

49

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

LES PRÉVIE ET PRO

# Revista

Enero 2022

49

Revista Penal

# Penal

Enero 2022



tirant  
lo blanch



tirant  
lo blanch



# Revista Penal

Número 49

## Sumario

---

### Doctrina:

- Editorial: Enzo Musco, in memoriam, por *Juan Carlos Ferré Olivé*..... 5
- La justificación penal de la desconexión letal de aparatos médicos. A propósito de la reasignación de respiradores en contextos dilemáticos (triaje ex post), por *Ivó Coca Vila* ..... 7
- El delito de abandono del lugar del accidente, por *Javier García Amez*..... 26
- La convocatoria y celebración de referéndums y consultas ilegales: ¿delito?, por *José León Alapont*..... 38
- La cuestión de la gestación subrogada en el Ordenamiento jurídico italiano. La coexistencia de una prohibición de sanciones penales con la necesidad imperiosa de reconocer el vínculo filial, por *Lavinia Messori y Matteo Caldironi* ..... 61
- La “sociedad del miedo” y el discurso terrorista. Algunas consideraciones sobre el delito de difusión de mensajes o consignas terroristas, por *Elena Núñez Castaño* ..... 77
- Blanqueo, corrupción política y función pública. Una nueva agravación penal bajo el umbral de la Unión Europea, por *Miguel Ángel Núñez Paz*..... 101
- El menor como sujeto pasivo en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, por *Enrique Orts Berenguer y Margarita Roig Torres* ..... 116
- Del Derecho penal represivo al preventivo. Un desafío a la transmisión intergeneracional de la violencia penal, por *Laura Pascual Matellán*..... 126
- La (infinita) reforma del Derecho penal empresarial, por *Martin Paul Waßmer* ..... 137
- La Fiscalía General del Estado y los delitos de odio: ¿una falta de respeto al Derecho internacional?, por *Marta Rodríguez Ramos* ..... 146
- La Ley Orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del Código Penal, por *Carlos María Romeo Casabona* ..... 160
- Los ataques de denegación de servicios como ciberdelito en el Código Penal español, por *M<sup>a</sup> Ángeles Rueda Martín* ..... 183
- Sistemas penales comparados:** Financiación ilegal de los partidos políticos (*Illegal financing of political parties*)..... 217

### Bibliografía:

- **Recensión:** Discurso jurídico y método científico en el Derecho penal de nuestro tiempo. Reseña de “El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho”, de Bernd Schünemann (Madrid: Reus/ Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2019, 107 páginas), por *Eduardo Demetrio Crespo*..... 277

\* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://tabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>

---



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



UCLM  
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD  
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano  
Repositorio Institucional  
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanc

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferrreolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Alessandro Melchionda. Univ. Trento
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I <sup>o</sup>	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I<sup>o</sup>, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Eva Rulands (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Lavinia Messori (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



## La (infinita) reforma del Derecho penal empresarial

Martin Paul Waßmer

Revista Penal, n.º 49 - Enero 2022

### Ficha Técnica

**Autor:** Martin Paul Waßmer

**Adscripción institucional:** Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Colonia

**Title:** The (infinite) reform of corporate criminal law

**Sumario:** I. Evolución histórica; 1. Los Estados particulares alemanes y el Reich alemán; 2. República Federal de Alemania; II. Evaluación crítica del Proyecto de Ley de Sanciones a las Sociedades; 1. Descripción; 2. Ámbito de aplicación; 3. Concepto de responsabilidad; 4. Diseño de las sanciones de la asociación; 5. Atenuantes de la sanción de la asociación; 6. Concursos; 7. Principio de legalidad; 8. Investigaciones internas; III. Conclusión.

**Summary:** I. Historical evolution; 1. The German private states and the German Reich; 2. Federal Republic of Germany; II. Critical evaluation of the Draft Law on Sanctions to Companies; 1. Description; 2. Scope of application; 3. Concept of responsibility; 4. Design of the sanctions of the association; 5. Mitigating the sanction of the association; 6. Contests; 7. Principle of legality; 8. Internal investigations; III. Conclusion.

**Resumen:** En 2021 fracasó la última iniciativa legislativa para introducir por fin una ley moderna de sanciones a las asociaciones en Alemania. Esto fue precedido por varios años de intensos y controvertidos debates. Al final, las diferencias resultaron ser irreconciliables. El artículo muestra los antecedentes históricos del debate y examina las ventajas, pero también las considerables debilidades del proyecto de ley.

**Palabras clave:** sanciones de la asociación. Derecho penal de las empresas. Responsabilidad objetiva. Compliance. Investigaciones internas.

**Abstract:** In 2021, the latest legislative initiative to finally introduce a modern association sanctions law in Germany failed. This was preceded by several years of intensive and controversial discussion. In the end, the differences proved to be irreconcilable. The article shows the historical background of the discussion and looks at the advantages, but also the considerable weaknesses of the draft law.

**Keywords:** Association sanctions. Corporate criminal law. Compliance. Internal investigations. Strict liability.

**Observaciones:** traducción de Laura Zambrano Ochoa (Universidad Externado de Colombia)

**Rec.:** 05-11-2021 **Fav.:** 15-11-2021

En el año 2021 fracasó la última iniciativa legislativa en Alemania, que tenía por meta introducir una ley moderna de sanciones a las empresas, realizando así un “proyecto del siglo”. Actualmente, sólo se puede imponer la llamada multa de asociación a las personas jurídicas y a las sociedades de personas, según el artículo 30 de la Ley de Infracciones Administrativas (OWiG). La multa de la sociedad, que también se denomina —demasiado ampliamente desde un punto de vista dogmático<sup>1</sup>, pero más llamativa— como multa corporativa, no es una sanción penal. En cambio, las sanciones penales pueden imponerse ahora en la mayoría de los Estados de la Unión Europea, incluida España.

