

THOMAS ROTSCCH

**DERECHO PENAL,  
DERECHO  
PENAL ECONÓMICO  
Y *COMPLIANCE***

**Artículos de dos décadas**

Edición a cargo de  
Jaime Winter Etcheberry  
e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno

Prólogo de  
Jesús-María Silva Sánchez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

La colección *Derecho penal y Criminología* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico [manuscritos@derechopenalycriminologia.es](mailto:manuscritos@derechopenalycriminologia.es). Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

Puede encontrarse más información sobre la colección en la siguiente página web: [www.derechopenalycriminologia.es](http://www.derechopenalycriminologia.es).



La colección *Derecho penal y Criminología* ha sido distinguida en 2021 con el sello de calidad en edición académica CEA-APQ promovido por la Unión de Editoriales Universitarias Españolas (UNE) y avalado por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) y la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT).

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Thomas Rotsch

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

[www.marcialpons.es](http://www.marcialpons.es)

ISBN: 978-84-1381-359-2

Depósito legal: M. 15.492-2022

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: Francisco Javier Rodríguez Albite

Impresión: Safekat, S. L.

Laguna del Marquesado, 32L. - 28021 Madrid

MADRID, 2022

## ÍNDICE

	Pág.
<b>PRÓLOGO</b> , por <i>Jesús-María Silva Sánchez</i> .....	17
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	19

### SECCIÓN I GENERAL

<b>CAPÍTULO I. EN RELACIÓN CON LA HIPERTROFIA DEL DERECHO. ALEGATO EN FAVOR DEL ACERCAMIENTO ENTRE CIENCIA Y PRAXIS</b> .....	23
I. INTRODUCCIÓN .....	23
II. INVENTARIO: ¿ABISMO PROFUNDO, INTERACCIÓN TRASTORNADA O RELACIÓN FRUCTÍFERA ENTRE LA CIENCIA Y LA PRAXIS? .....	24
III. DERECHO Y TIEMPO. EN BUSCA DE RAZONES PARA EL DÉFICIT COMUNICATIVO ENTRE CIENCIA Y PRÁCTICA .....	25
1. Sobre la hipertrofia del Derecho .....	26
a) La hipertrofia del Derecho penal .....	27
b) La hipertrofia del Derecho .....	32
2. Sobre el espíritu de los tiempos .....	33
a) El espíritu de la práctica .....	34
b) El espíritu de la ciencia .....	35
c) El espíritu del tiempo .....	37
IV. ALEGATO EN FAVOR DE UN ACERCAMIENTO ENTRE LA CIENCIA Y LA PRAXIS .....	38
V. CONCLUSIÓN .....	41

SECCIÓN II  
PARTE GENERAL

CAPÍTULO II. EL CONCEPTO ECONÓMICO DE AUTOR: AL MISMO TIEMPO UNA CONTRIBUCIÓN SOBRE LA DIFERENCIACIÓN, DIVERSIFICACIÓN Y DIVISIONALIZACIÓN DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL .....	45
I. INTRODUCCIÓN .....	45
II. NOVEDAD EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO. EL DOMINADOR DE LA ORGANIZACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL BGH.....	46
1. Primera etapa de la difuminación: el dominio de la organización en Roxin.....	47
2. Segunda etapa de la difuminación: la jurisprudencia del BGH sobre autoría mediata en Derecho penal económico .....	49
III. DIFERENCIACIÓN, DIVERSIFICACIÓN Y DIVISIONALIZACIÓN DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL.....	53
1. Diferenciación de la dogmática jurídico-penal. Tendencias hacia la hiperplasia compensatoria (1).....	53
2. Diversificación de la dogmática penal. Tendencias hacia la hiperplasia compensatoria (2) .....	54
3. Divisionalización de la dogmática jurídico-penal. Tendencias hacia la hiperplasia compensatoria (3) .....	57
IV. RESULTADOS Y PERSPECTIVA.....	57
CAPÍTULO III. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA «CAUSALIDAD ALTERNATIVA».....	59
I. INTRODUCCIÓN .....	59
II. EL CASO INICIAL: <i>BGHST</i> 39, P. 195.....	60
III. CAUSALIDAD (¿ALTERNATIVA?) .....	62
1. La solución alcanzada por el BGH y la literatura en el caso del abogado .....	62
2. La diferenciación entre causalidad cumulativa y alternativa .....	63
3. La concreción de la problemática de la causalidad.....	64
a) Sobre la falta de necesidad de tratamiento especial de los casos de «causalidad alternativa».....	65
b) Sobre el significado de una contribución causal <i>ex post</i> .....	66

