

Responsabilidad penal en el derecho penal económico alemán y la independencia del defensor

Criminal liability in German economic criminal law and the independence of the defence counsel

Sebastian SCHALES*

RESUMEN: El derecho penal alemán no contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, desde hace muchas décadas se discute si la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe consagrarse en la ley y si debe darse un derecho penal contra las empresas. A menudo no se analizan suficientemente las dificultades y los riesgos asociados a estas reivindicaciones. Este artículo trata la supuesta necesidad del establecimiento de un derecho penal empresarial y las posibilidades de su implementación jurídica. Además, se expondrá el cometido y, en particular, la independencia de la defensa penal en los procedimientos penales económicos.

PALABRAS CLAVE: derecho penal económico; derecho penal empresarial; responsabilidad penal; persona jurídica; culpa y defensa.

ABSTRACT: German criminal law does not allow for the cri-

* Abogado especializado en derecho penal, con bufete en Frankfurt am Main, Alemania. Se encarga de la defensa de personas individuales, tanto en derecho económico como también en derecho penal general, en toda la República Federal de Alemania. Contacto: <kanzlei@ra-schales.com>. Agradezco a mi hermano Thomas Alexander Schales, también abogado Penalista con bufete en Múnich/ Alemania, por su ayuda en la redacción de este Artículo. Fecha de recepción: 30/07/2024. Fecha de aprobación: 06/02/2025.

minal liability of legal persons. However, there has been a debate for many decades as to whether the criminal liability of a legal entity should be enshrined in law and whether a corporate criminal code specifically for legal entities should be introduced. In the process the difficulties and hazards associated with such demands are often not sufficiently examined. This article analyzes the alleged necessity of introducing a corporate criminal code and the possibilities of legal implementation. Furthermore the task and, in particular, the autonomy of the criminal defense in white collar criminal proceedings will be presented.

KEYWORDS: White collar criminal law; corporate criminal law; criminal liability; legal entity; culpability and criminal defense.

I. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y DERECHO PENAL EMPRESARIAL

A) DERECHO ECONÓMICO. PANORAMA GENERAL E HISTORIA

Según una definición extensa del derecho económico este abarca todos los delitos relacionados con una actividad económica, que puede entenderse también como “derecho penal económico”. Entre ellos se cuentan, además de tipos clásicos del derecho económico como, por ejemplo, los delitos de insolvencia, la estafa en inversión de capitales, los tipos penales del derecho penal del mercado de capitales y la retención de cotizaciones a la Seguridad Social, también tipos penales como la estafa y la falsificación de documentos, en tanto que tengan relación con la vida económica.¹

Mientras que estos delitos se refieren naturalmente a las personas físicas, el derecho penal empresarial, como parte del derecho penal económico, se ocupa de la sanción penal de las empresas.

El ordenamiento jurídico alemán no conoce la responsabilidad penal de personas jurídicas y, en consecuencia, no existe un derecho penal empresarial.

Solo pueden ser sancionadas las personas físicas de una empresa, es decir, los gerentes o los trabajadores responsables, en tanto en que se les pueda demostrar un comportamiento con relevancia penal.

En el derecho penal alemán el “principio de culpabilidad” es considerado uno de los más importantes pilares, es decir, que la sanción de una persona decae sin la apreciación de su culpa (*nulla poene sine culpa*).

¹ Véase QUEDENFELD, BECHTEL y RICHTER, en: *Bockemühl, Handbuch des Fachanwalts Strafrecht*, 8ª ed., Colonia, 2021, pp. 989 y ss.

Según jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional Federal alemán, el principio de culpabilidad goza de rango constitucional y se deriva de la dignidad y de la responsabilidad personal del individuo (art. 1.1 y 2.1 Ley Fundamental de Bonn) así como del principio de Estado de derecho (art. 20.3 Ley Fundamental de Bonn).²

Ya en el año 1953 el Tribunal Constitucional Federal alemán expuso lo siguiente sobre el principio de culpabilidad: *“En el derecho penal moderno se sobreentiende que cualquier penalización presupone la culpa y que al autor le tienen que ser demostrados el hecho delictivo y la culpa”*. (BVerfG, auto del 04/02/1959, 1 BVR 197/53)

El Tribunal Constitucional Federal alemán, en un auto del 25/10/1966 (2 BVR 506/63) volvió a fundamentar el principio de culpabilidad de la siguiente manera:

(...) Al principio de que toda pena - no sólo la pena por ilícito penal, sino también la sanción similar a la penal por otros ilícitos - exige la culpa, le corresponde rango constitucional. Este está fundamentado en el principio de Estado de derecho.

El principio de Estado de derecho es uno de los principios elementales de la Ley Fundamental de Bonn (BVerfGE 1, 14 ss., axioma 28). A la legalidad de Estado de derecho pertenece no sólo la seguridad jurídica, sino también la justicia sustantiva (BVerfGE 7, 89 [92]; 7,194 [196]). La idea de justicia exige que los resultados y las consecuencias jurídicas guarden entre sí una relación adecuada. La pena, también la mera sanción disciplinaria, al contrario que la mera medida preventiva, se caracteriza por tener como objetivo - aunque no exclusivamente, pero también - la represión y la retribución por un comportamiento legalmente prohibido. Con la pena,

² BVerfGE (N. de la T.: compilación autos del Tribunal Constitucional Federal) 95, 96, 140; 110, 1, 13; cfr. Además, BVerfGE 9, 167, 169; 20, 323, 331; 25, 269, 285; 57, 250, 275; 86, 288, 313; 95, 96, 140; BVerfG StraFo 2007, 369, n. 22.

incluida la sanción disciplinaria, se acusa al infractor de un ilícito. Pero tal reproche penal requiere imputabilidad, por tanto, culpa penal. En caso contrario, la pena sería una retribución incompatible con el principio de Estado de derecho por un suceso del que la persona en cuestión no es responsable. El sancionamiento penal o cuasipenal de un delito sin culpa del autor es, por tanto, contrario al Estado de Derecho y viola el derecho fundamental del afectado derivado del art. 2.1 LFB.

