

La erosión de la dogmática jurídico-penal en la
sociedad de la seguridad. Atribución de
responsabilidad en organizaciones complejas

ROLAND HEFENDEHL

Catedrático de Derecho penal y Criminología, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

RESUMEN

Si en relación con un comportamiento delictivo que proviene de una empresa uno no quiere conformarse solo con atribuirle responsabilidad penal en el más verdadero sentido de la palabra, entonces el debate debe versar monográficamente sobre cuestiones de imputación individual. El complejo de los compliance ha desviado el foco a lo que aquí llamo Derecho penal de la vigilancia (Überwachungsstrafrecht) que, a la vez y connaturalmente, completa las reconocibles tendencias al adelantamiento de la punibilidad. Inexactitudes en la imputación jurídico-penal van de la mano con la pérdida de fundamento teórico y se encuentran, en forma de mecanismos de autorregulación, con las características actuales de una sociedad de la seguridad (Sicherheitsgesellschaft). La dogmática jurídico-penal se erosiona, la política criminal se convierte en parte de una política general de seguridad.

Palabras clave: *Imputación en organizaciones complejas; compliance; responsabilidad por omisión; punibilidad de la vigilancia; sociedad de la seguridad.*

ABSTRACT

If, in relation to criminal behaviour originating from a company, one does not wish to settle for attributing criminal liability in the truest sense of the word, then the debate must focus exclusively on issues of individual imputation. The compliance complex has shifted the focus to what I call surveillance criminal law (Überwa-

chungsstrafrecht), which, at the same time and inherently, complements the recognisable trends towards the advancement of punishability. Inaccuracies in criminal law attribution go hand in hand with the loss of theoretical foundation and are found, in the form of self-regulation mechanisms, in the current characteristics of a security society (Sicherheitsgesellschaft). Criminal law dogma is eroded, criminal policy becomes part of a general security policy.

Keywords: *Imputation in complex organisations; compliance; liability for omission; punishability of surveillance; security society.*

SUMARIO: I. Introducción al tema.–II. Los modelos dogmáticos de solución en perspectiva estructural.–III. Nuevos desarrollos dogmáticos - Análisis e interpretación. 1. Omisión y compliance. 2. Adelantamiento de la punibilidad y compliance. 3. Análisis. 3.1. Dogmática de la omisión. 3.2. Tendencias al adelantamiento de la punibilidad. 4. Interpretación.–IV. Panorámica de las tendencias actuales de la arquitectura del derecho penal en una teoría del derecho penal transformada. 1. Tendencias actuales de la arquitectura del derecho penal. 2. Tendencias actuales de la teoría del derecho penal.–V. Panorámica de la punibilidad de la vigilancia en una teoría social transformada. 1. Características de la sociedad de la seguridad. 2. Paralelos con la estructura empresarial.–VI. Síntesis de los resultados.

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA*

Este trabajo asume, una vez más, el fin de querer emular a *Bernd Schünemann*. Nada ha cambiado a este respecto en 30 años. A juicio del *autor* es necesario, para ello, un tema que sea tan actual como fundamental y que no esté confinado en una sola disciplina científica. El gran alivio cuando uno escribe: uno puede acudir a la obra del celebrado, que ya abarca cinco décadas y que retrata exactamente el perfil del tema buscado. Trata cuestiones fundamentales, está orientada interdisciplinariamente y aborda constantemente inaplazables cuestiones de actualidad (2).

* Agradezco profundamente a mi asistente Nils Ströle por la ayuda en la investigación preparatoria. También a Brian Buchhalter Montero, por su dedicada y precisa traducción. El texto original en alemán fue publicado en el *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, s/n., 2019, pp. 705 y ss.

(2) Y ni una vez parece sobrecargar este vigoroso programa a BERND SCHÜNEMANN, al que dedico de corazón este trabajo (sobre la tentativa de presentar el com-

Las cuestiones sobre la imputación dominan desde hace ya muchas décadas el Derecho penal y de la misma manera tanto la parte general como la especial. Mientras que en el tipo objetivo se trata de cuestiones de creación de riesgo y su materialización, en el tipo subjetivo hay que examinar si el dolo abarca los fundamentos fácticos de esta imputación objetiva. El tipo de la estafa, por ejemplo, es desde hace mucho tiempo lugar para intensas reflexiones sobre la relevancia de la imputación en la parte especial (3). Las cuestiones sobre imputación son, en la teoría y en la práctica esencialmente más exigentes que aquellas sobre la casualidad, porque pretenden poner un foco de atención normativamente convincente sobre quien, en una primera aproximación, llamamos ahora responsable.

Las dificultades en la imputación objetiva se potencian, todavía más, cuando la discusión no versa sobre el actuar de una persona física existente sin duda alguna, sino cuando la creación típica del riesgo aparece como la obra de una pluralidad de personas unidas en un marco de cooperación. De esta manera llegamos a mi tema. En lo que sigue, me gustaría presentar, de manera general, los distintos modelos que se han desarrollado o propuesto para la resolución de problemas de imputación en organizaciones complejas. Aquí se mostrará rápido que todos ellos se han revelado dogmáticamente insatisfactorios y que, consciente o inconscientemente, tienen importantes implicaciones político-criminales. Esto no es, según mi manera de abordar cuestiones dogmáticas (incardinada en la tradición de *Claus Roxin*) ningún defecto. Fue precisamente él quien en su fundamental trabajo sobre «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem» el que ha advertido sobre las limitantes interacciones entre dogmática y política-criminal (4). Desde esa postura, las figuras jurídico-dogmáticas deben interpretarse siempre a la luz de la política criminal. Pero quien se sirve de la política-criminal para pretender trascender de los fines queridos por el legislador o para ir más allá de la frontera del tenor literal, va demasiado lejos (5). Debería honestamente revelar que no se mueve, ya, en el terreno de la Ley y de la Constitución.

Por nombrar un ejemplo para esta materia en justamente la intersección entre dogmática jurídico-penal y política criminal: la ampliación de la figura jurídica de la autoría mediata al llamado dominio de

pleto caleidoscopio de su actuar, *cfr.* HEFENDEHL, GA 2009, pp. 618 y ss.).

(3) HARBORT, *Die Bedeutung der objektiven Zurechnung beim Betrug*, 2010; KRAINBRING, *Spenden- und Bettelbetrug*, 2015, 157 y ss.; *cfr.* ya MANZANO, en: Schünemann/Suárez González (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, 1994, pp. 213 y ss.; RENGIER FS Roxin, 2001, pp. 811, 819 y ss.

(4) ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Aufl., 1973, *passim*.

