

CORRUPCIÓN Y COMPLIANCE*

THOMAS ROTSCCH, GIEßEN**

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Corrupción. 2.1. La tesis de Kindhäuser. 2.2. El enfoque de Saligner. 2.3. Los elementos constitutivos del injusto punible de corrupción. 2.4. Corrupción – intento de una conceptualización. 3. Compliance. 3.1. 1ª precisión de la definición de Criminal Compliance. 3.2. 2ª concreción de las condiciones de origen del criminal compliance. 4. Corrupción y compliance. 5. Resultado.

1. INTRODUCCIÓN

Desde el comienzo de la discusión jurídico-penal sobre compliance en Alemania –aunque también mundialmente– en el año 2009/2010 la prevención de la corrupción se ha mantenido en un lugar de central interés.¹ Recientemente he advertido que tal punto de vista estrecho no es inofensivo, porque limita inadecuadamente el objeto del criminal compliance.² Eso no cambia que la prevención de

* Con leves modificaciones y con notas al pie, el presente trabajo corresponde a la conferencia que el autor dictó en el marco del seminario “Aspectos sustantivos y procesales de la lucha contra la corrupción” realizado el 09.03.2017 en la Universidad de Barcelona. Se mantuvo el estilo de conferencia. Traducción realizada por Jaime Winter Etcheberry.

** El autor es titular de la cátedra de Derecho Penal y Procesal Penal Alemán, Europeo e Internacional, Derecho Penal Económico y Derecho Penal Medioambiental en la Justus-Liebig-Universität Gießen, director ejecutivo del Instituto de Ciencias Criminales y Director del CCC – Center for Criminal Compliance, así como del ICCG – International Center for Compliance and Governance (<http://www.uni-giessen.de/cms/fbz/fb01/rotsch/ccc-neu>). Es fundador, coeditor y redactor de ZIS (www.zis-online.com) y de ZJS (www.zjs-online.com) así como desde 2010 Of Counsel en Roxin LLP, Hamburg (http://www.roxin.de/de/anwaelte.html#Thomas_Rotsch).

1 Vid. a modo de ejemplo, Dölling (Ed.), *Handbuch der Korruptionsprävention für Wirtschaftsunternehmen und öffentliche Verwaltung*, 2007; *Sprafke* *Korruption, Strafrecht und Compliance*, 2010; *Pieth* *Anti-Korruptions-Compliance, Praxisleitfaden für Unternehmen*, 2011; Vid. *Rotsch* ZIS 2011, 155; *Bachmann/Priüfer* ZRP 2005, 109; *Hauschka* ZIP 2004, 877; *Meyer* CCZ 2014, 113; *Stadler* DVBl. 2013, 1483; *Eichler* WPg 2015, 7.

2 *Rotsch* en: Rotsch (Ed.), *Criminal Compliance, Handbuch*, 2015, § 1 número marginal 11 ss. (12).

la corrupción es un objeto de ocupación esencial del compliance y seguirá siéndolo. Por ello he contestado encantado de modo afirmativo cuando la organización de este seminario me solicitó contribuir con una conferencia sobre el tema “corrupción y compliance”.

Sin embargo, si existe la expectativa de que la presente conferencia tenga por objeto el cómo se puede prevenir la corrupción mediante la implementación de un Compliance-Management-Systems (CMS), qué elementos debe tener tal CMS o si esperan un resumen programático sobre el significado de una cultura empresarial conforme a las normas y su introducción a las empresas, así como las sanciones en caso de contravenciones, entonces debo desilusionarlos. En los últimos años ha aparecido una avalancha de literatura al respecto –principalmente orientada a la práctica–³, que, sin embargo, frecuentemente se agota, bienintencionadamente, en dar consejos, primariamente motivados económicamente y no originariamente jurídicos, de cómo la cultura empresarial puede generar valor y cómo puede llevarse a cabo.

Me gustaría utilizar la oportunidad para establecer otro asunto. En el centro de mis reflexiones debe estar la –aquí sostenida– relación de tensión entre corrupción y compliance, puesto que no solo la corrupción se puede prevenir con el compliance. También –a la inversa– el compliance puede producir corrupción.

Si se quiere realizar una aproximación a una forma de relación precaria, no se puede menos que determinar el contenido de ambos polos de tensión. Este no es el momento de repasar la discusión de décadas sobre el concepto de corrupción. Se intentará, sin embargo, construir de forma precisa desde un punto de vista de la ciencia jurídico-penal el ambiguo fenómeno de la corrupción, de la mano de un análisis crítico de nuevas tomas de posición en la literatura jurídico-penal (II). A continuación (III), intentaré precisar todavía más el concepto del llamado “criminal compliance” bajo la inclusión de nuevas consideraciones. En esto se disiparán algunas confusiones en la búsqueda de una depuración actual del concepto. Con ello, estará llano el camino para la revisión de las relaciones correlativas de corrupción y compliance (IV).

2. CORRUPCIÓN

Recientemente, en especial *Kindhäuser*⁴ y *Saliger*⁵, se han hecho aportes para precisar el concepto de corrupción. En lo que sigue se describirá el

3 A modo ejemplar, *vid. Rotsch* ZIS 2011, 155; *Bachmann/Prüfer* ZRP 2005, 109; *Hauschka* ZIP 2004, 877; *Meyer* CCZ 2014, 113; *Stadler* DVBl. 2013, 1483; *Eichler* WPg 2015, 7.

4 *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 ss.

5 *Saliger* en: Albrecht (Ed.), *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, 2015, p. 493 ss.

punto de partida de *Kindhäuser* (1) y para luego conectarla con la concreción retomada por *Saliger* (2) y ambas se someterán a una valoración crítica (3).

