

## Criminal Compliance

Thomas Rotsch

Universität Augsburg

*Abstract*<sup>\*/\*\*</sup>

*En la actual discusión sobre el contenido y la necesidad del Compliance se entremezclan con frecuencia problemas genéricos de la imputación en Derecho penal con problemas específicos del Compliance. Ello llevaría a un sector doctrinal a tachar dicho concepto de superfluo e insustancial. No obstante, el Compliance describe realmente un fenómeno novedoso, en absoluto sobrante y operativo siempre y cuando en el concepto no se subsuman de hurtadillas problemas no asumidos por las distintas ramas del ordenamiento jurídico, como de manera predominante sucede en la actualidad, sino que, por el contrario, se intente poner de relieve las peculiaridades específicas del Compliance, para acto seguido, buscar soluciones concretas a los también concretos problemas.*

*In der derzeitigen Diskussion um den Inhalt und Notwendigkeit von Compliance werden häufig bekannte Haftungsfragen mit spezifischen Problemen von Compliance vermengt. Infolgedessen wird der Begriff von einigen Autoren für überflüssig und inhaltslos gehalten. Allerdings beschreibt Compliance tatsächlich ein neues, überhaupt nicht uninteressantes Phänomen. Das gilt jedenfalls dann, wenn man unter dem Begriff nicht schlicht sämtliche unbewältigten Probleme von verschiedenen Teilrechtsgebieten subsumiert, wie dies zur Zeit überwiegend geschieht, sondern versucht, die spezifischen Besonderheiten von Compliance herauszuarbeiten, um konkrete Lösungen für die spezifischen Problemen zu erreichen.*

*In the current discussion on the content and needfulness of Compliance generic problems of the Criminal law imputation are frequently intermingled with Compliance specific problems. That would lead a part of the scholars to consider the concept pointless and unnecessary. However, Compliance really describes a new phenomenon, in any case superfluous. It is operative as long as under such label are not problems unassumed by their respective branches of law surreptitiously dealt -as normally happens- but the specifications of Compliance are raised out and, thus, specific solutions for the specific problems are sought.*

*Titel: Criminal Compliance*

*Title: Criminal Compliance*

*Stichwörter: Criminal Compliance, Unternehmensverfassung, Haftungsvermeidung, Compliance-Beratung, Strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen.*

*Keywords: Criminal Compliance, Company constitution/structure, Avoidance of liability, Compliance-consulting, Criminal liability of legal persons.*

*Palabras clave: Criminal Compliance, Régimen orgánico empresarial, Responsabilidad penal de las personas jurídicas.*

---

\* Título original «Criminal Compliance», publicado en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (5), edición 10/2010, pp. 614 a 617. Traducción a cargo de Ivó Coca Vila, Universidad Pompeu Fabra. Revisión a cargo del Prof. Dr. Ricardo Robles Planas. Esta traducción se enmarca en el Proyecto de investigación “Nuevos fenómenos regulatorios y responsabilidad penal de la empresa”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Texto original acordado y revisado, provisto de notas a pie de página para la versión del texto presentada en conferencia por el autor *et.al.* en la Friedrich-Schiller-Universität Jena, la Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul en Porto Alegre (Brasil) y en el Goethe-Institut de Madrid.

\*\* El autor dirige la Cátedra de Derecho penal y Derecho procesal penal, Derecho penal económico y Derecho penal internacional de la Universität Augsburg y el CCC- Center for Criminal Compliance ([www.jura.uni-augsburg.de/ccc](http://www.jura.uni-augsburg.de/ccc)).

