

Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en un grupo

Marco Mansdörfer

Universidad de Freiburg

*Abstract**

En la sociedad moderna las prestaciones producidas únicamente por una sola persona han pasado a ser la excepción, dominando ahora el trabajo en conjunto en grupos. El tema de este artículo es cómo las normas de conducta jurídico-penales pueden dirigir entonces la conducta de los individuos y trazar la responsabilidad individual.

In der modernen Gesellschaft sind Leistungen, die durch eine einzelne Person allein erbracht werden, zur Ausnahme geworden und es dominiert die Zusammenarbeit in Gruppen. Wie strafrechtliche Verhaltensnormen dennoch das Verhalten des Einzelnen steuern und individuelle Verantwortung beschreiben können, ist Thema dieses Beitrags.

Services produced by a single person have become the exception in modern society: group-work now predominates. This article analyzes how substantive criminal law rules can direct the conduct of individuals and ascribe individual responsibility.

Sumario

- 1. Comportamiento en grupo como problema fundamental del Derecho penal moderno**
- 2. Descripción abstracta-fáctica de la ejecución de prestaciones en un grupo**
 - 2.1. Formas de aparición y características de los grupos**
 - 2.2. Fundamentos básicos de la actuación en grupo y primeros análisis de riesgos**
- 3. Consecuencias jurídico-dogmáticas**
 - 3.1. Principios normativos fundamentales para el actuar en un grupo**
 - 3.2. Transformaciones de estos principios fundamentales en normas de comportamiento concretas**
 - a) Escasas repercusiones en el ámbito de la realización de prestaciones físicas directas**
 - b) Especial importancia de la coordinación e información recíprocas**
 - c) La destacada importancia de una organización funcional así como del poder de dirección e información**
 - 3.3. Consecuencias para la responsabilidad penal individual y cuestiones de imputación**
 - a) Consecuencias para la aplicabilidad de figuras jurídicas generales - en especial, en lo referente a la teoría de la intervención**
 - b) Consecuencias para la conducción individual de los procesos económicos por el legislador**
- 4. Resumen y valoración político-criminal**
- 5. Bibliografía**

* Título original: «Individuelle Verantwortung und Zurechnung bei Aufgabenerledigung in einer Gruppe», conferencia pronunciada en la Universidad Pompeu Fabra el 21 de febrero de 2007. Traducción a cargo de Nuria Pastor Muñoz y Ricardo Robles Planas (Universidad Pompeu Fabra, Barcelona).

1. Comportamiento en grupo como problema fundamental del Derecho penal moderno

La responsabilidad en caso de comportamiento en grupo, es actualmente, una de las cuestiones más discutidas en Derecho penal¹. Limitar la actualidad de este problema a la modernidad solamente es correcto si éste se acota a la cuestión de la responsabilidad individual en los grupos, pues la responsabilidad colectiva ya era una cuestión muy comentada en los tiempos de Friedrich II (1220-1250), en especial con referencia a las ciudades rebeldes que se alzaron contra al emperador². Hoy, tales tesis ya no se defienden para el caso de las corporaciones públicas, pero sí para el de las empresas.

En España se encuentra en estos momentos en tramitación un proyecto legislativo para crear una ley sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas³. Ciertamente, todavía no se sabe si las mayorías políticas conducirán a la aprobación de esta ley, pero, en todo caso, la evolución española se enmarca en una serie de iniciativas semejantes de los legisladores nacionales de toda Europa. Ejemplo de ello son las modificaciones legislativas que, en este sentido, se han producido en Suiza⁴, Austria⁵ e Italia⁶.

¹ Sólo como selección de entre la abundante y reciente bibliografía pueden mencionarse: JAKOBS, en *FS f. Miyazawa*, Baden-Baden, 1995, p. 419; DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, 1996; AMELUNG (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim, 2000; CHARCHULLA, *Die Figur der Organisationsherrschaft im Lichte des Beteiligungssystems*, Aachen, 2001; KNAUER, *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht – zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft*, München, 2001; SCHLÖSSER, *Soziale Tatherrschaft – Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten*, Berlin, 2004 (y la recensión de ROTSCH, *wistra* 2005, 333). Especialmente se refieren al ámbito del Derecho penal económico, entre otras, las siguientes monografías: NEUDECKER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen dargestellt am Beispiel der Geschäftsleitungsgremien von Wirtschaftsunternehmen*, Frankfurt, 1995; WEIßER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*, Berlin, 1996; HILGERS, *Verantwortlichkeit von Führungskräften in Unternehmen für Handlungen ihrer Mitarbeiter*, Freiburg, 2000; SCHAAL, *Gremienentscheidungen in Unternehmen*, Berlin, 2001; GROßE VORHOLT, *Management und Wirtschaftsstrafrecht*, Köln, 2001; BOSCH, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, Baden-Baden, 2002; KUDLICH, *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, Berlin, 2004 (y la recensión de PAWLIK, *GA* 2006, 240); URBAN, *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, Göttingen, 2004 (y la recensión de ROTSCH, *GA* 2005, 428).

² BOHNE, *FS f. Sauer*, Berlin, 1949, p. 129 (129 y ss.) quien se refiere al castigo a título de representación que recibieron diversos emisarios de la Federación de Lombardía, castigo que Heinrich VII provocó al colaborar en la alta traición en la disputa familiar que mantenía contra su padre, Friedrich II. Sobre el estado de la discusión en los postglosadores y comentaristas de las postrimerías de la Edad Media, HAFTER, *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, Berlin, 1903, § 2.

³ Véase, Boletín Oficial de las Cortes Generales Serie A de 15 de enero de 2007 Nr. 119-1. Entre la doctrina, recientemente, ROBLES PLANAS, «¿Delitos de personas jurídicas?», *InDret* 2/2006, pp. 1 y ss.

⁴ Representativo sobre el estado de la cuestión en Suiza, PIETH, *ZStR* 121 (2003), 353 y ss.; HEINE, *ZStR* 121 (2003), 24 y ss., así como la postura crítica de ARZT, *SZfW* 2002, 226 y ss.

⁵ Representativo sobre la discusión austriaca del modelo y la entrada en vigor el 1 de enero de 2006 de la Ley de responsabilidad de las agrupaciones (*VbVG*), ZEDER, *ÖJZ* 2001, 630 (631, 636 y ss.), LÖSCHNIG-GSPANDL, *ÖJZ* 2002, 241 (242 y ss.) así como la versión definitivamente promulgada de la *VbVG* en el BGBl. I 151/2005 de Austria. Véase, además, sobre la regulación austriaca, ROBLES PLANAS, «¿Delitos de personas jurídicas?», *InDret* 2/2006, pp. 1 y ss.

Con total independencia de cualquier discusión dogmática, estas reformas expresan una cosa: la absoluta inquietud de los legisladores nacionales ante la gran cantidad de poder que se concentra en las empresas o, mejor dicho, ante el potencial de peligro que existe en ellas. El incendio de la *Rheinhalle* de Basilea, que durante años convirtió cientos de kilómetros del río más grande de Europa en un desierto ecológico⁷, la venta de aceite industrial contaminado en España, por la que enfermaron más de 15.000 personas y murieron más de 330⁸, o el hundimiento del ferry *Harald of Free Enterprise* en el Canal de La Mancha, con más de 200 muertos⁹, están hasta el día de hoy en el recuerdo de amplios sectores de la población. Los estudios sociológicos que manifestaron que las empresas eran el refugio de la irresponsabilidad organizada han intensificado esos miedos.

La reacción de la dogmática penal alemana no se hizo esperar: tanto en España como en Alemania, la “actitud criminal de grupo” –concepto acuñado por SCHÜNEMANN–, a la que el individuo no se puede resistir, es, para cualquier penalista, un término conocido¹⁰. Esta contemplación organológica de las empresas ha conducido a la formulación de deberes referidos a la empresa de cuyo respeto debe considerarse responsable, en primera línea, al nivel más alto de dirección de la entidad en cuestión¹¹. Desde esta perspectiva, se invierten las investigaciones, pues éstas ya no empiezan “abajo”, en los sujetos más próximos al hecho (las denominadas investigaciones *bottom-up*), sino “arriba”, en la dirección de la empresa (las denominadas investigaciones *top-down*)¹². Según esto, en principio, la dirección de la empresa es competente por todo y responsable en términos generales, y su responsabilidad se fundamenta en el control y supervisión defectuosos de los “subordinados”¹³. En la dogmática, cada vez adquirieron más

⁶ Acerca de la Ley Nr. 231 de 8 de junio de 2001 sobre la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, sociedades y asociaciones sin personalidad jurídicas en Italia, CASTALDO, *wistra* 2006, 361 (361 y ss.); ROGALL, en SENGE (coord.), *KK-OWiG*, 3ª ed., München, 2006, § 30 Rn. 238; HEINE, en *FS f. Lampe*, Berlin, 2003, P. 577 (580).

