las que no disponen ni el Estado nacional ni las organizaciones internacionales), así como a su dominio de los medios de dirección central que impiden la criminalidad, y que se extienden desde las competencias jerárquicas de mandar dentro de la empresa hasta la disponibilidad de los sistemas decisivos de información. Por ello, la autorregulación de la empresa puede constituir un planteamiento mucho más efectivo que la determinación estatal de preceptos (en parte no adaptados a la empresa concreta). Si se transmiten a las empresas internacionales determinadas formas de “self-policing”, esto no tiene por eso que significar un “laissez faire”, sino, en muchos casos, consiste en la única posibilidad de recuperar una parte del control estatal bajo la forma de “autorregulación regulada” o de la “rule at a distance”⁹⁰.

Se producen más posibilidades de influir a través de una interacción funcional entre los sistemas de regulación privados y estatales. El análisis de los programas de “compliance” existentes y de sus presupuestos legales en la primera parte de este trabajo muestra al respecto, sobre todo, *tres procesos específicos* con los cuales es posible, en el marco de una “autorregulación regulada”, incrementar más la eficiencia en el control de la criminalidad empresarial: el sistema de regulación estatal puede dictar leyes para los sistemas no estatales o algunos de sus elementos e influir así en ellos, puede obligar al sistema privado a cooperar con el sistema sancionador estatal, y puede declarar que los resultados del Código privado serán legalmente vinculantes. Los dos primeros mecanismos de la autorregulación influida estatalmente y de los deberes de colaboración impuestos por el Estado, pueden encontrarse en los preceptos arriba expuestos de los arts. 14 GWG, 25a KWG y 33 WpHG; el último método de la “enforced self regulation” sirve de base a los ejemplos del control de los medios de comunicación masiva que también ya se han mencionado.

⁸⁶ Cfr. sobre este desarrollo en el Derecho público, p. ej. *Schmidt-Aßmann*, “Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee”, 2da. ed., 2004, p. 26 y ss.; *Schuppert*, en: idem (ed.), “Governance-Forschung”, 2005, p. 371 (382 y ss.); *Voßkuhle* en: *Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (edits.), “Grundlagen des Verwaltungsrechts”, tomo 1, 2006, § 1, n. marg. 20 y ss., 68 y ss.

⁸⁷ *Teubner* en “Festschrift für Kocka”, 2007, p. 36 y ss. Cfr. al respecto también *Hefendehl* en *MSchrKrim*, 2003, p. 27 (39); *idem* en *ZStW* 119 (2007), p. 816 (820 y ss.).

⁸⁸ Cfr. *Luhmann*, “Soziale Systeme”, 1984; *idem* en *ZfRSoz* 6 (1985), p. 1 y ss.; *idem*, “Die Wirtschaft der Gesellschaft”, 1988, p. 43 y ss.; *idem*, “Das Recht der Gesellschaft”, 1993, p. 38 y ss.; *Teubner* en *ARSP* 68 (1982), p. 13 y ss.; *idem*, “Recht als autopoietisches System”, 1989, p. 149 y ss.

⁸⁹ Esto se ve por ejemplo en el control de comercio mundial de títulos valores o en la seguridad de las centrales nucleares, control que actualmente se produce de manera global y bajo participación esencial de la sociedad civil. De manera general sobre la dirección en el ámbito de la criminalidad económica ver *Hefendehl* en *ZStW* 119 (2007), p. 816 (823).

⁹⁰ *Braithwaite* en *Brit. J. Criminol.* 40 (2000), p. 222 y ss. (223), refiriéndose a la moderna sociedad de riesgo, también habla ilustrativamente de separarse del modelo de regulación *keynesiano* (“en el cual el Estado rema mucho pero dirige mal”) a través de un nuevo modelo de regulación *hayekiano* (“en el cual del Estado dirige y la sociedad civil rema”).

c) Contenidos específicos de la prevención de la criminalidad

Los programas de “compliance” son también especialmente apropiados para prevenir la criminalidad debido a sus *contenidos específicamente relacionados con la prevención de la criminalidad*. Esto rige sobre todo para su componente central: la obligación y la regulación de la responsabilidad del nivel directivo de la empresa afectada en relación con determinados valores y sus programas de “compliance”. Y es que el influjo directo en el máximo nivel de dirección de la empresa, bajo puntos de vista de técnica organizativa, constituye el medio más efectivo para influir en la política de la empresa⁹¹. Esto acierta especialmente cuando la dirección de la empresa hace suyos los valores preceptuados y, con ello, contrarresta las técnicas de neutralización frente a conductas criminales que puedan existir en los trabajadores, técnicas que han sido identificadas arriba como la causa principal de la criminalidad empresarial⁹².

