

XX Congreso Internacional de Derecho Penal (AIDP)

Justicia penal y actividad empresarial

Sección III: Proceso penal

La interacción entre mecanismos penales y administrativos en el área de la actividad empresarial y la justicia penal

Prevención, investigación y sanción de los delitos económicos

- Análisis comparativo de los principales sistemas de control -

Cuestionario

Ulrich Sieber

ESQUEMA GUÍA PARA LOS INFORMES NACIONALES

Sistemas alternativos de investigación y sanción de los delitos cometidos por las empresas y delitos relacionados

..... (País)

Autor:

I. Introducción

A. Desarrollo e impacto de la delincuencia económica

Haga por favor una corta introducción a los problemas de la práctica relativos a la criminalidad, delincuencia e irregularidades económicas y corporativas en su sistema jurídico; si es posible con referencias estadísticas sobre casos, extensión del daño, etc. Se insiste en que el objeto de esta visión de conjunto no se limita a las actividades meramente criminales, tal y como se castigan normalmente por el derecho penal, pero pueden incluir otra delincuencia o comportamientos irregulares de orden corporativo o económico. También puede referirse a sectores específicos, como infracciones de la competencia y legislación en materia de cárteles, bancaria, telecomunicaciones, subvenciones, agricultura, protección de los consumidores etc.

B. Problemas principales de control de la delincuencia económica

Resuma, por favor, los problemas y obstáculos jurídicos que se le plantean a la justicia penal en relación con la delincuencia económica y corporativa, en particular en relación con la prevención del crimen, investigación criminal, persecución penal, y enjuiciamiento. ¿Se considera que el derecho

penales satisfactorio? ¿Hay razones en su país para la búsqueda de soluciones alternativas más allá de los medios tradicionales del derecho penal?

C. Reformas legales

¿Qué ha hecho la legislación para mejorar el control de la criminalidad, delincuencia e irregularidades de orden económico y corporativas (sólo los cambios más importantes)? ¿Hay regímenes alternativos de regulación, sanción o investigación dirigidos a garantizar una política jurídica más efectiva en el campo de las actividades económicas o corporativas? ¿Hay evaluaciones o informes sobre el impacto en la práctica de esas medidas? ¿Se proyecta alguna reforma?

D. Presentación de los regímenes normativos de control

¿Hay sistemas o regímenes alternativos de prevención, investigación, persecución y enjuiciamiento de la criminalidad y delincuencia económica aplicables o propuestos en su país (p.e. en derecho penal, legislación sobre infracciones administrativas, derecho sancionador administrativo, derecho civil)? ¿Se trata de sistemas definidos o desarrollados de un modo sistemático? Haga por favor una enumeración de los mecanismos alternativos normalmente aplicables a la criminalidad económica y corporativa.

A continuación, indique cuál de esos regímenes será objeto de abordaje en el presente informe.

II. Derecho penal

Esquema modelo, basado en una meta-estructura común, para comparar los sistemas normativos relativos al control de la criminalidad económica:

El siguiente esquema básico se formula de un modo general (y no de un modo específicamente de derecho penal). Debe emplearse para describir tanto el sistema de *derecho penal* como los diversos *regímenes jurídicos alternativos*, facilitando así la comparación de regímenes y ordenamientos jurídicos. Esto supone que

- Cuando se use este esquema para tratar del *sistema jurídico penal*, el foco debe aplicarse a aquellos puntos cuyo tratamiento por los sistemas alternativos explicados posteriormente (en este u otros informes nacionales) se desvía de los estándares jurídico-penales. No haga, por favor descripciones largas de los elementos de su sistema jurídico que no son significativas para la *comparación* de los diversos sistemas de investigación, persecución y sanción. ¡Trate, por favor, de anticipar las diferencias!
- Cuando se use este esquema para describir *sistemas alternativos de investigación y sanción* (infra III., IV., etc.), el texto debería subrayar y explicar las diferencias entre estos sistemas y los estándares jurídico penales comentados anteriormente.
- En esta línea, el sistema penal debería no solo ser el punto de referencia para el análisis y evaluación de los sistemas alternativos de sanción (que pueden resumirse en el capítulo final), sino que debería ser también decisivo en relación con una de las cuestiones principales que se plantean en el campo de la política jurídica, a saber, la decisión sobre si las diversas y amplias garantías del derecho penal deberían limitarse al campo del derecho penal (penas), si deberían ser igualmente aplicables (de modo directo o por analogía) a otros tipos de sanciones alternativas,

