

SOBRE LAS PREGUNTAS CIENTÍFICAS
Y PRÁCTICAS DEL *CRIMINAL COMPLIANCE**

THOMAS ROTSCHE
Universidad de Gießen

SUMARIO: I. Introducción: delimitación del tema. II. De compliance a criminal compliance. 1. Compliance: a) El concepto de compliance desde un enfoque básico; b) El concepto de compliance desde el punto de vista organizativo; c) El concepto de compliance desde un enfoque orientado a las medidas. 2. Criminal compliance. III. Preguntas científicas y prácticas del criminal compliance: a) Sobre el origen del fenómeno. 1. Esfuerzos para una concretización del concepto: a) Punto de partida; b) Concretización avanzada del concepto; c) Concretización en virtud de la finalidad del criminal compliance. 2. Finalidades de la empresa en el marco del criminal compliance. 3. Objetivo del estado en el marco del criminal compliance: a) Concretización a través del objeto del criminal compliance. 4. La circunscripción a “delitos económicos”: a) La circunscripción a delitos económicos “relacionados con la empresa”; b) La circunscripción a las exigencias del ordenamiento jurídico nacional; c) Concretización respecto a las fuentes del criminal compliance; d) Concretización a través de los destinatarios del criminal compliance; e) Concretización a través de la naturaleza de las medidas de criminal compliance; f) El concepto concretizado de criminal compliance. 5. Primeros planteamientos de una teoría del criminal compliance: a) El llamado derecho penal del riesgo como condición para el origen del criminal compliance; b) La llamada “divisionalización” del derecho penal como condición de origen del criminal compliance; c) El desarrollo avanzado desde la heterorregulación a la autorregulación como condición de origen del criminal compliance; d) La globalización como condición de origen del criminal compliance; e) El aspecto económico como condición de origen del criminal compliance. 6. Otras preguntas prácticas del criminal compliance. IV. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: compliance, criminal compliance, derecho penal económico.

I. INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN DEL TEMA

En esta exposición examinaré el (supuesto) ámbito fronterizo entre la ciencia y la práctica del *criminal compliance*. Para ello, en primer lugar (en el título II), se

* Traducción desde el original manuscrito en alemán “Von wissenschaftlichen und praktischen Fragen der *Criminal compliance*” de Jaime Winter Etcheberry.

efectuará una aclaración del concepto de *criminal compliance*, antes de que se pueda abordar el origen del fenómeno (III. 1.). A esto se añaden algunos esfuerzos para una concretización más exacta del concepto (III. 2.) y la revisión de las primeras fundamentaciones teóricas (III. 3.). Algunas otras preguntas científicas y prácticas del *criminal compliance*, elegidas de manera selectiva, se presentarán brevemente (III. 4.) Vamos a ver que las fronteras en ocasiones se desdibujan.

II. DE COMPLIANCE A CRIMINAL COMPLIANCE

Cuando uno desea aproximarse al par de conceptos *criminal compliance* (o *compliance* penal) es imprescindible, en primer lugar, tener presente que con ello se debe describir un particular fenómeno jurídico-penal, cuyo origen –como suele suceder– no está en el derecho penal. Mejor dicho, con dicho concepto se hace referencia a una especial forma –solo penal– “del *compliance*”. En virtud de estas condiciones se trata ni más ni menos que del hecho que el derecho penal es un área del derecho esencialmente accesoria y que, por consiguiente, sigue (no solo a la práctica jurídica, sino que especialmente) al derecho civil y público, y depende de sus particularidades¹.

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

¹ Por ejemplo, BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, (Leipzig, 1922), p. 3 y ss., 73, 166; BINDING, Karl, *Handbuch des Strafrechts: Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft*, (Leipzig, 1885), p. 9 y s., 155 y ss.; DAHLEM, Friederich, *Das Verhältnis des Zivilrechts zum Strafrecht mit besonderer Berücksichtigung der Disarmonien*, (Köln, 1919), p. 9; HOYER, Andreas, *Die Bindung des Strafrechts an das zivilistische Denken*, en HÖNN, Günter, OETEKER, Harmut y RAAB, Thomas (edit), *Festschrift für Peter Kreutz 70. Geburtstag* (München, 2010), pp. 691 y 692; LÜDERSEN, Klaus, *Primäre oder sekundäre Zuständigkeit des Strafrechts?*, ARNOLD, Jörg (edit), *Menschenrechtliches Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, (München, 2005), p. 163.

² ROTSCHE, Thomas (edit), *Criminal compliance*, Handbuch, (Baden-Baden, 2014), § 1 número marginal 45.

³ ROTSCHE, Thomas, *Criminal compliance*, en *ZIS* 10 (2010), p. 614.

⁴ ROTSCHE, Thomas (edit), *Criminal compliance*, Handbuch, ob. cit., § 1 número marginal 62 y ss.

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

1. *Compliance*

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

a) *El concepto de compliance desde un enfoque básico*

El concepto en inglés de *compliance* significa “cumplimiento”, “conformidad” o “seguimiento”⁶. Se trata de un concepto relacional (*Relationsbegriff*), cuyo significado solo puede inferirse a través de su objeto de referencia. En la adopción del concepto médico original⁷ es de suponer que bajo la idea de *compliance* –“*to be in compliance with the law*”⁸–, en un sentido absolutamente básico, se entiende comportarse en conformidad “con el derecho vigente”⁹. Este primer intento de definición requiere de una concretización desde dos puntos de vista:

⁵ Sobre su origen en la medicina, ROTSCCH, Thomas, *Compliance*, en ACHENBACH, Hans y RANSIEK, Andreas (edit), *Handbuch zum Wirtschaftsstrafrecht*, (München, 2012) 1ª Parte Cap. 4, número marginal 1; STOBER, Rolf, *Ist der Ehrbare Kaufmann der Schlüssel für Complianceanforderungen?*, en *NJW* (2010), p. 1573; BOCK, Dennis, *Criminal compliance*, (Baden-Baden, 2011), p. 19.

⁶ BESELER, Dora y JACOBS-WÜSTEFELD, Barbara, *Law Dictionary, Fachwörterbuch der anglo-amerikanischen Rechtssprache*, (Berlin, 1986).

⁷ ROTSCCH, Thomas, *Compliance*, ob. cit., 1ª parte 4º cap., número marginal 1; STOBER, Rolf, ob. cit., p. 1573; BOCK, Dennis, *Criminal compliance*, ob. cit., p. 19.

⁸ ROTSCCH, Thomas, *Criminal compliance*, en *ZIS* ob. cit., p. 614.

⁹ BOCK, Dennis, *Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion*–§ 130 OWiG als zentrale Norm der *Criminal compliance*, en *ZIS* 2 (2009), p. 68; ROTSCCH, Thomas, *Criminal compliance*, en *ZIS*, ob. cit, p. 1; ROTSCCH, Thomas, *Compliance*, ob. cit., 1ª parte 54º cap., número marginal 1.

La equiparación *compliance* = cumplimiento del derecho –que como inmediatamente veremos en realidad es cualquier cosa menos una “perogrullada”¹⁰– ha sido diferenciada y concretizada con una velocidad que hasta hoy pocas veces se ha visto. Mientras tanto, aumentan las voces que hablan de un cambio de paradigma¹¹ en el derecho penal, el que probablemente incluso puede fundamentar un cambio de la imagen humana¹². De hecho, existen indicios de que el fenómeno del *compliance*, que refleja el punto por el momento culminante de una evolución desde la confianza en la fidelidad de la norma del individuo en un sentido *feurbachiano* a una propagada desconfianza general del Estado frente a los destinatarios de la norma¹³, se adorna, sin embargo, con la bastante paradójica supuesta exigencia de la autoridad de que en la delimitación de estos peligros que surgen de los destinatarios de la norma, igualmente deben también ser ellos quienes deben de manera autorresponsable hacerse cargo de dichos peligros. Todas estas facetas no eran tal vez previsibles al inicio de la discusión y todavía estamos lejos de una aclaración de las preguntas que con ello se han planteado. Con esto solo quiero decir: el dicho de “vino viejo en vasijas nuevas” debe ser ahora definitivamente sepultado.

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

Sin embargo, ha llegado a reconocerse que la realidad de las empresas no se trata meramente de seguimiento del derecho, y con ello de conformidad con el derecho, sino que más bien se trata de “conformidad con reglas”. Esto se debe a que es de hecho completamente irrelevante qué naturaleza tienen estas reglas; esto es, no es necesario

¹⁰ SCHNEIDER, Uwe H, *Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung*, en *ZIP* (2003), p. 646. Ya en el año 2013 esta objeción fue comentada –en el 35º Strafrechtslehrertagung en mayo en Zurich– en la discusión de MÜLLER, Ulrich YOUSEFF, Omar Abo y GODENZI, Gunhild, *Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 2013*, en *ZStW* 125 (2013), pp. 659 y 665. Posterior a la conferencia de ROTSCH (ROTSCH, Thomas, *Compliance und Strafrecht –Fragen, Bedeutung, Perspektiven. Vorbemerkungen zu einer Theorie der sog. Criminal compliance*, en *ZStW* 125 (2013), p. 481), cuando también la vehemente reacción en contra (especialmente de HASSEMER, Winfried, YOUSEFF, Omar Abo y GODENZI, Gunhild, ob. cit., pp. 665 y s.) mostraron con claridad que en último término es injustificada.

