



Marc Engelhart(*)

El desarrollo del **Derecho penal económico** en Alemania(**)

“LOS DELITOS ECONÓMICOS ESTÁN CARACTERIZADOS POR LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS, EN VEZ DE DERECHOS INDIVIDUALES. ESTA CARACTERÍSTICA ES EL RASGO MÁS IMPORTANTE, PUES HACE ÉNFASIS EN LA PROTECCIÓN DE LAS INSTITUCIONES EN EL MERCADO ECONÓMICO Y CONVIERTE AL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN UN MEDIO ESPECIAL DE REGULACIÓN DENTRO DEL CAMPO DEL DERECHO ECONÓMICO”

1. Introducción

Durante la última década, los delitos económicos han estado, como nunca antes, bajo el foco de la atención pública alemana. Casos importantes como el llevado contra Ackermann (denominado procesos *Mannesmann*), otrora director ejecutivo (CEO) del Deutsche Bank, por malversación de fondos; o los incidentes de corrupción dentro del grupo Siemens, han arrojado una aproximación especial de la conducta ilícita dentro del sector económico⁽¹⁾. Estos casos revivieron el interés en el Derecho penal económico como no se daba desde la década de 1980. El presente artículo analiza el estado y desarrollo del Derecho penal económico. Primero, se tratarán los aspectos criminológicos, y luego se llegará al estudio de las fuerzas implicadas en el desarrollo del crimen económico. Luego el trabajo se abocará a los cambios hechos en el Derecho sustantivo, procesal y en el *Soft Law*. Así mismo, incluye

(*) Abogado por University of Freiburg, Alemania. Estada de investigación en University of Edinburgh, Reino Unido. Doctor en Derecho por Max Planck Institute for foreign and international criminal law en Freiburg, Alemania. Su tesis doctoral *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance* ha sido distinguida con la medalla Otto Hahn y con el premio de la Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung. Jefe del área de Derecho penal económico y corporativo del Max Planck Institute for foreign and international criminal law en Freiburg, Alemania.

(**) Artículo inédito. Traducción del inglés de Gino Elvijo Rivas Caso, estudiante y asistente de cátedra de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La Asociación Civil IUS ET VERITAS agradece profundamente la colaboración del doctor Marc Engelhart en la traducción y publicación del presente artículo.

(1) Para el caso del Deutsche Bank de 2004 a 2006, véase FEDERAL COURT OF JUSTICE (BUNDESGERICHTSHOF). *Decisions of the Federal Court of Justice* (BGHSt). Volumen 50, p. 331; ALWART. En: *Juristenzeitung* (JZ), 2006; p. 546; SPINDLER. En: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (ZIP), 2006; p. 349; VOGEL. En: *Juristenzeitung* (JZ) 2006; p. 546. Sobre el caso Siemens, que se volvió público en 2007, véase ENGELHART. *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance*, 2010; p. 2 y siguientes; VOLZ y ROMMERSKIRCHEN. *Die Spur des Geldes*, 2009; p. 20 y ss.; WOLF. En: GRAEFF y otros. (editores). *Der Korruptionsfall Siemens*; p. 9 y siguientes.



los últimos avances en la materia, como la privatización de las investigaciones públicas y el concepto de “Cumplimiento” (*Compliance*) como medio de prevención y descubrimiento de conductas criminales.

2. Definición y aspectos criminológicos

Si bien el término “Derecho penal económico” es ampliamente usado, no existe una definición común exacta. El enfoque criminológico todavía se basa en los estudios de Sutherland y su énfasis en los criminales *de cuello blanco* con un nivel

“LO NUEVO ES EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY POR MEDIO DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO QUE LAS COMPAÑÍAS IMPLEMENTAN A EFECTOS DE PREVENIR Y DESCUBRIR DELITOS. LAS COMPAÑÍAS, POR LO TANTO, TOMAN PARTE, DE MANERA ACTIVA, EN LA PREVENCIÓN. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO SON COMPLEJOS E INCLUYEN ESTÁNDARES Y PROCEDIMIENTOS, PERSONAL ESPECIAL (RESPONSABLES DEL CUMPLIMIENTO), ENSEÑANZA, INCENTIVOS Y MECANISMOS DE CONTROL”

socioeconómico alto⁽²⁾. Aunque la definición ha sido ampliada a efectos de poder abarcar a todas las personas que comenten delitos en su centro de trabajo (delitos ocupacionales), la definición es, más bien, vaga y choca contra el principio constitucional de definir al Derecho penal por los elementos del ilícito y no por los del autor⁽³⁾.

Desde un prisma sustantivo del derecho, los delitos económicos están caracterizados por la protección de bienes jurídicos colectivos, en vez de derechos individuales⁽⁴⁾. Esta característica es el rasgo más importante, pues hace énfasis en la protección de las

(2) Véase DANNECKER. En: WABNITZ y JANOVSKY (editores). *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*. 3era edición, 2007; p. 1 y 12 y ss.; KAISER. *Kriminologie*. 3era. edición, 1996; § 75 parágrafo 15 y ss.; TIEDEMANN. *Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil*. 3era. edición, 2010; p. 16.

(3) TIEDEMANN. *Óp. cit.*; p. 16 (*supra* nota 2).

(4) HEFENDEHL. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002; p. 252 f.; LAMPE. En: *Festschrift für Klaus Tiedemann*, 2008; p. 79 y ss.; OTTO. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*. Volumen 96, 1984; p. 339, 345 y siguientes.



Marc Engelhart

instituciones en el mercado económico y convierte al Derecho penal económico en un medio especial de regulación dentro del campo del Derecho económico⁽⁵⁾. Como este enfoque es, también, vago, uno generalmente se refiere a la definición en la GVG (Courts Constitution Act)⁽⁶⁾. La ley enumera todas las normas y delitos para los que una división especial para delitos económicos del Tribunal Regional tiene competencia⁽⁷⁾. La lista no cubre todos los ilícitos económicos, pero otorga una definición clara sobre la cual trabajar. Por lo tanto, la Oficina Federal de la Policía recoge datos sobre esa base⁽⁸⁾.

Por años, la información policial muestra la misma fotografía: los delitos económicos solo representan un número reducido de casos, pero, económicamente, la mitad del daño causado por el crimen⁽⁹⁾. En el 2010 los delitos económicos conformaron solo el 1.7% de todos los ilícitos reportados, pero fueron responsables por el 55,4% del daño total reportado (lo que equivale a 4,7 mil millones de euros). Dentro de la última década, los números difieren año a año de manera perceptible, pero tampoco hay un claro incremento en los casos, o en el monto del daño que generan. Esto significa que la problemática de los delitos económicos no se ha agravado; pero, a la vez, las estrategias de las fuerzas del orden tampoco han mostrado resultados visibles. La atención pública en la materia, por lo tanto, existe más que nada por los casos espectaculares ya mencionados, y no por el incremento en el número de delitos. Debido al alto porcentaje de pérdidas que causan los delitos económicos, estos se mantendrán como un problema

serio que requiere más atención por parte del legislador y de las fuerzas del orden.

3. Razones del desarrollo

El Derecho penal económico fue opacado por el Derecho penal general por un largo tiempo. Luego de la Segunda Guerra Mundial, el legislador realizó denodados esfuerzos por reformar el Derecho penal que se remontaban a inicios del siglo XIX, momento del nacionalsocialismo, ya terminada la Primera Guerra Mundial⁽¹⁰⁾. Esto derivó en una revisión sustantiva del Código Penal (Strafgesetzbuch - StGB) en la década de 1960 y 1970. Sin embargo, el ilícito económico no era un tema muy tratado. Construir y revitalizar la economía (el *Wirtschaftswunder* alemán) era prioritario. Perseguir la conducta económica hubiera mermado su desarrollo⁽¹¹⁾. Por lo tanto, ningún legislador o científico de la comunidad intentó desarrollar un sistema coherente y comprensivo de los delitos económicos. La principal excepción fue la descriminalización del Código Penal en cuanto a delitos menores y el establecimiento de un sistema de delitos administrativos (el "Ordnungswidrigkeitenrecht")⁽¹²⁾. Por lo general, fueron creados nuevos ilícitos, pero

(5) SCHLIESKY. *Öffentliches Wirtschaftsrecht*. 3era. edición, 2008; p. 4; TIEDEMANN. *Óp. cit.*; p. 17. (supra nota 2).

