

Derecho penal y mercado: la evolución reciente de la responsabilidad penal de las directores de empresa y las personas jurídicas en Alemania: un repaso para invitarnos a pensar

Por Eugenio C. Sarrabayrouse

I- Presentación

Mi intervención en este seminario tiene por objeto mostrar, sintéticamente, la evolución operada en Alemania durante los últimos 30 años con respecto al tratamiento de la responsabilidad penal de los directivos y de las personas jurídicas. Para ello, mostraremos cuatro ámbitos específicos, paradigmáticos de este proceso. Por razones de espacio, nos limitaremos a mencionar algunos aspectos esenciales, dejando para nuestra exposición oral y la posterior discusión su tratamiento más detallado:

1. la reforma penal que introdujo en el StGB los delitos contra el medio ambiente (1980);
2. la responsabilidad penal por el producto (el caso del *Lederspray* o del protector para cueros, en particular la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 1990);
3. el llamado “derecho contravencional económico” que con reformas recientes ha introducido multas dinerarias a directivos y empresas por incumplimiento de deberes de vigilancia;
4. la aparición en la doctrina y la jurisprudencia de la llamada “Compliance” a partir de ciertos casos resonantes de corrupción de empresarios (Mannesman, Siemens, entre otros).

Finalmente, formularemos algunas breves reflexiones que, esperamos, nos inviten a discutir las implicancias de los temas expuestos.

1. Los delitos contra el medio ambiente. Resultados prácticos de una legislación simbólica

Según hemos desarrollado en otros trabajos,¹ el *StGB* fue modificado en la década de 1980 por la décimo octava ley de reformas para “combatir la criminalidad” en este ámbito. Así, la sección 28 de aquel cuerpo legal contiene hoy los tipos penales más importantes para la protección del medio ambiente y abarca aquellos que ya estaban incluidos en el Derecho penal complementario (por ejemplo, en las leyes sobre administración de aguas, de protección de animales y plantas, de productos alimenticios, por mencionar algunas). Entre los objetivos de la reforma, junto con la ampliación de las posibilidades de la persecución penal, se mencionaron la unificación de la materia, la delimitación más precisa de los tipos penales, el fortalecimiento de la conciencia de la opinión pública con respecto a la dañosidad social de las conductas lesivas del medio ambiente, resaltar el significado de los bienes jurídicos protegidos y su colocación en un pie de igualdad con otros bienes.² En este sentido, fue clara la idea del legislador de desarrollar efectos educativos y preventivos generales mediante esta ley.³

Las principales críticas se dirigieron contra la técnica legislativa seleccionada, en particular, su excesiva dependencia de las disposiciones administrativas -que abarca decisiones no sólo del estado federal sino también provinciales o comunales-, el carácter poco inteligible del lenguaje utilizado por el legislador para describir las conductas incriminadas, la indeterminación del bien jurídico protegido y la anticipación exagerada de la punibilidad mediante delitos de peligro abstracto.⁴

¹ Véase nuestra tesis doctoral, *Responsabilidad penal por el producto*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, cap. II; también la monografía sobre *Medio ambiente y Derecho penal*, publicada también por la misma editorial.

² Cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch. Kommentar* ²⁵, Verlag B.H.Beck, München, 1997, p. 2178, nm. 2, análisis preliminar a los §§ 324 y sigs.; también REICHENBACH, Peter, *Kriminalpolitik und Strafrecht*, en Hans-Jürgen Lange (comp.), *Kriminalpolitik*, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2008, pp. 316-317.

³ Se trata entonces de un caso de *legislación simbólica* pues si bien medidas desde su efectividad pueden considerárselas irracionales, el legislador igual les otorga sentido y significado; véase al respecto, VOß, Mónica, *Symbolische Gesetzgebung*, pp. 25-34; sobre la legislación simbólica véase también HASSEMER, Winfried, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, en *Festschrift für Claus Roxin*, p. 1004.