(5) ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 7 ap. 80 y s.

la voluntad por aparatos organizados de poder estaba conducida por la intención político-criminal de poder hacer responsables penalmente a los jerarcas de regímenes criminales no solo como inductores sino como autores (6). El régimen criminal nacionalsocialista o la dictadura argentina son conocidos ejemplos de estos supuestos excepcionales. Una interpretación extensiva tal de la autoría mediata era legítimamente dogmáticamente solo con esfuerzo y, de hecho, encontró algunos críticos (7). La compatibilidad con el principio dogmático del dominio del hecho era y es todavía más discutida en otra ampliación de esta figura jurídica a las empresas (8) que no deben calificarse como regímenes criminales *per se*. Se ve, en este ejemplo, cómo las necesidades político-criminales tironean de las categorías dogmáticas.

Uno está casi un poco sorprendido de por qué, en este contexto, no se utiliza el concepto de *atribución* (*Zuschreibung*) como concepto-oposición al de *imputación* (*Zurechnung*). Sorprende porque los procesos de atribución juegan un rol importante en la criminología o –formulado más cautelosamente– deberían jugar un rol importante en el análisis crítico. Así, en la criminología hay dos perspectivas diametralmente opuestas: mientras que una no ha renunciado, en el marco de la tradición, a la búsqueda de las causas de criminalidad, es decir, le gustaría proceder etiológicamente, la criminología crítica y, aquí, el *labeling approach* ve en la criminalidad un producto de atribución como consecuencia del ejercicio de poder (9). Un conocido campo de aplicación de esta perspectiva es la, a menudo calificada de «grave», delincuencia de los extranjeros. Investigaciones empíricas han revelado, sin embargo, una distinta intensidad de la persecución penal (10). Pero también en el ámbito de la delincuencia económica

(6) Sobre el dominio de la voluntad por aparatos de poder organizados, *cfr.* ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9. Aufl., 2015, pp. 242 y ss. y 705 y ss., así como EL MISMO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 25 ap. 105 y ss.

(7) NK-StGB/SCHILD, 5. Aufl., 2017, § 25 ap. 123; HERZBERG, en: Amelung (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, y 35 y ss.; ROTSCH, ZStW 112 (2000), pp. 518, 526 y ss.; ZACZYK GA 2006, pp. 411 y 414 (con más referencias).

(8) BGHSt 40, 218, 237; BGH NSTz 1998, 568, 569 y s. con comentario crítico de DIERLAMM; BGHSt 48, 331, 342; HEFENDEHL GA 2004, 575, 577 y ss.; en contra: ROXIN FG BGH, Bd. IV, 2000, S. 177, 192 y ss.; MüKo-StGB/JOECKS, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 25 ap. 153 y ss.

(9) *Cfr.* SACK, en: KÖNIG (Hrsg.), *Handbuch der empirischen Sozialforschung*, Bd. 12: Wahlverhalten - Vorurteile - Kriminalität, 2. Aufl., 1978, p. 192, 378 ff.; P.-A. ALBRECHT, *Kriminologie*, 4. Aufl., 2010, § 3 IV. 1 con otras referencias.

(10) SACK, en: HEINZ/KLUGE (Hrsg.), *Einwanderung – Bedrohung oder Zukunft?*, 2012, pp. 297, 313 y s. se refiere a la reacción selectiva de las instancias de

es posible encontrar modelos de explicación de la criminología crítica en la forma de la etiquetación simbólica, del *labeling*, de «ovejas negras», con lo que no es necesario poner en cuestión el sistema económico mismo (11).

Si recapitulamos los conceptos utilizados hasta ahora en el contexto de la dogmática jurídico-penal y de la criminología, podemos observar paralelos sorprendentes, pero también divergencias. En la dogmática jurídico-penal la causalidad fue restrictivamente completada por el instituto dogmático de la imputación objetiva. En la criminología existe una tendencia a tomar en serio que quiere cesar la búsqueda de las causas de criminalidad y que, en sustitución, quiere examinar procesos de atribución.

La pregunta que se plantea es si de este hallazgo podemos extraer ganancia para nuestro tema dogmático: quizás en la manera de que la anunciada lenta disolución del claro instituto de la imputación objetiva no sea más que una mera atribución en el sentido de la criminología crítica. Esto sería, si se acreditara a continuación, una conclusión tan notable como inquietante.

II. LOS MODELOS DOGMÁTICOS DE SOLUCIÓN EN PERSPECTIVA ESTRUCTURAL

Tras estas consideraciones preliminares no es mi intención ahora presentar en detalle los enfoques dogmáticos para solucionar los problemas de imputación en organizaciones complejas. Solo pretendo caracterizarlos en su enfoque estructural.

El modelo clásico, que persigue una imputación individual de responsabilidad, intenta salir adelante, cuando se trata de un delito proveniente de una organización compleja, con los instrumentos dogmáticos tradicionales. Aquí se trata, especialmente, de las estructuras de imputación de autoría y participación que deberían posibilitar, en procesos basados en la división del trabajo, identificar una persona física o una mayoría de personas como responsables en sentido penal (12).

La pregunta por una posible autoría por omisión es clásica y actual en una misma manera. En el –para el Derecho penal económico–

control respecto de los sospechosos extranjeros y habla de un «efecto de sospecha»; *cfr.* sobre la mayor predisposición a denunciar a extranjeros, BAIER/PFEIFER/SIMONSON/RABOLD, *Jugendliche in Deutschland als Opfer und Täter von Gewalt*, KFN – Forschungsbericht Nr. 107, 2000, p. 11.

(11) HEFENDEHL KJ 2016, 577, 583 y ss.

(12) *Cfr.*, por ejemplo, FRISCH FS ROGALL, 2018, p. 121 y ss.

famoso caso del aerosol de cuero (*Lederspray*) (13) ya se planteó hace ahora justo treinta años la pregunta por una posible responsabilidad por omisión por no haberse retirado un producto del mercado. Se trataba de un aerosol de cuero que fue puesto en circulación y que se reveló, posteriormente, peligroso para la salud (14).

La responsabilidad por omisión está también ahora en la punta de la lanza de las tendencias actuales en la lucha contra la criminalidad económica, si pensamos en la llamada responsabilidad del empresario (*Geschäftsherrenhaftung*) y en la implantación de estructuras de *compliance*. De ello me ocupo, en seguida, en el epígrafe 3.1.

Exactamente el otro extremo de los modelos dogmáticos de imputación representan los modelos de responsabilidad penal de la empresa, ya realizados en muchos ordenamientos jurídicos, pero también exigidos vehementemente en otros tantos (15). Estos modelos intentan desatar el nudo gordiano de los problemas de imputación individual incorporando la cooperación misma a la obligación jurídico-penal cuando aquella pueda afectar a bienes jurídicos. Alemania representa, a esos efectos, uno de los últimos bastiones que, con base en el elemental principio jurídico-penal de la culpabilidad, todavía rechaza la responsabilidad penal de la persona jurídica (16). Me atrevo a pronosticar

(13) BGHSt 37, 106 y ss.