si equivalente funcionales de estas garantías pueden basarse en otros fundamentos o si el recurso a otros regímenes jurídicos puede servir de hecho para evitar la aplicación de estas garantías.

A. Fines y características principales del sistema jurídico

¿Cuáles son los fines del sistema de investigación y sanción estudiado (p.e. represión, retribución – como por medio de la incoación de procesos por infracciones penales - recuperación de activos para impedir el enriquecimiento ilícito, recogida de información)?

¿Cuáles son las características de este sistema? ¿Qué tipo de conductas (en la teoría y en la práctica) se requieren para llegar a la aplicación de las sanciones correspondientes a este régimen (p.e. determinada extensión de daño social, censurabilidad ética del acto, creación de un peligro futuro, simplemente un comportamiento ilegal)? ¿Tienen esas características consecuencias en relación con las garantías jurídicas?

¿De por favor solo una respuesta corta para caracterizar el sistema; los detalles podrán ser aportados infra (en particular, en B. y C.).

B. Las sanciones y sus exigencias sustantivas

1. Tipos de sanciones

¿Qué tipo de sanciones se prevé por su sistema en relación con la criminalidad económica y corporativa?

Nota explicativa: Advierta por favor que el término "sanción" se usa en un sentido muy amplio para abarcar toda consecuencia efecto desfavorable. Esto incluye, por tanto, penas secundarias o accesorias y otras consecuencias, como inhabilitaciones profesionales, disolución de la entidad, vigilancia de las actividades económicas, publicidad ("*naming and shaming*"), inclusión en listas negras (p.e. respecto a ayudas públicas), retirada de licencias, deber de informar, recuperación de activos y confiscación, medidas puramente preventivos (normal, doble o triple), reparación del daño etc.

2. Exigencias sustantivas y garantías para la imposición de sanciones

¿Cuáles son las exigencias de derecho sustantivo para la imposición de sanciones a una conducta prohibida (p.e. infracción de reglas específicas de protección de un importante bien jurídico, existencia de un peligro concreto inminente, anticipación de un peligro futuro, una responsabilidad organizativa específica debida al estatuto de institución financiera)? ¿Cuáles son los límites y salvaguardias sustantivas? P.e. culpabilidad, proporcionalidad? ¿Deben los requerimientos específicos encontrarse descritos de manera precisa por la ley (*nullum crimen sine lege*) o basta con una cláusula general?

3. Sanciones contra sociedades y otras organizaciones

¿Pueden las sanciones correspondientes a la criminalidad económica y corporativa ser impuestas solo a personas físicas y entidades (compañías) o sólo a las personas jurídicas? ¿Cuáles son las exigencias básicas para sancionar a personas físicas (p.e. culpabilidad personal) y a las entidades (p.e., fallo en el cumplimiento de deberes de supervisión, responsabilidad vicarial de un empleado)? ¿Qué tipos de sanciones son posibles)? ¿Se basan las sanciones a las personas jurídicas sobre los

mismos conceptos y exigencias para la declaración de responsabilidad que las sanciones contra las personas físicas?