En su importante sentencia de Lisboa del 30/06/2009 (BVE 2/08) el Tribunal Constitucional Federal alemán corroboró una vez más la necesidad del principio de culpabilidad, además de subrayar que este no puede ser modificado debido a la garantía de eternidad otorgada por el art. 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn (LFB):

(...) Las competencias de la Unión Europea en el ámbito de la administración de justicia penal también han de ser interpretadas de una manera que cumpla los requisitos del principio de culpabilidad. El derecho penal se basa en el principio de culpabilidad. Este presupone la responsabilidad propia del individuo que decide por sí mismo sobre sus actos y puede decidir a su libre albedrío entre actuar lícita o ilícitamente. La protección de la dignidad humana se basa en la idea del individuo como un ser espiritual y moral que aspira a definirse a sí mismo y desarrollarse en libertad (cif. BVerfGE 45, 187 <227>). En el terreno de la administración de justicia penal el art. 1.1 LFB define la interpretación de la naturaleza de la pena y la relación entre culpa y reparación (cif. BVerfGE 95, 96 <140>). El principio de que toda pena precisa de culpa tiene con ello su base en la garantía de la dignidad humana del art. 1.1 LFB (vid. BVerfGE 57, 250 <275>; 80, 367 <378>; 90, 145 <173>). El principio de culpabilidad es parte de la identidad constitucional, que es indisponible en virtud del art. 79.3 LFB, y también está protegida frente injerencias de los poderes públicos supranacionales.

El principio de culpabilidad dice, por un lado, que la imposición de una pena presupone culpa individual, por otro, significa que la pena impuesta tiene que estar en proporción adecuada a la gravedad de la lesión del bien jurídico y, por consiguiente, tienen que seguir garantizados el principio de proporcionalidad y la prohibición de exceso.³

Por lo tanto, de acuerdo con la situación legal vigente, solo pueden ser sancionados los empleados individuales de las empresas implicadas, en tanto que se les demuestre una culpa penal.

Las empresas o las correspondientes personas jurídicas, por el contrario, no entran en consideración como destinatarios de una sanción penal. Esto conduce al hecho de que ya desde hace tiempo se discuta si no es posible o incluso imprescindible el establecimiento de un derecho penal empresarial, es decir, la posibilidad de imponer una sanción penal a personas jurídicas.

La historia del derecho económico empieza básicamente con los comienzos de la actividad económica y de la criminalidad que esta lleva aparejada. Entonces las principales figuras penales eran la estafa y la falsificación de mercancías. Se protegían los intereses particulares de cada uno de los comerciantes y de los consumidores que adquirirían la mercancía. Con el comienzo de la industrialización en el siglo XIX la situación económica y legal de la sociedad cambió de raíz y ya entonces se discutía sobre el establecimiento de un derecho penal empresarial.⁴

³ BVerfGE 50, 205, 215; 73, 206, 253.

⁴ MÜLLER-GUGENBERGER, en MÜLLER-GUGENBERG, *Wirtschaftsstrafrecht*, 7ª ed., Colonia, 2021, pp. 11 ss. Para interesantes aportaciones a la historia del derecho penal económico véase: KRETSCHMER y ZABEL (ed.), *Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts*, Baden-Baden, 2018.

La adopción de la *Reichskaligesetz* de 25 de mayo de 1910⁵, que pretendía tutelar la pérdida de la posición de monopolio mundial, se considera el inicio del derecho penal económico moderno.⁶

Con la Primera Guerra Mundial la economía alemana fue convertida en una economía de guerra, lo que condujo a un enorme incremento de la responsabilidad penal en forma de ordenanzas de guerra. En ese proceso la vida económica fue siendo cada vez más regulada y las numerosas leyes contra la usura en tiempos de guerra, con elevadas penas, pretendían ser un elemento disuasorio para imponer la economía de guerra. Sin embargo, el eje central seguía siendo la responsabilidad penal del individuo.⁷

El final de la Primera Guerra Mundial vino aparejado con una fuerte infracción y una carencia de bienes. Fueron establecidos tribunales especiales (tribunales contra la usura) para combatir la subida abusiva de los precios como consecuencia de la elevada inflación. Se ampliaron las competencias de las autoridades administrativas, pudiendo imponer estas “sanciones administrativas”. Estas se convirtieron en un medio sancionador esencial en la vida económica.⁸

La época del nacionalsocialismo condujo a una considerable ampliación e indeterminación de los tipos penales y a la aplicación extensiva de sanciones administrativas en el ámbito económico.

Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial con el establecimiento de la Ley Fundamental de Bonn el 23 de mayo de 1949 se reestableció la situación de legalidad conforme al principio del Estado de derecho.

⁵ *Reichsgesetzblatt*, p. 775.

⁶ VOLK und BEUKELMANN, en: *Münchener Anwaltshandbuch, Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen*, 3ª ed., Múnich, 2020, § 1 n. 40.

⁷ MÜLLER-GUGENBERGER, en MÜLLER-GUGENBERG, *Wirtschaftsstrafrecht*, 7ª ed., Colonia, 2021, p. 15.

⁸ VOLK und BEUKELMANN, en: *Münchener Anwaltshandbuch, Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen*, 3ª ed., Múnich, 2020, § 1 n. 41.

La primera ley económica, del año 1949, estatuyó la diferenciación entre delitos económicos e infracciones administrativas. Esto se manifestó en la Ley alemana sobre Infracciones Administrativas (*Ordnungswidrigkeitengesetz*), del año 1952, en la que se estableció por primera vez que las autoridades administrativas no podían imponer penas (pecuniarias), sino simplemente multas.⁹

Según el art. 1.1 de la Ley alemana de Infracciones Administrativas, una infracción administrativa es un acto antijurídico y reprochable que constituye un ilícito en virtud de una ley que permite el castigo con una multa.