(14) La situación se presentó estructuralmente parecida en España, donde nadie intervino respecto de aceite de colza contaminado y se produjeron incontables lesiones graves y muertes; al respecto: Span. Oberster Gerichtshof NSTz 1994, 37 y ss. así como PUPPE JZ 1994, 1147 y ss.

(15) Muchos países europeos conocen ya propiamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas como Gran Bretaña, Países Bajos, Portugal, Noruega, Islandia, Francia, España, República Checa, Dinamarca, Eslovenia, Bélgica y Suiza (SCHÖNKE/SCHRÖDER, HEINE/WEISSER, StGB, 30. Aufl. 2019, Vor § 25 y ss., ap. 124 con más referencias). En Alemania se discute la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas hace años. Por ejemplo, *cfr.* HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, 206 y ss. con más referencias; ZIESCHANG GA 2014, 91 y ss.; SCHÜNEMANN ZIS 2014, 1 y ss. con más referencias; EL MISMO GA 2015, 274 y ss.; también GRECO GA 2015, 503 y ss.; ROGALL GA 2015, pp. 260 y ss. Nordrhein-Westfalen presentó en 2013 un Proyecto para la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (disponible en: https://www.justiz.nrw.de/JM/jumiko/beschluesse/2013/herbstkonferenz13/TOP_II_5_Gesetzentwurf.pdf [visitado por última vez el 16 de octubre de 2019]). En el año 2017 un grupo de la Universität zu Köln publicó el llamado Proyecto de Ley sobre la sanción de personas jurídicas (impreso en NZWiSt 2018, 1 y ss.); *cfr.*, además, la parcialmente crítica de toma de posición de KÖLBEL NZWiSt 2018, 407 y ss.; WOHLERS NZWiSt 2018, 412 y ss.; BECKEMPER NZSWiSt 2018, 420 y ss.; ninguno de los Proyectos ha dado concretos pasos para convertirse en Ley.

(16) *Cfr.* SCHÜNEMANN, *Zur Frage der Verfassungswidrigkeit und der Folgen eines Strafrechts für Unternehmen*, 2013, p. 3, 11 y ss., disponible en: http://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/studien/Studie_Stiftung_

que, en un tiempo cercano, en el contexto de las tendencias de expansión del Derecho penal (17) se hará realidad la responsabilidad penal de la empresa o, por lo menos, una más severa responsabilidad administrativa (18), aunque las iniciativas más recientes vuelvan a superarse en insostenibilidad teórica y en un fungible malabarismo conceptual (19). Estas iniciativas cuentan con el viento de cola de la política y de la indignación social, acentuada por los medios de comunicación, que exigen Derecho penal cuando se atribuyen lesiones de bienes jurídicos a grupos de empresas como Bayer AG en el contexto de la crisis de Monsanto. Pero justamente de eso se trata en este campo: de la mencionada atribución y no de una imputación dogmáticamente justificada.

Entre estos dos polos existe un amplio término medio que, de nuevo, se llena a nivel nacional de las maneras más distintas. En Alemania se sitúan en este término medio, por ejemplo, los ilícitos administrativos de la responsabilidad individual por vigilancia del § 130 OWiG así como la sanción de personas jurídicas del § 30 OWiG. Mientras que en los supuestos de la responsabilidad por vigilancia, la teoría del aumento del riesgo facilita la imputación (20), la multa administrativa a la persona jurídica corporeiza la responsabilidad de la empresa en un nivel superficialmente inferior. De una parte, se renuncia al reproche jurídico-penal de culpabilidad, de otra parte se imponen, sin embargo, graves multas administrativas (21).

Familienunternehmen_Unternehmensstrafrecht.pdf (visitado por última vez el 16 de octubre de 2019) así como EL MISMO ZIS 2014, 1 y 11 y siguiente.

(17) Al respecto, como ejemplo, HEFENDEHL (Hrsg.), *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?*, 2010; PUSCHKE, *Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen*, 2017, 10 y ss.; y *passim*; cfr. también SILVA SÁNCHEZ, *Die Expansion des Strafrechts*, 2003.

(18) Cfr., al respecto, el actual Proyecto del BMJV zur Einführung eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität en la versión reducida en <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/unternehmen-sanktionsrecht-gesetz-referentenentwurf-bmjbv-kriminalitaet> (visitado por última vez el 16 de octubre de 2019).

(19) Cfr. la crítica de SCHÜNEMANN en StraFo 2018, 317 y ss. así como supra en nota 15.

(20) Cfr. § 130 I 2 OWiG; crítico respecto de la teoría del aumento del riesgo en el § 130 OWiG, MARSCHKE, *Aufsichtspflichtverletzungen in Betrieben und Unternehmen*, 1997, 90 y ss.

(21) En otros Estados juega también la indemnización de daños y perjuicios punitiva (*punitive damages*) un rol importante, que bajo el título del Derecho civil impone sanciones de carácter penal, lo que no es más ya un cambio de etiquetas; cfr. de la discusión en Alemania al respecto MÖRDORF-SCHULTE, *Funktion und Dogmatik US-amerikanischer punitive damages*, 1999, 60 y ss.; MÜLLER, *Punitive damages un deutsches Schadensersatzrecht*, 2000.

En resumidas cuentas: aquí se manifiestan estas erosiones dogmáticas cuando, por ejemplo, pensamos en el clásico concepto del dominio del hecho en el sentido de un dominio de control (*Steuerungsherrschaft*) o en el concepto de la culpabilidad en tanto reprochabilidad personal como los puntos de inicio de una dogmática jurídico-penal que habla un lenguaje claro. Los límites del Derecho penal y de otras materias jurídicas se difuminan o ya no se entienden como esenciales. El Derecho penal, con otras palabras, degenera en un instrumento de control que ni siquiera resulta idóneo (22) para su propósito.

III. NUEVOS DESARROLLOS DOGMÁTICOS-ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

1. Omisión y *compliance*

Solo a primera vista parece sorprendente que la dogmática de la omisión haya experimentado un auge, en los últimos años, como instrumento para la lucha de la criminalidad económica. Motor fue y es el llamado complejo de los *compliance*, que proveniente de los Estados Unidos de América ha inundado, ya, el mundo entero. También en Alemania existe una propia industria del *compliance* altamente lucrativa en la que la abogacía, el sector privado y también instituciones de enseñanza han funcionado recíprocamente como catalizadores (23).