C. Procedimientos y garantías

1. Instituciones y actores

a) Autoridades investigadoras

- ¿Qué autoridades tienen encomendada la investigación de los casos de crímenes económicos y corporativos?
- ¿Son las mismas autoridades responsables de la investigación de personas físicas y compañías?
- ¿Son autoridades especializadas en su campo específico (p.e. fuerzas policiales especiales)?
- ¿Tienen estas instituciones, y en particular, sus funcionarios, independencia para ocuparse de estos casos (p.e. comparable a juez) o se encuentran sometidos a las órdenes de sus superiores? Si actúan con independencia, ¿hay medidas para garantizar esta independencia? En caso afirmativo ¿cuáles?
- ¿Son los funcionarios y autoridades oficiales reclutados en el marco de una institución administrativa especializada? ¿Se encuentran conectados institucionalmente o de otro modo (p.e. trabajando en la misma organización o en el mismo edificio) con otras instituciones (especializadas) que trabajan en este mismo campo?
- ¿Tienen esas autoridades competencias legislativas, ejecutivas, judiciales o sancionadora? En caso afirmativo ¿cuáles? ¿A quién transfieren sus casos?

b) Autoridades de persecución

Ver las preguntas de a); si las autoridades correspondientes a a) y b) son las mismas, las preguntas pueden ser respondidas de modo conjunto (evite por favor repeticiones innecesarias y use remisiones).

c) Autoridades decisorias en particular, enjuiciadoras

Ver las preguntas de a); si las autoridades correspondientes a a), b) o c) son las mismas, las preguntas pueden ser respondidas de modo conjunto (evite por favor repeticiones innecesarias y use remisiones).

Especialmente, en el caso de las llamadas estructuras administradoras de reglamentación y supervisión independientes :

- ¿Hay alguna división entre la función de investigación, persecución y toma de decisión en el seno del órgano administrativo?
- ¿En caso afirmativo, cuan separadas se encuentran unas de otras?
- ¿Cuáles son los factores que determinan el cuánto de pena, el cuánto de la sanción?
- ¿Debe aportarse una decisión razonada?
- ¿Son las decisiones directamente firmes y ejecutables? ¿Se precisa para su aplicación otra aprobación administrativa o judicial?

d) Autoridades de control y alcance del control

Ver las preguntas de a), en especial: ¿Son estas autoridades órganos administrativos o judiciales?

Además:

- ¿Que (tipo de) recursos existen para revisar la imposición de sanciones descritas B) (p.e. apelación a una autoridad administrativa o recurso a un tribunal superior)?
- ¿En qué medida los mencionados mecanismos de control pueden someter a revisión la decisión, y de hecho lo hacen, p.e. estándar de revisión: revisión completa o limitada de los hechos o sólo revisión de la aplicación de la norma)?

2. Facultades de investigación y deber de cooperar

a) Facultades de investigación

- ¿Dónde y con qué detalle se encuentran codificadas las facultades relevantes? ¿Hay una cláusula general?
- ¿Qué facultades de investigación tiene la autoridad en casos de delincuencia económica y corporativa? Por favor no se extienda en la descripción del arsenal penal ordinario, pues el estudio se interesa principalmente en las desviaciones que se observan en ciertos regímenes respecto de los estándares penales. Enumere solo por favor las facultades más relevantes (p.e. interrogatorio de testigos, búsqueda y captura, interceptación de telecomunicaciones, videovigilancia, búsquedas online, acceso a cuentas bancarias, datos bancarios o bases de datos específicas).
- ¿Quién decide y/o autoriza estas decisiones (órgano administrativo, fiscal, juez)?
- ¿Puede la institución responsable iniciar investigaciones por medio de *data mining*, esto es, identificando actividades sospechosas (p.e. por análisis de riesgos) sin una sospecha concreta o peligro concreto?

b) Deberes de cooperar y derechos contra la autoincriminación

- ¿Tiene la persona investigada (física o jurídica) deber de cooperar? En caso afirmativo, ¿qué deberes? ¿Cómo puede exigirse su cumplimiento (p.e. por medio de sanciones penales o administrativas)?
- ¿Se aplica el principio *nemo tenetur se ipsum accusare* o algún otro derecho contra la autoincriminación o autoinculpación?
- ¿Puede obtenerse información por medio de la imposición un deber de cooperar de cumplimiento obligatorio (p.e. en el ámbito fiscal), usado para la imposición de sanciones sobre la persona investigada o un tercero en el seno de un régimen diferente? O ¿esos deberes de cooperación llevan a que la prueba así obtenida sea inadmisibile?