En los programas de “compliance”, este mecanismo de una implementación institucionalizada va de la mano con las medidas efectivas, arriba sistematizadas, para el control de la criminalidad empresarial. Esto rige sobre todo para la implementación de departamentos especializados de “compliance”, medidas de capacitación de empleados, así como deberes de información y documentación de los trabajadores, medidas pertinentes de control del personal y de bienes, medidas para canalizar los informes de sospechas, sistemas especiales para informantes, medidas internas para el esclarecimiento de casos de sospecha, medidas de control externo por revisores de balances, así como la cooperación entre los controles de la empresa y los controles estatales de la criminalidad⁹³.

d) Límites fácticos

Sin embargo, los programas de “compliance” tienen también límites fácticos. Estos límites de los programas de “compliance” en la prevención de la criminalidad se deben a que el sistema privado y el estatal de control tienen en parte distintos objetivos, lo cual puede llevar a conflictos: para las empresas el impedir la criminalidad y su persecución penal solamente constituye uno entre varios objetivos. El alcance de las concepciones de “compliance” se ve por ello limitado sobre todo por el hecho de que muchos elementos de los programas de “compliance” presuponen una *dirección empresarial cumplidora*⁹⁴. Y por eso la “autorregulación *regulada*” o co-regulación tiene que impedir que las empresas, escudándose en programas de “compliance”, practiquen programas de coartada que solamente realicen un “blinking and winking” [tapar y dejar pasar] y que, en caso de que se descubrieran delitos, intentaren descargar a la empresa “sacrificando” a algunos trabajadores.

Mediante la perspectiva de la teoría de sistemas, que se ha expuesto arriba, puede deducirse que, para evitar tales programas de apariencia, se tienen a disposición sobre todo *dos estrategias de la “regulación autorregulada”*. Por un lado se tiene que reforzar y configurar de manera adecuada aquellos elementos del programa de “compliance” que también funcionen sin una dirección empresarial dispuesta a cumplir. Aquí se ubican los sistemas para

⁹¹ Por eso, en los Estados Unidos, el elemento central de los programas de “compliance” es precisamente la conexión con las personas directivas. Cfr. *Gruner*, “Corporate Criminal Liability and Prevention”, § 14.02 [6][b].

⁹² Cfr. arriba en IV.1.a).

⁹³ Cfr. más detalles al respecto arriba en II.2.c).

⁹⁴ Cfr. sobre este punto crítico en relación con la “Corporate Governance” y la “Business Ethics”, *Hefendehl* en JZ 2006, p. 119 (124 y s.).

informantes que se analizarán más abajo y que la dirección de la empresa no podrá corromper, los controles mediante “gatekeeper” externos como los revisores contables y abogados⁹⁵, o las medidas para la administración forzosa de una empresa criminal, tal como puede hacerse según el Derecho penal de la empresa de los EE.UU.⁹⁶. Para descubrir los programas de apariencia y sus abusos, podrían crearse también conexiones entre los sistemas privados y estatales de control que pongan a disposición del sistema estatal determinadas informaciones. Sin embargo, dichas conexiones no deben llevar a colisiones o distorsiones entre ambos subsistemas. Estas colisiones o distorsiones surgen p. ej. cuando los deberes de colaboración del sector privado intervienen en sus relaciones de confianza, tal como ocurre al crear obligaciones deberes de los abogados de comunicar las sospechas que ellos tengan.

Por otro lado, un sistema de sanciones y estímulos puede prever que los sistemas empresariales privados asuman ampliamente los objetivos de la prevención de la criminalidad y les otorguen prioridad frente a otros objetivos. Esto puede ocurrir mediante estructuras positivas de estímulos, pero también mediante un sistema represivo que contenga sanciones sensibles y una gran probabilidad de esclarecer los hechos. Tal concepción puede verse apoyada por el Derecho penal de la empresa arriba analizado, si este preveyera ventajas (p. ej. impunidad, rebajas de pena o archivamiento del proceso) en caso de que se hubieran creado programas de “compliance”.