En derecho penal rige el principio de legalidad conforme a los art. 152.2, 163.1 del Código Procesal Penal alemán, según el cual las autoridades policiales y judiciales están obligadas a incoar las instrucciones necesarias en caso de que exista una sospecha inicial respecto a un delito.

En el derecho penal administrativo, conforme a la Ley alemana de Infracciones Administrativas, domina por el contrario el principio de oportunidad, según el cual la persecución de las infracciones administrativas queda a discreción de la autoridad.

La división de las sanciones en derecho penal económico en penas y multas fue acompañada de un debate sobre si no se debería crear la posibilidad de imponer sanciones penales a las personas jurídicas. Tras finalizar la Segunda Guerra Mundial las fuerzas de ocupación habían previsto parcialmente la imposición de penas criminales contra personas jurídicas, a lo que la sección penal del 40° *Deutschen Juristentages* (Congreso de la Asociación de Juristas Alemanes) en el año 1953 planteó la cuestión de si no sería recomendable prever por ley la responsabilidad penal de las personas jurídicas, negando finalmente esta posibilidad con el argumento de que las personas jurídicas no son capaces de obrar

⁹ TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª ed., Múnich 2017, nm. 96; para el desarrollo histórico desde 1949 véase también: ACHENBACH, *Grundfragen des Wirtschaftsstrafrechts, Ausgewählte Abhandlungen*, Berlín, 2018, pp. 35 y ss.

ni son imputables y una pena sólo puede ser impuesta por una conducta que presente antijuridicidad y culpabilidad.¹⁰

En el año 2000 el informe final de la “Comisión para la Reforma del Sistema de Sanciones Penales”, creada por el Ministerio Federal de Justicia alemán, rechazó la penalización de las asociaciones.¹¹

Posteriormente surgieron varias propuestas legislativas, que, sin embargo, quedaron infructuosas.

El gobierno del *Land* Renania del Norte-Westfalia fue el primero en lanzar una propuesta legislativa, presentando en el año 2013 el borrador de una ley para el establecimiento de la responsabilidad penal de empresas y otras organizaciones, que no obstante no llegó a materializarse.¹²

Asimismo también fracasó la propuesta de una ley de sancionamiento de organizaciones, presentada por el gobierno federal en el año 2020 en el art. 1 del borrador de una “Ley para el Fortalecimiento de la Integridad en la Economía”¹³, que preveía como principal consecuencia jurídica una “sanción pecuniaria de organizaciones” que tomaba como modelo la multa a asociaciones en relación con un delito penal a los efectos del vigente art. 30 de la Ley alemana de Infracciones Administrativas (art. 2.1, art. 3, 8 n° 1 y 9 del borrador de la Ley para el Fortalecimiento de la Integridad en la Economía).¹⁴

¹⁰ SCHÜNEMANN, ZIS, 2014, p. 1; de manera amplia sobre este tema: SCHMITT, *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, Stuttgart, 1958, pp. 47 y ss.

¹¹ *Abschlußbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems*, marzo de 2000; HETTINGER (edit.), *Reform des Sanktionenrechts*, t. 3: *Die Verbandsstrafe*, Berlín, 2002, pp. 351 y ss.

¹² Véase al respecto: KUTSCHATY, ZRP 2013, 74, 74 ss.; DRIZ 2013, p. 16.

¹³ RegE del 21/10/2020, BT-Druchs. 19/23568.

¹⁴ Para una visión general de la historia de su gestación y de sus principales contenidos, véase: ROTSCHE, MUTSCHLER y GROBE, CCZ 2020, pp. 169 y ss.

Por ende, en Alemania sigue sin ser posible sancionar a las personas jurídicas, el destinatario de una sanción penal sólo puede ser una persona física.

B) ESTABLECIMIENTO DE UN DERECHO PENAL EMPRESARIAL. SITUACIÓN LEGAL Y PANORAMA DOCTRINAL

A pesar de las dificultades que, según el derecho constitucional, presenta la sanción de personas jurídicas como acabamos de mostrar, son distintos los argumentos que se aducen para fundamentar la necesidad del establecimiento de un derecho penal empresarial.

Según estas voces, la sanción de una persona individual en caso de actividades criminales en empresas no sería adecuada, dado que faltaría un efecto preventivo en este sentido. Se elogiaría internamente al infractor por haber mantenido a la empresa al margen del procedimiento y la multa impuesta al infractor la sufragaría la empresa de todos modos. Por el hecho de que el trabajador, al estar en la empresa, está integrado en una organización que le prestaría apoyo en caso de acción penal, la barrera psicológica para cometer un acto delictivo sería menor.¹⁵

Tampoco podría ser saciada la necesidad de represalia de la población, en tanto que solo puedan ser sancionados trabajadores individuales y no la empresa en su conjunto.¹⁶

En el caso de sanción solo de trabajadores individuales la empresa podría continuar con sus actividades criminales, sin resultar perjudicada por la sanción contra el trabajador. Solo en el caso de que se sancione a la empresa se garantizaría lograr un efecto educativo en todos los “miembros de la organización”.¹⁷

¹⁵ SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Múnich, 1979, p. 22.

¹⁶ BUSCH, *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, Leipzig 1993, p. 113.

¹⁷ BUSCH, *op. cit.*, p. 115.