3. Garantías procesales generales

Nota: Las respuestas siguientes no deberían ser solo de orden jurídico-procesal penal. Si es posible, indique por favor también en qué medida se prescriben garantías jurídicas por el derecho constitucional (superiores a la del derecho ordinario).

a) Privilegios contra los poderes coercitivos

- ¿Prevé la legislación (p.e. en el marco del testimonio) privilegios para parientes, profesiones particulares (p.e. Abogados, auditor) o el acusado (no dar detalles, por favor, sólo una respuesta general con algunos ejemplos)?

- ¿Cómo se aplican esos privilegios en el marco de la investigación o persecución de personas jurídicas?

b) Pruebas

- ¿Cuál es el estándar probatorio? ¿Quién tiene la carga de la prueba?
- ¿En qué medida puede la persona investigada solicitar que se practiquen pruebas adicionales o se pongan en marcha otras investigaciones?
- ¿Se aplica la presunción de inocencia?

c) Acceso al expediente

- ¿(Cuándo) se informa al sospechoso de los procedimientos?
- ¿Tiene la persona investigada y/o su abogado acceso completo al expediente? ¿En qué momento tiene la persona investigada el derecho a tal acceso (p.e., desde el inicio de la investigación, tras la conclusión de la investigación)? ¿Qué restricciones se aplican al acceso al expediente durante la investigación y durante el procedimiento judicial?

d) Derecho a ser oído y audiencia

- ¿Tiene la persona investigada el derecho a ser oído, a pronunciarse sobre la prueba, a presentar pruebas? ¿En qué momento(s) se aplican estos derechos? ¿Cuál es el alcance de estos derechos (p.e. está la autoridad obligada a responder a las objeciones presentadas por la persona investigada)?
- ¿Puede limitarse la duración de la intervención final u otras intervenciones de la persona investigada?
- ¿En qué medida la persona investigada tiene el derecho a una audiencia oral o a procedimientos orales? ¿Qué limitaciones se aplican a tales audiencias?

e) Prueba secreta

¿Puede usarse prueba secreta (i.e., prueba que no se muestra de manera completa) en perjuicio de la persona investigada, o para activar medidas de investigación o en la decisión final?

En caso afirmativo, ¿qué procedimiento se usan (p.e. procedimientos a puerta cerrada, uso de prueba de oídas por intermediarios, testigos anónimos, análisis de declaraciones escritas de testigos)?

f) Transparencia

¿En qué medida el procedimiento es, como tal, público o confidencial? ¿Están accesibles al público en general los expedientes, (posibles) audiencias y decisiones de denunciar?

g) Compañías y otras organizaciones

- ¿En qué medida se aplican también las mencionadas garantías a las entidades compañías/organizaciones (p.e. estándar menor de prueba en los procedimientos contra las compañías, ausencia de derecho contra la autoincriminación)?
- ¿Cómo afectan los privilegios reconocidos a las personas físicas a los procedimientos contra compañías/organizaciones?

4. Discrecionalidad en el inicio y desarrollo de los procedimientos

- ¿Cómo se seleccionan los casos?
- ¿En casos de delitos económicos o corporativos, es obligatoria o discrecional la decisión de la competente autoridad para iniciar una investigación? ¿Está esta decisión regulada por normas y/o principios específicos (p.e. principio de "legalidad" o de "oportunidad")?
- ¿(Cómo) puede la autoridad suspender o abandonar los procedimientos de manera discrecional o conforme a unas bases legalmente definidas? ¿Es posible diferir por acuerdo la persecución llegar a acuerdos de no persecución, otros procedimientos consensuales o arreglos informales? ¿Cómo se encuentran regulados legalmente estos procedimientos?
- ¿Hay disposiciones o prácticas de concesión de impunidad o indulgencia para los colaboradores con la persecución (*crown witnesses*)(p.e. respecto de delatores o informadores en casos de corrupción)?
- ¿Son usadas las facultades discrecionales mencionadas con determinados fines específicos (p.e. asegurar un comportamiento futuro respetuoso de la ley o el cumplimiento de otras condiciones por la persona)?