	Pág.
c) Sobre el significado de toda teoría jurídica sobre la fundamentación de la causalidad .....	68
d) Sobre el significado de la perspectiva <i>ex ante</i> en el ámbito del juicio de causalidad .....	69
IV. IMPUTACIÓN OBJETIVA.....	71
1. La solución del caso del abogado .....	72
2. La solución de las constelaciones clásicas de envenenamiento .....	73
3. La solución de casos afines.....	75
V. RESULTADOS.....	76
<b>CAPÍTULO IV. LA FIGURA JURÍDICA DEL AUTOR DETRÁS DEL AUTOR EN LA COMISIÓN DE ILÍCITOS PENALES EN EL MARCO DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER Y SU TRANSFERIBILIDAD A ESTRUCTURAS COMERCIALES ORGANIZADAS.</b>	79
I. INTRODUCCIÓN.....	79
II. LA FIGURA JURÍDICA DEL AUTOR DETRÁS DEL AUTOR EN LA COMISIÓN DE ILÍCITOS PENALES EN EL MARCO DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER .....	81
1. El desarrollo en la literatura.....	81
2. La fundamentación del BGH .....	83
3. Reflexiones.....	83
III. LA TRANSFERIBILIDAD DE LA FIGURA DEL AUTOR DETRÁS DEL AUTOR A ESTRUCTURAS ORGANIZACIONALES COMERCIALES .....	86
1. Primer obstáculo de la aplicación: el colectivo .....	87
2. Segundo obstáculo de aplicación: grandes riesgos.....	88
3. Tercer obstáculo de aplicación: organización formal.....	89
IV. CONCLUSIONES .....	90
<b>CAPÍTULO V. ¿DOMINIO DEL HECHO EN VIRTUD DE DOMINIO DE ORGANIZACIÓN?</b> .....	91
I. INTRODUCCIÓN.....	91
II. EL AUTOR DETRÁS DEL AUTOR EN LA LITERATURA.....	93
1. Autoría mediata en virtud de dominio de organización .....	93
a) Dominio del hecho a través del dominio de la voluntad en virtud del dominio del aparato organizado de poder (Roxin).	94

	Pág.
<i>b)</i> Dominio del hecho mediante la utilización de quien está decidido a llevarlo a cabo (Schroeder).....	96
2. Crítica: necesidad político criminal <i>versus</i> contundencia dogmática.	97
<i>a)</i> El enfoque de Schroeder.....	97
<i>b)</i> El enfoque de Roxin.....	98
III. LA JURISPRUDENCIA DEL BGH SOBRE AUTORÍA MEDIATA EN VIRTUD DE DOMINIO DE ORGANIZACIÓN.....	108
1. <i>BGHSt</i> 40, p. 218.....	108
2. <i>BGHSt</i> 42, p. 65.....	112
3. <i>BGHSt</i> 44, p. 204.....	116
4. <i>BGHSt</i> 40, p. 257.....	118
5. <i>BGHSt</i> 40, p. 307.....	121
6. BGH, <i>NStZ</i> , 1997, p. 544.....	123
7. BGH, <i>NJW</i> , 1998, p. 767.....	125
8. BGH, <i>JR</i> , 1999, p. 205.....	127
9. BGH, 2 BJs 95/97, y 4 Stb 5/9.....	128
IV. CONCLUSIONES.....	130
CAPÍTULO VI. NOVEDADES SOBRE EL DOMINIO DE ORGANIZACIÓN.....	133
I. INTRODUCCIÓN.....	133
II. ESTADO DE LA DISCUSIÓN.....	134
III. NUEVOS DESARROLLOS EN LA LITERATURA Y EN LA JURISPRUDENCIA.....	135
1. La problemática construcción de Roxin.....	135
<i>a)</i> La crítica de la falta de incremento de la probabilidad de producción del resultado.....	136
<i>b)</i> La crítica de la escasa sustituibilidad de instrumentos especialmente cualificados.....	137
<i>c)</i> La crítica de la escasa fungibilidad en el marco del hecho concreto.....	139
2. La actual jurisprudencia del BGH.....	142
<i>a)</i> ¿Una aproximación definitiva a la teoría del dominio del hecho?.....	142
<i>b)</i> «Creación y aprovechamiento de condiciones»: ¿una nueva forma de autoría mediata?.....	144
IV. CONCLUSIONES.....	145