2.1. La tesis de *Kindhäuser*

En primer lugar, *Kindhäuser* determina correctamente que la corrupción sucede en la totalidad de los ámbitos de la vida en sociedad.⁶ Con ello expresa su primera tesis –digna de aprobación–, consistente en que no es posible que exista un tipo penal de corrupción con validez general, sino que, más bien, la corrupción se trataría de una específica “forma de ataque”⁷ que puede afectar bienes jurídicos completamente diferentes.⁸ A partir de esto, para *Kindhäuser* el requisito fundamental para la punibilidad de conductas corruptas es la circunstancia –evidente por sí misma⁹– de que el autor al menos ha puesto en peligro un bien jurídico.¹⁰

Kindhäuser destaca correctamente que en base a esta perspectiva los delitos de corrupción, en principio, no están limitados *per se* en su ámbito de aplicación. Político-criminalmente es posible discutir razonablemente la subsunción de formas de comportamiento que hasta ahora eran impunes en un tipo penal de corrupción nuevo o si extender tipos penales ya existentes a nuevos ámbitos.¹¹ Requisito para ello siempre es, sin embargo, que los elementos necesarios del concepto de comportamiento corrupto estén ya dados;¹² también reclama correctamente que esto suele estar ausente especialmente en propuestas legislativas modernas.¹³

6 *Kindhäuser* ZIS 2011, 461. Correspondientemente el título de su contribución reza “Requisitos de la punibilidad de la corrupción en el Estado, Economía y Sociedad”. Que la corrupción es ubicua no es algo que le considere *per se* relevante jurídico-penalmente.

Esto también se manifiesta en el título de reflexión, puesto que si se buscan los requisitos de la corrupción *punible*, evidentemente tienen que existir casos de corrupción que no sean merecedores de pena. Al respecto, más en el texto.

7 *Kindhäuser* ZIS 2011, 461.

8 *Kindhäuser* ZIS 2011, 461.

9 Una revisión cuidadosa del ordenamiento jurídico, especialmente en derecho penal económico en los últimos años, resultan ilustrativos de que esto se trata de cualquier cosa, menos una obviedad.

10 *Kindhäuser* ZIS 2011, 461. Sin embargo, el concluye esto de sus reflexiones sólo en el sentido de que de la determinación de que “los delitos de corrupción [...] pueden] (destacado sólo aquí) dirigirse contra distintos bienes jurídicos” no necesariamente (así, sin embargo, *Kindhäuser* ZIS 2011, 461: “por tanto”) se sigue que una afectación al bien jurídico sea requisito de la legitimidad de la punibilidad de la corrupción.

11 En ese sentido *Kindhäuser* ZIS 2011, 461.

12 *Kindhäuser* ZIS 2011, 461.

13 *Kindhäuser* ZIS 2011, 461.

Pero, ¿en qué radica lo específico de los comportamientos corruptos *punibles*? Con apoyo al sentido de las palabras el latinazgo “*corrumpere*” significa venalidad, comprabilidad, depravación, corrupción moral¹⁴ –no es un auxilio sin más–. La llamadas definiciones orientadas al autor¹⁵ se mantienen igualmente ambiguas y poco precisas.¹⁶ Si resulta un aporte la decisiva descripción de corrupción introducida por *Volk* en la discusión, de la corrupción como “intercambio de ventajas contrario a reglas”.¹⁷ De ellos evidentemente se deduce la necesidad exigida por la opinión mayoritaria de un así llamado “acuerdo de voluntades contrario a Derecho”.¹⁸ Para *Kindhäuser*, sin embargo, este enfoque no es lo suficientemente profundo, por y en la medida que el vínculo requerido de prestación y contraprestación se circunscribe a un intercambio contrario a reglas,¹⁹ puesto que un comportamiento de intercambio de prestaciones contrario a reglas también estaría comprendido por tipos penales que no tienen que ver con el concepto de científico-penal corrupción en base a una comprensión correctamente restrictiva, como, por ejemplo, lo muestra el tipo de la receptación según el § 259 StGB.²⁰

Según la posición de *Kindhäuser* se debe concluir que la recompensa –esto es, para el cumplimiento de la ventaja considerada en la prestación– “se refiere a una posición de deber especialmente útil para otro”.²¹ Por eso el elemento esencial de la corrupción ya no es, como para *Volk*²² un hecho relacional bilateral, sino que presupone una relación triangular –entre principal, agente y tercero–.²³ El último elemento constitutivo para *Kindhäuser* es entonces “el vínculo entre posición de deber y ventaja indebida y con ello el agente se pone en un conflicto de intereses”.²⁴

14 Cfr. idéntico en lo esencial *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (462); *Saliger* (nota al pie 5), p. 495 con mayores referencias sobre la etimología.

15 Cfr. *Dölling* Gutachten C zum 61. Deutschen Juristentag, 1996, C. 10 con mayores referencias.

16 Crítico también *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (462 s.); *Saliger* (nota al pie 4), p. 496 s.; *Volk* en Gösse/Triffiterer (Ed.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, 1999, p. 419 (421).

17 *Volk* (Nota al pie 16), p. 421. Similar *Pragal* Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB, 2006, p. 138, 146.

18 Ver, en primer lugar, *Volk* (Nota al pie 16), p. 423; de la jurisprudencia del Tribunal Superior, por ejemplo, *BGHSt* 39, 45 (46); 47, 295 (306); en la literatura, en lugar de muchos, *Kindhäuser* Lehr- und Praxiskommentar, 5ª ed. 2013, § 331 número marginal 17 con mayores referencias.

19 *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (463).

