CARLOS GÓMEZ–JARA DÍEZ (ED.)
Profesor de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

MODELOS DE AUTORRESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL

Propuestas globales contemporáneas

GARRIGUES CÁTEDRA
UNIVERSIDAD DE NAVARRA

THOMSON ARANZADI

Primera edición, 2006

© Carlos Gómez-Jara Díez - 2006
© Editorial Aranzadi, SA

Editorial Aranzadi, SA
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)

Imprime: Rodona Industria Gráfica, SL
Carretera de Aoiz, kilómetro 3,5
31486 Elcano (Navarra)

Depósito Legal: NA 2167/2006

ISBN 84-9767-748-X

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Aranzadi, SA.

El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial

CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ
Profesor Asociado de Derecho penal
(Universidad Autónoma de Madrid)
Doctor Europeo en Derecho. Abogado

I. INTRODUCCIÓN

1.–Más allá de la opción político-criminal de sancionar penalmente a las empresas o no, lo cierto es que, una vez tomada la decisión a favor, la selección de un determinado modelo de responsabilidad penal empresarial no es tarea fácil[1]. Así, tal y

1. Las clasificaciones de los modelos de responsabilidad penal empresarial son numerosas y atienden a diversos criterios. Vid. a título de ejemplo en la doctrina extranjera ALWART, «Unternehmensethik durch Sanktion?», en: ALWART (ed.), *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, 1998, pgs. 82, 84 con gráficos explicativos; HEINE, «Modelle originärer (straf-) rechtlicher Verantwortlichkeit von Unternehmen», en: HETTINGER (ed.); *Reform des Sanktionsrecht. Bd. III: Verbandstrafe*, 2002, pgs. 131 y ss. con gráficos en pgs. 153 s. (existe una traducción en este volumen); LEDERMAN, «Models for Imposing Corporate Criminal Liability: From Adaptation and Imitation toward Aggregation and the Search of Self-Identity», en: *Buff.Crim.L.Rev.* 4 (2000), pgs. 642 y ss.; TIEDEMANN, «Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado», en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (Coords.), *La reforma de la justicia penal*, 1997, pgs. 28 y ss. En la discusión española vid. FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, 2003, pgs. 56 y ss., 60 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal», en: AA.VV., *Derecho penal económico*, 2001, pgs. 321 y ss., 329 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, «Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica», en: *CPC* 81 (2003), pgs. 537 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad a las personas*

como se puede observar rápidamente con un breve repaso de las legislaciones penales nacionales que, en la actualidad, contienen regulaciones de este tipo, la variedad y alcance de los presupuestos de imputación jurídico-penal en este ámbito pueden variar sustancialmente[2]. Por ello, a la hora de valorar qué modelo de responsabilidad penal empresarial debe introducirse en un determinado ordenamiento, deben tenerse muy en cuenta tanto los fines que se persiguen con ello como la compatibilidad que puede alcanzarse con los principios fundamentales del Derecho penal moderno. Y es que, si no se procede de esta manera, se corre el riesgo de o bien introducir una regulación inadecuada desde el punto de vista político-criminal o bien sentar las bases de una institución inapropiada desde la perspectiva científico-penal[3].

2.–A la vista de la situación actual del ordenamiento jurídico español, así como de la reciente evolución en distintos países

---

jurídicas, 2ª ed., 2003, pgs. 163 y ss., 179 y ss., 181 y ss., y especialmente 195 y ss. La opción aquí escogida distingue entre modelos de heterorresponsabilidad (basados en la persona física) en contraposición de los modelos de autorresponsabilidad (basados en la propia empresa), vid. extensamente GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, pgs. 139 y ss. y 179 y ss. respectivamente.

2. Sobre los diversos modelos de responsabilidad penal empresarial que contienen las legislaciones europeas vid., en general, HEINE, «Kollektive Verantworlichkeit als neue Aufgabe im Spiegel der aktuellen europkischen Entwicklung», en: DÖLLING (ed.); *Jus Humanum. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, 2003, pgs. 579 y ss. (existe una traducción en este volumen).

3. Respecto de la primera cuestión vid. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995 pgs. 307 y ss.; Íd., en: *Verbandstrafe* (nota 1), pgs. 127 s., 133 y ss.; desde otra perspectiva MIR PUIG, «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: *RECPC* 06 (2004), pgs. 8 y ss.; ÍD., «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (eds.); *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, pgs. 750 y ss.; respecto de la segunda vid. las consideraciones de SCHÜNEMANN, «Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación» en: *ADPCP* 2002, pg. 28; FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones* (nota 1), pg. 81; ALWART en: *Verantwortung* (nota 1), pg. 76: tiene que compatibilizarse con la gramática profunda del Derecho penal.

europeos[4], se plantea con especial incidencia la necesidad de reflexionar en torno a si y qué modelo de responsabilidad penal empresarial debería introducirse en España. Con respecto a la primera cuestión, da la impresión que a pesar de que el ordenamiento español ha rechazado tradicionalmente la posibilidad de instaurar la responsabilidad penal empresarial, lo cierto es que se constata una paulatina tendencia a erosionar el aforismo *societas delinquere non potest* cada vez en mayor medida. Así, la introducción del artículo 129 en el Código penal de 1995 se ha visto recientemente acompañada de la novedosa regulación del artículo 31.2 del mismo texto legal, cuya entrada en vigor tuvo lugar en octubre de 2004[5]. Se puede discutir –y, de hecho, se hace con regularidad– en torno a la naturaleza jurídica de dichas instituciones[6]; pero de lo que no cabe duda es de que se ha pro-

4. Sobre el desarrollo experimentado en los últimos años vid. HEINE, *FS-Lampe*, pgs. 579 y ss. Como se ha reflejado en la introducción de este volumen, con posterioridad a la publicación del artículo de HEINE, son de mencionar la culminación de los procesos legislativos en Polonia (2002), Malta (2002), Croacia (2003), Suiza (2003), Lituania (2003) y Austria (2005/2006). Vid., por lo demás, la extensa comparación de diversos sistemas penales que, a propósito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se contiene en *RP* 17 (2006), pgs. 203 y ss. Sobre la regulación polaca vid. WEIGEND/NAMYSLOWSKA-GABRYSIAK, «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen im polnischen Recht», en: *ZStW* 114 (2004), pgs. 541 y ss.; en general sobre la legislación austríaca vid. KÖCK, «Zur Regierungsvorlage eines Verbansverantwortlichkeitsgesetz», en: *JBl* 2005, pgs. 477 y ss. con ulteriores referencias; ROBLES PLANAS, «¿Delitos de personas jurídicas?», en: *InDret* 2/2006 (accesible en Internet: www.indret.com), passim.
5. Sobre dicho artículo vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Artículo 31.2 del Código penal: cuestiones de *lege lata* y de *lege ferenda*» en este mismo volumen.
6. En lo que al artículo 129 se refiere vid. BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, pgs. 155 y ss.; DE LA FUENTE HONRUBIA, *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código penal*, 2004, pgs. 79 y ss.; GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, 3ª ed. 2004, pgs. 512 y ss.; GUARDIOLA LAGO, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código penal*, 2004, pgs. 70 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, en: *Derecho* (nota 1), pgs. 321 y ss.; ÍD., «La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas», en: *InDret* 2/2006 (accesible en Internet: www.indret.com), passim. Por lo que respecta al artículo 31.2 vid. ÁLVAREZ GARCÍA, «El nuevo artículo 31.2 del Código penal», en: *Revista de Dere-*

ducido una mayor intervención del Derecho penal con respecto a las personas jurídicas[7]. Por lo que hace a la segunda, la totalidad de los modelos que se han planteado hasta la fecha en España se basan en la actuación de determinadas personas físicas. En este sentido, tanto legislativa como doctrinalmente los modelos que se han propuesto y los que se han adoptado hacen que la responsabilidad de la persona jurídica dependa teórica y prácticamente de la persona física[8].

3.–Pues bien, en contra de esta tendencia, en las páginas que siguen se abogará precisamente por el modelo contrario. Es decir, frente a los modelos de heterorresponsabilidad que se han propuesto hasta la fecha, en este trabajo se propondrá un modelo de autorresponsabilidad penal empresarial que, lejos de basarse en determinadas actuaciones de personas físicas, se fundamente en la esencia de la propia organización empresarial. Para ello se procederá, en primer lugar –*Infra* II– a una exposición de los fundamentos teóricos en los que se apoya el modelo aquí propuesto que, en consonancia con la epistemología empleada –*constructivismo* operativo– se denominará modelo *constructivista* de autorresponsabilidad penal empresarial. A continuación –*Infra* III– se realizará un análisis de algunas categorías jurídico-

cho penal 12 (2004), pgs. 133 y ss.; DE LA FUENTE HONRUBIA, *Consecuencias* (nota 6), pgs. 70 y ss.; FERNÁNDEZ TERUELO, «Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante (criterios de regulación consecuencias del nuevo apartado segundo del art. 31 del Código Penal derivado de la reforma 15/2003)», en: *RDPP* 13 (2005), pgs. 38 s.; GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones*, pgs. 568 s.; MIR PUIG, *LH-Ruiz Antón;* pgs. 761 y ss.; LUZÓN PEÑA, «Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales», en: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (eds.); *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, pg. 549, nota 7; SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, «El art. 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?», en: *InDret* 2/2006 (accesible en Internet: www.indret.com), pgs. 1 y ss.

7. Vid. las referencias contenidas en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal* (nota 1), pgs. 55 y ss., 59 y ss.
8. Vid. sobre esta cuestión, a modo de introducción, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: *RECPC* 8 (2006), pgs. 22 y ss.

penales que conforman este modelo, poniendo especial énfasis en las dos más importantes para el Derecho penal: la culpabilidad y la pena. Posteriormente, se abordarán en dos epígrafes distintos las dos cuestiones planteadas al comienzo de esta introducción: por un lado –*Infra* IV–, se expondrá por qué el modelo aquí propuesto resulta conveniente desde el punto de vista político-criminal; por otro lado –*Infra* V–, se explicará qué ventajas, desde el punto de vista científico-jurídico, comporta el modelo constructivista frente a otras propuestas contemporáneas. Con ello, en definitiva, se aspira a mostrar que resulta posible construir un modelo de responsabilidad penal empresarial que, siendo compatible con los postulados del Derecho penal moderno, responda asimismo a las exigencias político-criminales que plantean las organizaciones empresariales modernas[9].

9. Este planteamiento se encuadra, por tanto, dentro de la actual tendencia a establecer una «segunda vía» de Derecho penal empresarial con una serie de reglas de imputación específicas para empresas [vid. con diversos matices GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal* (nota 1), pgs. 51 y ss., 69, 74 y ss.; HEINE, *Verantworlichkeit* (nota 3), pgs. 237 ss; ÍD., «Plädoyer für ein Verbandsstrafrecht als "zweite Spur"» en: ALWART (ed.), *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, 1998, pgs. 90 y ss.; ÍD., *FS-Lampe*, pg. 582; ALWART, *Zurechnen und Verurteilen*, 1998, pg. 9; DANNECKER, «Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts», en: *GA* 2001, pgs. 115 y ss. [= «Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas» (traducción de Ana Cristina Rodríguez Yagüe), en: *RP* 7 (2001), pgs. 40 y ss.]; SCHÜNEMANN, «Plädoyer zur Einführung einer Unternehmenskuratel», en: SCHÜNEMANN (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung: Die Rechtseinheit/Arbeitskreis Strafrecht. Bd. III. Unternehmenskriminalität*, 1996, pgs. 133 y ss.; ÍD., *ADPCP* 2002, pg. 29; SCHWINGE, *Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts*, 1996, pgs. 137 y ss. haciendo referencia a una tercera vía; STRATENWERTH, «Strafrechtliche Unternehmenshaftung?», en: GEPPERT ET AL. (eds.), *Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag*, 1992, pgs. 295 y ss.; GUARDIOLA LAGO, *Personas jurídicas* (nota 6), pgs. 144; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases* (nota 1), pgs. 224 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, «Culpabilidad y persona jurídica», en: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (Coord.); *Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico*, 1998, pgs. 20 y ss. entre otros lugares; ZUGALDÍA ESPINAR, «Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica», en: *CPC* 81 (2003), pg. 543; ROXIN, «¿Tiene futuro el Derecho penal?», en: *PJ* 49 (1998), pg. 391; BACIGALUPO SAGGESE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1998, pg. 364; BUSTOS RAMÍREZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: MAIER/BINDER

II. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL MODELO CONSTRUCTIVISTA DE AUTORRESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL

II.1. LA EPISTEMOLOGÍA OPERATIVO-CONSTRUCTIVISTA: LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS SOCIALES AUTOPOIÉTICOS

1.–Resulta difícilmente cuestionable que la introducción de las organizaciones empresariales en el seno del Derecho penal conlleva una fricción conceptual inicial de gran calibre. ¿El motivo? Sencillamente, que las categorías del Derecho penal –y, en general, el pensamiento jurídico-penal– están conformadas por y para individuos[10]. Por ello, no es de extrañar que hayan sido varios los autores que, primero en Alemania y con posterioridad en Es-

(Comps.), *El Derecho penal hoy. Homenaje al Profesor David Baigún*, 1995, pgs. 22 y ss.; GARCÍA ARÁN, «Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: CEREZO MIR ET AL. (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje a D. Angel Torío López*, 1999, pg. 332; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte General*, 2004, pg. 676; RODRÍGUEZ RAMOS, «*¡Societas delinquere potest!* Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión», en: *La Ley* 1996, nn. mm. 1490 y ss.; DONALDSON, «Personalizing Corporate Ontology: The French Way», en: CURTLER (ed.); *Shame, Responsibility and the Corporation*, 1986, pgs. 99, 111; HELD, «Corporations, Persons and Responsibility», en: CURTLER (ed.); *Shame, Guilt and Corporate Responsibility*, 1986, pgs. 159, 161; MEZGER/DALTON, «Seeing the Elephant: An Organizational Perspective on Corporate Moral Agency», en: *Am.Bus.L.J.* 34 (1996), pg. 569; PHILLIPS, «Corporate Moral Responsibility: When it Might Matter», en: *Bus.Eth.Q.* 5 (1995), pgs. 555 y ss.

10. Al haberse creado las categorías del Derecho penal a partir de las características del ser humano y puesto que las organizaciones empresariales no cuentan con dichas características, el resultado de este silogismo es, inexorablemente, que las organizaciones empresariales no tienen cabida en el Derecho penal. Este círculo vicioso ha sido denunciado por diversos autores [BACIGALUPO SAGGESE, «*La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto de Derecho penal*», *en: CPC* 1999, pg. 16; GARCÍA ARÁN, *LH-Torío*, pg. 327; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases* (nota 1), pg. 223 nota 89] y se encuentra vinculado con el conocido problema hermenéutico del círculo del entendimiento [sobre ello vid. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 1960, pgs. 270 y ss. y en el ámbito jurídico-penal ALWART, «Strafrechtliche Haftung des Unternehmens – von Unternehmenstäter zum Täterunternehmen», en: *ZStW* 105 (1993), pgs. 756 y s., 761, 765 y s.; ÍD., *Zurechnen* (nota 9), pgs. 9 y ss., 24 y ss.].

paña, hayan abogado por efectuar un cambio de paradigma con la finalidad de superar ese obstáculo conceptual inicial. De los diferentes paradigmas filosófico-sociales que existen en la actualidad, el modelo *constructivista* escoge, como su propia denominación indica, el del *constructivismo* operativo[11], corriente epistemológica de la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos[12].

2.–Esta teoría que, como bien es sabido, no cuenta con excesivos partidarios en el ámbito del Derecho penal tradicional[13], parece haber encontrado cierto acomodo en el ámbito del Derecho penal empresarial, de tal manera que son varios los autores que, explícita o implícitamente, se remiten a ella en la fundamentación de sus posiciones[14]. Probablemente, la diferencia entre la

11. Sobre el constructivismo operativo vid. ampliamente, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Distinciones teóricas en la observación del sistema jurídico-penal: breves apuntes sobre la teoría de reflexión del Derecho penal», en: MONTEALEGRE LYNETT (Coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje a Günther Jakobs. Tomo II*, 2003, pgs. 15 y ss.; ÍD., *Culpabilidad penal* (nota 1), pgs. 208 y ss., 219 y ss.; ÍD., «Teoría de sistemas y Derecho penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho penal», en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal: Fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, pgs. 386 y ss., 394 y ss. con abundantes referencias.
12. Sobre la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos vid. de manera introductoria las obras de Niklas LUHMANN: LUHMANN, *Einführung in die Systemtheorie* (ed. por Dirk Baecker), 2002, pgs. 11 y ss.; ÍD., *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, 1984, passim; ÍD., *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 2 Tomos, 1997, passim. Resultan sumamente didácticos los trabajos de KNEER/NASSEHI, *Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*. 4ª ed. 2000, pgs. 33 y ss.; WILLKE, *Systemtheorie I: Grundlagen*. 6ª ed. 2000, pgs. 1 y ss. En la Ciencia penal española resulta fundamental la obra de PIÑA ROQUEFORT, *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación al Derecho penal a la luz de la teoría de sistemas*, 2005, pgs. 54 y ss. y passim.
13. Vid. por todos las críticas contenidas en PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, 1990, pgs. 168 y ss. y el completo estudio de FEIJOO SÁNCHEZ, «La normativización del Derecho penal: ¿Hacia una teoría sistémica o intersubjetiva de la comunicación?», en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, pgs. 445 y ss. y *passim*.
14. Vid. BOTTKE, «Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht: Müssen Unternehmen "strafmündig" werden? Bermerkungen zum Stand des Wirtschaftskriminalrechts in der Bundesrepublik Deutschland», en: *wistra* 1997, pgs. 251 con nota 94, 253; ÍD, *Assoziationsprävention. Zur heutigen*

mayoría de dichos planteamientos y el modelo constructivista es que en éste se pretenden incorporar de manera coherente y completa *todas* las consecuencias, tanto epistemológicas como de aplicación a otros sistemas sociales, que dicha teoría social conlleva[15]. Por lo tanto, y antes de pasar a examinar con más detalle algunos elementos del modelo constructivista, deben indicarse, siquiera someramente, ciertos postulados básicos de esta teoría, puesto que resultan indispensables para poder, por un lado, superar ciertas críticas y, por otro, aprehender lo diferenciador de este planteamiento.

3.–La primera cuestión a tener en cuenta es que, desde la perspectiva operativo-constructivista, son varios los sistemas que gozan de una especial *autorreferencialidad;* en concreto, de la capacidad de reproducirse autopoiéticamente –es decir, de reproducirse a sí mismos a partir de sus propios productos (poiesis = producción)–. En lo relevante para la responsabilidad penal

---

Diskussion der Strafzwecke, 1995, pgs. 49, 310 con nota 1002 entre otros lugares; ÍD., «La actual discusión sobre las finalidades de la pena», en: SILVA SÁNCHEZ (ed. española), *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin,* 1997, pgs. 42 s.; HEINE, *Verantwortlichkeit* (nota 3), 1995, pgs. 79 s.; LAMPE, «Systemsunrecht und Unrechtssysteme», en: *ZStW* 106 (1994), pgs. 690 s.; LÜTOLF, *Strafbarkeit der juristischen Person,* 1997, Cap. III; ROGALL, en: BOUJONG (ed.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten,* 2ª ed., 2000, § 30/10; ROTSCH, *Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts,* 1998, pgs. 81 y ss.; SCHÜNEMANN, en: *Deutsche Wiedervereinigung* (nota 9) pg. 137; ÍD., «Art. 4. Maßnahmen gegen Unternehmen», en: SCHÜNEMANN (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung: Die Rechtseinheit/Arbeitskreis Strafrecht. Bd. III Unternehmenskriminalität,* 1996, pgs. 168, 170 ha tomado «como fundamento legitimador (...) la teoría de los sistemas autopoiéticos limitada», 175; ÍD., «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea» (traducción a cargo de Enrique Peñaranda Ramos), en: AA.VV., *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann,* 1995, pgs. 572, 579 s.; ÍD., «Criticising the notion of a Genuine Criminal Law Against Legal Entities», en: ESER/HEINE/HUBER (eds.), *Criminal Responsibility of Collective and Legal Entities,* 1999, pg. 230: «el único concepto que queda para justificar un verdadero Derecho penal corporativo es el modelo de la teoría de sistemas»; SCHWINGE, *Sanktionen* (nota 9), pgs. 206 y ss.; BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad* (nota 9), pgs. 359 y ss.; ÍD., *CPC* 1999, pgs. 25 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases* (nota 1), pgs. 223 s.

15. Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal* (nota 1), pgs. 211 y ss.

empresarial, dicha cualidad puede observarse tanto en la organización empresarial como en el ser humano, como incluso también el Derecho; en pocas palabras, estos tres sistemas –organización empresarial, ser humano y Derecho–, se consideran sistemas autopoiéticos. Ahora bien, el hecho de que los tres sean sistemas autopoiéticos no significa que la autopoiesis se desarrolle de la misma en cada uno de ellos; en efecto, se trata de *diferentes modos de reproducción autopoiética*[16]. Así, el ser humano es un sistema *psíquico* que se reproduce con base en la conciencia; la organización empresarial un sistema social *organizativo* que se reproduce sobre la base de decisiones; y el Derecho es un sistema social *funcional* cuya reproducción tiene lugar de la mano de comunicaciones jurídicas.

4.–Por lo tanto, como segunda cuestión fundamental, debe tenerse muy en cuenta esta premisa teórica a la hora de argumentar de la mano de la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos. Así, por un lado, en relación con ciertos modelos propuestos en Alemania, no se puede emplear esta teoría para fundamentar la cualidad autopoiética del sistema organizativo –organización empresarial– sin asumir que también el sistema psíquico –ser humano– goza de la misma autorreferencialidad[17].