¹¹ ROTSCH, Thomas, *Compliance und Strafrecht* en *ZStW*, ob. cit., p. 481; ENGELHART, Marc, *Paradigmenwechsel im Strafrecht: Die Notwendigkeit einer Neuen Strafrechtswissenschaft?*, en *RW* (2013), 208; SCHÜNEMANN, Bernd, *Die großen wirtschaftsstrafrechtlichen Fragen der Zeit*, en *GA* (2013), pp. 193, 195 y ss.

¹² Así expresamente SCHÜNEMANN, Bernd, ob. cit., p. 196; HASSEMER Winfried, YOUSEFF, Omar Abo y GODENZI, Gunhild, ob. cit., p. 665, habló en la Strafrechtslehrertagung de 2013 sobre una “Despedida de la idea de bien jurídico”.

¹³ En principio solo SCHÜNEMANN, Bernd, ob. cit., p. 196.

que se trate realmente de *reglas jurídicas*¹⁴. Más bien, puede tratarse tanto de leyes en sentido formal, como de estándares sectoriales específicos o incluso meramente de declaración de intereses con una motivación ética¹⁵. La primera concretización de la definición conceptual se efectúa sobre la precisión del objeto de relación jurídica del *compliance*: *compliance* no es (solo) conformidad con el derecho, sino (de manera más amplia) con reglas, es decir, por consiguiente, armonía con mandatos de comportamiento, incluso no jurídicamente vinculantes de manera directa¹⁶.

A la segunda concretización de la idea de *compliance* como comportamiento en conformidad con el derecho vigente, le concierne la pregunta de a qué se hace referencia con la alusión al derecho “vigente”. Es evidente que una cierta impenetrabilidad de las exigencias jurídicas ha sido una de las condiciones de origen del *compliance*. Esto debido a que hasta ahora, claramente, el *compliance* se desarrolla ahí donde las exigencias jurídicas no son comprensibles sin más para una persona cualquiera y con ello –en el ámbito de un comportamiento preventivo conforme a derecho– no son anticipables. Por el contrario, allí donde el mandato normativo es claro y unívoco y por ello, es internalizado por el destinatario de la norma, es obvio que no se requiere del *compliance*. Esto es posible comprobarlo con una ojeada en aquellas áreas del derecho civil y penal en las que el *compliance* juega un rol importante hasta ahora. Así, puede destacarse el derecho del mercado de valores, que en Alemania fue el punto de partida de la idea de *compliance*¹⁷, así como el Derecho penal económico a través de sus bastante grandes complejidades y dificultades. Esta complejidad de las exigencias jurídicas generó, en primer lugar, la necesidad de una asesoría profesional preventiva, y solo en virtud de ello se posibilitó, en realidad, el impulso del *compliance*.

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

Corresponde diferenciar esta comprensión básica del *compliance* con el concepto de *compliance* en sentido organizativo¹⁸. Con dicho concepto se describe aquel

¹⁴ ROTSCHE, Thomas, *Compliance und Strafrecht*, en *ZStW*, ob. cit., p. 483.

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

¹⁶ Correctamente advertido por FUCHS, Helmut, *Compliance: Soft Law–Hard Criminal Law*, en LEWISCH, Peter (edit.), *Zauberwort Compliance? Grundlagen und aktuelle Anwendungsfragen*, (Wien, 2012), p. 27. Una pregunta completamente distinta es qué relevancia tienen tales órdenes de comportamiento respecto a la pregunta sobre la facultad de ser consideradas en el marco del *criminal compliance*. Al respecto, ROTSCHE, THOMAS, (edit), *Criminal compliance*, Handbuch, ob. cit. §1 número marginal. 54 y ss., § 2 número marginal 20 y ss.

¹⁷ ROTSCHE, THOMAS, (edit), *Criminal compliance*, Handbuch, ob. cit. §1 número marginal 19.

¹⁸ ROTSCHE, Thomas, *Compliance und Strafrecht*, en *ZStW*, ob. cit., p. 483.

departamento de la empresa encargado de la tarea de asegurar el cumplimiento de las reglas que corresponda¹⁹. Semejante comprensión organizativa no tiene de manera inmediata ninguna repercusión jurídico-penal relevante. Sin embargo, puede ganar cierta importancia, por ejemplo, cuando se trate de la pregunta de si y en qué medida los asesores de *compliance*, en el marco de un delito de omisión impropia, poseen una obligación de garante para la prevención de un resultado contemplado en una descripción típica²⁰.

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

Además, el *compliance* encuentra aplicación en el sentido de que bajo dicho concepto se entiende la totalidad de las medidas que deben asegurar el comportamiento lícito de los dependientes de la empresa. Se trata, entonces, de una comprensión del concepto orientada a las medidas²¹. Se resume esta comprensión de *compliance* con el concepto de *Compliance-Management-System* (CMS).

2. Criminal compliance

En un sentido absolutamente básico, el *compliance* se trata de conformidad con las reglas, así el “*criminal compliance*”, como “*compliance* relacionado con la criminalidad”²², tiene fundamentalmente como objeto el cumplimiento de las reglas jurídico-penalmente relevantes. El concepto de *compliance relacionado con la criminalidad* se ajusta correctamente, porque trae implícitamente aparejado que no existe un *compliance* jurídico-penal originario²³. Más bien, cualquier tipo de esfuerzos de *compliance* son, en primer lugar, fácticos y nunca originariamente de

¹⁹ GEBAUER, Stephan y NIERMANN, Stephan, § 36 *Compliance Organisation in der Banken- und Wertpapierdienstleistungsbranche*, en HAUSCHKA, Christoph (edit), *Corporate Compliance*, (München, 2010), número marginal 1; BOTTMANN, Ute, cap. 2 A *Criminal-Compliance*, en PARK, Tido (edit), *Kapitalmarktraferecht*, (Baden-Baden, 2013), número marginal 1.

²⁰ Al respecto en general, ROTSCHE, Thomas, (edit) *Criminal compliance*, Handbuch, ob. cit., § 2; detalladamente DANNECKER, Gerhard, *Strafrechtliche Verantwortung nach Delegation*, en ROTSCHE, Thomas, en el mismo trabajo § 5.

²¹ ROTSCHE, Thomas, *Compliance*, ob. cit., 1ª 4º cap. número marginal 4; SCHNEIDER, Uwe H., *Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung*, ob. cit., p. 646; BOCK, Dennis, *Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion—§ 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal compliance*, ob. cit., p. 68; HAUSCHKA, Christoph, ob. cit., § 1 número marginal 2; BOTTMANN, Ute, ob. cit., número marginal 2.

²² BOTTMANN, Ute, ob. cit., cap. 2 A. número marginal 3. También LEWISCH, Peter, *Warum –und in wie weit– Compliance?* en, LEWISCH, Peter (edit), *Zauberwort Compliance? Grundlagen und aktuelle Anwendungsfragen*, (Wien, 2012), p. 71, quien habla de *compliance* relacionado con el Derecho penal.

²³ ROTSCHE, Thomas, *Compliance und Strafrecht*, en *ZStW*, ob. cit., p. 484.

naturaleza jurídica. Sin embargo, finalmente son siempre dirigidos a la evitación de la responsabilidad jurídica, y serían también dirigidos a la consecución de la finalidad definitiva consistente en la maximización económica de las ganancias. Así, las medidas fácticas para el seguimiento del derecho tienen que ser capaces de anticipar la responsabilidad jurídica²⁴. De este modo, por ejemplo, mientras en el ámbito del *compliance* civil se trata de la evitación de que se dé origen a un derecho a indemnizar perjuicios, el *criminal compliance* tiene como finalidad la evitación de sanciones jurídico-penales.

Al principio de la discusión sobre *compliance* en derecho penal, hace no más de cinco años, la literatura científica se inclinaba a equiparar el *compliance* con los planteamientos problemáticos ya conocidos hace tiempo del derecho penal (económico). Esa equiparación parece haber sido igualmente superada²⁵ como el no justificado paralelo entre *criminal compliance* y prevención de la corrupción²⁶.

Para prevenir la responsabilidad jurídica (jurídico-penal) se debe anticipar si un comportamiento determinado es o no jurídico-penalmente relevante. En este cambio de punto de vista –desde un enfoque retrospectivo de un derecho penal tradicional-reactivo a un, en lo central, prospectivo sistema de administración moderno-preventivo– se encuentra el elemento fundamental y, a la vez la dificultad particular, muchas veces apenas superable, del *criminal compliance*²⁷. Sin embargo, mientras que en amplias áreas del derecho penal económico es apenas posible prever *ex ante* acciones empresariales de relevancia jurídico-penal, el Tribunal Supremo Alemán (en adelante BGH) –claramente social-psicológico– se inclina siempre, más bien, por un cómodo punto de vista *ex post* bajo el impacto del daño (o resultado típico) ya producido, en cuya evitabilidad se basa para determinar en la práctica la punibilidad. Esto agudiza en gran medida el problema²⁸. Así, tanto el destinatario de la norma como también el abogado que desarrolla su actividad en la asesoría de

²⁴ ROTSCH, Thomas, *Criminal compliance*, en *ZIS*, ob. cit., pp. 615 y s; ROTSCH, Thomas, *Compliance und Strafrecht*, en *ZStW*, ob. cit., p. 484.

