



Colección Anuario Derecho Penal

CORRUPCIÓN, CRIMEN ORGANIZADO, LAVADO DE ACTIVOS, FINANCIAMIENTO DE TERRORISMO Y COMPLIANCE

HOMENAJE AL PROFESOR FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

JOSÉ HURTADO POZO
EDITOR

THIERRY GODEL
COLABORADOR

AUTORES

Copia del original a solicitud del autor

URSULA CASSANI	LETIZIA PAOLI
BERTRAND PERRIN	THOMAS SCHRÖDER
PHILIPPE LIGER-BELAIR	RENATO VARGAS LOZANO
ELISA SCAROINA	ALESSANDRO LUPPI
JÜRGEN WESSING	JOSÉ HURTADO POZO
MERCEDES HERRERA GUERRERO	FIDEL MENDOZA LLAMACPONCCA
PEDRO PABLO CAIRAMPOMA BARRÓS	DIANA CAROLINA AGUDELO MANCERA



Actores y problemas de aplicación de la ley en el derecho penal. El ejemplo de los delitos de corrupción en los servicios de salud (§§ 299a y 299b del CP-DE)*

THOMAS SCHRÖDER

SUMARIO: 1. Introducción.— 2. Estudios sobre la aplicación de la ley y su importancia para el derecho penal.— 2.1. Concepto y origen de la investigación de implementación.— 2.2. Implementación en el derecho penal.— 2.3. Delimitar la investigación de la implementación de la eficacia en otras áreas.— 2.3.1. Investigación de evaluación.— 2.3.2. Investigación sobre la eficacia.— 2.3.3. Estrategias de regulación.— 3. Aplicación de la ley en el derecho penal, utilizando como ejemplo los §§ 299a y 299b CP-DE.— 3.1. Necesidad de implementación de los §§ 299a y 299b CP-DE. 3.2. Los protagonistas individuales de la implementación de las normas y la evaluación jurídica de su rol.— 3.2.1. La jurisprudencia.— 3.2.2. Órganos de lucha contra comportamientos indebidos en el sistema de la salud pública, §§ 81a, 197a CP-DE V.— 3.2.3. Autorregulación soberana mediante los destinatarios de la norma y "derecho reflexivo".— A. Efecto directo de la implementación de las normas de Compliance, siempre que se cumpla (*qua Befolgung*).— B. Los delitos de los §§ 299a y 299b CP-DE - ¿El derecho penal según el principio de cooperación entre el Estado y los particulares?— 4. ¿Problemas de aplicación como confirmación de la falta de control de la economía a través del derecho (penal)?— 5. Conclusión.— 5.1. Investigación de la implementación de la norma y su grado de eficacia y la evaluación de la idoneidad de la influencia y sus efectos.— 5.2. Objeciones constitucionales a la manera de cómo el legislador ha puesto en práctica la aplicación de los §§ 299a y 299b CP-DE.— 5.3. ¿Alternativas a la implementación de la norma anterior?

RESUMEN

ESPAÑOL

Desde la perspectiva del respeto del principio de legalidad y con la preocupación de responder a los diferentes problemas que implica la utilización del derecho penal en el campo del servicio de la salud, se plantean los problemas de interpretación y de aplicación de

* "Akteure und Probleme der Gesetzesimplementierung im Strafrecht. Das Beispiel der Korruptionsstraftatbestände für das Gesundheitswesen (§§ 299a, 299b CP-DE)", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. Recuperado de <<http://bit.ly/2SOy98L>>.

los §§ 299a y 299b CP-DE. El estudio comprende debidamente las cuestiones de política criminal y de procedimiento penal, de manera a presentar la dinámica de la previsión y puesta en marcha de la represión eficaz de la corrupción en los servicios de salud. Para lograr estos objetivos, se tiene en cuenta el derecho convencional, el marco constitucional y los criterios desarrollados ampliamente en la jurisprudencia. Así, como la evolución y la consolidación de las concepciones doctrinales. Finalmente, se plantean las posibilidades alternativas a la manera como se ha regulado hasta ahora esta problemática.

FRANCÉS

Du point de vue du respect du principe de légalité et du souci de répondre aux différents problèmes liés à l'utilisation du droit pénal dans le domaine des services de santé, les problèmes d'interprétation et d'application des §§ 299a et 299b du Code pénal se posent. L'étude inclut dûment les questions de politique pénale et de procédure pénale, afin de présenter la dynamique de l'anticipation et de la mise en œuvre de la répression efficace de la corruption dans les services de santé. Pour atteindre ces objectifs, il est tenu compte du droit conventionnel, du cadre constitutionnel et des critères largement développés dans la jurisprudence. Ainsi, ainsi que l'évolution et la consolidation des conceptions doctrinales. Enfin, des possibilités alternatives à la manière dont ce problème a été réglé jusqu'à présent sont présentées

INGLÉS

From the perspective of respect for the principle of legality and the concern to respond to the different problems involved in the use of criminal law in the field of health services, the problems of interpretation and application of § 299a and 299b CP-DE are raised. The study duly includes the questions of criminal policy and criminal procedure, in order to present the dynamics of the anticipation and implementation of the effective repression of corruption in the health services. To achieve these objectives, account is taken of conventional law, the constitutional framework and the criteria developed extensively in jurisprudence. Thus, as well as the evolution and consolidation of doctrinal conceptions. Finally, alternative possibilities to the way in which this problem has been regulated up to now are presented.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando, a principios del 2015, el Gobierno federal inició el procedimiento legislativo (respecto a este procedimiento legislativo, ver Dannecker y T. Schröder, 2017, §§ 299a, n.º 12 y ss., así como n.º 1–11 referentes a las discusiones políticas previas y los proyectos precedentes) para insertar las disposiciones relativas a los delitos de corrupción en el sistema de salud (§§ 299a, 299b CP-DE), culminando un año y medio después, justificó su intención, entre otras razones, con una breve declaración sobre la eficacia de las normas ya existentes y los esfuerzos realizados para aplicarlas. Las prohibiciones y sanciones legales respecto a asignaciones profesionales y laborales, así como las “encomiables iniciativas de autorregulación” de los sectores y grupos ocupacionales

concernidos, que tenían por objeto promover un comportamiento más elevado en el mercado de la salud y evitar las prácticas corruptas, no habrían hecho innecesaria, así los proyectos de ley, una regulación penal¹.

Las nuevas disposiciones están vigentes desde hace más de dos años. Esta contribución no se centrará —al menos en un primer momento— en una evaluación constitucional, jurídico-dogmática o jurídico-política de los nuevos tipos de corrupción previstos por el legislador. Más bien, su objetivo es abordar los procesos reales de aplicación del resultado del compromiso surgido de la discusión de la política jurídica, ahora convertidos en ley.

Tomando como ejemplo los §§ 299a y 299b CP-DE, se examinará la cuestión de hasta qué punto en derecho penal puede ser necesario implementar una ley, qué actores y en qué roles están implicados en la aplicación de la ley, qué efectos reales podrían tener sus acciones y hasta qué punto esta influencia puede conciliarse con la asignación de tareas, la autoimagen y las competencias de estos actores, que están limitadas por el derecho constitucional (penal). Por otra parte, las preferencias por determinados protagonistas de la implementación de la ley podrían permitir extraer conclusiones sobre la posición adoptada en relación con la probabilidad de controlar la ley en su conjunto.

Copia del original a solicitud del autor

2. ESTUDIOS SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEY Y SU IMPORTANCIA PARA EL DERECHO PENAL

Los estudios sobre la aplicación de las normas representan un aspecto de la investigación de los efectos jurídicos. Los estudios sociológicos sobre la eficacia del derecho forman parte del interés cognitivo del investigador, porque el conocimiento de las interrelaciones entre el derecho, por un lado, y el orden real, por otro (pero sobre todo de las discrepancias que surgen), puede ser utilizado para la aplicación práctica del derecho

1 Proyecto de ley del gobierno federal del 21 de octubre del 2015, BT-Drs. 18/6446, p. 13 y s; anteriormente ya en Referentenentwurf des BMJV del 5 de febrero del 2015, p. 12. Recuperado de <<https://bit.ly/3bWHBhA>>. Consulta: 3 de enero del 2019.

y la adopción de leyes (sobre la diferencia entre esta teoría del derecho sociológica y las teorías sociológicas del derecho, Raiser, 2013, p. 10 y ss; Reh binder, 2014, n.º 5). La eficacia real de la legislación ya ha sido cuestionada muchas veces² desde diferentes puntos de vista. Así, para Sumner, históricamente, las costumbres y tradiciones tuvieron un efecto más fuerte que los ambiciosos proyectos de reforma del Estado (Sumner, 1906, p. 77: “*legislation cannot make mores*”, con frecuencia mencionado como *state-ways cannot change folkways*). Igualmente, Ehrlich (1913, p. 302 y ss.) consideró que los proyectos de burocratización de su época no eran adaptables ni aceptables. Hoy en día, es cuestionada por la teoría de los sistemas, en contraste con las consideraciones todavía basadas en el “espíritu popular”³. Sus representantes niegan que la comunicación del subsistema jurídico basada en el código “derecho/justicia” pueda lograr comunicar y controlar suficientemente la economía desde el exterior, especialmente con el subsistema basado en el código de eficiencia “pago/no pago” (Teubner y Willke, 1984, 4 (9, 12 s.); menos contra las posibilidades de control que contra la teoría de la acción de Luhmann, 1989, 4, 7 y s.).

Este “pesimismo fundamental de control” (Mayntz y Scharpf, 2005, p. 236) hacia la tarea de dirección y de cumplimiento del derecho ya es cuestionable en la medida en que los supuestos de la teoría de sistemas —no indiscutibles (Esser, 1996, p. 375 y ss., 509 y ss; Mayntz y Scharpf, 2005, p. 236 y ss., 241 y s; Lepsius, 1999, p. 63 y ss; Ryffel, 1974, p. 108 y ss., 113 y s; Schimank, 1985, p. 421 y ss.) por su parte— no son considerados como la base obligatoria para los conceptos jurídicos normativos (crítica sobre la capacidad de la teoría de sistemas a ser un modelo jurídico-normativo, Anders, 2018, p. 374, 407 y ss; Engelhart,

2 Sobre el desarrollo histórico de ideas respecto al escepticismo de la eficacia del derecho Röhl, Rsozblog del 27 de marzo del 2017. Recuperado de <<https://bit.ly/39Q1FQX>>. Consulta: 3 de enero del 2019.

3 Sobre la influencia de la escuela de derecho histórica sobre Ehrlich, ver Röhl Röhl, Rsozblog del 27 de marzo del 2017. Recuperado de <<https://bit.ly/2vPQt8i>>. Consulta: 3 de enero del 2019.

2010, p. 649; Lepsius, 1999, p. 35 y ss., 71 y s; Rütters; Fischer y Birk, 2018, n.º 751a.).

Sin embargo, incluso en términos empíricos, no existe una situación de investigación⁴ que justifique suficientemente los supuestos teóricos de sistema, de modo que no parece apropiado “tirar al bebé con el agua del baño” (Raiser, 2013, p. 252) y abstenerse por completo de influir (supuestamente) en los subsistemas autopoiéticos de la sociedad con los medios de la ley estatal. La creciente legalización de la sociedad —a menudo criticada como una “avalancha de leyes” (así, Röhl, 1987, p. 259)— también puede interpretarse de tal manera que la ley no luche desesperadamente contra su creciente ineficacia, sino que en una sociedad (de valores) pluralista se convierta en el medio decisivo de integración de la sociedad en su conjunto, cuyo efecto positivo es indispensable para un Estado de derecho en muchas áreas⁵. Esto no cambia el hecho de que las normas legales (penales) deben integrarse con medidas de prevención y reacción no jurídicas e idealmente se refuercen mutuamente entre ellas (Eisenberg y Kölbel, 2017, § 41, n.º 1).

4 Mayntz y Scharpf, 2005, 236 (237); Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl., 2006, 1. Kap. B., n.º 34. En el ámbito del derecho penal, puede afirmarse la eficacia de la prevención general negativa, aunque parcial, así como la eficacia de la prevención especial positiva, que depende en gran medida de los destinatarios respectivos. A contrario, apenas existen conclusiones positivas respecto a los mecanismos de acción positiva-general-preventiva, así como para los mecanismos de acción preventiva negativas-especiales; cfr. Eisenberg y Kölbel, 2017, § 41, n.º 13, 25, 32 ss; § 42, n.º 5, p. 7 y ss., en especial sobre la prevención general negativa Dölling; Entorf; Hermann; Häring; Rupp y Woll, 2006, p. 193 y ss; respecto a la criminalidad de empresas, cfr., la presentación de Kölbel (2017, p. 430, 436 y ss.), sobre una situación de investigación ambivalente. Una crítica fundamental de la productividad de la investigación sobre las sanciones en Bock, 2013, n.º 871 y ss. con información adicional.

5 Reh binder, 2014, n.º 89 y s., 112; respecto al derecho penal Kubiciel, 2018, 171 (p. 173 y s.). Sin embargo, sigue siendo problemático que la persona —no solo en el marco del § 17 del CP-DE, § 11, apartado 2, del OWiG— en caso de infracción tenga que soportar la carga de la ignorancia de la norma en el contexto de la “avalancha de leyes”; al respecto Luhmann, 1983, p. 254; de acuerdo Röhl, sin embargo, sigue siendo problemático que la persona —no solo en el marco del § 17 del CP-DE, § 11, apartado 2, del OWiG— en caso de infracción tenga que soportar la carga de la ignorancia de la norma en el contexto de la “avalancha de leyes”, p. 260 y s.

La posibilidad de que las leyes sean eficaces como parte de la racionalidad del orden jurídico no es de relevancia constitucional menor, ya que el BVerfG no solo postula obligaciones de observación y evaluación de parte del legislador (Bieback, 2018, p. 42 ss.). Pero con independencia de la amplia valoración que se conceda al legislador, como es bien sabido, las leyes de prerrogativas deben rechazarse por desproporcionadas y, en consecuencia, inconstitucionales, si son manifiestamente inadecuadas para lograr los fines perseguidos con su promulgación (BVerfGE 63, p. 88 (115); 67, 157 (175); 96, 10 (23); 120, 224 (249 y ss.)).

2.1. Concepto y origen de la investigación de implementación

El objeto de la investigación de implementación son las autoridades, organismos, instituciones y otras organizaciones que actúan entre el nivel de programación de la ley y el destinatario individual de la norma, y que contribuyen a una concreción gradual de la ley, en particular en el caso de normas que autorizan una nueva legislación o discrecionalidad y que operan con hechos relativamente indeterminados o generales en la fase de aplicación legal (Hoffmann-Riem, 2018, p. 20 (26 y s.); Müller y Christensen, 2013, n.º 466 y ss; Raiser, 2013, p. 249 y ss; Röhl, 1987, p. 303). En el curso de la aplicación de la ley, estos actores pueden retrasar, modificar o incluso contrarrestar los objetivos perseguidos de acuerdo con el material legislativo (Baer, 2017, § 6, n.º 56; Bogumil y Jann, 2009, p. 173; Rehbinder, 2014, n.º 125; Rottleuthner, 1981, p. 113 y ss; Wrase y Scheiwe, 2018, pp. 1-6). En términos positivos, el programa de normas debería convertirse en un proyecto conjunto del legislador y otros actores de la implementación, en el que las fases de desarrollo del programa y de la implementación del mismo se superponen (Gawron y Rogowski, 1996, p. 177, 181 y s; Wollmann, 1989, p. 355 y s.). En las obras de derecho constitucional, los actos de aplicación son denominados predominantemente “concretización” por los actores designados para este fin de acuerdo con las normas del derecho de la organización estatal, la cual muestra, más que la interpretación habitual de la ley, elementos de diseño creativo y, por lo tanto, plantea

interrogantes acerca de los límites del desarrollo ulterior permisible de la ley (Möllers, 2017, § 9, n.º 2 y ss. con información adicional en la n. 5; otra opinión Brugger, 1994, p. 1 y s., quien considera concordantes los conceptos de concretización y de interpretación).

Las investigaciones de implementación y de evaluación comenzaron en los EE.UU. cuando surgió un interés especial en la investigación de la razón por la que las medidas legales, iniciadas en particular por la administración Johnson desde 1964, no dieron buenos resultados respecto a la “guerra contra la pobreza”. Los estudios estadounidenses sobre esta cuestión ya introdujeron el concepto de implementación en esta ocasión (Röhl, 2017, en especial con remisión al libro *Implementation* de Pressmann y Wildavsky, 1973). En Alemania, los estudios sobre la implementación se dieron a conocer principalmente a través de proyectos financiados por la DFG, a partir de la segunda mitad de los años setenta, y que se ocupaban de la aplicación de programas políticos sobre la contaminación atmosférica (sobre los resultados de la investigación, Mayntz, 1980; el mismo, 1983). A pesar de que desde el comienzo hasta ahora, probablemente, no se ha desarrollado de manera continua, en diversos ámbitos del derecho, una práctica de investigación sobre la implementación de normas (Röhl, 2017), las cuestiones de aplicación parecen ser ampliamente recibidas, particularmente en las ciencias administrativas, quizás debido a que las normas pertinentes del derecho público requieren la aplicación por parte de la administración en sus múltiples campos de actividad de intervención, control y gestión del rendimiento. Por lo que, debe concederse a los múltiples actores oficiales del sistema a multinivel (europeo) un amplio margen de evaluación y discrecionalidad. En la investigación científica jurídica, estas circunstancias han producido una perspectiva teórica de control sobre el derecho, que es constitutiva para los representantes de los “Nuevos Estudios de Derecho Administrativo” y está orientada hacia la dimensión de eficacia del derecho (orientación hacia las consecuencias) y su capacidad para resolver problemas⁶.

