

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

**¿RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS
DIRECTIVOS DE EMPRESA EN VIRTUD
DE SU DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN?
ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS**

Publicado en
CUADERNOS
DE POLÍTICA CRIMINAL

Número 88

MADRID
2006

¿RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS DIRECTIVOS DE EMPRESA EN VIRTUD DE SU DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN? ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS*

CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ

*Profesor Asociado de Derecho penal (Universidad Autónoma de Madrid)
Doctor Europeo en Derecho. Abogado*

SUMARIO: Introducción.— I. Orígenes y evolución de la construcción de ROXIN.— II. El núcleo de la discusión: el dominio de la organización. II.1. Dominio de la configuración relevantemente superior. II.2. Dominio social. II.3. Responsabilidad por el injusto de la organización (*organisationsunrecht*). II.4. Utilización de quien ya se ha decidido por el hecho.— III. Requisitos básicos del dominio de la organización. III.1. La intercambiabilidad o fungibilidad. III.2. La jerarquía organizativa. III.3. La desvinculación del Derecho (*Rechtsgelösheit*).— IV. Dificultades en la transposición al ámbito empresarial. La empresa: ¿un aparato organizado de poder? IV.1. ¿La organización empresarial está desvinculada del Derecho? IV.2. Fungibilidad y jerarquía: problemática de la estructuración empresarial moderna. IV.2.1. ¿Fungibilidad real de los empleados de la empresa? IV.2.2. ¿La jerarquía como criterio decisivo de la estructuración empresarial?— V. Facit: Crítica al dominio de la organización como fundamento de la responsabilidad individual.— VI. Apuntando una posible solución: ¿Dominio de la organización como fundamento de la responsabilidad penal empresarial?

* El presente artículo constituye una versión modificada de la ponencia presentada en Diciembre de 2002 en la Universidad Autónoma de Madrid en el seno del Proyecto «Estudio de Derecho Comparado sobre la imputación jurídico-penal en estructuras organizativas complejas, en especial en el ámbito empresarial».

La realización de esta investigación ha sido posible gracias a una beca del Servicio de Intercambio Académico Alemán (DAAD).

INTRODUCCIÓN

1. Las dificultades de imputación en el seno de empresas con una estructuración sumamente compleja han provocado que a lo largo de las últimas décadas se hayan buscado nuevas vías para realizar imputaciones jurídico-penales en el ámbito interno de la empresa (1). De entre las diferentes alternativas, la discusión dogmática ha prestado especial interés a dos de ellas: la comisión por omisión y la autoría mediata (2). En concreto esta última está siendo objeto de una viva discusión referida, sobre todo, a la posibilidad de trasladar a la empresa los criterios desarrollados, en principio, para una construcción un tanto diferente: los aparatos organizados de poder (3). Así, ya de entrada, debe señalarse que la construcción de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder es, con carácter previo a su aplicación al ámbito empresarial, un tanto problemática (4). Su posterior transposición a la

(1) Sobre dicha problemática de imputación vid. BOSCH, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, 2002, pp. 142 ss., 226 ss., 264 ss.; HEINE, *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*, 1995, pp. 27 ss., 31 ss., 47 ss., 96 ss., 108 ss., 135 ss.; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht. Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternative*, 1996, passim; ROTSCH, *Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, 1998, pp. 89 ss., 131 ss., 187 ss., 205 ss.; SCHÜNEMANN, «Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación» (traducción de Beatriz Spínola Tártalo y Mariana Sacher), en: ADPCP 2002, pp. 9 ss.

(2) Vid. SILVA SÁNCHEZ, «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español», en: SCHÜNEMANN/FIGUEIREDO (eds.)/SILVA SÁNCHEZ (ed. española), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, 1995, pp. 369 ss.; ÍD., «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas», en: BACIGALUPO (Dir.); *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, 1997, pp. 12 ss.; vid. además resumidamente sobre la problemática de la autoría en el seno de la empresa MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte General*, 1998, pp. 192 ss. En la literatura alemana vid. últimamente RANSIEK, «Strafrecht im Unternehmen und Konzern», en: ZGR 1999, pp. 613 ss., 633 ss.

(3) En la literatura alemana, vid. ahora sólo ROTSCH, «Die Rechtsfigur des Täters hiner dem Täter bei der Begehung von Straftaten eim Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen», en: NStZ 1998, pp. 491 ss.; OTTO, «Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates», en: Jura 2001, pp. 753 ss. En la literatura española vid. BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, pp. 376 ss.; MEINI, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, 2003, pp. 181 ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de empresa: La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, 2002, pp. 57 ss.; MUÑOZ CONDE, «¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho?», en: RP 6 (2000), pp. 104 ss.; NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa*, 2000, pp. 165 ss.

(4) Este aspecto lo subraya especialmente ROTSCH, NStZ 1998, p. 493.

esfera de la empresa presenta, además, problemas añadidos, ya que se ve confrontada con la cuestión de hasta qué punto puede considerarse que la empresa reviste las características definitorias de dichos aparatos. Evidentemente, ya la concepción básica de la autoría mediata, en la cual es necesaria la utilización de un instrumento carente de autonomía (5) —a saber, el ejecutor inmediato—, presenta una resistencia conceptual inicial a ser empleada cuando el «hombre de adelante» es considerado (6) *autor* del delito: implica, principalmente, un «choque» contra el principio de responsabilidad propia (*Eigenverantwortung*) (7). Se trata, a saber, de la constelación del «autor detrás del autor». Por lo tanto, y al hilo de estas reflexiones, debe tenerse muy en cuenta lo siguiente: el supuesto fundamental que entra aquí en consideración es aquél en el que tanto el ejecutor inmediato como el autor mediato son responsables en grado de autoría, o dicho con un ejemplo que entra ya en materia, aquél en el que tanto el operario de la empresa como el miembro del consejo de administración se consideran autores del delito (8). Por lo tanto, no se tratan los casos en lo que el

(5) Precisamente por la falta de autonomía del hombre de adelante puede imputársele el hecho al hombre de atrás. Ello es reconocido mayoritariamente vid. por ejemplo BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft: zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems*, 1992, pp. 64 ss.; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 30; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed. 1991, [reimpresión 1993] n.m. 21/26 [hay una traducción de Cuello Contreras/González de Murillo: JAKOBS, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1997]; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5.^a ed. 1996, § 64 p. 668.

(6) En este sentido resulta interesante la argumentación de MEINI, *Responsabilidad penal del empresario*, p. 120, [siguiendo el razonamiento de BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata*, p. 158] cuando introduce una distinción entre perspectivas señalando que «el ejecutor no ha de ser considerado un instrumento en sí mismo, sino que se le atribuye tal condición sólo desde la perspectiva del autor mediato para fundamentar su responsabilidad, pero para argumentar la propia responsabilidad penal del ejecutor, éste habrá de ser considerado como autor y, conforme a ello, valorarse las circunstancias que, de concurrir, disminuirán o neutralizarían su responsabilidad».

(7) Vid. ahora sólo RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Begehung*, 1997, pp. 146 ss., 151 ss. Vid. en la literatura española respecto de la aplicación de la figura al ámbito empresarial BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata*, pp. 350 ss.; MEINI, *Responsabilidad penal del empresario*, pp. 117 ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de empresa*, pp. 94 ss.; FERRÉ OLIVÉ, «Blanqueo de capitales y criminalidad organizada» en: FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALO (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, 1999, p. 95.

(8) Cfr. los distintos ejemplos, no sólo referidos a la autoría mediata, de KUHLEN, «Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, insbesondere bei den sogenannten Betriebsauftragten», en: AMELUNG (ed.) *Individuelle Verantwortung und Beteili-*

ejecutor inmediato (el operario) no resulta imputable por razones ya sea de tipicidad, antijuricidad o culpabilidad (9).