⁷ Sobre la importancia de este accidente para el posterior debate de política jurídica, HEINE, *ZStrR* 121 (2003), 24 (25).

⁸ Tribunal Supremo de 23 de Abril de 1992, publicada en *NStZ* 1994, 37.

⁹ Ulteriores referencias sobre este caso y sobre las negligencias que condujeron al accidente, MANSDÖRFER, en EL MISMO, (coord.), *Die allgemeine Straftatlehre des common law*, Heidelberg, 2005, p. 217 y s., con referencias a la doctrina anglosajona.

¹⁰ SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln, 1979, p. 22, EL MISMO, *wistra* 1982, 41 [43]. De modo similar LAMPE, *ZStW* 106 (1994), 683 (733) observa que opera en la empresa un „espíritu supraindividual“. Posteriormente, sin embargo, SCHÜNEMANN, en *FG f. BGH*, tomo IV, München, 2000 p. 621 (631 y s.) ha modificado su opinión y habla ahora, con mayor moderación, de un „sistema de ejercicio de poder“ existente en el caso concreto.

¹¹ Véase, a modo de ejemplo, en la jurisprudencia BGHSt 37, 106 (114); 38, 325 (332, 336); 43, 219 (231) así como en la doctrina HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2ª ed., Heidelberg, 1996, p. 62 y ss.; VOGEL, en *FS f. Lorenz*, p. 75 y s.; SCHMUCKER, *Die „Dogmatik“ einer strafrechtlichen Produktverantwortung*, Frankfurt, 2001, p. 48 y ss.; KUHLEN, en ACHENBACH/RANSIEK (coord.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Heidelberg, 2004, cap. II, nº marg. 20 y s. con numerosas referencias bibliográficas en la nota nº 55; EL MISMO, *JZ* 1994, 1142 (1145).

¹² Representativos de esta opinión SCHÜNEMANN, *wistra* 1982, 41 [44 y ss.]; MONTENBRUCK/KUHLMEY/ENDERLEIN, *JuS* 1987, 713 [803]; VOGEL, en *FS f. Lorenz*, p. 65 (73); BOSCH, *Organisationsverschulden*, p. 363 y ss.

¹³ En la jurisprudencia, por ejemplo, BGHSt 43, 219 (231) o BGHZ 133, 370 (375): „A las funciones del administrador de una sociedad de responsabilidad limitada pertenece el procurar que en su actuación la sociedad obre conforme a Derecho y, especialmente, que se cumplan con los deberes jurídico-públicos que se le dirijan [...]

popularidad las figuras de la autoría mediata en virtud del dominio de una organización o los nuevos, así denominados, “conceptos sistémicos de acción”¹⁴.

Estos nuevos planteamientos conducen, ciertamente, a imprecisiones importantes. En efecto, con las figuras de la competencia global y de la responsabilidad general, la imputación jurídico-penal se convierte —por lo menos parcialmente— en una ficción¹⁵. La referencia al control y a la supervisión podía ser adecuada para la realidad laboral patriarcal propia de los comienzos del siglo XVIII, pero no para las estructuras económicas considerablemente carentes de jerarquía de la actual sociedad de la información¹⁶. Desde una perspectiva normativa, estos deberes contradicen las exigencias de la autorresponsabilidad, las cuales se encuentran prácticamente en todos los ámbitos del Derecho económico moderno¹⁷. Finalmente, la formulación de deberes referidos a la empresa fracasa totalmente cuando los procesos económicos ya no se organizan aisladamente en empresas singulares, sino a un nivel superior¹⁸.

Si el administrador no cumple con tales deberes, [...] es responsable también [...] penal y civilmente”. La imagen del trabajador como „subordinado“ se encuentra en la doctrina por ejemplo en BOTTKE, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, Berlin, 1994, p. 32, 34 y ss.; concretando su planteamiento del poder de configuración (BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, Heidelberg, 1992, p. 139 y ss.).

¹⁴ Con el término „concepto sistémico de acción“ se alude a la formulación de SCHÜNEMANN, en *FG f. BGH*, tomo IV, München, 2000, p. 621 (626 y ss.).

¹⁵ Contra tales tendencias críticamente, con razón, BOSCH, *Organisationsverschulden*, p. 57, 192 y ss., 361 y ss., así como resumidamente p. 585: „responsabilidad por la posición de garantía de la dirección de la empresa“. En referencia a la creciente ampliación de la responsabilidad penal por omisión también SILVA-SANCHEZ, *Die Expansion des Strafrechts – Kriminalpolitik in postindustriellen Gesellschaften*, Frankfurt, 2003, p. 53, quien vincula esta tendencia a las «instituciones anglosajonas, dudosas desde el punto de vista del estado de Derecho, derivadas de la „vicarious liability“», en virtud de las cuales junto a las actuaciones propiamente empresariales se castigan también las de personas físicas [véase además sobre la „vicarious liability“ MANSDÖRFER, en EL MISMO, (coord.), *Die allgemeine Straftatlehre des common law*, § 7 I. 2. (p. 207 y s.)].

¹⁶ Sobre la importancia precisamente de la tecnología de la información para la actual estructuración de los procesos de trabajo, GAITANIDES, *Prozessorganisation, Entwicklung, Ansätze und Programme des Managements von Geschäftsprozessen*, 2ª ed., München, 2007, p. 53 y ss., con ulteriores referencias a la doctrina del ámbito de las ciencias económicas.

¹⁷ Véase, como ejemplo proveniente del derecho alemán, la exposición de motivos de la nueva regulación del poder de dirección del empresario frente al trabajador en el § 106 GewO BT-Drs. 14/8796 p. 1 (24): „Según un modelo moderno de las relaciones laborales las empresas hoy ya no pueden caracterizarse, sobre todo en un contexto de competencia global, por las relaciones de superioridad jerárquica y subordinación, sino por una auténtica convivencia y compañerismo entre empresarios y empleados. Forma parte de esta idea también el hecho de examinar si puede asignarse a los empleados un ámbito de decisión autorresponsable allí donde ello sea posible desde el punto de vista empresarial y económico“. En las sociedades anónimas que actúan a nivel internacional tales directrices de conducta internas de la empresa son incluso requisito indispensable para que la empresa pueda cotizar en determinados mercados bursátiles. Así, por ejemplo, existen preceptos semejantes de la entidad de vigilancia de la bolsa norteamericana SEC y regulaciones similares de la bolsa de Nueva York (NYSE) en la Sec. 303 A Nr. 10 del New York Exchange’s Listed Company Manual. Sobre el requisito de la autonomía en la configuración de los modernos procesos económicos, véase, en general, GAITANIDES, *Prozessorganisation*, p. 53.

¹⁸ Ello puede ir tan lejos que incluso puede hablarse de „redes interorganizativas de procesos productivos empresariales“ [„interorganisationalen Geschäftsprozessnetzwerken“] (así, por ejemplo, GAITANIDES, *Prozessorganisation*, p. 283 – 326). En este contexto son importantes desde el punto de vista práctico las variaciones permanentes de la intensidad de la producción en la empresa así como los procesos de externalización e

Solamente un Derecho penal individual que se aproxime con más intensidad a estas realidades puede hacer justicia a la diversidad de la realidad moderna del trabajo. Para ello, un paso esencial consiste en vincular nuevamente de manera más clara la responsabilidad con el riesgo típico efectivamente creado por el individuo. A tal efecto, el acontecer económico no puede contemplarse simplemente de manera estática-teórico-sistémica, sino que es necesario incorporar igualmente al Derecho penal la orientación al proceso y la dinámica de los procesos económicos¹⁹.

2. Descripción abstracta-fáctica de la ejecución de prestaciones en un grupo

La principal forma de aparición social de la actividad económica es, hoy en día, la actuación del individuo integrado en un grupo²⁰. A este respecto, el concepto grupo constituye un concepto general que abarca las diferentes formas de actuación en conjunto, organizada y estructurada, de varias personas²¹.

2.1. Formas de aparición y características de los grupos

Lo característico de un grupo económicamente activo de personas es la unión, vinculada a una empresa, de trabajadores e inversores²². Sin embargo, ésta solamente es una forma de aparición de la actuación conjunta en un grupo y, posiblemente, no es ni siquiera la decisiva. Así, de entrada, dentro de una empresa se pueden diferenciar muchas unidades más pequeñas. Entre ellas se cuenta, por ejemplo, un núcleo estrecho de personas que toman las decisiones de dirección más importantes en lo referente al desarrollo estratégico de la empresa, un equipo de personas que, como investigadores, trabajan juntos en el desarrollo de un nuevo producto, un conjunto de personas que, además de tareas de dirección estratégica, también han de llevar a cabo tareas en la producción o en la dirección técnica, el grupo de los trabajadores o el de los controladores, que deben asegurar que los bienes o prestaciones producidos tengan una determinada calidad²³.

incorporación de líneas, junto con sus diversas fórmulas intermedias, sobre ello GAITANIDES, *Prozessorganisation*, p. 263 y ss.