16. Respecto del ser humano como sistema autopoiético vid. LUHMANN, «Die Autopoiesis des Bewuâtseins», en: ÍD., *Soziologische Aufklärung. Bd. VI: Die Soziologie und der Mensch*, 1995, pgs. 55 y ss.; en relación con la organización como sistema autopoiético vid. ahora sólo LUHMANN, *Organisation und Entscheidung*, 2000, pgs. 39 y ss.; finalmente, sobre el Derecho como sistema autopoiético vid. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, pgs. 38 y ss.; TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, 1989, pgs. 36 y ss.; ÍD., «El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructiva del Derecho» (traducción de Carlos Gómez-Jara Díez), en: *DOXA* 25 (2002), pgs. 533 y ss.

17. En este sentido, no se puede estar de acuerdo con la elaborada propuesta de SCHÜNEMANN en la medida en la que acepta los postulados de la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos para el caso de las organizaciones empresariales pero no para los individuos –lo cual, por lo demás, es motivo de extrañeza toda vez que los postulados realmente controvertidos de esta teoría son los referidos a los sistemas sociales (que SCHÜNEMANN acepta) y no los referidos a la autorreferencialidad de la psique humana notablemente aceptada en la neuropsicología (y que SCHÜNEMANN rechaza) [vid. SCHÜNEMANN, en: *Legal Entities* (nota 14), pgs. 230 y ss.; ÍD., en: *Deutsche Wiedervereinigung* (nota 9), pg. 137]. Y es que, en el

Por otro lado, y referido a determinadas propuestas españolas, no puede abogarse por una concepción autopoiética, autónoma de la organización empresarial y, con posterioridad, proponer un modelo fundamentado en la actuación de personas físicas[18]. En ambos casos, se estaría adoleciendo de una incongruencia considerable.

5.–La tercera cuestión básica que se deriva de lo anterior radica en que, al menos desde la perspectiva operativo-constructivista, no se puede afirmar una mayor autorreferencialidad de

fondo, la concepción de SCHÜNEMANN parte de que existen diferencias estructurales entre individuos y organizaciones empresariales, lo cual resulta difícilmente defendible en el marco de dicha teoría y de la epistemología operativo-constructivista que le sirve de base [sobre ello vid. con mayor detalle GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal* (nota 1), pgs. 128 y ss.; ÍD., «Teoría de sistemas, ciudadanía corporativa y responsabilidad penal de las empresas», en: BAJO FERNÁNDEZ (Dir.)/S. BACIGALUPO/GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), *Constitución Europea y Derecho penal económico*, 2006, pgs. 164 y ss. y las reflexiones de BOTTKE, *Assoziationsprävention* (nota 14) pg. 49 con nota 134, 310 con nota 1002; ÍD., *wistra* 1997, pg. 251 nota 94].

18. En este sentido, no se puede estar de acuerdo con la propuesta de BACIGALUPO SAGGESE de efectuar un cambio de paradigma a la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos y, a continuación, derivar la culpabilidad de la empresa a partir de la culpabilidad de las personas físicas que conforman su órgano abogando por un modelo de responsabilidad penal por el hecho ajeno –modelo de heterorresponsabilidad– [vid. BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad* (nota 9), pg. 367; ÍD., *CPC* 1999, S. 26]. Expresado en palabras de SCHÜNEMANN: para esta autora «la acción y la culpabilidad de la persona jurídica (son) derivadas, en definitiva, de la actividad de aquellas personas que actúan de acuerdo al estatuto como representantes en una unidad operativa de la empresa» [SCHÜNEMANN, «La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea», en: BAJO FERNÁNDEZ (Dir.)/S. BACIGALUPO/GÓMEZ–JARA DÍEZ (Coords.), *Constitución Europea y Derecho penal económico*, 2006, pg. 150]. Y ello no sólo por motivos de coherencia teórica, sino debido al hecho de que dicho planteamiento se ve ciertamente expuesto a la reciente y contundente crítica de JAKOBS, «Strafbarkeit juristischer Personen?», en: PRITTWITZ ET AL. (eds.); *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, pgs. 565, 568 y ss., autor en cuya conocida frase del manual [JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, § 6/45: tanto «para la acción como para la culpabilidad, las formas dogmáticas (no sólo su denominación) en personas físicas y jurídicas son idénticas»] basa BACIGALUPO SAGGESE todo su planteamiento [vid. sobre esta cuestión GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal* (nota 1), pgs. 211 y ss.].

la conciencia –sistema psíquico– frente a la comunicación –en concreto, sistema organizativo–; expresado de otra forma, la autopoiesis psíquica no goza de una mayor autorreferencialidad que la autopoiesis social: ambas poseen idéntica capacidad de reflexión[19]. Este matiz resulta determinante, en primer lugar, para poder superar las críticas que apelan a especiales cualidades de la conciencia para descartar del Derecho penal a las empresas –dado que, por motivos obvios, éstas carecen de conciencia[20]–. Pero es que, en segundo lugar, se torna también decisivo para poder establecer una suerte de imputabilidad de las organizaciones empresariales. Así, y sin perjuicio de un desarrollo ulterior –*Infra* III.3–, los sistemas organizativos, al igual que los sistemas psíquicos, precisan alcanzar un determinado nivel de complejidad interna para poder ser considerados destinatarios de las imputaciones jurídico-penales[21].

II.2. La ciudadanía empresarial: el ciudadano corporativo fiel al Derecho

1.–Además de la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos –y su correspondiente epistemología– el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial toma también como

19. Vid. explicativo Luhmann, «Die operative Geschlossenheit psychischer und sozialer Systeme», en: Íd., *Soziologische Aufklärung. Bd. VI: Die Soziologie und der Mensch*, 1995, pgs. 25 y ss.
20. Vid. las críticas en este sentido de Jakobs, en *FS-Lüderssen*, pgs. 568 y ss.; v. Freier, *Kritik der Verbandsstrafe*, 1998, pgs. 93, 115, 122; Feijoo Sánchez, *Sanciones* (nota 1), pgs. 84 y ss.; en esta línea, desde premisas, no obstante, diferentes Silva Sánchez, *Derecho* (nota 1), pgs. 331, 334; Íd., *Normas y acciones en Derecho penal*, 2003, pgs. 83, 86; Suárez González, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo», en: *Estudios del Ministerio Fiscal* 1994, pg. 846; Mir Puig, «Límites del normativismo en Derecho penal», en: Bajo Fernández/Jorge Barreiro/Suárez González (eds.); *Libro homenaje a Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pgs. 681 s. Cfr. las contrarréplicas contenidas en Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad penal* (nota 1), pgs. 113 y ss.; Orce, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: Montealegre Lynett (Coord.); *El funcionalismo en Derecho penal*, pgs. 371 y ss., 376, 378 y ss., 383 y ss.
21. Vid. más detalladamente Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad penal* (nota 1), pgs. 241 y ss.; Íd., «¿Imputabilidad de las personas jurídicas?», en: Bajo Fernández/Jorge Barreiro/Suárez González (eds.); *Libro homenaje a Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pgs. 425 y ss.

base teórica un fenómeno social y jurídico de gran importancia en la sociedad moderna: la ciudadanía empresarial *(Corporate Citizenship)*. En efecto, la decisiva influencia que los actores corporativos han ido desplegando en la configuración social ha provocado que se genere, tácita o expresamente, un determinado estatus que, sin lugar a dudas, se ha consolidado a lo largo del siglo XX[22]. Dicho estatus despliega importantes efectos tanto en lo que a la responsabilidad penal individual de los miembros de los Consejos de Administración se refiere –cuestión que no puede analizarse aquí[23]–, como a la responsabilidad penal de la propia empresa. En concreto, respecto de esta última cuestión puede observarse que, de la mano de la ciudadanía empresarial, se constata la génesis de un concepto que ostenta una notable significación tanto teórica como práctica: se trata del concepto

22. En este sentido interesa no sólo destacar el rol fundamental que han venido desempeñando las organizaciones en la configuración de la sociedad moderna [vid. a este respecto el conocido trabajo de PERROW, «A Society of Organizations» en: en: HALLER/HOFFMANN-NOWOTNY/ZAPF (eds.), *Kultur und Gesellschaft*, 1989, pgs. 265 y ss. así como las reflexiones de NASSEHI, «Die Organisationen der Gesellschaft. Skizze einer Organisationssoziologie in gesellschaftstheoretischer Absicht», en: ALLMENDINGER/HINZ (eds.), *Soziologie der Organisation*, 2002, pgs. 443 y ss.], sino la indiscutible posición social que han ocupado y que refleja el concepto de la responsabilidad social corporativa *(corporate social responsibility)*. Esta situación no le es indiferente al Derecho penal, ya que los deberes que se le asignen a una persona deben ser el reflejo de su posición en la sociedad [vid. ahora sobre esto JAKOBS, «Personalität und Exklusion in Strafrecht», en: COURAKIS (ed.); *Die Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert. Festschrift für Professor Dr. Dionysios Spinellis*, 2001, pg. 464], por lo que a la vista de la relevancia de dicha posición hoy en día, resulta legítimo y necesario imponer a las empresas los deberes (así como los derechos) más importantes del ordenamiento jurídico: los jurídico-penales.
23. Sobre dicha cuestión vid. en general, SCHÜNEMANN, *Organuntreue. Das Mannesmann-Verfahren als Exempel?*, 2004, passim; en España, por todos, NIETO MARTÍN/LUIGI FOFFANI, «Corporate Governance y administración desleal», en: *RP* 17 (2006), pgs. 110 y ss.; vid. asimismo las breves pero importantes reflexiones de CANCIO MELIÁ, «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa», en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.)/GÓMEZ MARTÍN (Coord.), *Nuevas tendencias en política criminal*, 2006, pgs. 15 y s.

del ***ciudadano corporativo fiel al Derecho*** que cuyas vertientes formal y material se detallan a continuación[24].

2.–Por lo que se refiere a la **vertiente formal,** el concepto del *ciudadano corporativo fiel al Derecho hace referencia a aquella empresa que tiene el deber de institucionalizar una cultura empresarial de fidelidad al Derecho.* Así, este concepto tiene sus **referentes teóricos,** *por un lado,* en la evolución experimentada por la concepción del Buen Ciudadano Corporativo *(Good Corporate Citizen/Good Citizen Corporation)* –que se define como aquella corporación que cumple con el Derecho o que es fiel al Derecho *(abides with the law)*[25]– en el sistema estadounidense de responsabilidad penal empresarial[26] y, *por otro lado,* en ciertas posiciones doctrinales

24. Para un análisis más detallado de este concepto vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal* (nota 1), pgs. 258 y ss.
25. Vid. por ejemplo las definiciones de GRUNER, «Compliance Programs and Corporate Liability: A Look into the Future», en: BASRI ET AL. (eds.), *Corporate Compliance: Caremark and the Globalization of Good Corporate Conduct,* 1998, pg. 199; GRUNER/BROWN, «Organizational Justice: Recognizing and Rewarding the Good Citizen Corporation», en: *J.Corpg.L.* 21 (1996), pg. 732; SWENSON, «The Organizational Guidelines' "Carrot and Stick" Philosophy, and Their Focus on "Effective" Compliance», en: U.S. SENTENCING COMMISSION; *Corporate Crime in America: Strengthening the «Good Citizen» Corporation,* 1995, pgs. 34 y ss.
26. Sobre la importancia de este concepto vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad* (nota 1), pgs. 254 y ss.; ÍD., *La responsabilidad penal de las empresas en EE.UU.,* 2006, pgs. 76 y ss. Por lo demás, debe señalarse aquí que, *en primer lugar,* las dimensiones que abarca en principio el concepto del Buen Ciudadano Corporativo son numerosas, pero que, sin duda, una de las más importantes es la referida a la responsabilidad penal empresarial. No en vano es una constante en la literatura estadounidense sobre la responsabilidad penal empresarial hacer referencia al simposio U.S.S.C., *Good Citizen Corporation,* passim como origen de la vertiente penal del «Buen Ciudadano Corporativo» [vid. GRUNER, en: *Compliance* (nota 25), pg. 201; GRUNER/BROWN, *J.Corpg.L.* 21 (1996), pg. 732 nota 1. Vid. también WALSH/PYRICH, «Corporate Compliance Programs as a Defense to Criminal Liability: Can a Corporation Save its Soul?», en: *Rut.L.Rev.* 47 (1995), pg. 680]. En *segundo lugar,* debe notarse que en dicho concepto coinciden elementos de la autorregulación empresarial y de la responsabilidad social corporativa, en tanto que se reconoce un derecho a que la empresa se regule a sí misma que tiene como contrapartida una serie de deberes adecuados al entorno social en el que desempeña su actividad; en definitiva, tal y como se discutió en las jornadas que llevaban por título «La ciudadanía corporativa: conversaciones entre el Derecho, la empresa y

–cada vez más numerosas– que, de una u otra forma, apelan a ciertas características de la organización empresarial –cultura empresarial, *ethos* empresarial, política empresarial, identidad corporativa,... etc.– a la hora de significar la culpabilidad empresarial[27]. Por lo que a sus **referentes prácticos** se refiere, deben

los académicos», lo decisivo es qué características definen al buen ciudadano corporativo, esto es, «qué define a una empresa como un miembro responsable en la sociedad» [vid. la transcripción en *Marquette Law Review* 84 (2000), pgs. 723 y ss.].

27. Se incluyen aquí «momentos» de autorresponsabilidad que se han introducido tanto en diversas propuestas basadas en la heterorresponsabilidad penal empresarial [vid. en la doctrina alemana BUSCH, *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbaende*, 1933, pg. 185 (espíritu normativo de la asociación); HAFTER, *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbänden*, 1903, pg. 95 (conciencia especial de la asociación); TIEDEMANN, «Die "Bewußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität», en: *NJW* 1988, pgs. 1169 y ss., BRENDER, *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, 1989, pg. 113, HIRSCH, «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», en: *ADPCP* 1993, pgs. 1111 y s. y EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, pgs. 146 y ss., 150 y ss., 193: deficiencias organizativas –con diversos matices según el autor–] como en esbozos de autorresponsabilidad penal empresarial [LAMPE, *ZStW* 106 (1994), pg. 732; HEINE, *Verantwortlichkeit* (nota 3), pg. 266; ÍD., en: *Verantwortung* (nota 9), pg. 104; ÍD., en: *Verbandstrafe* (nota 1), pgs. 138 y ss.]. Asimismo, y toda vez que han visto en el concepto de TIEDEMANN un indicio adecuado de la responsabilidad penal empresarial, no deben considerarse ajenas a esta tendencia las posiciones en España de BACIGALUPO ZAPATER, «La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el Derecho europeo», en: *Rev.F.Can.* 89 (1994), pg. 229; CARMONA RUANO, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Empresa y Derecho penal II.*, 1999, pgs. 325 y ss.; CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, 1998, pgs. 101 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal», en: NIETO MARTÍN (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, in memoriam, Vol. I.*, 2001, pgs. 988 y s.; GARCÍA ARÁN, *LH-Torío*, pgs. 330 y ss.; JAÉN VALLEJO, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: *RCCP* 1 (1998), pg. 69; NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 1996, pgs. 202 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, «Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)», en: *PJ* 46 (1997), pgs. 339 y s.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases* (nota 1), pgs. 240 y s. Por lo demás, ciertas construcciones del mundo anglosajón se basan igualmente en elementos de autorresponsabilidad empresarial [vid. BUCY, «Corporate Ethos: a standard for imposing corporate criminal lia-

señalarse, *en primer lugar*, las Directrices estadounidenses para imponer sentencias a organizaciones[28] –que varios autores toman como modelo a seguir[29]– y, en *segundo lugar*, otras legislaciones que incorporan elementos de la cultura empresarial a la hora de determinar la culpabilidad de la empresa[30].

---

bility», en: *Minn.L.Rev.* 75 (1991), pgs. 1095 y ss. (ethos empresarial); FRENCH, «Integrity, Intentions and Corporations», en: *Am.Bus.L.J.* 34 (1996), pgs. 141 y ss. (estructura empresarial); FOERSCHELER, «Corporate Criminal Intent: Toward a Better Understanding of corporate misconduct», en: *Cal.L.Rev.* 78 (1990), pgs. 1287 y ss. (política empresarial); MOORE, Jennifer; «Corporate Culpability Under the Federal Sentencing Guidelines», en: *Arz.L.Rev.* 34 (1992), pgs. 743 y ss. (procesos empresariales); QUAID, «The assessment of Corporate Criminal Liability on the basis of Corporate Identity: An Analysis», en: *Mc Gill L.J.* 43 (1998), pgs. 67 y ss. (identidad empresarial); LAUFER, «Corporate Bodies and Guilty Minds», en: *Em.L.J.* 43 (1994), pgs. 647 y ss. (estructura y política empresarial)].

28. Sobre estas directrices vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Responsabilidad* (nota 26), pgs. 63 y ss., 115 y ss.; ÍD., *Culpabilidad penal* (nota 1), pgs. 254 y ss. En términos generales puede indicarse que dichas directrices reflejan claramente el principio de que la empresa que haya cumplido con su rol de ciudadano corporativo fiel al Derecho no debe sufrir la imposición de pena. En efecto, la *posibilidad de exculpación* que se ofrece a la corporación que demuestra que realmente ha sido fiel al Derecho –que ha cumplido con su rol de buen ciudadano– es realmente notable a estos efectos. En este sentido, la legislación estadounidense ha desarrollado un elaborado sistema de imputación personal/culpabilidad basado en la cultura empresarial conforme al cual se encuentra exenta de responsabilidad aquella corporación que ha implementado correctamente un programa de cumplimiento efectivo que refleja una cultura empresarial de fidelidad al Derecho, de cumplimiento del Derecho.
29. Vid. por ejemplo, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 2004, pg. 122; VOGEL, «Responsabilidad penal de los empresarios y las empresas», en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.)/GÓMEZ MARTÍN (Coord.); *La Política criminal en Europa*, 2003, pg. 139; ALWART, «Establishing a Basis for Criminal Responsibility of Collective Entities», en: ESER/HEINE/HUBER (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, 1999, pgs. 146 y s.; ÍD., en: *Veranwortung* (nota 1), pgs. 85 y s. Vid. también DANNECKER, *GA* 2001, pg. 112 nota 59; NIETO MARTÍN, *RDPP* 11 (2004), pgs. 267 y ss., 276 y ss.
30. Así, son varias las legislaciones penales que inciden en el papel que deben jugar ciertas características organizativas a la hora de determinar la responsabilidad penal empresarial. En este sentido, por ejemplo, la legislación australiana hace responsable a la empresa cuando «en la entidad empresarial existiera una cultura empresarial que dirigía, incenti-

3.–Por lo que respecta a la **vertiente material,** el concepto del ciudadano corporativo fiel al Derecho hace referencia *a aquella empresa que participa en los asuntos públicos.* Expresado en términos simples, esta vertiente no pone el acento tanto en la fidelidad al Derecho como en la dimensión de la *ciudadanía.* Qué duda cabe, que la mera formulación de esta dimensión sustantiva del concepto del *ciudadano* corporativo fiel al Derecho resulta un tanto controvertida, puesto que tradicionalmente el concepto de ciudadano se ha reservado exclusivamente al ser humano. Sin embargo, existen al menos dos cuestiones que invitan a una reflexión más profunda sobre este planteamiento. La primera es que el paulatino afianzamiento de las organizaciones empresariales como miembros activos de la sociedad moderna implica un determinado estatus al que se ha aludido anteriormente y que conlleva que los derechos y obligaciones de los que son destinatarias deben reflejar dicho estatus. La segunda es que ciertos avances recientes experimentados por la doctrina penal ponen el acento de la *legitimidad* de las sanciones penales –es decir: aquellas con mayor potencial expresivo– en el hecho de que el sujeto que recibe la sanción ha participado en la producción de la vigencia de dicha norma[31]. Por lo tanto, si el Derecho penal empre-

vaba, permitía o conducía al no cumplimiento de la disposición normativa en concreto» [Sect. 12.3 del Código penal australiano de 1995.] Asimismo, en Europa resulta especialmente significativa la reciente legislación italiana, toda vez que excluye la responsabilidad penal de la entidad cuando se demuestra que éste había adoptado efectivamente «modelos de organización y de gestión idóneos para prevenir las infracciones penales de la clase que se han verificado» [art. 6 del Decreto Legislativo de 8 de junio de 2001, n. 231]. En un sentido similar, conforme a la reciente legislación polaca sólo se podrá imputar al sujeto colectivo el delito físico cometido por la persona cuando «el hecho punible haya sido posible debido a una insuficiente organización de trabajo por parte del sujeto colectivo» [art. 5 de la *Ley sobre responsabilidad de los sujetos colectivos por hechos conminados con una pena* (2002) que entró en vigor el 28-11-2003].

31. Vid. desde una perspectiva netamente comunicativa, JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal,* 2003, pgs. 22, 50; ÍD, «La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma» (traducción de Javier Sánchez-Vera, Gómez-Trelles y Carlos Gómez-Jara Díez), en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal,* 2005, pgs. 177 y ss.; ÍD., *Estudios de Derecho penal* (traducción al castellano y estudio preliminar a cargo de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez Gon-

sarial pretende ser funcionalmente equivalente al Derecho penal individual adaptándose a la realidad social de la sociedad moderna no puede desatender esta importante cuestión. Vaya por delante, por supuesto, que este enfoque *no pretende afirmar que la organización empresarial ostenta el mismo estatus de ciudadano que el individuo,* sino que, en la sociedad moderna, sí goza de un ***mínimo de ciudadanía*** fundamental a la hora de exigir su responsabilidad *penal* empresarial[32].