### I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

#### 1. Los Estados particulares alemanes y el Reich alemán

La introducción de un derecho penal para las sociedades o empresas se lleva debatiendo en Alemania desde hace más de 200 años. En el siglo XIX, a raíz de la Ilustración, prevaleció en el ámbito jurídico alemán la opinión de que las personas jurídicas no podían ser sancionadas por falta de capacidad de obrar y de culpabilidad (“societas delinquere non potest”). Así lo afirmó *Paul Johann Anselm v. Feuerbach* (1775-1833) al decir que una “persona moral (mística)” era incapaz de cometer un delito<sup>2</sup>. Por el contrario, *Franz v. Liszt* (1851-1919) valoró posteriormente el castigo no sólo como legalmente posible, sino como “recomendable” a la vista de la práctica inglesa, donde las personas jurídicas podían ser castigadas desde la década de 1840<sup>3</sup>. Sin embargo, ni las leyes penales de los *Länder* ni el posterior Código Penal del Reich (RStGB) de 1871 contenían disposiciones sobre la punibilidad de la persona jurídica. Por ello, no es de extrañar que el Tribunal Imperial afirmara en 1887 que la persona jurídica, como mero “sujeto jurídico ficticio”, carece de capacidad natural de obrar y, por tanto, de responsabilidad penal por los actos de sus órganos<sup>4</sup>.

La práctica jurídica no se conformó con este estado de cosas, ya que el avance de la industrialización y la

influencia fuertemente creciente de las empresas en la vida económica también y especialmente en el Reich alemán crearon una necesidad de política criminal para sancionar a las personas jurídicas. Se produjo un cambio de paradigma cuando el Tribunal Antimonopolio declaró en 1929 que la disposición sobre sanciones administrativas del artículo 17 de la Ordenanza contra el Abuso de Posiciones Económicas de Poder de 2 de noviembre de 1923<sup>5</sup> era también aplicable a las personas jurídicas<sup>6</sup>. Posteriormente, se crearon otros reglamentos que preveían la imposición de sanciones administrativas. Desde un punto de vista dogmático, esto se consideraba poco problemático, ya que las sanciones administrativas se consideraban “neutras desde el punto de vista del valor”, ya que sólo se trataba de hacer cumplir la observación de las prohibiciones y los requisitos mediante un orden administrativo intensificado<sup>7</sup>.

#### 2. República Federal de Alemania

Tras el final de la Segunda Guerra Mundial, se abandonó el concepto de sanción administrativa, que se había descarrilado por completo durante la época nacionalsocialista, en favor de la introducción de (meras) “infracciones administrativas”. Posteriormente, comenzó una “avalancha”<sup>8</sup> de reglamentos especiales que permitían imponer multas a personas jurídicas y a sociedades de personas.

Durante la Gran Reforma del Derecho Penal de los años 50 y 60, se debatió intensamente la introducción de la pena de asociación. En consecuencia, la Gran Comisión de Derecho Penal se mostró mayoritariamente contraria a su introducción, pero abogó por crear al menos una “sanción monetaria” para despojar a las asociaciones de los beneficios y otras ventajas derivados de las infracciones penales<sup>9</sup>. Tras intensas discusiones, se llegó a un compromiso<sup>10</sup>. El 1 de octubre de 1968 se introdujo una disposición en la Ley de Infracciones Administrativas (OWiG) (artículo 26 de la OWiG; hoy artículo 30 de la OWiG), que permitía imponer multas a las personas jurídicas y a las sociedades de personas.

1 La multa por asociación sólo puede imponerse a las empresas que revisten la forma jurídica de una persona jurídica (por ejemplo, una sociedad anónima) o de una asociación de personas (por ejemplo, una sociedad civil).

2 *v. Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, 1801, p. 29.

3 *v. Liszt*, Das deutsche Reichsstrafrecht, 1881, p. 100 y s.

4 RGSt 16, pp. 121, 123 y s.

5 Reichsgesetzblatt 1923 I, p. 1067.

6 KG, Kartell-Rundschau 1929, p. 213.

7 *Waßmer*, en Hilgendorf/Kudlich/Valerius (eds.), Handbuch des Strafrechts, vol. 3, § 49 (Strafbarkeit juristischer Personen) marginal 22 con más referencias.

8 BT-Drs. V/1269, p. 58.

9 Niederschriften der Großen Strafrechtskommission, vol. IV, 1958, pp. 329 y ss, 333 y ss, 574.

10 Protokolle Sonderausschuß Strafrechtsreform, 4ª legislatura, 23ª sesión, pp. 397 y ss., 409 y ss. y 24ª sesión, p. 419 y ss.; 5ª legislatura, 57ª sesión, p. 1079 y ss.

Así se creó una normativa general, uniforme y concluyente que sustituyó a la anterior.

En los años ochenta y noventa se volvió a plantear la introducción de un código penal para las asociaciones, ya que, entre otras cosas, el gran incendio de Sandoz AG en Schweizerhalle, el accidente del Exxon Valdez frente a Alaska y las violaciones del embargo por parte de las empresas alemanas durante y después de la Segunda Guerra del Golfo habían sensibilizado a la opinión pública sobre la cuestión del derecho penal de las empresas<sup>11</sup>. En julio de 1997, el estado de Hesse, dirigido por un gobierno estatal “rojo-verde” (SPD/Grüne), presentó un proyecto de debate que preveía el anclaje de las penas de asociación en el Código Penal (StGB)<sup>12</sup>. En enero de 1998, la entonces coalición “negro-amarilla” (CDU/CSU/FDP) creó una comisión para reformar el sistema de sanciones penales, que debía ocuparse, entre otras cosas, de la introducción de un derecho penal para sociedades. Sin embargo, a finales de noviembre de 1999, una amplia mayoría de la comisión se pronunció en contra, argumentando que las posibilidades de sanción existentes eran suficientes y que había “objeciones dogmáticas y constitucionales de peso” a la pena de asociación<sup>13</sup>.