²⁵ En detalle ROTSCH, Thomas (edit), *Criminal compliance*, Handbuch, ob. cit., § 1 número marginal 12.

²⁶ A modo de ejemplo SPRAFKE, Jan, *Korruption, Strafrecht und Compliance*, Untersuchungen und Reformvorschläge zu § 299 StGB, (Berlin, 2010); PIETH, Mark, *Anti-Korruptions-Compliance*, Praxisleitfaden für Unternehmen, (Zürich, 2011).

²⁷ Así ya en ROTSCH, Thomas, *Criminal compliance*, en *ZIS*, ob. cit., pp. 615 y s. De acuerdo, por ejemplo, HINTERHOFER, Hubert, *Begriff und Bedeutung der Criminal compliance im österreichischen Strafrecht—Eine Bestandsaufnahme* *ZFR-Spezial* (2010), p. 63 y s; HILGENDORF, Eric, *Grundfragen strafrechtlicher Compliance am Beispiel der strafrechtlichen Produkthaftung für teilautonome technische Systeme* en ROTSCH, Thomas (edit), *Criminal compliance vor den Aufgaben der Zukunft*, (Baden-Baden, 2013), p. 21.

²⁸ ROTSCH, Thomas, *Criminal compliance*, en *ZIS*, ob. cit., p. 616 nota al pie 19 con más referencias.

compliance naturalmente se ve confrontado con el frecuentemente equívoco mandato normativo en el derecho penal económico en –y no después de– la concreta situación de comportamiento. La objeción evidente respecto a esto, esto es, que se trataría de una particularidad que no solo es propia del *criminal compliance*, sino que la valoración retrospectiva de las circunstancias que hace el tribunal estaría en la naturaleza del asunto, no es válida. El derecho penal nuclear se funda en la expectativa de que el autor conoce y entiende la norma prohibitiva, y que por eso cumple un mandato normativo generalmente unívoco, consentido éticamente y, con ello, internalizada por el destinatario de la norma. Por el contrario, en el derecho penal económico abundan frecuentemente los tipos penales flexibles formulados en la frontera de la indeterminación inconstitucional. En esa medida, el riesgo de la actividad económica es doble. No solo el riesgo económico-empresarial debe ser (frecuentemente de manera difícil) ponderado por los interesados; también el riesgo de comportarse de manera jurídico-penalmente relevante es normalmente en realidad menos previsible que en el ámbito del derecho penal nuclear. Sin embargo, donde la relevancia jurídico-penal de los comportamientos no es previsible, difícilmente será posible encontrar medidas efectivas para la prevención de la responsabilidad jurídico-penal. Por ello, la necesidad de la anticipabilidad de la responsabilidad jurídico-penal es un elemento esencial del *criminal compliance* como medio de la gestión de riesgos normativos.

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

Cuando se trata de procesos comerciales complejos, que de manera frecuente y cada vez más, como consecuencia de la internacionalización, en muchas empresas no están circunscritos solamente a su propio país, la seguridad jurídica es cualquier cosa antes que algo fácil de garantizar. En el tráfico económico se originan una multiplicidad de peligros de responsabilidad, cuya realización todavía solo es evitable mediante las referidas precauciones. Es por esto que el *compliance* correctamente entendido es algo muy distinto a una perogrullada y de ningún modo algo trivial²⁹.

²⁹ ROTSCH, Thomas, *Compliance*, ob. cit., 1ª parte 4º cap. número marginal 8. También BOCK, Dennis, *Criminal compliance*, ob. cit., p. 20.

El hecho de que el *compliance* se ha convertido en un tema inflacionariamente de moda no solo en Alemania³⁰ no debería cambiar la visión de que ya no se puede negar la necesidad de un *criminal compliance* efectivo.

III. PREGUNTAS CIENTÍFICAS Y PRÁCTICAS DEL *CRIMINAL COMPLIANCE*

a) *Sobre el origen del fenómeno*

Definitivamente no es un error cuando se vuelve una y otra vez a sostener que el impulso inicial del fenómeno del *compliance* en la realidad empresarial alemana se habría producido a partir del *affaire* Siemens³¹. No obstante, el caso Siemens representa solamente la reacción a una reciente jurisprudencia del BGH. Si el *criminal compliance* –aunque sea algo falto de visión³²– tiene en primer lugar como primera finalidad la evitación de la punibilidad de los órganos de dirección de la empresa, representa una reacción a la moderna jurisprudencia de la imputación “*top down*” del BGH. Debido a los esfuerzos en aumento del BGH de ya no solo sancionar penalmente solo a los “pequeños”, sino que dirigirse de manera directa contra los “grandes”, se origina para los directivos, por consiguiente, la necesidad de tener que liberarse de esa responsabilidad jurídico-penal³³.

A partir de la jurisprudencia de los conocidos casos de responsabilidad penal por el producto –clave: sentencia del “Lederspray” o spray para cuero³⁴– y especialmente los casos de los guardias del muro³⁵ el BGH, con una creación en alto grado pragmática de una responsabilidad a título de autor de los órganos de dirección de la empresa, ha preparado el escenario para el desarrollo de un fenómeno de *compliance* jurídico-penal que parece degenerar en una supuesta arma universal

³⁰ BOCK, Dennis, *Criminal compliance*, ob. cit., p. 22 con mayores referencias.

³¹ Por ejemplo, KNAUER, Christoph y BUHLMANN, Erik, *Unternehmensinterne (Vor-) Ermittlungen-was bleibt von nemo-tenetur und fair-trial?*, en *AuWB* (2010), p. 387; MOMSEN, Carsten, *Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit*, en *ZIS* 6 (2011), pp. 509 y s.; ARZT, Gunter, *Siemens: Vom teuersten zum lukrativsten Kriminalfall der deutschen Geschichte*, en JAHN, Matthias, KUDLICH, Hans y STRENG, Franz, *Strafrechtspraxis und Reform*, Festschrift für Heinz Stöckel zum 70. Geburtstag (Berlin, 2010), pp. 15 y ss.; KUHLEN, Lothar, *Grundfragen von Compliance und Strafrecht*, en KUHLEN, Lothar, KUDLICH, Hans y ORTIZ DE URBINA Iñigo (edit), *Compliance und Strafrecht*, (Heidelberg, 2013), p. 2.

³² Para una crítica a los intentos iniciales de meramente desplazar la responsabilidad de los órganos de dirección de la empresa a empleados subordinados de dicha empresa, ROTSCCH, Thomas, *Criminal compliance*, en *ZIS*, ob. cit., p. 615.

³³ ROTSCCH, Thomas, *Criminal compliance*, en *ZIS*, ob. cit., p. 616.

³⁴ BGHSt 37, 106.

³⁵ BGHSt 40, 218.

contra la utilización del derecho penal y, en materia económica, contra los daños reputacionales que ponen en peligro, de forma dramática, la propia existencia de la empresa³⁶.

1. Esfuerzos para una concretización del concepto

a) Punto de partida

En una de las primeras toma de posición en la literatura³⁷ se presenta el *criminal compliance* como una completa proyección del orden jurídico y un (¿mero?) cambio de denominación del derecho penal como área del derecho³⁸. El *criminal compliance* —en un sentido amplio— comprendería “la no ejecución de cualquier tipo penal”³⁹. Solo sería decisivo un concepto restrictivo, meramente jurídico de *compliance*: “Puntos de vista morales, éticos y económicos (comerciales) [...] no tienen valor jurídico”⁴⁰. Esta visión ya ha sido superada; ya al inicio de la discusión algunas voces escépticas destacaron que un aspecto esencial del *criminal compliance* sería la necesidad de anticipar la responsabilidad jurídico-penal⁴¹. Sin embargo, circunscribirlo solo a medidas para la prevención⁴² no fue algo compartido ni siquiera desde un principio⁴³. Más bien, ya en ese entonces se destacaba que el *criminal compliance* se distinguía especialmente por su finalidad de impedir cualquier tipo de *responsabilidad* penal⁴⁴. El *compliance* relacionado con la criminalidad tiene frecuentemente como objeto (primario) medidas que acaben con el proceso, a pesar de las sospechas de comisión de un delito, o la posibilidad de una atenuación de la pena, en caso de comprobación de la ejecución de un ilícito. El *criminal compliance*, entonces, puede y debe tener no solo la finalidad de preve-

³⁶ En detalle ROTSCH, Thomas (edit), *Criminal compliance*, Handbuch, ob. cit. § 1 número marginal 35 y ss.

³⁷ En su trabajo de habilitación del año 2011 BOCK, Dennis, *Criminal compliance*, ob. cit.,

³⁸ BOCK, Dennis, *Criminal compliance*, ob. cit., p. 246.

³⁹ BOCK, Dennis, *Criminal compliance*, ob. cit., p. 246.

⁴⁰ BOCK, Dennis, *Criminal compliance*, ob. cit., p. 20. También RATHGEBER, Christian, *Criminal compliance*, (Baden-Baden, 2012), p. 34; ENGELHART, Marc, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance: Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*, (Berlin, 2010), p. 43.