¹⁹ En este sentido, también BOSCH, *Organisationsverschulden*, p. 589; desde las ciencias económicas GAITANIDES, *Prozessorganisation*, p. 47, con ejemplos de la praxis.

²⁰ LAUX/LIERMANN, *Grundlagen der Organisation, Die Steuerung von Entscheidungen als Grundproblem der Betriebswirtschaftslehre*, 5ª ed., Heidelberg, 2003, parte B V. 1. (p. 75).

²¹ Sobre las diversas formas de clasificación de tales grupos LAUX/LIERMANN, *Grundlagen der Organisation*, parte B V. 1. (p. 75).

²² Sobre ello, fundamentalmente, VANBERG, *Markt und Organisation – Individualistische Sozialtheorie und das Problem korporativen Handelns*, Tübingen, 1982, especialmente, p. 10 y ss., 67 y ss.

²³ LAUX/LIERMANN, *Grundlagen der Organisation*, parte B V. 1. (p. 75) hablan en este sentido de „grupos integrados“ en la empresa.

Tales grupos se caracterizan por un elemento común: desde una perspectiva funcional, la base de la vinculación a un grupo es siempre el cumplimiento de una tarea concreta. Esta característica también es típica de aquel grupo que no está organizado como empresa u organizado en la estructura de una empresa²⁴. Ejemplos de ello son la unión de varias personas autónomas para la realización de una prestación como, por ejemplo, médicos, abogados y arquitectos autónomos u otros profesionales liberales que asumen juntos un encargo concreto o el especialista independiente que coopera con personas de una empresa en la certificación de un procedimiento o en la del control de un producto²⁵. También se puede imaginar el caso de personas de diferentes empresas que actúan en conjunto en la realización de una prestación conjunta²⁶. El ejemplo clásico es la construcción de un edificio por parte de varias empresas constructoras²⁷.

2.2. Fundamentos básicos de la actuación en grupo y primeros análisis de riesgos

Las razones por las cuales las personas se unen para la realización de una prestación resultan evidentes a la vista de las ventajas que ello tiene frente a otras alternativas imaginables.

La alternativa al trabajo conjunto en un grupo es (dejando de lado una ordenación de la economía global mediante un plan superior, mediante una orden individual o una jerarquía²⁸) sobre todo la coordinación de prestaciones individuales, mediante relaciones libres, por la mano invisible del mercado²⁹. Desde una perspectiva teórico-económica, todas las prestaciones que se realizan mediante la unión de diversas personas en empresas o grupos estables pueden verse como prestaciones individuales coordinadas por el mecanismo del mercado³⁰.

²⁴ LAUX/LIERMANN, *Grundlagen der Organisation*, parte B V. 1. (p. 75) caracterizan esta forma de cooperación como cooperación en un „grupo autónomo“.

²⁵ Así, por ejemplo, la posibilidad legalmente prevista de externalización de los controles finales en el caso de la producción de medicamentos, sobre ello MILSMANN/SIBBING, *Pharm Ind* 68 [2006], 132 (132 y s.).

²⁶ En el plano empírico pueden observarse tales fenómenos especialmente en la industria del automóvil y de la semiconducción, en el ámbito de la biotecnología pero también en los sectores de prestación de servicios, como por ejemplo en la prestación de servicios financieros (sobre ello GAITANIDES, *Prozessorganisation*, p. 283 y s.).

²⁷ En este sentido la cooperación en los grupos es también un tema tradicional en la doctrina jurídicopenal, véase, solo GALLAS, *Die Strafbarkeit der am Bau Beteiligten*, Heidelberg, 1963; SCHÜNEMANN, *ZfBR* 3 (1980), 4 y ss., 113 y ss., 159 y ss., así como de entre las aportaciones más recientes GREEVE/BUSCH (coord.), *Handbuch des Baustrafrechts*, München, 2004.

²⁸ Sobre las posibles formas de coordinación en los procesos económicos, GAITANIDES, *Prozessorganisation*, p. 63 y ss., especialmente p. 69 y ss.

²⁹ El descubrimiento del fenómeno de la coordinación natural del mercado se atribuye a A. SMITH, *Wohlstand der Nationen – eine Untersuchung seiner Natur und seiner Ursachen*, traducción de la 5ª ed. Londres 1789 de Recktenwald, 6ª ed., München 1993, p. 371: [Cada individuo] „está dirigido, en este como en muchos otros casos, por una mano invisible a promover un fin cuyo cumplimiento de modo alguno persigue intencionadamente“.

³⁰ Véase, por ejemplo, SIMON, *Journal of Economic Perspectives* 5 (1991), 25 (26): “All phenomena are to be explained by translating them into (or deriving them from) market transactions based upon negotiated contracts”. De las ciencias económicas en Alemania, representativo, STÜTZEL, *Zeitschrift für Betriebswirtschaft* 36 (1966), 769 (776 y ss.); SCHAUBENBERG/SCHMIDT, en KAPPLER (coord.), *Rekonstruktion der Betriebswirtschaftslehre*, Spardorf, 1983, p. 247 (265).

Las desventajas de esta alternativa son evidentes: de entrada, el problema de los costes es muy grave. Mediante la unión permanente de varias personas se logran reducir en una medida muy considerable los costes de negociación³¹. Es más, muchas prestaciones son posibles y a precios suficientemente convenientes precisamente a partir del momento en que se realizan mediante empresas u organizaciones estables. Además, el individuo puede, según sus preferencias, especializarse en prestaciones concretas³². En la medida en que éste solamente ofrece determinados servicios, le vale la pena adquirir ciertas habilidades e incorporarlas al proyecto común. De ahí que, en principio, el grupo esté en condiciones de ofrecer habilidades, generar y elaborar informaciones, desarrollar creatividad y alcanzar resultados de aprendizaje en un grado que no resulta posible para un individuo aislado³³.

Las ventajas de la realización en grupo de prestaciones también van unidas a riesgos tipificables: si una prestación se divide en diferentes elementos parciales, después estos últimos deben ser unidos de nuevo en un todo. En ese proceso no solamente se pueden cometer errores sino que también pueden producirse incompatibilidades³⁴. Ahora bien, las prestaciones parciales como tales también se pueden utilizar de modo flexible, de manera que no resulte necesariamente previsible a qué producto común puede incorporarse una prestación parcial. Por tanto, el individuo no tiene que darse cuenta necesariamente de las consecuencias de su actuar, aunque esto tampoco significa que pueda ser instrumentalizado de manera sencilla³⁵. En efecto, también aquél que solamente realiza una prestación parcial puede tener claro que su prestación será utilizada evidentemente para un fin jurídicamente desvalorado, porque, de lo contrario, aquélla carece de sentido. Ahora bien, también se pueden imaginar casos en los que el individuo, debido a la división del trabajo, puede perder la sensibilidad para percibir los riesgos que genera objetivamente su actuar. Por otra parte, también quien une las prestaciones parciales para formar un todo puede depender totalmente, en el caso concreto, de informaciones e indicaciones para estar en condiciones de emplear conjuntamente las prestaciones parciales de manera no peligrosa³⁶. Por tanto, con la división de una prestación global en diversas partes también se divide el poder de información entre diversas personas. Por ello es necesario no concebir la

³¹ Esto es un valor desde el punto de vista de la teoría de las instituciones, véase sobre ello sólo COASE, «The nature of the firm», en EL MISMO, *The firm, the market and the law*, Chicago, 1988, p. 33 (36, 40).

³² Sin embargo ello se discute en el seno de la teoría de las instituciones, véase representativo COASE, «The nature of the firm», en EL MISMO., *The firm, the market and the law*, p. 33 (47).

³³ Estas relaciones no sólo parecen intuitivamente plausibles, sino que son también conformes a la experiencia (sobre la equiparación entre decisiones individuales y de grupos existe un número considerable de investigaciones empíricas, véase por ejemplo los estudios sobre las decisiones de los grupos en el ámbito de las finanzas de LOMBARDELLI/PROUDMAN/TALBOT, *IJCB [International Journal of Central Banking]* 2005, 181 y ss. así como las referencias a ulteriores investigaciones en LAUX/LIERMANN, *Grundlagen der Organisation*, Parte B V. 5 1 [p. 92]) y a la teoría (véase, al respecto LAUX/LIERMANN, *Grundlagen der Organisation*, Parte B V. 1. [p. 75] u. 5. [p. 91 y ss.]). Con todo, en este ámbito hay muchos aspectos que vienen determinados por la situación concreta y la composición del grupo (véase, además, LAUX/LIERMANN, *Grundlagen der Organisation*, 5. 3. [p. 93 y ss.]).

³⁴ En general sobre estos problemas de compatibilización, LAUX/LIERMANN, *Grundlagen der Organisation*, Parte G XVII.