El nexo entre la responsabilidad por omisión y el concepto del *corporate compliance* radica en que los mecanismos de cumplimiento normativo que se establecen en las empresas deben comprobarse o vigilarse. Los defectos en ese sentido suelen llevar a una responsabilidad por omisión, que ya se ha hecho conocida bajo el término clave responsabilidad del empresario (*Geschäftsherrenhaftung*) (24), aunque este concepto es doblemente equívoco: por una parte, aunque también en el Derecho penal utilizamos el concepto de responsabilidad (*Haftung*), es

(22) Al respecto P.-A. ALBRECHT, *Kriminologie*, 52 y ss.; SIMPSON, *Corporate Crime, Law, and Social Control*, 2002, 26 y ss.

(23) Téngase sólo en cuenta el aumento brusco de publicaciones sobre el tema *compliance*. Existe, también, entre tanto, una notable cantidad de revistas «especializadas» a ese respecto; *cfr.* sobre el «tema de moda» *compliance* también las referencias que hay en BOCK, *Criminal Compliance*, 2. Aufl., 2013, 2 y ss.

(24) *Cfr.*, al respecto, BGHSt 57, 42 y ss.; BGH NSStZ 2018, 648 (nota 22), 317 y ss. con más referencias; BÜLTE, *Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht*, 2015, pp. 127 y ss.; NOLL, *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*, 2018, 55 y ss.; UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 2016, 33 y ss.

significativo que el concepto se encuentra más cómodo en el Derecho de obligaciones (25), lo que implica dotar de distintos contenidos al concepto: por ejemplo, que una compañía de seguros sea civilmente responsable no supone una relación solo con un comportamiento objetivo y subjetivamente imputable, sino también con la configuración del contrato, a disposición de las partes. Así, el concepto de responsabilidad se utiliza tanto en el contexto de una responsabilidad objetiva como en el contexto de una subjetiva y, además, independientemente de que se trate de una responsabilidad subjetiva por culpa propia o que se impute culpa ajena(26). Por tanto, de responsabilidad se habla solo *porque* el deudor debe responder por algo. Por otra parte, el concepto es equívoco, no se trata primordialmente de los empresarios, sino en primera línea de una suerte de campo intermedio llamado a controlar y, en todo caso, también a exonerar parcialmente a la dirección de la empresa. En este campo actúan los habitualmente conocidos como *compliance officers*(27), que se supone que derivan su posición de garante de la del empresario(28).

2. Adelantamiento de la punibilidad y *compliance*

La implantación de un sistema de *compliance* en la empresa se desplaza, en relación con las tendencias de ampliación del Derecho penal, a un difuso estadio previo. Cuanto antes se aplique el Derecho penal en la lucha contra lesiones difusas de bienes jurídicos, más grande será la predisposición a adoptar tempranas medidas de autoprotección(29). De esa manera, el sistema de *compliance* se interpreta como un escudo frente a la responsabilidad penal.

(25) Allí entendido como el «sometimiento del deudor como persona con su patrimonio –no la persona misma– a la pretensión de ejecución del acreedor», así KÖBLER, *Etymologisches Rechtswörterbuch*, 1995, 176; *cfr.* también MüKo-BGB/ERNST, Bd. 2, 8. Aufl. 2019, Einl. SchuldR ap. 33: «La circunstancia de que la obligación se ejecuta a costa del patrimonio del deudor se nombra, también, como responsabilidad». En razón de ello, el concepto de responsabilidad es importante en la ejecución forzosa y en los derechos reales de explotación o realización, *cfr.* MüKo-VVG/LITTBARSKI, Bd. 2, 2. Aufl. 2017, Vorüberlegung zu §§ 10 bis 112 ap. 86; EL MISMO, AHB, *Kommentar*, 2001, Vorbemerkungen ap 6; PALANDT/GRÜNEBERG, 78. Aufl. 2019, Einleitung vor § 241 ap. 10 y s.

(26) MüKo-VVG/LITTBARSKI, Vorbemerkung zu §§ 100 bis 112 ap. 87; EL MISMO, AHB, Vorbemerkungen ap. 7.

(27) *Cfr.* respecto de su responsabilidad penal BGHSt 54, 44, 49 y s.; BOTTMANN, en: Park (Hrsg.), *Kapitalmarktstrafrecht*, 5. Aufl., 2019, Kap. 2.1 ap. 74 y ss.; WARNEKE NSStZ 2010, 312 y ss.

(28) Respecto de los modelos de derivación, en detalle, NOLL (nota 23), 235 y ss.

(29) ROTSCH ZStW 125 (2013), 481, 495.

3. Análisis

3.1 DOGMÁTICA DE LA OMISIÓN

Antes de dedicarnos a la pregunta sobre cómo debe valorarse, desde la perspectiva de la teoría social, este desplazamiento del foco desde una responsabilidad por comisión a una por omisión, deben ser sometidos los delitos de omisión, primero, a un breve análisis dogmático. En los delitos de omisión se aprecia, desde hace muchas décadas, que la razón material de la posición de garante queda, normalmente, en la oscuridad y que la ordenación puramente categorial en el grupo de los llamados garantes de protección o en el grupo de los llamados garantes de vigilancia no cambia, naturalmente, nada (30). También el *BGH* ha comenzado, entre tanto, a reflexionar al respecto y ha puesto de relieve que la adscripción a una u otra categoría no debe sobrevalorarse. Se trataría, más bien, de atender al ámbito de responsabilidad que haya asumido el obligado (31). Este se restringiría –según las últimas aseveraciones del *BGH*– a evitar, en un inicio, delitos *relacionados con la actividad empresarial*, que muestren una relación interna con la actividad empresarial del autor o con el tipo de empresa (32).

Pero la atención puesta en los llamados delitos relacionados con la actividad de la empresa (33) no es suficiente, en absoluto, para disipar o para reducir las objeciones que se plantean contra esta nueva ampliación de la responsabilidad por omisión. Esta teoría, solo coherente a primera vista, me parece que tiene que ver con una suerte de idea de justicia y, en concreto, con la siguiente idea: el que

(30) Cfr. SCHÜNEMANN ZStW 96 (1984), 287, 305; EL MISMO GA 1985, 341, 375; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl, 2011, § 13 ap. 15; sobre el «dominio sobre la razón del resultado» como fundamento material para la equiparación entre acción y omisión SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, 229 y ss.

(31) BGHSt 57, 42 y ss.

(32) BGHSt 57, 42, 45 y s.; BGH NSTZ 2018, 648.