⁴¹ ROTSCH, Thomas, *Criminal compliance*, en *ZIS*, ob. cit., p. 615.

⁴² ROTSCH, Thomas, *Criminal compliance in Theorie und Praxis des Wirtschaftsstrafrechts*, en ROTSCH, Thomas (edit) *Criminal compliance vor den Aufgaben der Zukunft* (Baden-Baden, 2013), p. 8.

⁴³ ROTSCH, Thomas, *Compliance*, ob. cit., 1ª parte 4º cap., número marginal 25.

⁴⁴ ROTSCH, Thomas, *Compliance*, ob. cit., 1ª parte 4º cap., número marginal 25.

nir la ejecución de una conducta típica, sino que, más bien, puede y debe tener como objetivo evitar, en último término, la responsabilidad penal de la persona (o empresa) correspondiente⁴⁵. Por ello es también claro que es característico del *criminal compliance* un aspecto represivo⁴⁶. Tanto en la literatura alemana como en la internacional esta comprensión del carácter preventivo y represivo del *criminal compliance* ha llegado a ser ampliamente dominante⁴⁷.

b) Concretizaciones avanzadas del concepto

Con estas ideas como trasfondo, mi primer intento de definición hace ya eternos dos años señalaba: *criminal compliance* comprende la totalidad de las medidas necesarias y lícitas para la prevención de la responsabilidad de los dependientes de la empresa en virtud de comportamientos relacionados con dicha empresa⁴⁸. En el

⁴⁵ ROTSCCH, Thomas, *Compliance*, ob. cit., 1ª parte 4º cap., número marginal 25. ROTSCCH, Thomas (edit) *Criminal compliance vor den Aufgaben der Zukunft*, ob. cit., pp. 8 y ss.

⁴⁶ ROTSCCH, Thomas (edit) *Criminal compliance vor den Aufgaben der Zukunft*, ob. cit., pp. 9 y s.

⁴⁷ ROTSCCH, Thomas, *Compliance*, ob. cit., 1ª parte 4º cap. número marginal 25. Igualmente KUHLEN, Lothar, ob. cit., p. 8; HILGENDORF, Eric, Grundfragen strafrechtlicher *Compliance* am Beispiel der strafrechtlichen Produkthaftung für teilautonome technische Systeme, ob. cit., p. 21; BITTMANN, Folker, *Complianceanforderungen in der Unternehmenskrise*, en ROTSCCH, Thomas (edit), *Criminal compliance vor den Aufgaben der Zukunft* (Baden-Baden, 2013), p. 148; STANITZEK, Rebekka, Die Bedeutung von *Criminal compliance* für das Strafrecht bei der Bekämpfung von Wirtschaftskorruption, (Hamburg, 2013), p. 30 y s.; SILVA SANCHEZ, Jesús María, Aufsichtspflichten und *Compliance* in Unternehmen, en KUHLEN, Lothar, KUDLICH, Hans y ORTIZ DE URBINA Iñigo (edit), *Compliance und Strafrecht*, (Heidelberg, 2013), p. 80; NIETO MARTÍN, Adán, Grundlegende Probleme von *Compliance* und Strafrecht, en KUHLEN, Lothar, KUDLICH, Hans y ORTIZ DE URBINA Iñigo (edit), ob. cit., pp. 28, 51 y ss.; ROXIN, Imme, Probleme und Strategien der *Compliance*-Begleitung in Unternehmen, en *StV* (2012), pp. 117 y s.; HINTERHOFER, Hubert, ob. cit., pp. 61 y 69; KONOPATSCCH, Catherine, Die Bedeutung unternehmensrechtlicher *Compliance*-Strategien zur Strafprozessvermeidung und Strafprozessführung am Beispiel des Transportgewerbes, en HOTTER, Maximilian, LUNZER, Harald SCHICK, Peter J y SOYER, Richard (edit), *Unternehmensstrafrecht—eine Praxisanleitung*, (Wien, 2010), p. 155; PAULITSCH, Hildemarie F, Die Bedeutung von *Compliance* in neuen Unternehmensstrafrecht, en HILF, Marianne Johanna, PATETER, Willibald, SCHICK, Peter J y SOYER, Richard (edit), *Unternehmensverteidigung und Prävention im Strafrecht*, (Wien, 2007), p. 334; LEWISCH, Peter ob. cit., pp. 1 y 8; POHLMANN, Andreas, *Compliance über Grenzen. Integritätsmanagement in global operierenden Unternehmen*, en TALMON, Stefan (edit), *Über Grenzen: Kolloquium zum 70. Geburtstag von Wolfgang Graf Vitzthum* (Berlin, 2010), pp. 17 y 29. En el mismo sentido ahora también BOCK, Dennis, *Compliance* und Aufsichtspflichten im Unternehmen, en KUHLEN, Lothar, KUDLICH, Hans y ORTIZ DE URBINA Iñigo (edit), ob. cit., p. 64. También SCHÜNEMANN, Bernd, ob. cit., pp. 193 y 194, quién considera este aspecto abiertamente como de una relevancia decisiva para el rápido desarrollo del *criminal compliance*.

⁴⁸ En el mismo sentido. ROTSCCH, Thomas, *Compliance*, ob. cit., 1ª parte 4º cap. número marginal 6, p. 25.

intertanto he emprendido más intentos para especificar aún más el par de términos. Estos esfuerzos de concretización y modificación del par de términos *criminal compliance* se vinculan con su finalidad, su objeto, sus fuentes, sus destinatarios y la naturaleza de sus medidas⁴⁹. Al final de esto nos encontraremos entonces con un grado de determinación más avanzado del concepto, que, sin embargo, por su parte solo puede ser el punto inicial de una posterior discusión.

c) *Concretización en virtud de la finalidad del criminal compliance*

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

2. *Finalidades de la empresa en el marco del criminal compliance*

En la literatura reciente ya no se discute seriamente que *criminal compliance* tenga no solamente una función preventiva. Esto es, desde todos los puntos de vista tiene sentido, en primer lugar y antes que cualquier otra cosa, preocuparse de no permitir que se origine la responsabilidad jurídico-penal⁵⁰. Correspondientemente el *compliance* relacionado con la criminalidad tiene que, por sobre todo, anticipar —preventivamente— si los requisitos de un tipo penal (y, en una concepción amplia, también una falta de derecho infraccional) se cumplen o no. Al respecto, para la caracterización de una medida como de *criminal compliance* no es necesario preguntarse si de alguna manera inmediata y exclusiva los requisitos de una norma penal se han cumplido. Por ejemplo, también la formulación de mandatos éticos de comportamiento no vinculantes jurídicamente de manera directa se trataría de *criminal compliance* cuando ellas, de todas maneras, deban tener como resultado la prevención de la responsabilidad penal de los dependientes de la empresa.

Junto con esta función preventiva del *criminal compliance* se ha consensuado en gran medida que también tiene influencia en materia represiva. El alcance del concepto de *criminal compliance* se extiende también a la fase posterior a la comisión del ilícito penal⁵¹. Algunos consideran que este aspecto represivo ha

⁴⁹ Al respecto ya ROTSCHE, Thomas, *Compliance und Strafrecht*, en *ZStW*, ob. cit., pp. 4 y ss.

⁵⁰ ROTSCHE, Thomas, *Criminal compliance*, en *ZIS*, ob. cit., 615; ROTSCHE, Thomas, *Compliance und Strafrecht*, ob. cit., p. 485.

⁵¹ ROTSCHE, Thomas, *Criminal compliance*, ob. cit., p. 9. Para la cualidad represiva del *criminal compliance* son también las circunstancias del delito cometido igualmente constitutivas, porque se trata de *criminal compliance* preventivo en el sentido en que aquí se ha entendido.

sido decisivo en el triunfo del *compliance* alrededor del mundo⁵², por lo que es claro que no debe dejar de considerarse, puesto que en la práctica tanto ahora como antes los asesores de *compliance* no reciben su remuneración por la exitosa evitación de la comisión de delitos, sino que en realidad por haber mantenido la sanción que estaba en cuestión dentro de los límites más aceptables posibles. También en lo que respecta a estos esfuerzos nos encontramos frente a *criminal compliance*.

El objetivo de la dirección de la empresa va, sin embargo, más allá; igualmente puede ser existencialmente importante para la empresa estar protegida respecto a procesos penales –incluso aunque sean injustificados–⁵³. Esto, debido a que el riesgo para la empresa se encuentra finalmente en una “pérdida de valor” comercial de la misma. Y el valor de la empresa será determinado de manera relevante a través de su reputación⁵⁴. Para ello debe ser contrarrestado básicamente todo aquello que pueda poner en peligro la reputación y con ello tener como resultado una pérdida de valor⁵⁵. La finalidad del *criminal compliance* no es, entonces, primariamente la prevención de la punibilidad o castigo de los dependientes de la empresa o, en su caso, de la empresa misma, sino que antes la evitación de la apariencia de una conducta jurídico-penalmente ilícita⁵⁶. Desde la perspectiva de la empresa el *criminal compliance* debe ser dirigido a impedir que llegue a originarse la sospecha de la comisión de un delito⁵⁷.