---

zález y Manuel Cancio Meliá), 1997, pgs. 386 y s.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal* (nota 1), pgs. 295 y ss.; ÍD., en: Teoría (nota 11), pgs. 420 y ss.; desde una perspectiva *intersubjetiva* vid. GÜNTHER, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft», en: PRITTWITZ/MANOLEDAKIS (eds.), *Strafrechtsprobleme an der Jarhtausendwende. Deutsch-Griechisches Symposium Rostock 1999,* 2000, pgs. 27 y ss., 39; ÍD., *Schuld und Kommunikative Freiheit,* 2005, passim. y KINDHÄUSER, «La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad» (traducción de Percy García Cavero), en: LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (Coords.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito,* 1999, pgs. 185 y ss., 204. Un planteamiento similar puede deducirse igualmente de las posiciones de PEÑARANDA RAMOS, «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito», en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación,* 2005, pgs. 223 y ss., 251 y ss.; ALCÁCER GUIRAO, «Prevención y garantías: conflicto y síntesis», en: *DOXA* 25 (2002), pgs. 139 y ss. FEIJOO SÁNCHEZ, en: *Teoría* (nota 13), pgs. 493 y ss., 514 y ss., 525 y ss.; desde una perspectiva basada en el concepto de rol vid. PIÑA ROCHEFORT, «Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del Derecho penal: ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista», en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación,* 2005, pgs. 278 y ss.; ÍD., *Rol social* (nota 12), pgs. 328 y ss. Por lo demás, estas posiciones permiten engarzar con ciertas teorías expresivas de la pena: vid. KAHAN/NUSSBAUM, «Two Conceptions of Emotion in Criminal Law», en: *Columbia Law Review* 96 (1996), pgs. 269 y ss., 351; KAHAN, «Between Economics and Sociology: The New Path of Deterrence», en: *Mich.L.Rev.* 95 (1997), pgs. 2477 y ss.; ÍD., «The Secret Ambition of Deterrence», en: *Harv.L.Rev.* 113 (1999), pgs. 413 y ss.; ÍD., «Social Meaning and Economics Analisis of Crime», en: *J.Leg.Stud.* 27 (1998), pgs. 609 y ss.; FRIEDMAN, «In Defense of Corporate Criminal Liability», en: *H.J.L.&Pub.Pol.* 23 (2000), pgs. 845 y s.; en parte también ROBINSON, «Why Does the Criminal Law Care What the Layperson Think is Just? Coercive versus Normative Crime Control», en: *Virg.L.Rev.* 86 (2000), pgs. 1839 y ss. [= «Control coercitivo del delito versus control normativo del delito» (traducción de Carlos Gómez-Jara Díez), en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), *Derecho penal del enemigo,* 2006].

32. Esta cuestión se encuentra relacionada con la posibilidad de considerar

4.–Ahora bien, ¿cómo participa la organización empresarial en los asuntos públicos? O expresado con otra terminología ¿cómo participa en la producción común de sentido? El primer indicio puede hallarse en la cada vez mayor asunción de funciones públicas que de la mano de la autorregulación vienen ejercitando las organizaciones empresariales en la sociedad moderna[33]. Este primer indicio se consolida con el paulatino reconocimiento de derechos fundamentales que igualmente se percibe en este tipo de sociedad, siendo especialmente relevante a estos efectos una determinada interpretación de la libertad de expresión corporativa *(Corporate Free Speech)*[34]. Y es que no cuesta demasiado adivinar que las organizaciones empresariales participan de forma cada vez más activa en la conformación de normas sociales y jurídicas. Por ello, la imposición de una sanción penal a una organización empresarial conforme a una norma penal resulta legítima en la medida en que ésta ha tenido la oportunidad de participar en la producción del sentido normativo –y, de esta manera, cuestionar legítimamente dicha norma; esto es, por cauces habilitados a tal efecto–[35]. En definitiva, el concepto del ciudadano corporativo fiel al Derecho sólo pretende plasmar para el Derecho penal empresarial aquello que resulta válido en el Derecho penal individual: que sólo a quien se le reconoce ca-

que las empresas son «miembros de pleno derecho de la comunidad moral» [vid. al respecto FRENCH, «Integrity, Intentions and Corporations», en: *Am.Bus.L.J.* 4 (1996), pgs. 147 y ss.; FRENCH/NESTERUK/RISSER, *Corporations in the Moral Community,* 1992, pgs. 12 y ss.]. Sin embargo, a diferencia de estos autores, el planteamiento aquí sostenido no pretende una equiparación absoluta entre empresas e individuos en este sentido, sino sólo el *reconocimiento de un mínimo de ciudadanía* suficiente para el establecimiento de la responsabilidad penal.

33. Vid. ahora sólo ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y Efectos,* 2002, pgs. 21 y ss., 42 y ss., 46 y ss., 103 y ss. y passim; DANACULLETA I GARDELA, *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada,* 2005, pgs. 38, 52, 140 y ss. y passim.

34. Vid. además de las reflexiones de FRIEDMAN, «In Defense of Corporate Criminal Liability», en: *H.J.L.&Pub.Pol.* 23 (2000), pgs. 850 y ss.; KERR, «Subordinating the Economic to the Political: The Evolution of the Corporate Free Speech Doctrine», en: *Comm.L.&Pol'y* 10 (2005), pgs. 63 y ss. con abundantes referencias.

35. Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal* (nota 1), pgs. 289 y ss. con ulteriores referencias.

pacidad de cuestionamiento legítimo de la norma se le reconoce una capacidad de culpabilidad cuando cuestiona la norma mediante un hecho delictivo.

III. ELEMENTOS DEL MODELO CONSTRUCTIVISTA DE AUTORRESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL

III.1. INTRODUCCIÓN

De entre los elementos que conforman el modelo constructivista, en lo que sigue se centrará la atención en aquellos que tratan ciertos puntos neurálgicos de la discusión en torno a la responsabilidad penal empresarial. Así, en primer lugar, se analiza qué nueva perspectiva aporta el modelo constructivista a una cuestión tan conocida como la incapacidad de acción de la empresa. De esta manera, partiendo de ciertos postulados constructivistas y de determinadas posiciones de la teoría penal moderna se logra trasladar la cuestión de la capacidad de *acción* a la capacidad de *organización,* para terminar afirmando la capacidad de autoorganización de la empresa. En segundo lugar, se intenta superar el mayor escollo a la hora de establecer la responsabilidad penal empresarial –a saber, qué entender por culpabilidad de la empresa– acudiendo a una figura metodológica propia del constructivismo operativo: el equivalente funcional. Por tanto, el concepto constructivista de culpabilidad empresarial establece que la culpabilidad individual y la culpabilidad empresarial no son iguales, pero sí funcionalmente equivalentes. En tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, se distinguirá entre organizaciones empresariales con capacidad de culpabilidad –imputables– y sin capacidad de culpabilidad –inimputables–. Sólo de esta manera puede afirmarse la existencia de una verdadera responsabilidad penal empresarial. En cuarto y último lugar, se establece qué teoría de la pena conlleva el modelo constructivista, sobre todo a raíz de la especial vinculación que surge entre culpabilidad y pena. En definitiva, se indicará cómo la retribución comunicativa –variante de la conocida prevención general positiva– desempeña una función decisiva en el afianzamiento de la responsabilidad penal empresarial.

III.2. LA COMPETENCIA EMPRESARIAL

1.–Como es sabido, la dogmática jurídico-penal tradicional, basada fundamentalmente en el concepto de acción, ha rechazado la posibilidad de que la empresa pudiera actuar por sí sola. Es decir, sólo los seres humanos poseen capacidad de acción, motivo por el cual la empresa, como mucho, podría adquirir cierta capacidad de acción a través de su representante[36]. Así las cosas, se pone claramente de manifiesto que, mientras se utilice la semántica[37] de la acción –la cual, en los inicios de la dogmática penal, únicamente se refería al ser humano–, está prácticamente destinada al fracaso cualquier transposición de esta categoría al ámbito empresarial[38]. No obstante, existen ciertas tendencias modernas en la teoría del Derecho penal que ofrecen nuevos apoyos para superar estas dificultades. Así, se han venido conformado –unas veces explícitamente, otras de manera tácita– ciertos conceptos de personas que toman como base un denominador co-

36. Vid. ya FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deuschtland gültigen peinlichen Rechts*, 6ª ed., 1818, § 28; de manera más reciente, por ejemplo, KAIAFA-GBANDI, «Corpus Iuris und die Typisierung des Strafphänomens», en: HUBER (ed.), *Das Corpus Iuris als Grundlage eines europkischen Strafrechts*, 2000, pg. 106; ÍD., «Das Strafrecht an der Schwelle zum neuen Jahrtausend: Blick in die Zukunft ohne Blick zurück in die Vergangenheit?», en: PRITTWITZ/MANOLEDAKIS (eds.); *Strafrechtsprobleme an der Jarhtausendwende*, 2000, pg. 59. En la doctrina estadounidense vid., por ejemplo, COFFEE, «Corporate Criminal Responsibility», en: KADISH (ed.) *Encyclopedia of Crime and Justice, Vol. 1.*, 1983, pg. 256; BRICKEY, *Corporate Criminal Liability*, 2ª ed., 1992, § 3:01, pg. 89. Cfr. sin embargo las reflexiones de *Neumann*, «Das Corpus Iuris im Streit um ein europkisches Strafrecht», en: HUBER (ed.), *Das Corpus Iuris als Grundlage eines europkischen Strafrechts*, 2000, pg. 79; *Luhmann*, «Was ist Kommunikation?», en: ÍD., *Soziologische Aufklärung. Bd. VI*, 1995, pg. 113. Vid. asimismo el resumen de HIRSCH, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen», en: *ZStW* 105 (1993), pgs. 288 y ss.
37. Sobre el concepto de semántica vid. LUHMANN, *Gesellschaftsstruktur und Semantik I*, 1980, pgs. 9 y ss.; ÍD., *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, 1990, pgs. 107 y s.; KNEER/NASSEHI, *Sozialer Systeme* (nota 12), pgs. 119 y ss.; KOGGE, «Semantik und Struktur. Eine "alteuropkische" Unterscheidung in der Systemtheorie», en: RECKWITZ/SIEVERT (eds.); *Interpretation, Konstruktion, Kultur: ein Paradigmenwechsel in den Sozialwissenschaften.*, 1999, pgs. 67 y ss.
38. Vid. por todos BACIGALUPO SAGGESE, *CPC* 1999, pgs. 11 y ss.

mún para fundamentar la responsabilidad tanto de personas físicas como jurídicas. En concreto, y de ahí el título de este apartado, dichos conceptos giran en torno, en mayor o menor medida, del concepto de competencia organizativa, lo cual precisa de una ulterior explicación.

2.–La primera posición que debe traerse aquí a colación es la de HEINE. Dicho autor fundamenta una competencia organizativa de la empresa en virtud de un *dominio de la organización de carácter sistémico-funcional* basado en la diferenciación funcional y la descentralización de las empresas –que fungen a modo de principios organizativos–, así como en la consiguiente teoría del Derecho reflexivo –de impronta sistémica–[39]. En este sentido debe destacarse que HEINE considera que dicho *dominio de la organización* de carácter sistémico-funcional en el Derecho penal empresarial es el equivalente funcional al dominio del hecho en el Derecho penal individual[40]. Como consecuencia de este planteamiento, la empresa adquiere una decisiva posición de garante[41], lo cual había sido ya indicado en cierta medida por otros autores[42].

3.–La posición de HEINE puede relacionarse sin salto de continuidad alguno con el profundo planteamiento de LAMPE, quien ha introducido recientemente en esta discusión un supraconcepto *(Oberbegriff)* para aglutinar a las personas físicas y a las personas jurídicas bajo una misma categoría: se trata del con-

39. HEINE, *Verantwortlichkeit* (nota 3), pgs. 31 y ss., 249, 287 y ss.
40. HEINE, en: *Verantwortung* (nota 9), pg. 103; ÍD., en: *Verbandstrafe* (nota 1), pg. 141.
41. HEINE, en: *Verantwortung* (nota 9), p.pg.05; ÍD., «Das kommende Unternehmensstrafrecht [art. 100 4° f)]. Entwicklung und Grundproblematik», en: *ZStrR* 119 (2001), pg. 37.
42. Vid., entre otros, GOETZELER, *Die rationalen Grundlagen des Steuerstrafrechts*, 1934, pgs. 207 y ss.; WEBER, «Über die Strafbarkeit juristischer Personen. Bemerkungen zum Berliner Stahlhändler-Urteil», en: *GA* 1954, pg. 240; TIEDEMANN, *NJW* 1988, pg. 1172; EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz* (nota 27), pg. 195; COLVIN, «Corporate Personality and Criminal Liability», en: *Crim.L.For.* 1995, pg. 26; LÜTOLF, *Strafbarkeit* (nota 14), pgs. 349 y s.; ALWART, *ZStW* 105 (1993), pgs. 754 y ss., 770.

cepto de *persona social*[43]. Por persona social debe entenderse a un *productor de injusto,* generándose esta capacidad de producción de injusto en dos fuentes diferentes dependiendo de si se trata de personas físicas o jurídicas; las primeras, la adquieren a partir de su capacidad de acción[44]; las segundas a partir de su capacidad de organización[45]. Por lo tanto, «una persona social puede o bien realizar su capacidad de acción u organización, o bien no realizarla –o hacerlo defectuosamente– en un entorno social que exige su realización»[46].

4.–Este concepto de persona social no dista demasiado del concepto desarrollo por BOTTKE en torno al *organizador de contactos sociales,* que al igual que el concepto de persona social de LAMPE, constituye un supraconcepto para personas físicas y jurídicas. En efecto, tanto las personas físicas como los denominados sujetos colectivos pueden considerarse organizadores de contactos sociales idóneos en la medida en la que se les adscribe una cierta competencia para la organización de contactos sociales y, por consiguiente, la correspondiente responsabilidad; en pocas palabras, ambos tienen competencia sobre los contactos sociales[47]. En definitiva, al igual que para LAMPE las empresas podían producir injusto, para BOTTKE éstas pueden organizar contactos sociales, debiendo en ambos casos atribuírseles cierta competencia sobre dicha producción u organización.

5.–Llegados a este punto, se abre una excelente posibilidad de armonizar conceptualmente el Derecho penal individual con

43. LAMPE, «Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts», en: WEIGEND/KÜPPER (eds.); *Festschrift für Hans Joachim Hirsch,* 1999, pgs. 86 y s., 87 y ss., 90 y ss.
44. LAMPE, *FS-Hirsch,* pgs. 92 y ss.
45. LAMPE, *FS-Hirsch,* pgs. 94 y ss.: «la capacidad de desencadenar procesos sociales a través de la organización de acciones ajenas en lugar de a través de sus propias acciones».
46. LAMPE, *FS-Hirsch,* pg. 96.
47. BOTTKE, *wistra,* 1997, pg. 249: «el otorgamiento inicial de un poder cuya utilización se plasma es la organización de contactos sociales conforme a la norma o en contra de la norma constituye una causa real suficiente para considerar que el colectivo es competente por las infracciones de la norma». Sobre el sentido de este tipo de «atribución de competencia por los contactos sociales» vid. *Ibidem* y GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad Penal* (nota 1), pgs. 233 y ss.

el Derecho penal empresarial de la mano de la corriente normativo-funcionalista de finales de siglo XX. Así, desde la perspectiva normativista, el momento decisivo viene dado por la atribución de competencia sobre ámbitos de organización, de lo cual se deriva que del ámbito de organización propio no deben dimanar riesgos superiores al permitido; en caso de que sí lo hagan, la persona es penalmente responsable por dichos riesgos[48]. Es decir, a la persona se le reconoce una libertad para configurar su ámbito de organización como quiera, siempre y cuando de dicha configuración no se deriven riesgos superiores al permitido[49].

6.–Estos avances acaecidos en el ámbito de la ciencia penal, vienen avalados por la perspectiva operativo-constructivista. En

48. Vid. por todos JAKOBS, *AT* §§ 6/31 y ss.29/1 y ss.; ÍD., *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 2004, pgs. 99 y ss., 116 y ss.; ÍD., *Estudios* (nota 31), pg. 350; ÍD., *Normativización* (nota 31), pgs. 27 y ss., 101 y ss.; MÜSSIG, «Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización» (traducción de Cancio Meliá), en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal*, 2005, pgs. 209 y s.; ÍD., *Mord und Totschlag*, 2005, pgs. 173 y s., 253 y ss.; SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pgs. 83 y ss.

49. Se trata del denominado sinalagma básico del Derecho penal: libertad de organización a cambio de responsabilidad por las consecuencias de dicha organización. Sobre dicho sinalagma y su relevancia para el Derecho penal empresarial vid. más detenidamente GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal* (nota 1) pgs. 236 y ss., 278 y ss. con ulteriores referencias. A este planteamiento de atribuir competencia a la propia por su propia autoorganización se ha opuesto reciente [SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA, «El artículo 31.2 del Código penal», en: *InDret* 2/2006 (accesible en Internet: www.indret.com), pgs. 22 y s. nota 47] que se perciben similitudes evidentes con las modernas fundamentaciones *iuscivilistas* de la «responsabilidad por organización» [sobre ello, vid por todos, SALVADOR CODERCH/GÓMEZ LIGÜERRE, «Respondeat Superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización», en: *InDret* 3/2002 (accesible en Internet: www.indret.com)], advirtiendo que en el ámbito civil «se reconoce que se está ante una responsabilidad objetiva», mientras que la postura aquí defendida «entiende que por esta vía se abre la puerta a la responsabilidad de la empresa». Ciertamente, la competencia sobre la autoorganización empresarial no presupone que la responsabilidad que de ella se derive sea de carácter objetivo o subjetivo: ese matiz vendrá dado por las cuestiones relativas a la imputación subjetiva (dolo/imprudencia) y personal (culpabilidad/inimputabilidad). Sin embargo, *es el paso necesario para que, ya sea de forma objetiva o subjetiva, se responda por el hecho propio y no por el hecho ajeno.*

efecto, tal y como se ha señalado anteriormente, conforme a la misma la organización se constituye –en ciertos casos, como se verá posteriormente– en un sistema autopoiético, lo cual le proporciona una serie de características especiales. Así, el sistema organizativo empresarial –al igual que el ser humano– comienza a desarrollar con el tiempo una complejidad interna que deviene en una capacidad de autoorganización, autodeterminación y autoconducción tal, que resulta lógico –y necesario– atribuir a la empresa *cierta* competencia sobre su ámbito de organización[50]. En definitiva, desde una perspectiva tradicional del delito puede afirmarse que la *capacidad de acción* se ve así sustituida por una *capacidad de organización*[51], de tal manera que si bien resulta complicado afirmar que una empresa actúa por sí misma, dichas dificultades desaparecen considerablemente cuando se sostiene que, llegado un determinado nivel de complejidad interna, la empresa comienza a organizarse a sí misma, a autoorganizarse[52].

50. Vid. con diferentes matices BOTTKE, *Assoziationsprävention* (nota 14), pgs. 48 y ss., 63 y ss.; ÍD., en *Política criminal* (nota 14), pg. 42; HEINE, *Verantwortlichkeit* (nota 3), pgs. 287 y ss.; LAMPE, *FS-Hirsch*, pgs. 86 y ss., 91 y ss., 94.
51. Especialmente ilustrativos en este sentido HEINE, en *Verbandstrafe* (nota 1), pg. 141; ÍD., en: *Verantwortung* (nota 9), pg. 103; ÍD., «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung – nationale Konsequenzen», en: *ÖJZ* 1996, pg. 218 quien establece una equivalencia funcional entre dominio del hecho [Derecho penal individual] y dominio de la organización (funcionalmente sistémico) [Derecho penal empresarial]; LAMPE, en: WEIGEND/KÜPPER (eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, pgs. 92, 94 quien establece que las personas físicas tienen capacidad de acción *(Handlungsvermögen)* mientras que las personas jurídicas tienen capacidad de organización *(Organisationsvermögen)*, resultando ambas capacidades idénticas a los efectos de producir injustos sociales.
52. Dicho planteamiento viene avalado, además de por las aportaciones de la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos, por numerosas teorías de la organización y del *management* modernas [vid., por ejemplo, BAUSOR, «Enterpreneurial Imagination, Information, and the Evolution of the Firm», en: ENGLAND (ed.), *Evolutionary Concepts in Contemporary Economics*, 1994, pgs. 179 y ss., 181; DRAZIN/SANDERLANDS, «Autogenesis: A Perspective on the Process of Organizing», en: *Organization Science* 3 (1992), pgs. 230 y ss.; las contribuciones contenidas en ULRICH/PROBST, *Selforganization and Managament of Social Systems: Insights, Doughts, and Questions*, 1984 y PROBST/SIEGWART, *Integriertes Management: Bausteine der*

III.3. La imputabilidad empresarial

1.–Por lo general, la discusión en torno a la responsabilidad penal empresarial ha dado por supuesto que, *prima facie, todas* las empresas podían ser penalmente responsables. Sin embargo, parecería que respondería más a la lógica jurídico-penal que existieran organizaciones empresariales imputables –con capacidad de culpabilidad– y organizaciones empresariales inimputables –sin capacidad de culpabilidad–. Expresado con otras palabras, al igual que no todos los seres humanos son imputables en el Derecho penal individual, tampoco todas las empresas deben serlo en el Derecho penal empresarial. Al menos, ese debería ser el planteamiento de un *verdadero* Derecho penal empresarial.

2.–Pues bien, dicha lógica jurídico-penal, no sólo se deriva de una correcta comparación entre el Derecho penal individual y el Derecho penal empresarial, sino que, además, constituye el corolario natural de la aplicación de los presupuestos (operativo) constructivistas al ámbito de la responsabilidad penal empresarial. Más aún, gracias a dicha distinción se puede, *por un lado,* superar ciertas críticas que se han planteado contra la ausencia de autoconciencia –sc. conciencia de sí mismas– por parte de las organizaciones empresariales[53], y, por otro, ofrecer un planteamiento político-criminal más adecuado para ciertos tipos de personas jurídicas. Ambas cuestiones han sido tratadas con mayor detalle en otros trabajos anteriores[54], motivo por el cual resulta conveniente introducirse sin mayores dilaciones en el fundamento de dicha distinción, explicando sus características principales.

3.–El fundamento básico radica en el postulado del constructivismo operativo que, apoyándose en los avances de las ciencias de la comunicación[55], parte de la base de que tanto con-

---

systemorientierten Managements. Festschrift zum 65 Geburstag von Prof. Dr. h.c. Hans Ulrich, 1985].