En la década de 2010, la discusión se reavivó y continúa hasta hoy. La razón de ello es que, entretanto, se han creado leyes penales de sociedades o corporativas en diferentes formas en casi todos los Estados de la Unión Europea<sup>14</sup>. Además, en marzo de 2011, la OCDE recomendó a Alemania que examinara críticamente la eficacia de su sistema de sanciones para las personas

jurídicas<sup>15</sup>. Además, el escándalo de corrupción de Siemens<sup>16</sup> y, posteriormente, el escándalo de las emisiones de VW (“Dieselgate”)<sup>17</sup> demostraron los límites de la ley vigente. Después de que una encuesta en las fiscalías de Renania del Norte-Westfalia hubiera revelado considerables déficits en la aplicación del artículo 30 de la OWiG<sup>18</sup>, en septiembre de 2013 el entonces ministro de Justicia de Renania del Norte-Westfalia, *Thomas Kutschaty* (SPD), presentó el “Proyecto de Ley de Introducción de la Responsabilidad Penal de las Empresas y Otras Asociaciones” (Verbandsstrafgesetzbuch - VerbStrG)<sup>19</sup>, que se basaba en la “Ley Federal de Responsabilidad de las Asociaciones por Delitos Penales” austriaca del 23 de diciembre de 2005<sup>20</sup>. En la siguiente 18ª legislatura del *Bundestag* alemán, la gran coalición “negro-rojo” (CDU/CSU/SPD) mantuvo la perspectiva de “examinar” un derecho penal de sociedades para las multinacionales<sup>21</sup>. Al final, el ambicioso proyecto, que fue duramente criticado por la doctrina del derecho penal<sup>22</sup>, se encontró con una resistencia insuperable por parte de la política y el mundo empresarial.

En la decimonovena legislatura, la gran coalición reelegida retomó el proyecto en su acuerdo de coalición de febrero de 2018<sup>23</sup>. Las fórmulas utilizadas aquí recordaban al “Proyecto Ley de Sanciones de Asociaciones de Colonia” (VbSG)<sup>24</sup>, que un grupo de expertos del mundo académico, la judicatura, la abogacía y la administración ministerial había preparado entretanto y presentado al público en diciembre de 2017<sup>25</sup>. Los retos eran enormes. Esto ya era evidente por el hecho de que el proyecto de “Ley de Lucha contra la Delin-

11 *Waßmer*, en Hilgendorf/Kudlich/Valerius (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, vol. 3, § 49 (Strafbarkeit juristischer Personen) marginal 13 con más referencias.

12 Sobre este *Hamm*, Auch das noch: Strafrecht für Verbände!, NJW 1998, p. 662; *Wegner*, Strafrecht für Verbände? Es wird kommen!, ZRP 1999, pp. 186, 187 y ss.

13 Informe final de la Comisión, en: *Hettinger* (ed.), *Reform des Sanktionenrechts*, vol. 3: Verbandsstrafe, 2002, pp. 351, 354 y ss.

14 Resumen en *Rogall*, *Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz*, 5ª ed. 2018, § 30 marginal 263 y ss.

15 OCDE, Grupo de Trabajo sobre Cuestiones de Soborno, Alemania, Fase 3, Informe sobre la aplicación del Convenio para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales y la Recomendación del Consejo para Seguir Combatiendo el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de 17.3.2011, p. 87.

16 Presentación cronológica en <https://www.stern.de/wirtschaft/news/chronologie-der-siemens-skandal-3758286.html>.

17 Presentación cronológica en [https://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/braunschweig\\_harz\\_goettingen/Die-VW-Abgas-Affae-re-eine-Chronologie,volkswagen892.html](https://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/braunschweig_harz_goettingen/Die-VW-Abgas-Affae-re-eine-Chronologie,volkswagen892.html).

18 *Kutschaty*, *Deutschland braucht ein Unternehmensstrafrecht*, ZRP 2013, p. 74 y ss.

19 Disponible en <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMI16-127.pdf>; sobre esto *Jahn/Pietsch*, *Der NRW-Entwurf für ein Verbandsstrafgesetzbuch*, ZIS 2015, pp. 1 y ss.

20 *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, I n° 151/2005.

21 *Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD* de 27.11.2013, *Deutschlands Zukunft gestalten*, p. 101.

22 Véase únicamente *Schünemann*, *Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts - Ein kriminalpolitischer Zombie*, ZIS 2014, pp. 7 y ss.

23 *Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD* de 7.2.2018, *Ein neuer Aufbruch für Europa - Eine neue Dynamik für Deutschland - Ein neuer Zusammenhalt für unser Land*, p. 126.

24 Disponible en <https://verbandsstrafrecht.jura.uni-koeln.de/koelner-entwurf>.

25 Sobre los puntos clave *Henssler/Hoven/Kubicel/Weigend*, *Kölner Entwurf eines Verbandsstrafgesetzes*, NZWiSt 2018, pp. 1 y siguientes.

cuencia Corporativa” fue presentado por la entonces Ministra de Justicia *Christine Lambrecht* (SPD) en una conferencia de prensa en agosto de 2019, pero no fue publicado después. El núcleo del proyecto era la “Ley de Sanción de los Delitos Relacionados con las Sociedades (Ley de Sanciones de las Sociedades - VerSanG)”. No fue hasta abril de 2020 cuando se publicó el borrador del proyecto de ley, que ahora se difundía —de forma más inocua— como “Ley para reforzar la integridad en las empresas” y que contenía una versión modificada del VerSanG. Posteriormente no se produjo un debate serio sobre los numerosos comentarios críticos recibidos por el Ministerio de Justicia<sup>26</sup>. Ya en junio de 2020, el Gobierno Federal presentó el proyecto de ley casi sin cambios. Sin embargo, esto encontró una gran resistencia en el *Bundesrat* en agosto de 2020. La comisión jurídica a cargo y la comisión económica incluso recomendaron un rechazo general<sup>27</sup>. Aunque el ministro de Justicia de Renania del Norte-Westfalia, *Peter Biesenbach* (CDU), en la única intervención sobre el proyecto, tachó de “errónea” e “infructuosa” toda la “construcción” y afirmó que la ley “no reforzaría la confianza en el Estado de Derecho, la neutralidad de la persecución penal y la integridad de la economía, sino que las socavaría”<sup>28</sup>, al final sólo se propuso una revisión detallada. A pesar de ello, el gobierno federal presentó el proyecto casi sin cambios en el *Bundestag* sólo unas semanas más tarde<sup>29</sup>, rechazando la mayoría de las recomendaciones del *Bundesrat* en una breve declaración<sup>30</sup>.