(2). En un ejemplo de aportación teórica a la *praxis* jurídica, el Tribunal Supremo alemán asumió en una decisiva sentencia de 1994 (10) —referida, como inmediatamente se señala, a unos hechos sumamente delicados desde el punto de vista político— los presupuestos básicos de una figura dogmática creada fundamentalmente (11) por ROXIN treinta años antes. En líneas generales, se trataba de dilucidar la responsabilidad penal de los miembros del Consejo de defensa de la antigua República Democrática alemana por los conocidos disparos del muro. La problemática principal se debía a que los soldados situados en la frontera ya habían sido condenados en grado de autores (12), por lo que se planteaba la difícil cuestión de la imputación de responsabilidad a un superior cuando el subordinado ha sido ya considerado una *persona plenamente responsable* (13). La solución, a primera vista, podría fundamentarse en la inducción, lo cual, no en vano, ha sido defendido por varios autores (14). Sin embargo, gracias a una nueva

gungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, pp. 74 ss.

(9) Ello queda aquí fuera de consideración, pese a la evidente importancia que dichos casos pueden presentar en la práctica. Vid. al respecto las reflexiones de MEINI, *Responsabilidad penal del empresario*, pp. 186 ss.

(10) BGH 40, 218.

(11) Ciertamente la paternidad de la figura hay que atribuirse a ROXIN —y así lo hace la doctrina dominante—. Sin embargo, la fundamentación de dicha sentencia se encuentra salpicada de argumentos tanto de la construcción específica de ROXIN como de la de SCHROEDER, lo cual justifica que ambos autores vean en dicha sentencia la confirmación —si acaso parcial— de sus teorías. Dicha afinidad dual ha sido considerada por ROTSCH, NStZ 1998, p. 492 como un ejemplo de contradicción de la propia sentencia, mientras que SCHÜNEMANN, «Unternehmenskriminalität», en: ROXIN/WIDMAIER (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht*, 2000, p. 629 lo concibe como concreción del tipo de la autoría mediata a través de reglas de semejanza fundamentadas en la casuística.

(12) Vid. ahora BGH 30, 31; 40, 232.

(13) El propio creador de la figura dogmática reconoce las dificultades que se presentan al considerar que el ejecutor es, simultáneamente, autor responsable e instrumento de otro autor: vid. p.ej. ROXIN, «Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität», en: SAMSON et al (eds.), *Festschrift für Grünwald*, 1999, p. 550.

(14) Vid., entre otros, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 90; HERZBERG, «Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen», en: AMELUNG (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, pp. 37 ss.; KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, pp. 9 ss., 143 ss., 510 ss.

distinción entre autoría y participación (15), ROXIN había fundamentado —alejándose de la fuerte concepción subjetivista dominante por aquél entonces— un tipo de autoría mediata que sirvió de base a la posterior sentencia del Tribunal Supremo alemán, si bien la transcendencia práctica en términos de pena no tenía excesiva importancia dada la proximidad de los marcos punitivos de ambas figuras.

(3). Hasta aquí podría parecer que la incidencia de esta cuestión en el ámbito empresarial sería nula o, si acaso, leve. Muy al contrario, empero, la relevancia de la misma está asegurada en tanto que el propio Tribunal Supremo alemán afirmó en la referida sentencia, confirmándolo posteriormente (16), que dicha construcción teórica era susceptible de transposición al ámbito de las empresas y organizaciones económicas. Precisamente con motivo de esta afirmación se ha generado una interesante discusión en la literatura científica (17). Resumiendo la finalidad de esta figura: a través de la aplicación en el ámbito empresarial de la autoría mediata en aparatos organizados de poder se intenta fundamentar la punibilidad de los directivos o dueños del negocio, afirmando igualmente la responsabilidad de los operarios de niveles inferiores. Se trata, en definitiva, de un mecanismo para poder alcanzar a la «cúspide» empresarial, lo cual coincide con la concepción generalizada de que la permanencia de la responsabilidad penal en los niveles inferiores de la organización empresarial trae consigo un indeseable menoscabo del efecto preventivo de las normas jurídico penales (18).

(15) Para un repaso actual del estado de la cuestión en el ámbito de la autoría y la participación vid. ROXIN, «Las formas de intervención en el delito: Estado de la cuestión», en: ROXIN/JAKOBS ET AL, *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000, pp. 155 ss., sobre la autoría mediata pp. 159 ss., 171 ss. Vid. también recientemente KÜPPER, «Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen» en: GA 1998, pp. 519 ss.

(16) BGH 40, 218 (236, 237); cfr. BGH, NStZ 1996, pp. 296, 297; BGH, NJW 1998, 767, 769.

(17) Vid., sin ánimo de exhaustividad, GROBE, *Management und Wirtschaftsstrafrecht: Strategien zur Risikovermeidung und Schadenbegrenzung*, 2001, pp. 9 ss.; ROTSCH, NStZ 1998, pp. 491 ss.; HEINE, «Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften», en: ZStrR 119 (2001), pp. 22 ss.; OTTO, Jura 2001, p. 759; RANSIEK, ZGR 1999, pp. 633 ss., 635; BOTKE, «Täterschaft und Teilnahme im deutschen Wirtschaftskriminalrecht —de lege lata und de lege ferenda» en: JuS 2002, pp. 322 ss.—; DEL RÍO FERNÁNDEZ, «La autoría en organizaciones complejas», en: ROMÁN PUERTA (Dir.), *Fenómenos delictivos complejos*, 1999, pp. 197 ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad del empresa*, pp. 57 ss.; MEINI, *Responsabilidad penal del empresario*, pp. 183 ss.; NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa*, pp. 177 ss.; SILVA SÁNCHEZ, «Criterios de asignación», pp. 11 ss.

(18) Fundamental al respecto SCHÜNEMANN, «Cuestiones básicas de dogmática

(4). Por lo tanto, resulta justificado revisar los elementos básicos de esta figura —Infra I, II y III— para observar, con posterioridad, las posibilidades que la misma ofrece para ser trasladada al ámbito empresarial —Infra IV—. Como se observará, las dificultades de dicha traslación son realmente notables, y ello hasta tal punto, que no parece adecuada su utilización como fundamento de la responsabilidad penal individual —Infra V—. Ello no obsta para que, tal vez, pueda considerarse una herramienta de imputación adecuada en otro ámbito; a saber, el de la responsabilidad penal de la propia empresa —Infra VI—.

I. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN DE ROXIN

(1). En su conocida monografía «Autoría y dominio del hecho», ROXIN adopta el dominio del hecho como criterio configurador de la autoría (19). Dicho criterio tiene fundamentalmente tres formas de aparición: como dominio de la acción, como dominio funcional del hecho y, lo más relevante a estos efectos, como dominio de la voluntad. Así, conviene señalar, ya en este punto, que la forma señalada en último lugar fundamenta la *autoría mediata*, mientras que el anterior sirve de base a la *coautoría* (20). Resu-

jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de la empresa», en: ADPCP 1988, p. 533. Igualmente vid. SILVA SÁNCHEZ, «Responsabilidad penal de las empresas», p. 368 cuando señala que las estructuras de imputación que se generen deberán ser aptas para atribuir el hecho a los responsables en el nivel jerárquico superior, de tal manera que puedan satisfacerse las necesidades preventivas. Cfr., sin embargo, las recientes reflexiones de SCHÜNEMANN, ADPCP 2002, pp. 10 ss. respecto de la tendencia ya generalizada de trasladar la responsabilidad penal lo máximo «hacia arriba», concluyendo que «en vista de las estructuras sociológicas y psicológicas del sistema no es adecuado imputar sin más a las personas físicas que están en la cúspide del sistema las obras de éste como una acción propia» (p. 16).

(19) Vid. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.^a ed., 1999, passim. [Existe una traducción al español a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo bajo el título ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 2000]; Íd., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, 2003, § 25.