53. Vid. supra nota 21.
54. Vid. Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad penal* (nota 1), pgs. 113 y ss., 241 y ss.; Íd., *LH-Mourullo,* pgs. 425 y ss., 435 y ss., 439 y ss.
55. Vid. ya Merten, *Kommunikation: Eine Begriffs- und Prozessanalyse,* 1977, pgs. 43 y ss. y passim. Sobre el concepto de comunicación utilizado en la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos vid., entre otras, las reflexiones de Baecker, «Kommunikation im Medium der Information», en:

ciencia como comunicación muestran los mismos caracteres de autorreferencialidad, recursividad y reflexión[56]. A los efectos que aquí interesan dicha autorreferencialidad *comunicativa* se da en dos sistemas claves: el sistema jurídico (Derecho) y el sistema organizativo (empresa). Por lo que al primero se refiere, la autorreferencialidad de la comunicación conlleva que el sistema jurídico no tenga acceso directo ni al interior de la conciencia humana (sistema psíquico), ni al interior de la organización empresarial (sistema organizativo)[57]. Ambos sistemas, tanto psíquico como organizativo, pueden aspirar, como mucho, a mostrar *indicios* racionales de una autorreferencialidad suficiente[58], ya que éstos conforman la base sobre la cual el sistema jurídico-penal atribuye la «personalidad»[59]. Dicha autorreferencialidad se plasma, en terminología teórico-sistémica, en la constitución de los sistemas autopoiéticos de orden superior *(High Order Autopoyetic Systems)*[60]. Dado que la constitución del sistema psíquico (ser humano) como un sistema autopoiético de orden superior

BAECKER, *Wozu Systeme?*, 2002, pgs. 111 y ss.; LUHMANN, *Soziale Systeme* (nota 12), pgs. 191 y ss.; ÍD., *Wissenschaft* (nota 37), pgs. 21 y ss.; ÍD., en: *Aufklärung* (nota 36), pgs. 113 y ss.; NASSEHI, «La diferencia de la comunicación y la comunicación de la diferencia. Sobre los fundamentos de la teoría social de Niklas Luhmann» (traducción de Juan Ignacio Piña Rochefort), en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, pgs. 21 y ss.

56. Vid. explicativo LUHMANN, en: *Aufklärung* (nota 19), pgs. 25 y ss.
57. Vid. sobre los fundamentos y consecuencias de este planteamiento LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, pgs. 39 y ss.
58. Vid. fundamentalmente FUCHS, «Adressabilität als Grundbegriff der soziologischen Systemtheorie», en: *Zeitschrift für soziale Systeme* 3 (1997), pgs. 57 y ss.
59. Vid. sobre la autorreferencialidad interna como base para la atribución de subjetividad TEUBNER/ZUMBANSEN, «Rechtsverfremdungen: Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels», en: TEUBNER (ed.), *Die Rückgabe des zwölften Kamels. Niklas Luhmann in der Diskussion über Gerechtigkeit*, 2000, pgs. 208 y ss.
60. Vid. MATURANA, *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit*, 1982, pgs. 37, 211 y ss.; MATURANA/VARELA, *El árbol del conocimiento. Las bases biológicas del entendimiento humano*, 15ª ed., 2001, pgs. 121 y ss.; MOSSAKOWSKI/NETTMANN, «Is There a Linear Hierarchy of Biological Systems?», en: ROTH/SCHWEGLER, *Self-Organizing Systems. An Interdisciplinary Approach*, 1981, pgs. 39 y ss.

no es cuestionada por la doctrina penal mayoritaria[61], conviene centrar la atención en el sistema organizativo (la empresa) para responder a la cuestión: ¿puede una organización empresarial convertirse en un sistema autopoiético de orden superior?

4.–A lo largo de las últimas décadas, Gunther TEUBNER ha venido elaborando los presupuestos de cómo se constituye una empresa en un sistema autopoiético de orden superior[62]. Así, tal y como señala expresamente este autor, la organización empresarial sale de su minoría de edad *(Unmündigkeit)* en el momento en el que se produce una vinculación hipercíclica entre los caracteres autorreferenciales del sistema organizativo: es decir, una doble autorreferencialidad[63]. Expresado de otra manera: a lo largo del tiempo se produce una *acumulación* de círculos autorreferenciales en el ámbito empresarial hasta llegar al encadenamiento hipercíclico de los mismos, momento en el cual emerge verdaderamente el actor corporativo *(corporate actor)* como sistema autopoiético de orden superior[64]. Dichos círculos autorreferenciales se dan en cuatro ámbitos diferenciados: el *límite* del sistema, la *estructura* del sistema, los *elementos* del sistema y la *identidad* del sistema[65]. Así, el límite del sistema organizativo

61. Vid. en este sentido el reciente y profuso estudio de MOLINA FERNÁNDEZ, «Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», en: *AFDUAM* 4 (2000), pgs. 57 y ss.
62. Vid. TEUBNER, *Law as an Autopoietic System*, 1993, pgs. 28 y ss. 123 y ss.; ÍD., «Enterprise Corporatism: New Industrial Policy and the "Essence" of the Legal Person», en: *American Journal of Comparative Law* 36 (1988), pgs. 130 y ss.; ÍD., «Hyperzyklus in Recht und Organisation. Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese», en: HAFERKAMP/SCHMID (eds.), *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung. Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, 1987, pgs. 89 y ss., 113 y ss.; ÍD., «The Many-Headed Hydra: Networks as Higher-Order Collective Actors», en: MCCAHERY/PICIOTTO/SCOTT (eds.); *Corporate Control and Accountability: Changing Structures and the Dynamics of Regulation*, 1993, pgs. 41 y ss.; ÍD., «Piercing the Contractual Veil? The Social Responsibility of Contractual Networks», en: WILHELMSSON (ed.), *Perspectives of Critical Contract Law*, 1993, pgs. 211 y ss., 226 y ss.
63. TEUBNER en: *Sinn* (nota 62), pg. 117.
64. TEUBNER en: *Sinn* (nota 62), pg. 112.
65. Vid. el cuadro explicativo en TEUBNER en: *Sinn* (nota 62), pg. 115.

viene dado por la condición de miembro *(Mitgliedschaft)*[66]; la estructura se materializa en los programas de decisión –tanto finales como condicionales– que rigen en la organización[67]; los elementos del sistema, esto es, las unidades basales u operaciones que constituyen la autopoiesis del sistema organizativo, son las decisiones[68]; finalmente, la identidad del sistema viene determinada por la denominada identidad corporativa[69]. Por lo tanto, cuando la identidad corporativa se vincula hipercíclicamente con la decisión corporativa, por un lado, y las normas del propio sistema son las que determinan quién es miembro de la organización, entonces surge el actor corporativo como una realidad diferente a la de cada uno de los sistemas psíquicos subyacentes y comienza a adquirir una capacidad autoorganizativa que excede con mucho la capacidad organizativa individual de cualquiera de sus miembros[70].

6.–Por lo tanto, lo decisivo en el marco de esta discusión es que tanto el sistema psíquico como el sistema organizativo deben desarrollar una determinada complejidad interna suficiente para poder ser consideradas personas en Derecho penal. Así, la *complejidad interna suficiente* es un presupuesto para el desarrollo de una *autorreferencialidad bastante* que permita la autodetermina-

66. Sobre la condición de miembro vid. extensamente LUHMANN, *Organisation* (nota 16), pgs. 81 y ss., 112 y ss.
67. Sobre la programación del sistema vid. LUHMANN, *Organisation* (nota 16), pgs. 256 y ss.
68. Sobre la decisión como base de los sistemas organizativos vid. LUHMANN, *Organisation* (nota 16), pgs. 123 y ss.; ÍD., «Die Paradoxie des Entscheidens», en: *Verw.Arch.* 84 (1993), pgs. 287 y ss. Adicionalmente vid. BAECKER, *Die Form des Unternehmens*, 1993, pgs. 152 y ss.; ÍD., *Organisation als System*, 1999, pgs. 136 y ss.; WILLKE, *Systemtheorie II: Interventionstheorie*, 3ª ed., 1999, pgs. 151 y ss.
69. Vid. LUHMANN, *Organisation* (nota 16), pgs. 224 y s., 417 y ss., 438; WILLKE, *Systemtheorie* (nota 12), pgs. 174 y ss.
70. Vid. entre otros TEUBNER, *Am.J.Comp.pg.* 36 (1988), pg. 140. De ahí que no deba resultar extraño que se produzca la denominada «irresponsabilidad organizada» [vid. sobre dicho concepto vid. BOSCH, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, 2002, pgs. 142 y ss.; HEINE, *Verantwortlichkeit* (nota 3), pgs. 31 y ss.; ROTSCH, *Haftung* (nota 14), pgs. 131 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Sanciones* (nota 1), pgs. 36 y ss.] puesto que en gran medida ésta surge en el momento en el que la empresa como tal va adquiriendo una capacidad de autoorganización.

ción del propio sistema con respecto al entorno[71], cuestión decisiva para el nacimiento de la responsabilidad penal. En este sentido se puede establecer, de nuevo, una equivalencia funcional entre el desarrollo de una complejidad interna suficiente en el *ser humano* y en la *organización empresarial*. Así, al igual que el niño no es imputable en Derecho penal individual hasta que su sistema psíquico no es suficientemente complejo, esto es, hasta que no ha alcanzado un determinado nivel interno de autorreferencialidad –autoconciencia–, tampoco la empresa puede considerarse imputable en el Derecho penal empresarial hasta que su sistema organizativo no es suficientemente complejo[72], esto es, hasta que no ha alcanzado un determinado nivel interno de autorreferencialidad –autoorganización–. Por tanto, las empresas deben también superar ese *umbral* de complejidad interna suficiente y de autorreferencialidad bastante para poder ser consideradas personas en Derecho penal. Dicho umbral, por lo

71. Vid. ahora sólo LUHMANN, *Organisation* (nota 16), pg. 222.
72. Parece encaminarse en un sentido similar al defendido en el texto las reflexiones de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases* (nota 1), pg. 231 nota 110 cuando señala que «un primer presupuesto para concebir un injusto de organización es que ésta sea realmente compleja, es decir, que por su número, estructura, despersonalización, formalización, no se pueda determinar la responsabilidad de las personas físicas que actúan dolosamente. Si se trata de una empresa unipersonal o una organización pequeña, donde se puedan identificar las actividades de sus miembros, es difícil pensar en un injusto de organización, pues claramente estaríamos ante la responsabilidad personal». Más aún; dicha autora parece distinguir supuestos de heterorresponsabilidad –sc. inimputabilidad de la organización empresarial– y de autorresponsabilidad –sc. imputabilidad de la organización empresarial– cuando distingue entre conductas organizacionales punibles en las que «sujetos individuales (...) instrumentalizan la organización de delitos en beneficios propios» constituidas básicamente por supuestos de «"empresas fantasma", "empresas tapaderas", etc.» –en el modelo constructivista: organizaciones empresariales inimputables– y supuestos de «realización de un delito en el contexto de una actividad organizacional» donde exige la existencia de una «organización compleja» –en el modelo constructivista: organizaciones empresariales imputables–. Las sanciones contra las primeras estarían basadas en la peligrosidad (objetiva de la cosa) mientras que en las segundas en la culpabilidad (personal de la organización). No obstante, cuando con posterioridad (pg. 233) se plantea la cuestión de qué tipo de organizaciones pueden cometer injusto de organización no diferencia con base en dichas distinciones.

demás, se establece, tanto en el ámbito del Derecho penal individual como en el del Derecho penal empresarial, *normativamente*[73].

III.4. LA CULPABILIDAD EMPRESARIAL

1.–De entre los diferentes problemas que presenta la instauración de un modelo de responsabilidad penal empresarial, la determinación de la culpabilidad empresarial goza de un lugar privilegiado. No en vano la imposibilidad de compatibilizar el principio de culpabilidad con la organización empresarial se ha erigido en el bastión irreductible de la doctrina tradicional[74], habiéndose incluso afirmado que el principio *societas delinquere non*

73. Vid. para más detalles GÓMEZ-JARA DÍEZ, *LH-Mourullo*, pgs. 441 y ss.
74. Vid. en la literatura alemana más reciente NEUMANN, en: *Corpus Iuris* (nota 36), pgs. 80 y s.; OTTO, *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbände*, 1993, pgs. 15 y s.; ATHANASSIOU, *Die Strafbarkeit der juristischen Personen am Beispiel des Umweltstrafrechts*, 2002, pg. 90; HAEUSERMANN, *Der Verband als Straftäter und Strafprozeßsubjekt*, 2003, pg. 147; LEWISCH/PARKER, *Strafbarkeit der juristischen Person?: Die Unternehmensstrafe in rechtspolitischer und rechtsdogmatischer Analyse*, 2001, pg. 148; en la española vid. entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, «La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho administrativo español», en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (Coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, 1996, pgs. 25 y ss., 30 y s.: «no es que la culpabilidad en este caso [sc. el de las personas jurídicas] haya de entenderse de un modo diferente, sino que lisa y llanamente no se exige por imposibilidad conceptual»; ECHARRI CASI, *Sanciones a Personas Jurídicas en el Proceso Penal: Las Consecuencias Accesorias*, 2003, pg. 60; FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones* (nota 1), pgs. 55 y ss. con ulteriores referencias; GRACIA MARTÍN, «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (eds.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, 1996, pgs. 63 y ss.; taxativo SILVA SÁNCHEZ, *Normas* (nota 20), pg. 82; SUÁREZ GONZÁLEZ, en: *Estudios* (nota 20), pg. 856: «La persona jurídica nunca puede ser por sí misma "culpable"». Ahora bien, ello no es óbice para que algunos autores no vean mayores problemas de incompatibilidad entre empresa y el concepto de culpabilidad [por ejemplo BOSCH, *Organisationsverschulden* (nota 70), pgs. 43 y s. (entendiendo que el mayor problema se encuentra en la posibilidad de formulación de normas penales de comportamiento colectivo); LAMPE, *ZStW* 106 (1994), pgs. 732 y s.; ROTBERG, «Für Strafe gegen Verbände! Einige Grundsatzfragen», en: *Festschrift zum 100 jährigen Bestehen des DJT*. Bd. 2, 1960, pgs. 93 y ss.; v. WEBER, *GA* 1954, pg. 240; SCHROTH, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte: eine Studie zum Unternehmensstrafrecht*, 1993, pg. 203 nota 41].

potest se ha impuesto como expresión del principio no hay pena sin culpabilidad[75]. Así, puede constatarse la existencia de varios autores que, pese a no tener mayores problemas con las otras categorías del delito, muestran sus dudas en lo que al principio de culpabilidad se refiere[76]. Tal y como señala GUARDIOLA LAGO en una de las últimas monografías en lengua española sobre estas cuestiones «en conclusión, parece ser que el inconveniente principal para establecer una responsabilidad penal de la persona jurídica sigue siendo la falta de construcciones dogmáticas aptas para respetar el principio de culpabilidad»[77].

2.–Pues bien, ante esta difícil situación, la forma de abordar la problemática que adopta el modelo constructivista es construir un concepto de culpabilidad empresarial que, si bien no sea idéntico al concepto de culpabilidad individual, sí que resulte *funcionalmente equivalente*[78]. Es decir, conforme al modelo constructivista, culpabilidad empresarial y culpabilidad individual no son iguales, pero sí funcionalmente equivalentes[79]; o expre-

75. Vid. HAFTER, *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1946, pg. 72; LANGE, «Zur Strafbarkeit von Personenverbänden», en: *JZ* 1952, pg. 263. En España vid. por todos MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 7ª ed., 2004, § 4/67.
76. Vid. ahora sólo, por la claridad de su exposición, HEINITZ, «Empfiehlt es sich, die Strabarkeit der juristischen Person vorzusehen? Gutachten für den 40. DJT», en: *Verhandlungen des 40. DJT Bd. 1*, 1953, pgs. 85 y s.
77. GUARDIOLA LAGO, *Personas jurídicas* (nota 6), p.pg.8.
78. Sobre el método del equivalente funcional vid. LUHMANN, *Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, 1968, pgs. 162 y ss.; ÍD., *Soziale Systeme* (nota 12) pgs. 83 y ss. con referencias; ÍD., *Wissenschaft* (nota 37), pgs. 368, 417 y ss. Dicho concepto ha sido introducido en el ámbito del Derecho penal empresarial por HEINE [vid. claramente ÍD., «New Developments in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans learn from the American Experience – or Vice-versa?», en: *Saint Louis – Warsaw Transatlantic Law Review* 1998, pgs. 187 y s.].
79. Desde esta perspectiva resulta fundamental, por tanto, indicar qué función cumple el Derecho penal, puesto que será a partir de dicha función que se pueda considerar la equivalencia entre culpabilidad individual y culpabilidad empresarial. En este sentido, el concepto constructivista de culpabilidad considera que la función del Derecho penal consiste en el mantenimiento de la vigencia normativa [vid. a este respecto JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (traducción de Manuel Cancio Melia y Bernardo Feijoo Sánchez), 1996, pg. 16; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal* (nota 1), pgs. 213 y ss.].

sado de otra manera: desde la perspectiva de la función de la culpabilidad –sc. simbolizar la infracción del rol del ciudadano [corporativo en el caso de la empresa] fiel al Derecho, el cuestionamiento de la vigencia de la norma– culpabilidad individual y culpabilidad empresarial son equivalentes. En concreto, el concepto constructivista de culpabilidad empresarial se basa en tres equivalentes funcionales que se corresponden con los tres pilares del concepto de culpabilidad individual: la fidelidad al Derecho como condición para la vigencia de la norma, el sinalagma básico del Derecho penal y, por último, la capacidad de cuestionar la vigencia de la norma[80]. Dichos equivalentes funcionales son desarrollados brevemente a continuación.

2.–El *primer equivalente funcional* se fundamenta en el hecho de que, en la sociedad moderna, la vigencia de determinadas normas depende en gran medida de la creación y mantenimiento de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho. Así, el modelo descentralizado de organización social que surgió en el ámbito individual con motivo de la «desmitificación del mundo»[81], ha tenido lugar en el ámbito empresarial a lo largo del siglo XX gracias, entre otras cosas, a la «desmitificación del Estado»[82]. De esta manera nace el conocido fenómeno de la autorregulación empresarial como un reflejo de la incapacidad estatal para controlar ciertos riesgos característicos de la sociedad post-industrial moderna[83]. Ello ha provocado que di-

80. Para el desarrollo de dichos pilares en el ámbito de la culpabilidad individual vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal* (nota 1), pgs. 258 y ss., 273 y ss., 285 y ss.
81. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* (edición de Winckelmann), 3ª ed., 1968, pgs. 582 y ss., 594.
82. WILLKE, *Entzauberung des Stäates*, 1983.
83. Vid. entre muchos otros DI FABIO, «Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung», en: *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* 6 (1997), pgs. 235 y ss.; LADEUR, «Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer "Logik der Netzwerke". Rechtliche Steuerung und die beschleunigte Selbsttransformation der postmodernen Gesellschaft», en: *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates.* Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), pgs. 59 y ss.; ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y efectos*, 2002, pgs. 35 y s. y passim; DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, 2005, pgs. 38 y ss., 52 y ss., 140 y ss. y passim.

cho control y gestión de riesgos se haya descentralizado hacia unas organizaciones empresariales que, en virtud de su tamaño y complejidad interna, no admiten una regulación –intervención– directa estatal externa[84], sino que, como mucho, puede aspirarse a un control del contexto *(Kontextsteuerung)* característico del Derecho reflexivo[85]. A la vista de esta situación resulta necesario y adecuado imponer a dichas organizaciones empresariales la obligación primordial que afecta a toda persona jurídico-penal: la obligación de fidelidad al Derecho, lo cual se concreta en la institucionalización de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho[86]. El reconocimiento de una esfera de autonomía a la empresa con la consiguiente obligación de fidelidad al Derecho provoca, al igual que lo hizo en

84. Dicha situación ha sido puesta de relieve entre nosotros principalmente por HEINE y constituye en gran medida la base de su planteamiento [vid. ahora sólo sus contribuciones HEINE, «Technischer Fortschritt im Spannungsverhältnis von Unternehmen, Gesellschaft und Staat – Neue Herausforderungen für das Recht», en: SCHULTE (ed.), *Technische Innovation und Recht. Antrieb oder Hemmnis?*, 1997, pgs. 57 y ss.; ÍD., «Strafrecht zwischen staatlicher Risikolenkung und gesellschaftlicher Selbstregulierung», en: LANGE (ed.), *Gesamtverantwortung statt Verantwortungsparzellierung im Umweltrecht*, 1997, pgs. 208 y ss.].

85. Sobre la idea del Derecho reflexivo y el control del contexto vid. TEUBNER/WILLKE, «Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht», en: *ZfRSoz* 5 (1984), pgs. 4 y ss.; WILLKE, *Ironie des Staates. Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*, 1992, pgs. 185 y ss., 341 y ss.; ÍD., *Supervision des Staates*, 1997, pgs. 72 y ss.; ÍD., *Atopia. Studien zur atopischen Gesellschaft*, 2001, pgs. 131 y ss.; ÍD., *Dystopia. Studien zur Krisis des Wissens in der modernen Gesellschaft*, 2002, pgs. 65 y ss.; ÍD., *Heterotopia. Studien zur Krisis der Ordnung moderner Gesellschaften*, 2003, pgs. 122 y ss. En el ámbito jurídico-penal han sido HEINE [ÍD., *Verantwortlichkeit* (nota 3), pgs. 49, 59 y ss., 78 y ss., 249 y s.] y SCHÜNEMANN [ÍD., en: *Derecho* (nota 14), pg. 572; ÍD., en: *Deutsche Wiedervereinigung* (nota 9) pg. 138; ÍD., en: *Deutsche Wiedervereinigung* (nota 14) pgs. 170, 175; ÍD., en: *Responsibility* (nota 14), pg. 232] quienes han adoptado principalmente estos dos conceptos para fundamentar sus modelos, si bien el primero apuesta, como aquí, por un verdadero Derecho penal empresarial, mientras que el segundo por un Derecho penal empresarial de medidas. Cfr. para una crítica de este aspecto de la construcción de SCHÜNEMANN vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad* (nota 1), pgs. 277 y ss., 280; ÍD., en: *Constitución Europea* (nota 17), pgs. 166 y ss.