El caso de corrupción “*Siemens*” muestra este problema e ilustra sobre los planteamientos de solución. Este caso no solamente pone en evidencia el peligro de que un sistema de “compliance” llegue a transformarse en una fachada de apariencias cuando tuviera apoyo de la dirección de la empresa. El esclarecimiento del caso de corrupción a cargo de la empresa, presionada por la amenaza de sanciones del la “Securities and Exchange Commission” estadounidense, demuestra además la efectividad de las medidas internas de las empresas y de los mecanismos de cooperación.

e) Límites jurídicos

Los programas de “compliance” no solamente deben ser evaluados a partir de su efectividad, sino también en relación con sus límites jurídicos⁹⁷. Entre estos figuran en primer lugar los límites de los Derechos de personalidad frente a una vigilancia técnica de los trabajadores de la empresa, límites que, en el Derecho alemán, no solamente resultan de los derechos individuales de los trabajadores, sino también de las regulaciones pertinentes en los estatutos de la empresa⁹⁸. También tiene importancia el aseguramiento de los trabajadores frente a sistemas sancionadores internos de la empresa. La problemática de los “checks and balances” en los sistemas privados de regulación se manifiesta cuando las empresas, por la vía de la autorregulación, asumen una cantidad de funciones estatales, especialmente en la imposición de normas, el esclarecimiento y la sanción de infracciones. Por ello también debe evaluarse si y en qué medida las garantías penales clásicas (como el principio de culpabilidad, la presunción de inocencia o no autoinculpación) pueden transferirse por la vía de la “autorregulación regulada” a los sistemas sancionadores privados⁹⁹. Otros problemas de la

⁹⁵ Cfr. sobre las funciones de los “gatekeeper”, *Coffee* en *Columbia Law Review* 103 (2003), p. 1293 (1296 y ss.).

⁹⁶ Cfr. al respecto en relación con los EE.UU. las “Sentencing Guidelines” señaladas en la nota 31 y, en relación con la discusión alemana, ya antes, *Schünemann* en “*Unternehmenskriminalität und Strafrecht*”, 1979, p. 251.

⁹⁷ Cfr. al respecto *Sieber* en *ZStW* 119 (2007), p. 1 (44 y ss.).

⁹⁸ Cfr. art. 87, párrafo 1, número 6 BetrVG [Ley del Régimen de las empresas].

⁹⁹ Por eso, una política criminal correspondiente también exige una amplia teoría del control social mediante la autorregulación y la co-regulación, así como de sus posibilidades y límites en relación con una privatización de la persecución penal. Cfr. al respecto también *Sieber* en *ZStW* 119 (2007), p. 1 (40, 42 y s., 48).

privatización de las tareas de persecución penal (que todavía se tratarán más abajo) se producen cuando los programas de “compliance” son implementados mediante coerción estatal frente a las empresas (también por vía de la “autorregulación regulada”).

f) Resultado parcial y consecuencias

Los programas profesionales de “compliance” para la prevención de la criminalidad consisten en un sistema de medidas extrajurídicas efectivas, las cuales son desarrolladas por las empresas afectadas, como actores decisivos en el campo económico, en todos los niveles de prevención. Estas medidas van desde la autoprotección técnica y la eliminación de estructuras criminógenas hasta llegar a la prevención mediante sistemas sancionadores internos de la empresa¹⁰⁰. Las restricciones del alcance de cada una de las medidas y los límites jurídicos de los programas de “compliance” van en desmedro de su efectividad, pero no cambian en lo básico la efectividad de estos sistemas de medidas en el control de la criminalidad.

Con ello, para la efectividad de las medidas de “compliance” tiene una importancia decisiva su efectiva implementación en un entorno empresarial competitivo, en el cual rige el principio de la maximización de ganancias y en el cual éste no pocas veces –como se ha visto últimamente en el caso de corrupción de *Siemens*- se impone incluso frente a los valores éticos y las regulaciones penales. Sin embargo, si se observa a la “autorregulación regulada”, desde la perspectiva de la teoría de sistemas, como una interacción entre los sistemas reguladores privados y estatales, se manifiestan dos estrategias que pueden posibilitar una efectiva implementación de programas de “compliance” y que serán vistas con más detalle a continuación. Por un lado, mediante *obligaciones legales especiales* (sea por la vía de la dirección soberana clásica, sea mediante la “autorregulación regulada” arriba explicada) pueden dictarse a las empresas medidas específicas de control (o de autocontrol). Por otro lado, se puede considerar la creación de *estructuras de estímulo* que, igualmente pueden desarrollarse bajo la forma de una autorregulación regulada y, especialmente, con un Derecho penal de las empresas modificado¹⁰¹.