Luego, a mediados de diciembre de 2020, se informó que el grupo parlamentario de la CDU/CSU, en contra de la voluntad del grupo parlamentario del SPD, había detenido el proyecto debido a las preocupaciones de la comunidad empresarial<sup>31</sup>. En el contexto de que el proyecto preveía sanciones considerablemente más elevadas que antes, pero pretendía evitar mayores cargas para la economía alemana, que se había visto afectada por la pandemia, esto no era sorprendente. Sin embargo, el hecho de que el proyecto suscitara considerables reservas en la doctrina del derecho penal y entre los representantes de la profesión jurídica fue probablemente también responsable en parte del bloqueo<sup>32</sup>. En cual-

quier caso, el proyecto de ley no siguió adelante y ha llegado —por el momento— a su fin con la expiración del periodo legislativo en otoño de 2021.

Sin embargo, es probable que el proyecto de Ley de Sanciones a las Asociaciones vuelva a estar en la agenda política en la 20ª legislatura. Esto se debe a que la reforma de la Ley de Sanciones a las Asociaciones fue significativamente defendida por los políticos del SPD y de Bündnis90/Die Grünen, que avanzaron hasta convertirse en el partido más fuerte y el tercero, respectivamente, con un total de más del 40% de los votos en las elecciones al *Bundestag* alemán del 26 de septiembre de 2021<sup>33</sup>. Es de esperar que otros proyectos hagan del actual la base del nuevo procedimiento legislativo, por lo que merece la pena una mirada crítica.

## II. EVALUACIÓN CRÍTICA DEL PROYECTO DE LEY DE SANCIONES A LAS SOCIEDADES

El proyecto de Ley de Sanciones a las Asociaciones (VerSanG) se subdivide en 69 apartados y contiene una amplia regulación tanto de derecho sustantivo como de derecho procesal. La exposición de motivos de la ley evalúa su presentación como “sin alternativa”: con la multa de asociación del artículo 30 de la OWiG, no es posible una reacción adecuada a los delitos empresariales; el límite máximo de 10 millones de euros para la pena no representa una sanción sensible contra las corporaciones multinacionales financieramente fuertes; faltan normas de evaluación concretas y comprensibles, así como incentivos jurídicamente seguros para las inversiones en *Compliance*; la persecución queda únicamente a discreción de las autoridades competentes, lo que ha llevado a un castigo incoherente e insuficiente<sup>34</sup>. Sin embargo, se cuestiona si el VerSanG mitigaría los déficits de la ley actual en cuanto a estructura, aplicación y cumplimiento sin revelar al mismo tiempo nuevos déficits significativos. Existen muchas dudas al respecto.

### 1. Descripción

El nombre “Ley de Sanciones a las Sociedades” ya merece críticas. Sugiere que no se crea un derecho pe-

26 Disponible en [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Staerkung\\_Integritaet\\_Wirtschaft.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Staerkung_Integritaet_Wirtschaft.html).

27 BR-Drs. 440/1/20, p. 1.

28 BR-Plenarprotokoll 993, Top 46, p. 321 y ss.

29 BT-Drs. 19/23568.

30 BT-Drs. 19/23568, p. 144 y s.

31 *Jahn*, NJW-Newsletter de 16.12.2020, disponible en <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/njw-im-ueberblick/njw-newsletter>.

32 Véase únicamente *Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung (WisteV)*, Stellungnahme zum Regierungsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines “Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft”, WiJ 2020, pp. 117-166.

33 Véase [https://www.bundestag.de/parlament/wahlen/ergebnisse\\_seit1949-244692](https://www.bundestag.de/parlament/wahlen/ergebnisse_seit1949-244692): SPD - 25,7%; CDU/CSU - 24,1%; Bündnis 90/Die Grünen - 14,8%; FDP - 11,5%.

34 BT-Drs. 19/23568, pp. 2, 45.

nal, sino que se establezca una tercera categoría junto al derecho penal individual y el derecho de las infracciones administrativas. Se trata de un “etiquetado fraudulento”, que se supone tiene en cuenta las reservas dogmáticas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y facilita la aplicación de la política jurídica. Esto, ya que la Ley de Sanciones a Sociedades tiene claramente un carácter penal. Las “sanciones de asociación” muy severas (§ 8 VerSanG-E) deben basarse en la culpabilidad, tener un carácter tanto represivo como preventivo y ser imputadas en un “procedimiento sancionador” (§ 23 ss. VerSanG-E) de acuerdo con el principio de legalidad por los fiscales, impuestas por los tribunales penales e inscritas en un registro de sanciones de asociación (§§ 54 ss. VerSanG-E). Sigue sin estar claro cuál es la diferencia —aparte del nombre más inocuo— entre esto y el derecho penal de las sociedades. Por lo tanto, tampoco es evidente cómo debería ser la “transición a un derecho penal de empresa”, que se prevé en el caso de que la evaluación de la ley demuestre en el futuro que la normativa no representa una reacción estatal suficiente frente a los delitos de asociación<sup>35</sup>. Habría sido coherente, aunque no fuera políticamente oportuno, hablar de un “derecho penal contra las sociedades”. Pues, según la opinión que ahora avanza con fuerza en la doctrina del derecho penal, un derecho penal que regule las sociedades es compatible con el principio de culpabilidad<sup>36</sup>. Esto es tanto más cierto cuanto que la multa por asociación, que según la concepción alemana forma parte del derecho penal en sentido amplio, no viola el principio de culpabilidad<sup>37</sup>.