## Sumario

### 1. Introducción

### 2. Criminal Compliance

#### 2.1 El objeto del Criminal Compliance

##### a) La situación actual

##### b) La delimitación del Criminal Compliance en sentido estricto

#### 2.2 Problemas específicos del Criminal Compliance

##### a) Cuestiones científicas fundamentales del Criminal Compliance

##### b) Cuestiones prácticas del Criminal Compliance

### 3. Resumen y perspectiva

### 4. Bibliografía

## 1. Introducción

El concepto de *Compliance* ha protagonizado una carrera vertiginosa. Pocos años atrás todavía era algo en gran parte desconocido, en la actualidad, al introducir dicho concepto en *google* aparecen 115 millones de entradas. Lo cual, teniendo en cuenta que no describe nada distinto a la evidencia del deber de observancia de las normas, es en cierto modo sorprendente. El concepto se emplea también en la Medicina, en donde la fidelidad al tratamiento del paciente condiciona la curación de muchas enfermedades que requieren comportamientos cooperativos. En nuestro contexto se trata de “to be in compliance with the law”, de modo que dicha fórmula, compuesta por la palabra *Compliance*, que dicho sea de paso significa también “capacidad de aprendizaje”, puede ser traducida (de forma no absolutamente exacta) por “conformidad a Derecho” (*gesetzmäßig*). Pues bien, que el Derecho trata siempre de comportamientos conforme a Derecho, o en su caso de comportamientos no ajustados a éste y que el Derecho penal determina las condiciones y las consecuencias jurídicas de los comportamientos que infringen la norma penal es todo menos un hallazgo revolucionario.

No ha sido hasta los años 90 cuando se ha dado a conocer el concepto genérico de “Corporate Governance” y el significado de éste. De forma simple, este concepto puede ser traducido por “Unternehmensverfassung” (Gobierno corporativo) y describe por ende el marco regulatorio para la dirección y supervisión de las empresas.<sup>1</sup> Bajo este tópico se discute tanto en Alemania como a nivel internacional acerca de los distintos sistemas generales en tanto que instrumentos de supervisión empresarial. El *Compliance* constituye precisamente uno de estos instrumentos. Se trata en última instancia del evidente principio vigente en cada uno de los ordenamientos jurídicos estatales según el cual las empresas y sus órganos deben operar armónicamente con el Derecho vigente.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> HAUSCHKA, “Einführung” en HAUSCHKA/BESCH (eds.), *Corporate Compliance: Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 2ª ed., 2010, § 1, Nm. 1.

<sup>2</sup> HAUSCHKA, *Corporate Compliance: Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 2ª ed., 2010, § 1, Nm. 1.

¿Describe por consiguiente el *Compliance* algo distinto a una mera perogrullada?<sup>3</sup> ¿Es realmente el *Compliance* solo una *buzz-word*, un concepto de moda vacío en su contenido cuya trascendencia, a decir verdad, es falsa, pues pese a reflejar ciertamente una realidad, lo hace de un modo tan críptico que se le atribuye una trascendencia y complejidad de la que en realidad carece? ¿Supone en realidad, como en ocasiones ya se oye, solo medidas de marketing destinadas a potenciales destinatarios de normas con la intención de desconcertarlos y -en último lugar- ganar grandes cantidades de dinero?

No creo que esto sea así. Con independencia de la cuestionable necesidad de recurrir a anglicismos y con independencia de la evidencia de que la actividad profesional no se lleva a cabo de forma gratuita, el *Compliance* describe realmente un fenómeno novedoso. Lo anterior es válido siempre y cuando en el concepto no se subsuman de hurtadillas problemas no asumidos por las distintas ramas del ordenamiento jurídico, como de manera predominante sucede en la actualidad, sino que, por el contrario, se intente poner de relieve las peculiaridades específicas del *Compliance*. Lo que aquí se emprende debiera ser un primer intento en este sentido para el Derecho penal y el así llamado "*Criminal Compliance*".

## 2. *Criminal Compliance*

### 2.1. El objeto del *Criminal Compliance*

#### a) La situación actual

De forma simultánea al progresivo desarrollo de una competencia -tanto en el ámbito científico como en el práctico- entre las distintas ramas del ordenamiento por acoger en su seno al "*Compliance*", éste se ha ido convirtiendo en el objeto de estudio de las más variadas ramas del ordenamiento jurídico. El Derecho penal no supone en este punto excepción alguna. Aunque el Derecho penal de entre el resto de ramas del ordenamiento jurídico sanciona con penas de prisión o multas únicamente la infracción de las normas más graves en el ámbito del *Compliance*, domina el malestar. Por un lado, parece que el potencial de peligro jurídico-penal originario ligado a un sistema de *Compliance* deficiente resulta todavía hoy, tanto en las medianas empresas como en las grandes corporaciones, un fenómeno apenas percibido. Los pocos escándalos que se han dado a conocer han tenido dimensiones dramáticas con consecuencias poco más o menos que grotescas. Algunas pocas empresas están dotando sus departamentos de *Compliance* de una manera absolutamente desproporcionada, surgiendo así a su vez un subsistema intraempresarial que precisa en sí mismo de un nuevo departamento de *Compliance*. Y sin embargo, la gran mayoría de las empresas que tendrían motivos para preocuparse y que están en el punto de mira de los órganos de persecución penal -y éstas también son en especial las empresas de tamaño intermedio- no hacen nada al respecto.