	Pág.
<b>CAPÍTULO VII. DE EICHMANN A FUJIMORI: SOBRE LA RECEPCIÓN DEL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN TRAS LA SENTENCIA DE LA SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPREMA DE PERÚ</b> .....	147
I. INTRODUCCIÓN.....	147
II. MEDIO SIGLO DE AUTORÍA POR DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN .....	148
1. El año de nacimiento del dominio de la organización: la concepción fundamental de Roxin en <i>GA</i> , 1963, p. 193.....	148
2. La tesis doctoral de Schroeder de 1965.....	149
3. La decisión fundamental del BGH en su fallo de 26 de julio de 1994, 5 StR 98/94 ( <i>BGHSt</i> 40, p. 218) .....	150
4. La jurisprudencia posterior del BGH, en particular sobre Derecho penal económico.....	150
5. Doctrina disidente en Alemania .....	151
6. La recepción en el extranjero y en el Derecho penal internacional .....	151
7. La modificación de Roxin de su concepción original en 2006 .....	152
8. La condena de Alberto Fujimori por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Perú de 7 de abril de 2009 .....	153
III. CONCLUSIÓN .....	153
 <b>CAPÍTULO VIII. «FRACASO CONJUNTO». SOBRE LA LEGITIMIDAD Y LA LEGALIDAD DE LA COAUTORÍA IMPRUDENTE</b> .....	 155
I. INTRODUCCIÓN.....	155
II. LOS REQUISITOS DE LA COAUTORÍA EN LOS DELITOS DOLOSOS.....	157
1. La decisión conjunta de cometer el hecho .....	158
<i>a)</i> La decisión para la comisión colectiva del hecho .....	158
<i>b)</i> El carácter común de la decisión de cometer el hecho.....	159
2. La ejecución conjunta del hecho .....	160
<i>a)</i> La contribución al hecho del autor individual.....	160
<i>i)</i> La causalidad de la contribución individual .....	160
<i>ii)</i> La esencialidad de la contribución causal individual .....	165
<i>b)</i> La imputación de los aportes al hecho en el § 25, párrafo 2, StGB.....	167

	Pág.
III. LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD DE LA COAUTORÍA IMPRUDENTE.....	169
1. Caso de referencia en el marco de la discusión sobre coautoría imprudente .....	169
2. Sobre la transferibilidad de los principios de la coautoría dolosa a la imprudente .....	170
a) La decisión conjunta de cometer el hecho .....	170
i) La decisión para la comisión colectiva del hecho .....	170
ii) El carácter común de la decisión de cometer el hecho .....	171
b) La realización conjunta del hecho .....	171
i) La contribución al hecho del autor individual.....	172
ii) La imputación de la contribución al hecho a través de la aplicación del § 25, párrafo 2, StGB en los delitos imprudentes .....	172
3. ¿Necesidad de la coautoría imprudente? .....	172
4. La aplicación de la solución aquí propuesta a las constelaciones típicas de casos de supuesta coautoría imprudente .....	173
IV. RESULTADO.....	175
<b>CAPÍTULO IX. SOBRE LA NECESIDAD DE UNA DOGMÁTICA DE LA PARTICIPACIÓN. AL TIEMPO, UNA CONTRIBUCIÓN SOBRE EL OBJETO DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA .....</b>	<b>177</b>
I. INTRODUCCIÓN.....	177
II. EL DUALISMO DE LOS MODELOS DE IMPUTACIÓN: ¿SISTEMA DE FORMAS DE PARTICIPACIÓN <i>VERSUS</i> AUTOR UNITARIO? .....	178
III. ESBOZO Y PRIMERA CONCRECIÓN DE UN POSIBLE MODELO NORMATIVO DE IMPUTACIÓN INDIFERENTE A LA PARTICIPACIÓN.....	181
1. Esbozo del modelo.....	181
2. Primeras concreciones del modelo .....	184
IV. RESULTADO.....	189
<b>CAPÍTULO X. EL LUGAR DE COMISIÓN DE LA CONDUCTA EN EL SENTIDO DEL § 9, INCISO 1, STGB. SOBRE LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL ALEMÁN EN CASOS DE OMISSION Y COAUTORÍA.....</b>	<b>191</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	191