³⁵ Sin embargo este problema se ve intensamente contrarrestado hoy en día por las modernas formas de organización, más marcadamente orientadas al proceso que a la jerarquía.

³⁶ Sobre ello véase un panorama en LAUX/LIERMANN, *Grundlagen der Organisation*, Parte F XIV. 5.

prestación como una mera aportación fáctica, sino tener además en cuenta el flujo de información que siempre está vinculado a la prestación. La división del trabajo es un proceso que puede verse perturbado en cualquier punto y del cual pueden surgir siempre peligros intolerables para bienes jurídicos de terceros. Además, incluso en circunstancias óptimas existe siempre una inseguridad sobre los efectos fácticos del producto conjunto³⁷. Tales inseguridades se producen claramente en el caso de fabricación de nuevos productos o de ensayo de nuevos procesos. En estos casos, no se puede imaginar un actuar absolutamente libre de riesgos.

3. Consecuencias jurídico-dogmáticas

Si con las normas de comportamiento se ha de formular un ordenamiento-marco también para el comportamiento económico, tales normas han de tener en cuenta las peculiaridades del actuar económico que se acaban de esbozar. Sin embargo, antes de trabajar con detalle esas normas, conviene aclarar básicamente qué criterio normativo básico es válido para ese tal comportamiento.

3.1. Principios normativos fundamentales para el actuar en un grupo

De entrada, el criterio normativo para el comportamiento del individuo en contextos funcionales complejos solamente puede orientarse hacia los criterios desarrollados para el comportamiento individual aislado. Al individuo no se le puede reconocer una mayor facultad de crear peligros sólo por el hecho de que mediante su actuar se haya incorporado a un grupo³⁸. Es cierto que el actuar del individuo en conjunto con otros conducirá normalmente a que se produzca una modificación de aquellos deberes de comportamiento propios del comportamiento individual aislado, pero tal actuación conjunta no fundamenta una facultad especial. Con mayor razón no le corresponde al grupo como pluralidad de personas tal facultad especial.

De ahí que, en primer lugar, el individuo continúe siendo, fundamentalmente y pese al actuar en un grupo, un sujeto totalmente autorresponsable y, en segundo lugar, que tenga que velar en todas sus actividades por que no se produzcan riesgos para bienes jurídicos de terceros en una medida superior a la jurídicamente tolerada. Cualquier relajación de este criterio no solamente convertiría (por lo menos en parte) el comportamiento en grupo en un actuar sin sujeto responsable, sino que además los riesgos que, desde otro punto de vista, se generarían serían incalculables, de manera que, en interés de todos, el comportamiento colectivo debería prohibirse.

³⁷ Distinguir los riesgos permitidos de los jurídicamente desaprobados es aquí misión del ordenamiento primario previo al Derecho penal. Sobre los posibles planes de control y sus problemas sólo NEUSER, «Sicherheitsgewährleistung durch Recht», en HOF/LÜBBE-WOLFF (Hrsg.), *Wirkungsforschung zum Recht I*, Baden-Baden, 1999, p. 587 (597 y ss.) con ulteriores referencias.

³⁸ Por el contrario el § 129 StGB muestra que el legislador contrarrestaría tales grupos categóricamente de buen principio. Concretamente se discute la aplicación del § 129 a las empresas que se fundan con la finalidad (y se dedican sistemáticamente a la actividad) de cesión ilegal de mano de obra, sobre ello MIEBACH/SCHÄFER, en *MüKo-StGB*, § 129, n° marg., 41; HOHMANN, *wistra* 1992, 85 (88) y BGHSt 31, 202 (205 y ss.).

Sin embargo, precisamente esto último –esto es, la prohibición por principio del actuar colectivo– contradice decisiones valorativas elementales de nuestra sociedad. En Alemania, la libertad de asociarse con otros no solamente está amparada por la libertad general de obrar – que puede restringirse con facilidad– de acuerdo con el artículo 2 apartado 1 GG, sino que además goza de la protección especial de la libertad de asociación del artículo 9 GG³⁹. En la Constitución Española, el equivalente de esa regulación se encuentra en el artículo 22.

3.2. Transformaciones de estos principios fundamentales en normas de comportamiento concretas

Pues bien, a partir de estas valoraciones y de los hechos mostrados al comienzo se pueden formular directrices para la estructuración más detallada de las normas de comportamiento específicas. En concreto, se trata de exigir al individuo un comportamiento que, por una parte, permita asegurar las ventajas del actuar en grupo y no obstante, por otra parte, contrarreste los riesgos propios del comportamiento en grupo. Con más precisión: se trata de incorporar a la formulación de la norma de comportamiento la situación y el proceso del actuar con división del trabajo. Ciertamente, para ello no es suficiente modificar un parámetro concreto de la norma de comportamiento, pues en esencia el modo en que hay que modificar las normas de comportamiento depende más bien de la clase del riesgo real concreto que resulta de la división del trabajo y de la función asumida por el individuo en este proceso:

a) Escasas repercusiones en el ámbito de la realización de prestaciones físicas directas

De entrada, el proceso de división del trabajo no afecta en principio el nivel de seguridad de la prestación parcial que el individuo ha de realizar físicamente (actividad operativa, ejecución de un trabajo)⁴⁰. También cuando una prestación –por ejemplo, la construcción de un edificio– se realiza dividiendo el trabajo, cada interviniente tiene que realizar su prestación según las reglas del cuidado necesario en ese sector: el trabajador que se ocupa de la hormigonera debe velar por que la proporción de los elementos sea correcta, el que construye un muro debe colocar las piedras adecuadamente, el que realiza la instalación del agua debe instalar las tuberías con los tornillos adecuados, etc.

Sin embargo, en vista de las posibilidades que ofrece la división del trabajo, el estándar exigido para una prestación será más alto que el que se exigiría a una persona que tuviera que realizar todas las prestaciones parciales necesarias para un producto común. Dado que el individuo puede especializarse en prestaciones parciales, en el caso concreto se puede exigir un mayor

³⁹ Véase, representativo, SCHOLZ, en MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar*, 35ª entrega, München, 1999, Art. 9 n° marg. 57 y ss.

⁴⁰ LAUX/LIERMANN, *Grundlagen der Organisation*, parte A I. 1, aluden a que, sin embargo, también la actividad operativa presupone siempre la decisión individual de permanecer activo, hallándose el individuo integrado en el conjunto del grupo con tal decisión.

grado de cuidado y de este modo el estado de la técnica puede alcanzar globalmente un nivel más elevado.

b) Especial importancia de la coordinación e información recíprocas

Cuando con posterioridad otros emplean la prestación realizada, nacen deberes de comportamiento adicionales. En tal caso, hay que coordinar recíprocamente las aportaciones individuales. El núcleo de esa coordinación son los acuerdos bilaterales y el intercambio recíproco de información⁴¹. La parte más importante de esta coordinación se realiza mediante rutinas que o bien se han creado conscientemente o bien son fruto de una evolución. Con referencia a estas últimas, se suele hablar con frecuencia de las costumbres del tráfico o usos. Las rutinas creadas conscientemente pueden proceder de convenios cerrados para un caso concreto. No obstante, también se puede recurrir a los estándares proporcionados por terceros, aclarándose, mediante la remisión a tal estándar, que una prestación presenta las propiedades formuladas en el estándar⁴². Incluso, cada vez con más frecuencia, se encuentran previsiones legales que establecen de manera vinculante el nivel de seguridad exigido a las prestaciones individuales⁴³. A este respecto, el alcance y la densidad de la regulación de tales normas del ordenamiento jurídico primario han crecido de forma constante en los últimos años.

En cambio, el llamado principio de confianza tiene muy poca importancia. Ciertamente, el principio de confianza también es una concreción del riesgo permitido para la coordinación del comportamiento recíproco⁴⁴. La premisa que este principio expresa según la cual el individuo puede confiar en que los demás se comportarán conforme a la regla fue desarrollada en un principio por la jurisprudencia para el ámbito del tráfico rodado⁴⁵. Sin embargo, este último se caracteriza por el anonimato, la falta de conocimiento del otro y la necesidad de tomar decisiones rápidamente. En cambio, en el caso de la realización de una prestación por un grupo, una

⁴¹ Véase sobre los detalles LAUX/LIERMANN, *Grundlagen der Organisation*, parte B V. 2 y s.

⁴² Véase por ejemplo las correspondientes directrices de las diversas corporaciones de médicos en el Derecho penal médico, como por ejemplo el acuerdo entre la corporación de anestelistas alemanes y la corporación de cirujanos alemanes sobre la cooperación en la asistencia postoperatoria del paciente o el acuerdo sobre colaboración en ginecología operativa y asistencia al parto de la sociedad alemana de anestesiología y medicina intensiva y la corporación profesional de ginecólogos, sobre ello, ulteriormente y con más referencias, ULSENHEIMER, *Arztstrafrecht*, 3ª ed., Heidelberg, 2003, n° marg. 53a.

