

## Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa (\*)

Prof. Dr. BERND SCHÜNEMANN  
Mannheim

### I. DELIMITACION Y SIGNIFICADO DEL TEMA

1. En la siguiente exposición se tratan los aspectos de dogmática jurídico-penal y de política criminal en relación con los problemas de imputación y de prueba que aparecen en la práctica en los *delitos económicos cometidos a partir de una empresa*. A falta de un término concreto capaz de lograr un consenso y que a su vez recoja todos los aspectos esenciales del Derecho penal económico (1), entiendo por delitos económicos, en el sentido más amplio, todas las acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación en la vida económica o en estrecha conexión con ella. La *criminalidad de empresa* (Unternehmenskriminalität), como suma de los delitos económicos que se cometen a partir de una empresa —o, formulado de otra manera, a través de una actuación para una empresa—, establece así una delimitación tanto respecto a los delitos económicos cometidos al margen de una empresa, como respecto a los delitos cometidos dentro de la empresa contra la empresa misma, o por miembros particulares contra otros miembros de la empresa. Se comprende así esta primera delimitación por sí misma, en cuanto que las dificultades específicas de imputación y de prueba surgen tan sólo por el hecho de que las personas naturales actúan para una *empresa*

---

(\*) Traducción del artículo *Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität* (WISTRÄ, *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht*, año I, fascículo 2, 15 de marzo de 1982, pp. 41-50) realizada por Daniela BRÜCKNER (Universidad de Mannheim) y Juan Antonio LASCURAIN SÁNCHEZ (Universidad Autónoma de Madrid).

(1) Vid. acerca del todavía discutido concepto de criminalidad económica OPP, *Soziologie der Wirtschaftskriminalität*, 1975, pp. 40 y ss.; TIEDEMANN, Tiedemann (coord). *Die Verbrechen in der Wirtschaft*, 2.<sup>a</sup> ed., 1972, pp. 13 y ss.; KAISER, *Kriminologie*, 1980, pp. 484 y ss.

*económica*; es decir, para una unidad organizada que está determinada por el fin económico al que sirven uno o varios establecimientos a su vez coordinados entre sí (2). La participación en el tráfico económico fuera de este marco de organización, como podría ser, por ejemplo, la actividad de un consumidor, no plantea especiales problemas jurídico-penales y es por ello por lo que no tiene mayor significación en relación con el contexto citado. Por otra parte se debe diferenciar entre un comportamiento socialmente dañoso de una empresa y un daño causado por colaboradores de la empresa *a la misma* o a otros de sus *colaboradores*, ya que los dos grupos de casos mencionados en último lugar, que conforman la llamada *criminalidad en la empresa* (Betriebskriminalität) (3), pueden someterse sin dificultades a las reglas de los delitos comunes desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal, y porque desde el punto de vista político-criminal y criminológico plantean cuestiones muy distintas a las que plantea la criminalidad de empresa en sentido estricto: la influencia criminógena de una «actitud criminal de grupo», las dificultades de determinación normativa de las competencias y, a consecuencia de ello, de la imputación jurídico-penal, y los problemas de averiguación del verdadero responsable —por mencionar tan sólo algunos de los siguientes temas de discusión— producen, en conjunto, quebraderos de cabeza en relación con la criminalidad de empresa, pero no en relación con la criminalidad en la empresa, la cual a su vez produce problemas propios (4). Sobre esta base se ha de contar también dentro de la criminalidad de empresa, y no de la criminalidad en la empresa, el daño a los miembros del establecimiento a través de una actuación para la empresa, destacando entre otros la infracción de las disposiciones protectoras del trabajo, ya que aquí la motivación de la acción y la estructura de la imputación —a diferencia de lo que sucede en el «plano de igualdad» de los «delitos entre camaradas» o en la «relación de superioridad y subordinación» que se da en la causación de daños a la empresa por parte de miembros de la misma— se determinan a través de la actuación para la empresa y por ello no se dejan incluir sin ulterior desarrollo jurídico-penal en la categoría de los «delitos cometidos por medio de actuaciones privadas».

---

(2) Acerca del concepto de empresa sobre el que se basa el texto, vid. HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, t. I, 7.<sup>a</sup> ed., 1963, p. 97; DIETZ-RICHARDI, *Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, 6.<sup>a</sup> ed., 1981, § 1, párrs. 54 y ss.; RAISER, *Das Unternehmen als Organisation*, 1969, p. 115.

(3) Acerca del concepto de criminalidad en la empresa, vid. KAISER y METZGER-PREGIZER, *Betriebsjustiz*, 1976; BERCKHAUER, *Die Strafverfolgung bei schweren Wirtschaftsdelikten*, 1981, p. 267.

(4) Vid., además de las referencias de la nota 3, el informe diario de la Sociedad Alemana de Criminología (Tagungsbericht der Deutschen Kriminologischen Gesellschaft) del 24 de mayo de 1975, acerca del tema de la criminalidad en la empresa, así como ARZT, et. al., *Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Betriebsjustiz*, 1975.

Con el concepto de «criminalidad de empresa» se designa, pues, todo el ámbito de los delitos económicos en los que por medio de una *actuación para una empresa* se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa. Que de este modo la criminalidad de empresa constituye la parte más importante de la criminalidad económica, no sólo desde el punto de vista práctico, sino también desde el punto de vista de la teoría jurídico-penal y de la política criminal, es algo que salta a la vista.

2. Un hecho punible cometido en el marco de una empresa, o sea, de un grupo de personas organizado por medio de la división del trabajo, produce, en comparación con un delito cometido en la esfera de la vida privada, problemas específicos de imputación jurídico-penal, sobre todo por la *escisión, típica en la empresa, de responsabilidad y acción*; esto es: la verdadera lesión del bien jurídico es llevada a cabo a menudo por una persona física que no es, en este aspecto, verdaderamente responsable o, al menos, no tiene la exclusiva responsabilidad. Desde la perspectiva de la dogmática penal se plantea así la cuestión de hasta qué punto y bajo qué condiciones puede el verdadero titular de la responsabilidad resultar responsable por la comisión de un hecho por *omisión*, o bien (en el caso contrario de un supuesto de hecho típico penal en forma de delito especial que sólo se pueda realizar por el empresario mismo) hasta qué punto y bajo qué condiciones el que actúa realmente como sustituto puede ser perseguido por la vía de la *responsabilidad penal del representante*. Para el caso de que la responsabilidad por omisión y la del representante (ya sea por razones de dogmática jurídico-penal, ya sea por la típica dificultad de prueba en la criminalidad de empresa) resulten insuficientes y poco satisfactorias desde el punto de vista político-criminal se plantea la siguiente cuestión: si —o bien hasta qué punto— tales defectos podrían verse compensados tanto a través de un supuesto de hecho típico penal o administrativo que describiera la *infracción del deber de vigilancia en la empresa*, como a través de *sanciones contra la empresa misma*.

3. Como estos cuatro grupos de temas son relevantes para todo tipo de comportamientos de criminalidad económica y constituyen en cierto modo la parte general de los problemas específicos de imputación de la criminalidad económica, son mucho más urgentes soluciones satisfactorias en este área que en el de la nueva criminalización de particulares formas de conducta socialmente dañosas, dominante hasta hoy en la discusión doctrinal (5). Frente al enorme *déficit de*

---

(5) Vid. sobre todo la primera Ley de Lucha contra la Criminalidad Económica (Erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität) de 29 de julio de 1976 —BGBI.I, p. 2034—; la 18.ª Ley de Reforma del Derecho penal de 28 de marzo de 1980 —BGBI.I, p. 337—; pero también el proyecto del ponente de una segunda Ley de Lucha contra la Criminalidad Económica, que ya contiene propuestas de solución de los problemas discutidos en el texto.

*sanción* en el área de la criminalidad económica —déficit, cuya existencia permanece en la actual discusión doctrinal prácticamente indiscutido (6)—; frente al característico *tratamiento desigual* en el ámbito del Derecho penal patrimonial —tratamiento desigual que afirman serias investigaciones criminológicas en los últimos tiempos y que se realiza a través de una selección desventajosa para las capas sociales bajas (7)—; pero también por otro lado, frente al amenazante peligro de un *abandono de principios jurídico-constitucionales irrenunciables*, a causa de una irreflexiva criminalización —peligro concretado ya en parte a través de las normas de Derecho penal económico promulgadas hasta ahora (8)—, la legislación, la jurisprudencia y la ciencia penal se enfrentan a la tarea del establecimiento de módulos de imputación en el área de la criminalidad de empresa —casi la cuadratura del círculo—, de *mejora en el tratamiento igualitario* de los comportamientos socialmente dañosos, y de *aumento del efecto preventivo* del Derecho penal; todo ello sin lesionar la vigente *exigencia jurídico-constitucional* de que el Derecho Penal constituya la última *ratio* de la política criminal.

4. La siguiente exposición de las posibilidades existentes de *lege data et ferenda* de llevar estos problemas a buen puerto se basa esencialmente en un estudio monográfico que he publicado en el año 1979 a continuación de un informe realizado por encargo del Ministro Federal de Justicia (9), y al que ha de acudirse, pues, para todas las particularidades que quedarían fuera del marco del presente discurso. Esto es válido de modo especial para el exhaustivo estudio de los *factores criminológicos* de los delitos de grupo (*Verbandsdelikte*) (10), a los que aquí se trata tan sólo brevemente en relación directa con las particulares instituciones jurídicas, y para las allí amplias

---

(6) Vid. Ministerio Federal de Justicia (coord.): *Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Kommissionisbericht*, 1.ª parte, 1976, pp. 13 y ss.; OPP, *Op. cit.*, (nota 1), pp. 27 y ss. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität 1*, 1976, pp. 20 y ss.; KAISER, *Op. cit.* (nota 1), pp. 491 y ss.; El mismo en *Kriminologische Gegenwartsfragen*, fascículo 13, 1978, p. 32.; HEINZ, GA 1977, 201.

(7) Vid., en general, BLANKENBURG-SESSAR-STEFFEN, *Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle*, 1978, pp. 217, 309 en cuanto a la selección objetiva que tuvo lugar en el ámbito del Ministerio Fiscal; AHRENS, *Die Einstellung in der Hauptverhandlung*, 1978, pp. 187 y ss.; KUNZ, *Die Einstellung wegen Geringfügigkeit durch die Staatsanwaltschaft*, 1980, p. 86 para los casos de sobreseimiento por oportunidad, que adquieren un significado cada vez mayor en los procedimientos económico-penales (vid. BERCKHAUER, *Wirtschaftskriminalität im Strafprozess*, 1980, pp. 17 y ss.; BERCKHAUER-RADA, *Forschungsbericht über die bundesweite Erfassung von Wirtschaftsstrafaten nach einheitlichen Gesichtspunkten*, 1977, pp. 77-82).

(8) Graves objeciones despierta, por ejemplo, la penalidad de la quiebra imprudente de los parágrafos 283.4 y 5 StGB, introducido por la primera Ley de Lucha contra la Criminalidad Económica (WiKG), con la cual podrían rebasarse los límites hacia un tipo de sospecha contrario al Estado de Derecho. Vid. también la advertencia de WASSERMANN, *Beiträge über Wirtschaftskriminalität* (coord. por Schimmelpfeng GmbH), 1979, pp. 43 y ss.