---

<sup>3</sup> En este sentido, SCHNEIDER, "*Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung*", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, (15), 2003, p. 646.

Por otro lado, en el ámbito de la Ciencia del Derecho penal sigue sin haberse abordado de forma pormenorizada la cuestión de qué supone o qué significa el fenómeno del *Compliance* para el Derecho penal desde el punto de vista político-criminal y dogmático.<sup>4</sup>

Al respecto, parece que se abren multitud de apremiantes ámbitos de estudio ¿Qué es y dónde comienza la “corrupción”? ¿Cuándo es punible la esponsorización? ¿Qué son las “cajas negras”? y (¿Por qué) debería mantenerse uno alejado de ellas? Cuando alguien conoce de su existencia en su propia empresa, ¿Cómo proceder entonces? ¿Cuándo es punible el cohecho activo o –a la inversa- el cohecho pasivo? ¿En qué momento debe uno preocuparse por la ocultación de las contribuciones a la Seguridad social de los empleados tipificada en el § 226<sup>a</sup> StGB? ¿Qué significa ser “aparentemente autónomo” y desde cuándo esto tiene que ver con el trabajo “en negro”? ¿En qué supuestos tiene sentido un levantamiento de la pena por la autoinculpación y hasta qué momento puede ésta llevarse a cabo? ¿Qué formas de comportamiento están comprendidas en el tipo de deslealtad del § 226 StGB?, etc... Si esto es así, la lista puede prolongarse tanto como se quiera.

### **b) La delimitación del *Criminal Compliance* en sentido estricto**

En realidad, los ámbitos de problemas mencionados constituyen cuestiones específicas del *Criminal Compliance* en tanto en cuanto constituye éste su objeto de estudio y al mismo tiempo su campo de actividad. De hecho, estos problemas se corresponden ni más ni menos que con las ya para nosotros conocidas –frecuentemente de difícil reconocimiento y por el momento no resueltas- cuestiones básicas del Derecho penal económico.

El hecho de que en ocasiones se considere el *Compliance* una moda pasajera vacía de contenido encuentra su razón esencialmente en que en la mayoría de ocasiones en mayor o menor medida en el concepto se subsume de manera arbitraria todo aquello que constituye tanto el objeto de estudio de la Ciencia jurídico-penal como de la discusión de la praxis penal, atendiendo exclusivamente a su objetivo común, esto es, la evitación de la responsabilidad penal anticipada. Por ejemplo, la cuestión acerca de la posible existencia de un deber de garante del oficial de cumplimiento<sup>5</sup> se trata de un problema originario del Derecho penal (económico). Las cuestiones acerca de la responsabilidad del administrador de una empresa de acuerdo con lo establecido en los §§ 25 y ss. StGB no representa asimismo un fenómeno novedoso, independiente y original específico del *Compliance*. En lo que a las controvertidas discusiones acerca del perjuicio en forma de peligro

---

<sup>4</sup> No obstante, esto cambiará en un futuro próximo. El primer escrito de habilitación al respecto sobre el tema ya se ha concluido. Véase, Dennis BOCK, *Criminal Compliance: Strafrechtlich gebotene Aufsicht in Unternehmen –zugleich ein Beitrag zu den Grenzen strafrechtlicher Steuerung der Unternehmensführung* (pendiente de publicación). [La obra ya ha sido publicada, BOCK, *Criminal Compliance*, Baden-Baden, Nomos, 2011]. Actualmente, en el CCC (Center for Criminal Compliance) este tema es objeto de estudio en distintas tesis doctorales.

<sup>5</sup> Afirmado por el BGH en una sentencia que ha levantado revuelo, 17.7.2009 -5 StR 394/08 = BGH NJW 2009, 3173, comentando la sentencia, ROTSCH, “Garantenpflicht aufgrund dienstlicher Stellung”, *ZJS*, (6), 2009, pp. 712 y ss., RANSIEK, “Zur strafrechtlichen Verantwortung des Compliance Officers”, *AG*, (5), 2010, pp. 147 y ss., RÖNNAU/SCHNEIDER, “Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant”, *ZIP*, (31), 2010, pp. 53, con más pruebas al respecto.