2.- Obligaciones legales para medidas de “compliance”

En el Derecho alemán se encuentran obligaciones legales de introducir elementos especiales de “compliance” p. ej. en los ya mencionados arts. 14 GWG, 25a KWG y 33 WpHG. Además de esto se puede remitir a las ya mencionadas disposiciones de la “Sarbanes-Oxley Act” estadounidense, la cual prevé una responsabilidad del Chief Executive Officer y del Chief Financial Officer cuando estas personas hubieran, dolosamente, afirmado de manera falsa que el negocio celebrado era correcto y estaba completo¹⁰². El problema de tal concepción legal coercitiva consiste, sin embargo, en que las disposiciones legales pueden definir de manera precisa solamente algunas medidas. Por ello –fuera de ámbitos especiales de la vida- muchas veces apenas se puede reforzar penalmente tales obligaciones, tal como se observa en la falta de sanción inmediata en las numerosas medidas de “compliance” (p. ej. en los arts. 14 GWG, 25a KWG y 33 WpHG)¹⁰³. Ni siquiera la “Sarbanes-Oxley Act” contiene disposiciones

¹⁰⁰ Cfr. sobre esta clasificación, *Hefendehl* en JZ 2006, p. 119 y ss.

¹⁰¹ Acerca de un correspondiente “carrot-and-stick approach” ver *Sieber* (nota 37), p. 319 y ss.; ver también *Alwart* en: ídem (nota 35), p. 75 y ss.; *Prüfer*, “Korruptionssanktionen gegen Unternehmen”, 2004, p. 204 y ss.

¹⁰² Cfr. la Section 906 de la “Sarbanes-Oxley Act” (nota 2), que refuerza los planteamientos correspondientes previstos en la “Foreign Corrupt Practices Act” y en la “Security Exchange Act”. Cfr. al respecto las disposiciones en 15 United States Code, §§ 78 dd-78 y ss., según las cuales, la entrega de datos falsos ya estaba parcialmente penada antes de la “Sarbanes-Oxley Act”.

¹⁰³ Cfr. al respecto arriba II.2.b) y 3c).

sancionadoras propias para numerosas regulaciones¹⁰⁴. Un gran número de deberes empresariales reforzados con penas iría en contra de la función de última ratio del Derecho penal. Por ello, tal como se ha mostrado con los ejemplos de arriba, sólo para ámbitos específicos, determinados casos o medidas, puede entrar en consideración la exigencia legal – sobre todo reforzada penalmente- de prever determinadas medidas destinadas a impedir la criminalidad empresarial. A este respecto, podría constituir un ejemplo (todavía no hecho realidad en Alemania), la obligación de las empresas de introducir un sistema de “Ombudsmann” que se ocupe de las comunicaciones de sospecha y la prohibición de imponer sanciones a los informantes.

Las disposiciones arriba señaladas del Derecho de los títulos valores y de la prevención contra el lavado de dinero muestran no solamente la efectividad y los límites fácticos de tales medidas, sino también sus problemas jurídicos. Estos radican sobre todo en los ya mencionados límites de una privatización de la justicia penal y en la creación de deberes de colaboración que trae consigo una irrupción en las relaciones de confianza, p. ej. de revisores contables y abogados¹⁰⁵. Además, se presentan problemas de limitación del poder estatal y de la división de poderes cuando la autodirección de las empresas es regulada por una autoridad estatal, la cual tiene simultáneamente potestades de creación de normas, facultades para esclarecer los hechos y competencias sancionadoras¹⁰⁶. Por ello, los puntos de vista de la efectividad y los mecanismos de protección tienen que ser cuidadosamente afinados en este campo tanto para evitar colisiones dentro del sistema como también por razones de Estado de Derecho¹⁰⁷.