(6) Véase sec. 74c Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) (Ley constitutiva del Tribunal).

(7) Abarca, por ejemplo, delitos contra la Ley de Patentes, la Ley de Derechos de Autor, la Ley contra la Competencia Desleal, la Ley de Quiebras, la Ley de Sociedades Anónimas o el Código de Comercio. También abarca los delitos del Código Penal, como el fraude, fraude informático, prevaricato, soborno y la retención y malversación de remuneraciones o salarios, en la medida que el conocimiento especial de las operaciones comerciales y las prácticas sea requerido para juzgar el caso.

(8) La oficina publica un reporte anual sobre el desarrollo de la criminalidad económica. Véase el último reporte: FEDERAL CRIMINAL POLICE OFFICE (BUNDESKRIMINALAMT) (Oficina de la Policía Federal). *Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität 2010*. Disponible en web en: www.bka.de, 2011.

(9) Véase : *Idem*; p. 6 y siguientes.

(10) Después de la guerra, el legislador también derogó la extensa legislación penal del nacionalsocialismo, especialmente la dictada durante la guerra, para restablecer el estado de derecho. Esta iniciativa específica para descriminalizar la economía no será discutida en detalle aquí.

(11) Véase TASCHKE. *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht* (NZWiSt), 2012; p. 9 y 10; con el ejemplo de la corrupción fuera de Alemania que no está criminalizada.

(12) Véase *infra*, 4.3.

El desarrollo del Derecho penal económico en Alemania

no como delitos penales sino como faltas en el derecho administrativo, tal y como las que se encuentran en el campo de la legislación de protección a la competencia⁽¹³⁾.

3.1. Movimiento para la reforma del delito económico

El cambio social en la década de 1960 derivó en un movimiento para la reforma del delito económico que llevó el tema a la agenda política y científica. Una figura esencial fue Klaus Tiedemann, quien influyó en el desarrollo del tema durante las décadas siguientes⁽¹⁴⁾. En la German Law Conference de 1972, Tiedemann presentó la opinión de los expertos en materia del delito económico, lo que estimuló discusiones posteriores⁽¹⁵⁾. Una comisión especializada establecida por el Ministerio de Justicia Federal discutió una reforma de los delitos económicos desde 1972 hasta 1978⁽¹⁶⁾. Asimismo, un grupo de académicos también preparó una propuesta de reforma⁽¹⁷⁾. El trabajo dio como resultado dos grandes leyes para combatir el crimen en 1976 y 1986. Estas introdujeron nuevos ilícitos como el fraude de subvenciones (artículo 264 StGB) y delitos informáticos⁽¹⁸⁾.

3.2. Sociedad de riesgo

En la década de 1960 también empezó un debate sobre las consecuencias del desarrollo económico en el ambiente y sobre la responsabilidad corporativa para con las futuras

generaciones. Esto generó que, en 1980, se establecieran los delitos contra el medio ambiente en el StGB⁽¹⁹⁾. La discusión cobró impulso a mediados de la década de 1980, cuando Beck publicó su trabajo sobre la moderna sociedad de riesgo y su especial vulnerabilidad debido al desarrollo tecnológico y a los cambios sociales⁽²⁰⁾. Accidentes como Chernobyl en 1986, o el incendio de la planta química de Sandoz AG en Basilea el mismo año, fueron vistos como ejemplos de este cambio. Esto derivó en una intensa discusión sobre los instrumentos existentes y, finalmente, sobre una reforma sustantiva del Derecho penal ambiental en 1994⁽²¹⁾. Además, el escenario del crimen organizado era visto como uno de los principales problemas de la sociedad moderna. Esto condujo a varias leyes estatales en la década de 1990, las que introdujeron el ilícito del lavado de dinero, la expansión de las medidas de investigación, así como mayores recursos para la policía y fiscalía⁽²²⁾. Como el crimen organizado está estrechamente relacionado con el mercado

- (13) Véase las sec. 37 y 38 de la Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) (Ley contra las Restricciones a la Competencia) del 27 de julio de 1957. En: *Federal Law Gazette* (Bundesgesetzblatt); parte I, p. 1081.
- (14) Véase especialmente su tesis de habilitación: TIEDEMANN. *Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969.
- (15) Véase la publicación de la German Law Conference (*Deutscher Juristentag*): *Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentags*. 2 volúmenes, 1972; que contiene también contribuciones sustantivas de Schäfer y Noll.
- (16) Véase las publicaciones del Bundesministerium der Justiz (Ministerio Federal de Justicia). *Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. Schlussbericht der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität – Reform des Wirtschaftsstrafrechts – über die Beratungsergebnisse*, 1980.
- (17) El grupo experto consistía en los profesores de Derecho penal Lampe, Lenckner, Stree, Tiedemann y U. Weber. La propuesta fue publicada en: *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs, Besonderer Teil. Straftaten gegen die Wirtschaft*, 1977.
- (18) Los delitos informáticos en el Código penal comprenden el artículo 202a (espionaje de datos), artículo 263a (fraude informático), artículo 269 (falsificación de datos con la intención de proporcionar pruebas), artículo 270 (intención de fraude en el contexto del procesamiento de datos), artículo 303a (manipulación de datos), artículo 303b (sabotaje informático). Véase el primer trabajo general sobre el tema: SIEBER. *Computerkriminalität und Strafrecht*. 2da. edición, 1980.
- (19) Véase la 18. Strafrechtsänderungsgesetz – Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität (18va. Ley de Reforma del Derecho penal - Ley que Combate el Crimen Ambiental) del 28 de marzo de 1980. En: *Federal Law Gazette* (Bundesgesetzblatt); parte I, p. 373 que introdujo los artículos 324-330d en el Código Penal. Sobre la historia de la legislación, véase: KRÜGER. *Die Entstehungsgeschichte des 18. StAG*, 1995.
- (20) BECK. *Risikogesellschaft*, 1986.
- (21) Véase la Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität (2da. Ley que combate el Crimen Ambiental) del 27 de junio de 1994. En: *Bundesgesetzblatt*; parte I, p. 1440.
- (22) Véase la Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (Ley que combate el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Fenómenos de Crimen Organizado) del 15 de julio de



Marc Engelhart

económico, esto promovió la persecución de los delitos económicos.

3.3. Regulación reactiva

En la década de los 90 el movimiento nacional para la reforma del derecho penal económico había finalmente perdido su fuerza en la discusión científica y legislativa. La legislación se había concentrado principalmente en aspectos singulares, generalmente como respuesta a la discusión pública⁽²³⁾. Así, por ejemplo, se combatió el empleo ilegal⁽²⁴⁾, el comercio exterior ilícito (con énfasis en el tráfico de armas de fuego)⁽²⁵⁾ y el soborno comercial privado⁽²⁶⁾. Esto no solo llevó a un enfoque asistemático de los delitos económicos, sino que también derivó en un Derecho penal económico fragmentado (denominado a menudo como “*fragmentarierisches Recht*”) y, en muchas áreas, altamente simbólico (“*symbolisches Recht*”). La propaganda política siempre pareció más importante que la evaluación seria de alternativas y el análisis de la eficacia de las medidas escogidas.

3.4. Internacionalización y europeización

Mientras que las iniciativas nacionales de reforma del marco de los delitos económicos en Alemania han perdido impulso, la normativa supranacional se ha convertido en uno de los principales motores para la reforma desde inicios de la década de 1990. En el ámbito internacional, el convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para la lucha contra el soborno ha

tenido gran influencia en la penalización del soborno en el extranjero⁽²⁷⁾. El sistema de monitoreo de la OCDE permite un juicio crítico al sistema alemán de manera regular y otorga apoyo político⁽²⁸⁾. Ahora, la Unión Europea se ha vuelto incluso más influyente que la OCDE⁽²⁹⁾. De manera creciente, su legislación forma parte del Derecho penal nacional, junto con reglamentos directamente aplicables u obligaciones que los legisladores nacionales deben implementar. La legislación europea ha tenido gran influencia en las regulaciones del Derecho penal alemán en cuanto al tráfico de información privilegiada y manipulación del mercado, la falsificación de balances financieros o en la reforma del fraude de subvenciones, y en las reglas para la responsabilidad penal de las empresas. En la actualidad las iniciativas para reformar el esquema legal penal económico tienen como raíz el ámbito europeo.