6 Voßkuhle, 2012, § 1, n.º 16 y ss; Schmidt-Aßmann, 2006, 1. Kap. B., n.º 33 y ss. Una

2.2. Implementación en el derecho penal

Queda por explicar por qué las cuestiones de aplicación son también de especial interés para el derecho penal. Ya debido a insuficiencias constitucionales del derecho penal, podría pensarse que no se ha previsto ningún proceso de concretización de normas para este sector del derecho, al que debería preceder la asimilación por el destinatario de la norma.

El mandato de certeza de conformidad con el art. 103, pf. 2 de la Ley Fundamental exige que, desde el punto de vista tradicional, los tipos legales contengan a contrario las normas de conducta⁷ y, por lo tanto, estén formulados de tal manera que el sujeto de la ley pueda reconocer claramente la conducta prohibida. Toda persona debe ser capaz de prever qué comportamiento está prohibido y es punible, de modo que pueda comportarse en consecuencia. El objetivo de la ley es proporcionar al ciudadano seguridad para orientarse (BVerfGE 73, p. 206, 234 y ss; 75, 329, 341; 81, 228, 237; Dannecker, 2007, § 1, n.º 179; Renzikowski,

evaluación crítica de esta interpretación de las tareas y métodos de la administración como un punto de vista que es metódico y constitucionalmente cuestionable, entre otras cosas con respecto al principio de democracia —porque la Ley Parlamentaria la desplaza como la “interfaz entre la legitimidad democrática y el Gobierno”— se encuentra en Lepsius, 1999, p. 14 y ss., 21 y ss. Hilbert (2015, p. 204 y ss.), quien critica, especialmente, la insuficiente separación entre el sistema jurídico y el sistema científico. Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015, p. 204 y ss. Más cerca de la obligación legal requerida para la diferenciación del derecho y la política, especialmente el método de interpretación orientado a las consecuencias, Franzius, en Hofmann-Riem; Schmidt-Aßmann y Voßkuhle, 2012, § 4, n.º 72 y ss; Hassemer, 2008, 1 (7 y s.); McCormick, 1995, p. 39 (49 y s.); Möllers, 2017, p. 166 y s; sobre la relación entre el paradigma de la separación de poderes perjudicada por las consecuencias y la necesaria consideración de la pericia extrajudicial en el contexto de la interpretación y el desarrollo ulterior del derecho, Hoffmann-Riem, 2018, p. 20, 25 y ss.

- 7 Binding, 1916, p. 4 y ss., 36 y ss; Armin Kaufmann, 1954, p. 3 y ss., 36 y ss., Appel, 1998, p. 80, 433 y ss; Renzikowski, 2001, p. 110; Eisele, 2019, Vorbem. zu den §§ 13 y ss., n.º 48 y s; Maurach y Zipf, 2006, § 10, n.º 93; Cornelius, 2016, p. 115 y ss., 129 y ss; especial derivación en Haas, 2002, p. 54 y ss., 76 y ss., 104 y ss. (Usurpación de los derechos subjetivos asignados en el derecho civil como punto de referencia para la derivación teleológica de las normas de conducta penal para la protección de los bienes jurídicos individuales). Opinión diferente Hoyer, 1997, p. 42 y ss; Freund y Rostalski, 2018, p. 264.

2001, p. 110, 121 y s; Schmitz, 2017, § 1, n.º 43). Esta comprensión se apoya en declaraciones de la doctrina jurídico-sociológica relacionada con el derecho penal, según las cuales la eficacia de la ley puede medirse más fácilmente mediante intervenciones aisladas en forma de normas de comportamiento dirigidas directamente a los individuos (Röhl, 1987, p. 300) y que las órdenes del Estado son más eficaces si son negativas y obligan al ciudadano no a actuar, sino a abstenerse (Ehrlich, 1913, p. 302 y s.).

Debido a las insuficiencias del lenguaje, pero también al poder del legislador para utilizar, en cierta medida, también en el derecho penal términos y cláusulas generales —bien entendido de manera menos amplia— desde el principio y, por lo tanto, independientemente del cambio de las realidades sociales, persisten las ambigüedades sobre su alcance. En opinión del BVerfG, si se quiere que las normas de comportamiento del derecho penal determinen de forma fiable el espacio individual de libertad, pueden y deben ser remediadas por la jurisprudencia. La concreción de la ley a través de un fallo judicial es, por lo tanto, la forma clásica de transformar la amplitud de la ley en una decisión específica (Dannecker, 2007, § 1 n.º 213). En el 2010, el BVerfG declaró expresamente que no solo el poder legislativo, sino también los tribunales estaban obligados a participar en la creación de la determinación de normas. Los tribunales especializados tendrían la tarea de precisar las ambigüedades existentes en cuanto al ámbito de aplicación de la norma, especificándola y concretándola (el “requisito de precisión” judicial). Al mismo tiempo, se prohibió a los tribunales especiales de constitucionalidad aumentar las ambigüedades existentes mediante una interpretación sin contorno o a distancia (BVerfGE 126, 170 (198), al respecto Satzger, 2017, § 1, n.º 21; Saliger, 2010, 3195; Gaede, 2018, 264 y s; sobre el particular ya Kuhlen, 2007, p. 89 (102 y ss.); contra Schmitz, 2017, § 1, n.º 52 y ss.). Pero ver también BVerfGE 92, 1 (16 y ss.), “Sitzblockaden II”. Con vistas a un mayor control constitucional en virtud del art. 103.2 de la Ley Fundamental, el BVerfG también dejó claro que sometería la práctica de especificación de los tribunales especializados a un criterio

más estricto de revisión y examinaría a fondo si se cumplían los requisitos constitucionales para las medidas de concreción judicial (BVerfGE 126, 170, 199). El BVerfG ya lleva mucho tiempo argumentando que las disposiciones penales, que en realidad son cuestionablemente indeterminadas, podrían eludir el veredicto de inconstitucionalidad por pertenecer al corpus normativo tradicional y haber sido justificadas por una jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo (BVerfGE 28, 175, 183 y ss; 37, 201, 208; 41, 314, 320 y ss; 45, 363, 371 y s.). Esta posición, que es cuestionable no solo en lo que respecta a la función del principio de legalidad en términos de la organización del Estado (crítico cfr. Schmitz, 2017, § 1 n.º 52 y ss; T. Schröder, 2013, p. 374; Satzger, 2017, § 1 n.º 23; Dannecker, 2007, § 1 n.º 188, 213), demuestra, para el contexto relevante en este caso, cuál es el papel central que el BVerfG asigna a la jurisprudencia, también en el ámbito de la fundamentación de las normas en el derecho penal. En particular, la jurisprudencia sobre el “requisito de especificar” puede entenderse en última instancia como un mandato a la justicia penal de aplicación plenamente verificable de la Ley Fundamental. Más allá de estas disposiciones del derecho constitucional penal, una jurisprudencia constante que concreta las normas contribuye sustancialmente al principio de seguridad jurídica del Estado de derecho, así como a la protección de las expectativas legítimas que garantizan la libertad y la seguridad de la orientación, lo que debe tenerse en cuenta, en particular, en el caso de cambios de jurisprudencia (BVerfGE 72, 175 (196); BVerfGE 84, 212 (227); BVerfG NJW 1990, 3140 (disminución del límite por mil para la aceptación de la inseguridad de conducir absoluta, en el sentido § 316 CP-DE, § 111a StPO V), Möllers, 2017, § 3, n.º 31 y ss.).

Además de los tribunales especializados, otros actores de la aplicación contribuyen regularmente a las concreciones necesarias para elevar el nivel de seguridad jurídica en el derecho penal. Para esto, ni siquiera es necesario echar un vistazo a las normas del derecho penal económico, fiscal y medioambiental, que a menudo tienen referencias

fuera del derecho penal⁸. Dependiendo del caso, el derecho penal básico tampoco se las arregla sin otras instancias de concreción. Así pues, para determinar la existencia de un engaño implícito en el sentido del § 263 CP-DE, la jurisprudencia se basa en la opinión (normativa) del sector concernido, es decir, en las normas de comunicación y las distribuciones típicas del riesgo del sector en el que se produjo el posible engaño (BGHSt 51, 165 (170); BGH NStZ 2009, 506 (507); OLG Celle StV 1994, 188 (189); Saliger, 2017, § 263 CP-DE, n.º 33 y ss.). Para la determinación más detallada del contenido de los §§ 222 y 229 CP-DE que subyacen a la obligación legal *neminem laede*, deben observarse los principios jurídicos y las prácticas de tráfico aplicables al círculo oficial, profesional o comercial del infractor (RGSt 56, 343; 73, 370; BGHSt 4, 182; 12, 75). De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina dominante⁹, las normas legales especiales, pero también las que son relevantes en el tráfico, que son extralegales, deberían tener una importancia indicativa o preliminar a este respecto y exigir una conducta cuidadosa a determinados círculos del sector correspondiente como la *lex artis* de la ciencia médica (BGH NStZ 1987, 505), los §§ 299a y 299b CP-DE (Vogel, 2007, § 15 n.º 220) o las normas de prevención de accidentes

8 Cabe pensar, por ejemplo, en la disposición penal del § 331 HGB (“presentación incorrecta”) y en la presunción, de conformidad con el § 342, apartado 2, del HGB, de que se han cumplido los principios de una contabilidad correcta en relación con la contabilidad consolidada, si se han cumplido las recomendaciones de una institución de derecho privado reconocida por la BMJV (actualmente el “Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee e.V” [sic]), cfr. Merk, 2018, § 342, n.º 3 y s. Además, se menciona el uso evidente de la jurisprudencia del derecho laboral y social, así como las circulares de las principales organizaciones de la seguridad social (véase, por ejemplo, la publicada en NZA, 1999, p. 746 y ss.), con el fin de determinar la condición de “empleador” en el sentido del § 266a del Código Penal; al respecto Radtke, 2019, § 266a, n.º 9, 12 y ss. Finalmente, por ejemplo, el derecho penal del medio ambiente, la organización no autorizada de un juego de azar (§ 284 CP-DE) y partes del derecho penal de comercio exterior (§ 18, pf. 2 del AWG) están concebidos como accesorios administrativos (actos) y, por lo tanto, presuponen una acción ya típica. Otros grupos de casos vgl. Schünemann, 1987, p. 367 (373 y ss.); Mansdörfer, 2011, p. 96 y ss.

9 Lenckner, 1969, p. 490; Kudlich, 2007, p. 373; Große Vorholt, 1997, p. 176 y ss; Vogel, 2007, § 15, n.º 219 y ss; Fischer, 2019, § 15, n.º 16; Roxin, 2006, § 24, n.º 18 y ss; otra opinión Duttge, en Joecks y Miebach, 2017, § 15, n.º 114 y ss.

(OLG Karlsruhe NStZ-RR 2000, 141). Sin embargo, es problemático —y esto también habrá que recordarlo en relación con los §§ 299a y 299b CP-DE (ver *infra* 3.2.3.b)— que la violación del deber de diligencia dependa de las normas dictadas por particulares. Esto puede —incluso con una consideración meramente indicativa— estimarse como un insuficiente auto-empoderamiento del poder legislativo en favor de los individuos privados no legitimados (Schünemann, 1987, p. 371 y ss; Sternberg-Lieben y Schuster, 2014, § 15, n.º 135; Vogel, 2007, § 15, n.º 223). Finalmente, por citar un último ejemplo, incluso la prohibición del homicidio intencional establecida en el § 212 CP-DE, que parece no requerir mayor explicación, es difícil de aplicar sin las concreciones adecuadas, dependiendo del ámbito de aplicación.

Así lo demuestran, por ejemplo, la sentencia del “Escándalo de trasplantes de Göttingen” (BGHSt 62, 223, allanando el camino LG Göttingen medstra 2016, p. 249), en virtud de la cual un cirujano de trasplantes de Göttingen fue absuelto de la acusación, entre otras imputaciones, de tentativa de homicidio en once casos. Entre otros hechos, se le había acusado de haber inscrito pacientes con cirrosis hepática inducida por el alcohol en la lista de espera, a pesar de que no se había respetado la cláusula de exclusión relativa a una abstinencia de alcohol de seis meses contenida en el Documento N.º II 2.1, p. 1 RL-BÄK 2009¹⁰. Por lo tanto, el factor decisivo para la aplicación del § 212 CP-DE fueron las directrices emitidas sobre la base del art. 16 del TPG (versión antigua) por una asociación sin capacidad jurídica (a saber, la Asociación Médica Alemana)¹¹. Los tribunales rechazaron acertadamente la posibilidad de utilizar estas normas como base para el enjuiciamiento penal por motivos de derecho constitucional (penal)¹².

10 Richtlinien der Bundesärztekammer zur Organtransplantation gem. art. 16 inc. 1 p. 1 n.º 2 und 5 TransplantationsG (TPG) - Regeln zur Aufnahme in die Warteliste und zur Organvermittlung” i.d.F. du 18 décembre 2009.

11 No obstante, la mayoría de las directivas fueron consideradas como una forma de legislación ejecutiva, vgl. BGHSt 62, 223, 233 con información adicional.

12 BGHSt 62, 223 (232 y ss.); LG Göttingen medstra 2016, 249 (251 y s.); sobre la crítica

2.3. Delimitar la investigación de la implementación de la eficacia en otras áreas

No solo para una sistematización convincente, sino también para una investigación de la función respectiva, así como para la legitimidad de un vínculo legal con las medidas de los actores estatales y privados destinadas a aumentar la eficiencia jurídica, parece necesario distinguir el objeto de la investigación de la implementación respecto de otras subdisciplinas de la investigación de la eficacia.

2.3.1. Investigación de evaluación

La cuestión de si una norma se ha aplicado efectivamente con respecto a los objetivos que persigue y de qué manera han contribuido, si lo hubieran hecho, los diversos actores de la implementación, es la de la investigación de los efectos jurídicos¹³, tanto como investigación básica, en términos prácticos, como evaluación de leyes *ex post*¹⁴. Esta contribución pretende omitir estas complejas cuestiones, debido a que el breve plazo y el escaso número de casos¹⁵ desde la entrada en vigor de

a las cláusulas de abstinencia que se había hecho precedentemente Dannecker y A. Streng, 2012, pp. 444 y 451; Schroth y Hofmann, 2014, pp. 486 y 492; Lang, 2005, p. 269, 275 y ss.

- 13 Respecto al carácter distintivo de las subdisciplinas de la investigación sobre los efectos jurídicos, véase Gawron y Rogowski, 1996, p. 177 y s; Voßkuhle, 2012, § 1, n.º 35, n. 185. Según Wrase y Scheiwe, 2018, pp. 1-6, por otro lado, parece considerar que la investigación de implementación es parte de la investigación de impacto en sentido estricto, ya que también cubre plenamente los esfuerzos de implementación en sí mismos, es decir, los efectos de la “derecha”, bajo el término “efecto”. Se refieren para este amplio entendimiento a Friedman, *Impact*, 2016, p. 2; bajo el efecto de la ley, esto resume cada comportamiento “tied causally, in some way or other, to some particular law, rule, doctrine, or institution”.
- 14 Sobre la disciplina interdisciplinaria de la investigación de los efectos jurídicos, véase, por ejemplo, Franzius, 2012, § 4, n.º 88 y ss; Friedman, 2016, en especial p. 73 y ss; Gawron y Rogowski, 1996, p. 177 y ss; Gusy, 1999, p. 645; Hoffmann-Riem, 2018, p. 20; Röhl, 2017; Wrase y Scheiwe, 2018, p. 1; desde una perspectiva jurídica Blankenburg, 2010, p. 61.
- 15 En el 2017 fueron registrados por la Policía 168 delitos conforme a los §§ 299a, 299b CP-DE, en el año precedente (en el que los §§ 299a, 299b CP-DE, 4 de junio del 2016,

los §§ 299a y 299b CP-DE hacen más difícil que el problema general de la investigación de la eficacia jurídica se remonte a la nueva ley, ya que cualquier cambio en el comportamiento de las personas sujetas a la norma va más allá de los esfuerzos de aplicación propiamente dichos (Rottleuthner y Rottleuthner-Lutter, 2010, p. 17; Wrase y Scheiwe, 2018, p. 1, 9 y s.).

Por lo tanto, debe dejarse abierta la cuestión de hasta qué punto el bajo nivel de participación de los órganos encargados de la aplicación de las nuevas normas sobre corrupción puede atribuirse al hecho de que los comportamientos que ahora se registran de facto realmente tuvieron y ya no tienen una relevancia especial para el sistema de asistencia sanitaria. Las reclamaciones, ofertas y acuerdos corruptos siguen siendo difíciles de detectar y probar, independientemente de los instrumentos de investigación ya disponibles en el Código de Procedimiento Penal¹⁶. Los destinatarios de las normas ya han utilizado antes y ahora cada vez más formas jurídicas para influir en los responsables de la toma de decisiones y, por lo tanto, han dejado que las normas devengan nulas¹⁷. Muchas fiscalías públicas carecen (todavía) de los recursos humanos y profe-

entraron en vigencia) fueron 14; véase *BKA*, 2017, p. 4. Recuperado de <<https://bit.ly/2vNrUJc>>. Consulta: 3 de enero del 2019. También la respuesta del Bundesregierung de 2 de octubre del 2018 (BT-Drs. 19/4695) sobre Kleine Anfrage der Bundestagsfraktion Bündnis 90 y Die Grünen como 17 de sus miembros del 13 de setiembre del 2018 (BT-Drs. 19/4315), entre otros sobre el número actual de procesos penales relativos a los §§ 299a, 299b CP-DE no hay informaciones.