(20) Esta referencia se justifica en función de que son varios los autores que intentan solventar los supuestos de la autoría mediata en virtud del dominio de la organización de la mano de la coautoría. Vid. entre otros DIERLAMM, «Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Geschäftsführer», en: NStZ 1998, pp. 569 ss.; JAKOBS, AT, § 21/40 ss.; Íd., NStZ 1995, pp. 26 ss.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 670; MURMANN, «Tatherrschaft durch Weisungsmacht», en: GA 1996, pp. 269 ss., 279; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 6.^a ed. 2000, § 21/92; Íd., Jura 2001, pp. 757 ss.; SAMSON, SK, 6.^a ed., 2001, § 25 n.m. 110; WEBER, en: BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht AT*, 10.^a ed., 1995, § 29 n.m. 147; puede deducirse

miendo y centrando la atención en el primer supuesto, el dominio de la voluntad puede ocurrir de tres maneras diferenciadas: por dominio del error (21), por dominio de la coacción (22) o, entrando de lleno en la autoría mediata en aparatos de poder organizados, por dominio de la organización (*Organisationsherrschaft*) (23).

(2). En el caso señalado en el párrafo anterior *in fine*, el autor de detrás se vale de la estructura de este tipo de aparatos ya que, se afirma, en los mismos la ejecución de su orden está asegurada independientemente de quién sea el individuo concreto que la realice; es decir, *la ejecución del mandato no depende en absoluto de la individualidad del ejecutor inmediato*. Expresado de manera plástica, los ejecutores son «sólo piezas intercambiables del engranaje del aparato de poder y, a diferencia del autor en relación con el inductor, no pueden cerrar el paso al hombre de atrás» (24). Es precisamente la característica de ser piezas intercambiables, en otras palabras, la absoluta intercambiabilidad (fungibilidad) de los ejecutores, un criterio fundamental del dominio de la organización.

(3). En la concepción original de ROXIN existen tres elementos que caracterizan el dominio de la organización: (1) la intercambiabilidad de los ejecutores individuales, que fungen como piezas intercambiables en el aparato de poder (fungibilidad); (2) una organización vertical estructurada jerárquicamente (un aparato de poder); (3) la actuación del aparato fuera del ordenamiento jurídico (desvinculación del Derecho). Se acaba de hacer referen-

de su posición DERKSEN, «Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Mittäterschaft», en: GA 1993, pp. 163 ss.; LESCH, «Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung», en: ZStW 105 (1993), pp. 271 ss (como lo hace JAKOBS, NStZ 1995, p. 27); KINDHÄUSER, «Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft», en: BOHNERT et al (eds.), *Verfassung — Philosophie — Kirche. Festschrift für Hollerbach*, 2002, pp. 627 ss. (como lo hace OTTO, Jura 2001, p. 759). Partidarios de la solución de la coautoría para el ámbito empresarial SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 632; ÍD., ADPCP 2002, pp. 9 ss., 18 ss. [cfr. la réplica de ROXIN, AT, II, n.m. 137]; recientemente TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 2004, p. 121; MUÑOZ CONDE, RP 6 (2000), p. 113; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de empresa*, pp. 137 ss.

(21) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 170 ss.; ÍD., AT II, §§ 25/61 ss.

(22) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 142 ss.; ÍD., AT II, §§ 25/47 ss.

(23) Cfr. ahora sólo ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 242 ss.; ÍD., AT II, §§ 25/105 ss.; ÍD., «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate», en: GA 1963, pp. 200 ss.

(24) ROXIN, «Probleme von Täterschaft und Teilnahme», p. 550.

cia a la posición «original» de ROXIN ya que en tiempos recientes, el ya jubilado catedrático muniqués ha modificado en parte dichos presupuestos, en especial el referido a la necesidad de desvinculación del Derecho, el cual parecía ser el obstáculo insalvable para la transposición de esta construcción al ámbito empresarial. La cuestión no es irrelevante ya que para dicha transposición deberían cumplirse todos los requisitos que se exijan para este tipo de autoría mediata.

(4). En cualquier caso, las presentes reflexiones llevan al terreno de la fundamentación del dominio de la organización, circunstancia por la cual conviene hacer referencia a otras posiciones doctrinales que han tratado de fundamentar el concepto que late tras el dominio de la organización de diversas maneras, ya que de las mismas pueden derivarse interesantes consecuencias para el desarrollo de estas páginas. Por supuesto, en este punto no se pretende agotar la extensa discusión que ha generado el dominio de la organización, sino únicamente realizar algunas precisiones que vayan apuntando el carácter problemático de esta construcción.

II. EL NÚCLEO DE LA DISCUSIÓN: EL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN

En la discusión que ha sucedido a la construcción científica de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder puede observarse cómo la piedra angular radica en el *criterio* que fundamenta el dominio de la organización. Numerosos autores coinciden con ROXIN en la afirmación de que el dominio de la organización se conforma como la guía básica para determinar la autoría mediata en estos casos (25). Las discrepancias comienzan a apa-

(25) Vid. por ejemplo CRAMER en: SCHÖNKE/SCHROEDER, *Strafgesetzbuch*, 25.^a ed., 1997, § 25 n.m. 25; LACKNER, *StGB*, 22.^a ed., 1997, § 25 n.m. 2; SAMSON, *SK-StGB*, §§ 25, 26; MAURACH/GÖSSEL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II, 7.^a ed. 1989, § 48 n.m. 88 (haciendo sin embargo referencia a la contradicción que supone con el principio de responsabilidad referido anteriormente); Vid. también la antigua posición de HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, pp. 42 ss.; Íd., *Jura* 1990, pp. 16 ss., 23 ss., quien reconocía ya entonces que constituía una excepción al principio de responsabilidad, lo que seguramente ha sido el principal motivo de que hoy en día sostenga que se trata de un supuesto de inducción. En aquel entonces HERZBERG sostenía que el instrumento necesario para configurar la autoría mediata no lo constituye el ejecutor inmediato, sino precisamente el aparato de poder que funciona de manera mecánica. Una reflexión semejante se encuentra en SCHILD, *Täterschaft als Tatherrschaft*, 1994, p. 22, cuando señala que existe un «instrumento (humano), que ya se presupone verbalmente —qua 'aparato'—». Vid. por último también SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 1984, 10/95. En la literatura española vid. entre otros

recer cuando se hace referencia al fundamento de dicho dominio, por lo que en lo que sigue se hará referencia a ciertas reflexiones que se han efectuado en torno al mismo.

II.1. DOMINIO DE LA CONFIGURACIÓN RELEVANTEMENTE SUPERIOR

Este concepto es acuñado por BOTTKE en el marco de una investigación más amplia sobre el fundamento de la autoría —al menos, en el sistema común europeo (26)—. En principio, la responsabilidad del superior jerárquico viene dada por su «dominio de la configuración relevantemente superior». Sin embargo, debido a que las empresas o establecimientos no pueden considerarse aparatos de poder aciviles (27), «es inadmisibles hacer responder siempre como autor mediato por omisión a aquél que no impide los hechos punibles, relativos al establecimiento, de sus subordinados» (28). Ahora bien, eso no significa que *nunca* pueda hacerse responsable. Para BOTTKE esta posibilidad entra en consideración cuando el superior jerárquico sabe más sobre la peligrosidad para los bienes jurídicos que su propio subordinado. En este supuesto «el eventual comportamiento doloso del subordinado que sufre un relevante desconocimiento y su posible punibilidad como autor de un delito doloso, no se opone a la responsabilidad del superior que posee un conocimiento relevante» (29). Así, el propio BOTTKE pone un

BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal*. Parte General 5.ª, 1998, p. 372; BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata*, pp. 335 ss.; DíEZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991, p. 648; GÓMEZ BENÍTEZ, «El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)», en: ADPCP 1984, pp. 103 ss., 141 ss.; MEINI, *Responsabilidad penal del empresario*, pp. 118 ss., 197.

(26) BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, pp. 71 ss.; Íd., «Estructura de la autoría en la comisión y en la omisión como requisito para la construcción de un sistema de Derecho penal de la Comunidad Europea» (trad. Mirentxu Corcoy Bidasolo), en: SCHÜNEMANN/FIGUEIREDO (eds.)/SILVA SÁNCHEZ (ed. española), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, 1995, pp. 309 ss. Para una reseña crítica vid. LESCH, GA 1994, pp. 112 ss.