Además, se alega que con frecuencia es difícil determinar los autores concretos en la empresa, por lo que la sanción de personas jurídicas superaría estas dificultades probatorias.¹⁸

En la empresa reinaría con frecuencia una “irresponsabilidad organizada”, por lo que sería difícil o incluso imposible la atribución penal de contribuciones al delito.¹⁹

No en vano, la posibilidad de sancionar a la empresa conforme al derecho penal administrativo en la situación legal vigente e imponerle una multa colectiva conforme al art. 30 a la Ley alemana de Infracciones Administrativas, es considerada insuficiente por los partidarios de un derecho penal empresarial. El derecho penal administrativo, según dicen, habría sido creado para sancionar infracciones leves o medianas de normas prohibitivas, pero no para sancionar con una multa colectiva comportamientos verdaderamente punibles que, sin embargo, no serían imputables a una persona concreta.²⁰

Además, se argumenta que Alemania estaría cada vez más aislada a nivel internacional, dado que en los ordenamientos jurídicos de otros países se prevé expresamente la sanción de personas jurídicas y existe una tendencia a establecer un derecho penal empresarial.²¹

¹⁸ Para más detalles véase: DROPE, *Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe*, Berlín 2002, pp. 59 y ss.

¹⁹ SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Múnich 1979, pp. 39 y ss.

²⁰ SCHROTH, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte – Eine Studie zum Unternehmensstrafrecht*, Gießen, 1993, p. 125.

²¹ Sobre la evolución del derecho penal empresarial en ordenamientos jurídicos europeos véanse las interesantes aportaciones en: SCHÜNEMANN/GONZÁLEZ (ed.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Múnich, 1994; KUBICIEL, *Unternehmensstrafrecht im Rechtsvergleich: Sanktionierung von Verbänden in ausgewählten europäischen Staaten und den Vereinigten Staaten von Amerika*, en: KUBI-

En el curso de la creciente globalización de la vida económica sería necesaria una armonización y adaptación de los ordenamientos jurídicos penales nacionales para que las empresas no puedan trasladarse a países sin responsabilidad penal empresarial, eludiendo así eventuales sanciones.²²

Junto a las culturas jurídicas anglo-americanas, en Europa, han establecido un derecho penal empresarial, además de Gran Bretaña, Francia, Bélgica, Países Bajos, España y los países nórdicos, así como Polonia, República Checa, Hungría, Rumanía, Suiza y Liechtenstein.²³

Además, la situación legal actual llevaría a injustas ventajas frente la competencia, dado que se discriminaría al empresario individual frente a las personas jurídicas, ya que este, al ser una persona individual, podría ser objeto de acciones penales, mientras que la empresa no. Esto se considera inicuo, dado que la empresa con frecuencia se beneficiaría de los actos criminales de personas individuales, quedando incólume ante enjuiciamientos penales.²⁴

Los partidarios del establecimiento de un derecho penal empresarial argumentan a nivel jurídico-dogmático que la falta de capacidad de obrar y de responsabilidad penal de las personas jurídicas no son argumentos convincentes. Así, en el resto de las relaciones jurídicas también se partiría de la capacidad de obrar de las personas jurídicas, por ejemplo y precisamente en la imposición de multas conforme al art. 30 de la Ley alemana de Infracciones Administrativas.²⁵ Ya de por sí debe presumirse que la persona jurídica tiene capacidad de obrar propia, ya que las actua-

CIEL (edit.), *Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas*, Baden-Baden, 2020, pp. 51 y ss.

²² DANNECKER, GA 2001, pp. 101 y ss.

²³ TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª ed., Múnich, 2017, p. 439.

²⁴ HIRSCH, ZStW 1995, 285, 287.

²⁵ TIEDEMANN, *op. cit.*, p. 445.

ciones humanas de los órganos de la empresa deben considerarse igualmente actuaciones de la persona jurídica.²⁶

En la doctrina penal se debaten distintos enfoques para legitimar dogmáticamente el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.²⁷

En parte se defiende que la actuación de un órgano y la culpabilidad orgánica son directamente atribuibles a la persona jurídica.²⁸

Se critica al respecto que la atribución de un acto ajeno sigue siendo precisamente un acto y la atribución de una culpa ajena no puede conducir a una culpa en sí inexistente. Por tanto, el modelo de atribución se sustentaría meramente en un círculo vicioso.²⁹

El jurista Klaus Tiedemann ha desarrollado un modelo de analogía de la culpa, según el cual existiría una propia culpabilidad de la organización en forma de una “culpa de organización”. En otros ordenamientos jurídicos como, por ejemplo, en Japón, Austria, Suiza y Gran Bretaña el derecho penal empresarial se ciementa en un modelo correspondiente. También en el derecho civil, en el regulador de la competencia y en el administrativo sería posible una “culpa de organización” de la empresa.

La crítica manifestada al respecto³⁰, que esgrime que una “culpa de organización” sólo puede darse en el caso de una persona

²⁶ HIRSCH, ZStW 1995, 285, 289.

²⁷ Para una visión de conjunto sobre los distintos enfoques véase: HENSSLER, HOVEN, KUBICIEL y WEIGEND, *Grundfragen eines modernen Verbandstrafrechts*, Baden-Baden, 2017; JAHN, SCHMITT-LEONARDY y SCHOOP (ed.), *Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen*, Baden-Baden, 2016; KEMPE, LÜDERSSEN y VOLK (ed.), *Unternehmensstrafrecht*, Berlín, 2012.

²⁸ HIRSCH, ZStW 1995, 285, 288 y ss.

²⁹ SCHÜNEMANN y GRECO, *Leipziger Kommentar StGB*, 13ª ed., Berlín, 2021, vor §§ 25, n. 25.