3.- Estructuras de estímulo en el Derecho penal de la empresa

Junto a las obligaciones legales especiales de “compliance” es posible que existan medidas generales que estimulen a las empresas a crear medidas de “compliance” pero dejándoles la libertad necesaria en su introducción y cumplimiento. En la temática presente se plantea sobre todo la cuestión de en qué medida tales estructuras de estímulo serían posibles mediante una configuración apropiada del Derecho penal de la empresa.

En este marco no se pueden incluir las todavía recientes experiencias del Derecho penal empresarial estadounidense, que da una fuerte importancia a las medidas de “compliance” pro-activas y post-delictivas en las “sentencing guidelines”¹⁰⁸, y en decisiones sobre el archivamiento del proceso¹⁰⁹. El análisis que actualmente está siendo realizado en un proyecto de investigación del “Research School” del Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional de Friburgo va a aportar seguramente importantes datos para las cuestiones

¹⁰⁴ Así, no se ha reforzado penalmente ni la violación del deber de implementar un “Audit Committee” ni la obligación de elaborar un “Ethic Code” o la creación de una central de denuncias anónimas. En la “Sarbanes-Oxley Act”, se encuentra, como norma penal básicamente a la Section 906, la cual sanciona penalmente la afirmación falsa de que el balance de cierre era correcto. Pero aquí se trata de un clásico tipo penal económico que tiene paralelo con el existente en el Derecho alemán, en el cual se pena la exposición de datos falsos en los informes de la empresa (art. 331 del Código de Comercio y art. 17 de la Ley de publicidad).

¹⁰⁵ Cfr. sobre los límites de la privatización de la justicia penal, *Hamm* en NJW 2001, p. 3100 y ss.; *Meyer* en *BewHi*, 2004, p. 272 y ss.; *Scholz* en NJW 1997, p. 14 y ss.; *Sieber* en ZStW, tomo 119 (2007), p. 1 (40 y ss., 48); *Stohrer*, “Informationspflichten gegenüber dem Staat in Zeiten von Privatisierung, Liberalisierung und Deregulierung”, 2007. De manera especial sobre los deberes de denunciar, consultar a *Werner*, “Bekämpfung der Geldwäsche in der Kreditwirtschaft”, 1996, p. 59 y ss., así como sobre el modelo suizo en la lucha contra el lavado de dinero, p. 272 y ss.

¹⁰⁶ Cfr. acerca de estos problemas, especialmente *Vogel* en “Festschrift für Jakobs”, 2007, p. 731 (741 y s.).

¹⁰⁷ Cfr. resumiendo, *Sieber* en ZStW 119 (2007), p. 1 (44 y ss.).

¹⁰⁸ Cfr. sobre las “Sentencing Guidelines” arriba en la nota 31.

¹⁰⁹ Cfr. al respecto también, *Dannecker* en: *Alwart* (nota 61), p. 5 y ss.

planteadas. Pero no podrán trasladarse, de manera global, a la situación alemana (que todavía está por configurar) un éxito o un fracaso (que de todos modos son muy difíciles de medir empíricamente) del sistema penal estadounidense, sistema que se ve dominado por la libre discrecionalidad del Ministerio Público y la responsabilidad de los representantes, y que, en parte, también ha sido caracterizado como inefectivo¹¹⁰. Es por eso que, para hacer una evaluación amplia del nuevo planteamiento de “compliance” se deben considerar sobre todo también las correspondientes experiencias del “compliance” alemán, en especial las del control privado del lavado de dinero y de la evitación de abusos en el tráfico con título-valores, temas que constituyen el punto central de otro proyecto de investigación del Instituto Max-Planck de Friburgo. Según el presente análisis, las posibilidades para implementar efectivos sistemas de “compliance” se darán sobre todo cuando el cumplimiento de los deberes especiales legales de “compliance” incrementen el esclarecimiento de los delitos y, al mismo tiempo, se crease un efectivo Derecho sancionador, respetuoso del Estado de Derecho, dirigido a las empresas y otros entes colectivos, y que contengan las correspondientes estructuras de estímulo para el “compliance”.