- 16 Igual *BKA*, 2017, p. 20; zur Kritik an der Entscheidung des Gesetzgebers, Befugnisse zur Telekommunikationsüberwachung gemäß § 100a StPO V nicht auf die §§ 299a, 299b CP-DE zu erstrecken, *Cosack*, 2016, 18 (p. 19 y s.); *Deutscher Richterbund*, Stellungnahme n.º 22/15, noviembre del 2015, p. 1 (4); *Gädigk*, 2015, 268, 272. En vista del derecho general de personalidad de los pacientes renuncia, al contrario, aprueba Gaede, 2017, § 299a CP-DE, n.º 26; Rosenau, 2017, § 299a, n.º 46; Pragal y Handel, 2015, p. 337. Pero, es dudoso que la comunicación entre el benefactor y el beneficiario de la prestación afecte típicamente a los datos personales de los pacientes.
- 17 Sobre estas estrategias alternativas de “corrupción institucional” Kölbl, 2016, p. 452, 462 y ss; el mismo, 2018, p. 11 (en especial p. 16: “formal legale”, frente al “krude[n] Bestechung [...] vielleicht etwas subtiler[e] [...] Marketingverfahren”, “die aber *weiterhin als* sachfremde Gesichtspunkte in die ärztliche Entscheidung ein[wirken]”); T. Schröder, 2018, p. 207, 215 y ss.

sionales, así como de estructuras uniformes para perseguir eficazmente la corrupción y el soborno en el sistema de atención sanitaria (Gaede, 2017, § 299a CP-DE, n.º 29; Badle, 2015, pp. 139-141).

Aunque los estudios sobre la implementación de las leyes, por una parte, y las evaluaciones de las mismas, por otra, pueden y deben separarse conceptualmente debido a sus diferentes contenidos, la investigación sobre la aplicación sigue siendo un componente de la investigación sobre el impacto jurídico en el sentido más amplio, y los estudios sobre la aplicación de las normas ya pueden orientarse hacia cuestiones de eficacia. La investigación de la implementación puede proporcionar información importante sobre el significado práctico y la interpretación de una ley, tanto antes como durante el curso de las evaluaciones de la ley. A partir del punto de vista de los objetivos legislativos (en la medida en que sean claramente identificables), se ponen de manifiesto posibles deficiencias en la aplicación (Raiser, 2013, p. 249 y ss; Röhl, en Hof y Lübke-Wolff, 2008, p. 413, 424 y ss; el Wolff, 1987; Wrase y Scheiwe, 2018, pp. 1-7. La investigación sobre la aplicación está estrechamente relacionada con la evaluación prospectiva de la legislación).

2.3.2. Investigación sobre la eficacia

Los estudios sobre eficacia examinan los factores que influyen en el efecto de la ley sobre sus destinatarios. Una norma deviene efectiva, en sentido sociológico, si se cumple (validez del comportamiento) o si se sanciona su incumplimiento (validez de la sanción) (Rehbinder, 2014, n.º 4). Por lo tanto, los estudios no se refieren a la validez legal, sino a la validez fáctica y a la observancia de la ley¹⁸. Así entonces, las medidas de política jurídica destinadas a aumentar la tasa de efectividad de la ley se basan idealmente en la comprensión de los factores que obstaculizan o promueven la eficacia de la ley (Rehbinder, 2014, n.º 126). Aunque las

18 Objeto de investigación de la sociología del derecho es la realidad del derecho, al respecto Kunz y Mora, 2015, p. 2 y s., 108 y s; Möllers, 2017, § 5, n.º 91; Rottleuthner, 1981, p. 191 y ss.

medidas para mejorar el conocimiento y la conciencia jurídica también deberían tomarse directamente respecto al personal de los tribunales y las autoridades (la “*Rechtsstab*”), (acerca de este término de Max Weber: Reh binder, 2014, n.º 3; Röhl, 1987, p. 35), la atención se centra sobre todo en los parámetros que el público en general debe tener en cuenta cuando los destinatarios de la norma la cumplen o incumplen (Gawron y Rogowski, 1996, p. 177, 179 y ss; Raiser, 2013, p. 256 y ss., 263; Reh binder, 2014, n.º 126 y ss., 129 y ss.). Estos aspectos socio-psicológicos que tienen un efecto en el comportamiento son —en diversos grados— sobre todo el conocimiento jurídico, la probabilidad de sanción o un procedimiento judicial para los casos de infracción y la rapidez de aplicación; además de la expectativa de sanción y, por último, el conocimiento por parte del público de la ley y de la ética jurídica (Baer, 2017, § 7 n.º 3 y ss; Gawron y Rogowski, 1996, p. 177, 179 y ss; Raiser, 2013, p. 256 y ss., 263; Reh binder, 2014, n.º 126 y ss., 129 y ss; Ryffel, 1974, p. 259 y ss.).

Estas correlaciones también son conocidas para el derecho penal (Eisenberg y Kölbel, 1974, § 41, n.º 11; Schneider; Grau y Kießling, 2013, p. 48 y s., en relación al conocimiento del derecho). En particular, el principio de legalidad penal no solo persigue la protección de los derechos fundamentales y el principio de democracia, sino que desde que Feuerbach lo reconoció como un requisito previo para el efecto preventivo del derecho penal, especialmente en lo que se refiere a la prevención general positiva, se ha reconocido que el legislador ya debe haber obtenido la eficacia de ciertas prohibiciones¹⁹. En principio, por lo tanto, existe una relación positiva entre el conocimiento de la ley y el comportamiento, que, sin embargo, es limitada o incluso se invierte si se sabe que las infracciones no son sancionadas: “Un mejor conocimiento de la ley puede llamar la atención sobre lo poco que se respeta la ley

19 Dannecker, 2007, § 1; Roxin, 2006, § 5, n.º 22 s; Schünemann, 1978, p. 11 y ss. En cuanto al contenido sustantivo de las comunicaciones públicas regulares como elemento del concepto jurídico, Schünemann, 1996, p. 97, 110 y s; Kasiske, 2014, p. 117.

y, por lo tanto, en última instancia, destruir la confianza en la misma” (Röhl, 1987, p. 263).

La investigación sobre la eficacia y los estudios sobre la aplicación difieren en principio en que las medidas de eficacia en el marco de las diversas formas del proceso de mediación (sentencias judiciales, formación jurídica impartida por abogados, formación en materia de cumplimiento en las empresas y en las asociaciones profesionales, asesoramiento jurídico, informes de los medios de comunicación, conversaciones con amigos y familiares, etc.) no son siempre las mismas y pueden traer consigo diferentes interpretaciones (incorrectas) y graves (falsificaciones) de la ley aplicable, pero su objetivo esencial y regular es reproducir y explicar la situación legal actual o la nueva situación legal emergente. Los procesos de implementación, por el contrario, se refieren principalmente a la concreción de las especificaciones programáticas del legislador por parte de los actores responsables o involucrados de alguna otra manera dentro del ámbito legal de acción determinado²⁰. Esta importante diferencia también deberá tenerse en cuenta para el ejemplo de los §§ 299a y 299b CP (ver *infra* 3.2.3.A). Sin embargo, las formulaciones relativizadoras recién elegidas tienen por objeto señalar que las medidas de aplicación, por una parte, y las medidas de eficacia, por otra, no siempre se dan de forma pura, debido a que la información sobre la situación jurídica ya estará influenciada por la comprensión previa del usuario de la ley y el revestimiento narrativo elegido por él, y al contrario, la gran mayoría de las medidas de aplicación también contribuyen en cualquier caso a la publicidad de la ley. Por lo tanto, hay que distinguir menos entre los aspectos de la eficacia, por una parte, y las cuestiones de aplicación, por otra, en función del punto central del proceso respectivo.

20 Gawron y Rogowski, 1996, p. 177-180 y s. Eisenberg y Kölbel, 2017, § 41, n.º 11, por su parte, se refieren a la publicidad, la probabilidad de sanciones, etc., como criterios de eficacia de la “implementación”.

2.3.3. Estrategias de regulación

En estrecha relación con la investigación de la efectividad se encuentran, por un lado, los estudios sobre la aplicación de normas y, por otro (sobre conceptualización según Eifert, en Hofmann-Riem; Schmidt-Aßmann y Voßkuhle, 2012, § 19, n.º 1 y ss.), los estudios sobre las “estrategias reguladoras” (Kölbel, 2017, p. 430 y s., incluso parece aceptar una identidad conceptual). El concepto “regulación”, que también se utiliza en relación con las intervenciones del Estado en el mercado, debe entenderse aquí como un término amplio vinculado a los debates en materia de ciencias políticas y administrativas. De acuerdo con esto, la regulación es “cualquier interferencia intencional del Estado en los procesos sociales, orientada por un propósito regulatorio específico, que va más allá del caso individual y encuentra un medio central y un límite en el derecho” (Eifert, 2012, § 19, n.º 1 y ss., 5). El principal interés de la regulación radica en los modos e instrumentos para el desempeño de las tareas del Estado.

Aquí se distinguen normalmente tres formas básicas: la regulación imperativa del Gobierno (establecer y aplicar normas a cargo del Estado, por ejemplo, en el caso de medidas policiales estándar en la esfera pública), la autorregulación social regulada por el Estado (control indirecto de las normas privadas y su aplicación mediante incentivos específicos²¹ y deberes reforzados mediante sanciones a través, por ejemplo, de los sistemas de gestión del cumplimiento en las empresas “Compliance-Management-Systeme”) y de la autorregulación social (la mera función de provisión del derecho para la formación del or-

21 Eifert, 2012, § 19, n.º 52 y ss; Theile, 2017, p. 913. Para una comprensión probablemente más estrecha del concepto, véase, Kubiciel, 2018, pp. 171 (175): La “autorregulación regulada” presupone que el derecho (penal) impone a los actores privados a establecer sus propias reglas y no se limita a iniciar la regulación privada con la finalidad de que cumpla una obligación; así Baer, 2017, § 6, n.º 47. Además, hay que destacar, no obstante, que podría darse un compliance coercitivo de facto, que vaya más allá de una simple obligación, a pesar de que desde hace mucho tiempo faltaba un acuerdo explícito y general; vgl. Rotsch, 2015, § 1, n.º 19 y s., § 2, n.º 14.

den social y su salvaguardia, por ejemplo, a través de la posibilidad de acciones legales por parte de las asociaciones de protección de los consumidores, o mediante el derecho de la prensa y las campañas de las ONGs de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión (Baer, 2017, § 6, n.º 35 y ss; Gawron y Rogowski, 1996, p. 177 (181); Eifert, 2012, § 19, n.º 14; Kölbel, 2017, p. 430 y s.). La respuesta a la pregunta qué arreglo regulatorio debe considerarse como una “buena regulación”, es decir, como un desempeño efectivo y apropiado de las tareas por parte del Estado (Eifert, 2012, § 19, n.º 14; Kölbel, 2017, p. 430 y s.) dependerá no solo de los respectivos requisitos legales (constitucionales) del sector especial del derecho en cuestión, sino también de los supuestos básicos teóricos, en particular, la evaluación de las medidas del Gobierno central en comparación con los posibles instrumentos de aplicación de autorregulación. (Eifert, 2012, § 19, n.º 13; Kölbel, 2017, p. 430 - 434 y ss.).

Si los conceptos de regulación, por un lado, y de aplicación, por otro, deben separarse, es probable que un componente temporal sea esencialmente decisivo, debido a que la investigación en materia de regulación ya se centra en la selección y determinación de los criterios que se consideran apropiados cuando el legislador elige deliberadamente su “paquete de medidas de aplicación de la ley”, mientras que la investigación sobre la implementación se centra en la aplicación de la selección una vez realizada. Es cierto, sin embargo, que un conjunto de instrumentos definidos deliberadamente no siempre será reconocible en ninguno de los dos casos. Por el contrario, a menudo ocurre que los instrumentos de regulación y aplicación que se han creado difieren de las ideas originales del legislador, en la medida en que pueden determinarse sin contradicciones. En particular, la integración de las leyes penales sustantivas en las medidas de prevención y reacción en el marco del derecho no criminal tiene lugar “más o menos intensamente” (Eisenberg y Kölbel, 2017, § 41, n.º 1), como también se mostrará respecto a los §§ 299a y 299b CP-DE.

3. APLICACIÓN DE LA LEY EN EL DERECHO PENAL, UTILIZANDO COMO EJEMPLO LOS §§ 299A Y 299B CP-DE

La necesidad de aplicar una disposición penal, así como las posibilidades de aplicación que se le ofrecen (sobre todo los agentes competentes de manera evidente y jurídicamente en este ámbito) dependen de la forma de la disposición penal, en particular de la relativa indeterminación de sus elementos constitutivos (típicos), así como de la necesidad —principalmente²² para los verdaderos elementos de reenvío (normas en blanco)— de recurrir a otros actos legislativos o administrativos tanto de la Unión Europea, como del Gobierno federal, de los Estados federados y de los municipios, para la concreción más detallada de la infracción. Además, como ya se ha mencionado para los delitos de negligencia (ver *supra* 2.2), podría resultar útil tener en cuenta las normas establecidas por los particulares en determinados sectores de actividad.

3.1. Necesidad de implementación de los §§ 299a y 299b CP-DE

Con la última versión de los §§ 299a y 299b CP-DE, han surgido complejas normas penales, por primera vez dirigidas específicamente contra la corrupción en el sistema de atención de la salud²³. Así, el legislador penal con estos tipos legales especiales ha entrado en el microcosmos normativo y jurídicamente objetivo del sistema de atención de la salud. Las intrincadas cuestiones planteadas por la modelización de los dos tipos legales, así como su marco regulador de múltiples niveles, hacen necesario, ante todo, esbozar las cuestiones de su interpretación, que todavía no se han aclarado suficientemente y que surgen de las normas penales, antes de que se presenten con más detalle los posibles agentes de aplicación individuales.

22 Sobre la cuestión en qué medida los elementos normativos del tipo legal se caracterizan por una referencia a las normas, Kuhli, 2018, p. 119 y ss.

23 Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen del 30 de mayo del 2016, BGB. I 2016, p. 1254; vigente desde 4 de junio del 2016. Sobre la discusión acerca del aumento de los delitos en sectores específicos durante el último período legislativo Kubiciel, 2018, pp. 171-174.

El nuevo derecho representa la línea media de las opciones de reacción del legislador favorecidas en el debate político-jurídico (T. Schröder, 2018, p. 207). La configuración de la nueva ley, controvertida, hasta el último momento dentro de la coalición gubernamental, ha contribuido considerablemente al fuerte carácter de compromiso de los tipos legales que una vez más se modificaron sustancialmente en la recta final del procedimiento legislativo (Dannecker y T. Schröder, 2017, § 299a, n.º 24 y ss.). El punto de partida de los tipos legales es, en efecto, el modelo relativo a la libre concurrencia § 299, apartado 1, n. 1, apartado 2, n. 1 CP-DE. Los tipos legales, a diferencia de los proyectos anteriores, ya no contienen ningún reenvío general al derecho profesional (en sentido estricto) y a las obligaciones de mantener la independencia profesional establecidas en el CP-DE V, pues los §§ 299a, 299b y 299b CP-DE tienen por objeto proteger no solo la concurrencia en el sistema de atención de la salud, sino también la confianza en la integridad de las decisiones profesionales en interés de los pacientes²⁴. En lo que respecta a la función interpretativa rectora de la determinación del bien jurídico, la decisión sobre este discutido punto ya es un paso importante para la interpretación de las normas penales, la que justamente en casos dudosos adquiere importancia (T. Schröder, 2018, p. 207).

Aunque la crítica desde la ciencia penal debe tener en cuenta el hecho de que el legislador, bajo el condicionamiento de concretos problemas sociales en constante cambio y bajo la coerción de la búsqueda de mayoría política, no logró, a pesar de ser discutidas durante varios años, soluciones plenamente coherentes (Kubiciel, 2018, pp. 171 y 173; Lepsius, 2017,

24 Sobre este doble bien jurídico, primero los materiales legislativos, BT-Drs. 18/6446, p. 1, 12 y s., 16 y s.; BT-Drs. 18/8106, p. 13; de acuerdo Fischer, 2019, § 299a, n.º 3; Dannecker y T. Schröder, 2017, § 299a, n.º 33 y ss; Geiger, 2016, p. 172 (174); C. Jäger, 2017, p. 694 (696); Schuhr, 2018, §§ 299a, 299b CP-DE, n.º 8; también Kubiciel, 2016, p. 69 (70 y s.); otra opinión (solo se protege la competencia en el sector sanitario) Dann y Scholz, 2016, 2077 (2078); Duttge, 2017, p. 15 (22); Gaede, 2017, § 299a CP-DE, n.º 12 y ss; Rogall, 2019, § 299a, n.º 2; Eisele, 2019, § 299a, n.º 2; Kölbl, 2016, p. 193; Rosenau, 2017 § 299a, n.º 2; Rübenstahl y Teubner, 2017, § 299a CP-DE, n.º 4; Tsambikakis, 2016, pp. 131, 132 y s.); Hellmann, 2018, n.º 816.

p. 152 y ss.). La modificación concreta de la conveniente decisión del legislador²⁵ sobre el cierre de esta “verdadera laguna de punibilidad” muestra, sin embargo, algunas incoherencias que no facilitan exactamente la aplicación y la eficacia de los objetivos legislativos. Así, para un gran número de casos de decisiones de compra en la profesión sanitaria que ya estaban prohibidas por la legislación profesional o social de médicos y dentistas, ahora también se dispone de sanciones penales, pero solo en la medida en que se dé preferencia en la concurrencia. Además, para garantizar una concurrencia leal, el legislador penal ha ampliado el § 299a CP-DE a un círculo bastante amplio de actores (es decir, a todas las profesiones de la salud que requieren una formación regulada por el Estado), a pesar que muchas profesiones de la salud apenas cuenten con normas que regulen la profesión para salvaguardar la independencia de la profesión de la salud. Sin embargo, los farmacéuticos quedan excluidos, en gran medida, del ámbito de aplicación de la norma debido a la índole de los comportamientos, excepto de los casos especiales, aunque ocupan una posición importante en el mercado de la salud, y que en sus respectivos códigos profesionales se prevén diversas prohibiciones de la corrupción (crítica a la ruptura del círculo de los autores idóneos del § 299a CP-DE véase Gaede; Lindemann y Tsambikakis, 2015, p. 142, 148 y s; T. Zimmermann, 2018, p. 680 y s.).