(*Gefährdungsschaden*)<sup>6</sup> a propósito del § 263 y (j) del § 266 StGB o el castigo de la deslealtad en perjuicio común del § 266 StGB a través de la creación<sup>7</sup> o disposición<sup>8</sup> de cajas de dinero negro se refiere, no se trata de una discusión propia de *Compliance* (criminal). El hecho de que muchas de estas preguntas hayan sido apartadas a través de soluciones consensuadas, no cambia nada. Las dificultades que tenemos para responder a estas y otras cuestiones similares se corresponden con las dificultades propias del Derecho penal económico<sup>9</sup>, no obedecen, pues, a singularidades del *Criminal Compliance*.

Los problemas específicos del *Criminal Compliance* son, en verdad, otros. Éstos todavía no han sido abordados científicamente y realmente sitúan al Derecho penal clásico ante nuevos desafíos. Algunos de ellos serán presentados a continuación en una primera y sistemática selección con carácter meramente aproximativo.

## 2.2. Problemas específicos del Criminal Compliance

Dentro de los planteamientos problemáticos variados, específicos y originarios del *Criminal Compliance* en sentido estricto, cabe distinguir fundamentalmente entre cuestiones relativas a los fundamentos científicos y cuestiones propias de la práctica de asesoramiento. Con ello aflora aquí de forma especialmente clara la necesaria conexión entre ciencia y praxis. Sin una comprensión científica no podrá llevarse a cabo un buen asesoramiento de *Compliance* como tampoco será posible apenas el desarrollo de soluciones específicas a las cuestiones del *Compliance* sin una retroalimentación de la ciencia desde la praxis de consultoría - idoneidad práctica-.

### a) Cuestiones fundamentales científicas del *Criminal Compliance*

(1) Una primera particularidad fundamental reside en el objetivo del *Criminal Compliance*. En la mayoría de los casos se circunscribe éste a la evitación de la responsabilidad (*Haftungsvermeidung*).<sup>10</sup> Esto (sólo) es cierto en el sentido de que en lo que al consejo de administración se refiere, por regla general, se trata únicamente de que no nazca ya desde un principio la responsabilidad penal. Quien por el contrario tome sólo en consideración el objetivo de la evitación de la responsabilidad como tal, corre el peligro de pasar por alto que con una semejante estrategia de *Compliance* dirigida de forma singular puede decaer ciertamente la responsabilidad penal de la dirección empresarial, pero dado que la dirección de la empresa generalmente puede descargarse a través de (y sólo a través de) una organización cuidadosa y en especial a través de la delegación, la responsabilidad

<sup>6</sup> Para una aclaración terminológica-conceptual (perjuicio en forma de peligro *versus* puesta en peligro del patrimonio constitutiva de un perjuicio), véase, recientemente, ROTSCH, "Compliance und Strafrecht-Konsequenzen einer Neuentdeckung", en JOECKS et al. (eds.), *FS-SAMSON*, 2010, pp. 141 y ss.

<sup>7</sup> BGHSt 51, 100 (Kanter).

<sup>8</sup> BGHSt 52, 323 (Siemens).

<sup>9</sup> En relación con la aludida "Divisionalización" del Derecho penal, véase ROTSCH, "Der ökonomische Täterbegriff. Zugleich ein Beitrag zu Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung der Strafrechtsdogmatik", *ZIS*, (7), 2007, pp. 260 y ss.

<sup>10</sup> Véase BOCK, "Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion- § 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance", *ZIS*, (70), p. 68.

penal no se diluye sin dejar rastro en la empresa, sino que en cierto modo se transfiere a los trabajadores subordinados. La supuesta evitación de la responsabilidad sería entonces un mero traslado de la responsabilidad que afectaría penalmente a otros sujetos, lo cual desde el punto de vista empresarial puede ser igualmente desastroso. (Palabras clave: Multas, demandas de daños y perjuicios, pérdida de reputación, pérdidas de capacidad competitiva). Un concepto de *Compliance* dirigido a una completa evitación de la responsabilidad penal debe por lo tanto tomar en consideración la empresa en su conjunto, en su caso a todos los trabajadores de la empresa y no sólo a la cúpula directiva.