3. Objetivo del Estado en el marco del *criminal compliance*

Sin perjuicio de lo anterior, no es solamente por el lado de la empresa que existe un interés originario en el *criminal compliance*, sino que también por el lado del Estado⁵⁸. Esto tiene su fundamento sobre todo en que el Estado no tiene realmente a su disposición los recursos monetarios, personales y temporales que

⁵² SCHÜNEMANN, Bernd, ob. cit., p. 194.

⁵³ LEWISCH, Peter, ob. cit., p. 71 y 76.

⁵⁴ RATHGEBER, Christian, ob. cit., p. 88.

⁵⁵ ROTSCCH, Thomas, *Compliance* und Strafrecht, ob. cit., p. 487.

⁵⁶ ROTSCCH, Thomas, *Compliance* und Strafrecht, ob. cit., p. 487.

⁵⁷ ROTSCCH, Thomas, *Compliance* und Strafrecht, ob. cit., p. 487. Debido a que para la iniciación de un proceso de investigación es suficiente la llamada “sospecha inicial” (VOLK, Klaus y ENGLÄNDER, Armin, Grundkurs StPO, (München, 2013), § 8 número marginal. 3 y ss., 5), uno debe desde el punto de vista de la concretización a través de su finalidad del concepto de *criminal compliance* incluir la evitación de una sospecha inicial.

⁵⁸ Al respecto y en lo que sigue ROTSCCH, Thomas, *Compliance* und Strafrecht, en *ZStW*, ob. cit., p. 488.

se requieren para las complejas investigaciones que muchas veces duran años en materia de Derecho penal económico⁵⁹. Así el Estado simplemente no habría estado financieramente en la posición de reunir el valor de los costos calculados finalmente por Siemens para la modificación del estado de cosas⁶⁰. Pero tampoco es poco frecuente que los órganos de persecución penal no tengan el *know-how* que requieren, por ejemplo, las investigaciones internas de las empresas, siendo dichos órganos de persecución *outsiders* externos a la empresa⁶¹. Entonces, el *criminal compliance* también responde al propio interés del Estado, porque tareas que originariamente le corresponden a él puede delegarlas en privados con habilidades financieras y que están mejor calificados.

Con ello no solo la empresa debe correr ella misma con los costos de una investigación en su contra; a través del socavamiento o no reconocimiento de derechos procesal-penales del imputado en las investigaciones privadas, el Estado está mucho menos restringido en el cumplimiento del principio de oficialidad que en procesos penales dominados por dichos derechos del imputado⁶². A la inversa, la empresa se convierte así en el verdadero señor del proceso de investigación. De igual manera, el *criminal compliance* refleja la extensión del crecimiento del principio del acuerdo de las partes propio del derecho civil, así como el largamente discutido desarrollo general desde la estatización a la privatización.

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

Si uno se enfoca para una nueva concretización del concepto de *criminal compliance* en su objeto, se obtienen como resultado tres puntos fundamentales. Para ser preciso, por una parte, viene a colación la delimitación del objeto de referencia ubicándose en la rama del derecho del derecho penal económico (1). Por otro lado surge la pregunta de si en el caso de estos delitos económicos debe tratarse de aquellos que están relacionados con la empresa (2). Por último, cabe preguntarse si es (únicamente) necesario referirse a las normas del ordenamiento jurídico nacional (3).

⁵⁹ KUHLEN, Lothar, ob. cit., p. 18. También PRITTWITZ, Cornelius, *Strafrecht und Risiko*, (Frankfur am Main, 1993), pp. 138 y ss.

⁶⁰ Al respecto ARZT, Gunter, ob. cit., p. 26; SCHÜNEMANN, Bernd, ob. cit., p. 197.

⁶¹ RÖNNAU, Thomas, *Strafrecht und Selbstregulierung-Chance oder Risiko?*, en BUMKE *et al* (edit) *Begegnungen im Recht*, (Tübingen, 2011), pp. 237 y 239.

⁶² Similar ya ARZT, Gunter, ob. cit., p. 29. Para la pregunta que se sigue (controversialmente) de ello sobre la prohibición de utilización o uso probatorio de las investigaciones internas, vid. MOMSEN, Carsten, ob. cit., p. 508. Junto a estos beneficiarios inmediatos del *criminal compliance* existe un gran grupo de beneficiarios mediatos, a los que también pertenece la dogmática jurídico-penal. ARZT, Gunter, ob. cit., p. 37.

4. La circunscripción a “delitos económicos”

En la práctica, y hasta ahora también según la opinión de la literatura jurídico-penal, el *criminal compliance* debe prevenir la comisión de delitos económicos⁶³. No está claro, sin embargo, qué se quiere decir con eso⁶⁴. Al respecto se debe constatar, en primer lugar, que en el contexto que aquí nos interesa no puede ser circunscrito a los tipos penales de derecho penal económico más comunes. Si así lo hiciéramos, no se podrían comprender, por ejemplo, las hipótesis de hecho del “Lederspray”. De la mera naturaleza jurídico-penal de las normas no se puede obtener demasiado. Puede ser apropiado restringir el *criminal compliance* a circunstancias de hecho (¡no tipos penales!) que tengan relación con el derecho penal económico⁶⁵. En virtud de esto, parece ser un requisito primordial del (criminal) *compliance* la complejidad del área del derecho tomada como referencia⁶⁶. Donde no exista esa complejidad del área del derecho, no será necesario ningún esfuerzo represivo o preventivo de *compliance*⁶⁷. No obstante, si realmente solo existe dicha complejidad en aquel ámbito que hemos descrito –con absoluta falta de claridad⁶⁸– como derecho penal económico, es bastante dudoso y deberá ser discutido en el futuro.

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

En la literatura más reciente⁶⁹ el hecho de circunscribir el *compliance* a delitos (económicos) “relacionados con la empresa” ha sido puesto en duda con razón⁷⁰. En realidad, me parece que tiene sentido que el *criminal compliance* pase por sobre el concepto de empresas (comerciales) y se refiera –y también se circunscriba– a organizaciones, esto es, grupos de personas estructurados y que se mantienen por

⁶³ ROTSCCH, Thomas, *Compliance*, ob. cit., 1ª parte 4º cap. número marginal 5 y s.; ROTSCCH, Thomas, *Criminal compliance*, ob. cit., pp. 8 y ss.

⁶⁴ En general, ROTSCCH, Thomas (edit), *Criminal compliance*, Handbuch, ob. cit., § 1 número marginal 49.

⁶⁵ ROTSCCH, Thomas (edit), *Criminal compliance*, Handbuch, ob. cit., § 1 número marginal 49.

⁶⁶ ROTSCCH, Thomas (edit), *Criminal compliance*, Handbuch, ob. cit., § 1 número marginal 36.

⁶⁷ ROTSCCH, Thomas, *Compliance* und Strafrecht, en *ZStW*, ob. cit., p. 489.

⁶⁸ Ver nota al pie 65.

⁶⁹ HILGENDORF, Eric, Grundfragen strafrechtlicher *Compliance* am Beispiel der strafrechtlichen Produkthaftung für teilautonome technische Systeme, ob. cit., pp. 20 y s.

⁷⁰ Con ello él, sin embargo, equipara –a diferencia de lo que se hace aquí– el aspecto del colectivo con aquel del derecho penal económico, HILGENDORF, Eric, Grundfragen strafrechtlicher *Compliance* am Beispiel der strafrechtlichen Produkthaftung für teilautonome technische Systeme, ob. cit., p. 20.

algún periodo de tiempo⁷¹. De manera razonable conciernen al *criminal compliance* aquellas situaciones de hecho que corresponden a derecho penal económico y que están relacionadas con una organización⁷².

b) La circunscripción a las exigencias del ordenamiento jurídico nacional

Definitivamente no es acertada la ocasional opción por circunscribirlo a los mandatos del derecho penal nacional⁷³. Esto, debido a que precisamente una de las particularidades esenciales y una de las dificultades específicas del *criminal compliance* está representada por la creciente globalización y, como efecto de ella, la rápida y progresiva internacionalización de las actividades mercantiles, especialmente en las grandes empresas comerciales hacen forzosamente necesaria la consideración de exigencias de ordenamientos jurídico-penales extranjeros⁷⁴.

c) Concretización respecto a las fuentes del criminal compliance

Si en un sentido básico el *criminal compliance* se trata del cumplimiento de reglas, surge la pregunta sobre qué naturaleza tienen que tener estas reglas. Si uno se basa en la constatación de que las reglas de *compliance* pueden exceder ampliamente la obligación general de comportarse de acuerdo a derecho⁷⁵, puede suceder que, por ejemplo, directrices de comportamiento sean formuladas también sin consideración o derechamente en contra de los mandatos legales⁷⁶. Las medidas de *compliance*, entonces, pueden producirse de manera esencialmente autárquica –emancipadas del ordenamiento jurídico–⁷⁷. Que tal autarquía en realidad prevalece tiene su fundamento sobre todo en que la implementación

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

⁷² ROTSCH, Thomas (edit), *Criminal compliance*, Handbuch, ob. cit., § 1 número marginal 50.