	Pág.
II. OBJETO DE REGULACIÓN Y CONCEPTO DEL DERECHO DE APLICACIÓN DE LA PENA: UN INTENTO DE PRECISIÓN .....	192
1. El objeto de regulación del Derecho de aplicación de la pena.....	192
a) Precisión de la generalizada aseveración de que los §§ 3 y ss. StGB regulan la aplicación del Derecho penal alemán.....	193
b) Precisión respecto a la generalizada opinión de que los §§ 3 y ss. StGB regulan hechos que tienen conexión con el extranjero....	193
2. El concepto de Derecho de aplicación de la pena .....	195
3. La exclusión de los §§ 8 y 9 StGB del Derecho de aplicación de la pena.....	195
III. LA REGULACIÓN DEL § 9 STGB: UN INTENTO DE ANÁLISIS...	196
1. La construcción del § 9 StGB.....	196
a) La regulación del § 9, inciso 1, StGB en general .....	197
b) La regulación del § 9, inciso 2, StGB en general .....	197
2. La asunción de la teoría de la ubicuidad.....	198
IV. EL LUGAR DE LA CONDUCTA EN EL SENTIDO DEL § 9, INCISO 1, STGB EN LOS CASOS DE OMISIÓN Y COAUTORÍA: UN INTENTO DE SOLUCIÓN.....	199
1. El lugar de la conducta en los delitos de omisión: sobre el establecimiento de lugares del hecho dentro del Estado en casos de omisión.	199
2. El lugar de la conducta en casos de coautoría: sobre la imputación de lugares del hecho nacionales en casos de comisión conjunta.....	202
3. El lugar de la conducta en casos de omisión en coautoría: sobre la combinación de determinación del lugar del hecho e imputación del lugar del hecho .....	204
V. RESULTADO.....	205

### SECCIÓN III PARTE ESPECIAL

CAPÍTULO XI. <b>SOBRE EL CONCEPTO DE SUSTRACCIÓN EN EL HURTO</b> .....	209
I. INTRODUCCIÓN.....	209
II. SUSTRACCIÓN COMO PROVOCACIÓN DE UN CAMBIO DE POSESIÓN.....	210
1. Los casos de incautación.....	211
2. Los casos de autoservicio .....	211
3. Los casos de hurto con engaño.....	213

	Pág.
4. Consecuencias .....	214
III. EL PUNTO DE REFERENCIA DE LA VOLUNTAD DE LA VÍCTIMA .....	216
1. El consentimiento a la pérdida de posesión .....	217
2. El consentimiento al establecimiento de una nueva posesión .....	219
3. Consecuencias .....	220
IV. RESULTADO.....	223
<b>CAPÍTULO XII. LA PÉRDIDA PATRIMONIAL DE GRAN MAGNITUD EN LA ESTAFA Y LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL.....</b>	<b>225</b>
I. INTRODUCCIÓN.....	225
II. LA «PÉRDIDA» DEL PATRIMONIO (BGH, NJW, 2003, P. 3717) .	226
1. El concepto de patrimonio .....	227
a) El concepto jurídico de patrimonio.....	227
b) El concepto económico de patrimonio .....	228
c) El concepto personal de patrimonio.....	228
d) El concepto jurídico-económico de patrimonio .....	229
2. Concepto de daño en el sentido del § 263, apartado 1, StGB.....	230
a) Concepto de daño objetivo e individual-objetivo .....	230
b) El peligro de daño.....	231
3. El caso especialmente grave en el sentido de los §§ 263, apartado 3, oración 2, número 2, variante 1, y 266, apartado 2, StGB. El concepto de pérdida.....	235
a) La opinión de Tiedemann.....	235
b) La jurisprudencia del BGH .....	236
c) La interpretación de Joecks.....	236
d) Toma de posición .....	238
III. LA «GRAN MAGNITUD» DEL PERJUICIO PATRIMONIAL (BGH, NJW, 2004, P. 169).....	243
1. ¿Determinación objetiva del monto del daño causado? .....	244
2. Criterios (objetivos) de valoración.....	246
a) El saldo promedio de daño .....	246
b) Consideraciones sistemáticas .....	247
3. Sobre la interpretación conforme a la Constitución de la «pérdida de gran magnitud» .....	248
4. Conclusión.....	249
IV. RESULTADO.....	249