86. Para una fundamentación de este postulado vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal* (nota 1), pgs. 261 y ss.

el individuo[87], el nacimiento del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho. Por tanto, el rol que garantiza el Derecho penal (empresarial) es el del rol del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho y, en consecuencia, la no institucionalización de esa cultura empresarial de fidelidad al Derecho constituye el quebrantamiento del rol del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho; es decir, *la manifestación de la culpabilidad jurídico-penal empresarial.*

3.–El nacimiento de rol del ciudadano corporativo fiel al Derecho conlleva el reconocimiento de un mínimo de igualdad a las empresas. Ahí radica el *segundo equivalente funcional* que, de esta manera, consiste en el establecimiento del sinalagma fundamental del Derecho penal (empresarial): libertad de autoorganización (empresarial) vs. responsabilidad por las consecuencias (de la actividad empresarial). Expresado con las palabras de SCHÜNEMANN: «la legitimación de las sanciones económicas a la asociación puede verse en la *autonomía* de la asociación, a la cual *el Derecho le adscribe fundamentalmente una libertad a la organización propia* que, sin embargo, tiene como reverso *tener que ser responsable por los resultados negativos de esa libertad*»[88]. La institución negativa[89] del *nenimen laedere* empresarial encuentra su anclaje constitucional, en de opinión de varios autores, en la libertad de empresa[90], y lleva aparejado la obligación, al igual que en el individuo[91], de mantener el ámbito de organización (empresarial) propio dentro de los márgenes del riesgo permitido[92]. De esta

87. Vid. a este respecto JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie,* 2ª ed. 1999, pgs. 83 y ss., 86.
88. SCHÜNEMANN, en: *Deutsche Wiedervereinigung* (nota 14), pg. 170 [sin subrayado en el original].
89. Sobre las instituciones y los deberes negativos vid. JAKOBS, *Dogmática* (nota 48), pgs. 116 y ss.; ÍD., *Normativización* (nota 31), pgs. 27 y ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito* (nota 48), pgs. 83 y ss.; SESSANO, «Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional», en: *RECPC* 08 (2006) [accesible en Internet: http://criminet.ugr.es/recpc/], pgs. 1 y ss.
90. BOTTKE, *wistra* 1997, pg. 253.; HEINE, *St.L.War.Tr.L.Rev.* 1998, pg. 179; ÍD., en: *Verantwortung* (nota 9), pg. 93.
91. Vid., por ejemplo, JAKOBS, *Normativización* (nota 31), pg. 108; ÍD., *Estudios* (nota 31), pg. 350.
92. BOTTKE, *Assoziationsprävention* (nota 14), pgs. 62 y ss. y las notas que acompañan al texto; HEINE, *St.L.War.Tr.L.Rev.* 1998, pgs. 178 y ss.

manera se acentúa la *autorresponsabilidad empresarial,* que con HEINE puede formularse como un imperativo categórico: toda empresa debe comportarse (organizarse) autorresponsablemente de tal manera que nadie resulte dañado –es decir, que el riesgo permanezca dentro del ámbito empresarial[93]–. La empresa pasa de ser un mero actor económico basado en la lógica racional de los costes/beneficios a convertirse en una persona jurídico-penal orientada por el esquema derechos/deberes[94]; es decir, se constituye como un verdadero ciudadano fiel al Derecho.

4.–Precisamente ese *status* de ciudadanía conforma el *tercer equivalente funcional.* Así, resulta fundamental para la dimensión *material* de la culpabilidad jurídico-penal la posibilidad de poder participar en la producción común de sentido; es decir, el principio de culpabilidad garantiza que la persona «es competente para intervenir en asuntos públicos»[95]. Sin embargo, ¿cómo participa la empresa en la producción común de sentido? ¿Cómo interviene en los asuntos públicos? El punto de partida viene dado por una determinada interpretación de la libertad de expresión reconocida constitucionalmente a las personas jurídicas[96]. Lo relevante a estos efectos no es tanto el reconocimiento en sí, sino el *contenido y significado de dicha libertad.* En este sentido resultan especialmente relevantes las consideraciones de Lawrence FRIEDMAN[97], quien trae a colación la sentencia de la Corte Suprema estadounidense *First National Bank of Boston vs. Belloti*[98]. Así, en relación con la libertad de expresión reconocida a las corporaciones, dicha Corte declaró expresamente que se trataba de «la ex-

93. HEINE, *Verantwortlichkeit* (nota 3), pgs. 276 y s. con referencias a otras posturas semejantes. Vid. también STRATENWERTH, *FS-Schmitt,* pg. 307, derivando de ello, sin embargo, otras consecuencias.
94. Sobre la importancia de este paso vid. JAKOBS, en: *Teoría* (nota 31), pgs. 189 y ss.
95. JAKOBS, *Normativización* (nota 31), pg. 50.
96. Vid. ya las reflexiones de JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (reimpresión de la 2ª edición de 1919), 1964, pgs. 260 y ss., 262. Sobre el estado del reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas vid. BACIGALUPO SAGGESE, «Los derechos fundamentales de las personas jurídicas», en: *PJ* 53 (1999), pgs. 49 y ss.
97. FRIEDMAN, *Harv.J.L.&Pub.Pol.* 23 (2000), pgs. 833 y ss.
98. 435 U.S. 765 (1978).

presión o discurso que resulta indispensable para la toma de decisiones en la democracia, y ello no es menos cierto por el hecho de que la expresión provenga de una corporación en lugar de un individuo»[99]. De esta manera se viene entendiendo que, si bien una corporación como tal no puede votar, sí que se le reconoce el derecho a participar en lo que realmente cuenta en democracia: el debate entre los ciudadanos. En definitiva, a las corporaciones, al igual que a los individuos, se les reconoce un *derecho a participar en el proceso de creación y definición de las normas sociales*[100]. Dicho proceso no viene marcado por el derecho de voto sino principalmente por la libertad de expresar juicios en el discurso público sobre las normas sociales, contribuyendo así a la conformación de las mismas.

III.5. LA FUNCIÓN DE LA PENA EMPRESARIAL

1.–La posibilidad de compatibilizar el concepto de pena con la organización empresarial también ha constituido, sin duda, uno de los mayores escollos a la hora de institucionalizar la res-

99. 435 U.S. 765 (1978) 777.

100. Vid. el desarrollo en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal* (nota 1), pgs. 288 y ss. La relevancia de este reconocimiento depende en gran medida del posicionamiento que se adopte respecto al fundamento material del concepto de culpabilidad. Así, dicho reconocimiento resulta decisivo para una concepción de la culpabilidad en la cual la legitimidad de la pena y del consiguiente reproche de culpabilidad se vinculan a la posibilidad de participar en la conformación de la norma y, de esta manera, poder cuestionar la vigencia de la misma sin tener que recurrir a la comisión de un delito que porte dicho significado [vid. a este respecto Supra nota 31]. A esta concepción se le ha opuesto que, en realidad, no se puede establecer un equivalente funcional entre individuos y organizaciones empresariales en este punto puesto que éstas carecen de la capacidad de voto [PASTOR, «¿Organizaciones culpables?», en: *InDret* 2/2006 (accesible en Internet: www.indret.com), pg. 15]; sin embargo, en el concepto constructivista de culpabilidad, el fundamento *material* viene dado por la capacidad de participar en la creación, definición y cuestionamiento de las normas y no por la *formalidad* de la capacidad de voto, puesto que, entre otras cuestiones, si se adopta este último criterio como elemento definitorio de la responsabilidad penal, no podrían imponerse penas a extranjeros o residentes sin capacidad de voto.

ponsabilidad penal empresarial[101]. En este sentido, no son pocas las voces que se han alzado sosteniendo que, por un lado, la empresa, en sí, no tiene capacidad de sentir el «dolor» de la pena[102]; por otro lado, también se ha objetado con cierta asiduidad que al imponer una pena a la empresa se está castigando, en realidad, a los accionistas o a los miembros de la empresa[103].

101. Vid. ya, por ejemplo, BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. pg. quien niega la posibilidad teórica de una responsabilidad penal de la persona jurídica por razones de la *finalidad* de la pena; FINGER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Band I.*, 1904, pg. 206 (en el mismo sentido OLSHAUSEN, *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. I*, 10ª ed., 1916, pg. 211) señala que la cuestión de si la persona jurídica debe ser hecha penalmente responsable depende de la concepción de la pena que se mantenga [vid. recientemente desarrollando este argumento BACIGALUPO ZAPATER, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas» en: ID. (Dir.), Curso de derecho económico, 2005, pgs. 5 y ss.]. En tiempos recientes vid. igualmente STRATENWERTH, *FS-Schmitt*, pg. 302 «falta todo sustrato para una pena»; negando rotundamente la posibilidad de una pena a la asociación vid. recientemente v. FREIER, *Verbandsstrafe* (nota 20), principalmente, pgs. 55 y ss., 230 y ss.; vid. también ANTÓN ONECA, *Derecho penal. I. Parte General*, 1949, pgs. 154 y s.

102. Quizás una de las posiciones más conocidas a este respecto es la KOHLER, J., *Leitfaden des deutschen Strafrechts*, 1912, pg. 163 y s.; ÍD., «Die Straffähigkeit der juristischen Person», en: *GA* 1917, pgs. 503 y ss. Este autor entiende que no debe darse un Derecho penal de las personas jurídicas (sí un Derecho penal administrativo) puesto que parte de un concepto de pena justa que se encuentra vinculada al sentimiento de dolor y éste sólo puede darse en la persona física (no obstante, afirma que desde una concepción de la pena como disuasión es perfectamente posible la unión de pena y persona jurídica, dando lugar a un Derecho penal administrativo debido a que la disuasión no es un verdadero fin del Derecho penal sino del Derecho penal administrativo).

103. Esta objeción resulta sumamente antigua; incluso BARTOLUS DE SAXOFERRATO, firme partidario de la punibilidad de las personas jurídicas, la tenía en consideración [vid. v. BAR, *Gesetz und Schuld*, II, 1917, pg. 135 nota 5a] Por ello no es de extrañar que en tiempos modernos algunos partidarios de la responsabilidad penal empresarial parecen reconocer esta circunstancia e intentan ofrecer justificaciones de por qué pese a todo resulta legítima la imposición de una sanción a la empresa [vid. por todos SCHÜNEMANN, *ADPCP* 2002, pgs. 232 y ss.]. Sin embargo, esta objeción encuentra una firme oposición desde que HEPP, *Versuche über einzelne Teile der Rechtswissenschaft*, 1827, pgs. 85 y ss. señalara que muchas penas afectan indirectamente a personas inocentes con consecuencias perjudiciales. Por lo demás, no puede dejar de señalarse que en el ámbito administrativo sancionador se ha visto la justificación de la

Sin embargo, el hecho de que el concepto de pena se haya alejado cada vez más del dolor físico del condenado[104] y de que se haya constatado que la organización empresarial se conforma como una entidad/sistema separado de dichos accionistas/miembros[105] contribuyen, sin duda, a replantearse el verdadero alcance de esta objeción.

2.–Conforme a las líneas explicitadas anteriormente el modelo constructivista establece una estrecha relación entre los conceptos de culpabilidad y pena[106]. En este sentido, la culpabilidad, tanto en el Derecho penal empresarial como en el Derecho penal individual, se fundamenta en una determinada concepción de la conocida prevención general positiva –en concreto: en la *retribución comunicativa*–. Así, de acuerdo con la teoría de la pena basada en la retribución comunicativa, la pena cumple la *función* de contribuir –en el sentido de aumentar la probabilidad de éxito de la comunicación– al reestablecimiento comunicativo de la norma, derivándose como *prestación* el reforzar la fidelidad al Derecho. De esta manera, la intensa y actual discusión que existe en el Derecho penal individual en torno a la relación que se establece entre culpabilidad y pena se extiende igualmente al Derecho penal empresarial, con el consiguiente beneficio –al menos conceptual– que supone poder hacer compatible una discusión

responsabilidad de las personas jurídicas en la capacidad que tienen de soportar la sanción [vid. por todos NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo sancionador*, 4ª ed., pgs. 323 y ss.].

104. Sobre el papel que desempeña el dolor «penal» en la concepción de la pena vid., por un lado, JAKOBS, *Staatliche Strafe. Bedeutung und Zweck*, 2004, pgs. 26, 28, 29, vinculándolo a la *finalidad* de la pena y separándolo del *significado*; más detallado en ÍD., «La pena como reparación del daño», en: *LH-Reyes Echandía*, 2005, pgs. 339 y ss.; cfr. por todo lado, GÓMEZ-JARA, «Die Strafe: eine systemtheoretische Beobachtung», en: *Rechtstheorie* 36 (2005), pgs. 335 y s. atribuyendo al dolor la categoría de constructo normativo.

105. En este punto vuelve a resulta decisiva la concepción autopoiética de la organización empresarial, puesto que, entre otras cuestiones, dicha concepción no obedece a la distinción todo/parte sino a la de sistema entorno, estando situados los individuos en el entorno –y no en el sistema–. Vid. sobre ello, con ulteriores referencias GÓMEZ-JARA DÍEZ, *RECPC* 8/2006, pgs. 5 y ss.

106. Vid. en detalle GÓMEZ-JARA DÍEZ, en: *Teoría* (nota 11), pgs. 414 y ss.

del «núcleo duro» del Derecho penal moderno con la responsabilidad penal empresarial.

3.–La opción de fundamentar la pena empresarial en una vertiente de la prevención general positiva no es una novedad. Son varios los autores que, de una u otra forma, han acudido a diversas variantes de esta teoría de la pena para fundamentar sus posiciones en esta materia[107]. Lo que quizás aporta el modelo constructivista en este sentido es una «actualización» de esta opción, apoyándose en los avances experimentados por las ciencias de la comunicación[108]. Por lo que a la *función* respecta, la pena tanto si se impone a un individuo o a una organización empresarial reestablece comunicativamente la vigencia de la norma y, en este sentido, no se produce diferencia alguna entre el campo del

107. Vid., con diferentes matices, entre otros, ACKERMANN, pg. 296; BOTTKE, *wistra* 1997, pg. 250; BUCY, *Minn.L.Rev.* 75 (1991), pgs. 1106 y ss.; DANNECKER, *GA* 2001, pg. 104; HEINE, *Verantwortlichkeit* (nota 3), pgs. 17 y s.; v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht. Zweiter Band: Das Verbrechen, Allgemeine Lehren*, 1930, pg. 126, con nota 4; MÜLLER, *Die Stellung der juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht*, 1985, pg. 26; SCHÜNEMANN, en: *Verantwortung* (nota 9), pg. 141; TIEDEMANN, *NJW* 1988, pg. 1172; En España, BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad* (nota 9), pgs. 366 y ss.

108. En este sentido, frente a la argumentación de BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad* (nota 9), pg. 366 de que «el fin primordial que la imposición de la pena (...) a una persona jurídica, al igual que a una persona física, debe cumplir, es el restablecimiento de la vigencia que la norma vulnera» se ha opuesto recientemente [FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones* (nota 32), pgs. 82 y s.] que «es cierto que, como punto de partida general, se puede afirmar la existencia de culpabilidad y, por tanto, la necesidad de imponer una pena cuando lo exige el restablecimiento de la norma. Pero ésta es una argumentación circular que no fundamenta nada si no se añaden posteriores consideraciones que legitimen por qué una determinada persona, un determinado ente o un determinado sistema debe sufrir la imposición de una pena como medio necesario para mantener la confianza general en la vigencia de la norma (...). La mera referencia a la prevención general positiva no basta para individualizar por qué un determinado subsistema o una determinada persona es la que debe recibir una sanción para que se restablezca el ordenamiento». En este sentido, para que la imposición de una pena a la empresa adquiera el significado comunicativo de restablecimiento de la vigencia del ordenamiento jurídico, resulta fundamental –en el Derecho penal moderno– que los presupuestos para imponer dicha pena conformen un modelo de autorresponsabilidad o de responsabilidad por el hecho propio.

Derecho penal individual y el del Derecho penal empresarial[109]. Ello, por lo demás, es una consecuencia obligada de conformar un concepto de persona jurídico-penal que abarque tanto a individuos como a organizaciones empresariales[110]. En lo que a la *prestación* concierne, lo que más interesa aquí es cómo se muestra el reforzamiento de la fidelidad al Derecho en el ámbito jurídico-penal empresarial. Y es que, al igual que ocurrió con el individuo, el simbolismo jurídico-penal asociado a la pena impuesta con base en la libertad de autoorganización de la persona, estimula la idea de la autorresponsabilidad de la persona[111]. En el

109. Vid. al respecto GÓMEZ-JARA DÍEZ, en: *Teoría* (nota 11), pgs. 414 y ss., 420 y ss.; sobre su relevancia en el ámbito del Derecho penal empresarial vid. ÍD., *Culpabilidad* (nota 1), pgs. 295 y ss. Desde esta perspectiva, por tanto, no se pueden compartir las afirmaciones de CANCIO MELIÁ, en: *Política* (nota 23), pgs. 13 y ss., de que la pena a la organización empresarial constituye, *per se*, un debilitamiento de fuerza expresiva de la pena además de un debilitamiento de la prevención general positiva [vid. igualmente MIR PUIG, *RECPC* 06 (2004), pg. 14; ÍD., *LH-Ruiz Antón*, pg. 758; ÍD., *LH-Rodríguez Mourullo*, pg. 682 haciendo referencia a la distinción simbólica y comunicativa que supone la pena y que, en caso de aplicarse a la persona jurídica, se perdería]. Así, por lo que respecta a lo primero, la fuerza expresiva de la pena, por lo menos desde la perspectiva teórico-sistémica aquí adoptada, no se vincula al dolor penal humano entendido en términos psicologicistas, sino que, en lo que al dolor se refiere, como se ha referido anteriormente, éste es entendido como un constructo normativo *sobre* el cual se comunica *normativamente* [vid. con más detalle GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Rechtstheorie* 36 (2005), pgs. 335 y ss.]; lo determinante a estos efectos es que el sistema al cual se impone la pena goce, en primer lugar, de una autorreferencialidad suficiente y, en segundo lugar, de la posibilidad de participar en la conformación de la norma. En lo referente a lo segundo, la confirmación de la identidad normativa de la sociedad depende, claro está, de qué características conformen la identidad de una sociedad en una época determinada; dado que en la actualidad existen notables indicios de que la sociedad moderna es, en gran medida, una sociedad de organizaciones [vid. PERROW, en: *Kultur* (nota 22), pgs. 265 y ss.] no parece desacertado considerar que las penas a las organizaciones empresariales confirman igualmente su identidad. Expresado de manera más concisa: las críticas de CANCIO MELIÁ y MIR PUIG resultan válidas, en principio, para los modelos de heterorresponsabilidad empresarial, pero no para los modelos de autorresponsabilidad penal empresarial.

110. Sobre dicho concepto de persona y sus requisitos vid. ampliamente GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal* (nota 1), pgs. 219 y ss.

111. Vid. ahora sólo JAKOBS, *Normativización* (nota 31), pg. 108; ÍD., *Norm* (nota 87), pgs. 83 y ss.

caso del Derecho penal empresarial, dicha idea se plasma en la estimulación y el refuerzo de la autorresponsabilidad empresarial[112], como refuerzo de la creación y mantenimiento de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho.

4.–Lo que acaba de exponerse no choca, en absoluto, con la denunciada necesidad de contar con un catálogo amplio de sanciones para empresas en el marco de un Derecho penal empresarial[113]. Así, *por un lado,* el modelo constructivista indica que no todas esas sanciones deben tener la consideración de penas; así como en el Derecho penal individual existe un sistema de –como mínimo– doble vía, también el Derecho penal empresarial debe distinguir entre tipos de sanciones y establecer un sistema de –como mínimo– doble vía[114]. *Por otro lado,* la concepción constructivista no implica que las penas a las empresas sean idénticas a las penas a los individuos; sólo se pretende señalar que, desde el punto de vista conceptual –es decir, en un plano de reflexión *abstracto*–, son funcionamente equivalentes. Por ello a la hora de *concretar* qué tipo de penas deben imponerse a las empresas, se debe tener en cuenta la realidad empresarial en el sentido de observar qué necesidades en relación con la punición de empresas presenta la sociedad moderna y cuál es el estatus que, hoy

112. Vid. las reflexiones de BOTTKE, *wistra* 1997, pg. 250 y s.EINE, *Verantwortlichkeit* (nota 3), pgs. 253 y s., 279 y s.; ÍD., en: *Verantwortung* (nota 9), pg. 105; ÍD., en: *Innovation* (nota 83), pgs. 68 y s., 74; ÍD., en: *Verbandstrafe* (nota 1), pgs. 150 y s.; ÍD., *St.L.War.Tr.L.Rev.* 1998, pg. 179.

113. Sobre la necesidad de un catálogo amplio vid. HEINE, *Verantwortlichkeit* (nota 3), pgs. 301 y ss.; ÍD., en: *Verantwortung* (nota 9), pgs. 98 y s., 109; ÍD., «Sanctions in the Field of Corporate Criminal Liability», en: ESER/HEINE/HUBER (eds.), *Criminal Responsibility of Collective and Legal Entities,* 1999, pgs. 237 y ss., ÍD., en: *Verbandstrafe* (nota 1), pgs. 144 y s.

114. En este sentido, resulta idóneo la imposición de penas basadas en la culpabilidad empresarial y medidas de seguridad fundamentadas en la peligrosidad empresarial [vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal* (nota 1), pgs. 74 y s.; en un sentido similar BOTTKE, *wistra* 1997, pgs. 249, 252 y s.]. Es por ello, que, en el fondo, no tienen por qué resultar irreconciliables las posiciones que abogan por un Derecho penal empresarial de medidas [entre otros SCHÜNEMANN, en: *Verantwortung* (nota 9), pgs. 133 y ss., 168 y ss.; ÍD., *ADPCP* 2002, pg. 29; SCHWINGE, *Sanktionen* (nota 9), pgs. 137 y ss.] con aquellas que proponen un verdadero Derecho *penal* empresarial.

por hoy, ostentan las organizaciones empresariales en la misma[115].