⁷³ HILGENDORF, Eric, Grundfragen strafrechtlicher *Compliance* am Beispiel der strafrechtlichen Produkthaftung für teilautonome technische Systeme, ob. cit., p. 23, quien en dicha interpretación trae a colación también a KUHLEN, Lothar, ob. cit. pp. 7 y ss. KUHLEN está sin embargo decidido –como aquí se puede ver en el texto– por otra posición.

⁷⁴ ROTSCH, Thomas, *Compliance* und Strafrecht, en *ZStW*, ob. cit., p. 490. A modo de ejemplo PELZ, Christian We observe local law –Strafrechtskonflikte in internationalen *Compliance*- Programmen ROTSCH, Thomas (edit), *Criminal compliance* vor den Aufgaben der Zukunft (Baden-Baden, 2013), p. 165. Vid. también KUHLEN, Lothar, ob. cit., p. 7.

⁷⁵ FUCHS, Helmut, ob. cit., p. 27.

⁷⁶ FUCHS, Helmut, ob. cit., p. 27; ROTSCH, Thomas, *Compliance* und Strafrecht, en *ZStW*, ob. cit., p. 490.

⁷⁷ ROTSCH, Thomas, *Compliance* und Strafrecht, en *ZStW*, ob. cit., p. 490.

de un *Compliance-Management-System* se debe originariamente a una visión de administración comercial y solo secundariamente a necesidades jurídicas. En qué medida el establecimiento de unas razonables “*best-practices*” de administración comercial bajo el punto de vista de la reputación de la empresa son compatibles sin más, desde un punto de vista jurídico-penal, con el principio de *ultima ratio* es, sin embargo, una pregunta distinta.

En la práctica, no obstante, las consecuencias de la diferenciación entre fuentes jurídicas primarias (“*hard law*”) y secundarias (“*soft law*”) suelen ser ignoradas. En todo caso, es una pregunta distinta qué consecuencias tiene esta diferenciación para el concepto de *criminal compliance*⁷⁸. De todas maneras, es incorrecta la generalizada aseveración de que el derecho vigente, como base jurídica primaria de *compliance*, sería “obviamente expandible mediante reglamentaciones empresariales como directrices, códigos, etc.”⁷⁹. Esto evidentemente no es válido para el derecho penal; en realidad, es correcto que los (estrictos) mandatos de comportamiento interno de la empresa que van más allá de la ley penal pueden revelar un compromiso interno de la empresa⁸⁰. Esto puede ser válido, en todo caso, en la medida que semejante reglamentación no vulnere las correspondientes normas básicas del derecho (civil). Así, por ejemplo, sería inválida en virtud del § 138 [parágrafo ciento treinta y ocho] inciso 1º del Código Civil Alemán (BGB) una promesa del empleador de encargarse de eventuales multas administrativas por infracciones contra reglamentos sobre el tiempo de conducción en el transporte de mercadería a larga distancia⁸¹. No obstante, en el marco del *compliance* relacionado con la criminalidad esto es distinto. Jurídico-penalmente las reglas de la empresa que exceden los requisitos del orden jurídico primario en ningún caso pueden tener relevancia inmediata⁸². Por ejemplo, si la ejecución de un tipo penal tiene como presupuesto el dolo, el dependiente de la empresa no es punible —obviamente—, porque en las directrices internas de la empresa se sanciona la inobservancia del cuidado debido (vinculante al interior de la empresa)⁸³. Incluso esto es igual en el caso inverso; naturalmente la empresa no puede legalizar penalmente una conducta prohibida mediante la amenaza de una pena por el orden jurídico-penal primario mediante el relajamiento de los presu-

⁷⁸ ROTSCCH, Thomas, *Compliance und Strafrecht*, en *ZStW*, ob. cit., p. 490.

⁷⁹ Así, sin embargo, HAUSCHKA, Christoph, ob. cit., § 1 número marginal 21 nota al pie 52.

⁸⁰ FUCHS, Helmut, ob. cit., p. 29.

⁸¹ LINCK, Rüdiger, en SCHAUB, Günther (edit), *Arbeitsrechts-Handbuch*, (München, 2013), § 34 número marginal 16.

⁸² ROTSCCH, Thomas, *Compliance und Strafrecht*, en *ZStW*, ob. cit., p. 491.

⁸³ ROTSCCH, Thomas, *Compliance und Strafrecht*, en *ZStW*, ob. cit., p. 491. Así también claramente FUCHS, Helmut, ob. cit., p. 32.

puestos típicos⁸⁴. Por consiguiente, no tiene en definitiva la empresa la posibilidad de disposición sobre la relevancia jurídico penal de un comportamiento, dado que el derecho penal es una cuestión exclusivamente estatal.

El hecho que los mandatos de comportamientos internos de la empresa no tienen jurídico-penalmente una relevancia inmediata no significa, sin embargo, que en el marco del *criminal compliance* sean completamente insignificantes y que, por tanto, sea posible pasarlos por alto. Así, parece que la jurisprudencia se inclina por deducir de la infracción de normas de comportamiento interno de la empresa la ejecución dolosa de un tipo penal⁸⁵. También normas de comportamiento formuladas de manera punitiva, a pesar de ser dirigidas a los miembros de la empresa, pueden tener un efecto respecto a personas externas a la empresa, en la medida que sean adecuadas para codeterminar la norma de cuidado debido en los comportamientos conformes a las normas del tráfico comercial –esto es, la exigencia en el marco de un delito imprudente–⁸⁶. Reglas internas de la empresa que de manera inmediata son jurídico-penalmente irrelevantes pueden, entonces, influir mediante repercusiones desagradables en la responsabilidad penal de los dependientes de la empresa o, en su caso, de la empresa misma. Esta circunstancia debe ser considerada en una previsoría gestión de riesgos normativos en el marco del *criminal compliance*.

Otra pregunta práctica especialmente relevante en este contexto es aquella respecto a la capacidad (represiva) de establecerse normas de comportamiento formuladas por parte de la empresa. En el –en la práctica indudablemente frecuente– caso en que se profundicen las exigencias legales, hay buenas razones para considerar positivamente los esfuerzos de la empresa –para la determinación de la sanción misma en el procedimiento de conclusión en la evaluación de las circunstancias modificatorias de la pena según el § 46 inciso 2º del StGB o también en el marco de la consideración del comportamiento “de la empresa” posterior al hecho–, en la medida en que no exista ningún indicio de que la empresa ha gestionado un mero “*compliance* de hoja de higuera” o *compliance* para el encubrimiento mediante tales aumentos de las exigencias de comportamiento. Pero incluso en aquellos casos –en la práctica mucho menos frecuentes (palabra clave “*best practices*”)– en que las exigencias del ordenamiento jurídico penal han sido

⁸⁴ ROTSCH, Thomas, *Compliance und Strafrecht*, en *ZStW*, ob. cit., p. 491.

⁸⁵ FUCHS, Helmut ob. cit., p. 32.

⁸⁶ ROTSCH, Thomas, *Compliance und Strafrecht* en *ZStW*, ob. cit., p. 491; RÖNNAU, Thomas, ob. cit., p. 253; FUCHS, Helmut, ob. cit., p. 32. También SIEBER, Ulrich, *Compliance –Programme im Unternehmensstrafrecht– Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität*, SIEBER, Ulrich (edit) *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedermann zum 70. Geburtstag*, (Köln, 2008), p. 449 y 470; “normativización a través de la práctica”.

reducidas, no es posible rechazar la posibilidad de considerarlas en el ya referido sentido positivo. Esto, debido a que frecuentemente las exigencias de comportamiento jurídico-primarias dan un resultado en concreto recién *ex post* a través de la concretización realizada por la jurisprudencia. A no ser que la contradicción entre normas de comportamiento *ex ante* formuladas por parte de la empresa y exigencias judiciales de comportamiento *ex post* por parte de la judicatura no sea –objetivamente *ex ante*– evidente, las medidas de *compliance* como tales deben encontrar reconocimiento en ambas constelaciones⁸⁷.

d) *Concretización a través de los destinatarios del criminal compliance*

Se puede arribar a otra concretización del *criminal compliance* a través de una determinación más detallada de sus destinatarios⁸⁸. Así, de manera inmediata, las normas de *compliance* se dirigen a los dependientes de la empresa⁸⁹. Pero también el Estado es el destinatario del *compliance*, especialmente las autoridades encargadas de la persecución penal, que *ex ante* o *ex post* deben reconocer los sistemas de *compliance* implementados y considerarlos positivamente al momento de la imposición de la sanción. Otros destinatarios son el público ajeno a la empresa al que también a través del *compliance* jurídico-penal se le debe presentar la empresa como un “*good corporate citizen*” o “buen ciudadano corporativo” para, a través de una ganancia en reputación, aumentar el valor de la empresa.

e) *Concretización a través de la naturaleza de las medidas de criminal compliance*

Se discute si el objeto del *criminal compliance* solo pueden ser medidas “necesarias” y “lícitas”. Respecto a la primera pregunta sobre la necesidad de medidas de *compliance*, la problemática se centra en su criterio de evaluación⁹⁰. Así, ¿el conocimiento posterior de que la introducción de una medida de *compliance* no habría sido necesaria la convierte en –a posteriori– una medida que no es legítimamente de *compliance*?⁹¹ En esta segunda pregunta entra en cuestión si para la consecución del objetivo de seguimiento del derecho está permitido emplear medios

⁸⁷ En este sentido ya ROTSCCH, Thomas, *Compliance und Strafrecht*, en *ZStW*, ob. cit., p. 491.