(2) En relación con lo anterior se encuentra ligado un detalle adicional que nos supone un inmenso problema a la hora de asesorar en *Compliance*<sup>11</sup>. Quien pretende garantizar que las decisiones empresariales no se corresponden con formas de comportamiento penalmente relevantes se ve obligado a anticipar la responsabilidad penal. No obstante, este proceso de anticipación se lleva a cabo con frecuencia bajo condiciones extraordinariamente complejas. Por un lado, el Derecho penal económico trata con realidades extraordinariamente complicadas, por otro, esta disciplina jurídica es de por sí tan compleja y nebulosa que a menudo sólo puede ser dominada por reconocidos expertos, y finalmente, en amplios sectores no existen apenas enunciados fiables en lo que a la amenaza penal se refiere. El rasgo característico del *Criminal Compliance* reside en este sentido en la necesidad de la anticipación de la responsabilidad penal, que no puede sencillamente predecirse siempre con la necesaria seguridad.<sup>12</sup>

(3) Cuando las empresas se dotan a sí mismas de un régimen orgánico empresarial (*Unternehmensverfassung*) tienden a formular, por distintos motivos y en aras a la “best practice” posible, severas exigencias en relación con el comportamiento empresarial adecuado.<sup>13</sup> En lo que al posible castigo imprudente se refiere existe aquí una particularidad consistente en el hecho de que son las propias empresas las que, por ejemplo, a través de directrices (co)definen frecuentemente en ámbitos no legalmente regulados los estándares de diligencia que deben cumplir. Cuanto más alto se fija el estándar de diligencia, más difícil resulta para los trabajadores de la empresa su cumplimiento. Así pues, existe el peligro de que sea la propia empresa la que se autoreglamente penalmente.<sup>14</sup>

(4) Sin embargo, en este contexto se plantea además inmediatamente la pregunta de en qué medida es posible con carácter general influir mediante la regulación empresarial interna en la responsabilidad penal, en el mejor de los casos, también en aras de su evitación. Pues,

---

<sup>11</sup> Al respecto, véase b) (1).

<sup>12</sup> Véase también b) (1).

<sup>13</sup> Véase KUHLEN, “Strafrechtliche Haftung von Führungskräften”, en MASCHMANN (ed.), *Corporate Compliance und Arbeitsrecht: Mannheimer Arbeitsrechtstag*, 2009, p. 11.

<sup>14</sup> Véase KUHLEN en MASCHMANN (ed.), *Corporate Compliance und Arbeitsrecht: Mannheimer Arbeitsrechtstag*, 2009, p. 26, quien se refiere a lo anterior como un “círculo que se valida a sí mismo”. En este sentido, de forma acrítica (“deseable”), HAUSCHKA/GREVE, “Compliance in der Korruptionsprävention –was müssen, was sollen, was können Unternehmen tun?”, *Betriebs-Berater*, 2007, p. 165.

es precisamente la evitación o en su caso la minimización<sup>15</sup> de los riesgos de la responsabilidad penal lo pretendido con este tipo de regulaciones. Especialmente en lo que a los delitos dolosos se refiere sigue todavía pendiente una discusión omnímoda.

(5) En la medida en que el *Criminal Compliance* refiere el intento de exonerar de responsabilidad penal a los directivos de las (grandes) empresas, éste puede ser entendido como una reacción frontal a la jurisprudencia del BGH<sup>16</sup> sobre la imputación “top down”. Pues, únicamente a partir de la equiparación normativa entre la responsabilidad societaria o incluso simplemente entre la responsabilidad por la gestión societaria con la responsabilidad penal se possibilitó el acceso directo a los altos cargos empresariales, surgiendo entonces la necesidad de librarse de dicha responsabilidad. Quien de forma tradicional se pregunte por la responsabilidad penal partiendo de los daños efectivamente acaecidos desde abajo hacia arriba se queda en algún momento a medio camino en la ramificación de las grandes corporaciones modernas. Estos efectos propios de la irresponsabilidad organizada representan para el BGH precisamente el pábulo de su “cambio de paradigma”.<sup>17</sup> La irresponsabilidad organizada, al igual que la responsabilidad desorganizada, recae sobre la propia dirección empresarial. El *Criminal Compliance* representa un reflejo específico de dicho desarrollo actual.