(9) Vid. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979.

(10) Más detalladamente al respecto mi exposición, *ob. cit.* (nota 9), pp. 13 y ss.

y pormenorizadas referencias a la jurisprudencia y a la doctrina; referencias que aquí han debido reducirse a un compendio de las fuentes más importantes.

## II. LA RESPONSABILIDAD POR UN DELITO IMPROPIO DE OMISION

1. La eminente importancia político-criminal del delito impropio de omisión en el ámbito de la criminalidad de empresa resulta de la habitual divergencia, ya mencionada, entre acción y responsabilidad en las instituciones jerárquicas. Como consecuencia del principio de *descentralización*, característico en la organización de la empresa moderna, y de la transformación de la función de poder y de decisión de las altas instancias, por él condicionada, la «organización de la responsabilidad» —por decirlo con una expresión tópica— amenaza con convertirse en la «organizada irresponsabilidad», lo que desde un punto de vista jurídico-penal se expresa a través de un cambio de la imputación del hecho hacia abajo, si no hacia los miembros de la organización que están más abajo, ya que sólo ellos llevan a cabo por sí mismos la actuación tipificada en el supuesto de hecho penal o administrativo (11). Este cambio de la responsabilidad jurídico-penal hacia las bajas instancias de la jerarquía de la empresa, resultante de la técnica legal de descripción del supuesto de hecho típico, puede tener consecuencias fatales para el efecto preventivo de las normas de Derecho penal y de Derecho administrativo sancionador, porque muy a menudo el órgano inmediato de ejecución se da cuenta sólo insuficientemente de las consecuencias de su propio modo de actuación, a causa de la división del trabajo y de la canalización de información en la empresa; porque dicho órgano sólo tiene una pequeña fuerza de resistencia frente a una *actitud criminal de grupo* —es decir, frente a usuales prácticas irregulares de la empresa—, a consecuencia de su vinculación al establecimiento, a consecuencia de la notoriamente alta disposición a la obediencia del hombre en el sistema jerárquico, y a causa de la evidente técnica de neutralización «pero si yo sólo actué de un modo altruista en interés de la casa»; y finalmente porque los miembros inferiores de la organización de la empresa son fungibles en un alto grado, de modo que la dirección de comportamientos a través de normas penales sólo puede conseguir una efectividad limitada.

2. A pesar de la enorme importancia que resulta de una posible *responsabilidad de garante de los órganos de dirección de la empresa*

---

(11) Más detalladamente al respecto, vid. EISENFÜHR y BLEICHER, en GROCHLA (coord.), *Unternehmensorganisation*, 1972, pp. 73 y ss., 256 y ss.; LUHMANN, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, 1976, pp. 219 y ss.; también en mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 34 y ss., con más referencias.

por los hechos punibles e infracciones administrativas cometidos por elementos subordinados, este problema no sólo es gravemente descuidado por parte del legislador, sino también por la jurisprudencia y la ciencia penal. Después de que la Ley de Infracciones Administrativas (Ordnungswidrigkeitengesetz: OWiG) de 25 de mayo de 1968 hubiera derogado los preceptos especiales sobre la responsabilidad por omisión del director del establecimiento del parágrafo 151 de la Ley sobre ordenación de industrias (Gewerbeordnung: GewO) y muchos otros preceptos especiales de Derecho Penal especial (12), existen hoy, junto con el parágrafo 357 del Código Penal (Strafgesetzbuch: StGB), el 41 de la Ley Penal Militar (Wehrstrafgesetz: WStG) y el parágrafo 4.2 de la Ley de represión de las prácticas restrictivas de la competencia (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG), y los preceptos del Derecho de prensa acerca de la sujeción (Haftbarkeit) de las «personas responsables» (verantwortlichen Personen) (13), apenas unos pocos preceptos en los cuales está regulada expressis verbis la responsabilidad penal del superior por el comportamiento de sus subordinados. Indudablemente no se puede fundamentar sobre una base tan fragmentaria una deducción analógica de la existencia de una posición general de garante del titular del establecimiento o de las personas a las que se ha encomendado la dirección del mismo (14), y como el precepto del parágrafo 130 OWiG —sobre el que ha de discutirse con mayor profundidad más adelante— no debería prejuzgar la cuestión global de la responsabilidad de garante, según la voluntad manifestada por el legislador (15), no queda otra solución que recurrir a los preceptos generales de los parágrafos 13 StGB y 8 OWiG y a sus interpretaciones para su contestación (16). Conforme a ello, si a la vista del poco explícito tenor literal de tales preceptos, de

---

(12) Vid. las referencias de THIEMANN, *Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen*, 1976, pp. 5 y ss.

(13) Vid. por ejemplo el parágrafo 20 de las leyes federales de prensa de los Estados de Baden-Wurtemberg, Bremen, Baja Sajonia, Saar y Slesvig-Holstein; así como los correspondientes preceptos en las demás leyes de prensa de los Estados

(14) En contra de la correspondiente tesis de Lampe (en *Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, t. 9, 1975, ent. 6, pp. 52 y ss.) acertadamente RUDOLPHI, *SK-StGB*, 2.<sup>a</sup> ed., 1981, § 13, párr. 35 a), que incluso —al igual que SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, 1974, pp. 235, 276, 278 y ss.— analiza un argumentum e contrario, que los mencionados preceptos no implican (vid. más detalladamente mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 62 y ss.).

(15) Vid. BR-Drucks, 420/66, pp. 68 y ss.

(16) El artículo 13.1 del Código penal alemán dice: «El que omita evitar un resultado que pertenece al tipo de una Ley penal es solamente punible de acuerdo con esta Ley cuando haya de responder jurídicamente de que el resultado no se produzca, y cuando la omisión corresponda a la realización de un tipo legal a través de una conducta activa.» El artículo 8 OWiG es similar: en vez de referirse a la Ley penal se refiere a «un precepto que sancione con multa», y en vez de hablar de punibilidad habla de la comisión de un ilícito administrativo (N. del T.).

tipo de cláusula general, se examinan a continuación las categorías de garante habitualmente reconocidas por la jurisprudencia y la doctrina, si se deja subsumir en ellas la relación del personal directivo de una empresa con las instancias subordinadas, se llega, en efecto, por de pronto, a un resultado negativo. Ni la tríada clásica de garantía de Ley y contrato (17), ni su materialización a través de las categorías de vinculación natural (o bien de concreta relación vital) y de la aceptación (18), contienen elementos de partida suficientes para la deducción de una equivalencia entre la acción y la omisión fundamentada en el deber de impedir el resultado de la jerarquía de la empresa; por otra parte, la moderna división de la posición de garante «bien para la defensa en torno a un determinado bien jurídico, bien para asegurar una determinada fuente de peligro» (19), es demasiado poco específica como para poder deducir de ella exigencias en cuanto al contenido de las particulares posiciones de garante —sin tener en cuenta para nada que el denominar a un trabajador «fuente de peligro» por la que el superior tiene que velar sería, por lo menos, difícilmente compatible con el uso normal del idioma—. Por ello no sorprende que hasta hoy no se haya alcanzado en la doctrina acuerdo acerca de si de la posición superior en una empresa resulta un deber de garante de vigilar al subordinado, ni que la mayoría de los comentarios al respecto resulten bastante superficiales. En suma: se admite mayoritariamente, tanto en las monografías correspondientes (20) como en la literatura estándar de los manuales y comentarios (21), en principio, una posición de garante que afecta al director del establecimiento y que se extiende parcialmente «hacia abajo» a través de cada acto de aceptación descentralizador; una muy considerable opinión minoritaria (22) objeta que por principio nadie tiene un deber de garante de impedir los hechos punibles de otras personas que actúan libre y responsablemente, y que, en consecuencia, sólo el dominio material sobre los objetos peligrosos del establecimiento puede entrar

(17) Vid., por ejemplo, RGSt 58, 130; 63, 394, y las referencias de STREE, *Schönke-Schröder*, 20.<sup>a</sup> ed., 1980, § 13, párr. 8.

(18) Vid. BGHSt. 19, 286; STREE, *Schönke-Schröder*, *op. cit.*, § 13, párr. 26, con más referencias.

(19) Vid. HENKEL, *Msch. Krim.*, 1961, 190; AR M. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 283.

(20) Vid. PFLEIDERER, *Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun*, 1968, p. 133. WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, pp. 235 y ss.; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 297 y ss., 328 y ss. THIEMANN, *Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen*, 1976, pp. 15 y ss.

(21) Vid. STREE y LENCKNER, *Schönke-Schröder*, *op. cit.*, § 13, párr. 31, § 14, párr. 7; DREHER-TRÖNDLE, 40.<sup>a</sup> ed., 1981, § 14, párr. 5-16; LACKNER, 14.<sup>a</sup> ed., 1981, § 13, com. 3. c); GÖHLER, *OWiG*, 6.<sup>a</sup> ed., 1980, § 8, párr. 3; REBMANN-ROTH-HERRMANN, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, § 131, com. 2.

(22) Vid., sobre todo, RUDOLPHI, *SK-StGB*, § 13, párr. 35 a); JESCHECK, *LK*, § 13, párr. 45.

en consideración como fundamento de un deber de garante de controlar esa fuente material de peligro.

3. En la jurisprudencia de los altos tribunales se sostuvo, en un primer momento, por parte del Tribunal Supremo del Reich (Reichsgericht), la responsabilidad penal del dueño del negocio en el área especial del Derecho industrial (23); la misma se extendió a todo el ámbito de la criminalidad de empresa, a través de la fundamental sentencia de 28 de marzo de 1924 (24). La posterior judicatura tanto del Tribunal Supremo del Reich como del Tribunal Supremo Federal (Bundesgerichtshofes) y de los Tribunales Superiores de los Estados (Oberlandesgerichte) sigue plenamente el camino marcado por aquella decisión, aunque naturalmente sin profundizar en su muy breve y global fundamentación de la posición de garante a través de la posición en la empresa (25).

4. A pesar de que la responsabilidad penal del dueño del negocio es, por consiguiente, afirmada en general por la jurisprudencia y por la doctrina mayoritaria, su *alcance* permanece hasta hoy en día poco claro y discutido, lo que en última instancia estriba de nuevo en el insuficiente sondeo de sus fundamentos dogmáticos: hasta que la posición de garante del director del establecimiento, construida por medio de una creación legal referente a un caso particular, no se empape de los principios indiscutidos del delito impropio de omisión y pueda deducirse de ellos, no será tampoco posible una determinación convincente del alcance de esta figura del Derecho.

a) Según mi propia concepción del delito impropio de omisión, ampliamente desarrollada en otro lugar (26), el deber penal de garante surge del *dominio del garante sobre la causa del resultado*; hecho que justifica decisivamente la equiparación de la omisión impropia con el comportamiento activo. Mientras que de aquí resulta una reducción de la posición de garante derivada de la ingerencia a los casos de verdadero dominio del garante sobre cosas y procedimientos peligrosos (27), la posición de garante del superior en el estableci-

(23) Vid. RGSt 24, 295 y ss.; 50, 14 y ss.