³⁰ SCHÜNEMANN, ZIS 2014, 1, 4.

física, se basaría en una visión germanística arcaica de la naturaleza de las personas jurídicas.³¹

Según dicho modelo los delitos de las empresas han de ser castigados mediante una nueva sanción a establecer, la “pena pecuniaria empresarial”³²

El “modelo de medidas disciplinarias” parte de que las personas jurídicas no pueden ser sancionadas por motivo del “principio de culpabilidad”. Dado que según el derecho penal alemán la imposición de una sanción disciplinaria no precisa culpabilidad, la respuesta a la criminalidad empresarial debe ser una sanción compleja que combine elementos represivos y preventivos.³³ En el marco de la aplicación de dicha sanción la empresa podría ser sometida a la vigilancia de un agente fiduciario (*Kurator*, en alemán) durante un tiempo, gracias a lo cual sería esperable un mayor efecto preventivo general.³⁴

Más compleja se presenta la teoría sistémica de la legitimación de un derecho penal empresarial. Según esta se intenta conjugar la teoría de los sistemas autopoietico del sociólogo Niklas Luhmann con el sistema americano del *good corporate citizen*, fundamentando con ello una equivalencia funcional entre culpabilidad individual y culpabilidad empresarial.³⁵ Para su legitimación se expone que la “culpabilidad empresarial [se justifica] como una carencia de observancia expresada mediante la cultura empresarial”³⁶

Independientemente de los problemas dogmáticos y de teoría del derecho que afectan a la responsabilidad penal de las personas

³¹ TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª ed., Múnich 2017, p. 448.

³² TIEDEMANN, *op. cit.*, p. 449.

³³ SCHÜNEMANN y GRECO, *Leipziger Kommentar StGB*, 13ª ed., Berlín, 2021, vor §§ 25, n. 30.

³⁴ SCHÜNEMANN y GRECO, *Leipziger Kommentar StGB*, 13ª ed., Berlín, 2021, vor §§ 25, n. 31.

³⁵ GÓMEZ-JARA, ZStW 2007, 290, 333; SCHÜNEMANN y GRECO, *Leipziger Kommentar StGB*, 13ª ed., Berlín, 2021, vor § 25, n. 27.

³⁶ GÓMEZ-JARA, ZStW 2007, 290, 333.

jurídicas, se plantean además diversas cuestiones con respecto a la configuración procesal en el caso del establecimiento de un derecho penal empresarial.

En este sentido, son sustancialmente dos los modelos básicos que se defienden. Por un lado, se recurre a la aplicación del derecho procesal penal tradicional, es decir, el derecho que se adapta a la penalización de las personas individuales. Por otro lado, se sostiene que la sanción de personas jurídicas requiere modificar ampliamente el derecho procesal penal. Dado que una empresa no se podría sentar en el banquillo de los acusados, se plantea en primer lugar la cuestión de quién representaría a la persona jurídica en el procedimiento penal. A ello se le suma que habría que tematizar si debiera haber casos de necesaria defensa en los que fuera preceptiva la representación por un abogado defensor. También habría que aclarar qué derechos le corresponden a la empresa imputada/acusada y si estos serían los derechos que le corresponderían también a una persona individual.

A nivel práctico habría que tematizar cómo amparar la relación entre la empresa imputada y su abogado defensor frente las injerencias de las autoridades policiales y judiciales. ¿Están sujetas a una prohibición de explotación las conclusiones obtenidas por el abogado defensor de la empresa durante las investigaciones internas en la empresa y existiría una prohibición de incautación de los documentos correspondientes al abogado defensor? ¿Tendrían derecho los empleados de la empresa a negarse a cooperar en el contexto de instrucciones policiales y del ministerio fiscal? ¿Rige la presunción de inocencia también para las personas jurídicas? También habría que discutir si el procedimiento penal contra las personas físicas podría llevarse a cabo en un procedimiento penal conjunto con la empresa, que entonces también estaría acusada. Y ¿qué pasaría si la empresa por ejemplo trasladara su sede al extranjero para evitar ser sancionada?³⁷

³⁷ WOHLERS y LEHMKUHL, *Unternehmensstrafrecht*, Baden-Baden, 2020, pp. 8 y ss.; sobre los problemas procesales véase también de manera detallada:

Además, se teme también que, al establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la empresa, en caso de acusación penal, tendiera a rechazar la culpa para adjudicársela a un empleado, evitando así dañar su reputación. Eso incluso podría llegar a tal punto que la empresa emprenda una investigación interna para exonerarse ella misma de la culpa y cargar con ella a los empleados. La obligación que impone la legislación laboral de facilitar información a la empresa supondría menoscabar el derecho del empleado imputado a guardar silencio. Por lo tanto, existe el riesgo de que el establecimiento del derecho penal empresarial no tenga un efecto eximente para los empleados encausados hasta la fecha, sino que, por el contrario, conduzca a un deterioro de sus derechos como imputados.³⁸

También existen otros argumentos contundentes en contra del establecimiento de una responsabilidad penal de las personas jurídicas.³⁹

Ya desde una perspectiva constitucional la responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta difícil de justificar, dada la jurisprudencia recurrente del Tribunal Constitucional Federal alemán que resolvió que la sanción presupone culpabilidad y que al autor le tienen que ser probados el hecho y la culpa.⁴⁰

SCHLÜTER, *Die Strafbarkeit von Unternehmen in einer prozessualen Betrachtung*, Frankfurt am Main, 2000; DROPE, *Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe*, Berlín, 2002.

³⁸ SCHMITT, *Bestrafung von Unternehmen – Abkehr vom Schuldstrafrecht*, en: KEMPF, LÜDERSSEN y VOLK (hrsg.), *Unternehmensstrafrecht*, Berlín, 2012, pp. 318 y ss.

³⁹ Véase al respecto una visión de conjunto en: ACHENBACH, en: ACHENBACH, *Recht und Wirtschaft*, 1985, 147, 154 ss.; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, Heidelberg, 1996, pp. 322 y ss.; RANSIEK, en: GROPP (ed.), *Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung*, Leipzig, 1998, p. 203; SCHÜNEMANN, en: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Colonia, 1989, p. 629, 633 y ss.