(6) En todo caso, se impone en Alemania la impresión de que la discusión acerca del *Criminal Compliance* representa cuando menos una reacción a la –en muchos países mientras tanto introducida, en Alemania pese a la abundante discusión aún no-responsabilidad penal de las personas jurídicas. Puesto que cuando el *Criminal Compliance* describe el intento de evitación de la responsabilidad penal, y la responsabilidad penal de los altos cargos empresariales ya se ha possibilitado a través de la moderna jurisprudencia del BGH (véase el punto inmediatamente anterior [5]), es de suponer entonces que mediante el *Criminal Compliance* deberían establecerse mecanismos de exculpación, los cuales no serían necesarios en la medida en que existiera ya una responsabilidad penal originaria de la propia empresa.

---

<sup>15</sup> Véase al respecto, arriba (1). Compárese con KUHLEN en MASCHMANN (ed.), *Corporate Compliance und Arbeitsrecht: Mannheimer Arbeitsrechtstag*, 2009, p. 12.

<sup>16</sup> Por un lado, BGHSt 37, 106 (“Lederspray”), como consecuencia de la BGHSt 40, 218 (“Mauerschützen”), por el otro, compárese por ejemplo con las siguientes sentencias: BGHSt 40, 257; BGHSt 45, 270; BGHSt 48, 331; BGHSt 49, 147 con reseña. ROTSCH, “Wiederholung und Vertiefung im Schwerpunktbereich-Wirtschaftsstrafrecht: Untreue durch Vorstandsmitglieder einer AG zum Nachteil einer abhängigen GmbH BGHSt 49, 147 (“Bremer Vulkan”), *ZJS*, (6), 2008, p. 610; BGH NStZ 1997, 544; BGH NJW 1998, 767; BGH JR 2004, 245, con comentario. ROTSCH, “BGH v. 3. 7. 2003 1 StR 453/02 Mittelbare Täterschaft bei unternehmerischer Betätigung; Aufwendungen und Bruttoprinzip beim Verfall”, *JR*, (6), 2004, p. 248. Sobre todo ello, con detalle, ROTSCH, “Einheitstäterschaft” statt Tatherrschaft: zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativfunktionalen Straftatlehre, 2009, pp. 372 y ss., con múltiples comprobaciones adicionales.

<sup>17</sup> ROTSCH, *Individuelle Haftung in Großunternehmen: Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, 1998, pp. 152 y ss., y 161 y ss. (163). EL MISMO, “Beitrag –Wissenschaftlicher Mitarbeiter Dr. Thomas Rotsch, Kiel Unternehmen, Umwelt und Strafrecht – Atiologie einer Misere (Teil 1)”, *Wistra*, (9), 1999, p. 325. SCHÜNEMANN, “Unternehmenskriminalität”, en CANARIS/HELDRICH/HOPT/ROXIN/K. SCHMIDT/WIDMAIER (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft*, t. 4, 2000, pp. 623 y ss.

## b) Cuestiones sobre el *Criminal Compliance*

(1) El hecho de que el *Criminal Compliance* deba evitar el castigo, esto es, que deba poder anticipar la posible responsabilidad penal en atención a comportamientos futuros representa un inmenso problema práctico para el asesoramiento en *Compliance*.<sup>18</sup> Justo aquí reside un habitual e insuperable obstáculo. El BGH parte siempre de una cómoda perspectiva ex post y en definitiva atendiendo a la impresión del daño ya efectivamente acaecido, de modo que tiende por regla general a tomar en consideración su evitabilidad y consecuentemente a afirmar la punibilidad,<sup>19</sup> a diferencia de la tarea del abogado en el asesoramiento en *Compliance*, que se enfrenta constantemente de acuerdo con la naturaleza del Derecho penal económico a todo menos a una apelación clara a normas en situaciones de actuación concretas. La objeción que aquí salta a la vista de que no es ningún rasgo distintivo del *Criminal Compliance* y que más bien obedece a la naturaleza de las cosas, pues es siempre el tribunal el que después del hecho simplemente conoce mejor lo sucedido, no es del todo acertada. En el Derecho penal del núcleo esperamos con razón que el autor conozca y entienda la prohibición (y que consecuentemente la atienda), a diferencia de lo que sucede en el Derecho penal económico en donde la legitimidad de dicha representación no ha sido evidenciada. En este sentido, la peculiaridad obedece a la acumulación del *Criminal Compliance* con su objeto de referencia, el Derecho penal económico.