(27) Vid. BOTTKE, «Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica», en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (Coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, 1996 p. 172., ahondando en esta consideración, pp. 182 ss. e Íd., «Criminalidad económica y Derecho criminal económica en la República federal de Alemania», en: RP 4 (1999), pp. 26 ss., considerando que el fundamento de la pena en los casos de autoría mediata en virtud del dominio de la organización únicamente puede residir en la debilitación del principio de tipicidad que acontece en las violaciones de los derechos humanos organizadas por Estados que no son Estados de Derecho. Dado que ese no es el caso de las empresas, no puede acudir a ese criterio en el ámbito empresarial.

(28) BOTTKE, «Responsabilidad por la no evitación», p. 172.

(29) BOTTKE, «Responsabilidad por la no evitación», p. 172.

ejemplo de la constelación de autor detrás del autor: «Si el aprendiz A se imagina, por ejemplo, que introduce en un río de modo no autorizado, cuando abre la compuerta del canal de aguas residuales, 10 litros de aguas residuales, el oficial B, superior a él, cree que la apertura pondría en peligro el abastecimiento público de agua y el patrón C, superior de los dos, sabe que la apertura pondría en peligro la concreta integridad física y vida de otros, serán B y C, con independencia el uno del otro, autores mediatos por omisión» (30).

II.2. DOMINIO SOCIAL

Otros autores han hecho referencia a la existencia de un dominio social del hecho. En primer lugar debe hacerse referencia a la breve e interesante monografía de SCHILD «Autoría como dominio del hecho», puesto que en ella mantiene una posición un tanto diferente a la de ROXIN, pese a partir del mismo planteamiento. En efecto, tras mostrarse plenamente de acuerdo con el punto de partida normativista que orientaba la crítica de ROXIN a la teoría finalista de la acción, procede a criticar precisamente la concepción desarrollada en relación con el dominio de la organización en tanto que se produce un retroceso a relaciones fenotípicas, pre-normativas de la acción; en pocas palabras, se acude a la ejecución del hecho «de propia mano», «de manera inmediata» (31). De esta manera, tras una crítica de superficialidad del parágrafo 25.I del Código penal alemán (32), sostiene que el hombre de atrás tiene el dominio de la acción típica (*Tatbestandshandlungsherrschaft*) en tanto que tiene el dominio del aparato. Por lo tanto, en lugar de considerar la existencia de una autoría mediata, se decanta por la fundamentación de una autoría única. En su opinión, el dominio sobre el aparato —precisamente el instrumento (!!)— *le*

(30) Vid. БОТКЕ, «Responsabilidad por la no evitación», pp. 176 ss. Parecería que, en este contexto, también puede abrirse la posibilidad de la responsabilidad de ambos —superior jerárquico y subordinado— cuando el superior conoce de la existencia una actitud criminal establecida por el colectivo, de tal manera que cuando envía la orden de cometer un delito es consciente del alto grado de probabilidad de que la orden se cumplirá y del mayor riesgo que supone para el bien jurídico. Sin embargo, cfr. las propias reflexiones de БОТКЕ, «Responsabilidad por la no evitación», pp. 182 ss.

(31) SCHILD, *Täterschaft als Tatherrschaft*, p. 17.

(32) En realidad, cuando en estos casos se está cometiendo la acción a través de un «instrumento», no se está cometiendo a través de otro: si tiene la cualidad de «otro» —es decir, de ser persona— no puede ser considerado instrumento. Vid. SCHILD, *Täterschaft als Tatherrschaft*, p. 24.

confiere al hombre de atrás el dominio de la acción y, por lo tanto, es irrelevante cómo haya de ser cualificado el ejecutor. Se trata, en definitiva, de la realización de la voluntad del autor a través de un aparato (33).

Además de la fundamentación de SCHILD, también GROPP encamina sus reflexiones hacia una suerte de dominio social. Así, en su comentario a referida la sentencia del Tribunal supremo alemán de 1994, GROPP hace referencia al dominio social para caracterizar el *actuar en el seno de «cursos reglados»*, circunstancia que, a su parecer, fundamenta el dominio de la organización necesario para la autoría mediata. Por lo tanto, la cuestión decisiva no es que el aparato de poder sea un «aparato injusto», sino que el aparato organizado de poder pueda fundamentar el *dominio social* (34).

II.3. RESPONSABILIDAD POR EL INJUSTO DE LA ORGANIZACIÓN (ORGANISATIONENUNRECHT)

Ya en las primeras reflexiones de ROXIN sobre la «naturaleza» de la autoría mediata en virtud del dominio de la organización, se señala que dichos hechos podían intentar comprenderse bajo dos ópticas: como delitos colectivos o como hechos individuales, señalando a continuación que ninguna de estas perspectivas por sí solas llegaría a comprender adecuadamente la materia (35). Dicha dualidad se encuentra reflejada en las fundamentaciones de dos autores: RENÉ BLOY Y KAI AMBOS.

En lo que al primer autor se refiere, conviene tener en cuenta que BLOY se ha dedicado extensamente a las formas de participación (36), realizando en este punto también interesantes contribuciones. Su razonamiento, escuetamente sintetizado, discurre de

(33) Vid. SCHILD, *Täterschaft als Tatherrschaft*, p. 22. En relación con las agudas consideraciones de SCHILD deben realizarse las siguientes precisiones sobre el término dominio de la organización. El autor de detrás tiene el dominio inmediato sobre la organización y no sobre los miembros en particular; de ahí que SCHILD derive la responsabilidad del hombre de atrás como autor. Sin embargo, debe tenerse igualmente en cuenta que gracias a ese dominio inmediato de la organización, el hombre de atrás alcanza un dominio mediato del ejecutor. Ciertamente el término «dominio de la organización» pone el acento sobre la organización y no sobre el ejecutor, hecho sobre el cual volveremos más adelante. De cualquier manera, conviene notar que RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, pp. 46 ss., se apoya con bastante fuerza en la argumentación de SCHILD.

(34) GROPP, «Die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates als Mittelbare Mit-Täter hinter den Tätern», en: *JuS* 1996, pp. 13 ss., 16.

(35) ROXIN, *GA* 1963, p. 193.

(36) BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985.

la siguiente manera: el ejecutor inmediato es responsable penalmente por su propio hacer; pero, además, hay que tener en cuenta que a través de él actúa, simultáneamente, la propia organización. Se fundamentan así *dos tipos de injusto*: (1) un injusto organizativo que domina aquel que domina la organización —esto es, *el hombre de atrás*— y (2) un injusto individual que domina claramente el ejecutor —esto es, *el hombre de adelante*— (37). En definitiva, dada esta dualidad de injustos parece encontrarse una salida del atolladero consistente en afirmar la responsabilidad plena de una persona que, sin embargo, se considera un instrumento. En esta construcción *no se superponen* los fundamentos de punición de ambas personas.

En esta línea también se encamina AMBOS (38), quien distingue entre injusto individual e injusto colectivo precisamente para superar la objeción, referida inicialmente, sobre la contradicción que supone la aplicación de la autoría mediata al pretender el dominio sobre un autor en sí mismo plenamente responsable. Ahora bien, AMBOS señala que, en el caso del injusto colectivo, debe rechazarse un principio de autorresponsabilidad estricto y deben replantearse las reglas tradicionales de la imputación cuando exista una ejecución del hecho ajena, en casos de formas de comportamiento macrocriminales. AMBOS fundamenta una responsabilidad por el injusto de la organización (*Verantwortung kraft Organisationsunrecht*) en una competencia funcional, la cual se deriva de la circunstancia de que el hombre de atrás únicamente domina al ejecutor de manera mediata a través del aparato (39).

Pese a no constar, por lo general, en el marco de estas reflexiones, no puede finalizarse este tipo de fundamentación sin hacer referencia a quien, ya antes que ambos autores, hizo acopio de una forma de injusto de organización —a saber el denominado «injusto de sistema»— para, entre otras cuestiones, fundamentar la coautoría. En efecto, las consideraciones que acaban de exponerse hacen recordar extraordinariamente a lo ya dicho por LAMPE en relación con los, por él denominados, sistemas de injusto simples (40). Para LAMPE, la *coautoría* consiste en algo más que en una adición de conductas individuales: es un injusto de sistema fun-

(37) BLOY, «Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung», en: GA 1996, pp. 424 ss., 441.