(33) También en la literatura se defiende la limitación respecto de los delitos relacionados con la actividad empresarial, aunque el criterio se concrete parcialmente de otra manera. BÜLTE NZWiSt 2017, 176, 179 distingue entre delitos inmediatamente relacionados con la actividad empresarial, en los que el peligro de comisión es típico para una concreta actividad empresarial y los delitos mediatamente relacionados con la actividad empresarial, respecto de los cuales la relación con la actividad empresarial se produciría con la lesión de deberes empresariales de vigilancia. NK-WSS/BURCHARD, 2017, § 13 ap. 34 restringe la relación con la actividad empresarial a aquellos delitos en los que se existen problemas típicos en el Derecho penal económico de persecución del delito o de comunicación de las normas; en resumen respecto de las distintas opiniones NOLL (nota 23), p. 66 y s. con más referencias.

emprende y contrata trabajadores crea un elevado riesgo de comisión de delitos, por lo que –en contraprestación– debe asumir la responsabilidad jurídico-penal. (34) Pero justamente este es el error de la posición de garante por injerencia, en la que de un comportamiento anterior –en este caso, incluso, contrario a las obligaciones empresariales– se derivan consecuencias para una posición de dominio actual. Aquí se da un ya superado pensamiento causal-monístico del siglo XIX (35), que repite la simplificadora perspectiva criticada antes.

Lo que aquí no funciona no puede tampoco pretender regir para un comportamiento anterior conforme a Derecho: la contratación de empleados (36). Un resultado tal viene asegurado por los principios de *autonomía* o de *responsabilidad individual* que, en los principios de la imputación objetiva, quiebran la imputación (37), pues la responsabilidad individual del trabajador crea normalmente (38) una barrera normativa que se opone a la responsabilidad por omisión del titular de la empresa por los delitos cometidos por su empleado (39). La persona que actúa autónomamente no es *per se* una fuente de peligro (40) y la empresa no es una «organización criminal» bajo sospecha general. Esto se correspondería con una desoladora imagen de la persona y, además, sería contrario a la presunción de inocencia (41). También aquí sucede –como antes– la desaparición de los elementos de la imputación objetiva.

(34) NK-StGB/GAEDE, § 13 ap. 53; *cf.* también BOCK (nota 22), p. 320 con más referencias.

(35) SCHÜNEMANN ZStW 96 (1984), 287, 308 y siguiente; EL MISMO, GA 1974, 231, 232.

(36) *Cfr.* BOCK (nota 22), p. 326.

(37) *Cfr.* LK/WEIGEND, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 13 ap. 56; BOCK (nota 22), 325 y ss. con más referencias; respecto de las implicaciones de principio de la responsabilidad individual en las cuestiones de imputación ROXIN (nota 4), § 11 ap. 106 y ss.; LPK/KINDHÄUSER, 7. Aufl., 2017, Vor § 13 ap. 118 y ss. El argumento esgrimido contra la interrupción de la imputación, también hecho valer respecto de la autoría mediata por dominio de la organización, consistente en que de aquella manera no se atribuiría ninguna eficacia limitadora al principio de autonomía (ROTSCH, en: EL MISMO [Hrsg.], *Criminal Compliance*, 2015, § 4 ap. 10) confirma, más bien, el enfoque que aquí existe, pues el principio del dominio del hecho desplaza excepcionalmente el principio de autonomía (*cf.* epígrafe 1.).

(38) Respecto de las limitaciones al principio de autonomía NOLL (nota 23), 110 y ss. con más referencias así como, ahora mismo, en el texto.

(39) LK/WEIGEND, § 13 ap. 56.

(40) Una perspectiva tal tiene su legítimo lugar en cuanto a la responsabilidad por peligros provenientes de cosas, que presenta de nuevo solapamientos con la llamada responsabilidad del empresario; al respecto NOLL (nota 23), 49 y ss.

(41) *Cfr.* ROSENAU, reproducido en ABO YOUSSEF/GODENZI ZStW 125 (2013), 659, 667: «Pues cuando se tratara en Criminal Compliance de evitar el nacimiento de una sospecha de comisión de un delito, entonces se estaría observando toda empresa, primero, como una “organización criminal”, que se encontraría bajo una “sospecha

Una excepción homogénea y justificada en el sistema, en el sentido de aceptar una posición de garante por injerencia o por ser titular de la empresa, es pensable, únicamente, en los supuestos en que existe una posición de dominio creada por un comportamiento anterior y que todavía subsiste. En el caso de injerencia existe una posición de dominio, que aparece en la forma del dominio por la parcial falta de independencia de la víctima del delito cuando, por ejemplo, un consumidor puede confiar en la supervisión del producto por el productor y, en su caso, sobre las informaciones que este provee respecto de riesgos y defectos (42). En una empresa, por el contrario, es posible advertir una posición de dominio cuando el empleador dispone de más información que sus empleados o cuando, frente a ellos, tiene derecho de darles órdenes (43). Un estado tal de información debe darse por razones estructurales y restringe, de esa manera y con justicia, la posición de dominio a aquellas jerarquías en que las informaciones llegan regularmente a los empleados.

3.2 TENDENCIAS AL ADELANTAMIENTO DE LA PUNIBILIDAD

La tesis que propone la existencia de una relación entre las tendencias al adelantamiento de la punibilidad y el establecimiento de un sistema de *compliance* exige explicación: no existe, lamentablemente, ninguna duda de esas tendencias expansionistas del Derecho penal en el citado difuso estadio previo. Para el contexto del *compliance* solo es relevante, sin embargo, un sector de estos delitos: aquellos tipos penales que normalmente suelen realizarse desde una empresa. De esta manera decaen los ejemplos principales para este adelantamiento de la punibilidad, que son los § 89a y § 89b StGB o los tipos de organización criminal de los §§ 129 y ss. StGB. Pero quedan, sin embargo, normas como los varias veces ampliados §§ 299 y ss. StGB o los tipos penales del Derecho penal económico que, de la misma manera, pretenden la protección de bienes jurídicos colectivos

general” de la que se debería liberar. Esto contravendría la presunción de inocencia». De la misma manera BOCK (nota 22), p. 226: «Las obligaciones de la organización son siempre solo secundarias, pues afectan solo al ámbito previo de la propia norma (penal). Pero estas acciones que suceden en esos campos preliminares son *prima facie* permitidas, pero también riesgosas. [...] Se está perfilando una tendencia al control y la vigilancia de individuos maduros».

(42) SCHÜNEMANN, FG BGH, Bd. IV, p. 621, 640 y siguiente.

(43) SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 102; respecto del principio de dominio y su posterior concreción en este contexto, BLASSL, *Zur Garantenpflicht des Compliance-Beauftragten*, 2017, 349 y ss.; NOLL (nota 23), pp. 156 y ss.

dispar, lo que se corresponde con esas tendencias de adelantamiento de la punibilidad.