20 En ese sentido, *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (463).

21 *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (463).

22 *Volk* (nota al pie 16), p. 421.

23 *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (463).

24 *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (464).

2.2. El enfoque de Saliger

En el libro homenaje a Walter Kargl²⁵, Saliger asumió la tarea de intentar, en conexión a *Kindhäuser*, precisar mayormente sus conceptos fundamentales. Para él, en principio, la corrupción requiere una relación bilateral de quien otorga la ventaja y quien se beneficia con ella; la base de esta relación bilateral sería “un acuerdo ilícito entre ventaja y contraprestación.²⁶ Para él también el núcleo de la corrupción está representado por el acuerdo ilícito contrario a reglas o intereses.²⁷

El algo dado por quien entrega al receptor significa para éste –en vista de la prestación indebida²⁸– una ventaja motivadora.²⁹ Cuando *Saliger* además exige que el beneficio (la contraprestación) deba tratarse de una ventaja indebida,³⁰ excede, sin embargo (conscientemente), la definición de *Kindhäuser*, puesto que para éste lo inapropiado –me refiero a correctamente³¹– recién surge de una valoración de la relación entre posición de deber del receptor del beneficio y la ventaja.³² Él tampoco infiere, por tanto, que requisito de una relación de corrupción debe ser que la ventaja sea *per se* “inapropiada” o “contraria a Derecho”.³³ Ya *Volk* ha advertido con razón que la inadmisibilidad de la ventaja emana recién de la conexión con una decisión contraria a reglas. Pero a la inversa, según cualquier punto de vista, si la decisión es lícita, entonces no hay fundamento alguno –en el marco de la valoración del comportamiento como de corrupción– para la desaprobación de la ventaja.³⁴ Obviamente se puede pensar en casos en que ya la ventaja es en sí misma contraria a Derecho. Por ejemplo, cuando ella proviene de la comisión de un delito (por ejemplo, malversación de fondos o administración desleal). Si, aparte de esto, falta, sin embargo, una conexión actual contraria a reglas entre la ventaja y la prestación, no se trataría de corrupción. Esto no cambia en nada con el hecho de que la entrega de la ventaja en tales casos pueda ser sancionada penalmente de forma independiente.

Sin embargo, lo que *Saliger* considera como esencial es hacerse un “sirviente de dos amos”.³⁵ La formulación proviene en nuestro contexto igualmente ya de

25 *Saliger* (nota al pie 5), p. 493 ss.

26 *Saliger* (nota al pie 5), p. 495.

27 *Saliger* (nota al pie 5), p. 495.

28 En ese sentido, *Saliger* (nota al pie 5), p. 495.

29 *Saliger* (nota al pie 5), p. 495, en referencia expresa a *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (463).

30 *Saliger* (nota al pie 5), p. 495.

31 Vid. Al respecto más extensamente en 3.

32 Cfr. *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (464).

33 Cfr. *Volk* (nota al pie 16), p. 425.

34 *Volk* (nota al pie 16), p. 425.

35 *Saliger* (nota al pie 5), p. 497.

Kindhäuser, quien diferencia mediante este elemento al principal del círculo del autor idóneo de corrupción.³⁶ Por esto *Saliger*, como *Kindhäuser*, exige una relación triangular entre el que da, el que recibe y quien dirige el negocio del que recibe.³⁷ Sin embargo, no queda clara la aseveración de que la corrupción sería posible meramente en relaciones especiales entre quien recibe y quien dirige el negocio.³⁸ Que *Saliger* tome como referencia en esto a *Kindhäuser*³⁹ habla a favor de que posiblemente simplemente se trate de una formulación incorrecta.⁴⁰ En virtud de que la corrupción se trata de una “forma de ataque”⁴¹, este ataque (el intento de “compra” del “soborno”, el “corromper”⁴²) proviene de quien otorga la ventaja y se dirige en primer lugar de manera inmediata contra el receptor. Entonces, la relación de corrupción existe correctamente entre quien entrega la ventaja y quien la recibe. Correspondientemente, en *Kindhäuser* no se encuentra el punto de vista de que la corrupción tiene lugar entre agente y principal. Más bien, *Kindhäuser* –correctamente, en mi opinión– exige que la recompensa (la ventaja) se *refiera* a una posición de deber (entre principal y agente) especialmente útil a otro⁴³ y además que la conexión entre posición de deber y ventaja sea indebida y, con ello, el agente se ponga en un conflicto de intereses.⁴⁴

Tampoco resulta totalmente indubitada la definición resumida de corrupción que *Saliger* hace como “servicio a dos amos condicionado por una ventaja y contraria a intereses”.⁴⁵ La aplicación del “servir a dos amos” no es adecuada, puesto que con ello solo se quiere decir que, en virtud de una estructura de poder de varios niveles, un sirviente regularmente tiene muchas distintas instancias de encontrarse

36 *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (467). Se refiere expresamente a la pieza de teatro del mismo nombre (“Il servitore di due padroni”) del dramaturgo italiano Carlo Goldoni, estrenada el año 1746 en Milán.

37 *Saliger* (nota al pie 5), p. 497.

38 *Saliger* (nota al pie 5), p. 497. Destacado solo aquí.

39 *Saliger* (nota al pie 5), p. 497 en referencia a *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (463).

40 Esto, sin embargo, solo se refuerza cuando él solo considera posible la corrupción “en los llamados relaciones de principal-agente o relaciones contractuales: en los delitos funcionarios, entonces, entre funcionario público y Estado, en la corrupción comercial, entre dependiente o empleado y quien dirige el negocio, en la corrupción política, entre quien ha sido mandatado o el pueblo”.