	Pág.
CAPÍTULO XIII. MITOLOGÍA Y LOGOS DEL § 298 STGB .....	251
I. INTRODUCCIÓN .....	251
II. LA ESTRUCTURA DEL § 298 STGB .....	252
1. El bien jurídico tutelado .....	252
a) La competencia .....	253
b) El patrimonio como bien jurídico cotutelado.....	256
2. ¿Delito de peligro o de lesión? .....	258
a) Con respecto a la institución de la competencia como bien jurídico tutelado.....	258
b) En consideración al patrimonio del ente público licitante como bien jurídico tutelado.....	259
3. ¿Delito de mera actividad o de resultado? .....	260
4. ¿Delito especial o común? .....	269
5. ¿Ley penal en blanco o tipo penal con elementos típicos normativos? .....	273
III. LOS INTERVINIENTES EN EL ACUERDO (ANTI JURÍDICO)...	274
IV. EL CÍRCULO DE AUTORES.....	278
1. § 25, inciso 1, primera variante, StGB.....	278
2. § 25, inciso 1, segunda variante, StGB .....	278
3. § 25, inciso 2, StGB.....	279
a) Imputación conforme al § 25 StGB por la participación en la presentación de la oferta.....	279
b) Imputación conforme al § 25, inciso 2, StGB por la participa- ción solo en el acuerdo.....	280
c) Imputación conforme al § 25, inciso 2, StGB por la participa- ción en la etapa de preparación del acto preparatorio.....	280
V. CONCLUSIÓN.....	280

## SECCIÓN IV

## DERECHO PENAL Y COMPLIANCE

CAPÍTULO XIV. COMPLIANCE Y DERECHO PENAL: PREGUN- TAS, SIGNIFICADO, PERSPECTIVAS. OBSERVACIONES PRE- LIMINARES A UNA TEORÍA DEL LLAMADO <i>CRIMINAL</i> <i>COMPLIANCE</i> .....	285
I. INTRODUCCIÓN. PREGUNTAS.....	285
II. LA RELACIÓN ENTRE COMPLIANCE Y DERECHO PENAL: SIGNIFICADO.....	287
1. <i>Compliance</i> .....	287

	<u>Pág.</u>
2. <i>Criminal compliance</i> . Un intento de concreción .....	288
a) Finalidad.....	288
i) Desde el punto de vista de la empresa .....	288
b) Desde el punto de vista del Estado .....	291
c) Objeto .....	292
d) Fuentes .....	293
e) Destinatarios.....	294
f) Medidas.....	295
3. El concepto concretado de « <i>criminal compliance</i> » .....	297
III. OBSERVACIONES PRELIMINARES A UNA TEORÍA DEL <i>CRI-MINAL COMPLIANCE</i> . PERSPECTIVAS .....	297
1. Derecho penal del riesgo.....	297
2. Divisionalización del Derecho penal .....	298
3. De la heterorregulación a la autorregulación (regulada) .....	299
4. Globalización.....	299
5. Análisis económico costo-beneficio.....	300
IV. RESULTADOS.....	300
<b>CAPÍTULO XV. CONTRA EL DEBER DE GARANTE DEL ENCARGADO DE CUMPLIMIENTO</b> .....	<b>301</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	301
II. SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA .....	303
III. LA PERSONA DEL ENCARGADO DE CUMPLIMIENTO .....	306
IV. EL DEBER DE GARANTE DEL ENCARGADO DE CUMPLIMIENTO .....	307
1. La diferenciación elemental de deberes de garante .....	308
2. Posibilidades de fundamentar un deber de garante del encargado de cumplimiento.....	309
a) El encargado de cumplimiento como garante de vigilancia ...	309
b) El encargado de cumplimiento como garante de protección.	311
c) Requisitos comunes de los deberes de vigilancia y de protección .....	312
V. LA RELACIÓN ENTRE EL DEBER DE ACCIÓN Y EL DEBER DE GARANTE .....	312
VI. EL PROFUNDO PROBLEMA DEL <i>OBITER DICTUM</i> .....	317
VII. RESULTADO Y PERSPECTIVA.....	317