Por último, los límites impuestos por el derecho profesional y social a la prosecución de los propios intereses financieros parecen seguir siendo de importancia elemental para la cuestión de si el acuerdo (solicitado) en el marco de los §§ 299a y 299b CP-DE tiene una preferencia “desleal”²⁶.

25 En su decisión del 29 de marzo del 2012, el BGH ya apeló al poder legislativo para que tomara medidas contra las influencias corruptas en las decisiones de los médicos de los grupos de expertos en el ámbito de la atención de la salud debido a la impunidad de *lege lata* que existe, en su opinión, BGHSt 57, 202, 218.

26 Brettel y Mand, 2016, p. 99 (102 y s.); Dannecker y T. Schröder, 2017, § 299a, n.º 153 y ss; Frister, 2015, p. 75 (82); Gaede, 2017, § 299a CP-DE, n.º 80; Rogall, 2019, § 299a, n.º 46 y ss; Eisele, 2019, § 200a, n.º 39; Hohmann, 2019, § 299a, n.º 34; Geiger, 2016, 172 (176); Grzesiek y Sauerwein, 2016, pp. 369, 371 y s; C. Jäger, 2017, p. 694, 698 y ss; Kubiciel, MedR, 2016, p. 1 (4); Rosenau, 2017, § 299a, n.º 17 y ss; Schroth y Hofmann,

Y aunque el legislador ha borrado, en la etapa final del proceso legislativo, la referencia explícita, originalmente prevista, a este complejo de normas debido a las reservas constitucionales, estas disposiciones podrían tener ahora importancia en la limitación de la responsabilidad penal y en la concreción de la ley mediante la interpretación del elemento normativo legal restante de la “deslealtad” (T. Schröder, 2018, p. 207 y s.; Dannecker y T. Schröder, 2017, § 299a, n.º 157). Por lo tanto, parece al menos dudoso que la renuncia a una referencia explícita al derecho profesional y social haya sido una victoria del “derecho penal racional liberal” contra una “línea penal enemiga” de la legislación anticorrupción (pero así, Schneider, 2016, p. 195; Schneider y Seifert, 2016, p. 8).

Las cuestiones individuales que aún no se han aclarado satisfactoriamente respecto a los usuarios concernidos por los §§ 299a y 299b CP-DE se refieren, por ejemplo, a la cooperación de los ortopedistas y los almacenes de suministros médicos, a la actividad médica honorífica de los médicos (contratados) establecidos con los hospitales y a la promoción de las comadronas con vales (*Beleghebammen*) (sobre los grupos de casos anteriores, Gaede, 2018, p. 264, 270 y ss.), la distribución de medidores de glucosa en la sangre entregados gratuitamente a los pacientes (Rönnau y Wegner, 2017, p. 206 y ss.), el envasado individual de los medicamentos (acondicionamiento en blíster, *Verblisterung*) en las farmacias, en particular para los hogares de ancianos (Schneider y Reich, 2017, p. 497 y ss.), las empresas y la participación en los beneficios²⁷ o la participación remunerada en las observaciones de la aplicación (*Anwendungsbeobachtungen*)²⁸.

2017, p. 259; Tsambikakis, 2016, pp. 131-137.

27 Dannecker y T. Schröder, 2017, § 299a, n.º 189; Gaede, 2017, § 299a CP-DE, n.º 84; Rogall, 2019, § 299a, n.º 57; Rosenau, 2017, § 299a, n.º 20; Scholz, 2016, p. 89 (104); Badle, medstra, 2015, p. 139 (140); Tsambikakis, 2016, p. 131 (137 y s.); Wissing y Cierniak, 2016, pp. 41 y 47.

28 Dannecker y T. Schröder, 2017, § 299a, n.º 124, 137, 140, 175; Gädigk, 2015, p. 268 (270); Gaede, 2017, § 299a CP-DE, n.º 85; Eisele, 2019, § 299a, n.º 26; Koch; Appel; Lubner; Kölbl y Lieb, 2018, p. 225.

3.2. Los protagonistas individuales de la implementación de las normas y la evaluación jurídica de su rol

La incorporación de los nuevos tipos legales de corrupción en el sistema de salud a múltiples niveles corresponde al gran número de protagonistas que pueden ser considerados como actores de la implementación de las normas. Entre ellos se comprenden, entre otros, los tribunales penales, las asociaciones industriales y profesionales, las aseguradoras de salud y las asociaciones de médicos, la *GKV-Spitzenverband*, los profesionales de la salud y las cámaras de profesionales de la salud responsables de ellos (incluidas sus asociaciones centrales), los colegios de abogados, los juristas penalistas²⁹, las empresas (sobre todo por medio de sus reglamentos de Compliance) y los grupos de interés de la sociedad civil. Por supuesto, la mayoría de estos actores no solo aparecen cuando las nuevas regulaciones entran en vigor, sino que ya han comentado, influido o intentado influir en la génesis de la norma a través de opiniones a favor o en contra del nuevo derecho penal sobre la corrupción (Dannecker y T. Schröder, 2017, § 299a, n.º 52 con información adicional), así como de nuevas contribuciones a las discusiones sobre los proyectos de ley en detalle (Gaede, 2017, § 299a CP-DE, n.º 3 y ss. con información adicional), también a través de asesoramiento político no hecho público (T. Schröder, 2018, p. 207).

Además de la jurisprudencia, el papel de implementador, que es obvio incluso después de la asignación legal de tareas, también lo es para las fiscalías, especialmente en vista de su poder de decisión en los procedimientos preliminares y —sobre todo en ausencia de una jurisprudencia de los tribunales superiores sobre los §§ 299a y 299b CP-DE para la cuestión de la presentación de cargos. Además, todos los protagonistas

29 La índole y el alcance de la participación de la investigación en derecho penal en la génesis y aplicación de las normas probablemente dependerá en gran medida de si la doctrina penal se considera principalmente como un asesor legislativo (por ejemplo, Kubiciel, 2018, pp. 171 y 177) o como un observador crítico de la legislación (por ejemplo, Kubiciel, JZ, 2018, pp. 171 y 177. (Cfr. Schünemann, 2015, pp. 68 y 70; el mismo, 2016, p. 654, 663 y s.).

mencionados están probablemente unidos por un interés en conocer el alcance exacto de las normas penales en los casos límite y, además, por el objetivo de informar sobre estas fronteras a los individuos y a los grupos de personas que se encuentran dentro de su área de responsabilidad. Al hacerlo, los actores, a veces incluso uno solo de ellos mismos, pueden perseguir objetivos muy diferentes. Por ejemplo, una empresa puede utilizar mejor los límites fácticos de los §§ 299a y 299b del CP-DE para, por un lado, proteger a la propia asociación, a los directivos a los que se aplica el § 130 de la OWiG y al resto del personal contra las consecuencias adversas de acciones de relevancia penal, mediante apropiadas medidas de cumplimiento (*Compliance-Maßnahmen*) y, por otro, utilizar estos conocimientos para hacer cumplir las medidas cautelares y las reclamaciones por daños y perjuicios contra competidores corruptos³⁰. Las asociaciones de médicos del seguro de salud asesoran a sus miembros sobre la posible importancia respecto a la corrupción de modelos de negocio programados; al mismo tiempo, de conformidad con el § 81a, apartado 4, del SGB V, deben informar a la fiscalía de una sospecha inicial de actos punibles que no sean de una importancia menor para el seguro de salud legal (ver *infra* III. 2. b).

No puede tener lugar aquí un debate detallado de todas estas y otras instituciones, organizaciones y grupos de personas que posiblemente participen en la aplicación de los §§ 299a y 299b CP-DE, tampoco parece necesario para ilustrar las cuestiones relativas a la aplicación del derecho penal. Para esto, basta con identificar y contrastar tres actores cuya contribución a la concreción del programa previsto en la nueva ley penal sobre la corrupción promete poner de relieve aspectos problemáticos de la aplicación de la ley de manera ejemplar, a saber, los tribunales penales (a), los órganos mencionados en los arts. 81a y 197a del SGB V para luchar contra las faltas en el sistema de atención sanitaria (b) y, por

30 §§ 299a, 299b CP-DE son leyes de protección en el sentido del § 823 inc. 2 CP-DE, véase Dannecker y T. Schröder, 2017, § 299a, n.º 85; Gaede, 2017, § 299a CP-DE, n.º 1, 10.

último, las actividades de cumplimiento de las asociaciones e iniciativas de la industria de la salud y de las empresas individuales (c).

3.2.1. La jurisprudencia

Como ya se ha mencionado (así II. 2.), el BVerfG deduce del art. 103.2 de la Ley Fundamental una obligación de implementación constitucional penal para los tribunales penales. Esta tarea está estrechamente relacionada con la posición del juez como “órgano central del proceso penal” (Fischer, 2013, Einleitung, n.º 224): solo él puede tomar la decisión vinculante sobre la culpabilidad o inocencia del acusado y, si es necesario, imponer la sanción penal; este monopolio de la condena resulta del art. 92 de la Ley Fundamental, ya que pertenece al núcleo inalienable del Poder Judicial para imponer sanciones penales (BVerfGE 22, 49 (73 y ss.); Kühne, 2016, Einl., n.º 6). Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, lo ideal es que algunas decisiones de principio se consoliden como “jurisprudencia constante” (BVerfGE 92, 122 (123); BGH, Urteil v. 13.9.2018 - 5 StR 107/18) o “consolidada” (BGHZ 85, 64, 66). La seguridad de la orientación del individuo resultante de esto es además respaldada por el hecho de que a los tribunales que desean desviarse de su propia jurisprudencia (sobre terminología, Möllers, 2017, § 9, n.º 73), mediante el deber de remisión ya postulado, se impone un deber subsidiario de cumplimiento³¹, que exige a los tribunales, en aras de obtener un derecho sistemático y ordenado respecto a los casos, que al menos expliquen las razones que ahora se oponen al hasta entonces precedente vigente³². Además, en la jurisprudencia penal del Tribunal Federal de Justicia, la igualdad de aplicación de la ley (apartado 1 del art. 3 de la Ley Fundamental), por una parte, y la independencia del

31 Sobre la falta de una obligación de precedente directo en el derecho alemán fuera del § 31, en particular, inc. 1 BVerf-GG, § 358 inc. 1 StPO V und § 563 inc. 2 ZPO vgl. BVerfGE 84, p. 212; Röhl y H. C. Röhl, 2008, p. 565 y ss.

32 Entre los representantes de esta concepción, figuran Möllers, 2017, § 3, n.º 13 y ss; Bydlinski, 1991, p. 506 y ss; Larenz y Canaris, 1995, p. 252 y ss., 257; P. Kirchhof, 2018, Teil. B., art. 3 inc. 1, n.º 288.

Poder Judicial (apartado 1 del art. 97 de la Ley Fundamental), por otra, se equilibran mediante las normas de presentación del § 132 inc. 2-4 GVG, § 2 RsprEinhG. (Cierniak y Pohlit, 2018, § 132 GVG, n.º 1; W. Zimmermann, 2017, § 132 GVG, n.º 3 y ss.).

La fuente de derecho más importante constitucionalmente para el juez penal es la ley formal, art. 20, pf. 3; 97; 103, pf. 2; 104 de la Ley Fundamental. Sin embargo, sobre la base de algunos ejemplos (ver *supra* 2.2), ya debería mostrarse que en el derecho penal estas no son las únicas normas de las que los órganos de aplicación deducen sus decisiones. Mientras que la doctrina jurídica en el contexto de la teoría de las fuentes de derecho, “fuertemente discutida” (Möllers, 2017, § 3, n.º 2; sobre la discusión respecto al art. 20 inc. 3 GG véase Hilbert, 2013, p. 130 y s; Hoffmann, 2003, p. 97 y ss., 127 y ss.), aborda principalmente la cuestión sobre de qué fuentes el personal jurídico debe y puede derivar sus decisiones (“fuentes primarias y secundarias de derecho” (Möllers, 2017, § 3, n.º 12 y ss.)/“concepto de fuente legal de derecho” (Hans Christian, Röhl, 2008, p. 519) “fuente de derecho en sentido estricto” (Rüthers; Fischer y Birk, 2018, n.º 217), pueden, en sentido sociológico, considerarse todas las circunstancias como fuentes de derecho desde que son relevantes para las decisiones judiciales porque se utilizan realmente (“fuentes sociológicas de derecho”) (Hans Christian, Röhl, 2008, p. 519; Rüthers; Fischer y Birk, 2018, n.º 217)/“fuentes de contenido legal” (Hans Christian, Röhl, 2008, p. 520)/“ayudas al conocimiento jurídico” (Rüthers; Fischer y Birk, 2018, n.º 217)/“fuentes de conocimiento jurídico” (Möllers, 2017, § 2, n.º 6, § 3, n.º 17). En este último sentido, es obvio que el juez del tribunal penal utilizará para establecer la solución jurídicamente válida —en este caso la implementación de las nuevas disposiciones legales— la exposición de motivos del proyecto de ley (Rüthers; Fischer y Birk, 2018, n.º 217) y otros materiales legislativos sobre los §§ 299a y 299b del CP-DE, así como el derecho laboral y social y la jurisprudencia publicada en este sentido, la doctrina jurídica, la jurisprudencia anterior sobre los §§ 299, 331 y ss. CP-DE alemán, las normas relativas a las empresas y al sector industrial, así como la posi-

ción de las partes en las actuaciones procesales (en particular, el acta de acusación y las alegaciones y declaraciones del acusado, de sus asesores jurídicos, así como pericias jurídicas encomendadas por ellos). Asimismo, el origen social, el entendimiento (político) previo del juez sobre el servicio de salud, así como su actitud personal hacia las partes involucradas en el proceso, pueden reflejarse en su decisión. Sin embargo, la ciencia del derecho se pregunta si estos factores pueden ser vinculantes para la decisión o, al menos, prejuzgarla, y en qué medida. Esta discusión sobre estas dos perspectivas estrictamente separadas sobre la cuestión de las fuentes legales (así Hans Christian, Röhl, 2008, p. 520: “El límite [...] rara vez se establece tan nítidamente como podría serlo”) muestra, por tanto, una estrecha relación con el problema de qué actores implementan realmente los §§ 299a y 299b CP-DE, por una parte, y, por otra, en qué medida parecen legitimados desde el punto de vista jurídico.

Sin embargo, en relación concreta con los delitos de corrupción analizados aquí, se trata de una discusión hipotética (ver *infra* III.2.c) bb), ya que el juez adquiere su competencia de conocer una situación de facto, de acuerdo con el principio de acusación, solo sobre la base de una acción interpuesta después de la conclusión del procedimiento de investigación de la fiscalía (Kühne, 2016, Einl. J, n.º 7). Los principales procesos relacionados con los §§ 299a y 299b CP-DE, por lo que se puede apreciar, se han retrasado hasta el momento. Además de los posibles factores, ya mencionados, del escaso número de casos (ver *supra* 2.3.1.) que han llegado a conocimiento de la policía, hay otros aspectos que también hacen que parezca incierto en el futuro si los tribunales —en particular el tribunal de apelaciones— tendrán oportunidades suficientes, al menos en un futuro próximo, de desempeñar realmente la función de ejecución que les corresponde constitucionalmente.