41 Vid. supra nota al pie 7. Igualmente, también *Saliger*, en el mismo lugar (nota al pie 5), p. 498.

42 Vid. supra nota al pie 14.

43 *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (463).

44 Vid ya, nota al pie 24.

45 *Saliger* (nota al pie 5), p. 498. Igualmente, ahora también *Gaede* in: Leitner/Rosenau (Ed.), *Wirtschafts- und Strafrecht*, 2017, § 299 número marginal 8.

en relaciones distintas respecto de otro.⁴⁶ Esto no se aplica al agente. Y finalmente la “servidumbre” (mejor: el sirviente⁴⁷) no condiciona una ventaja frente al principal.

Sin embargo, lo que sí es correcto –y aquí *Saliger* vuelve a encontrarse en total acuerdo con *Kindhäuser*– es que habrá un injusto de corrupción jurídico-penalmente relevante recién emanando de la forma de ataque específico en conexión con una correspondiente referencia al bien jurídico.⁴⁸ Pero, ¿qué significa esto realmente para los requisitos de la corrupción?

2.3. Los elementos constitutivos del injusto punible de corrupción

- a) La posibilidad de corrupción presupone una **relación de tres personas**. Por esto es posible describir la relación entre el principal y el agente como relación interna y aquella entre el agente y quien otorga la ventaja como relación externa. La relación interna se caracteriza porque al agente, como persona que regularmente puede tomar decisiones de peso con efectos externos, se le ha confiado la tarea de manejar los intereses del principal.⁴⁹ Desde el punto de vista de nuestro tema, se podría decir que en la relación interna se trata del ámbito (de compliance) del cumplimiento de reglas. La relación externa, por el contrario, existe entre el agente como receptor del beneficio y un tercero al que de manera mediata o inmediata le concierne la decisión indebida.⁵⁰ En esta relación se puede hablar del ámbito de la criminalidad.
- b) Un requisito básico de los comportamientos constitutivos de corrupción es el **acuerdo contrario a derecho**. Bajo este concepto cabe entender al

46 Cfr. *Krajewski* Der Diener – Mediengeschichte einer Figur zwischen König und Klient, 2010, p. 66 ss., en especial. p. 68: “uno es siempre un sirviente de *muchos* amos.” (destacado en el lugar)

47 Cfr. <http://www.duden.de/rechtschreibung/Dienerschaft>, donde “servidumbre” normalmente no describe la relación entre en un sirviente y su amo, sino que la totalidad de los sirvientes de una casa. *N. del T.: lo mismo puede decirse en español, en base a la tercera definición de servidumbre que entrega el Diccionario de la RAE: <http://dle.rae.es?id=XhcBi6o>.*

48 En ese sentido, *Saliger* (nota al pie 5), p. 498.

49 Hasta aquí de acuerdo en lo esencial con *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (463), quien, sin embargo, se basa en que el agente puede tomar “decisiones de cierto peso”.

50 Cfr. *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (463), quien considera posible que el tercero pueda también ser un tercero completamente ajeno. Si uno se basa en que un beneficio completamente altruista representa una excepción poco común, se puede sostener que también a aquel que la decisión o conducta no concierne de manera inmediata, por cuya ejecución ha pagado, de alguna manera profitará de dicha ejecución. De otro modo, difícilmente el entregaría (o querría entregar) el beneficio.

menos el intento del tercero o del receptor del beneficio, de lograr con el receptor del beneficio o el tercero un pacto con el siguiente contenido:

- aa) Para la ejecución de una decisión que esté en el poder del receptor éste debe recibir una ventaja (no necesariamente *per se* antijurídica) como contraprestación de una prestación (no necesariamente *per se* antijurídica). Así resulta decisivo un concepto de ventaja **subjetivo**, esto es, solo depende de que el beneficio del receptor sea apto para motivarlo en la práctica a tomar una decisión indebida.⁵¹ Que el beneficio objetivamente –según el juicio de una razonable persona promedio– sea considerado un perjuicio, es irrelevante.⁵²
- bb) Entre la ventaja y la prestación debe existir una **conexión** tal, que la prestación empuje a alguien a la contraprestación. Si se acepta que es suficiente –como *Volk*⁵³– *una conexión de intercambio contraria a reglas, no es posible delimitar la corrupción con formas de comportamiento punibles no constitutivas de corrupción*⁵⁴ (y en definitiva tampoco de los injustos de los §§ 26, 30 StGB⁵⁵). Por esto es que debe entrar en consideración la vinculación de deber espacial contraída por el agente frente al principal.⁵⁶ La crítica de *Volk*, de que el quebrantamiento de una posición de deber no afectaría el núcleo del injusto de corrupción, se dirige contra las definiciones de corrupción orientadas al autor⁵⁷ y (solo) es correcta en la medida en que tal enfoque –a diferencia de la posición tenida aquí por correcta– no tiene otros requisitos distintos como necesarios,

51 Totalmente en el mismo sentido, también *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (463).

52 De ahí sería ventaja también en este sentido, por ejemplo, la “recompensa” de la ejecución de una acción bajo la promesa de al final matar y comer al receptor del beneficio. Que tal singular pacto (fuera del ámbito de la corrupción) haya tenido realmente lugar dos veces en nuestra historia jurídica reciente nos sorprende y repugna (sobre el caso del “Caníbal de Rotemburgo” cfr. *BGHSt* 50, 80; *Kudlich* JR 2005, 342; *Otto* JZ 2005, 799; *Mitsch* ZIS 2007, 197; *Momsen/Jung* ZIS 2007, 162; sobre el “Desmembrador de Gimmlitztal” vid. *BGH* Urt. v. 6.4.2016 – 5 StR 504/15; *Berster* ZIS 2017, 139).