⁴ El Tribunal Constitucional Federal alemán rechazó estas objeciones; cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, op. cit., ps. 2178-2179, nm. 4-5; en cuanto a la discusión dogmática, fundamental el trabajo de KUHLEN, Lothar, *Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB)*, GA 1986, pp. 389-408; sobre las críticas a su posición,

Pese a todas estas críticas, 30 años después de la sanción de esta ley, paradójicamente, algunos autores señalan que la República Federal de Alemania muestra los estándares más altos de protección del medio ambiente; las empresas allí radicadas no sólo cumplen las exigencias mínimas internacionales, sino que en muchos casos las superan.⁵

2. La responsabilidad penal por el producto. El caso del *Lederspray*

Con respecto a los antecedentes del caso, las sentencias que recayeron y la discusión doctrinaria que produjo, aquí también nos remitimos a nuestra tesis doctoral.

Sólo nos interesa remarcar el siguiente aspecto: los directivos de las empresas involucradas fueron condenados en función de la posición de garante que se les asignó; esto implicó la consagración de un deber de ellos de evitar resultados dañosos en la salud de los consumidores, no escrito en la ley, mediante una cláusula contenida en la parte general del *StGB*. La doctrina discutió arduamente sobre el fundamento de esta posición de garante y se expusieron muchísimas teorías al respecto.

Esta sentencia marca un hito en el proceso que intentamos describir *donde el incumplimiento de un deber resulta el punto clave para definir la responsabilidad penal de los directivos*.

3. El derecho contravencional económico

Para ubicarnos en este punto, debemos recordar que el sistema alemán de las contravenciones se caracteriza porque la definición de qué es

remitimos a nuestro trabajo *Medio ambiente y Derecho penal* (completar página);

⁵ Así, TIEDEMANN, Klaus/KINDHÄUSER, Urs, *Umweltstrafrecht – Bewährung oder Reform*, Neue Zeitschrift für Strafrecht, n° 8, p.339, pues el “pánico” lleva a los empresarios a tomar medidas preventivas eficaces para proteger el medio ambiente; la cita ha sido tomada de REICHENBACH, Peter, op. cit., pp. 318-319, quien sostiene la posición contraria: señala que son muy pocas las condenas por estos casos y que la mayoría de ellos son de pequeña o mediana monta, por lo cual, culminan en acuerdos procesales.

una contravención quedó en manos del legislador: lo será toda conducta que esté amenazada con una multa dineraria.⁶

En su evolución más reciente, este sistema ha consagrado un régimen de multas dinerarias tanto a directivos como a empresas, *también basado en el incumplimiento de deberes*.

A pesar de la tendencia contraria cada vez más intensa, proveniente del derecho europeo y de ordenamientos vecinos como el francés, la posibilidad de imponer sanciones a las personas jurídicas o establecer una “autoría empresarial” todavía no ha fructificado en Alemania. Pese al prolongado debate al respecto, puede afirmarse que todavía rige el principio “societas delinquere non potest”.⁷ En este aspecto, destacan *Cramer y Heine* que un sinnúmero de convenios e iniciativas internacionales reclaman el endurecimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas; sin embargo, estos autores consideran que no existe un deber del legislador alemán de establecer sanciones penales; antes bien, las multas dinerarias nacionales previstas por el § 30 de la OWiG serían suficientes.⁸ A ella debe sumarse el § 130 del mismo ordenamiento. De esta manera, de acuerdo con el derecho alemán vigente, aquel primer párrafo constituye la norma central para imponer multas a las personas jurídicas, ya sea una persona individual o una agrupación (*juristische Person y Verbände*). Sintéticamente expresado, su imposición supone que uno de los directivos (*Leistungsperson*) de la empresa haya cometido un delito o una contravención y que con ello haya transgredido un deber que le correspondía a la persona jurídica o que ella se enriqueciera o pudiera enriquecerse como resultado de aquella conducta. Se afirma que se

⁶ Más detalles en nuestro trabajo publicado en “El Dial.com”; con más extensión en *El sistema alemán de las contravenciones*, Editorial Ad-Hoc, en prensa.

⁷ Cfr. BRITZ, Guido, *Rechtsfolgen gegen Unternehmen* en VOLK, Klaus (comp), *Münchener Anwalts Handbuch*, p. 152, nm. 1; MITSCH, Wolfgang, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, p. 165 y sigs.