Entre otras cosas, la sobrecarga general de los organismos encargados de la persecución penal con insuficientes puestos de trabajo, el aumento significativo o la ampliación mediante pretensiones exigentes de los procedimientos penales de carácter económico, así como la ampliación del

derecho penal material económico³³, pueden reducir la disponibilidad de los organismos encargados de la aplicación de la ley, culminando con una sentencia sin eficacia real. Además, existe una comprensible reticencia del acusado o de las empresas implicadas, sobre todo, si existe la alternativa a una solución negociada —aunque solo sea condicionalmente voluntaria (cfr. Kotsoglou, 2015, p. 175)— mediante una lucha larga y en todas las instancias para contribuir personalmente a la concreción de la norma. Incluso la gran mayoría de los abogados defensores penalistas (corporativos) no se opondrán a esta opinión de sus clientes en caso de una situación fáctica y jurídica poco clara y trabajarán para lograr una solución lo más rápida y suave posible de las actuaciones procesales. Por último, respecto a los fines de la implementación, incluso en el caso de la decisión adoptada en primera instancia sin acuerdo, los tribunales de apelación siguen siendo, a lo más, el dudoso instrumento del *obiter dictum* (crítica al *obiter dictum* en las decisiones del BGH-Strafsenate Fezer, 2007, p. 45), a condición de que el tribunal del caso fundamente su absolución en que no pudo convencerse de la existencia de un acuerdo ilegal. Y sobre esta base, además de las deficiencias en la presentación (sobre la limitada intensidad del control del tribunal de revisión en materia de valoración de las pruebas Wenske, 2016, § 267, n.º 169 y ss. con información adicional), retire su decisión concernida respecto de la revisión en virtud de la ley de revisión y, por otro, haga superflua la discusión de cuestiones jurídicas sustantivas por parte del tribunal de revisión (por ejemplo, sobre la interpretación de la característica de “preferencia injusta”)³⁴.

33 Por lo que se refiere a estos y otros factores, que también son claramente más críticos con el sistema de justicia, como la persistencia de acuerdos formales e informales sobre el resultado de los procedimientos (sobre la primera manifestación mencionada, véase § 153 y s., 160b, 202a, 257c StPO V) ver Stuckenberg, 2013, § 257c, n.º 2 y s; Moldenhauer y Wenske, 2013, § 257c, n.º 2.

34 Sobre este aspecto, el BGHSt 53, 6 (22), emitió una sentencia contundente sobre el § 333 del CP-DE: “El hecho de que el LG, a pesar de estos indicios incriminatorios, no haya sido capaz de convencerse de que el propietario había provocado el envío de los vales para influir en las actividades oficiales [...] debe, sin embargo, [...] ser aceptado de conformidad con las normas de auditoría. El hecho de que una condena en sentido

Dado a que las constelaciones de casos de cooperación en el sistema de salud, objetos de controversia en la doctrina penal sobre los §§ 299 a 299 b) CP-DE, no han sido evaluadas hasta la fecha de manera inequívoca en la jurisprudencia laboral y de derecho social y, además, a que no es obligatorio, en consideración de la autorizada interpretación autónoma de los elementos normativos de los tipos legales, que el juez penal recepcione el concepto apropiado de la “accesoriedad negativa” de las formas de derecho laboral (Dannecker y T. Schröder 2017, § 299a, n.º 154; Gaede, 2017, § 299a CP-DE, n.º 81, en cada caso con información adicional) y social no cuestionadas sin excepción, la actual jurisprudencia de derecho laboral y social tampoco puede proporcionar una “implementación sustitutiva” suficiente para la faltante jurisprudencia penal.

Por consiguiente, la implementación efectiva de los §§ 299a y 299b CP-DE podría ser llevada a cabo (hasta nuevo aviso) por otros agentes, aunque se dudara de su competencia. El análisis debe ocuparse más en detalle de dos de estos actores a título de ejemplo.

3.2.2. Órganos de lucha contra comportamientos indebidos en el sistema de la salud pública, § 81a, 197a CP-DE V

Desde el 2004, el legislador social ha obligado a las Kassen(zahn) ärztliche Vereinigungen y a la Kassen(zahn)-ärztliche Bundesvereinigung (§ 81a CP-DE V), así como a los seguros de salud públicos y a la Spitzenverband Bund der Krankenkassen (§ 197a SGB V), a crear unidades organizativas que se encarguen de investigar los casos y los hechos que indiquen la existencia de irregularidades o el uso indebido de los fondos en el ejercicio de sus funciones. De acuerdo con el § 47a del SGB XI, esto también se aplica a las cajas de seguros de asistencia, a sus asociaciones regionales y a la Confederación Federal de las Pflegekassen (en lo sucesivo

contrario hubiera permanecido posiblemente sin objeciones en virtud de la ley de revisión no cambia esta situación”.

denominadas conjuntamente “confederaciones”). Las confederaciones deben “reforzar el uso eficiente de los recursos financieros en el sector del seguro de enfermedad” y “promover la autolimpieza dentro del sistema de seguro de enfermedad público (BT-Drs. 15/1525, p. 99). En el curso de la introducción de los §§ 299a y 299b CP-DE, las confederaciones se vieron obligadas en 2016 a normalizar e intensificar el intercambio entre ellas y su sistema de información³⁵. Las confederaciones debieron organizarse como instituciones independientes y autónomas (Scholz, 2018, § 81a, n.º 1 con información adicional). Aparte de los derechos de tratamiento de datos que se derivan de los § 81a, apartado 1, frase 2, apartado 3a del SGB V, 197a, apartado 1, frase 2, apartado 3a del SGB V, artículo 67c, apartado 3, del SGB X, no disponen, sin embargo, de competencias de control adicionales y deben comunicar los resultados de sus actividades de investigación y auditoría a las unidades encargadas de subsanar las deficiencias detectadas o sancionar la conducta o reembolsar los honorarios de conformidad con los §§ 75, apartado 2, frase 2, 106, apartado 2 y ss. del SGB V (Krauskopf, § 81a, n.º 4 y s., Juni 2018; Kerber, 2010, p. 70, 77 y s.). En el marco de sus actividades de investigación, las confederaciones cooperarán y organizarán un intercambio regular de experiencias en el que también participarán las cámaras profesionales y el Ministerio Público (§ 81a, apartado 3, y 197a, apartado 3, del SGB V). Además, la junta ejecutiva de las confederaciones que establecen las oficinas con regularidad (“debería”) tiene el deber de informar inmediatamente a la fiscalía en caso de sospecha inicial de delitos penales de menor importancia no solo para el seguro médico legal (§ 81a, pf. 4, y § 197a, pf. 4, CP-DE V). Según la doctrina dominante, las omisiones de comunicación deben ser punibles respecto a los empleados responsables de las organizaciones establecidas por las confederaciones de conformidad con los §§ 258(a) y 13 CP-DE³⁶. Por

35 Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen del 30 de mayo del 2016, vigente desde el 4 de junio del 2016, BGBl. I 2016, p. 1254 (1255 y s.); véase Steinhilper, 2017, p. 463 (466 y ss.).

36 BT-Drs. 15/1525, p. 99; Ellbogen, 2006, p. 457 y ss; Mahnkopf, 2006, p. 647; Altenhain, 2017, § 258, n.º 44; Kühl, 2018, § 258, n.º 7a; otra opinión Dannecker y Bülte, 2012,

último, cada dos años, las confederaciones elaborarán informes sobre sus actividades para las asambleas de representantes y las autoridades de supervisión, que incluirán informaciones sobre el número y la índole de los incumplimientos de deberes y los daños causados o evitados, así como los casos repetidos y otros casos apropiados, que se describirán como ejemplos de casos anónimos. Los informes consolidados de la Confederación de Cajas de Enfermedad (*Spitzenverband Bund der Krankenkassen*) y de las Asociaciones Federales de Médicos Estatutarios del Seguro de Enfermedad (*Kassenärztliche Bundesvereinigungen*) se publicarán en Internet (§ 81a pf. 5, 6, 197a pf. 5, 6 SGB V).

El ámbito de actividad de los organismos responsables de la lucha contra los comportamientos indebidos, en el sistema de la salud pública, parece ambivalente. A veces, se les considera “servicios de Compliance” (Scholz, 2018, § 81a, n.º 1) y al contenido de los §§ 81a, 197a SGB V, 47a SGB XI como “obligaciones legales de Compliance” (Dannecker y Bülte, 2012, 1). Esto es obvio, porque el catálogo de tareas de los servicios, por un lado, el de seguridad y garantía de las asociaciones federales de dentistas (*Sicherstellungs- und Gewährleistungsauftrag der kassen(zahn)-ärztlichen (Bundes-Vereinigungen)*) (Huster, 2018, § 75, n.º 5 y ss., 16), por otro, el requisito de eficiencia económica (*Wirtschaftlichkeitsgebot*) (Trenk-Hinterberger, en Spickhof, 2018, § 12 SGB V, n.º 5; Scholz, 2018, § 81a, n.º 3) que se refiere, entre otras, a las compañías de seguros de salud, concretiza (con la contribución de las medidas de los servicios) que los actores concernidos de acuerdo con los §§ 81a, 197a del Código de Comercio de la República Federal de Alemania, SGB V, 47a y 47a del Código de Comercio de la República Federal de Alemania, cumplan sus deberes legales ante la comunidad. En efecto, se refieren a las tareas de los servicios solo en el borde de los componentes preventivos habituales de un sistema de gestión de Compliance, pero sobre todo los incumplimientos a la reacción a la posible mala conducta del pasado³⁷.

p. 1 (8); Fischer, 2019, § 258, n.º 11; Cramer, 2017, § 258a, n.º 8.

37 Sobre la cuestión de si las medidas que van más allá de la mera tarea de prevención en caso

En la jerga (*Diktion*) del trabajo de Compliance y de transparencia relacionada con la empresa (sobre los elementos individuales de “Criminal Compliance”. Cfr. Rotsch, 2015, § 2, n.º 23 y ss. con información adicional), la asignación de tareas para los servicios comprende, por lo tanto, actividades de investigación interna, un sistema de denuncia de irregularidades con fines de enjuiciamiento directo propio y penal, un centro de beneficios³⁸ para los responsables de los costes de los seguros de enfermedad públicos y, mediante obligaciones de información, un proceso de mejora continuo impulsado por los acontecimientos (*compliance remediation measures*) (sobre “Remediation” como “(Re-)Organisation de la Compliance” Idler y Waeber, 2016, p. 623 y ss.). Al fin y al cabo, las actividades de los servicios pueden tener ciertos efectos preventivos³⁹, que se derivan, por un lado, de las reclamaciones de honorarios y de los informes de sospecha que los servicios preparan para la fiscalía y que son susceptibles de disuasión y, por otro, de los informes que se publican en Internet, ya que en la actualidad presentan casos relevantes y los identifican como violaciones al derecho. Además del intercambio de información sobre la evolución de la situación, el Ministerio Fiscal, en el marco de su participación legal en el intercambio de los servicios, puede facilitar información —no vinculante— sobre los límites fácticos de los §§ 263, 266, 331 ss., 299 y ss. CP-DE (Dannecker y T. Schröder, 2017, § 299a, n.º 192; Hess, Juni 2018, § 81a SGB V, n.º 11).

Por consiguiente, los servicios también contribuyen a la eficacia de los §§ 299a y 299b CP-DE, en la medida en que muestran por sepa-

de que se detecte una violación de la ley forman parte de “Criminal Compliance”, véase Rotsch, 2015, § 1, n.º 40 con información adicional

- 38 Debido al éxito de la compensación de los daños contra los miembros del cártel, el Deutsche Bahn Group designa a su departamento jurídico responsable de ello como “Profit Center” en cuanto a los costes de explotación, véase Reimann, 2015, p. 55 y s. Pero, esta definición no puede cambiar el hecho de que la legislación alemana todavía no prevea indemnizaciones punitivas.
- 39 Sobre la discusión acerca de la eficacia real de los puestos de trabajo en la lucha contra las irregularidades, cfr. Kaempfe, 2018, § 197a, n.º 2; Steinhilper 2017, p. 464 y ss; Kerber, 2010, p. 90.

rado los estudios de casos de los nuevos delitos de corrupción. De este modo, se conocen las disposiciones penales y mediante las demandas de recurso y las denuncias por presuntos delitos, deviene claro que las infracciones no deben quedar impunes. En particular, dependiendo del grado de precisión de los informes que publiquen en Internet las Asociaciones Federales de Médicos Estatutarios del Seguro de Enfermedad y la GKV-Spitzenverband, las actividades de los servicios también deberían tener un efecto de aplicación, ya que una definición legal de las cuestiones fronterizas y de litigios, en particular en relación con los §§ 299a n.º 3, 299b n.º 3 CP-DE. En estas publicaciones —pero también en el contexto de las denuncias de sospecha— podría tener en cualquier caso una influencia conocida en la opinión jurídica general de las asociaciones de médicos estatutarios del seguro médico y de las cajas de seguro médico sobre el contenido y los límites de los §§ 299a y 299b CP-DE en relación con los grupos de causas. Un efecto amplio correspondiente de esta interpretación también podría resultar de la ya mencionada coordinación con asociaciones profesionales y fiscalías, así como de la ya discutida falta de jurisprudencia (del Tribunal Supremo). Además, no se puede descartar que las fiscalías y los tribunales penales, por su parte en el sentido de fuentes de conocimiento jurídico (para el término véase *supra* 3.2.1.), al menos, para una primera orientación, también se basen en la posición jurídica establecida en los informes y que, por lo tanto, los servicios, así como los agentes que las apoyan, influyan indirectamente en las actividades de implementación de los órganos de enjuiciamiento criminal.

Sin embargo, los tribunales tendrán que tener en cuenta el hecho de que las conductas punibles de la industria sanitaria y de los proveedores de servicios en el ámbito del seguro de enfermedad legal pueden, con frecuencia, producir pérdidas financieras a las cajas de seguros de enfermedad y que, por lo tanto, estas tienen un interés natural en garantizar que tanto las reclamaciones de resarcimiento por daños debidos a infracciones de las leyes de protección, como las competencias de investigación en materia de procedimiento penal, se basen en un

fundamento jurídico sustantivo tan amplio como sea posible. A este respecto, solo vale la pena recordar la controvertida cuestión del alcance de los daños y perjuicios en trampas contables, que hasta ahora ha tenido una relevancia mucho más práctica, y la controvertida interpretación del § 263 CP-DE por parte del Tribunal Supremo Federal en términos de accesoriedad de la ley de seguridad social⁴⁰. Al hacerlo, podría ser particularmente obvio utilizar los informes para contraponer a algunos autores que llegan a una comprensión muy restrictiva de los §§ 299a y 299b CP-DE respecto a cuestiones relevantes⁴¹. Por lo tanto, aparece, aunque también cuestionable, hasta qué punto la interpretación del derecho penal por parte de los actores del sistema de atención de la salud debería encontrar indirectamente su derrotero en el trabajo (futuro) de implementación de los tribunales. Esta cuestión se plantea aún más obvia y presumiblemente de mayor relevancia práctica para otra forma de interpretación e implementación de la nueva ley penal que al menos “representa la jurisprudencia”, a saber, las normas y las recomendaciones de Compliance de las empresas, asociaciones industriales y corporaciones públicas, que serán discutidas con mayor detalle más adelante.

3.2.3. Autorregulación soberana mediante los destinatarios de la norma y “derecho reflexivo”

Copia del original a solicitud del autor
 El intenso acompañamiento periodístico del proceso legislativo de los §§ 299a y 299b CP-DE, no solo en la literatura jurídica, sino también en las revistas especializadas y en los artículos de prensa, puede haber

40 BGH NStZ 1995, p. 85; BGH, NStZ, 2003, p. 313 (315); BGH, NJW, 2014, p. 3170 (3171 y s.); véase Dannecker, 2017, § 263 CP-DE, n.º 189; Satzger, 2017, § 263, n.º 268; Saliger, 2017, § 263 CP-DE, n.º 214; T. Schröder, 2019 (im Erscheinen), Kap. 5 A. (Betrug im Wirtschaftsverkehr), n.º 169.

41 Por un ejemplo de una interpretación restrictiva del concepto “Zuführung” (“pensión alimenticia”) conforme a los §§ 299a n.º 3, 299b n.º 3 CP-DE sostienen Schneider, 2016, p. 195 (202); Schneider y Ebermann, 2018, p. 67; Gaede, 2017, § 299a CP-DE Rn 29; otra opinión Dannecker y T. Schröder, 2017, § 299a, n.º 172; Schuhr, 2018, §§ 299a, 299b CP-DE, n.º 30; Rosenau, 2017, § 299a, n.º 29; Wissing y Cierniak, 2016, p. 41 (45).

hecho que se conozca más claramente la existencia del nuevo derecho penal (relativo a la corrupción) que en el caso de algunas innovaciones actuales del CP-DE en otros ámbitos (cabe mencionar las actuales ampliaciones del derecho penal sustantivo, de conformidad con los §§ 114, 238, 244 inc. 4, 323c inc. 2 CP-DE). También se puede suponer que la sensibilización fundamental que ya se ha producido por esta causa habrá llevado a muchos de los potenciales concernidos, como donantes o receptores, en virtud de las nuevas disposiciones penales, a que hagan verificar sus propias actividades por abogados (Gaede, 2018, p. 264). Además del asesoramiento jurídico individual, existen numerosas fuentes de información tanto para los profesionales de la salud como para los empleados de la industria de la atención sanitaria. Los médicos, por ejemplo, pueden recurrir a folletos informativos⁴², artículos en revistas médicas (por ejemplo, Eibl y Schulenburg, 6/2016, p. 22; Kieckbusch, 2017, p. 20; Maier, 2016, p. 469; Schiller y Richter, 2016, p. 360), eventos de formación continua⁴³ y a los nuevas “centros de intercambio de información”⁴⁴ para su formación jurídica posterior. Las empresas

42 Consultar, por ejemplo, el folleto “Auf Nummer Sicher”, publicado por la *Kassenärztliche Vereinigung Baden-Württemberg*, la *Landesärztekammer Baden-Württemberg* y la *Landesärztekammer Baden-Württemberg*, en octubre del 2016. Recuperado de <<https://bit.ly/2Peukav>>. Consulta: 3 de enero del 2019; el folleto “Er erlaubte Kooperationen versus Korruption”. Consulta del 14 de diciembre del 2017. Recuperado de <<https://bit.ly/3bVHh2T>>. Consulta: 3 de enero del 2019, o el folleto “Richtig kooperieren” der *Kassenärztlichen Bundesvereinigung* aus dem Oktober 2016. Recuperado de <<https://bit.ly/2HLy4MJ>>. Consulta: 3 de enero del 2019.