(38) AMBOS, «Tatherrschaft durch Willenherrschaft kraft organisatorischer Machttapparate», en: GA 1998, pp. 226 ss.

(39) AMBOS, GA 1998, p. 234.

(40) LAMPE, «Systemunrecht und Unrechtssysteme», en: ZStW 106 (1994), pp. 688 ss.

cionalmente organizado. El injusto de dichos sistemas de injusto (*Unrechtssysteme*) no debe considerarse un injusto de relación (*Beziehungsunrecht*) —fundamentador del injusto personal— sino un injusto de sistema (*Systemsunrecht*) (41). Resumidamente puede decirse que la coautoría exige el comportamiento solidario consciente en un sistema funcional del cual resultan lesiones o peligros para los bienes jurídicos de terceros, derivándose de ello una responsabilidad que incluye, más allá de la responsabilidad por el propio hacer, el comportamiento del otro autor sistémicamente vinculado (42). No resulta difícil apreciar cierta correlación entre el injusto de organización (*Organisationsunrecht*) anteriormente expuesto y el injusto de sistema (*Systemsunrecht*). Sin embargo, como acaba de señalarse, esta construcción teórica es empleada por LAMPE para fundamentar la coautoría y no la autoría mediata.

II.4. UTILIZACIÓN DE QUIEN YA SE HA DECIDIDO POR EL HECHO

En una conocida monografía, aparecida poco tiempo tras el escrito de habilitación de ROXIN, SCHROEDER cuestiona el criterio de la fungibilidad planteado por aquél, ya que aunque los ejecutores no fueran intercambiables, ello no cambiaría nada respecto de la responsabilidad jurídico-penal de los partícipes (43). En su opinión, se trata de un caso de «utilización de quien ya se ha decidido por el hecho» y, en consecuencia, el ejecutor carece de una voluntad suficiente de oponerse a la orden (44). No es de extrañar que SCHROEDER vea en la sentencia del BGH una comunión con sus pensamientos, en tanto que en la misma se hace referencia a la «explotación de la disposición incondicional a realizar el tipo por parte del actor inmediato» (45).

III. REQUISITOS BÁSICOS DEL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN

Una vez examinadas algunas posibles modificaciones del fundamento del dominio de la organización, debe procederse al desglose y análisis de cada uno de los requisitos tradicionales del dominio de la organización, refiriendo brevemente la problemática que

(41) LAMPE, ZStW 106 (1994), pp.703 ss. para la coautoría.

(42) LAMPE, ZStW 106 (1994), p. 690.

(43) SCHROEDER, *Täter hinter dem Täter*, 1965, p. 168; Íd., JR 1995, p. 178.

(44) Vid. SCHROEDER, *Täter hinter dem Täter*, p. 222.

(45) Vid. SCHROEDER, JR 1995, p. 179.

ha devenido en cada uno de ellos para, en un epígrafe posterior, examinar los problemas que se plantean con la transposición al ámbito empresarial. En principio, una exposición escueta en este apartado resulta suficiente para poner de manifiesto el objeto de este artículo: la problemática que impera en el dominio de la organización con anterioridad a su transposición al ámbito empresarial.

III.1. LA INTERCAMBIALIDAD O FUNGIBILIDAD

(1). El criterio de la fungibilidad posee una relevancia especial puesto que el hecho de que los ejecutores aparezcan como piezas intercambiables en este mecanismo produce la certeza (¿?) de que la orden que emana del autor de detrás va a ser cumplida: en caso de que una de las piezas intercambiables se negara, serían reemplazada por otra que sí llevaría a cabo la orden. De ahí que, en definitiva, la individualidad del ejecutor concreto no juegue papel alguno en la efectiva materialización de la acción. El ejecutor es una «figura anónima, intercambiable» (46). Así, se considera que este elemento constituye el fundamento central de la teoría del dominio de la organización (47).

Sin embargo, pese a la importancia que reviste dicho elemento, puede afirmarse que ha recibido serias críticas por parte de la doctrina, principalmente por su inconsistencia. Desde luego, difícilmente se conjuga la perspectiva de considerar que el ejecutor es una figura *totalmente intercambiable* con el hecho de que se le está considerando un autor *plenamente responsable*. El principio de autorresponsabilidad parece desplegar aquí unos efectos devastadores para esta construcción.

(2). De esta manera, la fragilidad de la fungibilidad se muestra con toda claridad cuando se adopta la perspectiva del *hecho concreto* que se está enjuiciando. El ejecutor del hecho, fácticamente, no puede ser intercambiado en cualquier momento con respecto al hecho concreto (48). A título de ejemplo: si cuando el fugitivo F estaba escapándose, el guardián del muro G no hubiera disparado, F no hubiera muerto, siendo, por lo demás, imposible que en ese preciso momento G hubiera sido intercambiado por otro

(46) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 245.

(47) Vid. sólo HERZBERG, «Mittelbare Täterschaft», pp. 37 ss.

(48) MURMANN, GA 1996, pp. 269 ss., 273 ss.; HERZBERG, «Mittelbare Täterschaft», pp. 37 ss; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 89; JAKOBS, AT, § 21/103 y nota 190; ROTSCH, «Täterschaft kraft Organisationsherrschaft», en: ZStW 112 (2000), pp. 526 ss., 528.

guardián G2. Ello puede deberse a que en la situación concreta no se dispone de suficientes medios de reemplazo y que, por lo demás, la certeza de la que habla ROXIN se transforma claramente en una mera probabilidad si se parte de que el ejecutor es una persona responsable, esto es, que actúa libremente —tal y como señala correctamente HERZBERG (49)—. Frente a estas críticas ROXIN ha argumentado que, como cualquier forma de autoría, la autoría mediata no supone un éxito asegurado sino que resulta perfectamente concebible una tentativa (50). Por ejemplo, señala el autor alemán, cuando se envía a un disminuido psíquico a que cometa un delito determinado, éste puede distraerse por cualquier motivo y hacer que el objetivo del autor mediato no se vea cumplido. Ahora bien, la astucia de ROXIN trayendo a colación el argumento de la tentativa, se ve fuertemente contradicho por HERZBERG cuando señala que los ejemplos introducidos por ROXIN en la discusión son precisamente ejemplos clásicos de la autoría mediata, v. gr., casos de personas disminuidas, que no se corresponden en absoluto con la figura del dominio de la organización en la cual el ejecutor inmediato es una persona plenamente responsable y no un disminuido psíquico (51). En este punto las réplicas de ROXIN (52) no merman en absoluto la contundencia de la

(49) HERZBERG, «Mittelbare Täterschaft», p. 37 ss., 38. HERZBERG también trae a colación que la réplica consistente en señalar que G2 podría repetir el hecho supone la introducción de un segundo hecho y no de la valoración jurídico-penal del hecho concreto que se quiere dilucidar.

(50) ROXIN, «Anmerkungen zum Vortrag von Prof. Dr. HERZBERG», en: AMELUNG (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, p. 56; Íd., *AT, II*, n.m. 115.

(51) HERZBERG, «Mittelbare Täterschaft», p. 58. Precisamente en este punto se plantea la más que dudosa vigencia de la absoluta fungibilidad del ejecutor inmediato dado que, caso de concurrir realmente ésta, no debería poder siquiera plantearse la posibilidad de que la orden no se llevara a cabo. Mediante el recurso a los casos clásicos de la autoría mediata, ROXIN evita señalar lo que, es su única salida: afirmar que el dominio de la organización eleva únicamente la probabilidad del cumplimiento de la orden, pero no tanto como para poder afirmarla un 100%. Sin embargo, afirmar un dominio fundamentador de la autoría basado en elevaciones de probabilidad de resultado no constituye, fundamento suficiente.