5. Relación con otros regímenes jurídicos nacionales e internacionales

a) Transferencia de la prueba en el seno del orden jurídico nacional

¿Puede la prueba recogida en el régimen estudiado ser usado en otros (derecho penal, derecho administrativo, derecho civil, etc.) y viceversa? Por ejemplo, ¿puede la información obtenida por medio de la interceptación telefónica o *deberes de cooperación* de la persona investigada en el seno de un determinado sistema sancionatorio (ver *supra*) ser usada en otro sistema sancionador (y, en especial, en la justicia penal)?

b) *Ne bis in idem* en el orden jurídico nacional

¿Las decisiones adoptadas en otros regímenes jurídicos justifican la aplicación del "*ne bis in idem*" y viceversa?

c) Cooperación internacional

¿Cuál es el régimen de cooperación internacional respecto de las instituciones extranjeras en el campo de la justicia penal y regímenes alternativos?

D. Evaluación

1. Garantías

Como ya se ha indicado, las respuestas anteriores deberían ya indicar si las garantías jurídicas se encuentran prescritas por el derecho constitucional (superior al derecho normal). Resuma, por favor, aquí el alcance de las garantías constitucionales procesales y otras protecciones jurídicas del sistema respectivo. Especifique, por favor, si las garantías son solo aplicables en (las sanciones de) derecho penal o se aplican a todo tipo de sanciones. También puede indicar el grado en que tales garantías se encuentran reguladas por otros regímenes jurídicos internacionales, p.e. el Convenio Europeo de Derechos Humanos, si bien esperamos recibir un informe específico, sobre la protección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2. Eficiencia

¿Cuán favorable es considerado este sistema en su país (p.e. por los profesionales de la práctica, los académicos, por Vd.)?

3. Evaluación de conjunto

III. Derecho penal administrativo

Esquema modelo:

Por favor, copie el anterior esquema aquí y utilícelo igualmente para este régimen.

Destaque y explique, por favor, las diferencias entre este sistema y los estándares de derecho penal anteriormente descritos, especialmente los relativos a la eficiencia y garantías jurídicas.

Indique, por favor, si no hay diferencias con el sistema jurídico penal (importante para el análisis comparativo).

IV. Embargo de bienes y decomiso/confiscación

Esquema modelo:

Por favor, copie el anterior esquema aquí y utilícelo igualmente para este régimen.

Si su país dispone de diversos sistemas de embargo de bienes (p.e. criminal, solo preventiva, recuperación sin condena basado en el enriquecimiento injusto), puede tratar el decomiso/confiscación como una sanción penal supra en II. (con las demás sanciones de derecho penal) y confiscación sin condena aquí; también puede comentar los dos regímenes aquí.

Preste por favor especial atención a los estándares de prueba (especialmente en lo que concierne a la relación entre un crimen y los bienes decomisados). ¿Tienen incidencia en estos regímenes las garantías constitucionales relativas a la protección de la propiedad?

V. Opcional, p.e.: regímenes de cumplimiento (*compliance*)

Esquema modelo:

Por favor, copie el anterior esquema aquí y utilícelo igualmente para este régimen.

El empleo del esquema modelo para la descripción de los regímenes privados de *compliance* puede requerir algunos análisis funcionales y adaptaciones (ver supra en Parte 1): *En los regímenes de compliance, la institución que impone la sanción es la empresa*. Las sanciones no suponen solo sanciones internas contra empleados sino también el traslado de los resultados de la investigación al sistema de justicia penal o administrativo estatal. Equivalencias funcionales de los poderes coercitivos son, p.e., el interrogatorio de empleados (¿con o sin información sobre sus derechos en la línea de las "*Miranda warnings*"?) y la exploración de sus sistemas informáticos. Posibles límites a esos métodos de investigación pueden resultar en particular del derecho constitucional, el derecho laboral y el derecho de protección de datos.