3.5. El movimiento del Cumplimiento (Compliance)

Dentro de la última década, el movimiento del cumplimiento proveniente de Estados Unidos ha tenido gran influencia en el debate de los delitos económicos⁽³⁰⁾. La idea se ha

1992. En: Bundesgesetzblatt; parte I, p. 1302. Sobre la ley que introduce el artículo 261 del Código Penal sobre el lavado de dinero: Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität (Ley de mejora del combate al crimen organizado) del 4 mayo de 1998. En: Bundesgesetzblatt; parte I, p. 845.

(23) Véase ACHENBACH. *Juristische Ausbildung* (Jura), 2007; p. 342, 346 y siguientes.

(24) Véase BRENNER. *Bekämpfung der Schwarzarbeit*, 2008; DANNECKER, *Óp. cit.*; p. 1, 47 y ss. (*supra* nota 2); IGNOR y RIXEN. En: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NSTZ), 2002; p. 510.

(25) Véase BIENECK. En: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NSTZ), 2006; p. 608.

(26) Véase la Gesetz zur Bekämpfung der Korruption (Ley que combate la corrupción) del 13 de agosto de 1998. En: *Federal Law Gazette* (Bundesgesetzblatt); parte I, p. 2038 que introduce una nueva parte del Código Penal sobre sobornos en el comercio privado.(artículos 298 y 299).

(27) Véase la Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung (Ley que combate el soborno internacional) del 10 de setiembre de 1998. En: *Bundesgesetzblatt*; parte II; p. 2327 que equiparó a los funcionarios internacionales con los nacionales.

(28) Véase, por ejemplo: OECD. *Germany: Phase 3, Report on the Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 2009 Revised Recommendations on Combating Bribery in International Business Transactions*, marzo de 2011; p. 36 ff. Disponible en web: <http://www.oecd.org/dataoecd/5/45/47416623.pdf>.

(29) DANNECKER. *Óp. cit.*; p. 67 y ss. (*supra* nota 2); SATZGER. *Internationales und Europäisches Strafrecht*. 5ta. edición, 2011; p. 93 y ss.; TIEDEMANN. *Óp. cit.*; p. 33 y ss. (*supra* nota 2).

(30) Véase ENGELHART. *Óp. cit.*; p. 497 y siguientes. (*supra* nota 1); SIEBER. En: *Festschrift für Klaus Tiedemann*, 2008; p. 475 y ss.; TIEDEMANN. *Óp. cit.*; p. 4 y siguientes. (*supra* nota 2).

El desarrollo del Derecho penal económico en Alemania

vuelto tan influyente que recibirá un enfoque especial en subsiguientes puntos⁽³¹⁾. Un aspecto principal de la discusión se aboca a entender cómo el Derecho penal y el cumplimiento de la norma, como instrumentos de control social pueden potenciar la prevención e incentivar el desarrollo económico⁽³²⁾. El cumplimiento es, por lo tanto, parte de una nueva discusión sobre los enfoques legales en una sociedad mundial de riesgo donde las esferas públicas y privadas se unen para darle fuerza a la lucha (transnacional) contra los delitos económicos⁽³³⁾.

4. Avances en el Derecho penal sustantivo

4.1. La expansión del Derecho penal y la naturaleza cambiante de los ilícitos

Desde el establecimiento del Código Penal alemán de 1871, el legislador ha ido constantemente expandiendo la regulación de la normativa penal⁽³⁴⁾. Esto es especialmente cierto con respecto a los delitos económicos, los cuales se han incrementado enormemente en las últimas décadas. Aunque no se dio un enfoque legislativo correcto luego de la Segunda Guerra Mundial y el nivel de persecución era bajo, el legislador empezó a añadir normas penales hasta el punto en que abarcaban cualquier aspecto de la conducta económica. Por lo tanto, la mayoría de normas de Derecho administrativo económico (*Wirtschaftsverwaltungsrecht*) están acompañadas por alguna clase de ilícito penal (o administrativo⁽³⁵⁾). Esto no solo ha derivado en un vasto número de ilícitos fuera del código penal, sino que también ha hecho imposible enumerarlas. En consecuencia, solo un pequeño número de especialistas en

sus respectivas áreas están familiarizados con esos ilícitos, pero no la mayoría de abogados alemanes. Este hecho también ha contribuido a obstaculizar el desarrollo de una teoría integral del derecho penal económico.

Aunque no haya una teoría general, existen ciertos rasgos que caracterizan los (modernos) delitos económicos frente a los delitos *tradicionales*. Un aspecto principal ya mencionado es la protección de bienes jurídicos colectivos (*kollektive Rechtsgüter*)⁽³⁶⁾. De manera usual, los crímenes son denominados delitos especiales (*Sonderdelikte*), los que pueden ser cometidos solo por cierta clase de personas⁽³⁷⁾. También, frecuentemente, los ilícitos solo requieren que el acto delictuoso derive en un peligro general (*abstrakte Gefährdungsdelikte*), no siendo necesaria la existencia de una lesión o daño concreto⁽³⁸⁾. Esto es, más que nada, consecuencia de la protección de los bienes jurídicos colectivos, donde no hay bienes individuales que puedan ser lesionados. Adicionalmente en muchos casos no se requiere un acto doloso, sino más bien culpa grave o, incluso, culpa leve. A efectos de facilitar la persecución fiscal, existe una tendencia a criminalizar las primerísimas etapas de un acto ilícito⁽³⁹⁾.

(31) Véase *infra* 4.2.2. (sobre los deberes de cumplimiento); 5. 2. (sobre investigaciones sobre el cumplimiento); 6. (Desarrollo del *Soft Law* y cumplimiento).

(32) BOCK. *Criminal Compliance*, 2011; p. 131.

(33) Véase las contribuciones de SIEBER. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW). Volumen 119, 2007; p. 1, 35 y ss.; SIEBER. En: *Festschrift für Klaus Tiedemann*, 2008; p. 475; SIEBER. En: *Rechtstheorie*. No. 41, 2010; p. 151 y 189.3

(34) La principal excepción ya está mencionada en la introducción al *Ordnungswidrigkeitenrecht*. Véase *infra* 4. 3.

(35) Véase *infra* 4.3.

(36) *Supra* nota 4 y texto contiguo. Un ejemplo es la información privilegiada que protege de primera mano el funcionamiento y transparencia del Mercado financiero (artículo 38 de la *Wertpapierhandelsgesetz* [Ley de Negociación de Valores]).

(37) Un ejemplo es el artículo 266a del Código Penal (Incumplimiento del pago y malversación de remuneraciones y salarios) que solo puede ser cometido por el empleador.

(38) Por ejemplo, véase el artículo 34 de la *Außenwirtschaftsgesetz* (AWG) (Ley de Comercio Exterior) requiere algunas exportaciones que posiblemente pongan en peligro la paz internacional (pero no requiere el peligro en sí mismo).

(39) Un clásico ejemplo es el artículo 265b del Código Penal (Obtención de crédito por fraude) que contempla una solicitud incorrecta de un crédito, sin importar cualquier daño causado o intentado, que es requerido por el artículo 263 (Fraude). Esto hace especialmente para la Fiscalía comenzar una investigación. Véase TIEDEMANN. *Op. cit.*; p. 27 (*supra* nota 2).



Marc Engelhart

4.2. Modificaciones sustantivas a las figuras delictuosas

Mientras Alemania se concentró por varias décadas en el desarrollo económico luego de la Segunda Guerra Mundial, los gerentes de empresas fueron rara vez procesados⁽⁴⁰⁾. Una de las principales razones fue el hecho de que los estándares para la responsabilidad penal en el ámbito corporativo no eran claros. El caso *Contergan* a finales de la década de 1960 puso en evidencia las debilidades del marco legal penal⁽⁴¹⁾. Una compañía farmacéutica alemana empezó a producir una droga para dormir. Cuando aparecieron las primeras evidencias de que la referida droga dañaba al feto de mujeres embarazadas que tomaban las píldoras, la compañía decidió seguir vendiendo la píldora e investigar el problema. La compañía solo retiró la droga del mercado cuando se había demostrado de manera indubitable que el daño se debía a las píldoras y que varios cientos de niños habían nacido muertos o incapacitados. Varios gerentes, por lo tanto, fueron procesados. Los procedimientos de la corte evidenciaron la dificultad para probar responsabilidades individuales en este caso. No existía un esquema sobre cómo el derecho penal podía juzgar decisiones económicas dentro de una compañía y justificar la responsabilidad por productos defectuosos. Al final, la corte desestimó el caso⁽⁴²⁾.