(24) RGSt 58, 130 y ss.

(25) Vid., por ejemplo, RG JW 1932, 413 y ss; RGSt 75, 296; BGH VRS 18, 48 y ss.; 20, 284 y ss.; BGHSt 19, 286 y ss.; 20, 315, 321 y ss.; BGH NJW 1971, 1093, 1095; 1973, 1379, 1380; OLG Celle VRS 29, 23, 24 y ss.; OLG Hamm NJW 1959, 1551; OLG Celle NJW 1969, 759, 760; KG JR 1972, 121, 122 y ss.; BGHSt 8, 139 y ss.; 9, 67 y ss.; 319 y ss.; 25, 158 y ss.

(26) Vid. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 231 y ss. y passim. Un breve resumen se encuentra también en mi estudio *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pp. 84 y ss.

(27) Vid. por ejemplo mi discusión con HERZBERG, GA 1974, 231 y ss. La crítica a mi teoría del dominio que hace últimamente MAIWALD (JuS 1981, 480 y s.) en el sentido de que el concepto de dominio está excesivamente indeterminado y de que por ello no es dogmáticamente fértil, entiende equivocadamente la pauta del dominio como un elemento descriptivo del supuesto de hecho típico, la deforma a través de una pura interpretación semántica y desatiende así la necesidad, afirmada por el pará-

miento, que (ha de seguirse aquí la crítica intrasistemáticamente racional de Rudolphi) (28) encaja realmente mal en la disparatada tipología de garante de la opinión mayoritaria, se fundamenta convincentemente a través de la teoría del dominio. La equiparación de la omisión con la comisión, fundamentada en el *dominio del director de la empresa*, o bien, hablando en general, del superior en la empresa, pues resultar, pues, tanto de su *dominio fáctico sobre los elementos peligrosos del establecimiento* como también de su *poder de mando sobre los trabajadores fundamentado legalmente*; con ello, estas subdivisiones de la posición de garante muestran un alcance diferente según su muy divergente estructura material; esto es: según las condiciones respectivas para la existencia y la extinción del dominio (29).

aa) La posición de garante que surge del *señorío sobre las cosas y los procedimientos materiales* peligrosos recae siempre en primer lugar sobre el *titular de la custodia* (Gewahrsamsinhaber), con lo cual, especialmente en una empresa, en no pocos casos de dominio material escalonado, *cada cotitular de la custodia* será responsable según su parte de dominio. Este dominio supone —de modo parecido al que figura en el concepto de posesión precaria (Gewahrsamsbegriff) del parágrafo 242 StGB (30)— un ámbito espacial de influencia acotado para el garante, en el que se encuentra el objeto peligroso; con la salida de este ámbito de influencia se extingue el dominio material y permanece todavía en todo caso un dominio personal con base en el derecho de dirección remanente sobre el que ha de discutirse ahora con una mayor aproximación.

*Ejemplo:* Mientras el conductor de camión se encuentra todavía con el camión de la firma en el patio de la misma, tiene, además de él, el jefe del servicio de automóviles un (superior) dominio material, del cual resulta para él la correspondiente posición de garante para la defensa ante un peligro (como, por ejemplo, si el camión se dispone a ser utilizado para la comisión de hechos punibles). Sin embargo, la situación es otra si el conductor ha abandonado con el camión el patio de la firma: si bien el jefe del servicio de automóviles mantiene un derecho de mando hacia el conductor, esto no es suficiente para la fundamentación de una posición de garante que dominio material por la falta de una posibilidad física inmediata de influencia en la cosa misma.

---

grafo 13, de una verdadera correspondencia entre acción y omisión impropia que solamente se puede hallar en el *genus proximum* de dominio (en la acción positiva, sobre el movimiento corporal como origen de la lesión del bien jurídico; en la omisión impropia, sobre otra causa del resultado).

(28) SK-StGB, § 13, párr. 35 a).

(29) Vid. al respecto en detalle mi *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pp. 89 y ss., 95 y ss.

(30) Vid. SAMSON, en SK-StGB, § 242, párr. 18 y ss.; DREHER-TRÖNDLE, *Op. cit.*, § 242, párrs. 9 y ss.; BGA GA 1979, 391.

Dado que, como sucede con todos los objetos y procedimientos un poco complicados como consecuencia de la división del trabajo en la empresa, sólo se puede conseguir una eliminación del peligro resultante a través de una coordinación de las acciones particulares, cuya institucionalización en un cargo superior atribuye al titular de este cargo el correspondiente dominio —con lo que aquí el conocimiento se convierte en poder y el poder en deber de garante—, se pueden distinguir dos tipos diferentes de deberes de garante según la posición respecto a la cosa: mientras que el *más cercano a la cosa* tiene que ejecutar las *actividades materiales* relativas a su competencia en el establecimiento que están indicadas para el control de la fuente de peligro («deberes *primarios* de garante»); los superiores jerárquicos, cotitulares de la custodia, están obligados a la *coordinación y al control* («deberes *secundarios* de garante»). Consecuentemente al superior cotitular de la custodia le corresponde, en el marco de lo exigido —Erforderlichen— [y, según la posición mayoritaria, de lo exigible (Zurrutbaren)] (31), el deber de evitar el uso excesivo de la cosa peligrosa de los subordinados cotitulares de la custodia, de modo que una tarea de custodia contraria al deber le hace responsable de las consecuencias imputables resultantes de ello. Desde este punto de vista de la *posición de garante en el establecimiento*, aquella responsabilidad se vincula automáticamente al momento de la pérdida de dominio, de modo que en el caso de que la función de dominio se corresponda con el cuidado exigido en el tráfico, no entrará en consideración imputación ninguna de las consecuencias, aunque el que fuera anteriormente garante reconozca posteriormente la peligrosidad de la cosa.

Dos *ejemplos* al respecto: si está vendiendo un producto industrial defectuoso existirá, aparte de la responsabilidad por comisión del subordinado titular de la custodia (que muy a menudo actúa sin culpabilidad por falta de un conocimiento suficiente de los procesos), una responsabilidad por omisión de los superiores cotitulares de la custodia que descuiden sus deberes de control y coordinación. Ahora bien, si éstos han observado el cuidado exigido en el tráfico hasta el momento de la pérdida del dominio, entonces ni siquiera estarán obligados a tomar medidas posteriormente bajo el punto de vista de la posición de garante en el establecimiento si más tarde se verifica la peligrosidad del producto vendido.

*El deber de llamada para la devolución (Rückrufpflicht)* del fabricante de productos defectuosos, peligrosos para el tráfico tras su venta (32), generalmente afirmado en la doctrina civilista, no puede originar, pues,

(31) Vid. BGHSt 19, 286; BGH NJW 1964, 1631; OLG Celle VRS 29 (1965), 24; OLG Hamm VRS 34 (1968), 149; 52 (1977), 64; OLG karlsruhe NJW 1977, 1930.

(32) Vid. SCHMIDT-SALZER, BB 1972, 1435 y ss. SOERGEL-SIEBERT-ZEUNER, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 16.<sup>a</sup> ed., 1967 y ss., § 823, párr. 114; MERTENS, *Münchener Kommentar*, 1980, 823, párr. 299.

ninguna posición de garante de la empresa bajo aspectos jurídico-penales. Cabría pues, considerar como un parche la deducción de una posición de garante por ingerencia de la obligación de *Rückruf* en conexión con la acción peligrosa de la venta del producto. Una construcción de este tipo no sería, pues, aceptable desde un punto de vista político-criminal, ni tampoco desde un punto de vista dogmático, y confundiría completamente la responsabilidad del dueño del negocio en relación con la división del trabajo y de las competencias en la empresa: *en primer lugar*, la construcción de la ingerencia no ofrecería ventajas político-criminales dignas de mención, porque supone, según la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo Federal (33), una acción contraria al deber, con lo que no se incluyen los no pocos casos en los que la peligrosidad del producto es solamente reconocible después de su puesta a la venta; por otra parte es, sin embargo, superflua junto a la responsabilidad por la venta, en sí misma contraria al cuidado (34). Y *en segundo lugar*, el recurso a la posición de garante por ingerencia, con su recia conexión a la pura cadena causal, debería llevar a resultados irracionales y, de cara a la responsabilidad del dueño del negocio, disfuncionales, especialmente en el ámbito de la criminalidad de empresa, ya que no puede adecuarse a la organización de la división del trabajo en la empresa moderna y a la consecuente conexión de la responsabilidad con la transmisión y la aceptación del ámbito de competencia, y con ello de las posiciones de dominio.

Si no, a modo de ejemplo, el jubilado y el miembro del personal que antes había trabajado en el almacén de distribución y que ahora ha sido trasladado a las oficinas deberían llevar a cabo, tan sólo a causa de anteriores acciones de venta y a pesar de su ocupación actual, acciones de *Rückruf*: una situación evidentemente absurda.

Por consiguiente, debería subsistir también bajo el aspecto de la ingerencia el que no exista para el caso de productos peligrosos un deber de *Rückruf* sancionado penalmente.

bb) Junto a la posición de garante a causa del dominio sobre cosas y procedimientos materiales peligrosos existe la *responsabilidad de garantía de los superiores por las acciones de sus subordinados*, que resulta del dominio del superior a causa de la organización jerárquica de la empresa (35) y a pesar de la responsabilidad penal de los propios subordinados. Este dominio se basa no sólo en el *poder legal de mando* que se hace efectivo a través del derecho de dirección del empleador, sino del mismo modo en el mayor *fondo de información* del superior, que posee un conocimiento del dominio a través de la compactación de la información (sólo parcialmente reproducible

---

(33) Vid. BGHSt 23, 327; 25, 218.

(34) En la práctica, la posición de garante derivada de la ingerencia tiene hoy en día simplemente la función de posibilitar la punición de un comportamiento omisivo doloso posterior a una acción imprudente, lo que en los casos de acciones de *Rückruf* omitidas apenas podría, sin embargo, entrar a considerarse.