43 Cfr. *pars pro toto* “Das Antikorruptionsgesetz: Was kommt auf Ärztinnen und Ärzte zu?”, Informationsveranstaltung der Ärztekammer Niedersachsen und der Kassenärztlichen Vereinigung Niedersachsen zur Korruption im Gesundheitswesen am 17.8.2016 in Hannover. Recuperado de <<https://bit.ly/37OVgEc>>. Consulta: 3 de enero del 2019.

44 La Ärztekammer des Saarlandes und die Kassenärztliche Vereinigung Saarland ofrecen presentar los contratos existentes o de nueva redacción para su revisión en una oficina conjunta de compensación. Recuperado de <<https://bit.ly/2V9TmLV>>. Consulta: 3 de enero del 2019. En lo que respecta a la cooperación prevista en los §§ 81a y 197a del SGB V para los “organismos de lucha contra las faltas de conducta en el ámbito de la asistencia sanitaria” (que debe llevarse a cabo con la participación de las cámaras profesionales) y, en particular, en lo que respecta a la comunicación de las sospechas de estos organismos a la fiscalía, de conformidad con el § 81, apartado 4, y el § 197a, apartado 4, del SGB V, puede ser más seguro que el médico consulte directamente a un abogado, en función de

de las industrias farmacéutica y de productos médicos participan en iniciativas de autorregulación⁴⁵, se añaden para los colaboradores normas internas de conducta obligatorias para tratar con los profesionales de la salud, como parte integrante esencial del sistema de gestión de Compliance, cuya necesidad de adaptarse a los §§ 299a, 299b CP-DE deberá ser largamente examinada y, en todo caso, verificada (Kubiciel, 2018, pp. 171 y 175). Así pues, existen importantes requisitos previos para una aplicación efectiva de las nuevas, ahora normas de conducta, que ya han sido penalizadas (ver *supra* 2.3.1.), aunque, como ya se ha mencionado, todavía no se han aportado pruebas de la eficacia causal de las disposiciones penales y de las medidas de autorregulación relativas a ellas (sobre la situación ambivalente de la investigación sobre la eficacia de las medidas de Compliance, Kölbl, 2017, p. 430, 440 y ss.). Por otra parte, la “eficacia” del nuevo derecho penal está en cualquier caso mucho más en tela de juicio si se considera que su objetivo no es únicamente la omisión de los comportamientos tipificados penalmente, sino, en general, la contención de tales decisiones profesionales médicas, que están marcadas por conflictos de intereses y consideraciones irrelevantes (ver *supra* 3.2.3.A., n. 17). Sin embargo, esta contribución está interesada sobre todo en la implementación del programa de los §§ 299a, 299b CP-DE, la preparación generalizada —y no inverosímil— de la concordancia con el derecho penal de los nuevos códigos profesionales, folletos de KV, directrices de Compliance de las empresas, etc., los nuevos códigos de industria, los folletos de KV (seguir, en el siguiente subordinado).

Esto significa que la atención ya no se centra en el problema de si la nueva ley es eficaz, sino en la cuestión de *qué* normas son eficaces y

cada caso concreto; véase Dannecker y T. Schröder, 2017, § 299a, n.º 192; Geiger, 2016, pp. 172 y 174.

45 Por ejemplo, las asociaciones registradas, “Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie”. Recuperado de <<https://bit.ly/2uVd4jW>>. Consulta: 3 de enero del 2019, y “Arzneimittel und Kooperation im Gesundheitswesen”. Recuperado de <<https://bit.ly/38NTWmx>>. Consulta: 3 de enero del 2019; dazu näher Dieners, 2010, Kap. 4, n.º 1 y ss; Kap. 11, n.º 1 y ss; C. Jäger, 2017, pp. 694 y 700; Krüger, en Rotsch, 2015, § 20, n.º 53 y ss.

cómo deberían funcionar. Para esta cuestión de los efectos de la implementación de la autorregulación soberana, debería hacerse de nuevo una distinción, por un lado, entre sus efectos directos en la jurisprudencia y, por otro, sus posibles repercusiones en la futura jurisprudencia de los tribunales penales.

A. Efecto directo de la implementación de las normas de Compliance, siempre que se cumpla (*qua Befolgung*)

Si se acepta la conclusión, expresada con cautela, de que “el nuevo derecho ciertamente parece tener un efecto” (Gaede, 2018, pp. 264 y 272) y si las recomendaciones o especificaciones de Compliance contribuyen de manera esencial, parece obvio atribuir un efecto de implementación también a estas directrices. En el sentido de un “control contextual” (sobre esclarecimiento de este concepto Hans Christian, Röhl, 2008, p. 252 ss.), la amenaza de sanción de los §§ 299a y 299b CP-DE y las demás consecuencias jurídicas de la realización de un tipo legal (o incluso solo de un hecho probatorio apropiado para iniciar la investigación fiscal) a expensas de las personas “naturales” y jurídicas es, en efecto, la ocasión y el objeto de referencia de las recomendaciones e instrucciones de actuación no jurídicas, pero estas no se limitan completamente a la reproducción de los nuevos tipos legales penales. Más bien, tiene lugar una reorganización múltiple (Kuhlen, 2010, p. 875, 888 y s.). Esta puede consistir en explicaciones didácticas de los elementos constitutivos del tipo legal y de situaciones particularmente importantes para el grupo concernido. Las directrices tratarán regularmente de proteger a las personas afectadas y a sus organizaciones contra el inicio de investigaciones y las consecuencias perjudiciales (para la reputación) de las medidas de investigación resultantes (Rotsch, 2015, § 1, n.º 45). Además, las recomendaciones de acción relativas a los §§ 299a y 299b CP-DE se fusionan con las recomendaciones relativas a otros delitos de corrupción (es decir, en particular los §§ 331 y ss., 299 CP-DE) y otras disposiciones jurídicas, surge, para la *Antikorruptions-*

Compliance y ante los solos elementos típicos, la amplia protección del cumplimiento de las normas anticorrupción y abstraída, en el período previo del dominio de aplicación jurídico material (sustantivo) de los tipos legales⁴⁶. También pueden surgir otros fines de regulación, como la protección de la reputación de la industria o de la empresa o la consideración del derecho (penal) extranjero, siempre que la organización responsable del cuerpo de la regulación quede expuesta debido a sus actividades comerciales internacionales.

Si se siguen las recomendaciones y la regulación en la aplicación ulterior de los §§ 299a y 299b CP-DE, la labor de prevención relacionada con las normas de conducta del derecho penal puede tener éxito, sin tener que recurrir a la regla de aplicación, dirigida a todos los que deben aplicar la ley, las consecuencias jurídicas en caso de que se cometa el delito o incluso solo el proceso de juzgamiento necesario para esto. Por esta razón, se considera que la estrategia reguladora “Compliance” tiene un futuro prometedor (Taschke, 2018, p. 7 y ss; Kubiciel, 2018, p. 171 (175); el mismo, 2016, pp. 1 y 4); Kuhlen, 2010, p. 875; Badle, 2015, p. 139 y s.). Sin embargo, desde el punto de vista de la implementación, sigue siendo dudoso que los actores de la autorregulación estatuida puedan contribuir de manera convincente a la concreción de la nueva legislación penal. Más bien, se sugiere que las recomendaciones de acción publicadas bajo la regla del “principio de precaución penal” transmitan, al menos, la vaguedad del programa legal, si es que ni siquiera lo intensifican, en ausencia de jurisprudencia. Se insta a las personas destinatarias de los reglamentos a que renuncien al margen de maniobra existente en virtud del derecho sustantivo. Este considerable “recargo de seguridad” se debe no solo a la (todavía) falta de directrices judiciales para los casos límites de los §§ 299a y 299b CP-DE, sino también a la posición inicial de los hechos (especialmente en relación con la “convención ilegal”). La misma que es notoriamente difusa en el derecho penal relativo a la

46 Por ejemplo, los principios de separación, transparencia-aprobación, documentación y equivalencia —o normas comparables de autorregulación preventiva— que se especifican con más detalle en el FSA-Kodex Fachkreise; para más información, véase *supra* n. 45.

corrupción y que sigue existiendo independientemente de este, y cuya clarificación puede dar lugar a medidas de investigación intensivas (de intervención) por parte de las autoridades investigadoras en caso de que existan al menos sospechas iniciales (*Anfangsverdacht*).

Las regulaciones a nivel de Compliance establecidas mediante la legislación penal sobre corrupción pueden, por lo tanto, conducir a una mayor eficacia de las normas de conducta estatales. Sin embargo, la implementación del programa de normas, que necesita ser concretada y, principalmente, en manos de las empresas de derecho público y de las empresas privadas—hasta ahora— tiende a que quienes están sujetos a la norma punitiva, en vista de la amenaza de castigo y de los poderes de la fiscalía para intervenir, se impongan a sí mismas nuevas restricciones a la acción, es decir, límites ampliados en comparación con los límites de los tipos legales. Este nivel secundario de la distribución de la libertad en el derecho penal no solo es digno de discusión por las restricciones individuales adicionales a la acción que conlleva, sino también por la interferencia en la competencia en el sistema de atención de salud, especialmente en lo que respecta a las formas de cooperación que se desean por razones de eficiencia (Dannecker y T. Schröder, 2017, § 299a, n.º 65; Brettel y Mand, 2016, pp. 99 y 106; Duttge, en Kubiciel y Hoven, 2016, p. 28 y s.).

Copia del original a solicitud del autor

Por el contrario, en cualquier caso, en relación con los actuales estudios de eficacia (ver *supra* 2.3.A, n. 17), no se puede suponer de manera irrefutable que las recomendaciones e instrucciones para la acción de los códigos y directrices de Compliance, que ya contrarrestan la apariencia de un conflicto de intereses delictivo, se deban únicamente a la percepción interna de que deben evitarse las consideraciones irrelevantes en los procesos de toma de decisiones en las profesiones de la salud por el bien de las instituciones afectadas y del público en general. Por lo tanto, el telón de fondo de amenaza de un procedimiento de investigación, más bien motivador de la acción, puede servir como una meta deseable (a saber, evitar algunos conflictos de intereses en el sistema de atención de

salud más allá de los límites fácticos de los tipos legales de los §§ 299a y 299b CP-DE), pero este resultado se orienta explícitamente hacia la prueba de una conducta típica⁴⁷. Los procedimientos de investigación, que se apoyen en graves medidas coercitivas y tiendan a producir efectos colaterales, se deben a su capacidad para producir efectos preventivos, —también y justamente a través de medidas de autoregulación que ya actúan contra el inicio del procedimiento— y, por lo tanto, deben seguir siendo cuestionables en virtud del Estado de derecho y de la ley de libertad⁴⁸.

B. Los delitos de los §§ 299a y 299b CP-DE - ¿El derecho penal según el principio de cooperación entre el Estado y los particulares?

La aplicación de los §§ 299a y 299b CP-DE por parte de las empresas y agentes privados, que ya se está llevando a cabo, debe separarse de la cuestión aún hipotética (aunque ya debatida respecto al resto de la legislación penal relativa a la corrupción) de si estos códigos de conducta y recomendaciones prejurídicos se tienen o deben tenerse en cuenta en la interpretación judicial de los elementos típicos de “deslealtad” (*unlauterkeit*), en particular para dar a los tipos legales penales plenamente su “impronta de ilicitud” (Kubiciel, 2018, pp. 171 y 175).

Aunque, por lo que se puede ver, aún no han sido objeto de estudios empíricos, los profesionales expresan la experiencia o la expectativa de que los códigos profesionales y reglamentos de Compliance tengan un efecto indicativo o de precedente para la interpretación del derecho penal sobre la regulación legal referente a la corrupción y a la concurrencia

47 Las autoridades fiscales no se acercan a la paz jurídica que pretende el proceso penal y su conclusión en el sentido de una “comisión de la verdad”, mucho más el proceso penal tiene como objetivo principal el objetivo de la condena; véase T. Schröder, 2016, pp. 121 y 126 con información adicional.

48 Contra Kuhlen, 2010, p. 888, la comisión también ha hecho mayor hincapié en el hecho de que los participantes en el mercado que están vinculados por el FSA-Kodex parecen estar en condiciones, debido a su proximidad con el asunto, de elaborar y aplicar las normas de manera que las partes interesadas puedan vivir con ellas en general.

por parte de los tribunales y los fiscales, también en lo que respecta a las violaciones de una directriz y su importancia para la afirmación de un convenio ilegal (Taschke y Schoop, en Rotsch, 2015, § 21, n.º 16; Hugger, 2012, pp. 65 y 67; Dieners, 2010, Kap. 11, n.º 21). Esta influencia de los códigos profesionales y otros reglamentos de Compliance en la interpretación de los delitos penales se considera, en parte, como un “derecho penal reflexivo”, significativo y metodológicamente prometedor (Kubiciel, 2018, pp. 171 y 175; el mismo, 2016, pp. 1 y 4; Badle, 2015, p. 139 y s; Taschke y Schoop, 2015, § 21, n.º 11). Los tipos legales penales serían de este modo, aunque no sean consideradas normas estatales, completadas suficientemente por este derecho flexible y, por lo tanto, se “endurecerían”. Así, la regulación privada tiene un efecto sobre la estatal, por ejemplo, al interpretar la característica “deslealtad” (Kubiciel, 2018, pp. 171 y 175).

Sin embargo, este principio de cooperación en materia penal entre parlamentarios y otros “legisladores” parece cuestionable en principio —y sobre todo en lo que se refiere al derecho penal sobre la corrupción— y, en cualquier caso, estar condicionado a requisitos previos. A continuación, se explican con más detalle cinco puntos críticos.

En primer lugar, las preocupaciones constitucionales (penales) contra el “derecho penal reflexivo” pueden surgir si el juez del tribunal penal tuviera que tener en cuenta la regulación privada y corporativa en el sentido de una fuente de derecho vinculante⁴⁹. Entonces, la concreción sustantiva de los elementos jurídico-normativos relativamente indeterminados del tipo legal —que, según la interpretación del BVerfG, incumbe al juez de conformidad con el art. 103.2 de la Ley Fundamen-

49 Es cierto que tal exigencia no puede imponerse fácilmente a los defensores del derecho reflexivo, a pesar de algunas formulaciones ambivalentes. Sin embargo, al revés, el derecho reflexivo seguiría siendo algo insustancial si los códigos de asociaciones y los requisitos de compliance interno de la empresa solo se categorizaran como dos de las innumerables fuentes de conocimiento jurídico en el sentido sociológico jurídico. El “derecho reflexivo”, en consecuencia, parece moverse en una especie de limbo entre estos dos mundos, y su estatus ya requiere mayor especificación; al respecto Hans Christian, Röhl, 2008, p. 254.

tal— equivale precisamente al resultado que se le negaría al legislador en el caso de una técnica de regulación de remisiones generales dinámicas escogida en su lugar⁵⁰, ya que de este modo se produciría una delegación de la competencia legislativa a los actores privados, prohibida de conformidad con los arts. 80, 103 y ss. de la Ley Fundamental (Schünemann, 1987, p. 391; ver también BGH GRUR 2011, pp. 431 y 432, sobre interpretación del art. 3 UWG); Theile, 2015, § 34 A, n.º 28; el mismo, 2017, p. 913, 915 y s.). Es cierto que el juez de un tribunal penal ha de tener en cuenta el derecho privado confidencial inter partes. Esto es válido, por ejemplo, respecto a una obligación pecuniaria acordada contractualmente, cuya violación debe ser procesada por el juez, en un proceso de subsunción en relación con el § 266 CP-DE. Sin embargo, no se desliga de esta aplicación de la ley por el hecho de que las partes hayan acordado, como partes de un contrato, sobre una actividad de gestión de bienes, que determinados incumplimientos contractuales “son abusos de confianza de conformidad con el § 266 CP-DE”. Sin embargo, incluso si los conjuntos de normas privadas solo se consideran fuentes no vinculantes de conocimiento jurídico para el juez, es necesario que este sitúe su propio juicio en el centro de la aplicación del derecho positivo y permita su reconocimiento. Por lo tanto, para el uso de la prueba personal del perito, se reconoce que este no puede eximir al juez de responsabilidad por su juicio basado sobre los hechos establecidos BGHSt 8, 113 (117 y s.); 45, 164; Senge, 2013, Vorbem. zu den §§ 72 y ss., n.º 1; Krause, 2018, Vor § 72, n.º 4 y s.). Respecto a las cuestiones a aclarar, de conformidad con los §§ 299a y 299b CP-DE y en el marco de un convenio ilícito, sobre si existe un convenio mutuo en cuanto a la existencia de un acuerdo y si la ventaja deseada sea ilícita, es en cualquier caso cuestionable si están pendientes a la prueba de un perito (a tal efecto, inmediatamente, “cuarta”).

50 Sobre los límites de la técnica del reenvío mediante leyes en blanco en la perspectiva del art. 103 inc. 2 GG, cfr. Cornelius, 2016, p. 306 y ss., 475 y s; Dannecker, 2007, § 1, n.º 148 y ss; Schuster, 2012, p. 258 y ss; T. Schröder, 2015, p. 321, 330 y ss.