4.2.1. La sentencia *Leather Spray*

Recién en la década de 1990, las cortes alemanas comenzaron a elaborar reglas adecuadas para el manejo corporativo. El punto de quiebre fue la decisión *Leather Spray* dada por el Tribunal Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof* - BGH) en 1990⁽⁴³⁾. Una compañía producía aerosoles para la protección de zapatos de cuero que causaban serios problemas de salud. Sin embargo, el directorio de la compañía decidió investigar a fondo el caso y, mientras tanto, mantener la venta de los aerosoles. Luego de que muchas personas resultaron dañadas, las autoridades detuvieron la venta del

producto. Una sentencia condenatoria para el directorio por lesiones corporales causadas de manera negligente fue confirmada por la corte federal: los directores de empresas que permitan la venta de productos peligrosos en el mercado son penalmente responsables. Se aplicó un enfoque de dos pasos para establecer la causalidad y atribución de la responsabilidad⁽⁴⁴⁾. Primero se examinó si la compañía tenía un deber de actuación o de inhibición frente a ciertas actividades peligrosas. En segundo lugar, se analizó si el director en cuestión contribuyó en la decisión de ejecutar o no las medidas necesarias para enfrentar el problema. La corte dejó en claro que cada director que tome parte en una decisión corporativa de esta clase es responsable. Este caso dejó en claro que las decisiones corporativas de alto nivel serían revisadas a fondo por el Derecho penal desde ese momento. También se enfatizó que un director que tome parte de una decisión colegiada solo puede evadir la responsabilidad cuando él mismo tome medidas para evitar cualquier daño futuro.

4.2.2. Deberes corporativos de garantía: deberes de cumplimiento (*compliance*)

La sentencia *Leather Spray* había indicado que la Corte Federal de justicia trabajaría en los deberes de actuación en la dirección corporativa. Si bien ya el Tribunal Supremo del Imperio Alemán en los inicios del siglo XIX había declarado que el propietario y los altos ejecutivos de una compañía tienen el

(40) Véase TASCHKE. En: *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht* (NZWiSt), 2012; p. 9 y 10.

(41) Sobre el caso, véase BEYER. *Grenzen der Arzneimittelhaftung*, 1989; KAUFMANN, Armin. En: *Juristenzeitung* (JZ), 1971; p. 569.

(42) Véase la sentencia del Landgericht Aachen (Tribunal regional). En: *Juristenzeitung* (JZ), 1971; p. 507. La corte también tuvo en consideración que el proceso ya había durado casi 10 años y que la compañía había prometido pagar 110 millones de marcos alemanes a una fundación para los niños afectados con la droga.

(43) FEDERAL COURT OF JUSTICE (BUNDESGERICHTSHOF). *Decisions of the Federal Court of Justice* (BGHSt). Volumen 37; p. 106. Sobre el caso HILGENDORF. En: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ), 1994; p. 561; SCHÜNEMANN. En: CANARIS (editor). *Festschrift 50 Jahre Bundesgerichtshof*, 2000; p. 621.

(44) KUHLEN. En: ACHENBACH y RANSIEK (editores). *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*. 3era edición, 2012; p. 79 y siguientes.

El desarrollo del Derecho penal económico en Alemania

deber de prevenir posibles delitos de sus empleados⁽⁴⁵⁾, el esquema concreto de este deber se ha mantenido vacío por décadas. Desde la década de 1990 el Bundesgerichtshof ha comenzado a clarificar varios aspectos importantes en algunas de sus sentencias⁽⁴⁶⁾. El propietario y los altos directivos de la compañía son responsables si ellos en realidad asumen los deberes de prevenir el daño (lo cual significa que solo la posición formal no es suficiente para constituir responsabilidad) y tienen la posibilidad de prevenir dichos daños⁽⁴⁷⁾. Ellos tienen un deber de garantía (*Garantenpflicht*) que los hace penalmente responsables por cualquier omisión que cause daño (véase artículo 13 del Código Penal alemán). Una clara limitación es que ellos son solo responsables por los ilícitos relacionables con la compañía realizados por los empleados (*betriebsbezogene Taten*). Los delitos cometidos en el centro de trabajo pero sin conexión con la compañía están excluidos⁽⁴⁸⁾.

Con un pronunciamiento el 2009⁽⁴⁹⁾, el Bundesgerichtshof inspiró la discusión sobre los deberes de garantía sustantivos⁽⁵⁰⁾. El Tribunal manifestó que “el deber de un Responsable del Cumplimiento es prevenir infracciones a la ley, especialmente delitos, los cuales son realizados fuera de la empresa. Estos Responsables regularmente tienen el deber de actuar de conformidad con el artículo 13 del Código Penal alemán (omisiones)”. Como el aspecto mencionado no era relevante para el caso se estaba resolviendo, no se profundizó más. El enfoque del Tribunal no solo era una

referencia a la creciente importancia del cumplimiento (véase *infra* sección 6.). Sino que también levantó cuestiones interesantes en lo que respecta a la responsabilidad de un responsable del cumplimiento. La tarea de muchos responsables es la prevención de delitos. Sin embargo, tener esa descripción de trabajo no constituye automáticamente la obligación (penal) de actuar. En muchos casos los responsables del cumplimiento están simplemente obligados a reportar al CEO⁽⁵¹⁾. Si ellos cumplen con esa obligación no hay espacio para responsabilidad alguna basada en omisión⁽⁵²⁾. Todos estos problemas no han sido tratados por el Tribunal. Es, por lo tanto, claro que este último desea constituir una nueva clase de responsabilidad para los responsables y la gerencia.

4.2.3. Directores como autores mediatos

Además de los deberes de garantía, el Tribunal Federal de Justicia ha basado la responsabilidad penal para los directores en las reglas de participación en delitos para los autores mediatos. Roxin había originalmente desarrollado la figura del “autor mediato por dominio de voluntad en aparatos de poder (*mittelbare Täterschaft*)”

(45) Véase por ejemplo, SUPREME COURT (REICHSGERICHT), *Decisions of the Supreme Court* (RGSt). Volumen 19; p. 204; volumen 48; p. 316; volumen 57; p. 148; volumen 58; p. 130; volumen 75; p. 296.

(46) Véase FEDERAL COURT OF JUSTICE (BUNDESGERICHTSHOF), *Decisions of the Federal Court of Justice* (BGHSt). En: *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 1995; p. 2933; *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ), 2012; p. 142 y 1997; p. 545

(47) A pesar de que algunos puntos se han aclarado, el tema sigue siendo uno de los más discutidos y difíciles del Derecho penal alemán. Véase, por ejemplo, FISCHER. *Strafgesetzbuch*. 59ena. edición, 2012; § 13, parágrafo 37; SPRING. *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, 2009; p. 63 y siguientes.

(48) Véase BUNDESGERICHTSHOF. En: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ), 2012; p. 142 en el que un gerente no fue considerado responsable ya que no tenía el deber de evitar que los empleados golpeen a otro durante el horario de trabajo.

(49) Decisión del Bundesgerichtshof del 17 de Julio de 2009 – 5 StR 394/08. *Decisión del Bundesgerichtshof* (BGHSt). Volumen 54; p. 44.

(50) Véase DANNECKER y DANNECKER. En: *Juristenzeitung* (JZ), 2010; p. 981; JAHN. En: *Juristische Schulung* (JuS), 2009; p. 1142; KREMER y KLAHOLD. En: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* (ZGR) 2010, p. 113; KRÜGER. En: *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS), 2011; p. 1; RANSIECK. *Die Aktiengesellschaft* (AG), 2010; p. 147; RÖNNAU y SCHNEIDER. En: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (ZIP), 2010; p. 53.

(51) Véase ENGELHART. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (ZIP), 2010; p. 1832 y 1838; LÖSLER. *Wertpapier-Mitteilungen* (WM), 2008; p. 1098 y 1102; Rönnau y Schneider. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (ZIP), 2010; p. 53 y 60.