(2) De lo anterior se deriva naturalmente también un problema agravado de responsabilidad para el propio asesor de *Compliance*. Es solo cuestión de tiempo que se planteen las primeras situaciones en las que una empresa, llevando a cabo diligentemente las medias propuestas por un abogado con mejor conocimiento y conciencia de las concretas reglas debidas en la asesoría de *Compliance*, vea como finalmente el BGH considere insuficiente las medidas que ha implementado. ¿Qué debe valer -en atención a la responsabilidad de las empresas- en el caso en que se ha pagado mucho dinero por una supuesta exquisita asesoría de *Compliance*, cuando posteriormente puede establecer el *Bundesgerichtshof* que en el concreto y especial caso no se han cumplido las exigencias debidas? ¿Puede exigírsele a una empresa algo más que el confiar en supuestos asesores competentes de *Compliance*? Y ¿En qué medida debe temer un abogado por su propia responsabilidad -también penal- cuando su recomendación de *Compliance* es calificada ex post por los Tribunales como insuficiente? En este caso se trata también de problemas que

---

<sup>18</sup> Contrástese arriba a) (2).

<sup>19</sup> La psicología social conoce desde hace mucho tiempo que es más sencillo especificar a posteriori estados de cosas efectivamente acaecidos que estados de cosas previsibles desde una perspectiva ex ante. Por todos, KUHLEN, "Zur Problematik der nachträglichen ex ante-Beurteilung im Strafrecht und in der Moral", en JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (eds.), *Recht und Moral*, 1991, pp. 341 y ss. Véase igualmente MEDICUS, "Deliktische Aussenhaftung der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer", *ZGR*, 1998, (27), p. 585: "Mirando atrás, incluso lo que a priori no es apenas esperable tiene por sí una cierta probabilidad dado que ha acaecido efectivamente. Cuando de tales peligros probables de producción de daños se deriva una posición de garante y se establece entonces un deber organizativo operando hacia afuera, se llega generalmente con poco esfuerzo argumentativo a un deber de indemnización externo". (La indicación de MEDICUS debo agradecerse a Peter KINDLER, que la cita en KINDLER, "Jan von Hein, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland", *ZHR*, (174), 2010, en y en torno a la nota a pie 125.

van más allá de los ya conocidos en relación con la responsabilidad de los abogados en el ejercicio de sus funciones.

### 3. *Resumen y perspectiva*

En la actual discusión sobre el contenido y la necesidad del *Compliance* se entremezclan con frecuencia cuestiones de responsabilidad con problemas específicos del *Compliance*. No obstante, si se distinguen consecuentemente unas y otras, se pone en claro que el *Compliance* representa por completo un nuevo objeto de trabajo de la Ciencia jurídica. El Derecho penal, en el ámbito del así llamado *Criminal Compliance*, en primer lugar debe delimitar el objeto de estudio del Derecho penal económico de los contenidos específicos del *Compliance*. Pudiendo hablar en términos generales de los contenidos del Derecho penal económico del *Criminal Compliance*, se deberían consecuentemente tomar así bajo el concepto de *Criminal Compliance* en un verdadero y limitado sentido sólo aquellas cuestiones que resultan precisamente de la especial necesidad de anticipación de la responsabilidad penal por los riesgos y la pretendida aminoración preventiva de los mismos.

En el marco de un *Criminal Compliance* así concebido, en sentido estricto, pueden distinguirse entre cuestiones de fundamento científico y cuestiones específicas de la práctica de asesoramiento, si bien, como es lógico, ambas se encuentran correlacionadas. Y del mismo modo que no puede darse una fundamentación científica a cuestiones específicas del *Criminal Compliance* sin considerar otras (no jurídico-penales) ramas del Derecho, tampoco lo será con frecuencia el llevar a cabo en la praxis una asesoría en *Compliance* completa, seria e integral con el objetivo de conseguir la más amplia minimización posible de cualquier responsabilidad por los riesgos de la empresa, y en su caso, de los trabajadores.

Así pues, el *Criminal Compliance* representa el actual y completamente consecuente -aunque provisional- punto final de un desarrollo frecuentemente descrito<sup>20</sup> como algo que va más allá del Derecho penal tradicional como instrumento de reacción, hacia un mecanismo de control para la prevención de la responsabilidad penal. Este desarrollo puede razonadamente lamentarse, pero ya no revertirse. El cometido del futuro debe consecuentemente pasar por la formulación de soluciones científicas sólidas y trasladables a los problemas del *Compliance* en la práctica. En tanto que éstas falten, lo más probable es que predomine en la praxis de la actividad económica la tendencia hacia un *Compliance* aparente o incluso la “huída del *Compliance*”, tal y como ya en la actualidad, a causa de la inseguridad y el desconocimiento que las medidas de *Compliance* generan, viene produciéndose.