⁴³ Véase, por ejemplo, en el ámbito del Derecho de la seguridad del producto, la llamada „nueva concepción“ del Derecho europeo cuando, respecto de los requisitos relativos a un producto, en lugar de una completa armonización de todos los aspectos, establece un determinado nivel de seguridad cuyo cumplimiento se controla en el proceso de certificación. Sobre ello DI FABIO, *Produkttharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung*, Köln, 1996, Apdo. A - C; KLINDT, *EuZW* 2002, 133 (134 y s.).

⁴⁴ Sobre este fundamento del principio de confianza, representativo, ROXIN, *Strafrecht AT*, tomo I, München, 2006, § 24 n° marg. 22, con ulteriores referencias, quien asume la opinión de la doctrina mayoritaria. Sin embargo, de otra opinión, por ejemplo, SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung*, Tübingen, 1986, p. 10 y ss., 19 y ss.; KÜHL, *Strafrecht AT*, 5ª ed., München, 2005, § 17 n° marg. 37; MURMANN, *Die Nebentäterschaft im Strafrecht*, Berlin, 1992, p. 240 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht AT*, 7. Apdo., n° marg. 51.

⁴⁵ Véase, representativa BGHSt 4, 47 (50 y s.); 7, 118 (120); 9, 92 (93 y s.); de otro modo aún RGSt 61, 120 (121) y 70, 71 (74).

situación comparable se da solamente de forma excepcional. Por lo general, en este ámbito es posible una comunicación individual y habrá tiempo para un acuerdo recíproco con referencia a concretas situaciones de peligro. Por tanto, en este caso no hay que exigir una restricción de la norma de comportamiento en el sentido del principio de confianza. Aquí, los límites del propio ámbito de responsabilidad proceden esencialmente de la función concretamente asumida, de la clase de riesgos unidos a la actividad practicada, del fin de protección de los deberes de cuidado, del concreto reparto de información entre las diversas personas y de los conocimientos especiales existentes. A este respecto, el individuo puede tener que controlar también la actividad de otro o el producto intermedio fabricado por otro, pero también es perfectamente posible que le esté permitido crear determinados riesgos porque incumbe a otro la tarea de garantizar la ausencia de riesgo en el producto final. En esa medida resulta difícil realizar afirmaciones generales de manera abstracta. Lo único seguro es que los criterios singulares como el del principio de confianza o el de la prohibición de regreso no pueden dar abasto a la multiforiedad de los hechos.

c) La destacada importancia de una organización funcional así como del poder de dirección e información

Puede imaginarse que, de hecho, la coordinación y la información sobre las aportaciones recíprocas van unidas a un esfuerzo importante. El conjunto de la coordinación e información recíprocas puede denominarse organización⁴⁶. Una organización determinada puede describirse como resultado (en un determinado momento) de un proceso de desarrollo⁴⁷. Ahora bien, aunque a toda organización le es inherente un elemento evolutivo, sería sesgado entender la organización únicamente como resultado de una evolución histórica. Al igual que una coordinación e información recíprocas pueden ser el contenido de una regulación normativa, también la forma de organización como tal puede ser objeto de dirección normativa.

Frecuentemente, dentro de un grupo, incluso se le asignará a una persona concreta la tarea de velar por algunas exigencias mínimas esenciales en la organización del grupo. Con todo, el concepto de organización resulta todavía demasiado abstracto como punto de conexión para el comportamiento típico. En esencia, se trata principalmente de garantizar el flujo de información que es necesario debido a la fragmentación de la obra en prestaciones parciales, esto es, de crear, elaborar y transmitir en la forma adecuada las informaciones⁴⁸. Si se tiene en cuenta que, en una empresa, los procesos físicos siempre se basan en un flujo de información existente en esa empresa entre individuos autorresponsables, queda claro que un insuficiente suministro de información constituye el origen de casi todos los peligros físicos que surgen de una empresa.

⁴⁶ El concepto de organización no se entiende aquí en su sentido específicamente jurídicopenal (por ejemplo en el sentido de JAKOBS, *Strafrecht AT*, Apdo. 7º, nº marg. 56 y ss.).

⁴⁷ El denominado concepto institucional de organización, cfr. LAUX/LIERMANN, *Grundlagen der Organisation*, Parte A I. 1.

⁴⁸ Sobre ello véase desde la perspectiva de la teoría económica, ZAHN, en BEA/DICHTL/SCHWEITZER (Hrsg.), *Allgemeine Betriebswirtschaftslehre*, tomo 2, 8ª ed., Tübingen, 2001, Cap. 4, 1. 3.; LAUX/LIERMANN, *Grundlagen der Organisation*, p. 125, 188 y ss.

Ejemplo: En la construcción de una casa, el contratista tiene que velar por que del acontecer conjunto “construcción de una edificación” no surjan peligros evitables para bienes jurídicos de terceros⁴⁹. El § 91 apdo. 2 AktG obliga al Consejo de Administración de una Sociedad por acciones a adoptar medidas, especialmente, a establecer un sistema de control, para que puedan detectarse a tiempo los procesos que hacen peligrar la subsistencia de la sociedad. Para la venta de productos para el consumo y de medios técnicos para el trabajo, la Directiva de la Unión Europea sobre seguridad de los bienes de consumo ha prescrito para toda Europa la creación de sistemas de gestión del riesgo⁵⁰.

Habitualmente, en las empresas, el deber de crear y mantener la organización compete a personas con cargos de gestión, esto es, a personas con responsabilidad de dirección. Sin embargo, ello no significa que todas las tareas de organización pertenezcan al ámbito de actividad de la cumbre de la dirección de la empresa. Así, ciertamente, los §§ 76, 91 apdo. 2 AktG obligan expresamente al Consejo de Administración de la Sociedad anónima⁵¹, pero si todas las tareas de organización se atribuyeran a la dirección directa de la empresa, tal exigencia resultaría excesiva en el caso de las grandes empresas. Por ejemplo, la organización del control de calidad del producto puede, así, incumbir en las grandes empresas a un departamento especial o a un grupo de personas creado a tales efectos.

También la inserción de las personas de la dirección en el grupo resulta aún más clara cuando se tiene en cuenta que estas personas y el ejercicio de su poder de dirección depende del flujo de información reinante en el grupo. Cuando las informaciones no se originan allí donde desembocan directamente en una decisión sino en otro lugar, el titular de la decisión depende de que la información sea fiable⁵². Las dependencias crecen más cuando se tienen en cuenta los procesos psicológicos que, inevitablemente, se producen dentro de los grupos. Así, junto a toda organización formal (dependiente de lo técnico) existe siempre una organización informal (dependiente de lo psicológico)⁵³. Precisamente en los momentos de crisis, el desinterés interno del individuo y el “cubrir el expediente” pueden conducir a que no se reaccione con suficiente cuidado a las situaciones especiales y a que no se puedan tomar decisiones con suficiente

⁴⁹ Así, por ejemplo, expresamente, el § 41 de la Ordenanza de la Construcción del Land de Baden-Württemberg.

⁵⁰ Directiva 2001/95/EG, ABl. EG 2002 Nr. L 11/4. Véase para la transposición de esta directiva en Alemania especialmente el § 5 GPSG (Ley de Seguridad de Productos y Aparatos) así como sobre la valoración de las repercusiones de esta norma KLINDT, *NJW* 2004, 465 (468). Véase, a título de ejemplo sobre la ulterior concreción de la GPSG el Código para el desarrollo de la Ley de Seguridad de Productos y Aparatos de la Oficina Federal de la Automoción de Noviembre de 2005 (disponible en Internet en www.kba.de/Abt4_neu/Merkblaetter/kodex_rueckrufmassnahmen.pdf).

⁵¹ Sobre ello véase entre la bibliografía de derecho de sociedades HEFERMEHL/SPINDLER, en *MiKo-AktG*, 2ª ed., München, 2004, § 76 n° marg. 16 y ss.; HÜFFER, *Aktiengesetz*, 7ª ed., München, 2006, § 76 n° marg. 7 y ss., § 91 n° marg. 3 y ss., allí con referencias también a los límites de la delegación de una función a tercero.

⁵² Sobre ello véase el trabajo representativo de entre la bibliografía de la teoría de las organizaciones de LAUX/LIERMANN, *Grundlagen der Organisation*, Parte A I.3 (p. 12); de entre la bibliografía sobre Derecho de sociedades, FLEISCHER, *NZG* 2003, 451 (454 y s.).

⁵³ Sobre el fenómeno de la organización informal en los grupos véase fundamentalmente, SCHEIN, *Organisationspsychologie*, Münster, 1980, p. 21 y ss.; GEBERT/VON ROSENSTIEL, *Organisationspsychologie – Person und Organisation*, 5ª ed., Stuttgart, 2002, p. 33 y ss.

velocidad o fundamento. De ahí que también las personas de la dirección solamente puedan ser hechas responsables en la medida de lo que les es posible. Por tanto, en esa medida no existe la omnipotencia.