(52) Véase RANSIECK. *Die Aktiengesellschaft* (AG), 2010; p. 147 y 153; RÖNNAU y SCHNEIDER. En: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (ZIP) 2001; p. 53 y 58.



Marc Engelhart

durch Organisationsherrschaft)” para, por ejemplo, demostrar la responsabilidad de los *estrategas de sillón* dentro de las estructuras burocráticas como la administración del Tercer Reich⁽⁵³⁾. el Tribunal Federal de Justicia adoptó este enfoque en 1994 a efectos de sustentar la responsabilidad de los políticos de la cúpula de la ex República Democrática Alemana por las muertes de fugitivos en la frontera de los dos estados alemanes⁽⁵⁴⁾. El Tribunal dejó en claro que el importante rol de estos actores de fondo, quienes habían permitido la muerte de los fugitivos, hacía necesario imputarlos como autores y no como meros inductores de los autores directos (los soldados que mataron a los fugitivos)⁽⁵⁵⁾.

En esa decisión, la corte dejó en claro que la figura de autoría mediata no estaba restringida a los “delitos del Estado” sino que también podía ser adaptada a casos de ilícitos económicos⁽⁵⁶⁾. Por lo tanto, en las siguientes decisiones el Tribunal aplicó la figura a las compañías y declaró a los directores responsables cuando ellos conscientemente y voluntariamente usaban las estructuras de la compañía para hacer que los empleados cometan delitos⁽⁵⁷⁾. Este enfoque permite declarar a los directores responsables por los abusos de sus facultades de dirección y manejo. Ellos no pueden esconderse detrás del *velo* de los autores directos. En contraste con lo planteado por las cortes, gran parte de la doctrina considera criticable la extensión de la figura de la autoría mediata a la esfera económica y corporativa⁽⁵⁸⁾, puesto que las estructuras de las

compañías usualmente no tienen la misma influencia en los empleados que las abusivas estructuras estatales del Tercer Reich o que la ex República Democrática Alemana tenían en su personal. La corte tampoco requirió la existencia de una estructura “fuera de la ley” ni tampoco que el empleado ejecutor fuese fungible, elementos que son clásicos requerimientos para Roxin⁽⁵⁹⁾. Sin embargo, como las compañías generalmente desarrollan un determinado espíritu corporativo y la influencia del centro de trabajo sobre los individuos es fuertemente sustantiva, se justifica responsabilizar a los administradores si ellos hacen uso de los aparatos corporativos. Bajo estas circunstancias, los empleados están mucho más deseosos de cometer delitos a comparación de lo habitual⁽⁶⁰⁾. En cierta medida, el enfoque del Bundesgerichtshof hace posible acusar a directores de manera acorde a lo que son: figuras clave.

4.2.4. Decomiso

Las disposiciones del Código Penal sobre Decomiso se han vuelto más y más importantes en los últimos años⁽⁶¹⁾. Si bien el Código Penal alemán contiene la figura de confiscación a

(53) ROXIN. *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963; p. 242; véase también el influyente trabajo de SCHROEDER. *Der Täter hinter dem Täter*, 1965; p. 166.

(54) Véase FEDERAL COURT OF JUSTICE (BUNDESGERICHTSHOF). Decisions of the Federal Court of Justice (BGHSt). Volumen 40; p. 218, 232 y ss. Véase también la similar sentencia en *Idem*; volumen 42; p. 65; volumen 45; p. 270; volumen 48; p. 77.

(55) Véase *Idem*; volumen 40, p. 218 y 237.

(56) Véase *Idem*; p. 218 y 236.

(57) Véase FEDERAL COURT OF JUSTICE (BUNDESGERICHTSHOF). Decisions of the Federal Court of Justice (BGHSt). Volumen 43; p. 219; vol. 48; p. 331; vol. 49; p. 147; véase también BUNDESGERICHTSHOF. *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 1998; p. 767. Véase también la sinopsis de HEINRICH. En: AMELUNG y otros. (editores). *Festschrift für Volker Krey*, 2010; p. 147 y 148; ROTSCHE. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW). Volumen 112, 2000; p. 518 y 536 y siguientes. ROTSCHE. *Einheitstäterschaft statt Tatherrschaft*, 2009; p. 371; SCHLÖSSER. *Soziale Tatherrschaft*, 2004; p. 28 y siguientes.

(58) Véase AMBOS. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 1998; p. 226; HEINRICH. En: AMELUNG y otros (editores). *Festschrift für Volker Krey*, 2010; p. 147, 154 y siguientes; ROXIN. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Volumen 2, 2003; § 25 parágrafo 105 y siguientes.

(59) Roxin establece tres condiciones: (i) poder de decisión, (ii) una actuación organizada por encima de la ley (“*Rechtsgelöstheit*”) y (iii) intercambiabilidad del empleado. Recientemente, también considera un requisito el incremento de la voluntad del empleado para actuar. Véase ROXIN. En: AMELUNG y otros (editores). *Festschrift für Volker Krey*, 2010; p. 449 y siguientes.

(60) Véase *Idem*; p. 449 y 462 con referencia al caso peruano del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori.

(61) Véase el artículo 73y siguientes. del Código Penal. Para delitos administrativos, el artículo 29a OWiG es la norma pertinente.

El desarrollo del Derecho penal económico en Alemania

individuos, puede ser aplicable a las compañías⁽⁶²⁾. El decomiso garantiza que las empresas no lucrarán sobre ninguna ganancia ilícita que (en ausencia de responsabilidad penal empresarial)⁽⁶³⁾ devengue un interés público en *castigar* penalmente a la compañía. En la actualidad, las fuerzas del orden a menudo confiscan los beneficios que una compañía ha recibido producto de actividades ilícitas. Es suficiente que cualquier empleado de la compañía (e incluso puede ser un tercero externo) actúe “en nombre de” la compañía y adquiera un beneficio determinado como resultado de la acción. El decomiso es más fácil de probar que la convicción criminal del empleado ejecutor o la responsabilidad corporativa según el artículo 30 de la *Ordnungswidrigkeitengesetz*⁽⁶⁴⁾. En armonía con la posición predominante, especialmente en los tribunales, el decomiso no requiere elemento alguno de dolo o culpa⁽⁶⁵⁾. Por lo tanto, el decomiso no es considerado como una sanción penal clásica. Las compañías muy difícilmente pueden enfrentar una orden de decomiso de manera exitosa.

Algunos académicos quieren restringir la aplicación de la figura a la actuación de personas ubicadas dentro de la esfera corporativa, lo que excluiría a terceros⁽⁶⁶⁾. Vale resaltar que el Código Penal no contempla la referida restricción planteada. La única restricción efectiva es la exclusión del decomiso

en casos en que la víctima del delito pueda reclamar daños⁽⁶⁷⁾. Esto asegura que la compañía no tenga que pagar dos veces (a la víctima y al Estado). En muchos casos, esto excluye el decomiso y es, por lo tanto, llamado “el sepulturero del decomiso”⁽⁶⁸⁾. Pero en casos de delitos económicos que protegen bienes jurídicos colectivos (*kollektive Rechtsgüter*) generalmente no hay individuos lesionados que puedan reclamar una compensación. Por lo tanto, el decomiso es una figura especialmente importante para casos de delitos económicos.

La buena fe en el manejo corporativo generalmente no excluye la orden de decomiso contra una compañía y tampoco justifica reducción alguna⁽⁶⁹⁾. Los esfuerzos de la compañía para prevenir delitos (especialmente por medio de los programas de cumplimiento)⁽⁷⁰⁾ no son valorados⁽⁷¹⁾. El decomiso se extiende a todos los beneficios y objetos que el individuo o la compañía obtengan debido a un ilícito⁽⁷²⁾. El objeto puede ser reemplazado

(62) Además de estas provisiones del Código Penal, otras normas también regulan el decomiso: Por ejemplo, el artículo 34 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) (Ley contra las Restricciones a la Competencia) otorga competencia para privar a las empresas de sus rentas ilícitas en casos de defensa de la competencia. Puede ser pedido por empresas privadas también (artículo 34a, GWB). Una norma similar está contenida en el artículo 10 de la Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) (Ley contra la Competencia Desleal).

(63) Sobre la responsabilidad penal de la empresa, véase *infra* 4.3.2.

(64) Véase *infra* 4.3.2.