⁸⁸ ROTSCCH, Thomas, *Compliance und Strafrecht*, en *ZStW*, ob. cit., p. 491.

⁸⁹ Esto es, cuando se trata de la evitación de la realización de un tipo penal (o el inicio de una sospecha inicial). ROTSCCH, Thomas (edit) *Criminal compliance*, Handbuch, ob. cit. § 1 número marginal 46.

⁹⁰ ROTSCCH, Thomas, *Compliance und Strafrecht*, en *ZStW*, ob. cit., p. 494.

⁹¹ Al respecto ROTSCCH, Thomas (edit), *Criminal compliance*, Handbuch, ob. cit. § 1 número marginal 59.

ilícitos. En mi opinión, esto requiere un tratamiento diferenciado. Corresponde distinguir entre medidas contrarias a normas jurídicas no penales y medidas jurídico-penalmente ilícitas⁹². Por ejemplo, si la dirección de una empresa instaura una medida contraria al derecho laboral para evitar la punibilidad por corrupción de un dependiente –por ejemplo, en la que el despido del trabajador involucrado resulta ser contrario a normas de derecho laboral⁹³–, la medida no pierde por esa circunstancia su carácter de tal en el marco del *criminal compliance* ni tampoco la posibilidad de considerarla en el marco del *criminal compliance* represivo⁹⁴. El asunto parece ser distinto cuando se trata de medidas contrarias al derecho penal: la declaración absoluta de que por su parte el *compliance* tendría que cumplir con el derecho no es, considerando la excesiva generalización, exacta. Lo correcto es, en realidad, que el *criminal compliance* debe cumplir con el derecho penal⁹⁵. Extremando el ejemplo: el homicidio de un trabajador que deseaba cometer una administración desleal en perjuicio de la empresa no puede –independiente de su sanción según el § 212 del StGB– ser válido nunca como una medida de *compliance*. La aceptación de medidas contrarias al derecho penal lleva *ad absurdum* a la idea de *criminal compliance* como un instrumento para la prevención de delitos. Comportamientos contrarios al derecho penal no pueden representar correctamente medidas de *criminal compliance* lícitas y dignas de ser consideradas. Esto da como resultado que la definición de *criminal compliance* en este aspecto debe ser concretizada comprendiendo solo las medidas no contrarias al derecho penal⁹⁶.

f) *El concepto concretizado de criminal compliance*

Tras los intentos aquí emprendidos para concretizar el concepto de *criminal compliance* se puede definir de la siguiente manera⁹⁷: *criminal compliance* comprende la totalidad de las medidas, necesarias *ex ante* y *ex post* no contrarias a derecho penal, normativas, institucionales y técnicas de una organización que están dirigidas a sus miembros, el Estado o el público, ya sea para: a) minimizar preventivamente el riesgo de que mediante la organización o un miembro de la organización se cometa

⁹² ROTSCH, Thomas, *Compliance und Strafrecht*, en *ZStW*, ob. cit., pp. 493 y s.

⁹³ ROTSCH, Thomas, *Compliance und Strafrecht*, en *ZStW*, ob. cit., p. 493.

⁹⁴ ROTSCH, Thomas, *Compliance und Strafrecht*, en *ZStW*, ob. cit., p. 493.

⁹⁵ ROTSCH, Thomas, *Compliance und Strafrecht*, en *ZStW*, ob. cit., p. 493.

⁹⁶ ROTSCH, Thomas, *Compliance und Strafrecht*, en *ZStW*, ob. cit., p. 494. Con ello no se contesta, sin embargo, la pregunta sobre la capacidad de generalización de este enunciado, así, por ejemplo, en qué medida en el marco de *compliance* en derecho de libre competencia puede actuar de manera contraria al derecho civil.

⁹⁷ ROTSCH, Thomas, *Compliance und Strafrecht*, en *ZStW*, ob. cit., p. 494.

un delito de derecho penal económico relacionado con la organización contra el derecho interno o extranjero o que la correspondiente sospecha inicial de dicha comisión llegue a originarse, o b) represivamente aumentar las posibilidades de influenciar positivamente, en consenso con la autoridad en materia de persecución penal, la posibilidad de una sanción penal en sentido amplio y, con ello, finalmente c) aumentar el valor de la empresa.

5. Primeros planteamientos de una teoría del *criminal compliance*

El intento de explicación teórica del fenómeno del *criminal compliance* está todavía en sus primeros planteamientos⁹⁸. Esencialmente se discuten cinco elementos respecto de los que no se trata de condiciones de origen alternativas⁹⁹, sino que cumulativas¹⁰⁰. Estas son el llamado derecho penal del riesgo en a), la llamada divisionalización del derecho (b), el avance del desarrollo de la heterorregulación y autorregulación (regulada) (c), el aspecto de la globalización (d), así como la motivación económica del *compliance*.

a) El llamado derecho penal del riesgo como condición para el origen del *criminal compliance*

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

⁹⁸ ROTSCHE, Thomas, *Compliance* und Strafrecht, en *ZStW*, ob. cit., pp. 494. y ss.; KUHLEN, Lothar, ob. cit., p. 12 f; PRITTWITZ, Cornelius, Die Rechtsstellung –insbesondere Garantensstellung– von *Compliance*-Beauftragten, en KUHLEN, Lothar, KUDLICH, Hans y ORTIZ DE URBINA Iñigo (edit), ob. cit., p. 128; SALIGER, Frank, Grundfragen von *Criminal compliance*, en *RW* (2013), pp. 263 y 280.

⁹⁹ KUHLEN, Lothar, en KUHLEN, Lothar, KUDLICH, Hans y ORTIZ DE URBINA Iñigo (edit), ob. cit., pp. 12 y ss.; SALIGER, Frank, Grundfragen von *Criminal compliance*, en *RW* (2013), pp. 263 y 280 y ss. Al respecto ROTSCHE, Thomas (edit), *Criminal compliance*, Handbuch, ob. cit., § 1 número marginal 62, 67.

¹⁰⁰ ROTSCHE, Thomas, *Compliance* und Strafrecht, en *ZStW*, ob. cit., pp. 494 y ss.

¹⁰¹ Básico al respecto PRITTWITZ, Cornelius, *Strafrecht und Risiko*, ob. cit.; HILGENDORF, Eric, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft*, (Berlin, 1993). También ROTSCHE, Thomas, *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, (Baden-Baden, 1998).

¹⁰² Por un lado KUHLEN, Lothar, ob. cit., p. 14; SALIGER, Frank, ob. cit., p. 282; por otro lado, ROTSCHE, Thomas, *Compliance* und Strafrecht, en *ZStW*, ob. cit., p. 435 (*Criminal compliance* como consecuencia del moderno Derecho penal del riesgo).

una reacción a un crecientemente hipertrofiado derecho penal¹⁰³. Esto es en esa medida tanto derecho penal del riesgo como derecho penal riesgoso¹⁰⁴. El *criminal compliance* aparece como resultado y reverso de una continua extensión de la lucha contra la criminalidad desde un punto de vista temporal y de contenido; mientras más temprano comienza la “lucha”, frecuentemente siendo solo difusamente posible nombrar la merma del bien jurídico, y mientras más intensivamente tiene lugar, más aumenta también la necesidad del potencial involucrado de tomar las medidas preventivas de autoprotección tan temprano como sea posible¹⁰⁵. Donde por parte del legislador crecen constantemente la necesidad y posibilidad de sanción por el mero aumento del riesgo, también aumenta naturalmente por parte del destinatario de la norma el ansia de prevenir la sanción a través de la disminución del riesgo¹⁰⁶. Este intento de minimizar el riesgo encuentra su expresión también desde una perspectiva jurídico penal en la gestión de riesgos de la empresa.

b) La llamada “divisionalización” del derecho penal como condición de origen del criminal compliance

En el último tiempo se ha discutido intensamente la conexión de la divisionalización del derecho penal con el fenómeno del *criminal compliance*. Con la descripción del desarrollo del moderno derecho penal como divisionalización a través de la diversificación¹⁰⁷ se hace referencia a la creciente formación de subcategorías independientes del derecho penal, que como sector de un (supuestamente) homogéneo derecho penal tradicional obedecen a la accesoriedad de una realidad de reglas que se irá haciendo cada vez más compleja en cuanto a la heterogeneidad de su formación y siempre menor uniformidad dogmática¹⁰⁸. A esto pertenece especialmente

¹⁰³ Sobre la hipertrofia del derecho ver el artículo homónimo de ROTSCH, Thomas, Zur Hypertrophie des Rechts, en *ZIS* 1 (2008), p. 1.

¹⁰⁴ KUHLEN, Lothar, ob. cit., p. 14; KUHLEN, Lothar Strafrechtliche Haftung von Führungskräften, en MASCHMANN, Frank (edit), *Corporate Compliance und Arbeitsrecht* (Baden-Baden, 2009), pp. 12 y ss, 27; ROTSCH, Thomas, *Compliance und Strafrecht*, en *ZStW*, ob. cit., p. 435.