(35) Vid. al respecto con detenimiento mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 34 y ss., con numerosas referencias.

en los niveles más bajos); conocimiento que, al igual que su poder de mando, institucionalizado en polifacéticas formas, puede también utilizar en conexión con la fungibilidad del concreto subordinado para una dirección de las conductas que, en el caso ideal, es completa. Ciertamente este «dominio personal sobre un individuo con mayoría de edad penal» supone en todo caso que el subordinado se deje también *motivar realmente* por las *medidas de la autoridad empresarial*, esto es, por las instrucciones y directivas, de modo que el deber de garante del superior nunca pueda implicar otras medidas de dirección que las *específicas de la empresa* y que, por ejemplo, una renuncia a la puesta en marcha de la actividad de la policía, no pueda dar lugar nunca a una responsabilidad por omisión del superior: puesto que su dominio de garante sólo alcanza hasta donde el hecho sea expresión del dominio del grupo, y en este sentido sea un «hecho de grupo», éste cae sin reemplazo posible con una «emancipación» del subordinado, del mismo modo que el dominio material en el caso de pérdida de la custodia. De esto se sigue que el superior *nunca* es responsable por un *hecho excesivo* de su subordinado, con lo que las dificultades de prueba que aparentemente surgen aquí a primera vista pueden ser en la práctica fácilmente superadas. Así pues, si el comitente actúa *en interés de la empresa*, se podrá suponer, en principio, que se le podía haber inducido hacia un comportamiento conforme a las normas a través de una apropiada dirección, control y coordinación; mientras que cuando actúa *en propio interés* se documenta un distanciamiento de las instrucciones de acción internas del grupo, por lo que tampoco es ya dirigible con los medios normales de control.

b) En consecuencia, ha de mantenerse pues, que ambas formas de la responsabilidad de garante en el ámbito de la empresa —por el dominio sobre cosas peligrosas o por el dominio sobre el comportamiento de las instancias subordinadas en la jerarquía—, en conexión con las relaciones de poder y competencia realmente existentes, significan una división de la responsabilidad penal elástica y aplicable sin dificultad en la práctica. El alcance de estos tipos de responsabilidad es con ello diferente hasta tal punto que el dominio material es, en efecto, «permanente ante el exceso» (*excessfest*), porque una pérdida de la custodia de la cosa contraria al cuidado fundamenta la imputación de las consecuencias derivadas de la misma; pero no es «permanente ante la descentralización» (*dezentralisierungsfest*), porque la simple posición más alta en la jerarquía de la empresa no da lugar a una responsabilidad de garantía sin que exista un dominio inmediato sobre la cosa, facilitado con tal motivo, al menos en forma de custodia. Con el dominio personal sucede justamente lo contrario, porque ciertamente no es «permanente ante el exceso» (los hechos de los subordinados en su propio interés caen desde el principio fuera del dominio del grupo), pero sí «permanente ante la descentralización», porque sólo en el escalón más alto de la jerarquía, o sea, en

la dirección de la empresa, se solapan el poder legal de mando y los diferentes canales de información, de modo que aquí —al menos desde un punto de vista teórico— se encuentra incluso la forma más intensa de dominio.

5. Una regulación de la responsabilidad penal de garantía, ajustada de esta manera a las verdaderas relaciones de poder e influencia en la empresa, podría resultar acaso insuficiente e insatisfactoria desde un punto de vista político-criminal de la misma manera y bajo las mismas condiciones que la vigente regulación de la responsabilidad por omisión de los parágrafos 13 StGB y 8 OWiG. De las exigencias de reforma que se encuentran en la doctrina encaminadas a la ampliación del ámbito de la punibilidad (36), considero únicamente digna de consideración el *aligeramiento de la prueba completa de la causalidad* exigida por el Derecho vigente. Ya en el ámbito de la responsabilidad general por omisión es actualmente muy discutido si, en lugar de la cuasi-causalidad de la omisión respecto a la lesión del bien jurídico («una omisión es causal respecto a un resultado si la acción omitida no puede añadirse mentalmente sin que el resultado desaparezca con una probabilidad rayana en la seguridad») (36 bis) no debería bastar la no salvaguardia de posibilidades de salvación para la realización del supuesto de hecho típico (37). Para el ámbito de la criminalidad de empresa se puede considerar al respecto de lege ferenda que una dirección y un control completo en el ámbito del establecimiento no son en ningún caso posibles; consecuentemente, en los casos más extremos de déficit de organización tampoco se podría nunca excluir que la misma lesión concreta del bien jurídico podría haber ocurrido aún en el caso de un debido cumplimiento de los deberes de control. Para evitar que la responsabilidad de garantía del dueño del negocio se evapore completamente en la práctica forense, se ofrece una sustitución de la relación causal mediante la elevación del riesgo según el siguiente modelo de formulación:

*Si el resultado se produce mediante una actuación para una empresa ajustada a las instrucciones o con un objeto peligroso del patrimonio de la misma, se aplicará también el parágrafo 13.1 StGB (o bien el § 8.1 OWiG) a los sujetos autorizados para dictar aquellas instrucciones, siempre que los debidos controles hubieran dificultado considerablemente (wesentlich) el hecho (37 bis).*

---

(36) Vid. al respecto mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 169 y ss.

(36 bis) Así, por ejemplo, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, 3.<sup>a</sup> ed., 1978, pp. 502 y ss.; STREE, *Schönke-Schröder, op. cit.*, § 13, párr. 61; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.<sup>a</sup> ed., 1969, p. 212.

(37) Vid. sobre todo STRATENWERTH, *Festschr. für Gallas*, 1977, pp. 237 y ss.; EL MISMO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3.<sup>a</sup> ed., 1981, párrs. 1026 y ss.; RUDOLPHI, *SK-StGB*, párr. 16 vor, § 13; más referencias y crítica en SCHÜNEMANN, JA 1975, 655.

(37 bis) Vid. más detalladamente mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 206 y ss., así como pp. 260 y s.

### III. LA RESPONSABILIDAD DEL REPRESENTANTE

1. Como ya he mencionado al comienzo, la responsabilidad penal del representante cumple una función complementaria de la responsabilidad por omisión, hasta tal punto que debe garantizar la imputación penal también «hacia abajo», a pesar de la divergencia típica en la empresa entre acción y responsabilidad; o sea, ante aquellos órganos subordinados de la empresa que no ostentan en su propia persona las calificaciones especiales de autor establecidas en numerosos delitos del Derecho Penal común y especial, pero que, en lugar de las personas de esa manera cualificadas, llevan a cabo las acciones que lesionan o que ponen en peligro el bien jurídico. Mientras que en el ámbito del Derecho Penal común el denominado delito común, susceptible de comisión por cualquier persona, representa, al menos todavía, la regla —regla frente a la que se diferencian claramente toda una serie de importantes supuestos de hecho típicos con calificaciones objetivas de autor, como, por ejemplo, la infidelidad en el manejo de bienes ajenos (§ 266 StGB) y la quiebra (§ 283 StGB)—, rige en el Derecho Penal especial y en el Derecho administrativo sancionador la regla contraria: el cumplimiento del supuesto de hecho típico depende en la mayoría de los casos de una determinada característica objetiva del autor (38).

*Ejemplo:* Según el tenor literal del párrafo 283 StGB sólo es punible el que, en caso de endeudamiento excesivo o de insolvencia amenazante o real, hace desaparecer elementos de su patrimonio (véase el ap. 1, núm. 1); si, por ejemplo, el gerente de una sociedad de responsabilidad limitada (GmbH) o un apoderado general lleva a cabo tales acciones en interés de la empresa que le da su empleo, no actúan entonces sobre elementos de su propio patrimonio, sino de uno ajeno, por lo que su modo de acción no puede subsumirse inmediatamente en el supuesto de hecho típico de la Ley.

2. La problemática de la imputación de la responsabilidad penal del sustituto resulta así de la estructura del supuesto de hecho típico de los delitos especiales, y aquí especialmente de la costumbre del legislador de no hacer depender muchos supuestos de hecho típicos especiales de la *función de la acción*, sino del *status social*; por ejemplo, del «empleador» y no de «tal persona que en la gestión de las cuotas de la Seguridad Social realiza funciones del empleador». Teniendo en cuenta la prohibiciones de analogía [art. 103 de la Ley Fundamental (Grundgesetz, GG)] y para evitar una amenazante y totalmente inoportuna limitación objetiva del círculo de posibles autores, el legislador ha establecido, con la reforma del Derecho adminis-

---

(38) Vid. simplemente, por ejemplo, §§ 134, 137 I, 138, 139 VersAufsG; § 120 i BetrVerfG; §§ 225, 227a AFG; §§ 59, 60 LuftVG; §§ 64, 65 BSeuchG; § 339 AktG; §§ 82 y ss. GmbHG; § 147 GenG; § 34 DepG.

trativo sancionador de 1968, una *responsabilidad del representante*, en el más amplio sentido, para todo el ámbito del Derecho Penal; responsabilidad que hoy en día se encuentra en los párrafos 14 StGB y 9 OWiG y con la cual se ha apuntado desde el principio a la criminalidad de empresa, como de hecho lo prueba el tenor literal de estos preceptos. Según el primer párrafo de este precepto al autor no cualificado se le deben, pues, imputar las especiales características personales que fundamentan la punibilidad siempre que actúe como órgano autorizado de representación de una persona jurídica o como miembro de la misma, como socio autorizado para la representación de una sociedad mercantil personalista o como representante legal de otro; la orientación hacia la *organización de las empresas económicas*, ya ahí claramente reconocible, resulta todavía más clara en el precepto del párrafo 2, que extiende la punibilidad; a saber: según el mismo la extensión de la imputación rige también para aquellos sustitutos que están encargados de la *dirección* completa o parcial *de un establecimiento*, o que al menos han de cumplir *deberes del titular del establecimiento* con responsabilidad propia y a causa de un encargo expreso.

A pesar de que el legislador haya tratado de compensar la ausencia tradicional de la estructura de división del trabajo de nuestra economía en la formulación del supuesto de hecho típico de los delitos especiales a través de un moderno «precepto general» adaptado a la organización de la empresa, y con ello de cubrir una enojosa laguna de punibilidad (39) —criticada en general en la discusión más reciente—, se debe, sin embargo, considerar, según la opinión absolutamente mayoritaria, como un *trabajo* catastróficamente *erróneo*, desafortunado lingüística y materialmente, y que hace echar de menos un concepto general fundamentado (40). Este duro veredicto, que se refiere especialmente al uso uniforme del término «elementos personales especiales» en los preceptos de los párrafos 28 y 14 StGB, estructurados teleológicamente de manera totalmente diferente, está seguramente en parte justificado, pero persigue, sin embargo, otro remedo: el que puede producir la tesis dominante en la doctrina de una relación recíproca entre los elementos personales del párrafo 28 por una parte y del 14 por otra (41); tesis puramente formal y mate-

(39) Vid., sobre todo, BRUNS, *Können die Organe juristischer Personen, die im Interesse ihrer Körperschaften Rechtsgüter Dritter verletzen, bestraft werden?*, 1931, pp. 15 y ss. y passim. EL MISMO, JZ 1954, 12 y ss.; SCHMITT, JZ 1967, 698 y ss., 1968, 123 y ss.; WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen*, 1971, pp. 146 y ss. y passim acerca del intento (en lo esencial fallido) de un cambio de interpretación a través de una consideración fáctica de los conceptos de «status» como conceptos de función, así como acerca del renacimiento de esta doctrina en el concepto de «director fáctico del negocio»; TIEDEMANN, SCHOLZ, *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 6.<sup>a</sup> ed., 1981, § 84, párrs. 13 y ss., con más referencias.

(40) Vid. SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, *Op. cit.*, § 14, párr. 8; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, t. I, p. 302; ROXIN, *LK*, § 14, párr.