En segundo lugar, pueden surgir dudas sobre la medida en la que las normas, que deben tener en cuenta las autoridades encargadas de la persecución penal, tienen suficiente uniformidad y, si la respuesta fuera negativa, puedan, a pesar de todo, reivindicar un carácter vinculante general. Lo más fácil es que los códigos de conducta aún reconocidos por las asociaciones del sector conduzcan a una normalización de las normas de conducta, la cuestión sigue siendo por qué los competidores individuales deberían estar expuestos a un mayor riesgo de responsabilidad penal simplemente porque deciden no tener en cuenta las propuestas de conducta de su sector. Además del hecho de que, por ejemplo, los fabricantes de productos farmacéuticos, por un lado, y los fabricantes de productos sanitarios, por otro, publiquen sus propios códigos (cfr. Badle, 2015, p. 139 y s.), queda el problema de si las recomendaciones no son congruentes, o bien surge el riesgo de una imagen incoherente de deslealtad en relación con los §§ 299a y 299b CP-DE, o bien el tribunal tiene que tomar una decisión a favor de una de las dos normas y, por lo tanto, evaluar a los empleados de las empresas farmacéuticas según la escala de los códigos profesionales de la tecnología médica. Por último, no existen criterios sobre cuál de los códigos debe utilizarse como base para concretar una norma, —si existen recomendaciones diferentes y respectivamente reconocidas para la misma industria— también en términos de contenido (sobre los distintos códigos para la industria farmacéutica, Badle, 2015, pp. 139 y 140; Kuhlen, 2010, p. 879 y ss.). Debido a la existencia de recomendaciones contradictorias para las acciones en cuestión en los procedimientos (por ejemplo, para los límites de valor en cuanto a las invitaciones y al patrocinio de la formación continua), el juez probablemente se vería imposibilitado de decidir libremente sobre el catálogo de recomendaciones a utilizar, en la revisión preliminar o circunstancial, sobre el convenio ilícito.

Por estas razones, la idoneidad de las directrices de Compliance específicas de la empresa para contribuir a una concreción cooperativa y uniforme de los §§ 299a y 299b CP-DE, junto con el modelo jurídico, parece muy dudosa, en cualquier caso. Como ya se ha mencionado, las

regulaciones particulares de normas de las compañías farmacéuticas y de productos médicos constituyen el fruto de las más diversas consideraciones, propósitos y ponderación mutua, de modo que su consideración tendría que llevar a desplazar este mosaico de requisitos de comportamiento, por así decirlo, sobre la base de los §§ 299a y 299b CP-DE. Además, según el §§ 299a CP-DE, los profesionales de la salud no son los destinatarios de estas normas desde el principio, del mismo modo que las directrices de Compliance, por ejemplo, de las cámaras profesionales o asociaciones de médicos acreditados por el SHI, no están adaptadas a los empleados de las empresas farmacéuticas. También parecería casi arbitrario que los organismos encargados de la aplicación de la ley utilizaran un nivel comparativamente alto de publicidad para un conjunto de normas de Compliance comunicadas por una determinada empresa como directrices para toda una industria. En este caso, por ejemplo, la posible conclusión de un convenio ilícito por parte del empleado del departamento de ventas de la empresa alemana “X” estaría prohibida (*indiziert*) o perjudicada por el hecho de que la empresa alemana y sus colaboradores, por ejemplo, se han impuesto estándares severos. Debido a que: a) desea causar una impresión de cooperadora a las autoridades estadounidenses con las que está negociando la fijación de la sanción en un proceso penal, b) los posibles socios comerciales suecos han establecido una regulación como requisito previo para una transacción comercial o c) la empresa y se ha comprometido a convertirse en “líder ético” (*ethical leader*) en el sector industrial correspondiente. En este último caso, en particular, un cumplimiento fingido debido más a las relaciones públicas que a serios esfuerzos de prevención (obviamente también conocido como “Compliance de papel” (*Compliance Paper*) (Hugger y Röhrich, 2010, pp. 2643 y 2646) podría amenazar con incriminar a aquellos competidores que se habían comprometido con estándares de más fácil implementación —y por lo tanto más efectivos— y en consecuencia renunciar a una “carrera hacia la cima” (*race to the top*)⁵¹.

51 Kuhlen, 2010, p. 889; Kuhlen, 2009, p. 11 (22 y ss.); p. A. Zimmermann, 2014, p. 92 y ss., 247 y ss; Theile, 2017, p. 913 (916); Theile., 2015, § 34 A, n.º 31 y s; Rotsch, 2010,

En tercer lugar, los códigos profesionales, los reglamentos de Compliance corporativo y otras directrices contienen la finalidad antes mencionada, que es difícil de separar en el texto mismo el conjunto dispar de finalidades, aclarar la situación jurídica sustantiva, evitar los enfoques de investigación de los fiscales y otros elementos de protección de la reputación, etc.⁵². Por lo tanto, es probable que las fiscalías y los tribunales se enfrenten a dificultades considerables para clasificar el código de conducta violado por el acusado como una posición normalizadora en materia de derecho penal sustantivo. Por el contrario, la infracción solo puede demostrar claramente que el destinatario de la recomendación o instrucción de conducta no respeta las directrices, que tenían por objeto evitar que se encontrara en una situación en la que los organismos encargados de la aplicación de la ley sospecharan de un acto de corrupción. De este modo, el conjunto de normas confirma en última instancia a los fiscales o jueces la situación procesal —todavía incierta— en la que se encuentran en la actualidad, lo que impide obtener otra prueba de que se haya llegado a un convenio ilícito. Sin embargo, es precisamente el examen forense de los conjuntos de normas concebidas simultáneamente para prevenir los delitos penales, por una parte, y los procedimientos de investigación, por otra, lo que entrañaría el riesgo de prorrogar la desaprobación penal (*Unwerturteil*)⁵³.

En cuarto lugar, sigue siendo cuestionable si los conjuntos de reglas no jurídicas contribuyen de alguna manera a la aplicación, aun cuando no se utilicen para la determinación indicativa de un acuerdo de reciprocidad

p. 614 (616); Rotsch, 2015, § 2, n.º 5, 11; Bock, 2011, p. 209, 226 y s; Hugger, 2012, pp. 65 y 67.

- 52 Ver *supra* 3.2.3.A) Un ejemplo típico de estos diseños mixtos es el Catálogo de preguntas sobre la ley de lucha contra la corrupción en la asistencia sanitaria, publicado por el *Bundesärztekammer* el 29.1.2018. Recuperado de <<https://bit.ly/2PdQrsV>>. Crítica: T. Schröder, 2018, p. 207 y ss.
- 53 Kuhlen, 2010, p. 889; Kuhlen, 2009, p. 22 y ss. Respecto a preocupaciones similares en relación con el derecho mercantil, que, sin embargo, se centran más en una tendencia a la expansión de la interpretación del derecho sustantivo por parte de los particulares, véase Sosnitzka, 2014, Teil I, n.º 58.

(deseado), sino como precedente de elementos del tipo normativos (en este caso: preferencia “de manera desleal”). Los defensores de un derecho reflexivo parecen estar seguros, en este contexto, de que los actores del sistema de salud, en sus reglas profesionales de autorregulación, determinarán independientemente qué comportamiento competitivo, en ciertas constelaciones de cooperación y otras actividades profesionales, debe ser considerado como “lícito” o “ilícito” de acuerdo con los estándares de los sectores profesionales. Los códigos y otras directrices de cumplimiento podrían entonces, como se ha discutido durante mucho tiempo respecto a las fuentes legales (cognitivas) de los delitos de negligencia y el derecho administrativo (ambiental), ser utilizados, por ejemplo, como “documentación de la práctica honesta” (*dokumentation der redlichen praxis*) (Schünemann, 1987, p. 386, sobre la importancia procesal de las reglas técnicas) o como opiniones de expertos anticipadas⁵⁴. En relación con esta última calificación, podría incorporarse asociativamente que la actividad del experto en procedimientos penales no se limita únicamente a impartir conocimientos científicos, sino que las prácticas comerciales o un determinado ejercicio de la industria también pueden ser objeto de un dictamen pericial (Krause, 2018, Vor § 72, n.º 2 con información adicional).

Sin embargo, ya es dudoso que las definiciones sustantivo-jurídicas de las directrices de Compliance —si estas van en contra del escepticismo recién expresado (ver arriba, “En tercer lugar”, así como 3.2.3.A) respecto al programa global de prevención total (y, por lo tanto, adaptado al concepto de equidad en el derecho penal)— sean de hecho el resultado de un examen de los valores y de las prácticas comerciales prevalecientes en el sistema de atención de la salud y de un convenio escrito sobre los puntos de vista del profesional medio razonable y decente. Más bien, es obvio que los principios, normas y recomendaciones, que se orientan principalmente a evitar la responsabilidad y la culpa, se orientan de ma-

54 BVerwGE 55, 250 (256); Breuer, 1978, p. 28 (34 y ss.); contra BVerwGE 72, 300 (320); Rittstieg, 1983, p. 1098; Rudisile, 2018, § 98, n.º 112; Sandler, 1986, p. 2907, 2913; Schünemann, 1987, p. 384 y ss.

nera predominante sobre los resultados de un análisis de la jurisprudencia pertinente (y, además, de la doctrina jurídica), por tanto, representan un pronóstico del comportamiento que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y otros reguladores estatales exigirán a los protagonistas concernidos. Las regulaciones de Compliance podrían formular así regularmente una expectativa de expectativas (*Erwartungserwartung*) alineada con la práctica forense. Por lo tanto, pueden describirse como peritajes jurídicos sobre el derecho interno elaborados posteriormente para un público no especializado. Sin embargo, el objeto de un dictamen pericial en un proceso penal no puede naturalmente ser la legislación nacional (*natürlich nicht*) (Trück, 2014, § 72, n.º 4), y las autoridades fiscales no deberían seguir los intrincados caminos de la regulación privada para visualizar sus propias sentencias y otras prácticas de toma de decisiones.

En quinto lugar, incluso más allá de las reservas constitucionales ya expresadas como primer punto crítico, sigue siendo cuestionable si —y en este caso debe asumirse que las normas privadas contienen realmente una posición autónoma sobre las prácticas comerciales lícitas e ilícitas⁵⁵— la conclusión evaluativa de los elementos constitutivos normativos del tipo legal del derecho penal debe ponerse en manos de los destinatarios de la norma.

En la doctrina en materia de equidad, se consideró fundamentalmente legítimo y sensato esforzarse por lograr un consenso entre los

55 El BGH —GRUR 2011, 431 (432)— por otra parte, alega que, en el mejor de los casos, de los estatutos de la asociación puede deducirse si existe una determinada práctica fáctica en el público pertinente. Lo habitual, sin embargo, no debe convertirse en la regla. Esta objeción adicional a la consideración forense de la autorregulación es ciertamente digna de aprobación, dependiendo del conjunto de normas, pero no parece convincente negar en general a todos los autores de los diversos códigos sectoriales, conjuntos de normas de cumplimiento, etc. la capacidad de distinguir las normas de conducta anteriormente habituales de las deseadas en el futuro en la competencia y expresar esta diferenciación en conjuntos de normas; Sosnitzer, 2014, Teil I, n.º 58. Por lo tanto, en este caso la cuestión debería ser si precisamente los conjuntos de normas sublegales a los que se puede conceder el derecho a destacar o a querer destacar, en cuanto al contenido de lo que ha sido habitual en la industria hasta la fecha, deberían servir de precedente en el marco de la labor de concreción de los órganos de enjuiciamiento criminal.

empresarios mediante los anuncios correspondientes, limitar los inconvenientes mediante la autorregulación y, por lo tanto, no solo aliviar a los tribunales, sino también evitar las intervenciones legislativas planificadas (estas últimas solo han tenido éxito en cuanto a la cobertura de las normas con respecto a los §§ 299a y 299b CP-DE)⁵⁶. No obstante, se requiere la mayor moderación en la evaluación y el uso de las autorregulaciones formuladas por las asociaciones para la determinación judicial de un comportamiento competitivo lícito e ilícito. A menudo, se trata de intentos más o menos abiertos de ejercer una influencia selectiva sobre la jurisprudencia del derecho de la competencia leal, lo que también es a menudo muy cuestionable desde el punto de vista del derecho de la competencia, especialmente porque también se puede ejercer presión sobre los foráneos⁵⁷. Esta breve mirada lateral sobre el derecho de los carteles ya demuestra que la falta de control estatal no tiene por qué conllevar una mayor libertad para todos los participantes en el mercado, e incluso la autorregulación en sí misma puede ser objeto de carteles contrarios a la libre competencia (Sosnitza, 2014, Teil I, n.º 58).

Por si solo, este peligro abstracto de influencia en la implementación legal del derecho, basada en el interés económico propio, no debería convertirse en un requisito, también para el derecho penal, de que todo lo que ocurre en un caso individual concreto, dentro de las “barreras de contención” trazadas por la autorregulación, sea aceptado por el Estado

56 Sosnitza, 2014, Teil I, n.º 46. Para un catálogo más completo y uniforme de las ventajas y desventajas de la autorregulación regulada, independientemente de sus diferentes manifestaciones, véase, Eifert, 2012, § 19, n.º 58 y ss; Sieber: 2008, p. 449, 475 y s.

57 Sosnitza, 2014, Teil I, n.º 46, 58; Sosnitza, 2016, § 3, n.º 29. En este contexto, cabe señalar que en los dos grupos de autorregulación de la industria farmacéutica ya mencionados (véase la n. 155), que están organizados como asociaciones, ninguna empresa es miembro de ambas asociaciones al mismo tiempo, y que es más probable que a la FSA se unan grupos con actividad internacional, mientras que AKG parece dirigirse más a empresas medianas. Por otra parte, ambas asociaciones convienen en que, de conformidad con sus estatutos, consideran que su tarea consiste en perseguir las infracciones de la legislación en materia de competencia cometidas por no miembros (es decir, por competidores que no se hayan sometido a los respectivos códigos y órganos de arbitraje y arbitraje) mediante advertencias y, en su caso, acciones de expulsión y medidas cautelares.

y no sea perseguido penalmente (así, Taschke y Schoop, 2015, § 21, n.º 11; la referencia hecha a efectos de dicha confirmación Kuhlen, 2010, p. 875, 888 y s. Otra opinión en todo caso Theile, 2017, pp. 913 y 916). Por el contrario, una característica protectora de la regulación de Compliance contra las actividades de los organismos de aplicación de la ley constituye el hecho de que identifican con precisión las circunstancias que aumentan el riesgo de responsabilidad penal y de procesamiento. Sin embargo, no se puede exigir un *noli me tangere* únicamente porque se hayan creado reglamentos autorreguladores. De lo contrario, podrían tenerse en cuenta intereses particulares bien organizados, en lugar de intereses de bienestar público, y estos efectos podrían entonces ser salvaguardados por el Estado a través de las formas de acción de los órganos de persecución penales (Eifert, 2012, § 19, n.º 60). Por lo tanto, las fiscalías y los tribunales siguen obligados a examinar el comportamiento concreto del mercado de forma autónoma, con independencia de cualquier conjunto de normas de autorregulación existentes y, en particular, teniendo en cuenta también los intereses de los demás participantes en el mercado y de la comunidad en general (así, ya para la ley de competencia desleal, Sosnitzer, 2014, Teil I, n.º 59).

Sin embargo, independientemente de la preocupación de que los actores más poderosos del mercado de la salud puedan (también) moldear la regulación de la corrupción y de la competencia desleal, en particular las áreas marginales hasta ahora borrosas, de acuerdo con sus propias preferencias, debe cuestionarse también la idea reguladora fundamental subyacente. Es básicamente apropiado e inevitable que las fiscalías y los tribunales recurran a normas privadas para la aplicación de las normas y asuman los conocimientos almacenados en estas normas de forma diferenciada, dándoles un carácter indicativo o interpretándolas como una ayuda para la orientación y la toma de decisiones o bien como una oferta de interpretación (Eifert, 2012, § 19, n.º 63; más sobre el particular desde el punto de vista del derecho penal, Schünemann, 1987, p. 367 y ss.). En este contexto, estas normas y recomendaciones inferiores jurídicamente son incluso más significativas, en cuanto el concepto jurídico se refiere a

hechos (Eifert, 2012, § 19, n.º 63). Por lo tanto, también en lo que concierne al principio de instrucción de oficio, tiene sentido que los órganos de enjuiciamiento penal incluyan normas elaboradas por instituciones privadas con el asesoramiento de expertos y la participación del público especializado, como las directrices de la CDI, las normas DIN u otros conjuntos de normas, en el marco de la necesaria evaluación exhaustiva de las circunstancias del caso individual (Große Vorholt, 1997, p. 176 y ss. Así también, BVerwGE 29, 254, 264, para la problemática paralela en los procedimientos administrativos de los tribunales). Sin embargo, incluso estos reglamentos contienen inevitablemente evaluaciones, en caso de que, por ejemplo, representan una solución de compromiso entre los puntos de vista controvertidos de los expertos que participan en el proyecto de la norma o si el establecimiento de una norma de seguridad particularmente elevada tuvo que sopesarse con los aspectos económicos⁵⁸. Sin embargo, cuanto más concierne la implementación de la norma a aquellos hechos cuya interpretación ya requiere previamente una importante evaluación (sobre el contenido de valoración como característica de los elementos normativos del tipo legal Kuhli, 2018, p. 124 y ss., 154 y s.), cuanto más se debe limitar la interpretación judicial de la ley a considerar las reglas y directrices jurídicas inferiores desarrolladas para la interpretación de los elementos normativos del tipo legal como una declaración no vinculante y sin contenido de precedente judicial⁵⁹. De lo contrario, la toma en consideración necesaria de todo el sistema jurídico en el trabajo de subsunción judicial en favor de un diálogo firme con los trabajos preparatorios privados, supuestamente servidos en una bandeja de plata y que acorta considerablemente el laborioso proceso de

58 Debido a la influencia no desdeñable de las evaluaciones de la política jurídica, la categorización de las Technischen Anleitungen (en particular “TA Luft” y “TA Lärm”) como dictámenes periciales anticipados en el derecho administrativo ha sido rechazada en gran medida, véase, Rudisile, 2018, § 98, n.º 112 con información adicional.