3.3. Consecuencias para la responsabilidad penal individual y cuestiones de imputación

a) Consecuencias para la aplicabilidad de figuras jurídicas generales - en especial, en lo referente a la teoría de la intervención

En el ámbito de la doctrina penal general, la concepción expuesta tiene especial trascendencia en la cuestión de la participación. No se puede tolerar la afirmación de que el comportamiento en grupo siempre supone un actuar en coautoría en el sentido del § 25 apdo. 2 StGB o que el comportamiento realizado a través de terceros por personas con poder de dirección es normalmente una autoría mediata en el sentido del § 25 apdo. 1 StGB⁵⁴.

El análisis del comportamiento en un grupo conduce más bien a la conclusión de que toda persona que actúa en un grupo domina focos de peligro que son, cada uno por sí mismo, adecuados para causar un resultado típico. Muchas veces, los procesos de grupo estarán organizados de tal manera que un único comportamiento incorrecto podrá ser neutralizado mediante el proceso de realización en grupo de la prestación. Con frecuencia, un resultado típico se causará solamente cuando concurra el fallo de varias personas. De ahí que en la praxis se presente frecuentemente un amplio ámbito para la autoría accesoria⁵⁵.

En cambio, la coautoría o la autoría mediata serán la excepción. A este respecto, habrá que velar cuidadosamente por mantener los límites tradicionales de estas figuras también en los casos de realización de prestaciones en un grupo. La mera incorporación fáctica a un proceso de producción no bastará para fundamentar un plan común en el sentido del § 25 apdo. 2 StGB o una autoría mediata en virtud de dominio de la organización en el sentido del § 25 apdo 1 2. Alt StGB⁵⁶. La estructuración de una tarea en un proceso económico no contiene acuerdo alguno para la comisión de un hecho punible ni tampoco dominio alguno sobre otras personas que intervienen en el proceso. De ahí que en los procesos económicos y en las empresas, las reglas de imputación de la coautoría o del dominio de la organización solamente pueden dar frutos

⁵⁴ A favor de la autoría mediata en la jurisprudencia, representativa, BGH, NJW 1998, 767 (768 y s.); a favor de la autoría mediata en la doctrina, por ejemplo, SCHÜNEMANN, en *FG f. BGH*, tomo IV, p. 620 (632). Crítico con estas tendencias, SCHILD, en *NK-StGB*, 1ª ed., Baden-Baden, 2003 previo a los §§ 25 Rn. 205 y ss., 270 y ss. (disponible en internet en www.jura.uni-bielefeld.de/Lehrstuehle/Schild/NOMOS/25_27.pdf).

⁵⁵ Sin embargo, en la doctrina no se ha contemplado aún este grupo de casos como casos típicos de autoría accesoria. Históricamente la autoría accesoria se ha desarrollado sobre todo a partir de la disputa y de las (en gran parte exóticas) constelaciones de casos sobre la causalidad cumulativa y la alternativa, sobre ello, MURMANN, *Die Nebentäterschaft im Strafrecht – Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre*, Berlin, 1993, p. 25 y ss., 186 y ss., 195 y ss.

⁵⁶ Véase sobre ello, gráficamente, BGHSt 31, 202 (205 y ss.).

excepcionalmente⁵⁷. La incorporación de personas a procesos económicos tampoco afecta *a priori* a su autorresponsabilidad. A la inversa, las cosas son incluso de tal manera que, precisamente en el caso de la actuación con división del trabajo, el énfasis en la autorresponsabilidad de cada individuo fomenta la seguridad y la estabilidad de dichos procesos.

Por ello, normalmente los casos de coautoría y de autoría mediata tendrán que estar configurados de tal manera que la estructura formal de la realización de prestaciones en grupo haya tenido que ser deformada en una medida importante. En tal caso, o bien se podrán constatar desviaciones importantes entre la organización formal y la organización informal del proceso de grupo o bien determinados modelos de organización estarán orientados estructuralmente a la comisión de hechos punibles⁵⁸. Pero incluso en tal caso difícilmente podrán cumplirse los presupuestos para afirmar la concurrencia de la autoría mediata en sentido clásico⁵⁹. En ese caso, el legislador, como se expresa en la valoración del § 35 StGB, sigue viendo normalmente al individuo como persona que actúa de manera libre y autorresponsable y que, en principio, debe poder mantenerse en condiciones de hacer frente a la presión que se ejerza sobre ella. De ahí que, en principio, la amenaza con la pérdida del puesto de trabajo o con desventajas financieras no baste para cuestionar la autorresponsabilidad de una persona⁶⁰.

Podría considerarse que la concepción expuesta presenta una debilidad, a saber, que parte de una responsabilidad individual amplia, pues la figura de la autoría accesoria puede conducir, también en caso de comportamiento incorrecto de poca relevancia, a la responsabilidad por daños de gran importancia cuando tales daños han de ser imputados al individuo. Si se observa con detenimiento, esto no constituye una debilidad del planteamiento dogmático, sino una consecuencia del alcance de posibles decisiones incorrectas en un mundo altamente tecnificado. De ahí que, para mantener dentro de aquello tolerable para el individuo el riesgo de imposición de una pena, es aún más importante limitar la imputación del resultado y tomar en serio los factores limitadores⁶¹. Así, el resultado acaecido se debe poder explicar precisamente como realización del riesgo creado por el autor y se debe poder excluir que el daño también se habría producido en caso de realización del comportamiento alternativo cuidadoso (y, por ello,

⁵⁷ En caso contrario procede el veredicto con el que SCHILD, en *NK-StGB*, 1ª ed., previo al §§ 25 n° marg. 207 caracteriza a la actual jurisprudencia advirtiendo que ésta „renuncia a un Derecho penal referido al tipo en favor de una decisión valorativa en el caso concreto“.

⁵⁸ Sin embargo ellos constituirán casos absolutamente excepcionales. Véase de la jurisprudencia en esta dirección BGHSt 312, 202 (205 y ss.) así como BGH, JR 2004, 245 (246).

⁵⁹ Crítico con la situación actual de la teoría SCHILD, en *NK-StGB*, 2ª ed., previo al § 25 n° marg. 1, según el cual nada ha cambiado hasta hoy desde la afirmación de KANTOROWICZ del año 1910 sobre que la teoría de la participación era el ámbito más oscuro e intrincado de la dogmática penal alemana. Sin embargo, una novedosa teoría de la intervención en el delito, que pone el acento en la fundamentación de la responsabilidad de todo interviniente por la realización del tipo en lugar de partir de la atribución a título de autor, es la presentada en España por ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, 2003, parte III.

⁶⁰ Así también, KÜHL, *Strafrecht AT*, § 20 n° marg. 64; VOGEL, *MDR* 1995, 337 (339).

⁶¹ Sobre el significado de la realización del riesgo como requisito de la imputación de un resultado típico a una conducta típica, fundamentalmente, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*, capítulo tercero; JAKOBS, *Strafrecht AT*, Apdo. 7 n° marg. 4b (véase allí también la nota 2a); ROXIN, *Strafrecht AT*, tomo 1, § 11 B I. 2. y 3; KÜHL, *Strafrecht AT*, § 4 III. 1.

conforme a Derecho)⁶². Desde el momento en que puedan constatarse estos vínculos, apenas queda lugar para negar en términos generales la responsabilidad penal. No obstante, si a la vista de la insignificancia de un comportamiento incorrecto el castigo de una persona resulta inadecuado, habrá que recurrir a un remedio procesal en el caso concreto. De todos modos, mirar hacia el proceso le resta precisión a la amplitud de responsabilidad que se ha expuesto: en la práctica lo que ocurrirá será que, en sus investigaciones, los funcionarios de la persecución penal se concentrarán de todos modos en las creaciones de riesgo esenciales y que no investigarán los hechos en todas las direcciones imaginables.

Por último, hay que pronunciarse brevemente sobre el ámbito de aplicación de la responsabilidad penal por omisión, pues precisamente en el ámbito del Derecho penal económico, parece que la omisión se convierte de manera cada vez más frecuente en la solución preferida por la dogmática⁶³. En este ámbito, la atribución de deberes de control y vigilancia unida a la visión de las empresas y los procesos económicos como fuentes de peligro parece ser una puerta abierta a la responsabilidad del individuo por la lesión de los deberes de aseguramiento que le incumben como garante de la supervisión⁶⁴. Sin embargo, la ampliación, también en este ámbito, de la responsabilidad penal por omisión es algo discutible. Ya desde una perspectiva fenomenológica, resulta absurdo querer hacer responder a las personas de la dirección esencialmente por su falta de actividad y no por su actividad. Con frecuencia, podrá constatarse en las personas de la dirección un comportamiento incorrecto que se ha realizado en el resultado. La organización de los procesos económicos por las personas de la dirección se produce en forma de proceso constante. Debido a la interacción de los diversos procesos individuales en el proceso global, en el estado actual de la técnica frecuentemente sólo resulta adecuada la planificación sucesiva iterativa⁶⁵. Tal planificación sucesiva describe la organización de los procesos económicos como una actividad que se desarrolla en diversos niveles. A este respecto, hay acuerdo en que no existe una organización óptima, sino que la organización y la planificación son procesos que trascurren de manera permanente y reorganizaciones nuevas constantes de los procesos negociales existentes. Ahora bien, precisamente cuando se producen errores importantes, éstos se comunican regularmente a las personas competentes de la dirección y, entretanto, se detienen los procesos individuales en cuestión⁶⁶. En tales casos, lo habitual será que las personas de la

⁶² Véase, además, para el tipo de la administración desleal (Untreue) de entre los trabajos más recientes SCHÜNEMANN, *NStZ* 2006, 196 (196 y ss.).