⁴⁰ BVerfG, auto del 04/02/1959, 1 BvR 197/53.

El principio de culpabilidad posee por tanto rango constitucional y la garantía de eternidad del art. 79.3 de la LFB lo deja ileso ante eventuales modificaciones⁴¹

En ocasiones se argumenta que la jurisprudencia citada del Tribunal Constitucional Federal alemán no es aplicable y que, por tanto, no puede haber violación del principio de culpabilidad, ya que el principio de culpabilidad es una plasmación de la dignidad humana y, por consiguiente, solo es aplicable a las personas físicas y no a las jurídicas.⁴²

No se debería obedecer a esta argumentación, ya que Roxin previene explícitamente y con razón contra el abandono del derecho penal de la culpabilidad, fruto de un largo proceso de gestación, aguando el concepto de culpa con el fin de establecer un derecho penal empresarial.⁴³

El principio de culpabilidad arraigado constitucionalmente conduce, según la opinión del autor de este artículo, a que no sea posible el establecimiento de un derecho penal empresarial ya por razones de constitucionalidad.

Independientemente de la problemática constitucional de la legitimación de la sanción de las personas jurídicas, se alegan ulteriores reparos contra el establecimiento de un derecho penal empresarial.

Así las cosas, en la sanción a la empresa por un lado y a un individuo, por ejemplo, un miembro del directorio o un gerente, por otro lado, podría apreciarse una vulneración de la prohibición de doble sancionamiento (*ne bis in idem*) conforme al art. 103.3 de la Ley Fundamental de Bonn.⁴⁴

⁴¹ BVerfG, NJW 2009, 2267, 2289.

⁴² Véase al respecto NEUMANN, *Zur (Un)Vereinbarkeit des Verbandstrafrechts mit Grundprinzipien des tradierten Individualstrafrechts*, en: LEHMKUHL y WOHLERS (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, Baden-Baden, 2020, pp. 62 y ss.

⁴³ ROXIN y GRECO, *Strafrecht AT*, § 8 nm. 63c.

⁴⁴ Véase al respecto: LÖFFELMANN, JR 2014, 185, 193 s.

Además, incumbe al derecho penal alemán la tutela de bienes jurídicos y cabría preguntarse cuáles son los bienes jurídicos que serían protegidos por un derecho penal empresarial. La sanción de una empresa podría llevar a que se vieran afectados también miembros de la empresa inocentes e incluso también los titulares de participaciones.⁴⁵

C) RESUMEN

El establecimiento de un derecho penal empresarial y la responsabilidad penal de las personas jurídicas no son legitimables desde un punto de vista constitucional. El derecho penal de culpabilidad, alcanzado tras largos esfuerzos, y el principio de culpabilidad que lleva aparejado no deberían ser abandonados para poder construir una sanción fútil de las personas jurídicas.

La referencia a otros ordenamientos jurídicos no se sostiene, puesto que en otras culturas jurídicas no existe una nítida distinción entre normas de derecho penal y normas de derecho administrativo. Además, no está claro por qué debería ser absolutamente necesaria la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ya conforme a la situación legal actual existen distintas posibilidades de sancionar a las empresas en caso de conducta ilícita. Así, el derecho administrativo económico prevé posibilidades de actuación, que llegan incluso hasta el cierre administrativo de la empresa (véase art. 20 de la Ley Federal alemana sobre la Protección contra las Inmisiones, art. 35 del Reglamento de Industria alemán). A ello se le suma que también los ordenamientos jurídicos parciales del derecho medioambiental, del derecho sobre las transacciones internacionales, del derecho sobre protección al

⁴⁵ Véase un buen resumen de las razones contra el establecimiento de un derecho penal empresarial en: LÖFFELMANN, JR 185, 188 ss.; VON FREIER, *Kritik der Verbandsstrafe*, Hamburg, 1998, pp. 230 y ss.

consumidor o del derecho del mercado de capitales disponen distintas posibilidades de sancionamiento de las empresas.⁴⁶

La principal norma de sancionamiento de las personas jurídicas es el art. 30 de la Ley alemana sobre Infracciones Administrativas, según el cual son explícitamente posibles las multas contra personas jurídicas. Esto debería bastar como régimen sancionador.⁴⁷ Por tanto, incluso con arreglo a la situación jurídica actual es posible imponer sanciones contundentes a las empresas.⁴⁸

Por lo demás, el hecho de que el derecho penal empresarial y la responsabilidad penal de las personas jurídicas sean necesarios para combatir la delincuencia económica es una mera suposición que carece de evidencia empírica.

La misión de la justicia penal es la protección de los bienes jurídicos elementales y no el control de desarrollos sociales.

Junto a los problemas jurídico-teóricos, jurídico-dogmáticos y constitucionales que se oponen al establecimiento de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, tampoco deberían ignorarse las consideraciones prácticas.

El sistema de justicia penal en algunas partes de Alemania está ya tan sobrecargado que apenas es posible tramitar debidamente los procedimientos penales. Si esto ya se observa en las causas penales generales, más cierto es todavía en el caso de los procedimientos penales en materia económica. Ya los procedimientos de instrucción suelen durar varios años y los expedientes tienen constan a menudo de varios cientos de miles de páginas. Si

⁴⁶ Cfr. en este contexto: ACHENBACH, en: ACHENBACH, *Recht und Wirtschaft*, 1985, pp. 147, y 154 ss.; KOCH, JZ 1999, pp. 922 y ss.; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, Heidelberg, 1996, pp. 322 y ss.; RANSIEK, en: GROPP (ed.), *Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung*, Leipzig, 1998, p. 203; SCHÜNEMANN, en: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Colonia, 1989, pp. 629, 633 y ss.

⁴⁷ ROGALL, GA 2015, 260, 263.