Al respecto, la investigación arriba realizada del actual Derecho penal de la empresa ya ha puesto en evidencia que un sistema de sanciones para empresas, añadido constructivamente a la consideración y promoción de medidas de “compliance”, es mejor que un sistema penal solamente individual, ya que las sanciones a las empresas se dirigen a aquellas instituciones que –como enseña la teoría de *Tiedemann* de la culpabilidad organizativa- son competentes de la correspondiente dirección. Es sobre la base de este modelo de organización que resulta posible prever una estructura de estímulo para introducir programas de “compliance” con ayuda de la medición de la pena. Aquí puede servir como modelo pertinente no solamente el Derecho penal estadounidense, cuyas “sentencing guidelines” atenúan la pena cuando la empresa “hubiera implementado un programa efectivo de compliance y de ética al momento de la comisión de los hechos”¹¹¹. También se encuentra un modelo similar en el Derecho penal italiano, el cual reduce la sanción cuando la empresa “hubiera admitido y puesto en funcionamiento un modelo de organización apropiado para prevenir delitos como el que se hubiera cometido”¹¹². Aquí (y eventualmente también ya en las directivas para el proceso penal y el de imposición de sanciones contravencionales) el legislador alemán podría poner señales empleando pocos esfuerzos.

Si tal sistema sancionador de medidas quisiera promover efectivamente las medidas de “compliance” de las empresas, debe, no obstante, disponer no solamente de una probabilidad correspondiente de aplicación en caso de infracciones (especialmente cuando se trata de órganos y trabajadores que se orienten de manera racional buscando beneficios)¹¹³, sino también de sanciones efectivas¹¹⁴. Esto rige tanto en relación con la persona que dirigen físicamente los procesos dentro de la empresa, como también para la empresa misma que es jurídicamente responsable por la organización de estos procesos. Por ello, esto habla a favor de complementar el actual Derecho penal individual mediante un Derecho sancionador de empresas que debería estar regulado en el Código Penal. Aquí puede dejarse de lado la

¹¹⁰ Cfr. sobre la crítica al Derecho penal empresarial estadounidense, *Lauffer*, “Corporate Bodies and Guilty Minds”, 2006, p. 38 y ss.

¹¹¹ § 8B2.1, § 8C2.5, 2007 Federal Sentencing Guidelines Manual (cfr. nota 31).

¹¹² Art. 12, D. Lgs. 8 de junio de 2001, n. 231, Art. 12.

¹¹³ Cfr. al respecto, tan solo, *Hefendehl* (nota 89), p. 816 (839 y ss.).

¹¹⁴ Al hacer una comparación entre la sanción contravencional alemana, prevista en el art. 30 OWiG, el Derecho contravencional de cárteles de la Comunidad Europea basado en los arts. 81 y ss. del Tratado de la Comunidad Europea, y el Derecho penal empresarial estadounidense (incluyendo al Derecho de medidas complementarias de la SEC norteamericana), sale a relucir que el Derecho alemán tiene que ser revisado aquí de manera crítica, aún cuando estos procedimientos extranjeros no puedan constituir modelos a seguir en Alemania.

cuestión de si se trataría de un auténtico Derecho penal criminal o de un sistema sui generis de medidas ubicado en el Código Penal entre las penas y las medidas de seguridad. Pero es decisivo que este sistema de sanciones no solamente sea efectivo e intimidante, sino también que contenga los necesarios mecanismos de protección para los derechos de los trabajadores y las empresas afectadas. Una ubicación de las reglas dentro del Código Penal ofrece la ventaja de una mejor visibilidad de las nuevas sanciones y medidas, de una desaprobación más fuerte de las acciones reguladas y la creación de penas efectivas dentro de un sistema que tiene apropiados mecanismos de protección.

El homenajeado *Klaus Tiedemann* ha recomendado al legislador alemán, ya el año 1996, que introduzca para el Derecho penal de la empresa una “doble vía” del Derecho penal colectivo junto con el Derecho penal individual, además del modelo ya expuesto de la culpabilidad organizativa¹¹⁵. Entretanto el desarrollo internacional también ha confirmado esta propuesta, no solamente mediante numerosas recomendaciones de la Unión Europea y de otras organizaciones internacionales, sino también mediante las correspondientes reformas legales nacionales¹¹⁶. El presente análisis de los programas de “compliance” y de sus nuevos sistemas de regulación autorregulada se apoya, por lo demás, en estos resultados del análisis criminológico, dogmático y de Derecho comparado realizado por el homenajeado y les añade nuevos argumentos provenientes de las ciencias sociales y económicas.