El *Criminal Compliance* supone una nueva prueba más de que debemos definitivamente despedirnos de la idea de que existe un Derecho penal unitario y homogéneo capaz de solucionar todos y cada uno de los problemas de las sociedades modernas.

---

<sup>20</sup> Compárese recientemente con MARZAHN, *Das feindstrafrecht als Komponente des Präventionsstaats?*, 2010.

De facto, la reestructuración del Derecho hace ya tiempo que se ha efectuado, depende de nosotros dotarla de un fundamento propio de un Estado de Derecho.

#### 4. Bibliografía

Dennis BOCK (2009), "Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion- § 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance, *ZIS*, (70), p. 68.

- EL MISMO (2011), *Criminal Compliance*, Baden-Baden, Nomos.

Cristoph E. HAUSCHKA (2010), "Einführung" en HAUSCHKA/BESCH (eds.), *Corporate Compliance: Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 2ª ed., § 1, Nm. 1.

Cristoph E. HAUSCHKA/Gina GREVE (2007), "Compliance in der Korruptionsprävention – was müssen, was sollen, was können Unternehmen tun?", *Betriebs-Berater*, (4), pp. 165 y ss.

Peter KINDLER (2010), "Jan von Hein, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland", *ZHR*, (174), p. 149.

Lothar KUHLEN (2009), "Strafrechtliche Haftung von Führungskräften", en Frank MASCHMANN (ed.), *Corporate Compliance und Arbeitsrecht: Mannheimer Arbeitsrechtstag*, Nomos, Baden-Baden, p. 11.

- EL MISMO (1991), "Zur Problematik der nachträglichen ex ante-Beurteilung im Strafrecht und in der Moral", en JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (eds.), *Recht und Moral*, Nomos, Baden-Baden, pp. 341 y ss.

Thomas MARZAHN (2010), *Das feindstrafrecht als Komponente des Präventionsstaats?*, Lit, Berlin-Münster.

Dieter MEDICUS (1998), "Deliktische Aussenhaftung der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer", *ZGR*, (27), p. 585

Andreas RANSIEK (2010), "Zur strafrechtlichen Verantwortung des Compliance Officers", *AG*, (5), pp. 147 y ss.

Thomas RÖNNAU/Frédéric SCHNEIDER (2010), "Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant", *ZIP*, (31), pp. 53 y ss.

Thomas ROTSCH (2009), "Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft: zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativfunktionalen Straftatlehre, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 372 y ss.

- EL MISMO (2009), "Garantenpflicht aufgrund dienstlicher Stellung", *ZJS*, (6), pp. 712 y ss.

-EL MISMO (2004), "BGH v. 3. 7. 2003 1 StR 453/02 Mittelbare Täterschaft bei unternehmerischer Betätigung; Aufwendungen und Bruttoprinzip beim Verfall", *JR*, (6), p. 248.

- EL MISMO (2007), "Der ökonomische Täterbegriff. Zugleich ein Beitrag zu Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung der Strafrechtsdogmatik", *ZIS*, (7), pp. 260 y ss.

- EL MISMO (2010), "Compliance und Strafrecht- Konsequenzen einer Neuentdeckung", en JOECKS et al. (eds.), *FS-SAMSON*, pp. 141 y ss.

- EL MISMO (1998), *Individuelle Haftung in Großunternehmen: Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, Nomos, Baden-Baden, pp. 152 y ss., y 161 y ss.

- EL MISMO (1999), "Beiträge -Wissenschaftlicher Mitarbeiter Dr. Thomas Rotsch, Kiel Unternehmen, Umwelt und Strafrecht - Atiologie einer Misere (Teil 1)", *Wistra*, (9), p. 325.

Uwe H. SCHNEIDER (2003), "Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, (15), p. 646.

Bernd SCHÜNEMANN (2000), "Unternehmenskriminalität", en CANARIS/HELDRICH/HOPT/ROXIN/K. SCHMIDT/WIDMAIER (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft*, t. 4, pp. 623 y ss.