(52) Así, ROXIN, *AT, II*, n.m. 114 intenta distinguir el «caso concreto» (*Einzelfall*) del «caso normal» (*Normalfall*), indicando que la cuestión no radica en determinar si en cada concreto funciona la «automatización», si no en si funciona en el caso normal. Según ROXIN dicha automatización sí funciona en el caso normal, mientras que la inducción —es decir, la solución propuesta por HERZBERG— no. Sin embargo, dichas reflexiones se compaginan mal con una fundamentación del dominio basada precisamente en la *certidumbre* —con independencia del caso concreto— del hombre de atrás de que su orden se cumplirá.

objeción de HERZBERG, por lo que el pilar fundamental de la construcción roxiniana parece comenzar a tambalearse seriamente.

(3). Por otro lado, se ha señalado, también de manera acertada, que si se llegara a admitir una fungibilidad de las personas situadas en los escalafones inferiores de la jerarquía, habría que admitir igualmente la fungibilidad de los situados en la cúspide, dado que en el momento en el que éstos no llevaran a cabo lo que constituye la «política» de la organización, serían inmediatamente reemplazados (53). Por lo demás, parece que la objeción más radical en este ámbito es la planteada por JAKOBS, ya que para este autor la fungibilidad o intercambiabilidad constituye un mero dato naturalístico sin relevancia alguna normativa (54).

(4). Con todo, merece llamar la atención sobre la posición de KUHLEN (55), puesto que en su opinión la fundamentación de la autoría mediata en virtud del dominio de la organización no es una construcción *ad hoc* sino que se conjuga perfectamente con los principios básicos de la autoría. De esta forma, la objeción fundamental que suele presentarse en el sentido de que vulnera el principio de la responsabilidad propia, no es cierta. Para ello recurre a la noción de dominio de MAX WEBER, en tanto que bajo la misma no sólo se comprende socialmente el actuar no-libre, sino también el actuar libre (56). Es decir, también se puede dominar a quien está actuando libremente, y ello es posible no sólo conceptualmente, sino también *socialmente*. Por ello, estima este autor que es perfectamente plausible fundamentar la autoría mediata cuando el ejecutor también es considerado plenamente responsable. Lo dicho tiene como consecuencia que la distinción entre inducción y autoría mediata ya no radique en el principio de responsabilidad propia. En lugar de esta clara línea divisoria, se intro-

(53) Vid. recientemente BOSCH, *Organisationsverschulden*, p. 235.

(54) Vid. la fundamentación en JAKOBS, *AT*, § 21/40 ss.; Íd., *NStZ* 1995, pp. 26 ss.

(55) KUHLEN, «Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme», p. 82.

(56) La referencia de KUHLEN a WEBER resulta acertada en tanto que, pese a que KUHLEN no lo cite en su artículo, el concepto de poder ha sido una constante en las teorías de la organización fundamentalmente a partir de la teoría de dicho sociólogo. Sin embargo, debería especificarse qué tipo de poder puede constatararse en el seno de la organización, puesto que no siempre coincidirá con el supuesto del actuar libre del sujeto. [vid. sólo ETZIONI, *A Comparative Analysis of Complex Organizations*, 1961, pp. 3 ss., quien con base en las formas diferenciadas de poder, realiza una clasificación de los distintos tipos de organizaciones]. Por lo demás, la inteligente construcción de ROXIN «aparatos organizados de poder» invita a un estudio más preciso de las relaciones de poder existentes en el interior y alrededor de los mismos [vid. por ejemplo, MINTZBERG, *Power In and Around organizations*, 1983, *passim*].

ducen criterios en función de grupos de casos, lo cual es menos claro y hace necesaria una delimitación material. En aras de ello, KUHLEN acude al criterio de SCHROEDER de la predisposición del ejecutor, considerando que la intercambiabilidad sólo es un motivo para la generalizada disposición para las consecuencias de los colaboradores que, por lo demás, tiene un efecto muy notable en las grandes empresas (57).

III.2. LA JERARQUÍA ORGANIZATIVA

(1). La existencia de una férrea jerarquía de mando se constituye igualmente como un requisito indispensable del dominio de la organización, puesto que ello posibilita que la orden vaya discurrendo por los diferentes escalafones jerárquicos sin ser discutida y que, por lo tanto, exista la máxima certeza de que será ejecutada. Precisamente en este «atravesar» los diferentes escalafones, el dominio de la organización va desplegando considerables efectos, en tanto que la presencia de una jerarquía influye decisivamente en la caracterización también como autores mediatos de todos aquellos que participen en la cadena de mando. En definitiva, no sólo es autor mediato el que está situado en la cúpula —el jefe superior de una organización criminal (58)—. Toda persona que, en el ámbito de un aparato de poder, se encuentra en una posición en la que imparte órdenes a personas subordinadas, debe ser considerado también autor mediato cuando aplica sus órdenes para la ejecución de acciones delictivas (59).

Así, en comparación con la concepción normal de la autoría se produce una inversión: una pérdida en la cercanía con el hecho se ve compensada a través de la mayor cantidad de dominio organizativo según la posición directiva del aparato (60). Por lo tanto, es perfectamente concebible que se produzca una cadena de autores mediatos: será autor mediato aquel que en el marco de la jerarquía transmita, con poder de mando independiente, la orden de cometer el delito. Seguirá siendo autor aunque esté cumpliendo con el encargo de posiciones más altas de la jerarquía organizativa (61).

De la referida exposición parece deducirse que cualquier persona que, en el seno de la organización, se relaciona con la orden

(57) KUHLEN, «Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme», pp. 83 ss.

(58) ROXIN, «Probleme von Täterschaft und Teilnahme», p. 556.

(59) Vid. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 248.

(60) Vid. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 247.

(61) Vid. ROXIN, «Probleme von Täterschaft und Teilnahme», p. 556.

se convierte inmediatamente en autor mediato, lo cual supone, a primera vista, una ampliación sin límites de la responsabilidad (62). Para evitar una ampliación excesiva de la responsabilidad en calidad de autor, ROXIN señala que si se trata de conductas consistentes en el mero procesamiento burocrático de la orden emanada de un superior, entonces el grado de responsabilidad adecuado es el de complicidad (63).

III.3. LA DESVINCULACIÓN DEL DERECHO (*RECHTSGELÖSHEIT*)

(1). La importancia de este requisito para esta investigación reviste especial interés puesto que el propio ROXIN percibe en el mismo un obstáculo insalvable para la aplicación de la figura aquí estudiada al ámbito empresarial (64). Resumidamente pudiera formularse de la siguiente manera: en tanto que la empresa no constituye una organización desvinculada del Derecho no puede considerarse un aparato de poder organizado apto para fundamentar el dominio de la organización del hombre de atrás. La cuestión, empero, no pareciera estar tan resuelta y ello, fundamentalmente, debido a la discusión que se ha producido en torno a este requisito.

Quizá la primera cuestión que hay que dilucidar es la relevancia que tiene dicho criterio para fundamentar el dominio de la organización. El quid de la cuestión parece radicar en el hecho de que al estar desvinculada la organización del Derecho, las normas jurídicas del ordenamiento no tienen el efecto que se les supone en los miembros de la misma. Si no se produce dicha desvinculación y los ejecutores llevan a cabo las órdenes del autor de escritorio (*Schreibtischtäter*), entonces se presenta un caso de inducción, dado que «la ordenación de acciones punibles no tiene el efecto de fundamentar una autoría puesto que las leyes tienen un valor de rango mayor» (65). En definitiva, la relevancia de este criterio radica en posibilitar la distinción entre autoría mediata e inducción: en caso de existir una desvinculación del Derecho, la orden del superior fundamenta una autoría mediata, mientras que en el supuesto de no que no exista tal desvinculación únicamente cabe apreciar una inducción (66). Ante esta cuestión se plantea la cuestión de (1)

(62) Una reflexión semejante puede encontrarse en SILVA SÁNCHEZ, «Responsabilidad penal de las empresas», p. 370 ss. cuando hace referencia a la responsabilidad de quienes «se limitan a transmitir instrucciones».

(63) Vid. ROXIN, «Probleme von Täterschaft und Teilnahme», p. 556.

(64) Vid. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 249.

(65) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 249.

(66) ROXIN, «Probleme von Täterschaft und Teilnahme», p. 558.

qué grado de desvinculación del Derecho tiene que poder observarse en la organización o, incluso, (2) hasta qué punto resulta necesario dicho presupuesto para fundamentar el dominio de la organización.