(41) Vid. al respecto más detalladamente GALLAS, *ZStW* 80 (1968), 22; BLAUTH, *Handeln für einen anderen nach geltendem und nach kommendem Strafrecht*, 1968,

rialmente incorrecta. En lugar de esto se debe elaborar la *función político-criminal de los elementos de autor* en los delitos especiales y examinar su transmisibilidad a la actuación de un sustituto. Se pone entonces de manifiesto rápidamente que el ámbito de la responsabilidad del representante queda constituido, en función de su propia naturaleza, por aquellos elementos especiales de autor que describen una *relación de dominio* sobre la causa del resultado *igual a la del garante*, ya sea en la ya conocida forma del dominio sobre una cosa o procedimiento peligroso o en la forma del *dominio sobre el desvalimiento y la susceptibilidad de lesión del objeto del bien jurídico amenazado*. Como ejemplos se pueden mencionar tanto el supuesto de hecho típico de infidelidad del parágrafo 266 StGB como el dejar, por medio del tenedor, un vehículo a una persona que, según el parágrafo 21.1, número 2, de la Ley de la Circulación (Strassenverkehrsgesetz, StVG), no está autorizada para la conducción de vehículos. En el primer caso se presenta una relación de custodia sobre el objeto del bien jurídico susceptible de lesión (el patrimonio confiado al autor); en el segundo caso, una posición de custodia sobre la cosa peligrosa «vehículo». En ambos ejemplos brilla con luz propia el hecho de que la responsabilidad debe trasladarse a aquel que *acepta* la posición de custodia o de dominio de su titular original (por ejemplo, a través de una sustitución en la administración del patrimonio o en las funciones de mantenimiento del vehículo), precisa y únicamente por esta aceptación; la responsabilidad penal del representante se muestra, reducida su función, como en un caso normal de *aceptación de una posición de garante*; las condiciones de esta aceptación en particular así como su alcance han de ser determinadas, en principio, respectivamente, de la misma manera que en el delito impropio de omisión (42).

*Ejemplo:* el que como empleado de un abogado acepta por encargo suyo la administración del patrimonio de un cliente que le fue encargado a aquél personalmente, obtiene por ello un dominio sobre la susceptibilidad de lesión del patrimonio a él confiado y sujeto a su intervención y tiene que responder en este marco como garante secundario de que el patrimonio por él administrado no sufra ningún daño; así como, al contrario, el jefe de la sección de automóviles de una empresa económica acepta las competencias de decisión del titular de la empresa como tenedor de los vehículos hasta tal punto que a él le alcanzará en la misma medida también el deber de garante de impedir el uso de los vehículos por parte de personas no autorizadas para la conducción de los mismos.

3. Esta coordinación de las estructuras lógico-materiales de la responsabilidad del representante y la responsabilidad por omisión, va a encontrar ciertamente su límite insuperable de «lege data» en el

---

pp. 107, 112 y ss.; HERZBERG, *ZStW* 88 (1978), 85 y ss., 110 y ss. Así como sobre la crítica SCHÜNEMANN, *SchwZStR* 1978 I, 143 y ss.; EL MISMO *Jura* 1980, 573 y ss. (42) Vid. en detalle en mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 137 y ss.; *SchwZStR* 1978 I, 152 y ss.; *Jura* 1980, 575 y ss.

tenor literal de los párrafos 14 StGB y 9 OWiG (43) en consideración al principio «nulla poena sine lege» (art. 103.2 GG, §§ 1 StGB, 3 OWiG) (44). De ahí que la responsabilidad del *suplente voluntario* esté limitada en particular por la doble exigencia de que esté encargado expresamente del cumplimiento de deberes del titular del establecimiento y de que tenga que actuar a causa de este encargo.

a) El legislador consideraba necesario un encargo expreso, porque con la simple realización de tareas para el otro no se entiende por sí mismo que se acepten en la misma medida los correspondientes deberes, con lo que parecía conveniente una aclaración expresa (45). Esta deducción no es sin embargo consecuente —en relación con la concepción aquí desarrollada— si los deberes que surgen como consecuencia de la realización de tareas que principio de dominio se entienden sola y precisamente como objeto de una responsabilidad de representante. Mucho más precario que este planteamiento jurídico, materialmente inadecuado, son, no obstante, las consecuencias jurídico-probatorias de la «expresividad», porque, como se me ha confirmado con ocasión de una encuesta realizada en casi todas las fiscalías centrales para asuntos económicos, en innumerables casos la atribución expresa de un encargo no puede comprobarse en relación con el sustituto; en relación con el principal, sin embargo, debe suponerse, según el principio «in dubio pro reo», de modo que el resultado final del procedimiento ha de ser generalmente el sobreseimiento. Es por ello por lo que en adelante no se debería perseverar en la exigencia de un encargo expreso.

b) Como la Ley exige una acción del representante «a causa de un encargo» o bien «como órgano», en la jurisprudencia y en casi toda la doctrina se exige la presencia de una *relación funcional* entre encargo y acción; consecuentemente, se ha declarado como insuficiente la simple actuación con ocasión de la posición de representante (46),

---

(43) Vid. acerca de este principio mi estudio *Nulla poena sine lege?*, 1978.

(44) El 14 StGB se titula «Actuar para otro»: «Si alguien actúa: 1) como órgano autorizado de representación de una persona jurídica o como miembro de un órgano tal, 2) como socio autorizado para representar a una sociedad mercantil personalista, o 3) como representante legal de otro, se ha de aplicar entonces también al representante la Ley que fundamente la punibilidad conforme a características, relaciones o circunstancias personales especiales (elementos personales especiales), aunque estos elementos no concurren en él, pero sí en el representado.» En el párrafo segundo continúa: «Si alguien es, por el titular de un establecimiento o por alguien autorizado para ello: 1) encargado de dirigir total o parcialmente el establecimiento, o 2) expresamente encargado, bajo su propia responsabilidad, de realizar tareas que corresponden al titular del establecimiento, y actúa a causa de este encargo, entonces se ha de aplicar también a los encargados la Ley que fundamente la punibilidad en elementos personales especiales, aunque estos elementos no concurren en él, pero sí en el titular del establecimiento.» El artículo 9 OWiG es prácticamente igual (N. del T.).

(45) Vid. BT-Drucks. V/1319, p. 65.

(46) Vid. en cuanto a la jurisprudencia: RGSt 73, 120; BGH NJW 1969, 1494; BGHSt 30, 127 y ss. En cuanto a la doctrina, SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, *Op. cit.*, § 14, párr. 26; ROXIN, *LK*, § 14, párr. 42; REBMAN-ROTH-HERRMANN, *Ob. cit.*, § 9, párr. 28; GÖHLER, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, § 9, párr. 15 a).

con lo que la limitación particular se debe llevar a cabo posteriormente según si el representante actúa exclusivamente en su propio interés o no (47). Esta limitación no es, sin embargo, dogmáticamente convincente, ni político-criminalmente justificable, porque la calificación de autor fundamentada en la aceptación de una posición de dominio no tiene nada que ver con que el autor actúe egoísta o altruistamente, y porque con una actuación egoísta muchas veces, en efecto, pero no siempre, tiene aplicación una punición subsidiaria de un delito contra el patrimonio, con lo que la vigente fórmula legal conduce a una protección insosteniblemente incompleta de los bienes jurídicos.

*Ejemplo:* Si el marido defrauda contribuciones a recaudar para instituciones públicas en el establecimiento de su esposa en el marco de su competencia, y a continuación hace desaparecer partes del patrimonio empresarial, exclusivamente en su propio interés, en una situación de amenazante incapacidad de pago, entonces, según la vigente situación legal, no podrá ser castigado a través del parágrafo 225 de la Ley de promoción del trabajo (Arbeitsförderungsgesetz: AFG) (y preceptos análogos) ni por el parágrafo 283 StGB; y una responsabilidad por apropiación indebida o por infidelidad en el manejo de bienes ajenos según los párrafos 247 y 266.3 StGB supone una persecución a instancia de su esposa. Así pues, posiblemente sin pena alguna y libre de la persecución de oficio, puede lesionar los bienes jurídicos protegidos en el parágrafo 225 AFG o bien en el parágrafo 283 StGB sin castigo, a pesar de que él, por su posición en el establecimiento, tuvo, en lugar del titular, la posición de poder decisiva para la salvaguardia de estos bienes jurídicos.

De lege ferenda, pues, se ha de exigir que la naturaleza de la responsabilidad del representante se exprese legalmente como un caso especial de responsabilidad de garante, y que en consecuencia se califique en general como posible autor de un delito especial de garante (48) *al que, en lugar del autor descrito por la Ley, haya asumido de hecho sus actividades y ejecute la acción descrita en el supuesto de hecho típico* (49).

(47) Vid. BGHSt 28, 371 y ss.; 30, 127 y ss., ambos con numerosas referencias.

(48) Bajo este concepto han de entenderse todos los delitos con un círculo objetivamente limitado de autores que se refieren a una posición de dominio como calificación de autor, vid. SCHÜNEMANN, *Jura* 1980, 576.

(49) Vid. en detalle mi exposición en *Unternehmenskriminalität*, pp. 227 y ss. Así como acerca de la insuficiente propuesta de reforma de la comisión de especialistas para la lucha contra la criminalidad económica, *ibid.*, p. 263, así como recientemente con detenimiento BRUNS, GA 1982, 1 y ss., que en numerosos puntos aprueba la concepción dada en el texto y al completa con apreciables consideraciones en torno a una integración con los delitos de intención (*op. cit.*, pp. 32 y ss.)

#### IV. LA RESPONSABILIDAD POR LA INFRACCION DEL DEBER DE VIGILANCIA

1. Aparte de la responsabilidad de garante de los órganos de la empresa, un tipo concreto de «infracción del deber de vigilancia en la empresa» de carácter general sólo puede jugar desde un principio el papel de un parche, ya que el *efecto preventivo* de un precepto de este tipo —cualquiera que sea el modo en que quiera construirse— es, en comparación con los delitos impropios de omisión, mucho *más débil*, puesto que la sanción de una infracción del deber de vigilancia no se puede graduar, como una infracción del deber de garante, según el peso del concreto deber de garantía y de la lesión de bienes jurídicos así posibilitada, sino que debe resultar, por así decirlo, del mínimo común denominador de todas las infracciones imaginables del deber de vigilancia, y no puede por ello desplegar la suficiente fuerza de motivación, particularmente en el caso de lesiones graves de bienes jurídicos. El Derecho vigente muestra que la «infracción del deber de vigilancia en empresas y establecimientos, incluso cuando posibilita la comisión de hechos punibles de los subordinados, representa, según el párrafo 130 OWiG, tan sólo una infracción administrativa, y por eso sólo puede ser sancionada con una multa de hasta 100.000 marcos, pero no con una pena privativa de libertad. Ciertamente se podría aceptar tal cual esta disminución de la eficacia preventiva si, por otra parte, se alcanzara por lo menos una *extensión de la responsabilidad* en comparación con los delitos impropios de omisión, deseada desde el punto de vista político-criminal y dogmáticamente legítima. Pero ni siquiera con una revisión crítica del párrafo 130 OWiG se podría hablar de ello (50).