(65) Véase FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT). *Official Court Reports* (BVerfGE). Volumen 110; p. 15; FEDERAL COURT OF JUSTICE (BUNDESGERICHTSHOF). *Official Court Reports in Criminal Matters* (BGHSt). Volumen 47; p. 369, 372 y siguientes.

(66) Véase ESER. En: SCHÖNKE y SCHRÖDER. *Strafgesetzbuch*. 27ma. edición, 2010; § 73 parágrafo 37.

(67) Artículo 73 parágrafo 1, oración 2, Código Penal.

(68) FEDERAL COURT (BUNDESGERICHTSHOF). *Official Court Reports in Criminal Matters* (BGHSt). Volumen 45; p. 235 y 249.

(69) Sentencia del Bundesgerichtshof del 14 de setiembre de 2004 – 1StR 202/04. En: *Juristische Rundschau* (JR) 2004, p. 517.

(70) Sobre el cumplimiento, véase *infra* 6.

(71) La única posibilidad de honrar los esfuerzos de la compañía sería si el decomiso constituyera una dificultad excesivamente gravosa indebida para la compañía (“cláusula de dificultades excesivamente gravosas” de acuerdo al artículo 73c del Código Penal). El Bundesgerichtshof ha indicado que podría aplicarse en casos en los que la administración hubiera actuado de buena fe. Véase FEDERAL COURT OF JUSTICE. *Official Court Reports in Criminal Matters* (BGHSt), Volumen 47; p. 369 y 377. Véase también ENGELHART (*supra* nota 1); p. 489; STETTER. *Corporate Compliance Zeitschrift* (CCZ), 2009; p. 227, 230 y siguientes.

(72) Véase el artículo 73 parágrafo 1, 2 Código Penal.



Marc Engelhart

por la suma de dinero correspondiente⁽⁷³⁾. El decomiso es calculado de acuerdo al llamado principio de valoración (*Bruttoprinzip*)⁽⁷⁴⁾: todo lo recibido tiene que ser entregado. Nadie puede contabilizar costo o gasto alguno. De otra manera, no habría riesgo económico alguno si uno solo fuese privado de la ganancia neta. Esto convierte al decomiso en un medio poderoso para el Derecho penal. Puesto que las consecuencias van más allá del decomiso del beneficio ilícito neto, el decomiso se parece mucho a una *verdadera* sanción penal. Por lo tanto, el decomiso solo debería ser ordenado en casos de culpa o dolo personal⁽⁷⁵⁾. Aunque, en la práctica, los tribunales no siguen este enfoque.

4.3. El *Ordnungswidrigkeitenrecht*

4.3.1. ¿Despenalización?

En los años siguientes a la introducción del código penal en 1871, el desarrollo de un régimen sancionatorio administrativo separado comenzó⁽⁷⁶⁾. Esto deriva en el establecimiento de la Ley de Infracciones Administrativas (*Ordnungswidrigkeitengesetz*, llamado "OWiG") en 1968. Esta ley contenía las reglas generales para las infracciones administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*)⁽⁷⁷⁾. La OWiG fue creada para cubrir violaciones menores a la ley sin culpa social, las que debieran ser diferenciadas de los ilícitos penales. De gran importancia son las regulaciones a la responsabilidad corporativa (sec. 30 OWiG) y el incumplimiento del deber de supervisión (artículo 130 OWiG). En el mismo intervalo de tiempo en que la OWiG era introducida, el Código Penal era reformado, todos los ilícitos penales menores fueron despenalizados y pasaron a ser regulados como infracciones administrativas⁽⁷⁸⁾. En especial, los ilícitos económicos fueron *movidos* al esquema de infracciones administrativas.

Estas medidas tenían la intención de separar de manera clara la esfera penal de la mera falta administrativa. Pero

la situación, hoy en día, demuestra que el objetivo no se logró de manera exitosa. Tal como sucede con el creciente número de ilícitos penales económicos, el número de infracciones reglamentarias económicas se ha incrementado tremendamente en las últimas décadas. No hay sector económico alguno que no haya sido regulado por un número sustantivo de infracciones administrativas. Más aún, no hay casi diferencia alguna entre ilícitos penales e infracciones administrativas: ambas generalmente están destinadas a proteger los mismos bienes jurídicos (*Rechtsgüter*), como el funcionamiento del mercado financiero, defensa del consumidor o el medio ambiente. Cuando las infracciones administrativas regulan conductas materialmente perjudiciales, el ilícito (*Unrecht*) cubierto es generalmente tan grande como uno de materia penal. Esto último puede corroborarse en, por ejemplo, ámbitos económicos importantes como la regulación antimonopolios, el mercado de valores o la adquisición de acciones de sociedades que cotizan en bolsa. En estos campos, las sanciones monetarias son factibles (llamadas "*Geldbuße*"), las que generalmente son mayores a las multas penales correspondientes. El legislador ha terminado dificultando la diferenciación entre las categorías de ilícitos penales e infracciones administrativas y generalmente decide de manera arbitraria qué enfoque de los dos planteados usar. Esto afecta fuertemente la importancia y la percepción pública de la norma penal. Sería un buen consejo para el legislador que, en el futuro, vuelva a la idea original del

(73) Artículo 73a Código Penal. En caso de delitos administrativos, el decomiso del valor monetario es la regla general (artículo 29a parágrafo 1 OWiG).

(74) FEDERAL COURT OF JUSTICE. *Official Court Reports in Criminal Matters* (BGHSt) Volumen 47; p. 260, 265, 369 y siguientes.

(75) Véase también ESER; *Óp. cit.*; vor § 73 para. 19 (*supra* nota 66); MITSCH. En: SENGE (editor). *Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz*. 3era. edición, 2006; § 29a parágrafo 45; ROGALL. En: SENGE (editor). *Óp. cit.*; § 30 parágrafo 108.

(76) ACHENBACH. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 2008; p. 1 y ss.; ENGELHART (*supra* nota 1); p. 325 y siguientes.

(77) *Ordnungswidrigkeitengesetz* (OWiG) del 24 de mayo de 1968. En: *Federal Law Gazette* (Bundesgesetzblatt); parte I; p. 481.

(78) Véase la legislación relevante en: *Einführungsgesetz zum OWiG* (EGOWiG) del 24 de mayo de 1968. En: *Federal Law Gazette* (Bundesgesetzblatt); parte I; p. 503; *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch* (EGStGB) del 2 de marzo de 1974. En: *Federal Law Gazette* (Bundesgesetzblatt); parte I, p. 469.

El desarrollo del Derecho penal económico en Alemania

sistema y que sancione solo las conductas más perjudiciales utilizando el Derecho penal y que regule las conductas menos graves por medio de infracciones administrativas.

4.3.2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

En Alemania no existe responsabilidad penal de las compañías, puesto que lo contrario no armonizaría con el principio constitucional y penal de la responsabilidad personal (*societas delinquere non potest*). Solo el artículo 30 de la OWiG establece la responsabilidad administrativa de las compañías. La regulación se ha expandido de manera sustantiva durante las dos últimas décadas, la última vez fue en el 2002 debido a la legislación comunitaria⁽⁷⁹⁾. Como el caso *Siemens* muestra, en el que, primero que nada, la sanción fue para la compañía y no para sus empleados, la fiscalía utiliza cada vez más dicha disposición. En función al artículo 130 OWiG, generalmente las empresas son encontradas responsables por la falta de la debida supervisión que, al final, terminó permitiendo a los empleados cometer ilícitos penales (como la corrupción en el caso *Siemens*). Ambas disposiciones permiten sustentar responsabilidad de las compañías por ilícitos penales. Y, también, presiona a las compañías a que establezcan medidas, como programas de cumplimiento, para alcanzar el umbral de la debida supervisión. La interrogante de si una verdadera sanción penal contra las compañías es necesaria todavía se discute de manera intensa en Alemania⁽⁸⁰⁾. En el año 2011, los ministros de justicia de los 16 estados alemanes solicitaron al Ministerio Federal de Justicia que analice si una sanción penal es necesaria para combatir los delitos económicos. Por lo tanto, es posible que a corto plazo la legislación penal alemana vea modificaciones.