53 *Volk* (nota al pie 16), p. 421 ss.

54 Al respecto, próximamente *Rotsch* en: *Dünel et al* (Ed.), *Gedächtnisschrift für Wolfgang Joecks*, 2018.

55 Igualmente *Pragal* (nota al pie 17), p. 138; *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (463); *Saliger* (nota al pie 5), p. 497.

56 Igualmente, *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (463). En esto completamente coincidente (considere nota al pie 40), *Saliger* (nota al pie 5), p. 497. Claro también *Gaede* (nota al pie 45), § 299 número marginal 8.

57 Vid. ya supra, nota al pie 15.

puesto que contrariedad a reglas y deber deben existir de forma acumulativa. La otra crítica de *Volk*, en cuanto a que el daño para la confianza del servicio público, tal como en el daño a la libre competencia, existe en sus efectos “hacia afuera”,⁵⁸ es correcta, pero en mi opinión, no tiene que ver con el no obstante daño al vínculo de deber entre el agente y el principal (al respecto, de in mediato en dd).

- cc) La concesión de la ventaja en la relación externa debe basarse en un interés desaprobado de un tercero y afectar un interés aprobado del principal. Por ello se origina un conflicto de intereses que para el agente genera una situación de colisión de intereses divergentes.⁵⁹ Esta colisión el agente la resuelve en favor del interés desaprobado del tercero.
- dd) además hay una **referencia al bien jurídico** del comportamiento de corrupción:⁶⁰ *Volk* destaca con razón que la afectación de la confianza del servicio público o la afectación de la libre competencia en sus efectos se fundamenta “hacia afuera” (cfr. ya en bb). Sin embargo, esta pregunta no se refiere correctamente, por el contrario, al presupuesto del aspecto del bien jurídico más allá de la obligatoria necesidad de que el agente, en cierto modo, se deje comprar en el existente vínculo de deber frente al principal.⁶¹

2.4. Corrupción – intento de una conceptualización

En virtud de lo dicho, la corrupción se deja definir como el intento de un pacto contrario a Derecho. Tiene como objeto la solución de una colisión entre el interés aprobado del principal y el interés desaprobado del tercero por parte del agente en favor del interés del tercero por la vía de la conexión contraria a reglas y deber entre poder de decisión y ventaja. Por ello, la colisión de intereses del agente mediante el pacto de la asunción de una ventaja como contraprestación por una prestación a realizar por él, la ha causado él mismo.

58 *Volk* (Nota al pie 16), p. 422.

59 (Solo) similar *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (463 s.).

60 Coincide *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (considérese adicionalmente nota al pie 10); *Saliger* (nota al pie 5), p. 498; *Gaede* (nota al pie 45), § 299 número marginal 9.

61 *Gaede* (nota al pie 45), § 299 número marginal 8.

3. COMPLIANCE

A pesar de las dudas iniciales, el compliance se ha llegado a establecer como un objeto independiente de ocupación de la ciencia jurídica.⁶² Para el Derecho Penal se ha introducido el concepto de “criminal compliance”⁶³, cuya definición completa reza: “criminal compliance comprende la totalidad de la medidas normativas, institucionales y técnicas, ex ante objetivamente necesarias y ex post jurídico-penalmente lícitas, de una organización, que se dirigen a sus miembros, socios comerciales, el Estado y el público en general, para, ya sea, a) minimizar los riesgos de comisión de un delito económico relacionado con la organización por parte de la organización o los miembros de la organización en quebrantamiento del Derecho interno o extranjero, o de permitir el surgimiento de las respectivas sospechas iniciales de dichos delitos, o b) aumentar las posibilidades de influenciar positivamente la imposición de una sanción (penal, en sentido amplio) en consenso con los agentes de persecución penal y, con ello, al final, aumentar el valor de la empresa.”⁶⁴

Esta definición reconocidamente abultada hasta cierto punto, cubre suficientemente el cambio de paradigma en Derecho Penal que trae aparejado.⁶⁵ Como en el fenómeno de la corrupción, supuestas llamativas definiciones breves apenas alcanzan a valorar adecuadamente este ambiguo fenómeno. De todos modos, la referida definición requiere algunas precisiones ulteriores. Tales precisiones se llevarán a cabo en lo que sigue (1). De ello se derivan algunas clarificaciones sobre las condiciones de origen del criminal compliance (2).

3.1. 1ª precisión de la definición de Criminal Compliance

La precisión se refiere al objeto del criminal compliance.⁶⁶ Tempranamente distinguí “el Derecho Penal Económico como objeto de referencia del criminal compliance.”⁶⁷ Circunscribirlo a delitos de Derecho Penal Económico me pareció correc-

62 Vid. ya *Rotsch* ZIS 2010, 614 (617); cfr. recientemente *Wittig* en: Graf/Jäger/Wittig (Ed.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2a ed. 2017, intro. número marginal 11.

63 Cfr. sólo *Rotsch* ZIS 2010, 614; el mismo (Ed.), *Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft*, 2013; *el mismo* ZStW 125 (2013), 481; el mismo (Ed.), *Criminal Compliance*, Handbuch, 2015; *el mismo*. en: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Ed.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 4ª ed. 2015, 1ª parte cap. 4; *Bock* *Criminal Compliance*, 2011; *Rathgeber* *Criminal Compliance*, 2012; *Kölbel* ZStW 125 (2013), 499; *Saliger* RW 2013, 263.

64 *Rotsch* (Nota al pie 63 – Achenbach/Ransiek/Rönnau), 1ª parte cap. 4 número marginal 61.