Desde una perspectiva empírica, sin embargo, estos tipos penales no parecen amenazantes. De tal manera, el Derecho penal no puede entenderse como el motor decisivo para el establecimiento de sistemas de *compliance* (44).

4. Interpretación

Mientras que, hasta ahora, el análisis del Derecho penal de la vigilancia ha sido más bien dogmático, existen también otros modelos explicativos de cálculo económico de oportunidades para explicar la construcción de estructuras de *compliance* con el establecimiento de un *compliance officer*. Se deben al ambiguo concepto de «vigilancia», que ni siquiera se encuentra en casa en el Derecho penal.

Que la imagen de una superficialmente bien organizada empresa sea económicamente rentable no se ha acreditado nunca empíricamente (45). En todo caso, esto desplaza el centro de atención de la dirección de la empresa al campo intermedio (46), a pesar de que el director de la empresa no pueda quedar totalmente liberado de responsabilidad. Siempre restan, pues, las obligaciones de una elección razonable de los trabajadores y de vigilarlos (47). Además, las estructuras de *compliance* abren unas muy novedosas posibilidades de controlar a los trabajadores que superficialmente están al servicio de la evitación de la criminalidad, pero que en realidad están dirigidas a maximizar los beneficios (48).

Desde la perspectiva del Estado el sistema de *compliance* está vinculado, en el proceso penal por delitos económicos, a incalculables ventajas porque la aclaración de los hechos y los costes vinculados a

(44) Respecto de los Estados Unidos de América, con base en el argumento del *rational choice*, se hace referencia al «modelo de bonificación» previsto en las US Sentencing Guidelines (= reducción de la sanción si se aplican medidas de *compliance*) como un argumento que favorecería la implementación de sistemas de *compliance*.

(45) HEFENDEHL JZ 2006, 119, 123 y s.

(46) Cfr. PRITTWITZ, en: KUHLEN/KUDLICH/ORTIZ DE URBINA (Hrsg.), *Compliance und Strafrecht*, 2013, p. 125, 134.

(47) NOLL (nota 23), p. 163.

(48) También ROTSCH, en: EL MISMO (nota 36), § 1 ap. 45, 70, § 2 ap. 20 menciona el fin de la maximización de las ganancias, aunque en el contexto de la evitación de daños reputacionales.

ella se cargan a la empresa y los resultados de las investigaciones internas pueden ser incautados (49).

Además de esto, los derechos procesales del investigado no se tienen en cuenta en una investigación de tal manera privatizada (50): el empleado está obligado de un modo muy amplio y civilmente a proveer información a su empresa, mientras que en el proceso penal podría invocar el derecho a no autoincriminarse (51).

IV. PANORÁMICA DE LAS TENDENCIAS ACTUALES DE LA ARQUITECTURA DEL DERECHO PENAL EN UNA TEORÍA DEL DERECHO PENAL TRANSFORMADA

1. Tendencias actuales de la arquitectura del Derecho penal

Esta nueva *punibilidad de la vigilancia*, como me gustaría nombrarla, encuentra su compañero natural en los extremadamente adelantados tipos penales que, más que a la intervención fáctica, apuntan a efectos preventivos (52). Como ejemplos de ello pueden nombrarse los tipos consistentes en la creación de organizaciones criminales o terroristas o el tipo de preparación de un acto grave de

(49) Sobre la limitada importancia de la prohibición de incautación en este ámbito, cfr BVerfG NJW 2018, 2385, 2387, 2391; LG Hamburg NZWiSt 2012, 26, 27; GRONKE, *Verfahrensfairness in transnationalen unternehmensinternen Ermittlungen*, 2018, 383 y ss.; esto permanecería de la misma manera en el Proyecto del BMJV (nota 17) (cfr: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/unternehmen-sanktionsrecht-gesetz-referentenentwurf-bmjv-kriminalitaet> [visitado por última vez el 16 de octubre de 2019]).

(50) ROTSCHE, en: ACHENBACH/RANSIEK/RÖNNAU (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 5. Aufl. 2019, Teil 1 Kap. 4 ap. 34; advirtiendo sobre los peligros relacionados con ello GREEVE, *StraFO* 2013, 89 y ss.; HEFENDEHL, *ZStW* 119 (2007), 816, 844; WASTL *ZRP* 2001, 57 y siguiente; ZERBES *ZStW* 125 (2013), 551, 571 y siguiente.

(51) Cfr: al respecto y sobre las posibilidades de solución GRECO/CARACAS *NStZ* 2015, 7 y ss; GRONKE (nota 48), 309 y ss.; THEILE *StV* 2011, 381 y ss. El tímido reconocimiento de una prohibición de valoración de la prueba entiende ZERBES *ZStW* 125 (2013), 551, 569 que está justificado, con razón, solo en los supuestos de afectaciones de particulares, pero no en los supuestos en que las investigaciones de los particulares ocupan el lugar de las investigaciones estatales.

(52) PUSCHKE, en: Hefendehl (nota 16), p. 9, 24 y ss.; EL MISMO (nota 16), 61 y ss., 221 y ss.; EL MISMO, en: LANGE/WENDEKAMM (Hrsg.), *Die Verwaltung der Sicherheit*, 2018, pp. 215, 218 y ss.; el mismo *KriPoZ* 2018, 101 y ss.; SIEBER, en: *Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski* (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, 2016, 351, 355 y ss.; el mismo *NStZ* 2009, 353 y ss.

violencia que ponga en peligro al Estado (53). De la misma manera se pueden contar aquellos tipos del Derecho penal económico que, por razones de eficiencia, han sido habitualmente despojados del requisito del resultado en forma de un perjuicio económico.

Aun cuando estos tipos penales, como ya se ha dicho, solo juegan un rol subordinado en el contexto actual, deben ser tenidos en cuenta en el análisis, pues ofrecen similitudes estructurales con el Derecho penal de la vigilancia.

Para ambos sectores del Derecho penal hay que revelar un interesante paralelo con la criminología, que desde hace largo tiempo se ha tenido que ocupar cada vez más de la llamada prevención situativa o técnica (54). Una prevención tal renuncia a la producción de efectos negativos o positivos en forma de intimidación o estabilización de la norma en la decisión humana, sino que apunta a barreras duras e infranqueables (55). Un ejemplo de esto es el aislamiento de los barrios cerrados por servicios de seguridad, que solo dejan acceder a los visitantes registrados.

2. Tendencias actuales de la teoría del Derecho penal

Los cambios en la teoría de la pena se pueden caracterizar, en las palabras de *Bernd Schünemann*, como sigue: mientras que por más de 200 años el paradigma de *Feuerbach* del Derecho penal ha pretendido, a grandes rasgos, regir basándose en una eficacia preventivo-general negativa y aceptando, en contraposición, la amplia libertad del individuo (56), las tendencias economicistas y los métodos del Estado vigilante han convertido una imagen tal de la persona en poco convincente (57).