5. Avances en el Derecho procesal

El derecho procesal ha sufrido varias modificaciones en los últimos años, como la extensión de las medidas de investigación

a efectos de adaptarse a los nuevos avances tecnológicos⁽⁸¹⁾. Fuera de esos cambios necesarios, la naturaleza del derecho procesal está cambiando. No es solo el Estado el que conduce y termina los procesos, sino que otros actores como las partes interesadas económicamente y el propio acusado está involucrado de manera sustantiva. Esta privatización puede verse en la normativa legal, en las tácticas de investigación y también en el fenómeno de los tratos (*deals*).

5.1. Privatización por la regulación estatal

La ejecución del derecho penal es una de las principales tareas y obligaciones del Estado. La Ilustración ha descartado la aplicación privada a favor de un sistema público y objetivo. Sin embargo, en años recientes el Estado ha comenzado a privatizar áreas de la ejecución de la ley, especialmente en el ámbito de la investigación de los delitos. No solo el Estado es el que investiga. Ahora las compañías privadas están incluidas en el proceso de encontrar sospechosos y recolectar evidencia. Este avance es claramente visible en el mercado de valores y el lavado de dinero (incluyendo el financiamiento del terrorismo)⁽⁸²⁾. Las compañías privadas tienen la obligación de informar a las autoridades estatales sobre algún posible tráfico de información privilegiada, manipulación del mercado o actos de lavado de dinero⁽⁸³⁾. Las compañías tienen las tareas de documentar transacciones e información de los clientes y guardar los referidos documentos⁽⁸⁴⁾. En el caso de la negociación de valores, las

(79) Véase ACHENBACH. *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht* (wistra), 2002; p. 440; DANNECKER. *Óp. cit.*; p. 1, 42 y siguientes. (supra nota 2); ENGELHART. *Óp. cit.*; p. 327 y ss. (supra nota 1).

(80) Véase ENGELHART. *Óp. cit.*; p. 599 y ss. (supra nota 1); MITTELSDORF. *Unternehmensstrafrecht im Kontext*, 2007; RANSIEK. En: *Neue Zeitschrift für Wirtschaft-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht* (NZWiSt), 2012; p. 45.

(81) Véase, por ejemplo, la extensa pericia sobre el estado de las medidas contra el cibercrimen de Sieber para la German Law Conference en otoño de 2012 en Munich: *German Law Conference (Deutscher Juristentag), Verhandlungen des 69. En: Deutschen Juristentags* (2 volúmenes 2012, por publicarse).

(82) Véase la (Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) (Ley de Negociación de Valores), artículos 9-15 y la Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten – Geldwäschegesetz (GwG) (Ley para el Rastreo de beneficios provenientes de actividades criminales serias), artículos 8, 11. Véase sobre el tema VOGEL. En: *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007; p. 731, 742 y siguientes.

(83) Artículo 10 WpHG; artículo 11 GwG.

(84) Artículo 15b WpHG (insider register); artículo 8 GwG.



Marc Engelhart

compañías están obligadas a informar a la respectiva autoridad sobre todas las transacciones, en el día a día, de valores en la bolsa⁽⁸⁵⁾.

Además de esas obligaciones, las compañías deben tomar medidas para prevenir delitos. En la ley de mercado de valores, las compañías están explícitamente obligadas a implementar un programa de cumplimiento⁽⁸⁶⁾. En lo que respecta al lavado de dinero, las medidas no llegan tan lejos, pero las compañías tienen que tomar medidas organizacionales para que su negocio no pueda ser utilizado para lavar dinero o financiar al terrorismo⁽⁸⁷⁾. Estas medidas de organización permiten a las compañías encontrar evidencia sobre posibles delitos, con la obligación de reportar a las autoridades. Por lo tanto, el Estado ha *tercerizado* una parte sustantiva del procedimiento de investigación. Aunque estos ejemplos siguen limitados a áreas específicas del Derecho penal económico, también muestran una tendencia a expandirse⁽⁸⁸⁾.

5.2. Privatización fáctica: investigaciones sobre el cumplimiento

Comenzando con el caso *Siemens* en 2007, las investigaciones sobre el cumplimiento se han convertido en un recurso común⁽⁸⁹⁾. Estas son investigaciones internas realizadas por la compañía cuando una (posible) comisión de un ilícito es descubierta. En muchos casos se realizan auditorías. Los costos (en el caso *Siemens*, varios cientos de millones de euros) son cubiertos por la compañía. Las autoridades estatales generalmente acompañan las investigaciones y hacen uso de los resultados. Las compañías piensan que se espera su cooperación a efectos de disminuir la magnitud de una posible sentencia. Ellas invierten una gran cantidad de dinero, tiempo

y recursos que el Estado no podría proveer si realizase sus investigaciones por su cuenta. Todavía no queda claro si a las autoridades estatales se les deba permitir beneficiarse de este comportamiento, mas, ese tipo de cooperación se ha vuelto un hecho común. Reglas claras para que las compañías puedan proteger sus intereses, difícilmente existen. Todavía, por ejemplo, no queda claro hasta qué punto una compañía debe entregar documentos relevantes. Queda abierta la cuestión de cómo una compañía podría ser protegida del hecho de no contribuir a sus propios intereses.

Usualmente no se da un requerimiento oficial por lo que estas investigaciones son de índole privada. Los estándares normales del proceso penal no se aplican. Esto crea problemas para la protección de empleados que generalmente son interrogados sobre el incidente⁽⁹⁰⁾. Como el interrogatorio es realizado por la organización, el empleado está obligado a cooperar, puesto que es parte de los deberes que contempla un contrato de empleo. El empleado podría aportar hechos que podrían terminar incriminándolo. Generalmente los interrogatorios se vuelven relevantes cuando la compañía entrega la documentación de los mismos al fiscal, quien los utiliza para acusar al empleado. Puesto que el interrogatorio no es realizado por funcionarios estatales, el principio *nemo tenetur* no es aplicable⁽⁹¹⁾. Hasta ahora, no queda claro cómo

(85) Artículo 9 WpHG.

(86) Artículo 33 WpHG; véase ENGELHART; *Óp. cit.*; p. 503 (*supra* nota 1); ENGELHART. En: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (ZIP), 2010; p. 1832; VOGEL. En: *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007; p. 731, 743 y siguientes.

(87) Artículo 9 GwG.

(88) VOGEL. En: *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007; p. 731 y 745 incluso trata de la aparición de nuevos modelos de Derecho penal.

(89) ENGELHART. *Óp. cit.*; p. 471 y ss. (*supra* nota 1); KNIERIM. En: ROTSCH (editores). *Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion*, 2012; p. 77; SCHNEIDER. En: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* (NZG), 2010; p. 1201; SCHÜRRLER y OLBERS. *Corporate Compliance Zeitschrift* (CCZ), 2010; p. 178.

(90) Véase DANN y SCHMIDT. En: *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2009; p. 1851; GÖPFERT, MERTEN y SIEGRIST. En: NJW 2008; p. 1703; ENGELHART. *Óp. cit.*; p. 478 (*supra* nota 1); JAHN. *Strafverteidiger* (StV), 2009; p. 41 y 44; KNAUER y BUHLMANN. *Anwaltsblatt* (AnwBl), 2010; p. 387.

(91) Véase la decisión de la Regional Court (Landgericht) de Hamburg. En: *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2011; p. 942 que no mantuvo el principio aplicable. Sobre el caso, véase JAHN. *Strafverteidiger* (StV), 2011; p. 151; SIDHU. En: *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2011; p. 881.

El desarrollo del Derecho penal económico en Alemania

garantizar una protección eficiente a los empleados. Extender el principio *nemo tenetur* a las investigaciones internas sería una solución apropiada, puesto que la misma garantizaría que los mecanismos de protección en el proceso no puedan ser eludidos⁽⁹²⁾.

5.3. Tratos (*deals*)

El marco procesal penal alemán tradicionalmente no contemplaba una terminación consensual del proceso por un acuerdo entre el fiscal, la corte y el acusado. Sin embargo, los tribunales han permitido los acuerdos para mitigar las sentencias por una declaración de culpabilidad⁽⁹³⁾. Desde entonces, en muchos casos de delitos económicos, los tratos se han vuelto comunes. Adicionalmente, la normativa procesal permite terminar con los procesos en los casos de ilícitos menores en que el acusado acepta pagar una determinada cantidad de dinero y “el grado de responsabilidad no presenta obstáculo alguno”⁽⁹⁴⁾. Esta solución se ha vuelto popular, puesto que los procesos pueden ser finalizados durante la investigación de la fiscalía y, por lo tanto, se logra evitar un juicio público.