⁶³ Sobre ello con una toma de posición crítica BOSCH, *Organisationsverschulden*, p. 142 y ss.

⁶⁴ Así, por ejemplo, el programa estándar para el tratamiento de situaciones de responsabilidad penal por el producto, véase, representativa BGHSt 37, 115 (124 y s.); así como, en la doctrina, KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 18 n° marg. 103 y ss., 110 y ss.; crítico SCHÜNEMANN, en *Festgabe f. BGH*, tomo IV, p. 620 (626).

⁶⁵ Sobre ello, desde la perspectiva de la teoría económica, LAUX/LIERMANN, *Grundlagen der Organisation*, Parte E XII. 3. 2. 1. (p. 197 y ss.). Desde el punto de vista de la normativa, la planificación sucesiva está prevista como vinculante en el ámbito de la seguridad de la calidad por DIN EN ISO 9001; sobre ello, desde la perspectiva de la doctrina penal, BOSCH, *Organisationsverschulden*, p. 436. Véase también de la jurisprudencia BGHSt 47, 148 (151): obligación de un banco en caso de grandes créditos de prevenir el riesgo de quiebra mediante una observación y análisis continuados de las relaciones económicas del deudor.

⁶⁶ También en este punto puede hacerse referencia a los ejemplos del ámbito del Derecho de seguridad de los productos, donde el § 5 GPSG prescribe expresamente la instalación de un sistema activo de gestión del riesgo.

dirección actúen para poner en marcha de nuevo el proceso o bien para reparar, en el seno de la organización o del grupo, los mecanismos y el potencial de prevención existentes.

b) Consecuencias para la conducción individual de los procesos económicos por el legislador

Esta reflexión desde la perspectiva del proceso, sobre el acontecer económico, ha entrado desde hace tiempo en la legislación. Esto queda claro en la creciente creación de delitos de peligro y de leyes penales en blanco⁶⁷. Precisamente en el Derecho penal accesorio, el delito de peligro (abstracto) se ha convertido progresivamente en la clase claramente dominante de tipo. A este respecto, el legislador ha procedido a crear un sistema cada vez más diferenciado de normas penales que toma en consideración concretas situaciones singulares e identifica en ellas acciones singulares como peligrosas y merecedoras de sanción.

El contexto superior en el que estas normas se encuentran se caracteriza por el paso del legislador, en el Derecho económico y el Derecho administrativo económico, de un sistema de prevención del peligro a un sistema de precaución frente al riesgo⁶⁸. Se intenta describir para las situaciones más diversas un nivel de seguridad muy concreto. Quien se desvía de este nivel de seguridad crea, según la visión del legislador, riesgos jurídicamente desvalorados. Cuando éstos son riesgos esenciales para bienes jurídicos que hay que proteger penalmente, el legislador tiende a estabilizar el estándar de seguridad mediante la creación de tipos de peligro especiales.

De este modo, el legislador interviene cada vez con más intensidad en la organización de los procesos⁶⁹. Un ejemplo es la obligación de contratar, para determinados peligros concretos identificados, a encargados de la seguridad o del peligro que tienen que desempeñar esencialmente funciones de iniciativa, control, esclarecimiento e información⁷⁰. En parte, incluso se castiga autónomamente el hecho de que no haya una persona que tenga asignadas esas funciones⁷¹. Así que estos tipos pueden llegar hasta castigar la insuficiencia de la comunicación interna en la empresa entre las personas individuales⁷².

⁶⁷ Sobre ello, de entre los trabajos más recientes, DIETMEIER, *Blankettstrafrecht – ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, Marburg, 2002; MOLL, *Europäisches Strafrecht durch nationale Blankettstrafgesetzgebung*, Göttingen, 1998.

⁶⁸ Sobre ello, significativo, DI FABIO, *Jura* 1996, 566 y ss.

⁶⁹ Por ejemplo, véase en el sector del crédito, PREUSSNER/PANANIS, *BKR* 2004, 347 (347 y ss.), quien alude a la recepción mediata en este sector de las correspondientes directrices jurídico económicas sobre el tipo de la administración desleal del § 266 StGB. Véase también de la jurisprudencia, en este contexto, la BGHSt 47, 148 (150 y ss.). Sobre la figura del encargado de mercancías peligrosas VIERHAUS, *NStZ* 1991, 466 (466). Un panorama sobre la cantidad y ámbito de actividad de los encargados de la empresa lo ofrece SALJE, *BB* 1993, 2297 (2297). Sobre los encargados de la protección frente a radiaciones BÖSE, *wistra* 2005, 41 (44).

⁷⁰ SCHÜNEMANN, en *GS f. A. Kaufmann*, Berlin, 1989, p. 629 (639 y s.) observa en ello una forma de control interno de la empresa en la que el moderno derecho deposita „buena parte de su esperanza de prevención“.

⁷¹ En la mayoría de las ocasiones se prevén aquí sanciones en forma de contravenciones, véase, por ejemplo, el § 15 SGB VII iVm. 209 SGB VII o el § 116 Apdo. 2-4 StrlSchV (Ordenanza de protección frente a las radiaciones).

⁷² Así, por ejemplo, § 116 apdo. 4 StrlSchV en referencia a la comunicación entre encargados de la protección frente a radiaciones y los responsables de la protección frente a las radiaciones.

4. Resumen y valoración político-criminal

Si se intenta resumir el núcleo del planteamiento aquí defendido, hay una cosa que queda clara, a saber, que en primera línea aparece una concepción de los contextos económicos fuertemente orientada al proceso. La responsabilidad individual se determina primariamente según la función que el individuo asume en un proceso. Las normas de comportamiento se modifican en especial mediante elementos de la información, coordinación y organización recíprocas. A diferencia de lo que ocurre en muchos planteamientos defendidos por la doctrina, quedan en un segundo plano tanto la contemplación del acontecer desde una perspectiva jerárquica, como los elementos de la vigilancia y la supervisión.

¿Implica este planteamiento una expansión del Derecho penal? ¿Hay que rechazar globalmente esta evolución como expansión inadmisibles del Derecho penal?⁷³ La expansión del Derecho penal está sin duda vinculada al planteamiento defendido en estas líneas en la medida en que se sitúa el comportamiento punible en ámbitos que están claramente lejos, desde una perspectiva fenomenológica, de la producción material y fáctica de un daño. Sin embargo, es discutible que esto realmente signifique una ampliación respecto a los modelos penales tradicionales. De entrada, desde VON BURI, todo comportamiento que sea causal para una lesión de un bien jurídico descrita en un tipo penal es objeto de la consideración del Derecho penal⁷⁴. En todo caso, no se exige la exclusividad del acontecimiento para la producción del daño, lo cual queda claro en el hecho de que, según la doctrina dominante, en principio, las eventuales causas sustitutivas no deberían excluir la imputación⁷⁵. Ahora bien, cuando las unidades funcionales se dividen en prestaciones parciales, tal división del acontecer no va acompañada de una división de la responsabilidad global en responsabilidades parciales. La responsabilidad individual se determina más bien según la función desempeñada en cada caso y según el rol que va unida a tal función. Normativamente, esto deriva de la consideración de que al grupo no se le puede reconocer un poder jurídico mayor que al individuo; ahora bien, por lo demás, en principio, en el Derecho penal económico también deben regir los criterios de limitación de la responsabilidad individual que ya hace tiempo son legión en el núcleo del Derecho penal. Por ello, la división de tareas entre personas individuales no debe conducir a que tales tareas individuales ya no deban ser realizadas con el cuidado necesario para los bienes jurídicos de terceros. Dado que la responsabilidad penal no puede cuantificarse en el plano del tipo, solamente queda la responsabilidad del individuo por (todo el) resultado en su configuración concreta.

⁷³ En esta tesitura se halla fundamentalmente el Derecho penal económico según, SILVA-SANCHEZ, *Die Expansion des Strafrechts*, p. 22 y s.