## 2. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación previsto de la normativa (§ 1 VerSanG-E) también debe considerarse de forma crítica. De acuerdo con esto, la ley regula exclusivamente la sanción de las sociedades cuya finalidad se dirige a una “operación económica empresarial”. Para todas las demás asociaciones, sólo se podrán imponer multas de asociación según el artículo 30 de la OWiG. El proyecto de ley no oficial de agosto de 2019 no preveía tal restricción. Por un lado, este ámbito de regulación es demasiado estrecho, ya que en Alemania las denominadas “asociaciones ideales” que persiguen fines idealistas también están autorizadas a realizar actividades eco-

nómicas, siempre que la actividad económica sea sólo de importancia secundaria (el denominado “privilegio de finalidad secundaria”<sup>38</sup>). Sin embargo, incluso en el caso de una operación comercial que, por su naturaleza y alcance, va más allá de un mero propósito secundario, una asociación ideal puede mantener su estatus mediante la externalización de la operación a una empresa independiente con fines especiales<sup>39</sup>. Por otro lado, el alcance de la regulación es demasiado amplio, ya que se incluyen todas las pequeñas empresas. Sin embargo, la Ley de Sanciones a las Asociaciones debería crearse principalmente para sancionar adecuadamente a las grandes empresas y a las corporaciones multinacionales. Especialmente para las pequeñas empresas y las microempresas, no es necesaria la costosa integración de complejas estructuras de cumplimiento y la realización de elaboradas investigaciones internas<sup>40</sup>.

## 3. Concepto de responsabilidad

Sin embargo, hay que criticar sobre todo el concepto de responsabilidad. Al igual que el artículo 30 de la OWiG, la Ley de Sanciones a Sociedades se basa en el llamado “modelo de imputación”, en el que la conducta culpable de un individuo se atribuye a la asociación como propia. A esta culpabilidad se le atribuye un significado colectivo en forma de “culpabilidad de la asociación” por el hecho de que la acción se realiza en nombre de la sociedad. El modelo de responsabilidad asociativa “originaria” no se sigue, con razón, ya que sólo las personas y no las asociaciones pueden actuar “originariamente” de forma culpable<sup>41</sup>. Sin embargo, en términos de imputación, la Ley de Sanciones a las Sociedades va mucho más allá de la legislación vigente. En primer lugar, al igual que el artículo 30 de la OWiG, la responsabilidad está vinculada a la comisión culpable de un delito relacionado con la asociación por parte de un *dirigente* (artículo 3 (1) n.º 1 del VerSanG-E). Además, también debe existir responsabilidad si una *persona que no es dirigente* comete culpablemente un delito relacionado con la sociedad que un gerente podría haber “evitado o dificultado significativamente” tomando precauciones razonables (sección 3 (1) n.º 2 VerSanG-E). No es necesario que el directivo haya dejado de tomar precauciones “intencionadamente o por negligencia”, sino que la falta de precaución debe de-

35 BT-Drs. 19/23568, p. 63.

36 Véase únicamente *Kubiciel*, *Verbandsstrafe - Verfassungskonformität und Systemkompatibilität*, ZRP 2014, p. 133.

37 *Waßmer*, en Hilgendorf/Kudlich/Valerius (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, vol. 3, § 49 (Strafbarkeit juristischer Personen) marginal 77 con más referencias.

38 Véase únicamente BGH, NJW-RR 2018, p. 1376.

39 BGH, NJW 1983, P. 569.

40 *Köllner/Mück*, *Strafjustiz als Compliance-Regulierungsbehörde?*, NZI 2018, pp. 311, 314 y s.

41 *Waßmer*, *Unternehmensstrafrecht - quo vadis?*, ZWH 2018, pp. 233, 237.

terminarse (sólo) “objetivamente”<sup>42</sup>. Sin embargo, esto significaría que la sociedad ya no sólo sería responsable de la negligencia de los dirigentes, sino también de la de los no dirigentes. Esto crearía una responsabilidad estricta basada en la responsabilidad indirecta (*vicarious liability*) de la legislación estadounidense<sup>43</sup>. En el derecho penal alemán, esta responsabilidad de gran alcance, que sigue las estructuras de responsabilidad del derecho civil, se evaluaría como una violación del principio de culpabilidad. Dado que la asociación está controlada exclusivamente por sus dirigentes, sólo su conducta culpable puede imputarse a la asociación como propia. Por lo tanto, la multa de la asociación en virtud del artículo 30 de la OWiG por la comisión de un delito de asociación por parte de una persona no directiva presupone, con razón, que ha habido una infracción intencionada o negligente del deber de supervisión (artículo 130 de la OWiG) por parte de una persona directiva de la asociación. Esto debe cumplirse sin restricciones en una futura ley de sanciones a las asociaciones.

#### 4. Diseño de las sanciones de la asociación

La sanción de asociación (sección 8 nº 1 VerSanG-E) y la advertencia con reserva de sanción de asociación (sección 8 nº 2 VerSanG-E) están pensados como sanciones a las sociedades. La sanción de multa de la asociación (sección 9 VerSanG-E) debe basarse en el volumen de negocios anual. En el caso de una asociación con un volumen de negocios medio anual de hasta 100 millones de euros, se mantiene el marco conocido de la sección 30 de la OWiG. En el caso de las infracciones intencionadas, la multa de la asociación asciende a un mínimo de 1.000 euros y a un máximo de 10 millones de euros, en el caso de las infracciones por negligencia el valor se reduce a la mitad (artículo 9 (1) nº 1 y 2). Por otra parte, en el caso de un volumen de negocios anual medio superior a 100 millones de euros, la multa por infracciones intencionadas es de al menos 10.000 euros y un máximo del 10 % del volumen de negocios anual, y por infracciones negligentes, de nuevo la mitad. Esto significa que en el futuro podrían imponerse sanciones muy elevadas a las personas jurídicas y a las sociedades de personas, lo que es de aplaudir. En el escándalo de las emisiones de VW, se impuso a Volkswagen AG

una multa de 1.000 millones de euros para castigar un incumplimiento negligente del deber de supervisión. Sin embargo, la parte de la multa que corresponde a la sanción sólo ascendía a cinco millones de euros, lo que significaba que la multa estaba agotada<sup>44</sup>. Los 995 millones de euros restantes se utilizaron para eliminar ventajas económicas ilícitas. La multa de la asociación no tendrá un componente de la tasa. Además de la sanción a la asociación, la sustracción de beneficios debe adoptar la forma de confiscación de lo obtenido en el acto de la sociedad según las disposiciones penales de los §§ 73 y siguientes StGB<sup>45</sup>.