En el 2009 el legislador integró la solución desarrollada por las cortes en el Código del Proceso Penal (artículo 257c StPO). El legislador se abstuvo de permitir terminar con los procesos con solo un acuerdo (lo cual es posible en Estado Unidos) puesto que la *justicia* no debería ser negociada y acordada. Los tratos (sentencias aminoradas por la confesión) se han vuelto más importantes desde entonces y ahora juegan un rol importante en los procesos de delitos económicos⁽⁹⁵⁾. La falta de recursos estatales y la complejidad de los casos de ilícitos económicos hace atractiva para la fiscalía y las cortes la posibilidad de finalizar

un proceso de manera rápida. El acusado está muy interesado en terminar (o evitar) juicios públicos. Muchos casos terminan incluso antes de que el incidente pueda ser clarificado. Los tratos muestran la tendencia en el sistema alemán a valorar más el hecho de terminar procesos de manera rápida que el hecho de conocer la verdad.

6. Desarrollo del *Soft Law* y cumplimiento

El Cumplimiento se ha convertido en uno de los aspectos claves cuando se discute en Alemania sobre las empresas y la regulación⁽⁹⁶⁾. El desarrollo proviene de Estados Unidos, donde el cumplimiento es de importancia vital para mitigar una sentencia contra las compañías, de acuerdo a las Directrices Federales sobre Dictado de Sentencias⁽⁹⁷⁾. El Cumplimiento simplemente significa observar las disposiciones legales, por lo que el cumplimiento penal es la observancia de las disposiciones penales. Esto no es nada nuevo. El Cumplimiento ha sido y es esperado por cualquier ciudadano. Lo nuevo es el cumplimiento de la ley por medio de programas de cumplimiento que las compañías implementan a efectos de prevenir y descubrir delitos. Las compañías, por lo tanto, toman parte, de manera activa, en la prevención. Los programas

(92) Véase ENGELHART. *Óp. cit.*; p. 478 (*supra* nota 1); JAHN. *Strafverteidiger* (StV), 2009; p. 41 y 44. Véase también GÖPFERT, MERTEN y SIEGRIST. En: *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2008; p. 1703 y 1706; WASTL, LITZKA y PUSCH. En: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NSTZ), 2009; p. 68 y 71. Véase también KNAUER y BUHLMANN. En: *Anwaltsblatt* (AnwBl), 2010; p. 387 sugiriendo aplicar el estándar del juicio justo.

(93) FEDERAL COURT OF JUSTICE. *Official Court Reports in Criminal Matters* (BGHSt). Volumen 43; p. 369; volumen 50; p. 40.

(94) Véase el artículo 153a del Código del Proceso Penal (Strafprozessordnung - StPO) que fue introducido en 1975.

(95) ALTENHAIN y otros. En: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NSTZ), 2011; p. 292; DANNECKER. *Óp. cit.*; p. 1, 32 y ss. (*supra* nota 2). FISCHER. En: *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP), 2010; p. 249; HETTINGER. En: *Juristenzeitung* (JZ), 2011; p. 292; cfr. SCHÜNEMANN. En: *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP), 2009; p. 104.

(96) Véase la literatura *supra* nota 30. Véase también GÖRLING y otros (editores). *Compliance*, 2010; HAUSCHKA (editor). *Corporate Compliance*. 2da. edición, 2010; MOOSMAYER. *Compliance*. 2da. edición 2012.

(97) Véase el capítulo 8 de las Federal Sentencing Guidelines (Directrices para el dictado de Sentencias Federales). Disponible en web: www.ussc.gov. Véase ENGELHART. *Óp. cit.*; p. 162 y ss. (*supra* nota 1). GRUNER. *Corporate Criminal Liability and Sentencing*, 2004; § 10, § 14; KAPLAN y MURPHY. *Compliance Programs and the Corporate Sentencing Guidelines*, 2011.



Marc Engelhart

de cumplimiento efectivo son complejos e incluyen estándares y procedimientos, personal especial (responsables del cumplimiento), enseñanza, incentivos y mecanismos de control⁽⁹⁸⁾.

En Alemania, la discusión sobre cómo el estado puede involucrarse recién ha comenzado. El Cumplimiento es principalmente un desarrollo de *Soft Law* que las compañías asumen de manera voluntaria. El caso *Siemens* mostró cuán importante es cumplir con la ley y cuán severas pueden ser las consecuencias para las compañías. Solo en la Ley del Mercado de Valores, el Cumplimiento está ya regulado⁽⁹⁹⁾. El Código de Gobierno Corporativo Alemán, un instrumento regulatorio público-privado⁽¹⁰⁰⁾, también considera al cumplimiento como parte de los deberes de una compañía⁽¹⁰¹⁾. Entonces, el Cumplimiento está conectado a una discusión, más general, de gobierno corporativo, el cual apunta a hallar los fundamentos de una buena estructura corporativa.

La discusión comienza ahora a enfocarse en la cuestión de qué clase de enfoque del cumplimiento y qué medidas de cumplimiento son eficientes. El Derecho penal es un buen lugar para implementar la idea del cumplimiento⁽¹⁰²⁾. Para el Estado, el cumplimiento es la nueva estrategia a efectos de maximizar la adhesión a las disposiciones legales fruto de la cooperación privada-pública. Uno puede esperar que el desarrollo influenciará en la regulación de los delitos económicos en el futuro.

7. Conclusión

Comenzando a mediados de la década de 1960, el Derecho penal económico ha emergido en Alemania como un campo separado del Derecho penal y con características y dinámicas especiales. Aunque todavía su delimitación es vaga y muchas cuestiones importantes como la responsabilidad de la gerencia no han sido adecuadamente resueltos. El conocimiento criminológico es también escaso, especialmente en lo que respecta a dinámicas específicas dentro de las compañías que cometen delitos o dentro de las que previenen y evitan que los empleados cometan los mismos. La discusión del cumplimiento con su respectivo énfasis en la prevención contribuirá mucho a la exploración de esas dinámicas en el futuro a corto plazo y también servirá de apoyo para encontrar soluciones regulatorias. Las compañías estarán mucho más integradas en la prevención de delitos que lo que están ahora.

El Derecho penal sustantivo será en el futuro principalmente influenciado por el desarrollo legal supranacional. La reforma de los delitos ambientales es un proyecto que la Unión Europea ha perseguido por años y que probablemente se vuelva una realidad legal a corto plazo. La corrupción es un tema en que la OCDE seguirá presionando en los próximos años, como ejemplo, el soborno de parlamentarios todavía que no ha sido integrado a la normativa alemana. Por último, pero no menos importante, la privatización de las investigaciones continuará. Integrar a las compañías en las investigaciones abre grandes posibilidades, puesto que ellas están en el centro del hecho ilícito, tienen mejores recursos que el Estado y pueden actuar de manera transnacional. La principal tarea para el futuro será la de establecer límites claros para la tercerización de tareas estatales, garantizar procesos objetivos y proteger los derechos de las personas naturales y jurídicas afectadas por la investigación interna. El desafío para el Derecho penal es desarrollar conceptos coherentes para este tipo de cooperación público-privada. 

(98) Véase, por ejemplo ENGELHART. *Óp. cit.*; p. 163 y ss, 711 y ss. (*supra* nota 1); INDERST. En: GÖRLING y otros (editores). *Compliance*, 2010; p. 103; MOOSMAYER. *Compliance*. 2da. edición, 2012; p. 31; PIETH. *Anti-Korruptions-Compliance*, 2011; p. 63.

(99) Véase *supra* nota 86.

(100) The Código fue iniciativa del Ministerio Federal de Justicia, desarrollado por expertos en economía y profesionales en ejercicio (que también son responsables de las revisiones), hecho público por un órgano oficial y está referido en la Ley de Sociedades Anónimas (artículo 161 Aktiengesetz – AktG) en el que las empresas deben declarar si se adhieren al Código o explicar por qué no. Esto hace que el Código no sea Derecho público ni regulación privada. Es un conjunto de normas *sui generis*.

(101) El Código está disponible en web: <http://www.corporate-governance-code.de>.

(102) Véase ENGELHART. *Óp. cit.*; p. 649 y ss. (*supra* nota 1).