- (1) En las formulaciones originales puede encontrarse que dicho presupuesto se ve cumplido cuando la organización actúa «fuera del ordenamiento jurídico», debiendo tratarse de una forma de actuación de la organización misma (67). En una depuración de las reflexiones iniciales, tanto HERZBERG como MUÑOZ CONDE hacen referencia a que, de mantener un criterio tan estricto de la desvinculación del Derecho, surgiría la imposibilidad de aplicar la figura en cuestión precisamente en la sentencia referida a los miembros de Consejo de Defensa en la época nazi. En efecto, difícilmente puede afirmarse que dicha organización, de dimensiones nada despreciables, se había desvinculado como un todo de las normas del Derecho vigente estatalmente (68). ROXIN realiza dos matizaciones interesantes derivadas de las críticas recibidas: por un lado, señala que el fundamento para poder aplicar esta figura a la criminalidad organizada reside en que no se exige que la banda en cuestión no considere vinculante la totalidad del Código penal, sino que es suficiente con que se refiera a la realización de un tipo en concreto; por otro lado, se afirma que la desvinculación del Derecho no tiene por qué ir referida a ámbitos de actuación globales sino que es suficiente con que se refiera a la comisión de hechos puntuales (69). Bajo esta nueva perspectiva se favorece evidentemente la aplicación de la figura al ámbito de la empresa.
- (2) Más radical respecto de este requisito parece mostrarse AMBOS, quien señala que la desvinculación del Derecho representa un *elemento* del dominio de la organización pero *no* constituye un *requisito indispensable* de la misma (70). Para fundamentar dicha tesis acude a una distinción entre aparatos de poder no organizados estatalmente y aparatos de poder organizados estatalmente. En los primeros puede

(67) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 249.

(68) Vid. HERZBERG, «Mittelbare Täterschaft», pp. 37 ss. Vid., también MUÑOZ CONDE, RP 6 (2000), pp. 106 ss.

(69) ROXIN, «Probleme der Täterschaft un Teilnahme», p. 556.

(70) AMBOS, GA 1998, pp. 242 ss., 245. Cfr. ROXIN, «Probleme von Täterschaft und Teilnahme», pp. 557 ss. Vid. ya SCHILD, *Täterschaft als Tatherrschaft*, pp. 22 ss.

llegar a producirse una relación simbiótica con el Estado de tal manera que la propia organización, lejos de poder considerarse desvinculada del Derecho, constituye un elemento integrante de éste: constituyen entidades «para-estatales» (71). Ahora bien, el hecho de que se genere dicha relación simbiótica con el Estado no afecta en absoluto al dominio, tanto del hecho como del autor, que tiene la cúspide. Por lo tanto, quizás pudiera sostenerse que la existencia de una desvinculación del Derecho *favorece* el dominio de la organización en el sentido de que aumenta las posibilidades de que la orden emanada de la cúspide se ejecute efectivamente, pero dicho favorecimiento no constituye un elemento configurador del dominio de la organización. Como conclusión se puede extraer que si la desvinculación del Derecho no constituye un requisito ineludible del dominio de la organización, su concurrencia o no en la empresa adquiere una relevancia mucho menor (72).

IV. DIFICULTADES EN LA TRANSPOSICIÓN AL ÁMBITO EMPRESARIAL. LA EMPRESA: ¿UN APARATO ORGANIZADO DE PODER?

(1). Como ya se ha referido al comienzo, y se ha podido constatar a lo largo de la exposición, la formulación de la autoría mediata presenta en su propia aplicación al ámbito de los aparatos organizados de poder una serie de inconvenientes dignos de consideración. La aplicación al ámbito empresarial supone la introducción de una serie de problemas añadidos, en tanto que, como también se mencionó, debe determinarse si la empresa cumple con los requisitos de un aparato organizado de poder (73). No obs-

(71) Como ejemplos cita la mafia siciliana y los cárteles colombianos.

(72) Vid. también llegando a esta conclusión MEINI, *Responsabilidad penal del empresario*, p. 179: «la exclusión del aparato de poder organizado del Ordenamiento jurídico nada aporta al dominio que pueda ostentar el mando superior sobre sus subordinados». Cfr. sin embargo BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata*, p. 370, quien considera que resulta un presupuesto indispensable puesto que sólo cuando concurre «tienen los mandos dirigentes suficientes razones objetivas para contar con el cumplimiento de órdenes de carácter delictivo». Vid. igualmente las reflexiones de DE FIGUEIREDO DÍAS, «Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada», en: FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLO (eds.), *Delincuencia organizada: Aspectos penales, procesales y criminológicos*, 1999, p. 105 distinguiendo entre «oposición» y «exclusión» del Ordenamiento jurídico.

(73) En este sentido, MEINI, *Responsabilidad penal del empresario*, pp. 183 ss. con-

tante, pueden nombrarse al menos dos causas por las que los intentos de aplicación de esta figura al ámbito empresarial resultan valiosos:

Por un lado, ya se ha hecho referencia a que el Tribunal Supremo alemán está desarrollando una jurisprudencia en la que se establece la posibilidad de aplicar esta figura al ámbito de las estructuras organizativas empresariales o de carácter similar, señalando expresamente que «el problema de la responsabilidad en los negocios de las empresas económicas puede solucionarse de esta manera» (74). El desarrollo jurisprudencial ha llevado a KUHLEN a señalar que «en relación con los jefes y empleados, la jurisprudencia acepta con regularidad la autoría mediata» (75). Por otro lado, la figura cobra relevancia en el seno del incipiente Derecho penal económico europeo, puesto que en las discusiones que están teniendo lugar con motivo de la elaboración de un texto que contenga la regulación positiva de los «Eurodelitos» (*Europa-Delikte*) (76), la introducción expresa en el texto legislativo de la autoría mediata se está contemplando como una posibilidad dada la dificultad que supone comprender estas conductas bajo las figuras tradicionales (77). Por lo demás, la regulación contenida en el *Cor-*

sidera que el funcionamiento de la empresa rara vez resulta comparable al de los aparatos organizados de poder, motivo por el cual las posibilidades de aplicar la autoría mediata en virtud del dominio de la organización en el ámbito empresarial son más bien escasas. Cfr. sin embargo, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de empresa*, p. 92, quien, por el contrario, considera que «la estructura de las organizaciones criminales, y entre ellos los aparatos organizados de poder, presentan bastantes similitudes con las grandes empresas. Ambas se incluyen dentro de la denominada macrocriminalidad» (subrayado en el original). Sin perjuicio de que esta autora considera que la solución de la autoría mediata para estos casos no es la adecuada debido a la imposibilidad de compaginarla con el principio de autorresponsabilidad [vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de empresa*, pp. 94 ss.], lo cierto es que los supuestos referidos en esta investigación se encuadran más adecuadamente en la mesocriminalidad que en la macrocriminalidad [vid. extensamente respecto de esta categoría ALWART, *Zurechnung und Verurteilen*, 1998, pp. 24 ss.]

(74) BGH 40, 218, 236 ss.

(75) KUHLEN, «Strafrechtliche Produkthaftung», en: ROXIN/WIDMAIER (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht*, 2000, pp. 647 ss., 671. Vid. además las sentencias del BGH en NSTz 1997, p. 544; NJW 1998, p. 767; JR 1999, p. 205.

(76) Vid. las contribuciones en TIEDEMANN (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Harmonisierungsvorschläge zum Allgemeinen und Besonderen Teil*, 2002.

(77) Vid. en general el informe sobre la parte general de WEIGEND en: TIEDEMANN (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Harmonisierungsvorschläge zum Allgemeinen und Besonderen Teil*, 2002, pp.407 ss., especialmente pp. 418 ss.

pus Iuris para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea expresamente señala en su artículo 14 como responsables —es decir, no entra en distinciones de autoría y participación— a los empresarios cuando una personas sometida a su autoridad —empleado— haya cometido un delito por cuenta de la empresa (78).