a) Como la infracción del deber de vigilancia según el párrafo 130 OWiG solamente es sancionable con multa bajo la condición de que en el establecimiento se cometa una contravención amenazada con pena o con multa que habría podido evitarse con la vigilancia debida, todo el supuesto de hecho típico fracasa desde el principio en relación con los no precisamente pocos casos en los que la lesión del bien jurídico no está causada por medio de una acción típicamente antijurídica de otra persona, sino que tiene lugar, por ejemplo, a través de una serie de circunstancias desafortunadas. Aunque, según una convicción general, no tiene que constatarse la individuali-

---

(50) El párrafo 1.º del artículo 130 OWiG dice: «El que como titular de un establecimiento o de una empresa omite dolosa o imprudentemente las medidas de vigilancia que se exigen para impedir en el establecimiento o en la empresa las contravenciones contra los deberes que corresponden al titular como tal, y cuya lesión está amenazada con pena o con multa, comete un ilícito administrativo si se comete una contravención tal que habría podido ser evitada por medio de la pertinente vigilancia. A las medidas de vigilancia exigidas pertenecen también la dirección, la elección cuidadosa y la supervisión de los vigilantes» (N. del T.).

dad del autor de la contravención para la condena de un obligado a vigilar conforme al parágrafo 130.1 OWiG, e incluso se desiste de la calificación de autor del agente inmediato (51), no entra en ningún caso en consideración una sanción por infracción del deber de vigilancia si no se puede llegar a constatar la existencia tanto del tipo objetivo como del subjetivo de una contravención; de este modo el parágrafo 130 OWiG, por ejemplo, no puede aplicarse —al contrario totalmente que en el delito impropio de omisión— si un «cumplimiento cumulativo» del supuesto de hecho típico se realiza sólo por la cooperación no planeada de dos subordinados o si, en el caso de una contravención que sólo puede cometerse dolosamente, no puede constatarse el dolo de ningún autor individual (52). Salta a la vista que esta limitación de la extensión de la responsabilidad en relación con la responsabilidad de garante se refuerza aún más en la práctica por las típicas dificultades de prueba, ya que, en el momento en el que no pueda constatarse el autor individual de la contravención, tampoco será posible la constatación del tipo subjetivo. Mayores limitaciones resultan de la reducción del círculo de deberes típicos relevante «a los deberes que se refieren al titular como tal», es decir, referidas al establecimiento en delitos especiales (53); tan es así, que el grueso de los delitos comunes regulados en el Código penal caen fuera del ámbito de aplicación del parágrafo 130 OWiG (54), al igual —y esto de manera especialmente grave— que de la *restricción del círculo de autores*: de ello se deriva que, incluso en la mayor ampliación del círculo de autores —aquella en la que se presume que, según el parágrafo 130.2 OWiG, el obligado a vigilar está encargado con ello de *dirigir el establecimiento o la empresa por completo o en parte*—, tiene el parágrafo 130 OWiG que fracasar necesariamente ante la moderna división del trabajo y la descentralización en la empresa y sobre todo los órganos especializados de control instituidos por el propio personal directivo no están ya comprendidos en este precepto, por lo que con una organización en regla de la sección interna de revisión y control del establecimiento es prácticamente imposible llegar hasta la cúspide de la empresa, sin que a su vez se pueda responsabilizar a los órganos específicos de control. Se han de añadir además noto-

(51) Vid. GÖHLER, *OWiG*, § 130, párr. 21; DEMUTH-SCHNEIDER, *BB* 1970, 647; BRENNER, *DRiZ* 1975, 72; ROTBERG, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 5.<sup>a</sup> ed., 1975, § 130, párr. 10.

(52) Vid. al respecto, más detalladamente, mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 115 y ss., 121.

(53) Vid. mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 121 y ss. REBMAN-ROTH-HERRMANN, *Op. cit.*, § 130, párr. 7. De otra opinión es GÖHLER, *OWiG*, párr. 18, que, sin embargo, no tiene suficientemente en cuenta el tenor literal del § 130 OWiG («el titular como tal»).

(54) Vid. al respecto, más detalladamente, mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 123 y ss. (también para refutar la opinión sustentada por la doctrina de que en tales casos se trata de un defecto de organización que ha de subsumirse bajo el § 130 OWiG).

rias dificultades de prueba, que para el caso de la afirmación de un encargo de control por parte de un directivo y la negación de este encargo por parte del órgano de control no dejan ninguna posibilidad de sanción a causa del principio «in dubio pro reo».

Frente a estas graves limitaciones las ampliaciones de la imputación que han de verse en la conformación de la contravención como una simple *condición objetiva de punibilidad* (55) no tienen ya ningún peso específico. Sucede entonces que, con la exigencia legal de *causalidad* entre la infracción del deber de vigilancia con respecto a la contravención, no sólo se consigue una amenazante necesidad de prueba caso por caso, sino también una práctica imposibilidad de la misma, puesto que en los establecimientos más grandes no es posible ciertamente una vigilancia completa y permanente, sino tan sólo una supervisión general en determinados puntos, con lo cual casi nunca se va a poder determinar con una probabilidad rayana en la seguridad que la contravención hubiera sido evitada con la debida vigilancia (56).

b) Teniendo en cuenta las numerosas lagunas y defectos del párrafo 130 OWiG desde el punto de vista político-criminal tiene aún mayor peso específico la afirmación de que desde el punto de vista dogmático constituye una construcción *totalmente errónea* y difícilmente compatible con los principios del artículo 103.2 GG (57), que rigen también para el Derecho Administrativo sancionador. Dejando aparte la *aporía dogmática* de la conexión de la responsabilidad a una contravención parcialmente típica y sin embargo absolutamente antijurídica (58), el párrafo 130 OWiG no es, en cualquier caso, conciliable con *el principio de determinación* (59) que se encuentra en el párrafo 103.2 GG, porque a través de la eliminación de la contravención del supuesto de hecho típico y de la relación de culpabilidad, la infracción del deber de vigilancia, que queda en solitario como fundamento de la sanción, queda como tal sin contorno alguno; como no existe un «comportamiento cuidadoso en sí mismo», la graduación en cuanto al contenido del cuidado y, con ello, de la vigilancia debida en el establecimiento sólo pueden conseguirse en aten-

(55) Vid. BR-Drucks 420/66, p. 70; DEMUTH-SCHNEIDER, *Op. cit.*, p. 649; THIE-MANN, *Op. cit.*, pp. 86 y ss.; BGHSt 9, 322; OLG Köln und Karlsruhe GewArch 1974, 143; 1976, 161.

(56) Vid. *supra* II.5 acerca del correspondiente problema de imputación en el caso del delito impropio de omisión. Cuando la jurisprudencia aplica a menudo en la práctica, en el marco del § 130 OWiG, la teoría del aumento del riesgo y se contenta con la no salvaguardia de posibilidades de evitación (vid. BGHSt 25, 163; OLG Stuttgart NJW 1977, 1410, así como también OLG Karlsruhe GewArch 1976, 161, pero también recientemente BGH wistra 1982, 24), resuelve la problemática político-criminal, pero sólo a costa de una flagrante violación del principio «nullum crimen»! (art. 103.2 GG).

(57) Vid. MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ, *Grundgesetz*, t. III, 1978 y ss., art. 103, párr. 114; GÖHLER, *OWiG*, § 3, párr. 1, con más referencias.

(58) Vid. al respecto, más detalladamente, mi *Unternehmenskriminalität*, p. 116 con nota 180.

(59) Vid. al respecto, en detalle, mi estudio *Nulla poena sine lege?*, 1978, pp. 29 y ss.

ción a los concretos bienes jurídicos en peligro, por lo que, por ejemplo, los delitos imprudentes de resultado y los de peligro, como el homicidio imprudente o los delitos contra la seguridad en el tráfico [§§ 222, 315 c) StGB], que posibilitan la ponderación entre riesgo permitido y protección de los bienes jurídicos a través de la especificación del bien jurídico protegido (60), son aún compatibles con el principio de determinación. La norma que está detrás del supuesto de hecho típico del parágrafo 130 OWiG («está prohibido organizar un establecimiento defectosamente») no contiene en sentido contrario ninguna descripción sustancial del comportamiento y tampoco posibilita la concreción de dicha descripción a través de una ponderación de los intereses contrapuestos por medio de una referencia a los bienes jurídicos en peligro. Ningún camino pues, de lege data, evita la violación del principio de determinación.

Si finalmente se considera también la curiosa *contradicción de valoración* consistente en que el parágrafo 130 OWiG, para el caso de que el tipo de la contravención suponga un comportamiento doloso, pena más gravemente la omisión que el hacer positivo (si el autor del § 130 OWiG no hubiera infringido imprudentemente su deber de vigilancia, sino que hubiera cometido por sí mismo la contravención, ¿podría no ser perseguido!), esta sobrecompensación por el aligeramiento que en realidad produce la delegación de la responsabilidad podría no ser compatible (61) con la exigencia del principio de culpabilidad vigente en el Derecho Administrativo sancionador (62).

2. Resumiento pues, se puede determinar que el supuesto de hecho típico de multa de la infracción del deber de vigilancia según el Derecho vigente del parágrafo 130 OWiG no solamente *no* ofrece *ventajas político-criminales dignas de mención* frente a la responsabilidad de garante, sino que *tampoco es compatible con el principio de determinación ni con el principio de culpabilidad*, y es por ello *inconstitucional*. Por eso en otro lugar (63) he ofrecido a la discusión, como alternativa conforme con la Constitución, la construcción de un delito concreto-abstracto de peligro con el que la imprudencia del obligado a la vigilancia haya de comprender la contravención por él posibilitada o (según la teoría de la elevación del riesgo) facilitada,

(60) Acerca de este método de determinación de las exigencias del cuidado debido a través de una ponderación de bienes e intereses, vid. SCHÜNEMANN, JA 1975, 575 y ss.

(61) Vid. además con detenimiento mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 115 y ss., 216 y ss.

(62) Vid. BVerfGE 20, 323, 331, 333 con más referencias.

(63) Vid. mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 219 y ss. Así como la propuesta de examen de la p. 269, que propone para su discusión la siguiente estructura del supuesto de hecho típico: «El que facilite o posibilite una acción amenazada con una pena (o una contravención) en un establecimiento o en una empresa a través de un imprudente descuido de sus obligaciones de vigilancia según el § 13 StGB (o según el § 8 OWiG) de tal manera que pueda posibilitar más delitos (o contravenciones), será castigado como cómplice (o comete una infracción administrativa).»

y en el que quedara comprendido el efecto de la infracción del deber de vigilancia, que va más allá de la concreta contravención —la puesta en peligro de la seguridad en la empresa—, en forma de la «aptitud para la posibilidad de más contravenciones». Si las exigencias político-criminales aprueban realmente un precepto así —justificable desde el punto de vista de un Estado de Derecho— es algo que quisiera poner en duda; hasta que no se realice una prueba tal, no entraría, pues, tampoco en consideración su introducción.