Sin embargo, la sanción máxima del 10 % o del 5 % del volumen de negocios medio anual puede amenazar la existencia de una empresa<sup>46</sup>. Mientras que en los sectores industriales clásicos el volumen de negocio se consigue en masa y a menudo se obtienen márgenes de beneficio bajos, en la industria del software, por ejemplo, los márgenes son muy elevados. Para las industrias con bajos márgenes de beneficio, el marco sancionador es por tanto desproporcionadamente grande. Por lo tanto, los tribunales deben ser muy cautelosos a la hora de imponer sanciones para no poner en peligro la existencia de una empresa. Además, no se prevén directrices para la evaluación, como las “Sentencing Guidelines” de Estados Unidos. La situación de las ganancias sólo debe tenerse en cuenta en las “circunstancias económicas” (artículo 15 (2) frase 1 VerSanG-E)<sup>47</sup>. Esto difícilmente lograría el objetivo de crear reglas de sentencia concretas y comprensibles, sino que crearía la base para un manejo inconsistente, como se ha observado hasta ahora en el contexto del § 30 OWiG.

Además, el cálculo del volumen de negocios medio anual debe basarse en el “volumen de negocios mundial de todas las personas físicas y asociaciones de las tres últimas anualidades”, siempre que éstas operen con la asociación como “unidad económica”. Este reglamento pretende garantizar una sanción adecuada dentro de las estructuras de grupo. Sin embargo, todo el grupo es “responsable” de un delito de asociación, aunque las empresas individuales sean regularmente unidades independientes y las posibilidades de influencia de la dirección del grupo sean limitadas, tanto desde el punto de vista jurídico como fáctico, especialmente

42 BT-Drs. 19/23568, p. 69.

43 Véase únicamente Eggers, “Ich weiß nicht, was soll es bedeuten” – Update zum Unternehmensstrafrecht, BB 2019, pp. 3010, 3011.

44 Véase el comunicado de prensa de la Fiscalía de Braunschweig de 13.6.2018, disponible en <https://staatsanwaltschaft-braunschweig.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/vw-muss-bugeld-zahlen-174880.html>.

45 BT-Drs. 19/23568, p. 68.

46 *Rübenstahl, Zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität - Punitive und “abspracheförderndes” Verbandssanktionenrecht (Teil 1)*, ZWH 2019, pp. 233, 239 y ss.

47 BT-Drs. 19/23568, p. 80.

en el caso de las empresas extranjeras<sup>48</sup>. Esto sólo debería ser compatible con el principio de culpabilidad si se puede demostrar que los respectivos gerentes son conjuntamente responsables de la infracción.

### 5. Atenuantes de la sanción de la asociación

Según el borrador del VerSanG, los requisitos para atenuar la sanción de la asociación (sección 17 VerSanG-E) son extraordinariamente altos<sup>49</sup>. La asociación no sólo debe haber contribuido “significativamente” al esclarecimiento del delito de la asociación, sino que también debe haber cooperado “ininterrumpidamente y sin restricciones” con las autoridades fiscales, proporcionar el “resultado de la investigación interna de la asociación, incluidos todos los documentos esenciales para la investigación interna de la asociación”, así como el “informe final” y realizar los interrogatorios en la investigación interna de la asociación —que deben estar documentados— (sección 17 párr. 2 VerSanG-E) “respetando los principios de un procedimiento justo” (art. 17 (1) n.º 1, 3, 4, 5 VerSanG-E). Por último, las personas que lleven a cabo las investigaciones internas de la asociación no podrán ser abogados defensores de la asociación o de un acusado cuya infracción de la asociación constituya la base del procedimiento sancionador (artículo 17 (1) n.º 2 VerSanG). Esta separación personal entre la realización de investigaciones internas de la asociación y la defensa de la misma expresa una gran desconfianza hacia los abogados por parte del legislador. Esta reserva general no tiene ningún fundamento, ya que, según la comprensión alemana, los abogados son “órganos de la administración de justicia” iguales e independientes, junto al tribunal y el ministerio público, y, por lo tanto, también realizan tareas para el público en general<sup>50</sup>. Además, la separación del personal supondría un esfuerzo adicional considerable en términos de tiempo y costes, ya que el abogado defensor de la asociación también tendría que llevar a cabo las investigaciones<sup>51</sup>.

Además, aunque se cumplan los requisitos, la sanción “sólo” se atenuará en un 50% (§ 18 VerSanG-E). En consecuencia, una asociación que ha cooperado de forma continua y completa no puede confiarse de que obtendrá la atenuación, pues es posible que el tribunal deniegue la atenuación en un caso atípico, lo que se supone que entra en este ámbito. Esto parece despro-

porcionado; en cualquier caso, va en detrimento de la seguridad jurídica.