Podemos trazar ambos aspectos, la economización y la vigilancia, en los mencionados campos del Derecho penal económico y de la llamada punibilidad de la vigilancia: así, el intento de calificar a la empresa misma como sujeto del Derecho penal se legitima también a través del aumento de los costes y, por tanto, a través de un modelo de

(53) Al respecto, PUSCHKE, en: HEFENDEHL (nota 16), p. 9, 27; ZÖLLER GA 2010, 607, 614 y ss.; HELM StV 2006, 719 y ss.

(54) Al respecto, *cfr.* CLARKE, en: TONRY/FARRINGTON (Hrsg.), *Building a Safer Society, Strategic Approaches to Crime Prevention, Crime and Justice: A Review of Research*, Vol. 19, 1996, 91 y ss.; HASSEMER StV 1995, 483, 489 y ss.

(55) Al respecto, *cfr.* HEFENDEHL NJ 2004, 494, 495 y s.

(56) SCHÜNEMANN ZIS 2011, 1, 17; EL MISMO GA 2013, 193, 196.

(57) SCHÜNEMANN, reproducido en ABO YOUSEFF/GODENZI ZStW 125 (2013), 659, 670.

rational choice (58). Paralelamente se emprende el intento de legitimar la responsabilidad penal de las personas jurídicas trayendo a colación nuevas teorías retributivas de la pena provenientes de Estados Unidos de América. No se trataría, a ese respecto, más de lograr fines preventivos, sino de una compensación del injusto realizado como reverso de la libertad. Justamente esta desalineación tendría –según *Kubiciel*– su encanto. Las personas jurídicas se habrían convertido en nuestra vida social y económica en destinatarias demasiado importantes de la libertad social. La sociedad actual se habría acostumbrado ya a asignar responsabilidad a las empresas por los delitos relacionados con su actividad (59).

Al margen de las objeciones generales contra la teoría retributiva de la pena en el Estado constitucional, estas aseveraciones se desenmascaran prácticamente solas: la búsqueda de una justificación para la necesidad social de la pena no se puede dar por conseguida ni a través de una presuponida acomodación ni tampoco por el encanto de una inacatabilidad definitoria (60).

En la filosofía de la punibilidad de la vigilancia el ciudadano se ha convertido en una fuente de peligro que ocupa un cierto espacio y que debe vigilarse, en una bomba de relojería que debe desactivarse lo antes posible por seguridad (61). Nombrar una teoría individual a este respecto es complejo. Se trata, más bien, de un estado de falta de teoría basada en hechos. El precio a pagar por un estado tal es alto: la persona pierde su *status* como alguien en quien se puede confiar. Lo contrario es, más bien, el caso. Quien reúne las características de un determinado cuadro de riesgo puede entrar en el desproporcionadamente grande grupo de los llamados *false positives*. Pertenecer a este grupo aquellos que no solo serán etiquetados desde una extrema idea de seguridad o exclusión, sino que serán reprochados con sanciones: a la persona se le impedirá el acceso a determinado espacio o se le reprochará incluso penalmente cuando se ocupe de cosas que también puedan interesar a grupos terroristas como, por ejemplo, el aprendizaje del árabe (62). Aquí también se interpreta a la persona, de nuevo,

(58) Cfr. KÖLBEL MschrKrim 91 (2008), 22, 29.

(59) KUBICIEL ZRP 2014, 133, 136.

(60) SCHÜNEMANN StraFo 2018, 317, 320.

(61) Respecto de la reconstrucción sistemática de la arquitectura de la seguridad en Alemania desde el 11 de septiembre de 2001 en el Derecho de policía y en el Derecho penal PETRI, en: LISKEN/DENNINGER (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 6. Aufl., 2018, A. ap 139 y ss.; también las referencias en SCHÜNEMANN GA 2013, 193, 196 nota 15, 16.

(62) Cfr. respecto del demasiado ampliamente redactado tenor del § 89a II Nr. 1 StGB, en el que se puede subsumir también la participación en un curso de

como un foco de peligro, aunque no ha abandonado el espacio de lo adecuado socialmente. Una vez más se confunden las categorías de la imputación y de la atribución.

Podemos, de tal manera, concluir que la pérdida de precisión dogmática en cuanto a cuestiones de imputación y en cuanto a la fundamentación de la punibilidad por omisión está vinculada con una pérdida dramática de fundamento de teoría jurídico-penal. Es de temer que ambos componentes se condicionen y se refuercen recíprocamente.

V. PANORÁMICA DE LA PUNIBILIDAD DE LA VIGILANCIA EN UNA TEORÍA SOCIAL TRANSFORMADA

1. Características de la sociedad de la seguridad

Ya desde hace mucho observamos, desde la perspectiva de la teoría social, una mutación de nuestra sociedad en una acertadamente llamada *sociedad de la seguridad* [*Sicherheitsgesellschaft* (63)]. Pero antes de que precipitadamente revelemos paralelos –por una parte, el Derecho penal de la vigilancia y, por la otra parte, una sociedad de la seguridad– debemos precisar, primero, el concepto de sociedad de la seguridad, pues no se trata de ninguna manera de que el Estado sea el único actor y que la sociedad se quiera hacer más segura desde arriba. Al contrario, también los particulares, aunque a primera vista sea sorprendente, toman parte en la producción de seguridad (64). Aquí no está en el trasfondo la protección frente a distorsiones en el funcionamiento de la sociedad o frente a comportamientos extraviados. Más bien se trata, en primera línea, del «establecimiento de eficaces mecanismos intrasociales que producen inclusión y exclusión» (65).

El sociólogo *Groenemeyer* revela, para la sociedad de la seguridad, entre otras, las siguientes líneas de desarrollo: se ha infiltrado en la vida cotidiana, ya, el sentimiento de una amenaza general de violencia y criminalidad y esto impregna el comportamiento de los integrantes

idiomas, GAZEAS/GROSSE-WILDE/KIESSLING NStZ 2009, 539, 597 y s. así como BeckOK-StGB/v. *Heintschel-Heinegg*, 43. Ed. (a fecha: 1.8.2019), § 89a ap. 15 y s.

(63) Cfr., al respecto, SINGELSTEIN/STOLLE, *Die Sicherheitsgesellschaft*, 3. Aufl., 2012; P.-A. ALBRECHT, *der Weg in die Sicherheitsgesellschaft*, 2010; GROENEMEYER (Hrsg.), *Wege Der Sicherheitsgesellschaft*, 2010; HEFENDEHL, MSchrKrim 96 (2013), 226 y ss.