## V. SANCIONES CONTRA LA EMPRESA MISMA

1. El que la criminalidad de empresa pueda ser combatida con suficientes perspectivas de éxito con las posibilidades de responsabilización de miembros particulares de la misma hasta aquí examinadas, es una de las más importantes y a la vez más difíciles cuestiones del moderno Derecho Penal económico. A favor de su negación, o al menos de un extraordinario escepticismo en su respuesta, hablan toda una serie de argumentos de peso: *en primer lugar*, la inviolable vigencia del principio de culpabilidad y del principio «in dubio pro reo» en la punición del autor individual; *en segundo lugar*, los modelos de explicación psicológico-colectivos de la criminalidad de grupo (64), que parecen sugerir también una medida colectiva de sanción; *en tercer lugar*, la concepción dominante en la doctrina de una notoria dificultad de prueba en el ámbito de la criminalidad de empresa (65), y *en cuarto lugar*, finalmente, el reducido efecto preventivo del Derecho penal en las organizaciones jerárquicas «tabicadas» por una moral propia (66). ¿No se impone realmente la aceptación de la conclusión de que solamente *un principio de responsabilidad de la empresa misma*, según el modelo del Derecho Penal angloamericano, hace posible una apropiada y efectiva lucha contra la criminalidad de empresa? (67).

2. Dado que una discusión mínimamente desarrollada de esta cuestión desbordaría el marco aquí fijado, he de limitarme a la realización de algunas indicaciones. La insuficiente eficacia de la sanción y de la prevención en el Derecho Penal económico, observable sin

---

(64) Vid. al respecto, más detalladamente, mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 18 y ss., con numerosas referencias.

(65) Vid. BUSCH, *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, 1933, pp. 116 y ss.; TIEDEMANN, *Gutachten C zum 49*, DJT 1974, p. 49; con mayores referencias en mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 41 y ss.

(66) Vid. al respecto mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 19 y ss., 56 y ss., con más referencias.

(67) Acerca de la «Corporate liability» anglo-americana vid., con detenimiento, WILMS, *Die Strafbarkeit der «Company» im englischen Recht*, jur. Diss. Köln, 1966, pp. 30 y ss., 42 y ss.; LA FAVE-SCOTT, *Handbook on criminal law*, 1972, pp. 229 y ss.; también mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 193 y ss., con más referencias.

duda en la práctica actual, no es consecuencia del principio de responsabilidad del individuo, sino de la *defectuosa valoración de la gravedad*, especialmente en los hechos punibles que se establecen en el Derecho Penal especial, los cuales, en comparación con el tradicional Derecho Penal común, llegan a ser prácticamente «bagatelizados» en la práctica judicial. En vista del potencial círculo de autores, personas socialmente adaptadas y sin duda insensibles a las penas pecuniarias, pero seguramente muy sensibles a la privación de libertad y a la pérdida de «status» vinculada a ella, es de esperar que la eficacia de sanción pueda verse incrementada de un modo decisivo en el caso de la imposición de una pena privativa de libertad, aunque fuera breve. En comparación con ello, el pronóstico de eficacia respecto a las sanciones de grupo, de las que solamente la multa al grupo puede tener una mayor significación práctica (68), tiene que ser extraordinariamente moderado y discreto, ya que se trata en última instancia de un factor de costos empresariales, que pueden ser amortizados en el marco del cálculo del precio.

A parecidas objeciones está sujeto el *argumento de la dificultad de prueba* —por lo menos en su forma general—, ya que las constantes dificultades prácticas de prueba se presentan en realidad más bien como un producto de diferentes mecanismos de selección y con ello del «labeling approach», que como una irrefutable consecuencia de la naturaleza de las cosas. Como resultado de la organización formal interna de la empresa, con la gran necesidad de información, comunicación y procesamiento de la misma, no existe en realidad un ámbito delictivo que ofrezca *posibilidades tan favorables de esclarecimiento y de prueba* como la criminalidad de empresa (69); así pues, no se debe confundir de ningún modo el ejercicio del poder de definición del Ministerio Fiscal respecto al concepto «indicios racionales de criminalidad» del *parágrafo 170* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Strafprozessordnung, StPO) con el verdadero fenómeno, que consiste más en una crónica sobrecarga de las fiscalías centrales para asuntos económicos y en determinados efectos de «labeling» que en una verdadera dificultad de prueba.

Las consideraciones acerca de la eficacia y de la dificultad de prueba no pueden, pues, legitimar una multa al grupo general y cumulativa junto a las sanciones individuales de Derecho Penal y de Derecho Administrativo sancionador, sino únicamente para el caso especial de que en una infracción llevada a cabo con espíritu de empresa y que sirva al interés de la empresa exista objetivamente y no pueda, sin embargo, individualizarse el autor con suficiente seguridad; en dicho caso la necesidad preventiva que de ello deriva permite que aparezca

---

(68) Vid. acerca de sanciones al grupo alternativas mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 155 y ss., 251 y ss.

(69) Vid. al respecto más detenidamente mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 44 y ss.

como necesaria y justificada una «multa anónima al grupo» (70). Dado que una medida penal de necesidad de este tipo no tiene nada que ver con la imputación de la culpa, no puede ésta apoyarse en la ficción de una «cuasi-culpabilidad», sino solamente en consideraciones similares al estado de necesidad, en analogía con el párrafo 34 StGB; la imposibilidad de perseguir a un autor individual y de desplegar de este modo un efecto preventivo es por ello una condición indispensable para la legitimidad de una medida de este tipo. Ciertamente se ignoran por completo estos principios en el Derecho vigente; por un lado el párrafo 30 OWiG parte de la actuación del órgano de una persona jurídica o de una sociedad mercantil personalista y opera así con la aquí categoría de la imputación de una cuasi-culpabilidad; mientras, por otro lado, da por válido sin restricción —a pesar de la existencia de otras posibilidades suficientes de prevención (§ 30.4 OWiG, en contrario)— una *imposición cumulativa* de una multa al grupo junto a la responsabilización de una persona individual. En la práctica, el párrafo 30 OWiG sirve con ello regularmente para combinar una excesivamente ligera (y por ello inefectiva) sanción a los miembros de la empresa con una multa al grupo mucho más estricta, pero «susceptible de racionalización» económico-empresarial como factor de costos, de modo que establece así dos sanciones inefectivas en lugar de una única efectiva medida de prevención; de esta manera la desacertada concepción del párrafo 30 OWiG provoca a primera vista una aparente protección de bienes jurídicos (71).

Una multa al grupo que tenga sentido político-criminal debe ser pues en parte más restrictiva, en parte más extensiva; con ese fin había yo presentado hace tiempo la siguiente propuesta:

Si en una empresa económica se ha realizado una acción amenazada con pena y dicha acción redundó, o debería haber redundado, en beneficio de la empresa, y no pueden constatarse sus autores, habrá de fijarse una multa contra la empresa misma si faltaron las medidas de dirección y de vigilancia necesarias para la evitación de tales hechos o si fueron incompletas, y si en el caso de una dirección y

---

(70) Vid. acerca de la deducción de esta multa anónima al grupo, mucho más complicada naturalmente en detalle, mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 232 y ss.

(71) El párrafo 1.º del artículo 30 OWiG dice: «Si alguien comete un hecho punible o un ilícito administrativo como órgano autorizado de representación de una persona jurídica o como miembro de un órgano tal, como director de una asociación sin capacidad jurídica o como miembro de la junta directiva, o como socio autorizado para representar a una sociedad mercantil personalista, a través de: 1) que se lesionen deberes que corresponden a la persona jurídica o a la asociación; 2) que la persona jurídica o la asociación se enriquezcan o debieran haberlo hecho; entonces puede imponerse una multa contra éstas.» En el párrafo 4.º dice: «Si a causa del hecho punible o del ilícito administrativo no se inicia un proceso penal o administrativo o se suspende o no se impone pena, puede entonces imponerse independientemente la multa.» El título del artículo es «Multas a las personas jurídicas y a las asociaciones».

vigilancia debidas se habría evitado el hecho cometido o se habría dificultado sustancialmente, o se habría posibilitado la averiguación del autor o se habría facilitado sustancialmente (72).

Se podría asegurar la legitimidad de dicha medida, desligada completamente del principio de culpabilidad, a través de su limitación al caso de la *necesidad de prevención*, así como a la comisión de hechos punibles (no simples infracciones administrativas); asimismo, por otra parte, se eliminarían en lo esencial las lagunas del vigente párrafo 30 OWiG si bastara como hecho de conexión el hecho punible de cualquier órgano de la empresa. Por todo ello quisiera atreverme a expresar la esperanza de que la *mejora en el tratamiento igualitario* del comportamiento socialmente dañoso y el *aumento del efecto preventivo* del Derecho Penal *sin lesión de las vigentes exigencias en un Estado de Derecho* de que el Derecho Penal constituya la última ratio de la política criminal —objetivos ya instados al comienzo de este trabajo— se realice a través de una sanción al grupo basada en esta propuesta y de que en consecuencia pueda darse una respuesta satisfactoria a la cuestión vital de nuestro moderno Derecho Penal económico: si para las específicas estructuras materiales de la criminalidad de empresa existen también específicos módulos de imputación disponibles.

#### ADICION (1987)

Después de que en la segunda Ley de Lucha Contra la Criminalidad Económica (2.<sup>a</sup> WiKG) de 15 de mayo de 1986 (BGBI. I, p. 721) el legislador, a causa de la poderosa influencia del «lobby» económico en la Comisión Jurídica del «Bundestag», haya omitido la consideración de las propuestas de reforma arriba esbozadas y recogidas, al menos parcialmente, en el proyecto del Gobierno, quedan ahora consagradas las lagunas del Derecho vigente anteriormente puestas de manifiesto, indeseables desde un punto de vista político-criminal.

1. En cuanto a la *posición de garante* del titular de la empresa, o en general del superior, para la evitación de hechos punibles de sus subordinados en relación con la empresa, no se puede constatar ninguna evolución dogmática: mientras que la categoría de la posición de garante derivada del señorío sobre las cosas peligrosas («deberes del tráfico»), sobre todo recientemente en forma de «deberes del empresario» con instalaciones peligrosas para el medio ambiente) sigue siendo en general reconocida, continúa la discusión acerca de un deber más amplio del superior de evitación de hechos punibles (críticamente RUDOLPHI: *Systematischen Kommentar zum StGB*, 4.<sup>a</sup>

---

(72) Vid. mi *Unternehmenskriminalität*, p. 268, así como una amplia explicación y justificación de esta propuesta en las páginas 232 y ss.

ed., § 13, párr. 32 a); HSU, *Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten?*, 1986, passim; afirmativamente BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantienpflichten*, 1986, pp. 272 y ss.; SCUNEMANN, *ZStW—1984—*, pp. 287, 318; el mismo, *GA 1985*, 341, 379). No existen aportaciones novedosas de la jurisprudencia.