59 Sin embargo, para un efecto indicativo de los conjuntos de normas privadas para la aplicación de la legislación penal estatal Theile, en Rotsch, 2015, § 34 A, n.º 35 y ss; Theile, 2017, pp. 913 y 916; Kuhlen, 2010, p. 886 y ss.

búsqueda del derecho, amenaza con atrofiar la baja contradicción y la aplicación sistemática, la concreción y la formación continua de la ley.

4. ¿PROBLEMAS DE APLICACIÓN COMO CONFIRMACIÓN DE LA FALTA DE CONTROL DE LA ECONOMÍA A TRAVÉS DEL DERECHO (PENAL)?

Los déficits de aplicación, mencionados anteriormente, han puesto de relieve problemas específicos del derecho, en particular las incertidumbres de derecho sustantivo y probatorias del derecho penal sobre la corrupción, la configuración insatisfactoria de los §§ 299a y 299b CP-DE y su entorno normativo sumamente complejo, una falta disfuncional de jurisprudencia (que hubo hasta ahora) desde el punto de vista de la concreción, así como diversos efectos cuestionables de las diversas formas de autorregulación estatuida. Sin embargo, estas deficiencias no confirman las objeciones teóricas del sistema al derecho penal como medio de control estatal del mercado.

Por un lado, las implicaciones de la aplicación de las normas que aquí se examinan no se refieren a la eficacia de la aplicación de los programas de derecho penal. Por lo tanto, puede quedar abierta la cuestión de si las recientes encuestas sobre los posibles movimientos evasivos importantes de los actores del sistema de salud en el área de la corrupción (ver *supra* 2.3.1., n. 55) son evidencias de la unidad autopoyética o del auto-racionalismo de la economía del subsistema frente a los intentos de comunicación bajo la ley estatal. Por otra parte, al menos en el ámbito del derecho penal examinado en este artículo, se ha demostrado que la aplicación de los supuestos básicos del derecho reflexivo o procesal, que el legislador no está en condiciones de promulgar leyes generales en una realidad compleja y en constante mutación debido a su desconocimiento, y a que los niveles de legislación y aplicación de la ley deben crecer juntos (Calliess, 1999, p. 121 y s., 269 y s; Ladeur, 1995, p. 103 y ss.), en el sentido de “aprender a aplicar la ley” (introducción a las teorías del derecho reflexivo y derecho procesal, así como a su diferenciabilidad, Hans Christian, Röhl, 2008, p. 252 y ss.). Lo que puede implicar

desventajas considerables para el público en general, la aplicación y la formación continua de la ley, así como para los sujetos de la autorregulación. Por lo tanto, debe seguir dudándose que la explicación de cómo el derecho obtiene su contenido desde el exterior deba ser percibida en la perspectiva de la demanda teóricamente renovada del sistema de la escuela libre de reconocer la regulación social como derecho (Hans Christian, Röhl, 2008, p. 256).

5. CONCLUSIÓN

5.1. Investigación de la implementación de la norma y su grado de eficacia y la evaluación de la idoneidad de la influencia y sus efectos

De conformidad con el párrafo 2 del artículo 103 y el artículo 104 de la Ley Fundamental, el principio de legalidad penal exige que los tipos legales estatuidos por el Parlamento indiquen con suficiencia a los ciudadanos cuál es la conducta que se prohíbe bajo pena. Sin embargo, se requiere también que las normas penales sean especificadas con más detalle, independientemente de estos requisitos constitucionales para la tipificación, ofreciendo así una mayor seguridad de orientación, sobre todo en dominios marginales y en los casos concomitantes que se producen con frecuencia. La investigación de implementación se ocupa de este proceso de especificación y de las autoridades, personas jurídicas, instituciones y otras organizaciones que trabajan entre el nivel de programa de la ley y el destinatario de la norma individual, así como de los efectos —aún indeseables— del procesamiento posterior de la ley estatal.

Los tipos legales de los §§ 299a y 299b CP-DE fueron elegidos para ejemplificar la aplicación de la norma en el derecho penal, por un lado, porque estas nuevas disposiciones penales, debido a su intrincada configuración y al complejo entorno normativo, requieren una determinación que va más allá de la necesidad de concreción existente debido a las imprecisiones sustantivas y procesales del derecho penal relativo a la corrupción.

Por otro lado, el sistema de atención de salud cuenta con un gran número de actores que pueden ser considerados en función de su rol en la implementación. Esto representa una oportunidad para el trabajo de concreción cooperativo que permite que la ley tenga un profundo impacto en el mercado de la salud y, a través de la intervención de los participantes en el mercado y su conocimiento, se espera que las reglas de conducta estatales tengan una mayor flexibilidad y una mayor aceptación. Además, este pluralismo personal en el proceso de implementación puede desviar, cambiar o incluso socavar el programa legal y también plantear sus propios problemas jurídicos. Las observaciones anteriores deberían mostrar con claridad que debe distinguirse de manera fundamental, por un lado, entre las actividades de ejecución y su grado de eficiencia, y, por otro, la pertinencia normativa de la injerencia y sus efectos.

5.2. Objeciones constitucionales a la manera de cómo el legislador ha puesto en práctica la aplicación de los §§ 299a y 299b CP-DE

Además de la competencia general establecida en los arts. 93 y ss. de la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Federal ha deducido del principio de seguridad del derecho penal (art. 103.2 GG), desde el 2010, un mandato de aplicación plenamente verificable de la Ley Fundamental a la justicia penal. Los tribunales penales no han podido (hasta ahora) llevar a cabo esta tarea constitucionalmente central de concretar las normas debido a la falta de imputaciones fiscales y tampoco parece seguro que, en el futuro, vayan a cumplir adecuadamente esta competencia.

En su lugar, se encuentran (inicialmente) otros protagonistas del sistema de asistencia sanitaria, por ejemplo, los organismos responsables de la lucha contra las conductas indebidas en el sistema de asistencia sanitaria (en particular, mediante informes que deben publicarse periódicamente y denuncias de presuntas faltas de conducta) o, en particular, las asociaciones y empresas del sector mediante códigos de conducta o directrices de cumplimiento y cursos de formación reforzados con sanciones. Si bien un claro efecto de eficacia de estas actividades con

respecto a la corrupción parece bastante plausible, la implementación de estas manifestaciones del “derecho cooperativo” es cuestionable en muchos aspectos. Por ejemplo, las salvaguardas adicionales que se ofrecen periódicamente en las directrices para la adopción de medidas contra enfoques de investigación por parte de los fiscales dan lugar a restricciones de la acción que van mucho más allá de los límites de los tipos legales respectivos, lo que probablemente se deba no solo a la percepción interna de la necesidad de evitar incentivos importantes para la adopción de decisiones irrelevantes en la profesión de la salud, sino también al objetivo de evitar los procedimientos de investigación. Así pues, el derecho penal no funciona reprimiendo determinados actos prohibidos, sino amenazando con medidas coercitivas destinadas a esclarecerlos.

La retroalimentación parcialmente defendida de las normas jurídicas subordinadas, que van más allá de una implementación “representativa”, con el derecho penal estatal para al menos la complementación indicativa o preliminar de los elementos normativos del tipo legal (para los §§ 299a y 299b CP-DE, el convenio ilícito, en particular en lo que se refiere a la preferencia “indebida”) en el contexto de la aplicación de la ley por parte del Ministerio Público y del Poder Judicial, muestre más desventajas que ventajas. Además de la preocupación de derecho penal constitucional, hay que objetar que el estatus de la legislación privada no parece estar todavía correctamente localizado en la escala entre, por un lado, el punto máximo “fuente del derecho” y, por otro, el de “simple fuente de conocimientos jurídicos en el sentido sociológico”. Además, todavía no se han elaborado criterios para determinar cuáles de los estándares de Compliance, a veces incluso contrapuestos, pueden utilizarse si difieren en su contenido. Así mismo, la regulación inferior a la legal al prohibir regularmente las conductas: a) puede confirmar la imputación inicial por un delito y b) puede considerarse punible en virtud del derecho sustantivo con respecto a la jurisprudencia anterior de los tribunales penales, se limite solo a referirse a la situación jurídica actual y, por lo tanto, no se transmita al juez, conocedor de la ley, ninguna nueva conclusión ni hechos complementarios. Sin embargo, en la

medida en que los códigos de conducta de las asociaciones profesionales contienen en realidad normas de conducta independientes que se aplican tanto a sus miembros como a los *extraneus*, su consideración debe ser, en el mejor de los casos, extremadamente cautelosa a la vista del peligro, al menos abstracto, de la protección estatal de los intereses particulares y de la regulación del sector, que no es inocua en virtud de la legislación antimonopolio. Esto demuestra que la economía del subsistema no puede prescindir del control estatal en interés de todos los participantes en el mercado. Por último, el acceso supuestamente conveniente a los reglamentos de finalización supuestamente personalizados de los autores privados pone en peligro la penetración dogmática y el desarrollo sistemático de la cuestión jurídica respectiva por parte de los tribunales.

Todo ello da lugar a la imagen de una aplicación disfuncional de los §§ 299a y 299b CP-DE en lo que respecta a los aspectos jurídicos (constitucionales). El acercamiento progresivo del BVerfG a los tribunales penales en términos de la visión tradicional del principio de seguridad en el derecho penal, que sin embargo tiende a ser más tradicional en términos de aplicación, para concretar los tipos legales penales relativamente indefinidos, no sirve de nada si no se dictan sentencias. Sin embargo, a primera vista, la nueva ley penal también tiene efecto, aunque los tipos legales penales no sean tratados en los tribunales porque las personas sujetas a la norma toman medidas preventivas por iniciativa propia para evitar la conducta típica. Sin embargo, debe distinguirse entre la eficacia del derecho penal, por una parte, y su aplicación, por otra; en particular, las medidas de Compliance de las asociaciones y empresas solo pueden conseguirla de forma limitada y con unos costes de oportunidad considerables para la libertad de acción individual de los agentes a los que se dirige el mensaje y de los demás participantes en el mercado.

5.3. ¿Alternativas a la implementación de la norma anterior?

Si este hallazgo problemático debe incluir, al mismo tiempo, un voto constructivo de desconfianza, así se deben mostrar alternativas de

cómo se puede remediar esta queja. Para superar la falta de aplicación estatal de la nueva legislación penal, por una parte, y los efectos claramente desfavorables de las formas de autorregulación y de corregulación que prevalecen en la actualidad, por otra, parece indispensable adoptar nuevos enfoques que adopten una perspectiva de la teoría de control en materia de derecho penal.

Podrían ser considerados los aportes de la “nueva ciencia del derecho administrativo”, que se orientan hacia la dimensión de la eficacia del derecho (“orientación en función de las consecuencias”) y su capacidad para resolver problemas. Una primera forma viable podría ser crear la posibilidad de que las cámaras responsables de los respectivos profesionales de la medicina (dental) concedan autorizaciones sobre la base del § 331, apartado 3, CP-DE, y permitir que tengan el efecto de excluir la pena⁶⁰. Sin embargo, además de la carga administrativa adicional (Brettel; Duttge y Schuhr, 2015, pp. 929 y 935), la solución propuesta conlleva el riesgo de prácticas de autorización incoherentes.

La alternativa de agrupar un procedimiento de concesión de autorización (incluida la publicación anónima de las solicitudes declaradas inobjetables) para determinadas prácticas o proyectos de cooperación con una autoridad federal (suprema) (en este caso, las actividades de concesión de licencias de la Oficina Federal de Economía y de Control de las Exportaciones podrían servir de modelo) plantearía problemas con respecto a las competencias legislativas y administrativas del sistema de atención de la salud (cfr. T. Schröder, 2015, pp. 321, 333 y 365).

Una medida igualmente insatisfactoria por incoherente, que sin embargo sirve como medida de orientación y aplicación, podría consistir en publicar de forma anónima las decisiones finales del fiscal —en particular las de las fiscalías especializadas competentes (cfr. Badle, medstra 2015,

60 En cuanto a las propuestas correspondientes que no se han incorporado al procedimiento legislativo, véase Brettel; Duttge y Schuhr, 2015, pp. 929 y 935; Badle, 2015, p. 139 (140 y s.); Bittmann; Brockhaus; Rübenthal; Schröder y Tsambikakis, 2015, pp. 176 y 193.

pp. 139 y 141)— así como las decisiones en los procedimientos referentes a la querrela de la víctima con constitución de parte civil (apartado 1 del § 172 del Código de Procedimiento Penal).

Estas consideraciones provisionales solo prueban la situación especial (constitucional) del derecho penal en relación con otras ramas del derecho, que también abarca la aplicación de sus normas relativas a los elementos de hecho y de derecho. Esta fisonomía es el resultado, no en última instancia, de la tensión interna (así, Remmert, 2018, Art. 103 inc. 2, n.º 108 y ss. con información adicional) entre las dos finalidades, respectivamente, del principio de legalidad del derecho penal y el principio de la determinación de acuerdo con el art. 103, párrafo 2, 104 GG⁶¹. El ciudadano debe poder deducir de la disposición penal las prohibiciones de acción que se le imponen. La Constitución exige, al mismo tiempo y, en principio, para preservar el monopolio parlamentario de la pena, que el legislador sea el único responsable de concretar la disposición sin la ayuda de los demás poderes o de los particulares. El Tribunal Constitucional Federal ha puesto, en perjuicio de la función de legitimación (preservación de la competencia) del art. 103 pf. 2 GG, la jurisprudencia de los tribunales penales en apoyo de la persona⁶². Esta exigencia podría constituir el precio de un Estado constitucional y de derecho.

Una convergencia fecunda hasta la fusión de la legislación cooperativa y su aplicación no parece ser un enfoque viable para el derecho penal. A diferencia de los otros ámbitos del derecho, en parte examinados en este artículo, el derecho penal sustantivo tampoco puede basarse en el desarrollo ulterior de sus normas en el curso de los procedimientos.

61 BVerfGE 25, 269 (285); 71, 108 (114); 87, 399 (411); 92, 1 (12); 105, 135 (153); Dannecker, en *LK*, 2017, § 1 n.º 114, 179; Remmert, en Maunz y Dürig, 2018, art. 103 inc. 2 n.º 77; T. Schröder, *NZWiSt*, 2015, 321 (330).

62 En la sentencia Schenker (NJW 2013, 3083), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (EuGH) exige que los destinatarios de las normas asuman la responsabilidad por sí mismos y no se basen en las opiniones jurídicas de sus abogados o en las decisiones de los tribunales nacionales sobre cuestiones de derecho de unión (*unionsrechtlichen fragen*).

La administración —a menudo en negociaciones con el ciudadano en el inicio del procedimiento y de recursos de oposición— moldea el derecho en el procedimiento administrativo. Al igual que antes, la más importante forma de acción de la administración, el acto administrativo, poseedor de una función reguladora y un efecto declaratorio, tiene fuerza tanto formal como material. Las objeciones planteadas desde el punto de vista del Estado de derecho contra la formación de un sistema de derecho basado en la ciencia del control en el derecho administrativo (los enfoques regulatorios tradicionales son solo modelos básicos de una administración cuya obligatoriedad y legitimación jurídica son objeto de “procesos complejos”) (Schmidt-Aßmann, 2006, 1. Kap. B., n.º 33) deben, sin embargo, aplicarse aún más al derecho penal.

El derecho de competencia leal (*lauterkeitsrecht*) se caracteriza por el hecho de que se aplica en procedimientos contradictorios relativamente breves —a menudo en el marco de la protección jurídica provisional— y por el hecho de que las partes mismas contribuyen a delimitar el comercio justo en materia de competencia mediante la incoación de procedimientos contenciosos. Independientemente de las consecuencias jurídicas de la constatación de una acción desleal, a las que no se debe quitar importancia, y, por tanto, contraria a la concurrencia por parte de la Cámara de Competencia, los participantes en el mercado pueden soportar la concreción de las normas mediante un litigio con mayor facilidad que en un ámbito jurídico en el que la especificación forense del comportamiento típico puede dar lugar a una pena de prisión.

Así queda para el derecho penal, con primacía del derecho penal constitucional y la necesidad de tener en cuenta los problemas y características específicamente penales, en particular la de tomar en serio la previsibilidad para el ciudadano, llevar a cabo las concretizaciones de las normas por el legislador y, en todo caso, reconocer los actos de concretización (*Konkretisierungsakte*) de la jurisprudencia. Sin embargo, este último debe recibir los recursos necesarios para que pueda hacer su contribución esencial a la implementación de la norma y no tenga que

recurrir a una práctica de comunicación cuestionable desde el punto de vista del Estado de derecho (aunque a veces lucrativa para el erario público).



Copia del original a solicitud del autor
Copyright del Instituto Pacífico
www.intitutopacifico.pe