65 *Rotsch* ZStW 125 (2013), 481. De acuerdo *Engelhart* RW 2013, 208; cfr. también *Schünemann* GA 2013, 193 (197 s.); ahora también *Wittig* (Nota al pie 62), intr. número marginal 11.

66 Al respecto, fundamental *Rotsch* ZStW 125 (2013), 481 (489). Ya diferenciado, *el mismo*, en: *el mismo* (nota al pie 63 – *Criminal Compliance Handbuch*), § 1 número marginal 49.

67 *Rotsch*, ZIS 2010, 614.

to, porque su legitimidad se encontraba en su nebuloso objeto de referencia “Derecho Penal Económico”, con sus frecuentemente poco claras apelaciones normativas y su consecuente necesidad de generar disposiciones orientadoras del ordenamiento jurídico para conductas (todavía) legítimas.⁶⁸ Esta posición la he precisado hace algún tiempo⁶⁹, en cuanto a que criminal compliance debiera incluir y ser limitado a hechos que tengan un vínculo con Derecho Penal Económico (no con tipos penales de Derecho Penal Económico), puesto que, así mi argumentación de entonces, una de las condiciones que originan el criminal compliance sería la complejidad del referido ámbito jurídico de referencia; donde no existe esta complejidad, no se requieren esfuerzos preventivos o represivos de compliance.⁷⁰

Esto ya no lo sostengo. Todavía me parece correcto que la necesidad del compliance surja de la pasmosa inseguridad jurídica que tiene su causa en una hipertrofia de materias de regulación frecuentemente no comprensibles para el destinatario de la norma. Correspondientemente, los riesgos de punibilidad son solo difícilmente evaluables ex ante, lo que explica la creciente necesidad de estrategias de prevención. En esa medida se mantiene que es una y, de todos modos, la original (y hasta este momento solamente discutida en Derecho Penal) constelación de criminal compliance aquella del objeto de referencia “Derecho Penal Económico” en el sentido precisado más arriba —objeto de referencia son hechos de Derecho Penal Económico—. Aquí se trata entonces de una inseguridad jurídica correspondiente a la complejidad del Derecho.⁷¹

Sin embargo, hay una segunda constelación. Ella se identifica no por una “complejidad del Derecho”, sino que por una “inseguridad de los hechos”. De considerarse correcta esta tesis, el criminal compliance, al menos en el futuro, además del Derecho Penal Económico, jugará un rol, por ejemplo, en el marco de los tipos de lesiones corporales y homicidio. Esta constelación se evidencia en el siguiente caso ejemplificador:⁷²

El 06.04.2009 en las primeras horas de la mañana se produjo un terremoto a pocos kilómetros al sudeste de la ciudad italiana de L’Aquila. Por el derrumbamiento de los edificios 208 personas perdieron la vida, alrededor de 1.600 más resultaron heridas. El 29.03.2009, esto es, alrededor de una semana antes del sismo, G, un

68 *Rotsch* ZStW 125 (2013), 481 (489).

69 *Rotsch* (Nota al pie 66), § 1 número marginal 49.

70 *Rotsch* ZStW 125 (2013), 481 (489); *el mismo*. (nota al pie 66), § 1 número marginal 49.

71 Se sigue naturalmente la suposición de que esta complejidad no sólo se da en aquel ámbito que hemos descrito como Derecho Penal Económico. Sin embargo, esto se trata de otra pregunta, que no puede ser abordada aquí; cfr. *Rotsch* (nota al pie 66), § 1 número marginal 49 al final.

72 Sobre el caso del terremoto de L’Aquila en 2009 extenso e instructivo *Staffler* ZIS 2017, 125.

ex técnico del Instituto de Astrofísica y trabajador del Instituto Nacional de Física Nuclear, compartió telefónicamente con el alcalde de la ciudad de Sulmona la tesis (cuestionable científicamente) sobre el temor de un gran terremoto en la región de L' Aquila para principios de abril. Para tranquilizar a la población la “Comisión Nacional de Riesgo” convocó una sesión para el 31.03.2009. En el contexto del encuentro, el miembro de la Comisión Nacional de Riesgo, D, al mismo tiempo vicepresidente de una división de la Defensa Civil Nacional, concedió una entrevista a distancia, en que compartió que un gran sismo no sería algo de esperarse. Luego de la sesión se redactó un comunicado de prensa, del que se desprendía esencialmente que no sería previsible un terremoto. El director de la Comisión de riesgo, Prof. B, concedió una entrevista en conexión con la sesión donde tomó posición contra los dichos previos de G. Una semana después se produjo el devastador sismo.⁷³

El 22.10.2012 7 miembros de la Comisión Nacional de Riesgo fueron condenados en primera instancia por homicidio imprudente en virtud del art. 589 inc. 3° de Código Penal Italiano a cinco años de pena privativa de libertad.⁷⁴ Mediante la sentencia de 10.11.2014 del tribunal de alzada, en segunda instancia se revocó en buena media la decisión de primera instancia. Excepto por el acusado D, que fue condenado a dos años de pena de cárcel, todos los acusados fueron absueltos.⁷⁵ Contra esta sentencia recurrieron ante el Tribunal de Casación tanto la Fiscalía como la defensa de D. Con la predecible sentencia de 20.11.2015 se mantuvo en lo esencial la sentencia del tribunal recurrido.⁷⁶

Por una parte, se les reprochó a los acusados haber omitido imprudentemente evaluar cuidadosamente el riesgo de terremoto. Por otra parte, se imputó a los acusados haber causado imprudentemente la muerte y lesiones de varias personas mediante conducta activa por la publicación del comunicado apaciguador.⁷⁷

El caso muestra con insistencia que hay un segundo grupo de casos del criminal compliance. Desde un punto de vista jurídico, aparecen aquí las muy difíciles preguntas de la dogmática de la causalidad y la imprudencia.⁷⁸ Esto no se trata de una particularidad de una subcategoría jurídico-penal hipertrofiadas de la parte especial⁷⁹, sino que de un conocido problema básico de figuras jurídicas de la parte general. La particularidad de la constelación reside más bien en que lo que manda

73 Sobre los detalles, cfr. *Staffler* ZIS 2017, 125 s.

74 *Staffler* ZIS 2017, 125 (127 s.).