2. a) En la nueva formulación de la *responsabilidad del representante* de la 2.<sup>a</sup> WiKG se recoge de alguna manera la interpretación del párrafo 14.2, párrafo 1.<sup>o</sup>, número 2, StGB (al igual que del § 9.2, párr. 1.<sup>o</sup>, núm. 2, OWiG), de acuerdo ahora con la anteriormente esbozada (III.2), de la responsabilidad del representante como un caso especial de aceptación de una posición de garante en relación con la «realización de tareas que le corresponden al titular de la empresa»; sin embargo, requiere además un encargo expreso y una actuación «como» representante (etc.), con lo que subsisten las lagunas de punición descritas anteriormente (III.3) para el caso tanto de un encargo tan sólo concluyente como para el de una actuación egoísta del representante. En la doctrina reciente gana por ello terreno la opinión de que una actuación «como» representante (etc.) no presupone la realización de los intereses de la empresa, sino que también existen actuaciones egoístas del representante en tanto que éste utilice posibilidades jurídicas o fácticas de actuación que resulten precisamente de su posición de representante; por ejemplo, si el gerente de una sociedad de responsabilidad limitada (GmbH) con riesgo inminente de quiebra aparta para sí partes del patrimonio de la firma a las que él tiene acceso: mientras que según la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria con ello tan sólo puede cometerse una infidelidad en el manejo de bienes ajenos o una apropiación indebida, la opinión más reciente sostiene como posible la aplicación del tipo de quiebra del 283.1, número 1 StGB (vid. HERZBERG, *Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb*, 1984, pp. 93 y ss.; LABSCH, *wistra 1985*, 1, 4 y ss., 59 y ss.; WINKELBAUER, *wistra 1986*, 19; con dudas RICHTER, *GmbHR 1984*, 113, 143 y ss.; con más referencias TIEDEMANN, *NJW 1986*, 1844 y s.). Desde el punto de vista político-criminal esto es correcto; sin embargo, deja sin efecto la limitación, querida por el legislador, de la responsabilidad del representante, por lo que aparece como inaceptable de lege data (vid. TIEDEMANN, *Op. y pág. cit.*; SCHUNEMANN, KREKELER-TIEDEMANN-ULSENHEIMER-WEINMANN, *Handwörterbuch des Wirtschafts und Steuerstrafrechts*, Stad 1987, voz «Vertreterhaftung», pp. 2 y s.).

b) Se ha desarrollado en los últimos años una discusión particularmente intensa acerca de los problemas jurídicos de los «órganos fácticos». En el ámbito de la responsabilidad del representante regulada legalmente se ha conseguido una clarificación de tipo negativo en el párrafo 14.3 StGB y en el correspondiente párrafo 9.3 OWiG,

en el sentido de la no dependencia de la responsabilidad penal de la validez jurídico-civil del acto de encargo; lo que al mismo tiempo sugiere, en conexión con la exigencia de un encargo expreso del párrafo 2.º, número 2, la conclusión de tipo positivo de que un acto de encargo realizado por una instancia competente como tal es irrenunciable, y de que la simple aceptación (sea de modo arbitrario, sea permitida) de determinadas actividades no basta para suscitar la responsabilidad del representante. Según la constante jurisprudencia, corroborada de hecho en los últimos años, no debe regir esto, sin embargo, allí donde el órgano sea directamente (y no simplemente en virtud del efecto extensivo de la responsabilidad del representante) el destinatario de la norma. Así sucede por ejemplo en el párrafo 84.1, número 2, GmbH-Gesetz (Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), según el cual la obligación de solicitar la quiebra, sancionada penalmente, afecta desde el principio al gerente de la sociedad de responsabilidad limitada (y no como antes, por ejemplo, a la sociedad misma). En estos casos también, por tanto, el «gerente fáctico» que dirige realmente los negocios de la empresa debe ser siempre responsable penalmente, cuando menos para el caso de que tenga una posición superior junto a un gerente inscrito y personalmente activo (vid., últimamente, BGHSt, 31, 118 y ss.; BGH, wistra 1984, 178; de acuerdo, BRUNS, GA 1982, 1 y ss.; el mismo, JR 1984, 133 y ss.; también en cuanto a la conclusión CADUS, Die faktische Betrachtungsweise, 1984, pp. 145 y ss.). Junto a las críticas a esta jurisprudencia (TIEDEMANN: GmbH-Strafrecht, 1987, § 84, párr. 27 y ss.; el mismo, NJW 1986, 1845; Kratzsch, ZGR 1985, 506 y ss.; OTTO, Bankentätigkeit und Strafrecht, 1983, pp. 21 y ss.; STREIN, *Das faktische Organ*, 1984, pp. 130 y ss., 194 y ss.) se ha de objetar en primer lugar que la responsabilidad penal del órgano fáctico entraría a lo sumo en consideración en unos pocos grupos de casos, a causa de la prohibición de analogía —como, por ejemplo, en el caso de la inexistencia o del simple carácter de «hombre de paja» de un gerente formalmente encargado—; en segundo lugar, que la valoración legal del párrafo 14.3 StGB, de si el órgano es destinatario directo o indirecto de la norma, requiere consideración, independientemente de la simple cuestión técnico-jurídica; y, finalmente, en tercer lugar, que la «posición superior» del gerente de hecho, expuesta por el Tribunal Supremo (BGH), es también insuficiente bajo el aspecto de la posición de garante en la empresa (que se construye sobre el derecho de dirección) y, en consecuencia, no puede fundamentar ninguna responsabilidad penal por las omisiones de los órganos formales. De aquí se sigue que de lege data no hay punición derivada del delito especial (y con ello tampoco una responsabilidad de garante fuera de los órganos responsables de la empresa) del sujeto no cualificado más allá de los preceptos de imputación de responsabilidad del representante o del partícipe (§§ 14, 26 StGB), de modo que la responsabilidad exterior (Aussenhaftung) del socio activo mayoritario —

reconocida bajo determinadas condiciones en el Derecho civil (vid. al respecto, básicamente, BGHZ 95, 330 y ss.; así como ULMER, NJW 1986, 1759 y ss., con más referencias) se puede exigir en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo sancionador alemán tan poco como la intervención en la empresa dominante de un consorcio, establecida desde hace tiempo en el Derecho Europeo Administrativo sancionador del cartel (vid. al respecto TIEDEMANN, NJW 1986, 1845 s; RUTSCH, *Strafrechtlicher Durchgriff bei verbundenen Unternehmen?*, 1987, *passim* con más referencias). Si en ello ha de verse una laguna de punición injustificada desde el punto de vista político-criminal, debe quedar aquí simplemente en tela de juicio; no obstante, sin violación del principio «nulla poena sine lege», formulado en el artículo 103.2 GG, aquélla no puede colmarse, a la vista de la estricta limitación del parágrafo 14 StGB, recientemente confirmada por el legislador en la 2.<sup>a</sup> WiKG.

3. a) Las lagunas que presenta el supuesto de hecho típico del parágrafo 130 OWig de *infracción del deber de vigilancia en la empresa*, concebido como ilícito administrativo (vid. supra IV), deberían haber quedado cubiertas a la vista del proyecto del Gobierno de la 2.<sup>a</sup> WiKG, puesto que en lugar de la ahora necesaria causalidad entre la infracción del deber de vigilancia y la contravención habría sido suficiente una simple relación de incremento del riesgo y puesto que se habría producido una ampliación del círculo de autores a los órganos especiales de control (por ejemplo, de revisión interna) instituidos por la dirección de la empresa. Ambas propuestas se malograron en la comisión jurídica, de tal manera que la 2.<sup>a</sup> WiKG se ha limitado a una elevación de la amenaza de multa a un millón de marcos. Las dificultades de prueba de la causalidad, ya anteriormente expuestas (supra IV), para el caso de que la infracción del deber de vigilancia no se ponga de manifiesto en forma de instrucción o coordinación deficientes, sino de un insuficiente control sobre los trabajadores a través de escasas comprobaciones, se ha afirmado ya en la más reciente jurisprudencia (vid. BGH, *wistra* 1982, 34; 1985, 228; KG, *wistra* 1985, 205; KG, WuW/E OLG 2476, 2478).

b) La inconstitucionalidad del parágrafo 130 OWig, también expuesta anteriormente (supra IV), por violación del principio de determinación, ha preocupado poco al legislador de la 2.<sup>a</sup> WiKG. En la doctrina, sin embargo, se recogen seriamente estas objeciones y se tratan de salvar a través de una reducción teleológica del parágrafo 130 OWig a un delito de peligro concreto [vid. ROGALL: ZStW 98 (1986), pp. 596 y ss.].

4. Los preceptos sobre *sanciones al grupo* han sido perfeccionados en la 2.<sup>a</sup> WiKG, tan sólo marginalmente y desde un punto de vista técnico-jurídico: la consecuencia jurídica recogida del Derecho Penal (§ 73.3 StGB) de invalidación de una ventaja patrimonial de la empresa debida a una acción a favor de la misma amenazada con

multa, conforme al parágrafo 29, a) OWiG (al respecto, con profundidad, SCHROTH, H. J., *wistra* 1986, 159 y ss.), tan sólo repone, como sanción, el status quo anterior al hecho, y carece, por tanto, ya de antemano, de eficacia preventiva (vid. mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 161 y s.). Y la independización técnico-jurídica de la multa contra las personas jurídicas y asociaciones de personas del parágrafo 30 OWiG no conduce a ningún cambio mencionable en relación con la práctica precedente, mientras que la propuesta de ampliación del proyecto de Gobierno, como solución para la multa al grupo que permita alcanzar no solamente a las contravenciones de los órganos autorizados de representación en sentido estricto, sino también a todas las personas activas de los niveles de dirección, se ha malogrado a causa de la oposición de la comisión económica (vid. ACHENBACH, *NJW* 1986, 1840; WEBER, *NStZ* 1986, 482 y s.). El que esta renuncia a una exigencia de intensificación de las sanciones al grupo, creciente en los últimos tiempos (vid. ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, *passim*), haya de levantar realmente quejas, es una cuestión que requiere un examen más profundo a la vista de las consideraciones anteriormente expuestas (*supra* V). Bajo el aspecto de la prevención sería seguramente más eficaz una intensificación de las sanciones individuales, como por ejemplo a través de la criminalización de las infracciones administrativas de cartel, ya desde hace tiempo exigida, y de un renacimiento de la pena corta de privación de libertad, aminorada en buena parte por el parágrafo 47 StGB (vid. al respecto Tiedemann: *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*, 1976; el mismo, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität 1*, 1976, pp. 247 y ss.; informe final de la comisión de especialistas para la lucha contra la criminalidad económica —reforma del Derecho Penal económico— sobre los resultados de las deliberaciones, 1980, pp. 136 y ss.; WEIGEND, *JZ* 1986, 260). Pero después de que el «lobby» económico hubiera conseguido bloquear tales inicios de reforma ya en tiempos de la coalición entre los liberales y los socialdemócratas (vid. MOHRENSCHLAGER, *wistra* 1982, 202), y consecuentemente la «rentabilidad» de la criminalidad de empresa escapara en amplios ámbitos al Derecho Penal (vid. el ejemplo de los delitos contra el medio ambiente; con más referencias, KUBE-SEITZ, *DRiZ* 1987, 41 y ss.), los trabajos hasta ahora realizados por el legislador para la lucha contra la criminalidad de empresa han de ser juzgados como defectuosos, y como modestas las posibilidades de una futura corrección.