### 6. Concursos

En la ley actual, representa una falencia adicional el que en los casos de infracciones múltiples no es posible imponer una “multa global”, sino que se puede imponer una multa por cada infracción de acuerdo con el principio de acumulación en virtud del artículo 20 de la OWiG. Para evitar dificultades, la práctica actual no sólo predominantemente realiza ajustes parciales o reduce las multas individuales, sino que en ocasiones incluso asume el hecho como una unidad de infracción, contra legem, o incluso impone una multa global<sup>52</sup>. Para remediarlo, el artículo 20 (1) del VerSanG-E establece que se impondrá una “sanción global” a la sociedad si una persona o varias personas han cometido delitos de asociación realmente concurrentes y se les condena conjuntamente. El objetivo es permitir un castigo más adecuado de los delitos múltiples<sup>53</sup>. Sin embargo, es cuestionable si este objetivo pueda alcanzarse, ya que la sanción total debe formarse “aumentando la sanción individual más alta” de acuerdo con los “principios esenciales del artículo 54 del Código Penal” (artículo 20, párrafo 2, frase 1 del proyecto de VerSanG)<sup>54</sup>. Aunque la sanción total no puede alcanzar la suma de las sanciones individuales ni superar el doble de la “sanción máxima más alta” aplicable (art. 20 (2) frase 3 y 4 VerSanG-E), puede alcanzar hasta 20 millones de euros en el caso de delitos de asociación intencionados y, en el caso de una asociación con un volumen de negocios anual medio a nivel mundial de más de 100 millones de euros, incluso hasta el 20% del volumen de negocios anual medio a nivel mundial. Este nivel de sanciones plantea considerables problemas constitucionales en relación con el derecho a la empresa establecida y ejercida, el principio de proporcionalidad y el principio de castigo basado en la culpabilidad. Sería más adecuado tener en cuenta la comisión de verdaderos delitos de asociación concurrentes a la hora de evaluar la respectiva sanción de asociación, ya que el marco sancionador es muy amplio de todos modos. Por lo demás, la creación de una sanción global basada en el artículo 54 del Código Penal no parece tener mucho sentido, ya que las sanciones individuales del derecho penal individual

48 Geiger, Der Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes - Eine erste Manöverkritik, medstra 2019, pp. 321, 322.

49 Tsambikakis/Gierok, Der Ref-E zur Einführung eines Verbandssanktionengesetzes, medstra 2020, pp. 205, 211.

50 Véase únicamente Kindhäuser, Strafprozessrecht, 6ª ed. 2021, § 7 marginal 5.

51 Kämpfer/Travers/Schwerdtfeger, Unternehmensverteidigung unter Geltung des Verbandssanktionengesetzes, NZG 2020, pp. 848, 852.

52 Waßmer, NZWiSt 2021, pp. 41, 43 con más pruebas.

53 BT-Drs. 19/23568, p. 89.

54 BT-Drs. 19/23568, p. 90.

no son comparables a las multas de la asociación propuestas<sup>55</sup>.

### 7. Principio de legalidad

Para el procedimiento sancionador, el proyecto de la VerSanG prevé la correspondiente aplicación de las leyes generales sobre procedimientos penales, a saber, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (StPO) y la Ley de la Judicatura (GVG), en la medida en que no se prevea una regulación distinta. En principio, esto es de agradecer, ya que significa que se aplica el principio de legalidad. Los déficits de aplicación y cumplimiento que se han identificado con el § 30 OWiG existen principalmente porque el principio de oportunidad se aplica en la ley de infracciones administrativas (§ 47 OWiG). Dado que las autoridades encargadas de la persecución penal llevan a cabo procesos penales contra las personas físicas responsables de todos modos cuando se cometen delitos de asociación, se pueden lograr efectos de sinergia mediante el procesamiento conjunto<sup>56</sup>. Sin embargo, la introducción del principio de legalidad podría resultar simbólica<sup>57</sup>, ya que el proyecto prevé diversas posibilidades de suspensión del procedimiento (§§ 35-41 VerSanG-E), que probablemente se utilizarán ampliamente en la práctica<sup>58</sup>. No sólo es posible prescindir de la persecución debido a la insignificancia, sino también bajo condiciones e instrucciones, en el caso de consecuencias graves para la asociación, en el caso de sanciones previstas en el extranjero, en el caso de insolvencia, en el caso de obstáculos temporales e impedimentos procesales, en el caso de investigaciones al interior de la sociedad y en el caso de delitos de asociación en relación con el derecho de monopolios. Además, es probable que la amenaza de un proceso penal público lleve a una solución consensuada del proceso en muchos casos.

Además, especialmente en los lugares económicamente fuertes, existe el riesgo de sobrecargar el sistema de justicia penal, sobre todo porque los procedimientos penales de cuello blanco en Alemania ya duran mucho tiempo en la actualidad. Por ello, el *Bundesrat* había

sugerido la creación de paneles de jueces con personal especial y —en la medida en que la participación de jueces voluntarios parece indispensable— el uso de personas con conocimientos específicos<sup>59</sup>. Esto tiene sentido, ya que hace que los procedimientos, que suelen requerir conocimientos especializados, se lleven a cabo con rapidez. En cualquier caso, los escasos recursos humanos de la fiscalía alemana tendrían que aumentar considerablemente.

### 8. Investigaciones internas

Una falencia de la ley actual es que las conclusiones de las investigaciones internas apenas se han protegido hasta ahora. Por ejemplo, al principio se discutía entre los tribunales especializados si existe una prohibición de incautación para los documentos que se presentan en vista de un procedimiento inminente para construir una posición de defensa. Los tribunales especializados habían apoyado en parte la prohibición de incautación basada en el artículo 97 (1) n° 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>60</sup>, ya que la redacción abierta de la norma no lo contradice, y en parte permitieron la incautación<sup>61</sup>. Parte de la doctrina del derecho penal ha basado la protección integral contra la incautación en las prohibiciones de recolección y valoración de pruebas que existen para los titulares de secretos profesionales en virtud del artículo 160a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, en particular los abogados<sup>62</sup>. El Tribunal Constitucional Federal contrarrestó esta opinión en junio de 2018 en el llamado caso Jones Day<sup>63</sup>. En el transcurso del escándalo de las emisiones de VW, el bufete de abogados comerciales Jones Day recibió el encargo del grupo VW de realizar investigaciones internas. Por ello, la fiscalía de Múnich II hizo registrar no solo la filial de VW, Audi, sino también el bufete de abogados Jones Day, y se incautó de documentos en marzo de 2017. El Tribunal Constitucional Federal dictó inicialmente medidas cautelares<sup>64</sup>. Sin embargo, finalmente dictaminó que la prohibición de incautación del artículo 97.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo se aplicaba a la relación de confianza con el

55 *Rübenstahl, Zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität - Punitive und "abschaffeförderndes" Verbandssanktionenrecht (Teil 1)*, ZWH 2019, pp. 233, 242.