⁸ Cfr. CRAMER / HEINE, en SCHÖNKE/ SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*²⁷, p. 523, nm. 124. En este punto, debe tenerse presente que el Tribunal Constitucional Alemán en el caso “Bertelsmann-Lesering” no rechazó de manera definitiva la cuestión de la punibilidad de las personas jurídicas; cfr. BVerfGE 20, pp. 323, 331 y 335; cfr. BRITZ, Guido, *Rechtsfolgen gegen Unternehmen* en VOLK, Klaus (comp), *Münchener Anwalts Handbuch*, p. 152, nm. 2, nota 11; sobre el tema en general véase el trabajo de ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿un problema del Derecho penal?*, ejemplar mimeografiado.

trata de una responsabilidad propia del ente colectivo pero por un hecho ajeno (de sus representantes); tampoco depende de una sanción efectiva contra la persona individual ni condiciona ni excluye la sanción autónoma de ésta.⁹

En cuanto al monto de la multa dineraria, según el § 30, 2, OWiG, si se trata de un delito doloso puede alcanzar hasta € 1.000.000; si es imprudente, € 500.000. Este marco se aplica en la medida que la misma contravención no prevea otro.

Por su parte, el § 130, OWiG, constituye un caso de responsabilidad autónoma del titular de la empresa por la violación de un deber de control, doloso o imprudente, cuyo cumplimiento hubiera evitado o dificultado la comisión de un hecho delictivo o contravencional. Se trata de una omisión propia que por sí misma constituye una infracción de deberes con respecto a la empresa y que, por ello, se afirma, justifica la imposición de una multa dineraria.¹⁰

4. Compliance

Por lo menos hasta diez años atrás, “Compliance” era un concepto totalmente desconocido en Alemania. Describe el deber de la empresa de cumplir con las leyes vigentes y con respecto a sus conductores no se limita ya al postulado de la lealtad jurídica (que la dogmática tradicionalmente incluye dentro del delito de administración fraudulenta). Ahora describe la suma de las medidas organizativas con las que la compañía debe garantizar que tanto su dirección como sus empleados se comporten regularmente o conforme al derecho. Desde el punto de vista empresarial, se la entiende no sólo como una mera prevención de riesgos sino también como una ventaja estratégica competitiva. Mediante medidas relacionadas con la “compliance” se pretende evitar que las empresas caigan en “listas negras” o que se dañe

⁹ Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿un problema del Derecho penal?*, p. 25.

¹⁰ Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿un problema del Derecho penal?*, p. 27.

su reputación en el mercado. Así, “compliance” es vista no sólo como un elemento de buen gobierno sino también de buen marketing.¹¹

No existe una definición legal de “compliance” ni tampoco una reconocida en general. Sin embargo, el “Deutschen Corporate Governance Kodex” brinda la siguiente en su art. 4.1.3: “*La dirección debe velar por el cumplimiento de las reglas legales y de la empresa además de procurar su respeto a través del consorcio de empresas (Compliance)*”.

La aparición de este nuevo concepto, determinó la fundamentación de la posición de garante de los directivos empresarios.¹²

De esta manera, el “círculo” iniciado con los delitos de medio ambiente y los casos de responsabilidad penal por el producto se cierra con un nuevo soporte, sostenido en una fórmula general, vaga e imprecisa., que permite fundar una posición de garante en cualquier caso.

5. Reflexiones finales

El desarrollo esquematizado muestra, claramente, como en este ámbito el Derecho penal marcha, a paso forzado, hacia un alejamiento de su origen y presupuestos ideológicos. Por citar sólo un elemento: la posibilidad de transgredir *cualquier deber* y con ello fundamentar una posición de garante resulta una violación del principio de legalidad.

Claramente, el Derecho penal se transforma (o se ha transformado) en otra cosa, cuyos contornos todavía no están del todo claros pero producen temor: la posibilidad, cierta, de su manipulación según la conveniencia político – criminal del momento.

¹¹ Cfr. VETTER, Eberhard, *Compliance in der Unternehmerpraxis*, en Wecker, Gregor / van Laak, Hendrik, *Compliance in der Unternehmerpraxis. Grundlagen, Organisation, Umsetzung*, Gabler, Wiesbaden, 2008, pp. 29-30.

¹² Véase al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán del 17.7.2009 (BGH Urteil 17.7.2009 – 5 StR 394/00