(64) VIRCHOW, en: BUTTERWEGGE/LÖSCH/PTAK (Hrsg.), *Neoliberalismus*, 2008, pp. 224 y ss.

(65) LEGNARO LEVIATHAN 25 (1997), 271, 272.

de la sociedad tanto en el campo público como privado y también más allá de situaciones inmediatas de peligro. De esta manera se produce una instrumentalización de la amenaza, a la que uno reaccionaría con la producción de seguridad, un campo que cada vez más está siendo ocupado por particulares (66).

Wacquant desvincula todavía más el punitivismo y ve, en él, una reacción estratégicamente conducida a temores sociales mayores. La política criminal se convertiría, así, en un sustituto barato de prestaciones sociales inexistentes o frágiles (67).

Justamente una perspectiva tal coincide con los resultados empíricos de las investigaciones sobre el miedo. Así, la «tesis de la generalización» interpreta el miedo a la criminalidad como una inseguridad general y difusa (68). La inseguridad tiene sus causas en los desarrollos sociales generales y estructurales como la globalización, la migración mundial, las crisis financieras o los problemas medioambientales. El miedo a la criminalidad no debe separarse de otras formas de inseguridad, sino que está vinculado a aquellas. Según la tesis de la generalización la criminalidad es percibida como una suerte de espacio de proyección, en el que los miedos generales de la vida y el futuro se hacen más aprehensibles. En favor de esta tesis hablan, por ejemplo, las averiguaciones sobre la distribución del miedo a la criminalidad, distinta en las diversas regiones de Alemania tras la reunificación (69).

También se puede acreditar empíricamente la llamada «tesis de la precarización», relacionada con la anterior, según la cual el miedo a la criminalidad es expresión de los miedos sociales al descenso social y a la toma de conciencia de riesgos existenciales (70). Según esta teoría, los grupos poblacionales más afectados por la precariedad social articulan un mayor miedo a la criminalidad que los círculos privilegiados. Si esta tesis fuera cierta, entonces la política de seguridad del Estado social debería operar como escudo de protección

(66) GROENEMEYER, en: EL MISMO (nota 62), p. 7, 11 y ss.

(67) WACQUANT, *Bestrafen der Armen*, 2. Aufl., 2013, 23 y ss. y *passim*; *cfr.* también *el mismo* PROKLA 2008, 399, 401 y ss.; KANNAKULAM PROKLA 2008, 413, 420 y ss.

(68) FELTES NK 31 (2019), 3 y ss.; HITERNELEHNER, JRP 17 (2009), 13, 19 y siguiente; HIRTENLEHNER/HUMMELSHEIM-DOSS/SESSAR, en: HERMANN/PÖGE (Hrsg.), *Sicherheit und Kriminalprävention in urbanen Räumen*, 2017, 169 y ss.

(69) Reuband *Soziale Probleme* 3 (1992), 211, 215 y s.

(70) HIRTENLEHNER JRP 17 (2009), 13, 17 y ss.; *cfr.* respecto de la investigación empírica HUMMELSHEIM/HIRTENLEHNER/JACKSON/OBERWITTLER *European Sociological Review* 27 (2011), 327 y ss.

contra los delitos. Y justamente eso han acreditado las investigaciones empíricas (71).

Esta interpretación de la sociedad de la seguridad comporta, de ese modo, en distintas maneras un pensamiento economicista: la renuncia a una buena política social parece, de repente, explicable. De las posibles víctimas uno espera que «debieran actuar por sí mismas preventivamente y orientadas a la seguridad» (72).

2. Paralelos con la estructura empresarial

También esta interpretación de la sociedad de la seguridad en la que la idea de seguridad no es un dictado desde arriba, sino que está infiltrada o implementada en la sociedad y en sus miembros presenta reveladores paralelos con la situación en la empresa, pues también en este campo hemos visto cómo a través del *compliance* se han establecido mecanismos de autocontrol, que luego conducen a estructuras de vigilancia. En una creación de conceptos paralela podríamos hablar también de una llamada sociedad de la seguridad en sentido estricto, de una empresa de la seguridad (*Sicherheitsunternehmen*).

Al comienzo de mis reflexiones he presumido que el tratamiento penal de la delincuencia que proviene de la empresa estaría caracterizado cada vez más por meros procesos de atribución y que la dogmática jurídico-penal precisa perdería importancia. Justamente el intacto *hype* de *corporate governance* y *compliance* no ha conducido a la depuración de la empresa desde dentro, sino al establecimiento de estructuras de vigilancia. El *corporate governance* en la empresa y la descrita producción de seguridad por particulares van, a este respecto, de la mano. Se activan en ambos casos los mencionados eficaces mecanismos intrasociales o intraempresariales, que son en gran medida en sentido del Estado.

VI. SÍNTESIS DE LOS RESULTADOS

La imagen de una política criminal que se ajusta con cautela a la dogmática jurídico-penal no es, desde hace tiempo, más que un sueño ingenuo. La política criminal se ha convertido en parte de una general política de seguridad y, de esta manera, ha perdido sus cautelas

(71) HITERNLEHNER/HUMMELSHEIM MschrKrim 94 (2001), 178, 192 y ss.

(72) LINDENBERG/SCHMIDT-SEMISCH MschrKrim 83 (2000), 306, 308.

originarias consistentes en la limitación del Derecho penal. Esta política de seguridad es, por una parte, más pretenciosa por sus finalidades y, por otra parte, más reducida por sus presupuestos en contraste con un Derecho penal que imputa individualmente la responsabilidad y que protege bienes jurídicos. El limitante sistema de la imputación ha sido sustituido por el método de la atribución, para el que rigen otros mecanismos. La criminología ha provisto, para ello, el decisivo término clave. La citada atribución está, aquí, al servicio de la penalización ejemplarizante con la finalidad de estabilizar el sistema. No se trata, ahí, de una característica especial del Derecho penal económico sino que el Derecho penal económico mismo es un destacado representante de aquella concepción del Derecho penal.

Cuando la posición de garante se queda sin su fuerza limitadora del Derecho penal, cuando no existe más interés en una discusión relativa sobre las teorías de la pena y cuando el Derecho penal pierde la seriedad de ser el último medio, entonces se convierte en un deseado instrumento de la vigilancia y del control dentro de la empresa. Bajo estas circunstancias la dogmática jurídico-penal conducida con responsabilidad se convierte, de hecho, en un juego de abalorios. No, por ejemplo, en el sentido en el que constantemente se utiliza con una sonrisa irónica, como un inofensivo jugueteo con conceptos y teorías, sino en el frustrante sentido de que los poderosos no están más dispuestos a seguir diferenciaciones cuando llevan a resultados inoportunos.