IV. CONVENIENCIA CIENTÍFICO-DOGMÁTICA DEL MODELO CONSTRUCTIVISTA DE AUTORRESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL

IV.1. INTRODUCCIÓN

Si a estas alturas todavía no se ha mostrado la bondad del modelo constructivista de autorresponsabilidad empresarial, a lo largo de los dos siguientes epígrafes se intentarán apuntar algunas cuestiones que, tanto en el ámbito de la ciencia penal como en el de la política criminal, se resuelven más adecuadamente conforme a dicho modelo. Por supuesto, las razones de espacio impiden una exposición detallada de los problemas tratados y de las soluciones aportadas hasta la fecha; sin embargo, se espera poder apuntar algunas ideas directrices que abogan por el establecimiento y aplicación de un modelo de estas características.

IV.2. RESPONSABILIDAD POR EL «HECHO» EMPRESARIAL

1.–Puede afirmarse con seguridad que uno de los mayores escollos científico-dogmáticos que se han planteado a la hora de «encajar» en la teoría del delito a la organización empresarial es el relativo al «hecho» cometido por la empresa y a las soluciones

115. Ello resulta decisivo en relación con la denominada «pena de muerte» para las empresas: por ejemplo, la disolución o la privación de activos. En este sentido resulta sumamente ilustrativa la situación estadounidense, puesto que conforme a las Directrices la pena de muerte empresarial sólo se podrá imponer a aquellas empresas que tengan una finalidad delictiva o que operen principalmente a través de medios delictivos. Así, resulta un tanto curioso que la regulación española sea más «agresiva» que la estadounidense toda vez que en las Consecuencias Accesorias del Código penal –art. 129 b)– permiten la disolución de la sociedad, cuestión vedada en el ordenamiento estadounidense a aquellas organizaciones empresariales que no hayan sido constituidas por motivos delictivos o que no operen fundamentalmente sobre la base de medios delictivos. Probablemente la causa de ello sea la mayor relevancia de la libertad empresarial en los EE.UU. que conlleva un estatus mayor de las organizaciones empresariales de aquel país.

que se han propuesto; en otras palabras, se trata del ***problema de la temporalidad del hecho organizativo-empresarial.*** En efecto, si no se quiere caer en la responsabilidad por el hecho *ajeno* típica de los modelos de heterorresponsabilidad –el hecho cometido por la persona física se imputa directamente a la persona jurídica– se plantea el problema de cómo entender el hecho cometido por la propia empresa[116]. Uno de los primeros autores en adivinar esta problemática fue TIEDEMANN, quien intentó recurrir a la *actio libera in causa* para fundamentar una culpabilidad antecedente *(Vorverschulden)* de la persona jurídica[117] –solución ampliamente criticada en la doctrina debido al regreso al infinito que implica[118]–. De manera más reciente, dos autores que abogan por modelos de autorresponsabilidad han propuesto diversas soluciones que, en última instancia, no parecen compaginarse bien con los parámetros del Derecho penal moderno. Así, *por un lado,* LAMPE amplía el concepto de hecho hasta «considerar como causa del resultado de injusto no sólo la acción (individual) sino también la existencia (sistémica) de una estructura social»[119]. En defi-

116. Vid. por ejemplo, las reflexiones críticas de FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones* (nota 1), pgs. 120 y s.; SILVA SÁNCHEZ, en: *Derecho* (nota 1), pg. 340.
117. TIEDEMANN, *NJW* 1988, pg. 1173.
118. Vid. entre otros, con diferentes matices, BAUER, «Mehrere Bußen gegen die juristische Person bei Beteiligung mehrerer Organmitglieder an einer Kartellordnunggswidrigkeit», en: *wistra* 1992, pgs. 49 y s.; v. FREIER, *Verbandsstrafe* (nota 20) pg. 108; HEINE, *Verantwortlichkeit* (nota 3), pg. 244; SCHÜNEMANN, en: *Derecho* (nota 14), pg. 588; SCHWINGE, *Sanktionen* (nota 9) pg. 113; ATHANASSIOU, *Strafbarkeit* (nota 74) pg. 86; BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad* (nota 9), pg. 172; FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones* (nota 1) pgs. 69 y ss.; PÉREZ MANZANO, *AP* 1995-2, n.m. 23.
119. LAMPE, *Strafphilosophie: Studien zur Strafrechtigkeit,* 1999, pg. 48. En opinión de LAMPE el «hecho» («Tat» sache) «de que exista un sistema así, significa [...] un peligro suficiente para vincular a ello una pena» [ÍD., *Strafphilosophie,* pg. 73]. Por lo tanto, «los sistemas de injusto poseen un carácter de injusto como tales, esto es, con motivo de su propia existencia» [ÍD., *Strafphilosophie,* pgs. 119 y s.]. La relación, sin embargo, que el propio LAMPE parece derivar de esta ampliación del concepto de hecho se torna problemática. Así, LAMPE, *Strafphilosophie,* pg. 74 nota 88 entiende que la consecuencia de esta concepción es que hecho y autor se identifican y que, por tanto, una pena por el hecho *(Tatstrafe)* dirigida contra una empresa es al mismo tiempo una pena de autor *(Täterstrafe).* No obstante, según LAMPE, la punibilidad de las personas jurídicas no implica una renuncia absoluta al Derecho penal del hecho *(Tatstra-*

nitiva, la propia existencia de dicha estructura social puede concebirse como un hecho. *Por otro lado,* HEINE establece un paralelismo entre el dominio del hecho propio del Derecho penal individual y el dominio de la organización característico del Derecho penal empresarial[120] para concluir que la dimensión temporal en ambos ámbitos resulta sustancialmente diferente; ello le lleva a proponer una culpabilidad por el hecho *(Tatschuld)* para el Derecho penal individual que corre paralela a la culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial *(Betriebsführungsschuld)* del Derecho penal empresarial[121]. El principal problema de esta última construcción es que dicho tipo de culpabilidad empresarial se corresponde con el conocido topos de la culpabilidad por la conducción de vida –ampliamente criticado por la doctrina moderna– y difícilmente puede considerarse enmarcado en los parámetros del Derecho penal moderno[122].

2.–El modelo constructivista propone otro entendimiento –en concreto, un entendimiento normativo– de dicha problemática. Así, la culpabilidad empresarial, para que pueda corresponderse con dichos parámetros, debe ser culpabilidad por el hecho; lo relevante aquí es cómo entender ese hecho. En este sentido, lo primero que debe tenerse en cuenta es que debe adoptarse, como se ha dicho, una perspectiva normativista del hecho, de tal manera que el mero dato *naturalístico* de un transcurso mayor o menor del tiempo, no adquiere relevancia *normativa* jurídico-penal. El hecho –para respetar la culpabilidad por el hecho– consiste en la configuración de un ámbito de organización propio –siempre, claro está, respetando los *límites* de la tentativa y la

frecht). Y ello debido a que la pena de autor contra una empresa debe depender de que el injusto de la empresa produzca una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico de las que son designadas en las normas del Código penal como injusto por el hecho *(Tatunrecht).*

120. HEINE, en: *Verantwortung* (nota 9), pg. 103; ÍD., en: *Verbandstrafe* (nota 1), pg. 141.

121. Vid. HEINE, *Verantwortlichkeit* (nota 3), pg. 266; ÍD., *ÖJZ* 1996, pgs. 217 s.; ÍD., en: *Verantwortung* (nota 9), pg. 104; ÍD., en: *Verbandstrafe* (nota 1), pgs. 138 y ss.

122. Vid. en este sentido, entre otros, OTTO, «Die Haftung für kriminelle Handlungen in Unternehmen», en: *Jura* 1998, pg. 416; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad* (nota 1), pgs. 192 y s.

consumación–, y de ahí que la libertad desde este planteamiento teórico no se entienda como una libertad de voluntad, libertad de decisión en un momento concreto, sino libertad de (auto) organización, libertad de autoadministrarse[123]. En definitiva, el hecho, tanto en el Derecho penal individual como en el Derecho penal empresarial, se define como la *configuración de un ámbito organizativo determinado*[124] y dicha configuración se produce, en el caso de la organización empresarial, gracias a su capacidad de autoorganización –ya expuesta más arriba Supra III.2– que fundamenta precisamente su competencia organizativa.

IV.3. INJUSTO EMPRESARIAL Y CULPABILIDAD EMPRESARIAL

1.–A partir del entendimiento antecitado del hecho empresarial, puede derivarse también un determinado entendimiento de la ***distinción entre injusto y culpabilidad*** en el ámbito de la responsabilidad penal empresarial. En este sentido, no son pocas las críticas que apuntan que, en realidad, las fundamentaciones que muchas veces se ofrecen respecto de la culpabilidad empresarial se refieren en el fondo a una dimensión –principalmente la objetiva– del injusto penal[125]. Y es que, no en vano, las cons-

123. De lo expuesto se deriva un sentido muy concreto de cómo debe entenderse el concepto de «libertad». Así, la libertad, tanto para el individuo como para la empresa, es una libertad de autoadministrarse [vid. JAKOBS, *Estudios* (nota 31), pg. 392; ÍD., en: *Teoría* (nota 31), pgs. 189 y ss.; ÍD., «Individuum und Person», en: *ZStW* 117 (2005), pgs. 247 y ss., 259 y ss., 261, lo cual entronca igualmente con la libertad en el sentido de autonomía comunicativa de KINDHÄUSER, «La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad» (traducción de Percy García Cavero), en: LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (Coords.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999, pgs. 203 y ss.; GÜNTHER, «Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis», en: *Card.L.Rev.* 17 (1996), pgs. 1035 y ss., 1037 y ss.; desde el punto de vista del Derecho penal empresarial GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad* (nota 1), pgs. 279 y ss.].

124. Vid. más extensamente GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal* (nota 1), pgs. 185, 193, 279 y s.; en sentido similar, la concepción de BOTTKE, *Assoziationsprävention* (nota 14), pg. 310 nota 1002 parece entender por hecho –tanto individual como empresarial– la *organización de un contacto social.*

125. Vid. por todos FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones* (nota 1), pg. 84 y ss. con ulteriores referencias; SILVA SÁNCHEZ, en: *Derecho* (nota 1), pgs. 339 y s.; PÉREZ MANZANO, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *AP* 1995-2, n.m. 15 y ss.

trucciones de ciertos autores deducen la culpabilidad, de forma *quasi* automática, del injusto, por lo que la separación y demarcación conceptual de ambos se torna compleja. Ello se puede observar de forma especialmente significativa en los modelos de heterorresponsabilidad propuestos hasta la fecha[126], pero incluso en ciertos planteamientos cargados de una notable autorresponsabilidad penal empresarial se puede constatar una importante «mezcla» de estadios de la teoría del delito que no benefician excesivamente a la hora de evaluar la conveniencia (científico-dogmática) de los modelos de responsabilidad penal empresarial[127]. En consecuencia, y aunque únicamente se establezca la diferenciación a efectos didácticos[128], conviene deslindar las categorías de injusto y culpabilidad de cara a una *imputación global del hecho delictivo culpable.*

2.–A medida que se ha ido profundizando en los fundamentos de la verdadera responsabilidad penal empresarial, esta cuestión ha venido recabando mayor atención. Así, por ejemplo, en su importante monografía ZÚÑIGA RODRÍGUEZ concibe, por un lado, «el injusto de organización como una dañosidad social evitable»[129], y por otro lado, la culpabilidad como «defecto de orga-

126. Así, tal y como apuntan las críticas señaladas en la nota anterior, las construcciones basadas en el defecto de organización en realidad se centran en el injusto (objetivo) y no en culpabilidad.

127. Vid. fundamentalmente LAMPE, *ZStW* 106 (1994), pg. 732 y DANNECKER, *GA* 2001, pg. 112. En la doctrina español, parece coincidir con el diagnóstico de estos autores ZÚÑIGA RODRÍGUEZ cuando señala que «injusto y culpabilidad son dos desvalores interrelacionados a partir de la imputación de responsabilidad penal. En realidad, el contenido de la culpabilidad depende del contenido el injusto penal» [ÍD., *Bases* (nota 1), pg. 241].

128. Ello con independencia de que conforme a la teoría normativo-funcionalista la distinción entre injusto y culpabilidad obedece a motivos didácticos –pero no estructurales– [vid. por todos JAKOBS, *Sociedad* (nota 78), pg. 60; LESCH, «Unrecht und Schuld im Strafrecht», en: *JA* 2002, pgs. 65 y ss.; vid. asimismo, desde otra perspectiva, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuricidad penal y sistema del delito,* 2001, pgs. 334 y ss.] lo cual contradice, en principio, la concepción arraigada de que la distinción entre injusto y culpabilidad es uno de los pilares fundamentales de la teoría del Derecho penal. Cfr. no obstante las reflexiones de CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva,* 2003, pg. 94 nota 179.

129. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases* (nota 1), pg. 237.

nización o la política favorecedora a la realización del delito de la empresa, según que quienes tienen el poder de decisión incumplan dichos deberes [de vigilancia] dolosamente o imprudentemente»[130]. Sin embargo, esta concepción parece vincular en exceso a la actuación de determinadas personas físicas que, según esta autora, constituyen el centro de decisión de la organización[131], lo cual, de nuevo, no termina de compaginarse con el principio de responsabilidad por el hecho propio.

3.–En este sentido, el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial propone vincular el injusto empresarial con una configuración organizativa determinada –defectuosa, inexistente, inadecuada,... etc.– y la culpabilidad empresarial con una determinada cultura corporativa –de no cumplimiento con o infidelidad al Derecho–. Es decir, el injusto empresarial estaría vinculado con la *organización de la empresa;* la culpabilidad empresarial estaría referida a la *cultura de la empresa.* De esta manera, la imputación objetiva y subjetiva tomarían como marco de referencia la configuración que la empresa ha realizado de su ámbito de organización; la imputación personal tendría en cuenta la existencia o inexistencia de una cultura empresarial fiel al Derecho.

IV.4. DOLO EMPRESARIAL

1.–Si ya se comentó con anterioridad que las cuestiones relativas a la culpabilidad empresarial han sido sumamente controvertidas desde los inicios de la discusión, puede afirmarse igualmente que la problemática de la imputación subjetiva –especialmente la referida al ***dolo***– ha revestido una extraordina-

130. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases* (nota 1), pgs. 241 y s.
131. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases* (nota 1), pg. 241: «lo importante es determinar el centro de decisión de la organización para fundamentar el injusto organizacional en clave de imputación dolosa o culposa (...). Ese centro de decisión, en las empresas y otras organizaciones jerárquicas está en sus titulares o directivos». No obstante, ello no parece casar con su afirmación –que aquí se estima correcta– de que «estamos ante organizaciones (...) que debe ser entendida como un sistema social, como un centro de imputación» [ÍD., *Bases* (nota 1), pg. 239].

ria complejidad en este ámbito[132]. Así, entre otras cuestiones, la tradicional influencia del elemento volitivo en el concepto de dolo y la vinculación (exclusiva) de la voluntad al individuo[133] hacían extremadamente difícil la tarea de conformar un concepto de dolo que fuera compatible con la organización empresarial. La solución más sencilla es, como ya se ha reiterado en tantas ocasiones, construir un modelo de heterorresponsabilidad conforme al cual el dolo de la persona física se traslade o transfiera a la persona jurídica. Sin embargo, de nuevo hay que apelar a la inadecuación jurídico-penal de este proceder, además de no solventar los problemas de responsabilidad penal empresarial que se plantean cuando no se puede localizar a esta persona física en concreto cuyo dolo hay que imputar a la persona jurídica.

132. Quizás dicha problemática se ha planteado con mayor claridad en el ordenamiento estadounidense, donde la distinción entre culpabilidad e imputación subjetiva resulta sumamente difusa. En este sentido, conviene indicar, siquiera brevemente, que el debate acalorado en torno a la responsabilidad penal empresarial se produjo cuando se imputó a las organizaciones empresariales ciertos delitos dolosos en los cuales había que probar una determinada disposición mental *(mental state)* o *mens rea* [vid. sobre esto GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Responsabilidad* (nota 26), pgs. 43 y ss.]. Como algún autor ha señalado «las corporaciones no poseen una "mente" como los seres humanos, por lo que ¿cómo pueden tener una disposición mental?» [KHANNA, «Is the Notion of Corporate Fault a Faulty Notion?: The Case of Corporate Mens Rea», en: *B.U.L.Rev.* 79 (1999), pg. 356.] ¿Cómo se puede probar una disposición *mental* de una entidad que carece de *mente*? En la discusión europea –y en ese marco se incluye la española– la atención se ha centrado principalmente en la culpabilidad, siendo relativamente reciente la atención dispensada a la cuestión de dolo empresarial. Por ello, quizás resulte algo sorprendente que ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases* (nota 1), pg. 238 afirme que siguiendo una determinada concepción del dolo «se puede perfectamente sostener la imputación a título de dolo de una persona jurídica». En este sentido, si bien se debe coincidir con dicha autora en que ciertas concepciones del dolo son más idóneas que otras para sostener la imputación subjetiva empresarial; pero ello no es óbice para reconocer las importantes dificultades que se plantean a la hora de aplicarlas a la organización empresarial.

133. Sobre la vinculación de la voluntad al ser humano y su influencia en la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal* (nota 1), pgs. 95 y ss. con ulteriores referencias.

2.–Pues bien, pese a la importancia de esta cuestión, no abundan las soluciones a este respecto, y menos aún los tratamientos específicos del problema. Del panorama actual conviene destacar, *por un lado,* y precisamente como consecuencia de la problemática referida en último lugar, el desarrollo en el ámbito estadounidense de la teoría del conocimiento colectivo *(collective knowledge doctrine),* conforme a la cual se imputa a la organización empresarial la suma de los conocimientos de sus miembros[134]. *Por otro lado,* interesa destacar los planteamientos de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ y de HEINE, ya que ambos realizan diversas aportaciones en este controvertido campo. Así, la primera, partiendo de una concepción de dolo como «representación del peligro concreto de producción del resultado»[135], señala que deben observarse «las actuaciones organizacionales, donde la actuación que denote mayor peligrosidad objetiva del peligro para el bien jurídico dará lugar a la imputación dolosa y la actuación que denote menor peligrosidad objetiva del resultado peligro para el bien jurídico, dará lugar a una imputación culposa»[136]. Por su parte, HEINE, considerando que, hoy en día, «el dolo no se establece como un conocimiento real del autor, sino que se imputa funcionalmente conforme a la medida de la concepción social»[137], «a la empresa como autor se le puede imputar, en conjunto, el conocimiento disperso a través de toda la organización»[138].

3.–El planteamiento de esta cuestión que propone el modelo constructivista muestra aspectos coincidentes y divergentes con estas posiciones, pero, en general, se puede afirmar que avanza en la misma línea de estos dos últimos autores en el sentido de buscar un verdadero dolo empresarial deslindado del dolo de las personas físicas. Así, en primer lugar, interesa destacar –como

134. Vid. sobre esta construcción más extensamente GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Responsabilidad* (nota 26), pgs. 40 y ss. Cfr. no obstante las críticas de SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal,* 2ª ed., 2001, pgs. 100 y s. nota 253; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Sanciones* (nota 1), pgs. 63 y s. nota 10, 86]. Por su parte, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases* (nota 1), pg. 239 apunta que «no se trata entonces de sumar dolos, ni sumar culpas».
135. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases* (nota 1), pg. 238.
136. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases* (nota 1), pg. 238.
137. HEINE, *Verantwortlichkeit* (nota 3), pg. 260.
138. HEINE, *Verantwortlichkeit* (nota 3), pg. 261.

también lo hacen estas posturas –la progresiva normativización del dolo[139] y la consiguiente relativización del elemento volitivo[140] a favor del elemento *cognoscitivo* unido al concepto de *riesgo*[141]. En segundo lugar, la aparición en diversas disciplinas –teoría de la organización y teoría del *management* entre otras– del topos del *conocimiento organizativo* que, de nuevo, aparece tangencialmente en dichas propuestas. En concreto, desde la perspectiva *constructivista* interesa subrayar que la empresa, como sistema organizativo *autopoiético,* dispone sobre el conocimiento organizativo con independencia del conocimiento de los individuos particulares. Como indica WILLKE, «el núcleo del conocimiento colectivo es la observación de que el contenido de este conocimiento no está caracterizado por las partículas de conocimiento individuales que se encuentran en las cabezas de las personas (...), *sino por las relaciones y los modelos de vinculación entre estos elementos de conocimiento.* Las vinculaciones mismas constituyen el conocimiento independiente, colectivo o sistémico, de la organización»[142]. Por lo demás, quizás no obvie recordar que conforme al entendimiento del Derecho como sistema funcional autopoiético[143], dicho sistema jurídico no tiene acceso

139. Sobre la normativización del dolo vid. en la doctrina española, entre otros, FEIJOO SÁNCHEZ, «Dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», en: *CPC* 1998, pgs. 269 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal,* 1999, pgs. 275 y ss. con múltiples referencias.

140. Vid., entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal, PG,* 4ª ed., 1997, pgs. 231 y ss.; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español, PG,* 3ª ed., 2002, pgs. 647 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *Dolo* (nota 139), pgs. 165 y ss.; LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento,* 1999, pgs. 245 y ss., 293 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* 1992, pgs. 401 y ss. Dando de alguna manera por supuesto el elemento volitivo cuando concurre el cognoscitivo, DÍAZ PITA, *El dolo eventual,* 1994, pg. 291 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia,* 1994, pg. 183.

141. Vid. por todos FRISCH, *Vorsatz und Risiko,* 1983, passim.

142. ÍD., *Systemtheorie III. Steuerungstheorie,* 2ª ed., 1998, pg. 283 y ss., 290 y s. Vid. asimismo, ÍD., «Dimensionen des Wissensmanagement – Zum Zusammenhang von gesellschaftlicher und organisationaler Wissenbasierung», en: *Managementforschung* 6 (1996), pgs. 263 y ss.; extensamente ÍD., *Systemisches Wissensmanagement,* 2ª ed., 2001, pgs. 27 y ss. 66 y ss.

143. Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, en: *Teoría* (nota 11), pg. 402 y ss. con ulteriores referencias.

al interior de los sistemas –psíquicos u organizativos– a los cuales atribuye las comunicaciones jurídico-penales y que, por tanto, la imputación subjetiva es una construcción normativa. De la unión de ambas circunstancias resulta que el *dolo en el Derecho penal empresarial se entiende como conocimiento organizativo del concreto riesgo empresarial –en los delitos de peligro– que se realiza en el resultado típico –en los delitos de resultado–*[144].

IV.5. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EMPRESARIAL

1.–Otro ámbito de discusión que ha ganado especial relevancia en los últimos tiempos[145] ha sido las ***relaciones de autoría y participación*** que pueden existir entre individuo y organización empresarial[146]. En efecto, la problemática que implica esta cuestión es sumamente compleja, existiendo en la actualidad, al menos, dos opciones que muestran un notable potencial explicativo al respecto, como se referirá a continuación. Pero antes de apuntar ambas, conviene explicitar algunas vertientes de la problemática planteada. Así, la primera vertiente se refiere a la contundente crítica que azota los modelos de heterorresponsabilidad basados en el hecho de conexión *(Anknüpfungtat)* –por lo demás mayoritarios en España– y que consiste en que afirmar dicho hecho debe *o bien* imputarse a la persona física, *o bien* imputarse a la persona jurídica[147]. La segunda vertiente pasa por lo inadecuado de los modelos alternativos o subsidiarios de res-

144. Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal* (nota 1), pg. 239 nota 172.
145. ALWART se ha quejado reiteradamente de que se ha reflexionado muy poco sobre la relación entre la imputación personal y la imputación colectiva [ALWART, *ZStW* 105 (1993), pgs. 754 y s.; ÍD., en: *Verantwortung* (nota 1), pg. 80; ÍD., en: *Responsibility* (nota 29), pgs. 146 y ss.; ÍD., *Zurechnen* (nota 9), pg. 9].
146. En el ámbito estadounidense se ha plasmado con especial claridad en la aplicación de la teoría de la conspiración al ámbito de la responsabilidad penal corporativa, generándose la discusión en torno a las denominadas «conspiraciones intracorporativas» [vid. al respecto GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Responsabilidad* (nota 26), pgs. 58 y ss.]. En España incluso se ha propuesto configurar una «dogmática de los delitos con coactuación de la persona jurídica» [BUSTOS RAMÍREZ, *LH-Baigún*, pgs. 22 y ss.]. Vid. asimismo ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases* (nota 1), pgs. 245 y ss.
147. Vid. sobre ello ahora las reflexiones de JAKOBS, *FS-Lüderssen*, pg. 564 y s., 567 y s. y FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones* (nota 1), pgs. 121 y s.

ponsabilidad penal empresarial que, efectivamente, abogan por imputar el hecho delictivo o bien al individuo o bien a la empresa[148].

2.–Una *primera opción* para superar dicha problemática, la proporciona la teoría normativo-funcionalista de la participación[149] y, en principio, es el planteamiento por el que aboga el modelo constructivista[150]. Conforme a la misma, se puede explicar cómo, a los efectos que aquí interesan, la configuración –por parte de la organización empresarial– del marco en el cual la persona física ejecuta el hecho delictivo constituye el fundamento de la punición de aquélla, así como que se le pueda imputar como suyo el hecho global final[151]. En el ámbito empresarial,

148. El fundamento más detallado de estos modelos puede encontrarse en ALWART, en: *Verantwortung* (nota 1), pgs. 82 y s.; ALWART, *ZStW* 105 (1993), pgs. 754 y ss., 770. Por otro lado, debe advertirse que, en un primer momento, un autor tan relevante como SCHÜNEMANN abrazaba esta concepción [vid. ÍD., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pgs. 236 y ss., 254 y ss.], pero posteriormente cambia de posición porque «no reflexioné de un modo suficientemente consecuente sobre (...) el problema, irresoluble con un teórico perfeccionamiento de los instrumentos de imputación, de una eventual "actitud criminal colectiva"» [SCHÜNEMANN, *LH-Tiedemann*, pg. 579]. Se dio cuenta de que la mera punición de personas físicas no afectaba eficazmente a dicha actitud criminal colectiva y subsistía un déficit político-criminal.

149. JAKOBS, «Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation», en: *GA* 1996, pgs. 253 y ss.; ÍD., «La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación» (traducción de Manuel Cancio Meliá), en: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, 2001, pgs. 619 y ss.; ÍD., «Beteiligung», en: DÖLLING (ed.); *Jus Humanum. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, 2003, pgs. 561 y ss.

150. Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal* (nota 1), .pgs. 105 y ss.

151. Este planteamiento, en realidad, puede encontrarse en ciertas argumentaciones respecto de la culpabilidad empresarial de algunos autores que, en el intento de incorporar la especial *dimensión temporal* que surge en este ámbito, llevan a cabo una ordenación teórico-penal del problema con la que no se puede coincidir. Así, en primer lugar, éste es el caso de la culpabilidad antecedente *(Vorverschulden)* planteada por TIEDEMANN, *NJW* 1988, pgs. 1172 y s. [en parte también BRENDER, *Verbandstäterschaft* (nota 27), pgs. 108 y ss.], la cual, en el seno de la teoría aquí defendida, *no* debe relacionarse con la *actio libera in causa*, sino precisamente con la configuración del marco previo a la ejecución. En segundo lugar, éste es también el caso de los conceptos de culpabilidad

el tiempo de la configuración del marco previo es, desde el punto de vista *naturalístico,* mayor que el tiempo de la estricta ejecución, no significando ello, empero, que, desde el punto de vista *normativo,* se trate de una culpabilidad por el carácter o la conducción de vida. Desde esta perspectiva, por tanto, el hecho de *conexión* no constituiría fundamento punitivo alguno, sino que serviría, precisamente, para *conectar,* en su caso, dos fundamentos de responsabilidad autónomos –el del individuo y el de la organización empresarial–.

3.–La *segunda opción* pasa por una determinada interpretación de lo que podría denominarse «dogmática del dominio de la organización»[152]. Desde esta perspectiva, la aplicación de la construcción del dominio del hecho en virtud del dominio de la organización no serviría, en principio, para explicar las relaciones existentes entre hombre de adelante y hombre de atrás en el Derecho penal individual[153], sino para fundamentar la autoría mediata del organización empresarial –en virtud de un determinado injusto organizativo– junto con la responsabilidad penal individual –en virtud de un determinado injusto individual–[154]; más aún, en esta línea de argumentación se ha llegado a proponer que dicha dogmática sirve para relacionar los fundamentos de responsabilidad de una matriz con su filial[155].

---

por el mal carácter empresarial de LAMPE, *ZStW* 106 (1994), pgs. 732 y s. y de culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial de HEINE, *Verantwortlichkeit* (nota 3), pgs. 261 y ss., los cuales, de nuevo desde la concepción jurídico-penal aquí defendida, no deben vincularse con expedientes tan controvertidos en Derecho penal como son la culpabilidad por el carácter o la culpabilidad por la conducción de vida, sino que precisamente son indicativas de la configuración previa –organizativo-empresarial– del marco de la ejecución que, en última instancia, llevan a cabo una/s persona/s física/s.

152. Vid. HEINE, en: *Verbandstrafe* (nota 1), pg. 141; ÍD., en: *Verantwortung* (nota 9), pg. 103; ÍD., *ÖJZ* 1996, pg. 218: «En el lugar del dominio individual del hecho aparece el dominio funcional-sistémico de la organización».

153. Vid. sobre las críticas a esta construcción en el Derecho penal empresarial GÓMEZ-JARA DÍEZ, «¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de organización? Algunas consideraciones críticas», en: *CPC* 88 (2006), pgs. 138 y ss.

154. Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *CPC* 88 (2006), pgs. 150 y ss.

155. Así, la matriz respondería por la clara infracción de la precaución estra-

IV.6. RESUMEN

1.–En definitiva, a tenor de los *topoi* argumentativos que acaban de referirse, espera haberse mostrado, al menos indiciariamente, que el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial ofrece un mejor anclaje con los parámetros modernos del Derecho penal. Así, la atribución de un hecho propio –sc. *autorresponsabilidad*– en contraposición a la imputación de un hecho ajeno –sc. *heterorresponsabilidad*– parece compaginarse mejor con los estándares de responsabilidad que se manejan en el Derecho penal moderno. En efecto, tal y como han señalado varios autores, uno de los defectos de los que han venido adoleciendo los modelos de responsabilidad penal tradicional es que no respondían a los parámetros fundamentales de la concepción moderna del Derecho penal[156]. Sin embargo, los modelos de autorresponsabilidad penal empresarial ofrecen un mejor anclaje con la distinción cualitativa que supone el Derecho penal. En este sentido, si se pretende que la pena siga manteniendo su *significado comunicativo moderno*, entonces lo que se impute *penalmente* a la empresa debe ser algo *propio* y no algo *ajeno*. Esta circunstancia se acentúa si, como aquí, se defiende una concepción comunicativa de la pena en la cual el *restablecimiento comunicativo* de la vigencia de la norma adquiere una relevancia decisiva tal y como se indicó supra III.5.

---

tégica o de las condición de la delegación funcional, mientras que la filial lo haría en virtud de un defectuoso management de riesgos aislado [vid. HEINE, en: *Verbandstrafe* (nota 1), pg. 147]. Parece plantearse la cuestión también AMBOS, «Tatherrschaft durch Willensherrschaft krat organisatorische Machtapparate. Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterfürhrende Ansätze», en: *GA* 1998, pg. 240 nota 90.

156. Vid., por ejemplo, ya la crítica de BAJO FERNÁNDEZ, Derecho administrativo (nota 116), pg. 21. De manera más reciente FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones* (nota 1), pg. 81. Así, con ALWART, en: *Verantwortung* (nota 1), pg. 76 se podría afirmar que se trata de construir un modelo de responsabilidad penal empresarial que pueda compatibilizarse con la gramática profunda *(Tiefengramatik)* del Derecho penal. Por ello, se puede colegir con este autor [ALWART, *ZStW* 105 (1993), pgs. 765 y s.] que deben rechazarse los modelos de responsabilidad empresarial basados en la representación –es decir, los modelos de heterorresponsabilidad– dado que contradicen la «hermenéutica de la imputación» *(Zurechnungshermeneutik)* del Derecho penal.

2.–En general, las categorías básicas –a falta, por supuesto, de un desarrollo pormenorizado– del modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial son las reflejadas en el Cuadro I.

Cuadro I. Esquema dogmático básico del modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial

Modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial	
Imputación objetiva	Organización empresarial defectuosa/ inexistente
Imputación subjetiva	Conocimiento organizativo del riesgo empresarial
Imputación personal (culpabilidad)	Cultura empresarial de incumplimiento del Derecho

V. CONVENIENCIA POLÍTICO-CRIMINAL DEL MODELO CONSTRUCTIVISTA DE AUTORRESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL

V.1. INTRODUCCIÓN

Una vez explicitadas ciertas «ventajas» dogmáticas del modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial resulta conveniente hacer referencia a la bondad político-criminal que dicho modelo supone en contraposición a los modelos de heterorresponsabilidad penal empresarial. Estas cuestiones se muestran especialmente relevantes en un momento como el actual, en el cual los intentos por parte del Legislador de «abordar la responsabilidad penal de las personas jurídicas» de la mano del novedoso artículo 31.2 del Código penal no sólo tropiezan con importantes escollos dogmáticos, sino también –quizá principalmente– con deficiencias político-criminales de significativo calado[157]. Por ello, y con la finalidad de solucionar la necesidad cada vez más acuciante de regular debidamente este contexto,

157. Vid. sobre ello con mayor profundidad GÓMEZ-JARA DÍEZ, artículo 31.2 (nota 5), § III.2

en lo que sigue se hará referencia –siquiera de manera un tanto esquemática– a algunos ámbitos político-criminales en los que el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial presenta ventajas notables frente a los modelos de heterorresponsabilidad.

V.2. SUPERACIÓN DEL PROBLEMA DE LA IRRESPONSABILIDAD ORGANIZADA/ESTRUCTURAL

1.–El primer ámbito político-criminal en el que los modelos de autorresponsabilidad muestran una ventaja considerable es a la hora de hacer frente a los ***fenómenos de la irresponsabilidad organizada y de la irresponsabilidad estructural***[158], sencillamente debido a que no están sujetos a la actuación delictiva de determinadas personas físicas. Es decir, se puede contrarrestar de manera más efectiva la problemática de la «infrainclusión» de supuestos que, pese a su gravedad, no permiten la identificación de una persona física concreta que haya actuado responsablemente en representación de la empresa; o más aún, que incluso identificándola no se la puede hacer responsable por la aplicación de ciertas circunstancias que la eximen de responsabilidad[159].

2.–Esta situación no es en absoluto desconocida para el Legislador español. Así, baste traer a colación, por un lado, el artículo 31.2 CP conforme al cual se exige que se tenga que imponer al «autor» de delito –y, por lo que parece, sólo puede ser

158. Vid. ahora sobre esta problemática, con múltiples referencias, HEINE, *Verantwortlichkeit* (nota 3), pg. 198; ÍD., *FS-Lampe*, pgs. 583 y s.; ÍD., en: *Verbandstrafe* (nota 1), pgs. 122 y ss.; ÍD., en: *Verantwortung* (nota 9), pgs. 90 y s.; ROTSCH, *Haftung* (nota 14), pg. 20; SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität* (nota 148), pg. 34; FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones* (nota 1), pgs. 36 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, en: *Derecho* (nota 1), pgs. 315 y ss.

159. Con razón indica ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases* (nota 1), pg. 246 que este tipo de modelos posee «la ventaja que supera el escollo más importante de estos ilícitos que es el comprobar un delito cometido por un sujeto individual. Sus eximentes, atenuantes, justificantes, exculpantes, errores, ausencias procesales, muerte, etc. no afectan a la persecución penal de la organización».

una persona física[160]– una pena de multa para que la persona jurídica responda de la misma directa y solidariamente. Por otro lado, otro tanto puede afirmarse respecto del artículo 129. Así, ya la propia denominación de «consecuencia accesoria» muestra una clara dependencia, tanto conceptual como práctica, con relación a la pena principal que, por lo que se alcanza a ver, sólo se refiere a la persona física. Se podrá discutir sobre el grado de responsabilidad que es exigible en la persona física para que se puedan imponer dichas consecuencias, pero resulta imposible

160. Vid. en este sentido MIR PUIG, *LH-Ruiz Antón*, pg. 762: «presupone que el autor del delito es una persona (o varias) de las personas físicas que actúan en nombre de la persona jurídica a la que se refiere el apartado 1 del mismo artículo 31»; en idéntico sentido LUZÓN PEÑA, «Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales», en: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (eds.); *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, pg. 549 nota 7: «lo único que deja claro es que "el autor del delito no es la persona jurídica", sino el sujeto que actuó en nombre o por cuenta de la misma». Por el momento, donde no parece haber consenso es en la «naturaleza jurídica» de dicha medida; por un lado, MIR PUIG, *LH-Ruiz Antón*, pg. 762 considera que se trata de una «consecuencia accesoria como las previstas bajo esta denominación por el art. 129 CP»; sin embargo, DE LA FUENTE HONRUBIA, *Consecuencias* (nota 6), pg. 70 entiende que «esta medida no puede ser considerada una consecuencia accesoria, ya que no cumple con los fines del artículo 129.3»; en sentido similar, ALVÁREZ GARCÍA, *RDP* 12 (2004), pg. 138, entendiendo que no es posible considerarla una consecuencia accesoria y que, en última instancia, tienen una cierta naturaleza administrativa (pgs. 139 y ss.); por su parte, FERNÁNDEZ TERUELO, *RDPP* 13 (2005), pgs. 38 y s. considera que la multa «no puede perder tal naturaleza (penal) por efectos de esta nueva previsión» y que «lo que se modifica es únicamente la obligación de pago (cumplimiento) de la pena de multa»; no obstante apunta que con esta regulación se desnaturaliza su sentido. Planteamiento semejante –en tanto que centran la atención en la obligación aseguramiento– realizan, GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., 2004, pgs. 568 y s., pero matizan –apoyándose en el Derecho francés– que «se trata en definitiva, de una responsabilidad pecuniaria de naturaleza exclusivamente civil (...); la obligación de aseguramiento que recae sobre la persona jurídica no es de naturaleza penal, sino civil». Por su parte, SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA, *InDret* 2/2006, pgs. 39 y s. se inclinan finalmente por considerarla un aseguramiento patrimonial de una deuda de Derecho público proveniente de sanción ajena.

desvincular la imposición de éstas de la actuación delictiva de aquélla[161].

3.–Por lo tanto, si se quiere superar esta situación resulta imprescindible establecer un modelo en el cual la responsabilidad penal empresarial no tenga como presupuesto la responsabilidad penal individual –o, en general, la necesidad de identificar una persona física concreta cuya actuación «desencadene» la responsabilidad de la empresa–. En efecto, uno de los problemas de los modelos de heterorresponsabilidad es que dependen de la constatación de una determinada actividad delictiva por parte de una persona física –o más aún: que las personas físicas hayan actuado dentro de su marco estatutario–, y, en los casos típicos de los fenómenos apuntados, resulta imposible dicha constatación. Por el contrario, los modelos de autorresponsabilidad penal empresarial –y, entre ellos, el constructivista– permiten clasificaciones conceptuales en este sentido que permiten hacer frente de manera más efectiva a esta problemática[162].

161. Vid. las recientes exposiciones contenidas en GUARDIOLA LAGO, *Personas jurídicas* (nota 6), pgs. 120 y ss.; DE LA FUENTE HONRUBIA, *Consecuencias* (nota 6), pgs. 115 y ss.; En todo caso, debe constatarse la actuación de una determinada persona física, pudiendo discutirse, eso sí, en torno al tipo de conducta que tiene que haber llevado a cabo.

162. Así, son varias las propuestas que consideran suficiente que se constate que ha tenido lugar una actividad delictiva, sin ser necesario que se precise concretamente qué persona es culpable de la comisión del mismo. LAMPE, por ejemplo, considera que dicha actuación delictiva constituiría un injusto de resultado y no un injusto de acción [LAMPE, *ZStW* 106 (1994), pg. 731]. Por otro lado, también se plantea la posibilidad de que dicha actuación sea considerada una condición objetiva de punibilidad [vid., con diferentes perspectivas, DANNECKER, *GA* 2001, pg. 119; HEINE, *Verantwortlichkeit* (nota 3), pg. 292; ÍD., *ÖJZ* 1996, pg. 218; ÍD., en: *Verantwortung* (nota 9), pg. 106]. Por lo demás, los modelos de autorresponsabilidad precisamente ayudan a que no se produzca la tan temida «relajación en términos de garantías» [denunciada entre otros recientemente por CANCIO MELIÁ, en: *Política* (nota 23), pg. 11], puesto que, a diferencia tanto de los modelos de heterorresponsabilidad como de aquellos que únicamente abogan por la responsabilidad penal individual en el seno de empresa, no existe una necesidad tan acuciante de localizar a una persona física responsable, por lo que no se presenta la tentación de «forzar» los criterios de imputación jurídico-penal para colmar necesidades punitivas.

V.3. INTRODUCCIÓN DE CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD EMPRESARIAL

1.–Por otro lado, y en sentido inverso, los modelos de autorresponsabilidad permiten una mejor respuesta a la problemática de la «suprainclusión» de supuestos en los que pese a existir una actuación delictiva por parte de una persona física en representación de la empresa, dicha actuación no debe imputarse penalmente a ésta, y mucho menos imponérsele una pena. Se trata, en definitiva, de permitir la introducción de ***causas de exclusión de la culpabilidad empresarial*** pese a que un representante de la empresa haya cometido un delito en su nombre y representación, con la intención, además, de beneficiarla[163]. En este sentido, la dependencia conceptual que especialmente los modelos de heterorresponsabilidad empresarial tienen con respecto a las personas físicas, hace que, **conceptualmente,** la caracterización de la culpabilidad *intrínsecamente* empresarial sea mucho más difícil, y que, desde la perspectiva de la **praxis,** sea más complicado –por no decir imposible– introducir causas de exclusión de la culpabilidad empresarial.

163. En este punto se observa claramente la diferencia existente entre la responsabilidad *civil* empresarial y la responsabilidad *penal* empresarial, en tanto que para la primera resulta una circunstancia determinante la obtención de beneficios por parte de la empresa [vid. por ejemplo, de manera reciente la STS de 9 de octubre de 2003 (Ponente: Martín Pallín): «Se responde –responsabilidad *in re ipsa*– porque quien obtiene beneficios de un servicio que otro le presta, también tiene que soportar los daños que tal actividad puede ocasionar a terceros» (FD 15)], mientras que para la segunda no. No obstante, debe reconocerse que, en numerosas ocasiones, las reflexiones jurídico-penales realizan un intento de incorporar esa lógica de beneficios/costes, apelando a que dado que la empresa resulta beneficiada por las actuaciones delictivas de sus empleados, es legítimo imponerle una sanción por ello [Vid. entre otros, EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz* (nota 27), pg. 193; IZRAELI/SCHWARTZ, «What can we learn fron the U.S. Federal Sentencing Guidelines for Organizational Ethics?», en: *J.Bus.Eth.* 17 (1998), pg. 1045; GRUNER, «Just Punishment and Adequate Deterrence for Organizational Misconduct: Scaling Economic Penalties under the New Corporate Sentencing Guidelines», en: *S.Cal.L.Rev.* 66 (1992), pgs. 234 y ss.; SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität* (nota 159), pgs. 240 y s.; ÍD., *LH-Tiedemann*, pgs. 580 y ss.].