⁴⁸ KÄMPFER, *Sanktionierung von Unternehmen*, en: KUBICIEL (ed.), *Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas*, Baden-Baden, 2020, p. 39.

ahora se estableciera la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es de esperar que la carga de trabajo adicional ya no pueda ser asumida por las autoridades policiales y judiciales.

En lugar de la constante ampliación del derecho penal, el legislador debería volver a recordar la función de ultima ratio del derecho penal y abstenerse definitivamente de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el derecho penal empresarial.

II. LA INDEPENDENCIA DEL ABOGADO DEFENSOR EN PROCEDIMIENTOS DE DERECHO PENAL ECONÓMICO

En la actividad letrada en derecho penal económico hay que distinguir entre la defensa de una persona individual en un procedimiento penal y la representación de la empresa.

Cuando el abogado representa los intereses de una empresa no está actuando en el ámbito de una defensa penal clásica, sino que opera más bien como asesor de la empresa analizando los riesgos penales en la empresa (*compliance*). El concepto de *compliance* procede originariamente del vocabulario médico y, trasladado a la vida económica, se refiere al cumplimiento de todos los preceptos y prohibiciones legales por parte de la empresa, de sus órganos y miembros, en el fondo, por tanto, se trata de actuar en sintonía con la legislación vigente.⁴⁹

Así pues, el objetivo definido por la empresa es mantener a la cúpula directiva de la empresa al margen de la responsabilidad penal. Naturalmente ni está en poder del abogado como asesor de la empresa, ni forma parte de sus deberes como tal. Pero el

⁴⁹ WESSING y DANN, *Münchener Anwaltshandbuch, Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen*, 3ª ed., Múnich, 2020, p. 94; sobre el *compliance* véase también: KUHLEN, KUDLICH y ORTIZ DE URBINA (ed.), *Compliance und Strafrecht*, Múnich, 2013; KNIERIM, en: WABNITZ y JANOVSKY, *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Múnich, 2014, pp. 327 y ss.

abogado sí que puede advertir de los riesgos penales y de cómo se pueden minimizar estos en la empresa y, mediante la creación de mecanismos de control internos de la empresa, conseguir que se detecten antes los delitos de los respectivos trabajadores individuales y que no se constituyan o toleren medidas que favorezcan la delincuencia.⁵⁰

Este ámbito del trabajo del abogado no se abordará en detalle en este artículo. En lugar de ello, se analizará el papel del abogado defensor en el procedimiento penal económico y, en particular, su irrenunciable independencia.

Según el art. 137 del Código Procesal Penal alemán, en el procedimiento penal el imputado tiene derecho a servirse de un defensor en cualquier estadio del procedimiento.

Este derecho también está consagrado en el art. 6.3 letra c de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El Tribunal Federal de Justicia de Alemania ha puesto en claro que el derecho a un defensor se cuenta “entre los atributos fundamentales de la dignidad humana y los principios básicos del Estado de derecho”.⁵¹

Además del Código Procesal Penal alemán y de la Convención Europea de Derechos Humanos, el derecho a un abogado defensor también se deriva del principio del Estado de derecho en relación con el art. 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn.⁵²

Como representante de su cliente, el abogado defensor está llamado a defender los intereses de su cliente. Según la jurisprudencia, este, en su calidad de órgano autónomo e independiente de la administración de justicia en virtud del art. 1 del Reglamen-

⁵⁰ Sobre la posición del abogado como asesor de empresas en asuntos de derecho penal económico véase: DAHS, *Handbuch des Strafverteidigers*, 8ª ed., Colonia, 2015, pp. 1145 y ss.

⁵¹ BGH, auto del 05/06/2007 – 5 StR 383/06.

⁵² KÄMPFER y TRAVERS, en: *Münchener Kommentar StPO*, 2ª ed., Múnich, 2023, § 137 n. 3 y ss.

to Federal de la Abogacía, está obligado a servir a los “intereses de la administración de justicia penal”.⁵³

El Tribunal Constitucional alemán expuso al respecto ya en el año 1963: “*El abogado es órgano de la administración de justicia. Su participación como abogado defensor en el procedimiento penal consiste en salvaguardar los intereses y derechos del acusado, ya solo en aras de la igualdad de oportunidades*”.⁵⁴

En conformidad con la jurisprudencia y la doctrina dominante, el abogado defensor, por un lado, asiste al imputado de manera independiente, pero también, por otro lado, es órgano independiente de la administración de justicia y con ello está comprometido con los principios de la verdad y la justicia.⁵⁵

La actividad del abogado defensor se define, de acuerdo con la llamada “teoría de los órganos”, como el resultado de un proceso de ponderación entre intereses particulares y públicos.⁵⁶ El abogado defensor puede hacer cualquier cosa, en el marco de su ejercicio profesional, que redunde en su interés y se ajuste a la ley.⁵⁷

Tanto para velar por los intereses de su cliente en su calidad de representante del mismo, como para cumplir su función de órgano de la administración de justicia, la independencia del abogado defensor es un elemento irrenunciable del ejercicio de la abogacía, también en los procesos penales económicos.

Esto supone, en primer lugar, la independencia del abogado defensor frente al Estado, regulada por el art. 2 del Reglamento

⁵³ DAHS, *op. cit.*, p. 3; BGH del 07/11/1991 – 4 StR 252/91; BGH del 27/02/1992 – StR 190/91.

⁵⁴ BVerfG, auto del 11/06/1963 – 1 BvR 156/63.

⁵⁵ BVerfGE 38, 105, 119; sobre los aspectos filosóficos de la defensa véase: ALSBERG, *Die Philosophie der Verteidigung*, en: TASCHKE (ed.), *Max Alsborg – Ausgewählte Schriften*, Baden-Baden, 1992, pp. 323 y ss.

⁵⁶ ROXIN y SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 30ª ed., Múnich, 2022, § 19 n. 3.