75 *Staffler* ZIS 2017, 125 (130).

76 *Staffler* ZIS 2017, 125 (132).

77 Cfr. *Staffler* ZIS 2017, 125 (129).

78 Un decidido análisis de los hechos se encuentra en *Staffler* ZIS 2017, 125.

79 Al respecto también en 2.

la norma del tipo penal en cuestión es conocido e internalizado, pero los hechos (futuros) no han sido previstos con suficiente seguridad. En ese sentido, no se trata de Derecho Penal del Riesgo, sino que de **previsión de riesgo**. Entonces no solo cuando la complejidad del Derecho hace difícil anticipar la responsabilidad jurídico-penal,⁸⁰ sino también cuando falta una hipótesis de hecho como base de la subsunción, se puede hablar de criminal compliance y, también, es necesaria una “cultura de criminal compliance”.⁸¹

3.2. 2ª concreción de las condiciones de origen del criminal compliance

Ya hace diez años describí el moderno desarrollo del Derecho Penal tendiente a la construcción subcategorías heterogéneas con el concepto de la divisionalización.⁸² Éste ha experimentado apoyo,⁸³ pero, como era de esperarse, también críticas.⁸⁴

Sobre la conexión de esta tendencia a la divisionalización con el criminal compliance y las críticas, especialmente expresadas por *Kublen*⁸⁵ y *Saliger*⁸⁶ ya me he expresado en otro lugar.⁸⁷ Por ello aquí solo lo repito una vez más: el fenómeno del criminal compliance no se puede aclarar de forma monocausal, sino que más bien requiere una conexión con las diferentes teorías que buscan a aclarar correctamente este complejo fenómeno.⁸⁸

Por lo demás, la aplicación de la tesis de la divisionalización por mí defendida⁸⁹ al contexto de la discusión del criminal compliance no debería describir –

80 Así ya en *Rotsch* ZIS 2010, 614 (615 s.).

81 Esto lo reconoce ya *Staffler* ZIS 2017, 125 (138).

82 *Rotsch* ZIS 2007, 260.

83 Cfr., por ejemplo, *Prittwitz* ZIS 2012, 217 (219 s.).

84 *Fateh-Moghadam* en: Steinberg/Valerius/Popp (Ed.), *Das Wirtschaftsstrafrecht des StGB*, 2011, p. 25 (30 ss.).

85 *Kublen* en: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina (Ed.), *Compliance und Strafrecht*, 2013, p. 1 (15).

86 *Saliger*, RW 2013, 263 (281).

87 Extensamente *Rotsch* (nota al pie 66), § 1 número marginal 65 ss.

88 Vid. ya *Rotsch* (nota al pie 66), § 1 número marginal 62.

89 Ella se desarrolló de manera totalmente independiente al fenómeno de compliance y no fue (ni es) pensada como una “afirmación de divisionalización”. Por eso no corresponde la crítica de *Saliger* de que se crea Derecho Penal especial (*el mismo*, RW 2013, 263 [281]), puesto que la tesis de la divisionalización, por el contrario, intenta solamente una aclaración para la existencia de un existente Derecho Penal divisionalizado por razones totalmente distintas, cfr. *Rotsch* (nota al pie 66), § 1 número marginal 66. Esto lo reconoce también *Fateh-Moghadam* (nota al pie 84), p. 31.

como lo entiende Kuhlen⁹⁰ – al criminal compliance como una parte heterogénea del Derecho Penal. La intención era más bien la descripción de una **condición de origen** del criminal compliance y con ello se hacía referencia a la circunstancia de la creciente divisionalización del Derecho Penal con la consecuencia de una “hipertrofia del Derecho Penal”⁹¹ que lleva a la ya referida inseguridad jurídica del destinatario de la norma. Y porque ese destinatario de la norma en el contexto que aquí nos interesa, por un lado –porque normalmente es potente económicamente– tiene la posibilidad de maniobrar, por otro lado –porque se maneja en el ámbito de la competencia comercial–, ve la necesidad e intenta adoptar medidas que eviten un temido riesgo jurídico-penal.

4. CORRUPCIÓN Y COMPLIANCE

La tesis de la divisionalización del Derecho Penal se deja probar correctamente en el Derecho Penal de Corrupción. Tanto si esto es, apenas comprensible para un lego, modelos de bienes jurídicos divergentes con los se intenta fundamentar el merecimiento de pena de conductas de corrupción⁹², que ya diferencian exigencias en el (más o menos “restringido” o “amplio”⁹³) acuerdo contrario a Derecho o si son las más diversas agravaciones del Derecho Penal de la Corrupción en el último años: ya en el Derecho Penal de la Corrupción domina una orientación de necesidad y, por ello, ha sido y es, tanto prácticamente como en la ciencia, un importante ámbito de ocupación del criminal compliance. Esto apunta recién correctamente a los nuevos desarrollos, esto es, la introducción del llamado “modelos del empresario”, como el correspondiente n° 2 del tipo del cohecho o soborno del § 299 StGB⁹⁴, así como la creación de los tipos especiales de los §§ 299a, 299b StGB para el mercado de la salud.⁹⁵

Esta estrecha relación entre corrupción y compliance conlleva también peligros: en las conductas de corrupción colisionan, a saber –como en todas las constelaciones jurídico-penales relevantes para el compliance–, dos niveles de regulación. Así, normalmente se caracteriza la relación interna entre principal y agente mediante una red de regulaciones (internas). Esto se trata del flujo de esfuerzos de compliance, por lo que ya antes he llamado a este nivel de regulación interna el “nivel de com-

90 *Kuhlen* (Nota al pie 85), p. 15.