2.–Esta situación se advierte claramente, por ejemplo, en una de las concepciones más difundidas de culpabilidad empresarial basada en el hecho de conexión; a saber, la culpabilidad organizativa o por defecto de organización[164]. Conforme a dicho planteamiento se pretende excluir específicamente que se tengan en cuenta posibles causas de exculpación empresarial, de tal manera que la mera constatación de un defecto organizativo unido a la actuación de un representante de la empresa desemboca irremediablemente en la responsabilidad penal de la propia empresa[165], lo cual ha sido criticado ya por ciertos sectores de la doctrina[166]. Este evidente perjuicio para la empresa fiel al Derecho se muestra en la actualidad claramente en la regulación existente en el artículo 31.2 del Código penal, puesto que a tenor del mismo la persona jurídica responde «directa y solidariamente» de la pena de multa impuesta al autor –persona física– del delito con independencia, en principio[167], de la culpabilidad empresarial –cultura empresarial– que pueda tener la propia empresa.

164. Sobre esta construcción y sus variantes vid. extensamente GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad* (nota 1), pgs. 150 y ss.

165. Vid. ahora sólo TIEDEMANN, *NJW* 1988, pg. 1173; BRENDER, *Verbandstäterschaft* (nota 27), pg. 116; EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz* (nota 27), pg. 195.

166. Vid. entre otros, ACHENBACH, «Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán» (traducción de Ujala Joshi Jubert), en: SILVA SÁNCHEZ (ed. española), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, 1995, pg. 405; BAUER, «Mehrere Bußen gegen die juristische Person bei Beteiligung mehrerer Organmitglieder an einer Kartellordnunggswidrigkeit», en: *wistra* 1992, pgs. 49 y s.; V. FREIER, *Verbandstrafe* (nota 20), pg. 105. MILITELLO, «La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia» (traducción a cargo de Carla Prestigiacomo, revisada por Jesús María Silva Sánchez), en: SILVA SÁNCHEZ (ed. española), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, 1995, pg. 418; ÍD., «The Basis for Criminal Responsibility of Collective Entities in Italy», en: ESER/HEINE/HUBER (eds.), *Criminal Responsibility of Collective and Legal Entities*, 1999, pg. 186; FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones* (nota 2), pgs. 70 y s.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad* (nota 1), pg. 159; NIETO MARTÍN, *Fraudes Comunitarios*, 1996, pg. 209.

167. Cuestión aparte es que la jurisprudencia, pese al texto legal, vaya desarrollando criterios que consideren relevante la cultura empresarial existente en el momento en el que la persona física lleva a cabo la acción. De hecho ésa es prácticamente la única solución compatible con la sal-

3.–Pues bien, si realmente se pretende sostener que las organizaciones empresariales tienen una capacidad de culpabilidad debe afirmarse exactamente en la misma medida que deben existir causas de exclusión de dicha culpabilidad. En este sentido, resulta imprescindible un mínimo de coherencia y de justicia; al menos si se quiere establecer un sistema de responsabilidad *penal* empresarial. Conforme al planteamiento aquí sostenido la culpabilidad empresarial consiste en un déficit de fidelidad al Derecho el cual se manifiesta en una cultura empresarial de no cumplimiento con el Derecho. Desde esta posición, uno de los modelos especialmente idóneo de introducción de causas de exclusión de la culpabilidad empresarial es el estadounidense, el cual se basa en los denominados programas de cumplimiento corporativo –*Corporate Compliance Programs*– cuyos detalles, por motivos de espacio no se pueden desarrollar aquí[168]. Baste por el momento con recordar que el sistema más detallado que existe hasta la fecha a este respecto –el sistema estadounidense– considera que dichos programas constituyen un reflejo de la cultura empresarial de la persona jurídica y, por tanto, sirven para determinar el índice de culpabilidad específicamente empresarial.

V.4. TRATAMIENTO DE LAS SOCIEDADES PANTALLA Y DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

1.–Además de los supuestos de «infrainclusión» y «suprainclusión» examinados los modelos de heterorresponsabilidad –así como también, en principio, los de autorresponsabilidad existentes hasta la fecha– presentan un importante déficit a la hora de responder –tanto desde el punto de vista teórico como práctico– a la cuestión de las ***sociedades pantalla y la doctrina del levantamiento del velo.***[169] En efecto, por lo que a las sociedades panta-

---

vaguarda de los principios fundamentales del Derecho penal y la consiguiente constitucionalidad del artículo 31.2 CP [sobre ello vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, artículo 31.2 (nota 5), § II.2.4].

168. Vid. sobre ello con más detalle, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad* (nota 1), pgs. 254 y ss.; ÍD., *Responsabilidad* (nota 26), pgs. 76 y ss.

169. Vid. las críticas contenidas en Vid. BAJO FERNÁNDEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo actual», en: *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro, Responsabilidad de los Consejos de Administración. Responsabilidad de los subordinados* 1994, pg. 117; ÍD., «Hacia un nuevo Derecho penal: el de las personas

lla se refiere, se presenta la dificultad de afirmar la responsabilidad *penal* de sociedades que son creadas y liquidadas diariamente y que en ningún caso pueden mostrar una culpabilidad propia; en lo tocante al levantamiento del velo, se dificulta extraordinariamente compatibilizar esta tendencia hacia la localización de la persona física verdaderamente responsable con una responsabilidad penal de la empresa en su conjunto. Es decir, ¿cómo puede considerarse que una sociedad pantalla es responsable penalmente en el mismo sentido que lo es una organización empresarial con una determinada presencia social, una estructuración compleja y una identidad corporativa significativa?; ¿por qué «indagar» en el interior de la empresa en busca de una persona física responsable cuando se puede hacer responsable penalmente a la empresa como tal? La respuesta a estas cuestiones desde un modelo de heterorresponsabilidad se antoja, cuando menos, sumamente difícil. Sin embargo, el modelo constructivista engarza coherente estas dos piezas con su esquema general y permite otorgarles una respuesta, además, satisfactoria.

2.–En *primer lugar*, conforme a este modelo, las sociedades pantalla no son consideradas imputables penalmente debido a su evidente incapacidad de culpabilidad empresarial[170]. Así, se

jurídicas», en: IGLESIAS PRADA (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez. Tomo IV. Derecho civil y Derecho público*, 1996, pg. 5102; ÍD., en: *Congreso* (nota 9), pg. 23. FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones* (nota 1), pg. 89; SILVA SÁNCHEZ, «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español», en: SILVA SÁNCHEZ (ed. española), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, 1995, pg. 365; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, «Consecuencias jurídico-penales aplicables a la persona jurídica en una futura reforma penal», en: *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro, Responsabilidad de los Consejos de Administración. Responsabilidad de los subordinados*, 1994, pg. 228. En general, sobre la problemática que circunda la doctrina del levantamiento del velo vid. SILVA SÁNCHEZ, «Ingeniería fiscal y Derecho penal», en: ROMÁN PUERTA (Dir.), *Fenómenos delictivos complejos*, 1999, pgs. 172 y ss.; ÍD., «Artículo 31», en: COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios al Código penal*, 1999, pgs. 406 y ss.

170. Sobre el concepto de imputabilidad empresarial vid. Supra § III.3; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *LH-Mourullo*, pgs. 425 y ss.; ÍD., *Culpabilidad* (nota 1), pgs. 241 y ss.

entiende que sólo aquellas empresas que han alcanzado un determinado nivel de complejidad interna son posibles autores en el Derecho penal empresarial –al igual que sólo aquellos individuos que han alcanzado un determinado nivel de complejidad interna (autoconciencia) son imputables en el Derecho penal individual–[171]. Por supuesto, aquí *no* se aboga por la exclusión de sanciones o medidas de intervención contra las sociedades pantalla. Más bien todo lo contrario. La utilización de este tipo de sociedades en el ámbito de delincuencia de cuello blanco y de la delincuencia organizada, entre otras, es sumamente habitual, por lo que se precisa de un instrumentario adecuado para tratar de manera eficaz con las mismas[172]. *Lo único que aquí se pretende es evitar que dicho instrumentario sea considerado un elenco de penas cuya imposición debe estar sujeta a la culpabilidad de la persona jurídica.* Y es que, si se consideraran verdaderas penas, entonces su imposición estaría sujeta a requisitos y cautelas de constatación mucho más difícil –por no decir imposible–.

3.–Precisamente en este punto adquiere una relevancia sustancial, en *segundo lugar*, la doctrina del levantamiento del velo,

171. Las consecuencias detalladas de este planteamiento puede consultarse en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *LH-Mourullo*, pgs. 440, 444 y ss. Quizás una de las notas más relevantes a estos efectos es que si se pretende que la pena siga manteniendo su significado comunicativo no puede imponerse sobre sistemas carentes de la mínima autorreferencialidad.

172. En sentido similar ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases* (nota 1), pg. 231 apunta que se trata de «casos de funcionalización de empresas legales por organizaciones criminales cuyos miembros las corrompen: "empresas fantasma", "empresas tapaderas", etc. La persona jurídica será objeto de sanción penal en la medida que sea necesario para prevenir la continuidad de la actividad delictiva de la organización criminal». Y es que, ciertamente, en estos casos sí se está en presencia de «objetos peligrosos» instrumentalizados por diversas personas, por lo que, en realidad, es aquí donde habría que aplicar la conocida y difundida doctrina de la «peligrosidad objetiva de la cosa» [vid. sobre las mismas, entre otros, GRACIA MARTÍN, en: *Responsabilidad* (nota 74), pgs. 70 y ss., FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones* (nota 1), pgs. 137 y ss. sobre la empresa como objeto peligroso y de MIR PUIG, *RECPC* 06 (2004), pgs. 3 y ss.; ÍD., *LH-Ruiz Antón*, pgs. 744 y ss. sobre la especial naturaleza de la peligrosidad de las empresas BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, 1978, pgs. 118 y s.; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, 2001, pg. 152. ECHARRI CASI, *Sanciones* (nota 74),

puesto que desde la perspectiva del modelo constructivista, dicha doctrina resulta totalmente coherente con un planteamiento que se interesa por los fundamentos autónomos de la responsabilidad penal; con otras palabras, resulta coherente la utilización de la doctrina del levantamiento del velo para aquellos casos en los cuales la empresa no *se conduce* autónomamente, sino que *es conducida* heterónomamente. Así, por un lado, resulta evidente que la figura del levantamiento del velo «transgrede» la personalidad jurídica de la empresa. Es decir, dicha técnica consiste precisamente en «rasgar» el velo jurídico de la sociedad para introducirse dentro de la misma y alcanzar a quienes la (hetero) administran. Más claramente no puede describirse la intromisión o intervención en una empresa. Por otro lado, el levantamiento del velo es una técnica consistente en practicar, fundamentalmente en sociedades pantalla o sociedades que no han desarrollado una complejidad propia suficiente (por lo general de muy baja complejidad, aunque no siempre como en el caso de los grupos de empresas), una intervención de las mismas de tal manera que se intenta acceder a los responsables situados tras ellas (sean éstos individuos o empresas)[173]. Se trata, por tanto, de técnicas de intervención jurídico-penales.

4.–Por último debe notarse que el principal problema en la materia, surge, al igual que en el ámbito del Derecho penal individual, en el *establecimiento del límite normativo* a partir del cual se puede considerar que una organización empresarial es una persona en Derecho penal sujeta a la imposición de una pena. En efecto, de la misma forma que resulta problemático fijar la mayoría de edad penal en el Derecho penal individual, también representa una importante dificultad fijarla en la empresa. Respecto de esta cuestión debe señalarse, *en primer lugar*, que dicho límite no es un límite ontológico sino normativo, por lo que,

pgs. 59 y s.; DE LA FUENTE HONRUBIA, *Consecuencias* (nota 6), pgs. 118 y ss.].

173. Por ello no resulta extraño que se haya propuesto reconducir esta técnica a la figura del administrador de hecho [vid. por todos SILVA SÁNCHEZ, en: ROMÁN PUERTA (Dir.), *Fenómenos delictivos complejos*, pgs. 174 y s.; ÍD., en: COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios al Código penal*, pg. 412, apuntando que, de esta manera, se salvan los obstáculos derivados de la prohibición de analogía *in malem partem*].

consiguientemente, puede variar en cada ordenamiento jurídico a la vista del grado de evolución y desarrollo de una sociedad. En *segundo lugar,* al igual que el *substrato psíquico* resulta determinante con respecto a la imputabilidad de los *sistemas psíquicos* (individuos) –como bien reflejaban las palabras del homenajeado–, el *substrato organizativo* deviene decisivo con respecto a los *sistemas organizativos* (empresas). De ahí que, a estos efectos, constituya un indicio decisivo la constitución de un substrato de organización formal *(formal organization)*[174] para considerar que una empresa ostenta la condición de imputable en el Derecho penal empresarial. Por tanto, el acento no se pone ni en la personalidad jurídica, ni en la configuración económica, sino en el sistema social organizativo que subyace[175].

V.5. CONFORMACIÓN DE UN CATÁLOGO AMPLIO DE SANCIONES

1.–En términos generales, resulta conocida la existencia, por un lado, de propuestas teóricas que defienden el establecimiento

174. Con respecto a la organización formal vid. LUHMANN, *Funktionen und Folgen formaler Organisation,* 4ª ed. 1995, passim, con abundantes referencias.

175. Vid. también en este sentido LESSENICH, *Unternehmensbegriff und Zurechnung. Grundlage und Reichweite der Unternehmenspersonifizierung in Art. 15 der europkischen Kartellverordnung* Nr. 17/62, 2000, pgs. 76 y ss., 84 y ss. En idéntico sentido se encaminan las Directrices para imponer sentencias a organizaciones en el Derecho estadounidense, las cuales, como su propio nombre indica, giran en torno del concepto de organización. Así, resulta decisivo, el tipo de organización de que se trate a los efectos de determinar la pena de multa que debe imponerse [vid. UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, *United States Sentencing Guidelines,* §8C2.5]. Por lo demás, parece que el límite normativo donde se sitúa la obligación de adquirir un programa de cumplimiento efectivo son los 50 empleados, puesto que si la empresa que resulta condenada tiene más de esa cantidad de empleados y no tiene el referido programa, entonces se establece una supervisión judicial obligatoria en la cual se implementa necesariamente. La tendencia general respecto de la importancia de la organización en este ámbito, se refleja igualmente en la reciente legislación polaca, en la cual se consideran sujetos colectivos a efectos de su responsabilidad penal tanto las personas jurídicas como las unidades organizativas sin personalidad jurídica (art. 2. apg. 1° de la Ley sobre la responsabilidad de sujetos colectivos por hechos castigados con penas).

únicamente de una serie de «medidas de seguridad» contra las empresas[176]. Ahora bien, por otro lado, pueden encontrarse igualmente posiciones que defienden la imposición de verdaderas penas a las organizaciones empresariales[177]. Pues bien, desde la perspectiva aquí adoptada ambas perspectivas no son irreconciliables, sino que, de hecho, pueden armonizarse. En este sentido, lo más adecuado sería contar con un Derecho penal empresarial que contemplara penas –sanciones *penales*– basadas en la culpabilidad de la organización empresarial y medidas de seguridad –sanciones *interdictivas*– fundamentadas en la peligrosidad de la empresa, y por ello aboga el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial[178].

2.–Por tanto, el planteamiento al que conduce el modelo constructivista comporta un ***catálogo amplio de sanciones*** que vayan desde aquellas que se fundamentan en la culpabilidad empresarial –penas empresariales– hasta las que se basan en la peligrosidad de las empresas –medidas de seguridad empresariales– previendo igualmente otro tipo de sanciones y/o técnicas de intervención que se adecuen a la realidad empresarial. No está de más recordar que las voces especializadas en estas cuestiones han advertido correctamente que una aproximación adecuada y eficaz a la responsabilidad penal empresarial implica necesariamente la existencia de un catálogo amplio de sanciones que se adapte a la compleja realidad del mundo empresarial[179].

176. Vid. principalmente SCHÜNEMANN, en: *Wiedervereinigung* (nota 62), ppg.pgs.3 y ss., 168 y ss.; ÍD., *ADPCP* 2002, pg. 29; SCHWINGE, *Sanktionen* (nota 9), pgs. 137 y ss. haciendo referencia a una tercera vía; STRATENWERTH, *FS-Schmitt*, pgs. 295 y ss.; SCHMITT, *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbaende*, 1958, pgs. 199 y ss. y passim; SEILER, *Strafrechtliche Massnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände*, 1967, pgs. 50 y ss.

177. HEINE, *Verantworlichkeit* (nota 61), pgs. 237 y ss.; Íd., en: *Verantwortung* (nota 62), pgs. 90 y ss.; Íd., *FS-Lampe*, pg. 582; DANNECKER, *GA* 2001, pgs. 115 y ss.

178. Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad* (nota 1), pgs. 74 y s.; en un sentido similar BOTTKE, *wistra* 1997, pgs. 249, 252 y s., distinguiendo entre penas empresariales *(Verbandsstrafen)* de carácter retributivo y medidas empresariales *(Verbandsmaßregeln)* para la prevención de peligros.

179. Vid. entre otros, HEINE, *Verantwortlichkeit* (nota 3), pg. 301 y ss.D., en: *Responsibility* (nota 9), pg. 237 y ss.; ÍD., en: *Verbandstrafe* (nota 1), pg. 144.; ÍD., en: *Verantwortung* (nota 62), pg. 98 y s.; SCHWINGE, *Sanktionen* (nota 9), pgs. 158 y ss. No puede dejar de mencionarse aquí el impor-

Sin embargo, si realmente se pretende que las sanciones sean eficaces y justas, **los criterios que las guíen deben variar en función de la finalidad pretendida,** cuestión que, por el momento, no parece haberse planteado con especial énfasis y que, sin duda, resulta en una mejor adaptación del Derecho penal empresarial a la sociedad moderna.

3.–En este sentido, sólo en la medida en la que las penas empresariales sean impuestas en virtud de una verdadera ***culpabilidad empresarial,*** desempeñarán éstas su *función* comunicativa de restablecimiento comunicativo de la vigencia del ordenamiento jurídico y cumplirán su *prestación* de promover el ejercicio de fidelidad al Derecho en el ámbito empresarial en el sentido de favorecer una autorregulación empresarial conforme a Derecho y el correspondiente establecimiento de una cultura empresarial de cumplimiento con el Derecho[180]. Por lo tanto, el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial estimula que las empresas cumplan con su rol de ciudadanos corporativos fieles al Derecho y que, en general, se produzca un reforzamiento de la vigencia de las normas de la sociedad moderna. Por otro lado, la imposición de sanciones interdictivas con base en la ***peligrosidad empresarial*** implicaría una prognosis de futuro más adecuada, permitiendo una supervisión de la empresa en situaciones peligrosas en las que no resulta merecedora de una pena y resulta conveniente que prosiga con su actividad empresarial normal[181].

---

tante esfuerzo que ha venido realizando SCHÜNEMANN desde los años ochenta por «desterrar» la idea de que la única sanción aplicable a las empresas sea la pena de multa e introducir como sanción más adecuada la denominada «curatela empresarial» [vid. ya SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität* (nota 159), pgs. 129 y ss.; ÍD., en: *Responsability* (nota 14), pgs. 293 y ss.; ÍD., *ADPCP* 2002, pgs. 27 y s.; vid. últimamente de manera más detalla ÍD., *Responsabilidad* (nota 18), pgs. 13 y ss.

180. Vid. decididamente en este sentido HEINE, *Verantwortlichkeit* (nota 3), pgs. 253 y s., 279 y s.; ÍD., en: *Verantwortung* (nota 9), pg. 105; ÍD., en: *Verbandstrafe* (nota 1), pgs. 150 y s. Vid. asimismo BOTTKE, *wistra* 1997, pgs. 250 y s.

181. Una de las formas de supervisión más conocidas es el sistema de la «Probation» estadounidense, que, como bien es sabido, constituyó una de las piedras angulares del nuevo enfoque que la Comisión Sentenciadora proporcionó a las sanciones contra empresas en el año 1991. Vid. sobre esta medida y sobre su desarrrollo con mayor detalle, GÓMEZ-JARA

V.6. RESUMEN

En este epígrafe se han puesto una serie de beneficios que, desde el punto de vista político-criminal, comporta el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial. Resulta evidente que el avance inexorable de las legislaciones europeas provoca que las cuestiones político-criminales adquieran una relevancia extraordinaria, puesto que la regulación a introducir dependerá en gran medida de los objetivos que se quieran conseguir. Aquí, en concreto, se ha ejemplificado de la mano de cuatro supuestos realmente controvertidos cuál puede ser una opción coherente y eficaz. Expresado de manera breve, los problemas de la irresponsabilidad organizada no pueden conllevar que se haga siempre y en todo caso responsable penalmente a una empresa cuando no se pueda localizar a un empleado autor del delito, y tampoco se puede generar la responsabilidad de la empresa automáticamente por el mero hecho de que su empleado haya cometido un delito en beneficio de ésta. Por lo demás, las sociedades pantallas deben recibir un tratamiento diferente al de las sociedades que operan dentro de las reglas del mercado y del Derecho, siendo las sanciones necesarias para aquéllas diferentes a las adecuadas para éstas, lo cual demuestra que un Derecho penal empresarial justo y eficaz debe contar con un espectro amplio de sanciones.

V.7. CONCLUSIÓN

A lo largo de este artículo se ha pretendido explicitar los fundamentos de un nuevo modelo de responsabilidad penal empresarial; en concreto, el del modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial. En este sentido, se ha tratado de mostrar que los pilares teóricos y los elementos que lo conforman comportan importantes ventajas tanto científico-dogmáticas como político-criminales. La argumentación puede parecer en ciertos puntos, con razón, sumamente abstracta. No obstante, ése es el precio que en cierta medida hay que pagar para poder asentar una base sólida sobre la que construir un edificio que acoja

---

DÍEZ, *Responsabilidad* (nota 26), pgs. 54 y ss. además de la ADENDA donde se contienen las mencionadas Directrices.

la responsabilidad penal empresarial de una forma que, siendo respetuosa con los principios que inspiran el Derecho penal moderno, ofrezca, sin embargo, una respuesta adecuada a la complejidad empresarial de nuestros días y a la realidad social que conforma la identidad de la sociedad postindustrial moderna.