VI. Opcional: Otros regímenes

Esquema modelo:

Por favor, copie el anterior esquema aquí y utilícelo igualmente para este régimen.

Si lo desea, puede describir otros sistemas de investigación y sanción que son de importancia específica o que considera interesantes de su orden jurídico (ver Parte 1). P.e.: regímenes puramente preventivos, como listados de mecanismos, mecanismos de notificación o comunicación contra el lavado de dinero, reglamentos específicos del mercado financiero, regulaciones en materia de cárteles, etc.

VII. Análisis y resumen

En un capítulo final, compare por favor la *efectividad* y el grado de *garantías jurídicas* de los diversos regímenes existentes en su país (p.e. usando en parte la estructura del esquema modelo) y a la vista de ello, formule recomendaciones de política jurídica

También puede reflexionar brevemente sobre los siguientes aspectos (salvo que sean tratados como informes especiales, ver infra Parte 3 C.):

1. Identificación de criterios para distinguir el castigo (jurídico penal) de otras sanciones a la hora de la determinación del objeto de las garantías jurídico-penales.
2. Analizar si las diversas garantías jurídico-penales quedan limitadas al campo (de las sanciones) del derecho penal, o pueden también aplicarse (directamente o por analogía) a otros tipos de sanciones alternativas, o equivalente funcionales a esas garantías pueden encontrar otros fundamentos, o si el recurso a otros regímenes jurídicos puede evitar la aplicación de esas garantías. Ejemplo: la legitimidad de la aplicación de diferentes estándares de prueba en el derecho penal, civil y administrativo.

PARTE 3

INFORMES ESPECIALES ADICIONALES

El análisis de los regímenes jurídicos (con base en los informes nacionales) puede verse completados con informes especiales adicionales. Las propuestas para la elaboración de tales informes deben ser enviadas al Relator general (u.sieber@mpicc.de). Por favor, no comience a trabajar en un informe especial antes de recibir la aprobación previa del Relator general.

Los informes especiales pueden versar sobre órdenes jurídicos específicos o problemas transversales específicos (en especial, garantías) que sirvan de apoyo a los objetivos del proyecto explicados *supra*:

I. Informes sobre órdenes jurídicos específicos

Los Informes sobre órdenes jurídicos específicos pueden versar sobre regímenes sancionatorios especiales (o sobre un solo régimen sancionador individual) de un orden jurídico internacional o supranacional. Ejemplos.

1. Informes específicos sobre el Derecho de la Unión Europea:

P.e. derecho europeo antitrust, sanciones administrativas para la protección de los intereses financieros de la UE (incluyendo lista negra de concursantes, registro y retirada de licencias, restricciones e inhabilitaciones profesionales), regulación del mercado financiero, tráfico de influencias, mecanismos individuales de supervisión

2. Sanciones inteligentes (*smart sanctions*) del Derecho de la UE y NNUU:

En especial, restricciones de viaje y financieras

II. Informes sobre temas específicos

1. Daños civiles como sanciones

En particular, en el Derecho de los EE.UU. de América

2. Investigaciones en el marco de regímenes antiblanqueo o regímenes contra la financiación del terrorismo

3. Investigaciones por parte de los servicios de inteligencia

La posibilidad de existencia de estos informes especiales no debe ser impedimento para el abordaje por su parte de estos temas en el seno de su informe sobre su país.

III. Informes sobre garantías especiales

1. Identificación de criterios para distinguir las sanciones penales de otras sanciones (p.e. administrativas o civiles) con el fin de determinar el objeto de las garantías jurídico-penales.

2. La legitimidad de los diferentes estándares de prueba en derecho penal, civil y administrativo.

3. La elusión de las garantías jurídicas como resultado del creciente control penal en el sector privado

La posibilidad de estos informes especiales no debería ser impedimento para el abordaje por su parte de estos temas en el seno de su informe sobre su país.