¹⁰⁵ ROTSCH, Thomas, *Compliance und Strafrecht*, en *ZStW*, ob. cit., p. 495; ROTSCH, Thomas, *Criminal compliance*, en *ZIS*, ob. cit., p. 616.

¹⁰⁶ ROTSCH, Thomas, *Compliance und Strafrecht*, en *ZStW*, ob. cit., p. 495.

¹⁰⁷ ROTSCH, Thomas, Der ökonomische Täterbegriff, en *ZIS* 7 (2007), p. 260. De acuerdo PRITTWITZ, Cornelius, Sonderstrafrecht Wirtschaftsstrafrecht?, en *ZIS* 5 (2012), pp. 217, 219 y s; crítico FATEH-MOGHADAM, Bijan, *Criminal compliance* ernst genommen – zur Garantstellung des *Compliance*-Beauftragten, en STEINBERG, Georg, VALERIUS, Brian y POPP, Andreas (edit), *Das Wirtschaftsstrafrecht des StGB*, (Baden-Baden, 2011), pp. 30 y ss; KUHLEN, Lothar, ob. cit., p. 15.

¹⁰⁸ ROTSCH, Thomas, Der ökonomische Täterbegriff, ob. cit., p. 260; ROTSCH, Thomas, *Compliance und Strafrecht*, ob. cit., p. 496.

también el derecho penal económico¹⁰⁹. La indeterminación del nebuloso objeto de referencia del *criminal compliance* es también expresión de las ahí manifestadas exigencias excesivas del derecho penal. El riesgo de punibilidad resultante de esta indeterminación es lo que los actores involucrados desean detener¹¹⁰.

c) El desarrollo avanzado desde la heterorregulación a la autorregulación como condición de origen del criminal compliance

Recientemente ha sido defendida prominentemente la visión de que el *criminal compliance* representa una consecuencia del desarrollo producido más allá del derecho penal del largamente conocido paso de la estatización a la privatización¹¹¹⁻¹¹². El *compliance* relacionado con la delincuencia es, entonces, una consecuencia del creciente desplazamiento de tareas tradicionalmente estatales a privadas –aquí, del Estado a las empresas–¹¹³. La creciente expansión y el siempre en creciente desarrollo y especificación del derecho penal se correlaciona de manera paradó-

¹⁰⁹ ROTSCH, Thomas, *Criminal compliance*, en *ZIS*, ob. cit., p. 615; ROTSCH, Thomas, *Compliance* und Strafrecht–Konsequenzen einer Neuentdeckung, en JOECKS *et al* (edit), *Recht –Wirtschaft– Strafe*, Festschrift für Erich Samson, (Heidelberg, 2010) pp. 150 y ss.; ROTSCH, Thomas, Einführung in den Allgemeinen Teil des Wirtschaftsstrafrecht, en MOMSEN, Carsten y GRÜTZNER, Handbuch zum Wirtschaftsstrafrecht (München, 2012), 1er cap. B. número marginal 9 y ss.; ROTSCH, Thomas, §§ 3-7, 9 StGB, en GRAF, Jürgen Peter, JÄGER, Markus y WITTIG, Petra (edit), *Kommentar zum Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, (München, 2011), número marginal 16. También HASSEMER, Winfried, Die Basis des Wirtschaftsstrafrechts, en KEMPF, Klaus, LÜDERSEN, Klaus y VOLK, Klaus (edit), *Die Handlungsfreiheit des Unternehmers: Wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken*, (Berlin, 2009), pp. 29 y 43.

¹¹⁰ ROTSCH, Thomas, *Compliance* und Strafrecht, en *ZStW*, ob. cit., p. 496 con nota al pie 87.

¹¹¹ COLLIN, Peter, Privatisierung und Etatisierung als komplementäre Gestaltungsprozesse, en *JZ* (2011), p. 274 con mayores referencias.

¹¹² SIEBER, Ulrich ob. cit., pp. 449, 459 y ss.; PIETH, Mark, Co-Regulierung im Wirtschaftsstrafrecht, en HERZOG, Felix (edit), Festschrift für Winfried Hassemer, (Heidelberg, 2010), pp. 893 y ss.; KUHLEN, Lothar, Strafrecht und freiwillige Selbstkontrolle der Wirtschaft: das Beispiel der Pharmaindustrie, en HERZOG, Felix (edit), Festschrift für Winfried Hassemer, (Heidelberg, 2010), pp. 875 y ss.; KUHLEN, Lothar, ob. cit., pp. 17 y ss.; RÖNNAU, Thomas, ob. cit., pp. 243 y ss.; ROTSCH, Thomas, *Compliance* und Strafrecht, en *ZStW*, ob. cit., pp. 486 y s; SALIGER, Frank, ob. cit., pp. 283 y s. Favorable desde un punto de vista criminológico, por ejemplo, KÖLBEL, Ralf, Whistleblowing, en *MSchrKrim* (2008), pp. 31 y ss., 34 y s.; escéptico, sin embargo, THEILE, Hans, Unternehmensrichtlinien – Ein Beitrag zur Prävention von Wirtschaftskriminalität?, en *ZIS* 9 (2008), p. 406; KÖLBEL, Ralf, Strafbarkeitsrisiken der Unternehmensführung aufgrund rechtswidriger Mitarbeiterpraktiken, en *vistra* (2010), p. 457. Crítico también PRITTWITZ, Cornelius, Die Rechtsstellung –insbesondere Garantenstellung– von *Compliance*-Beauftragten, ob. cit., p. 129.

¹¹³ Extensamente ROTSCH, Thomas (edit) *Criminal compliance*, Handbuch, ob. cit. § 1 número marginal 68.

jica con la creciente incapacidad del Estado de hacerse cargo por sí mismo de la implementación de ese derecho¹¹⁴.

d) La globalización como condición de origen del criminal compliance

Sin perjuicio de lo anterior, el *criminal compliance* es una expresión de un derecho penal crecientemente globalizado¹¹⁵, cuyas repercusiones en la realidad jurídica nacional ya no se pueden pasar por alto¹¹⁶. El *criminal compliance*, de todos modos, se ha convertido en corto tiempo en un fenómeno mundial¹¹⁷, que en época de un mundo globalizado obviamente exige respuestas globalizadas para preguntas globales.

e) El aspecto económico como condición de origen del criminal compliance

Sin embargo, no se puede subvalorar la motivación económica como condición de origen del *criminal compliance*. Si las medidas de *compliance* se introducen básicamente como instrumento de la competencia, no es difícil concluir que incluso el *compliance* relacionado con la criminalidad debe aumentar el valor de la empresa¹¹⁸. Así, el *compliance* se dirige a la empresa solo cuando sus costos económicos son más bajos que los de no cumplimiento. Sólo en la medida que esta conjetura no sea completamente implausible en la realidad, una empresa invertirá en *compliance* relacionado con el derecho penal.

6. Otras preguntas prácticas del criminal compliance

Se presentan una gran cantidad de otras preguntas, las cuales, sin embargo, recién están siendo planteadas. Al respecto, especialmente la pregunta sobre si existe una “obligación de *compliance*” ya es intensamente discutida –una discusión que, sin embargo, desde el punto de vista práctico no es muy productiva, porque en el intertanto se ha llegado a producir un cumplimiento obligatorio fáctico, dado

¹¹⁴ En ese sentido, por ejemplo, también SALIGER, Frank, ob. cit., p. 284.

¹¹⁵ Sobre el Derecho penal en el contexto de la globalización SCHÜNEMANN, Bernd, ob. cit., p. 299.

¹¹⁶ KUHLEN, Lothar, ob. cit., p. 15; ROTSCHE, Thomas, *Compliance und Strafrecht*, en *ZStW*, ob. cit., p. 497. También ARZT, Gunter, ob. cit., pp. 34 y s., quien habla de un irreversible “desarrollo internacional hacia una maximización ilusoria del Derecho penal”.

¹¹⁷ ROTSCHE, Thomas, *Compliance und Strafrecht*, en *ZStW*, ob. cit., p. 141.

¹¹⁸ ANDRES, Christian, BETZER, André, DOUMET, Markus, LIMBACH, Peter, Auswirkungen guter Corporate Governance und *Compliance* auf den Unternehmenswert, en *KSzW* (2013), pp. 92, 94 y ss.

que no se quiere exponer a la empresa a perjuicios sensibles desde un punto de vista económico y jurídico¹¹⁹.

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

Otros problemas solo se pueden esbozar aquí: ¿cuál es el significado de los §§ 30 y 130 OWiG en el marco del *criminal compliance*? ¿Cómo se llevan las “*best practices*” económicas con el principio jurídico penal de la *ultima ratio*? ¿Qué problemas esconde el desplazamiento de obligaciones originariamente estatales a privados? ¿Qué lugar, tareas y obligaciones tiene el asesor de *compliance*? Debería ser evidente que para responder a todas estas preguntas no solo puede exigirse a la ciencia y prácticas jurídico-penales.

IV. CONCLUSIONES

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

¹¹⁹ ROTSCH, Thomas, *Compliance*, ob. cit.