56 BT-Drs. 19/23568, p. 3, 62.

57 *Baur/Holle, Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes - Eine erste Einordnung*, ZRP 2019, pp. 186, 187.

58 *Rübenstahl, Zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität - Punitive und "abschaffeförderndes" Verbandssanktionenrecht (Teil 2)*, ZWH 2019, pp. 265, 270.

59 Declaración del Bundesrat, BT-Drs. 19/23568, pp. 131, 139.

60 LG Mannheim, NZWiSt 2012, p. 424; LG Gießen, ZWH 2012, p. 514; LG Braunschweig, NSTZ 2016, p. 308.

61 LG Hamburgo, NJW 2011, p. 942; LG Bonn, NZWiSt 2013, p. 21; LG Stuttgart, wistra 2018, p. 402.

62 *Ballo, Beschlagnahmenschutz im Rahmen von Internal Investigations - Zur Reichweite und Grenze des § 160a StPO*, NZWiSt 2013, pp. 46, 49; v. *Galen*, Comentario sobre LG Hamburgo, orden de 15.10. 2010, 608 Qs 18/10, NJW 2011, p. 945.

63 BVerfG, NJW 2018, pp. 2385 y ss.

64 BVerfG, BeckRS 2017, 118442; NJW 2017, p. 2816.

acusado, pero que VW no había sido un acusado en la investigación contra Audi; también había faltado una posición similar a la de un acusado, ya que no era suficiente que una empresa encargara una investigación interna<sup>65</sup>. Además, no se opuso al hecho de que los tribunales especializados hubieran valorado el artículo 97 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como una disposición especial para los embargos que sustituía al artículo 160a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La consecuencia es que actualmente una empresa puede verse obligada, en virtud del derecho de sociedades alemán, a realizar investigaciones internas y crear así una situación de hecho autoinculpatoria que puede ser utilizada contra la empresa por el fiscal. Para remediar este dilema, el “Proyecto de Colonia de una Ley de Sanciones a las Asociaciones” preveía una *prohibición de incautación para los registros de las investigaciones internas y una solución de objeción para las declaraciones realizadas por los testigos durante el interrogatorio en el curso de una investigación interna*<sup>66</sup>. Por ello, los profesionales esperaban que el borrador de la VerSanG contuviera una normativa que protegiera ampliamente las investigaciones internas en consonancia con la legislación estadounidense<sup>67</sup>. Sin embargo, el borrador del VerSanG no contempla esta normativa. Por el contrario, mediante la modificación del artículo 97 (1) n.º 3 del Código de Procedimiento Penal, la prohibición de incautación debe incluso limitarse expresamente a la relación de confianza con un acusado, con el fin de dejar claro que no hay protección contra la incautación por un esclarecimiento previo de los hechos<sup>68</sup>. Esto convertiría en ley la opinión del Tribunal Constitucional Federal, lo que significaría que los documentos de los abogados producidos en el curso de las investigaciones internas estarían en gran medida desprotegidos<sup>69</sup>. En particular, esta modificación de la ley de incautación, que favorecería unilateralmente a las autoridades de persecución penal, encontró una gran resistencia por parte de la abogacía. El objetivo del proyecto de crear incentivos jurídicamente seguros para la inversión en Compli de la normativa no puede lograrse de este modo, ya que las empresas se abstendrán de realizar investigaciones internas si tienen que temer que los fiscales puedan incautar los resultados y utilizarlos en el juicio.

### III. CONCLUSIÓN

La creación de una “Ley de Sanciones a las Sociedades” en Alemania es, en principio, bienvenida, ya que la contención de la delincuencia empresarial ha llegado a sus límites con los instrumentos existentes de la ley de infracciones administrativas. La ley, que por el momento ha fracasado, podría haber eliminado muchos déficits. Habría armonizado con el hecho de que, entretanto, la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea han introducido leyes penales de asociación o de empresa. Debido a la aplicación del principio de legalidad, habría tenido un efecto más uniforme. Además, la persecución de los delitos de asociación por parte de los fiscales, la imposición de sanciones a las sociedades por parte de los tribunales penales y la inscripción de las sanciones en un registro de sanciones a las asociaciones habrían tenido en cuenta adecuadamente la ilicitud y la culpabilidad de los delitos relacionados con las asociaciones, así como la responsabilidad social de las mismas.

Sin embargo, no se pueden pasar por alto las debilidades fundamentales del proyecto de ley. Por un lado, su ámbito de regulación es demasiado estrecho y, por otro, demasiado amplio. Una responsabilidad estricta de la sociedad para los no dirigentes choca con el principio de culpabilidad del derecho penal alemán. Para la evaluación de las multas de la asociación, se echan en falta directrices más concretas que completen el amplísimo marco sancionador. Los requisitos para la mitigación de las multas de la asociación son demasiado elevados. La separación del personal entre la defensa y las investigaciones internas de la asociación es errónea. La regulación de la competencia prevista para los casos de delitos múltiples se pasa de la raya. Las múltiples posibilidades de establecer una acusación devalúan el principio de legalidad. Y, por último, no existe una protección eficaz contra la incautación de los documentos producidos por los abogados en el curso de las investigaciones internas.

Es de esperar que el futuro gobierno federal revise a fondo el proyecto de la Ley de Sanciones a las Asociaciones y lo reintroduzca en el proceso legislativo para, por fin, dotar a Alemania de un conjunto de instrumentos más eficaces para frenar la delincuencia empresarial.

65 BVerfG, NJW 2018, pp. 2385, 2387 y ss.

66 Weigend/Hoven, Der Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, ZRP 2018, pp. 30, 33.

67 Prierwiler/Ritzenhoff, La relación entre la investigación interna y la defensa (corporativa), WiJ 2019, pp. 166, 172.

68 BT-Drs. 19/23568, pp. 116 y s.

69 Rotsch/Mutschler/Grobe, Der Regierungsentwurf zum Verbandssanktionengesetz - kritische Analyse und Ausblick, CCZ 2020, pp. 169, 181.