91 *Rotsch* ZIS 2008, 1.

92 Cfr. recientemente *Gaede* (Nota al pie 45), § 299 número marginal 9.

93 Cfr. *Rosenau* en: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Ed.), StGB – Strafgesetzbuch, Kommentar, 2a ed. 2014, § 331 número marginal 28 s.

94 Cfr. sólo *Gaede* (Nota al pie 45), § 299 número marginal 13.

95 Vid. solamente el reciente comentario de *Gaede* (Nota al pie 45), § 299a, § 299b StGB.

pliance”. Desde un punto de vista extrapenal tal estructura tiene sentido en gran medida. Sin embargo, no tiene relevancia jurídico-penal inmediata, puesto que los requisitos de la responsabilidad jurídico-penal se determinan recién por el segundo nivel de regulación –por el orden jurídico-penal primario, esto es, por ejemplo, la regulación del StGB–. En la literatura ya varias veces y, por supuesto, de manera correcta, se ha advertido que a tal regulación interna de las empresas (“códigos de conducta”) no le puede corresponder una función inmediata de exculpación jurídico-penal.⁹⁶

Por el contrario: debido a que la directriz del legislador penal (ojalá todavía) es el principio de ultima ratio,⁹⁷ que correspondería en las empresas comerciales al principio de las “best practice”, el contenido de las regulaciones se distancia frecuentemente no solo en cuanto a su contenido, sino que también en relación a la determinación de su finalidad. Mientras la ley penal depende de parámetros jurídico, la regulación interna de la empresa está en primera línea motivada económicamente.

El peligro, tempranamente identificado por *Kublen*,⁹⁸ de un efecto constituyente de punibilidad del criminal compliance, se puede comprobar también en nuestro contexto. También e incluso en vista de hechos de corrupción, no queda lejos la conclusión de que el criminal compliance puede ser contra productivo.⁹⁹ Cuando, a saber, en el marco de la interpretación de norma jurídico-penal suficientemente indeterminada del nivel primario, la rigurosa regulación interna de la empresa se convertirá en base de una concreción de la norma.¹⁰⁰ Entonces existe el peligro de que en último término el mismo destinatario de la norma amplía su propia responsabilidad penal.¹⁰¹ En concreto: la corrupción surgiría, entonces, del quebrantamiento de medidas para la prevención de la corrupción.

Por último: si se reconoce al legislador, independiente de la pelea respecto a su concepto de bien jurídico,¹⁰² la creación de los §§ 299a, 299b StGB, nueva versión,

96 *Rotsch* (nota al pie 66), § 2 número marginal 5 s., § 2 número marginal 20 ss.; *Kublen* en: *Maschmann* (Ed.), *Corporate Compliance und Arbeitsrecht*, 2009, p. 11 (22 ss.).

97 *Rotsch* (nota al pie 66), § 2 número marginal 11.

98 *Kublen* (nota al pie 96), p. 22 ss., quien conocidamente habla de un “círculo autovalidado”, cfr. *Rotsch* (nota al pie 66), § 2 número marginal 5. Vid. ya *el mismo*, ZIS 2010, 616.

99 En atención a los riesgos de punibilidad por el compliance en sentido básico, cfr. extensamente ahora *Zimmermann* *Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*, 2014.

100 Este peligro lo ve también *Zimmermann* (nota al pie 99), p. 255 ss., 261; cfr. también ya *Rönnau* StV 2009, 302 (397) con mayores referencias.

101 Similar también *Rotsch* (Nota al pie 63 – *Achenbach/Ransiek/Rönnau*), 1ª parte, cap. 4 número marginal 56.

102 Vid. al respecto *Gaede* (nota al pie 45), § 299a número marginal 8 ss. con mayores referencias.

es un exitoso “complemento esencialmente sólido para el injusto de corrupción”¹⁰³, se tendría que reflexionar en qué medida la hasta ahora tenida por correcta –incluso por mí– referencia del criminal compliance a las organizaciones se puede sostener todavía. Alguno habla a favor de hacer también objeto de criminal compliance hechos de corrupción en los que el vínculo de deber interno posiblemente sea solamente entre médico y paciente.

5. RESULTADO

Tanto el fenómeno de la corrupción como el ámbito jurídico del criminal compliance están lejos de un acuerdo en cuanto a la concepción de su definición. Con mi conferencia he intentado hacer una contribución a la mayor concreción de ambas conceptualizaciones. Esto ha mostrado que la corrupción y el compliance se encuentran en una relación de tensión que lleva a riesgos infravalorados, por un lado, y, por otro, también es apto para contribuir a una comprensión más precisa de las corrientes materias penales. Solo así se puede suceder que peligros virulentos dentro de la praxis de la realidad las empresas –en una variación de una formulación de *Kargl*¹⁰⁴ – la apariencia de corrupción sea tratada con la apariencia de compliance.

103 *Gaede* (nota al pie 45), § 299a número marginal 17.

104 Cfr. *Kargl* ZStW 114 (2002), 763 (793), que habla de que el § 331 StGB combate la apariencia de criminalidad con apariencia de persecución penal.