⁵⁷ JAHN, en LÖWE-ROSENBERG, *StPO*, 27ª ed. 2021, antes de § 137 n. 66.

federal de la Abogacía. Por ello, el abogado defensor no ha de estar sometido a presión estatal ni verse influido por la política.⁵⁸

Sabemos de la época del nacionalsocialismo y de la República Democrática Alemana que efectivamente se ejerció influencia política sobre los abogados defensores y que se les obstaculizó y dificultó masivamente el ejercicio de sus derechos.

Para evitar esto y garantizar la libertad de la defensa, hay que asegurarse de que el Estado se sustraiga a cualquier influencia, porque quien quiere limitar y controlar el ejercicio del poder estatal mediante la defensa penal no puede verse expuesto al mismo ejercicio del poder.

Así pues, el Estado tiene el deber amparado por la Constitución de proteger la libertad de la defensa y, de este modo, constituir un contrapeso a las actividades de las autoridades policiales y judiciales.⁵⁹

Además, hay que hacer hincapié en la independencia del abogado defensor respecto al tribunal como un elemento imprescindible de la defensa penal, es decir, que el defensor no está subordinado al tribunal, sino que en tanto que órgano independiente de la administración de justicia está en igualdad de derechos. En consecuencia, el abogado defensor no está sometido al poder de orden del tribunal ni a otras medidas coercitivas de conformidad con el art. 177 de la Ley de la Constitución Judicial alemana, sino que solo está sujeto a las medidas de aseguramiento de orden en la sala conforme al art. 176 de la Ley de la Constitución Judicial alemana.⁶⁰

Por último, también procede subrayar que el abogado defensor en materia penal debe servir solo a los intereses de su cliente, por supuesto sólo en el marco de las leyes que le competan. El cometido del abogado defensor de servir a los intereses de su cliente

⁵⁸ *Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammern, Thesen zur Strafverteidigung*, 2ª ed., Múnich, 2015, tesis 2, p. 18.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ DAHS, *op. cit*, p. 30.

y al derecho significa que las consideraciones ajenas a la causa, los intereses y opiniones políticas del defensor y los intereses de terceros no han de tener relevancia ninguna ni resultar un impedimento al defensor en el ejercicio de su trabajo. Por ello, hay que abstenerse de cualquier comportamiento que infrinja las obligaciones profesionales.⁶¹

Además de la independencia de la defensa con respecto al Estado, la premisa absoluta de toda defensa es la independencia con respecto a terceros ajenos al mandato. En el derecho penal económico a menudo la empresa tiene interés en ejercer influencia en el procedimiento penal contra un trabajador suyo. Así, no es infrecuente que la dirección de la empresa dé instrucciones de mantenerlos a ellos o a las autoridades implicadas al margen del procedimiento.⁶²

En la práctica, habiéndose incoado un procedimiento penal contra una persona individual, no es raro ser contactado por el abogado de la empresa o por un abogado que represente a la empresa en asuntos de derecho civil, quien solicita asumir la defensa. En parte se le comunica después al abogado defensor que las reuniones con el cliente sólo deben tener lugar en presencia de un representante de la gerencia de la empresa.

Huelga decir que hay que oponerse rotundamente a ello. El abogado defensor, en el marco de la legislación vigente y en el contexto de su ejercicio profesional, solo está obligado a actuar en interés de su cliente. El cliente es, pues, el deudor de costas. Si la empresa le reembolsa las costas o no, es asunto del cliente y no debe afectar al abogado en su ejercicio.

Si el defensor, ya sea por ejemplo porque cuente con lucrativos encargos posteriores de la empresa, actuara contra los intereses del cliente, esto sería incluso una traición al cliente.

⁶¹ DAHS, *op. cit.*, p. 28.

⁶² DAHS, *op. cit.*, p. 32; RETTENMAIER, en *Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, cap. 31, p. 5 y ss.

Resulta notorio que, de acuerdo con la normativa deontológica de abogados defensores, este en un procedimiento penal contra un trabajador de una empresa no puede asumir también el encargo de defender a la empresa. Esto conllevaría un conflicto de intereses conforme al art. 43a del Reglamento Federal de la Abogacía y al art. 3.2 del Código Deontológico alemán de la Abogacía.⁶³

III. CONCLUSIONES

Debido al principio de culpabilidad como elemento central del derecho penal alemán no es posible, según la situación legal actual, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Hay que oponerse firmemente a los intentos de flexibilizar el concepto de culpabilidad penal para lograr así la legitimación constitucional de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El derecho penal sirve para tutelar bienes jurídicos elementales como la vida, la libertad o la propiedad. No es, en cambio, cometido del derecho penal reaccionar a supuestas injusticias, como la falta de posibilidades de sancionar directamente a una empresa conforme al derecho penal.

Ya ateniéndose a la situación legal vigente cabe la posibilidad de sancionar a una empresa por su conducta ilícita.

A la responsabilidad penal de las personas jurídicas se opone la clara situación constitucional. Tampoco resultan diáfanos los argumentos que defienden la necesidad del establecimiento de un derecho penal empresarial.

En contra de la tendencia general a ampliar cada vez más la aplicación del derecho penal, el legislador debería ser restrictivo a la hora de establecer nuevos tipos penales y, en su lugar, reforzar los derechos de los imputados en los procedimientos penales.

⁶³ *Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammern, Thesen zur Strafverteidigung, op. cit., p. 90.*

Se requiere también una defensa fuerte e independiente para controlar y limitar el ejercicio del poder por parte del Estado en los procedimientos penales, cada vez más desbordados. En el derecho penal económico hay que atenerse a que el abogado defensor debe servir exclusivamente a los intereses de su cliente en el marco de la ley. El abogado defensor ha de rechazar con vehemencia cualesquiera intentos de la empresa implicada de influir en la defensa.