⁷⁴ Véase por ejemplo, v BURI, *Ueber Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873, p. 66 y ss. (IV. Zusammentreffen der causalen Tätigkeit mehrerer Personen). Otra cosa sucede, por ejemplo, en el common law angloamericano, donde la causalidad tradicionalmente no sólo se contempla como nexo de condiciones de carácter científico natural, sino también como elemento de valoración moral (“causation as a function of moral evaluation”), sobre ello, PAUL, en MANSDÖRFER (coord.), *Die allgemeine Straftatlehre des common law*, p. 26.

⁷⁵ Sobre la irrelevancia de las causas sustitutivas, por todos, ROXIN, *Strafrecht AT*, tomo 1, § 11 Rn. 23, 34; BGHSt 2, 20 (24).

Cuando los comportamientos individuales se pueden identificar como peligrosos, lo propio de un Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos es penalizar tales comportamientos⁷⁶. Lo importante es definir clara e inequívocamente los bienes jurídicos que hay que proteger, puesto que, de lo contrario, tampoco se pueden definir de manera suficientemente clara los peligros para tales bienes jurídicos⁷⁷. A esto no va unida una expansión autónoma del Derecho penal, sino que aquí la expansión del Derecho penal proviene más bien de una reacción de origen heterónomo frente a una realidad de vida que ha cambiado.

5. Bibliografía

AMELUNG (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim, 2000

ARZT, SZW 2002.

BOHNE, *FS f. Sauer*, Berlin, 1949.

BOSCH, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, Baden-Baden, 2002

BÖSE, *wistra* 2005.

BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, Heidelberg, 1992.

BOTTKE, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, Berlin, 1994.

CASTALDO, *wistra* 2006.

CHARCHULLA, *Die Figur der Organisationsherrschaft im Lichte des Beteiligungssystems*, Aachen, 2001

COASE, «The nature of the firm», en COASE, *The firm, the market and the law*, Chicago, 1988.

DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, 1996

DI FABIO, *Produktharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung*, Köln, 1996.

⁷⁶ Sobre el estado de la discusión ROXIN, *Strafrecht AT*, tomo 1, § 11 n° marg. 154; como aquí KORIATH, GA 2001, 51 (64, 67, 74).

⁷⁷ Acertada es, por consiguiente, la postura que rechaza la combinación “prohibición de puesta en peligro-bien universal”, y ello porque lo negativo de esta combinación no reside en la formulación de los delitos de peligro sino en la renuncia a describir de forma precisa determinados bienes jurídicos (así, por ejemplo, HASSEMER, ZRP 1992, 378 [381]).

DI FABIO, *Jura* 1996.

DIETMEIER, *Blankettstrafrecht – ein Beitrag zur lehre vom Tatbestand*, Marburg, 2002

FLEISCHER, *NZG* 2003.

GAITANIDES, *Prozessorganisation, Entwicklung, Ansätze und Programme des Managements von Geschäftsprozessen*, 2^a ed., München, 2007.

GALLAS, *Die Strafbarkeit der am Bau Beteiligten*, Heidelberg, 1963

GEBERT/VON ROSENSTIEL, *Organisationspsychologie – Person und Organisation*, 5^a ed., Stuttgart, 2002.

GREEVE/BUSCH (Hrsg.), *Handbuch des Baustrafrechts*, München, 2004

GROßE VORHOLT, *Management und Wirtschaftsstrafrecht*, Köln, 2001

HAFTER, *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, Berlin, 1903

HASSEMER, *ZRP* 1992.

HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2^a ed., Heidelberg, 1996.

HEFERMEHL/SPINDLER, en *MüKo-AktG*, 2^a ed., München, 2004.

HEINE, en *FS f. Lampe*, Berlin, 2003.

HEINE, *ZStR* 121 (2003).

HILGERS, *Verantwortlichkeit von Führungskräften in Unternehmen für Handlungen ihrer Mitarbeiter*, Freiburg, 2000

HOHMANN, *wistra* 1992.

HÜFFER, *Aktiengesetz*, 7^a ed., München, 2006.

JAKOBS, en *FS f. Miyazawa*, Baden-Baden, 1995.

JAKOBS, *Strafrecht AT*, 7.

KLINDT, *EuZW* 2002.

KLINDT, *NJW* 2004.

KNAUER, *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht – zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft*, München, 2001

KORIATH, *GA* 2001.

KUDLICH, *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, Berlin, 2004 (y la *recensión de PAWLIK, GA* 2006)

KÜHL, *Strafrecht AT*, 5ª ed., München, 2005.

KUHLEN, *JZ* 1994.

KUHLEN, en ACHENBACH/RANSIEK (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Heidelberg, 2004.

LAMPE, *ZStW* 106 (1994).

LAUX/LIERMANN, *Grundlagen der Organisation, Die Steuerung von Entscheidungen als Grundproblem der Betriebswirtschaftslehre*, 5ª ed., Heidelberg, 2003.

LOMBARDELLI/PRODUMAN/TALBOT, *IJCB [International Journal of Central Banking]* 2005.

LÖSCHNIG-GSPANDL, *ÖJZ* 2002.

MANSDÖRFER, (Hrsg.), *Die allgemeine Straftatlehre des common law*, Heidelberg, 2005.

MIEBACH/SCHÄFER, en *KüKo-StGB*.

MILSMANN/SIBBING, *Pharm Ind* 68 [2006].

MOLL, *Europäisches Strafrecht durch nationale Blankettstrafgesetzgebung*, Göttingen, 1998.

MONTENBRUCK/KUHLMEY/ENDERLEIN, *JuS* 1987.

MURMANN, *Die Nebentäterschaft im Strafrecht*, Berlin, 1992.

MURMANN, *Die Nebentäterschaft im Strafrecht – Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre*, Berlin, 1993.

NEUDECKER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen dargestellt am Beispiel der Geschäftsleitungsgremien von Wirtschaftsunternehmen*, Frankfurt, 1995

NEUSER, «Sicherheitsgewährleistung durch Recht», en HOF/LÜBBE-WOLFF (Hrsg.), *Wirkungsforschung zum Recht I*, Baden-Baden, 1999.

PAUL, en MANSDÖRFER (Hrsg.), *Die allgemeine Straftatlehre des common law*, Heidelberg, 2005.

PIETH, *ZStR* 121 (2003).

PREUSSNER/PANANIS, *BGR* 2004.

ROGALL, en SENGE (Hrsg.), *KK-OWiG*, 3^a ed., München, 2006.

ROXIN, *Strafrecht AT*, tomo I, München, 2006.

SALJE, *BB* 1993.

SCHAAL, *Gremienentscheidungen in Unternehmen*, Berlin, 2001

SCHAUENBERG/SCHMIDT, en KAPPLER (Hrsg.), *Rekonstruktion der Betriebswirtschaftslehre*, Spardorf, 1983.

SCHIEIN, *Organisationspsychologie*, Münster, 1980.

SCHILD, en *NK-StGB*, 1^a ed., Baden-Baden, 2003.

SCHLÖSSER, *Soziale Tatherrschaft – Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten*, Berlin, 2004 (y la recensión de ROTSCH, *wistra* 2005)

SCHMUCKER, *Die „Dogmatik“ einer strafrechtlichen Produktverantwortung*, Frankfurt, 2001.

SCHOLZ, en MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar*, 35^a entrega, München, 1999.

SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung*, Tübingen, 1986.

SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln, 1979.

SCHÜNEMANN, *ZfBR* 3 (1980)

SCHÜNEMANN, *wistra* 1982.

SCHÜNEMANN, en *FS f. A. Kaufmann*, Berlin, 1989.

SCHÜNEMANN, en *FG f. BGH*, Bd. IV, München, 2000.

SCHÜNEMANN, *NStZ* 2006.

SILVA-SANCHEZ, *Die Expansion des Strafrechts – Kriminalpolitik in postindustriellen Gesellschaften*, Frankfurt, 2003.

SIMON, *Journal of Economic Perspectives* 5 (1991).

SMITH A., *Wohlstand der Nationen – eine Untersuchung seiner Natur und seiner Ursachen*, traducción de la 5ª ed. Londres 1789 de Recktenwald, 6ª ed., München 1993.

STÜTZEL, *Zeitschrift für Betriebswirtschaft* 36 (1966).

ULSENHEIMER, *Arztstrafrecht*, 3ª ed., Heidelberg, 2003.

URBAN, *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, Göttingen, 2004 (y la recensión de ROTSCH, GA 2005)

V BURI, *Ueber Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873.

VANBERG, *Markt und Organisation – Individualistische Sozialtheorie und das Problem, korporativen Handelns*, Tübingen, 1982.

VIERHAUS, *NStZ* 1991.

VOGEL, en *FS f. Lorenz*.

WEIBER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*, Berlin, 1996

ZAHN, en BEA/DICHTL/SCHWEITZER (Hrsg.), *Allgemeine Betriebswirtschaftslehre*, tomo 2, 8ª ed., Tübingen, 2001.

ZEDER, *ÖJZ* 2001.