V.- RESUMEN

Los programas de “compliance” desarrollados en los EE.UU. constituyen estructuras ordenadoras autorreferenciales de nuevo tipo que actualmente se están difundiendo también en Alemania. Los nuevos “Corporate Codes” han dado pie a modificaciones cuyas consecuencias todavía no pueden verse. Estos cambios, en una sociedad global llena de riesgos complejos, no solamente atañen a un solo aspecto singular en la evitación de la criminalidad empresarial, sino también a cuestiones básicas y decisivas del futuro Derecho penal de la empresa alemán y mundial, así como de las posibilidades jurídicas de dirección más allá del Derecho penal estatal. La problemática de principio que plantean los programas de “compliance” se pone de manifiesto cuando se ve en ellas a medidas para impedir la criminalidad empresarial que no solamente son mandadas por la ley bajo la forma de medidas especiales de prevención, sino también deben ser desarrolladas por las empresas mismas con motivo de nuevas formas de autorregulación y de correulación. A esta concepción de la “regulated self-regulation” se vincula un nuevo planteamiento de teoría y práctica político-criminales para controlar la criminalidad de la empresa y que va a influir decisivamente al Derecho penal empresarial, entre otras cosas porque tampoco se ven mejores alternativas. Por ello, la integración de los programas de “compliance” y de la regulación privada en el sistema jurídico estatal constituye el planteamiento actualmente más interesante para la prevención de la criminalidad económica.

El análisis presente del Derecho vigente ha llevado al resultado concreto de que los programas existentes de “compliance” ya de lege lata surten efectos en la punibilidad de los trabajadores de la empresa y, sobre todo, también en la imposición de sanciones a las empresas. Para crear

¹¹⁵ Cfr. *Tiedemann* en: Schoch/Stoll/Tiedemann (edits.), “Freiburger Begegnung”, 1996, p. 30 y ss. (54). Y también en la 2da. edición de su Manual de Derecho penal económico el parte de que las empresas podrían ser destinatarias de las normas del Derecho penal, dado que y en la media en que pueden cumplir con lo que debe ser. Cfr. *Tiedemann*, “Wirtschaftsstrafrecht AT” (nota 48), p. 136 (n. marg. 243).

¹¹⁶ Cfr. *Tiedemann* en: Eser/Thormundsson (nota 59), p. 157 y ss. (157); *ídem* en: Schoch/Stoll/Tiedemann (nota 115), p. 30 y ss. (34); *ídem* en: Tiedemann (ed.) “Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union”, simposio de Friburgo, 2002, p. 3 y ss. (17).

estructuras de estímulo reforzadas con miras a sistemas de “compliance” efectivos, el Derecho penal de la empresa debería, sin embargo, de lege ferenda ser perfeccionado en aquella dirección que el homenajado ya había mostrado de manera pionera: hacia un Derecho sancionador de empresas regulado en el Código penal, que disponga de efectivos mecanismos represivos y que tenga su contenido de injusto material en la culpa organizativa de la empresa, pero que también sea limitado –eventualmente quizás sólo bajo la forma de una condición objetiva de punibilidad- por una punibilidad de accesoriedad limitada de los trabajadores de la empresa así como por las clásicas garantías penales¹¹⁷.

El objetivo de un Derecho penal efectivo aunque limitado por las clásicas garantías del Derecho penal criminal, tiene que determinar las futuras pautas de una política criminal que, con los métodos de la dogmática penal, el Derecho penal comparado, la criminología y la cooperación innovativa interdisciplinaria, busque el equilibrio necesario entre los intereses de seguridad y de libertad. En cuanto a esto el homenajado ha desarrollado objetivos y métodos, sobre todo en el campo del Derecho penal económico, que también en el futuro pueden servir de modelo para la ciencia penal internacional. Queremos agradecerle por ello y desearle en su septuagésimo cumpleaños que siga teniendo mucho éxito en el futuro, al igual que suerte en el círculo de sus familiares, alumnos y numerosos amigos.

¹¹⁷ Cfr. sobre la necesaria aplicación de garantías de Estado de Derecho en las sanciones a las empresas sentó las bases ya antes, *Tiedemann* en “Festschrift für Jescheck”, 1985, p. 1411 (1418).