En general, la importancia de esta figura para la discusión jurídico-penal en el ámbito empresarial puede adivinarse ya en la propia posición de ROXIN, quien ha pasado de una posición sumamente escéptica, no sólo con respecto a la posible aplicación de dicha construcción a las empresas, sino también con la utilidad práctica de la figura en general, a afirmar que «en lo concerniente a la transposición de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder a las empresas económicas y otras instituciones burocráticas, resulta una tarea urgente de investigación más detallada» (79).

IV.1. ¿LA ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL ESTÁ DESVINCULADA DEL DERECHO?

(1). Este requisito ha sido considerado tradicionalmente por el padre de la autoría mediata en virtud del dominio de la organización, como un obstáculo insalvable para proceder a la aplicación de dicha construcción teórica al ámbito empresarial (80). Sin embargo, el cuestionamiento que se ha llevado a cabo, tanto de su extensión como incluso de la necesidad de su concurrencia, obli-

(78) En general sobre el *Corpus Iuris* vid. DELMAS-MARTY, *Corpus Iuris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, 1998, las contribuciones en HUBER (ed.), *Das Corpus Iuris als Grundlage eines europäischen Strafrechts*, 2000; recientemente BACIGALUPO ZAPATER/SILVA CASTAÑO, *Un Derecho penal para Europa —Corpus Iuris 2000: un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios*, 2004—; GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Constitución Europea y Derecho penal: ¿Hacia un Derecho penal federal europeo?», en: S. BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal y política transnacional*, 2005, pp. 190 ss. Vid. las reflexiones respecto de la regulación a estos efectos del *Corpus Iuris* de MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de empresa*, pp. 123 ss.; MEINI, *Responsabilidad del empresario*, p. 198.

(79) ROXIN, «Anmerkungen zum Vortrag», p. 56; ÍD., *AT, II*, n.m. 138 donde reconoce que en el caso de las organizaciones empresariales, la figura del dominio de la organización debe complementarse con otras construcciones. Vid. además ROGALL, «Bewältigung von Systemkriminalität», en: ROXIN/WIDMAIER (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozessrecht*, 2000, p. 428.

(80) Vid. ROXIN, *JZ* 1995, pp. 51s.; ÍD., *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 611 ss.; ÍD., «Probleme von Täterschaft und Teilnahme», pp. 558 ss.

gan a realizar consideraciones adicionales en este campo. Evidentemente, la afirmación del Tribunal Supremo alemán de que la figura en cuestión resulta perfectamente aplicable a las empresas proporciona renovados bríos.

Por lo pronto, debe hacerse referencia a quienes, coincidiendo con la opinión de ROXIN, consideran que la falta de desvinculación del Derecho impide la aplicación a empresas económicas, permitiendo, por el contrario, su utilización en el seno de organizaciones criminales (81). En este grupo destaca la posición de HEINE quien expresamente señala que dicha figura no es de aplicación debido a que el aparato de poder tiene que estar desvinculado del Derecho (82). Las empresas económicas no están desvinculadas del Derecho, ni la totalidad de la organización se dedica a la comisión de hechos penales, por lo que falta la base para una posible imputación (83). Abundando en esta línea argumentativa pueden realizarse las siguientes reflexiones. En efecto, la empresa moderna difícilmente puede considerarse hoy en día como una organización que actúa al margen del Derecho, sino que más bien desde hace algún tiempo se va considerando que se trata de un ciudadano responsable de la sociedad (84). Si, además, se tiene en cuenta la economía de mercado que domina el panorama de la globalización mundial, y la consideración de la empresa como una de las instituciones claves del capitalismo (85), debe descartarse cualquier intento de afirmar de manera generalizada una actuación al margen del Derecho por parte de las empresas.

(81) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 250.

(82) HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 104 ss.

(83) HEINE, ZStrR 119 (2001), p. 30. En el mismo sentido BOTKE, «Responsabilidad por la no evitación», pp. 172, 182 ss. Por ello, se ha propuesto la aplicación de la figura exclusivamente en el ámbito de las organizaciones empresariales [vid. HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 104; SCHULZ, «Die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft —eine notwendige Rechtsfortbildung?—», en: JuS 1997, pp. 109 ss., 111]. Sin embargo, como señala AMBOS, GA 1998, p. 241, tampoco puede realizarse una aplicación indiscriminada al campo de criminalidad organizada, sino que hay que examinar el tipo de estructuración del que se dispone; no en vano AMBOS considera que los criterios determinantes del dominio de la organización son la estructura de la organización y el número de ejecutores intercambiables (p. 242).

(84) Se está haciendo referencia al conocido topos de discusión de la ciudadanía corporativa (*Corporate Citizenship*) [vid. extensamente respecto de la empresa como ciudadano corporativo fiel al Derecho GÓMEZ-JARA DIEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, 2005, pp. 248 ss. (si bien en relación con la problemática en torno a la culpabilidad empresarial)].

(85) Fundamental WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, 1985, passim.

(2). Sin embargo, el criterio de la desvinculación del Derecho ha sido objeto de importantes variaciones en los últimos tiempos, no sólo en lo que concierne a su concurrencia, sino también en torno a su extensión, tal y como se ha expuesto *ut supra*. Por lo tanto, aquellos autores que consideren que no constituye un requisito imprescindible para la aplicación del dominio de la organización, no tendrían por qué, en principio, ver inconveniente alguno en su transposición al ámbito empresarial (86). No obstante, uno de los defensores de la falta de necesidad de este elemento, AMBOS, no afirma la posibilidad automática de aplicación del dominio de la organización a la empresa, ya que incluso en empresas estructuradas jerárquico-linealmente no puede partirse de la existencia del criterio básico de la fungibilidad (87).

Quienes, por otro lado, sólo lleven a cabo una reducción de la extensión del mismo, de tal manera que baste con una posición de desvinculación con respecto a una/s norma/s del Código penal para considerar que se encuentran desvinculadas del Derecho, no tendrían tampoco numerosos problemas en afirmar que dicho requisito se da en múltiples empresas modernas. Como ejemplo cabe pensar en la no tan infrecuente defraudación del IVA que llevan a cabo numerosas empresas, de tal manera que quizá pudiera afirmarse que la empresa se considera desvinculada de la regulación tributaria que grava dichos hechos impositivos. Ello, empero, no significa que tenga lugar sin más el dominio de la organización; debe siempre recordarse que, pese a la apertura que puede haber sufrido un elemento de dicho dominio, los otros dos requisitos deben coincidir para poder hablar de una autoría mediata.

IV.2. FUNGIBILIDAD Y JERARQUÍA: PROBLEMÁTICA DE LA ESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL MODERNA

(1). Una lectura de la literatura especializada en la atribución de responsabilidad en el seno de la empresa, permite constatar que;

(86) Ello parece derivarse en un principio de las palabras de MUÑOZ CONDE, RP 6 (2000), p. 111: «Vista desde esta nueva perspectiva [sc. la que elimina la desvinculación del Derecho como requisito del dominio de la organización] la teoría de ROXIN no plantea, pues, ningún problema para admitir también esta forma de dominio organizativo sobre todo en el ámbito de las grandes empresas». Sin embargo, como se indica en la siguiente nota, será la fungibilidad la que mayores problemas plantee para este autor, recurriendo en consecuencia a la coautoría.

(87) AMBOS, GA 1998, pp. 239 ss.; de acuerdo MUÑOZ CONDE, RP 6 (2000), p. 112.

por lo general, se intenta dar cuenta de los desarrollos conseguidos en el seno de la teoría de la organización y la sociología de la organización (88). Por ello, merece la pena hacer mención de algunas consideraciones relativas a la organización empresarial (89) que pueden tener una especial incidencia a la hora de barajar la posibilidad de aplicar la autoría mediata en estos supuestos.

(2). Por un lado, resulta un lugar común, tanto en la teoría de la organización como en las perspectivas jurídico-penales de este problema, hacer referencia al fenómeno de *descentralización y funcionalización* que se constata en las empresas modernas (90), el cual parece acusarse con mayor plausibilidad cuanto mayor es el tamaño de las mismas. En este ámbito incluso se llega a afirmar que mediante la coordinación de diferentes ámbitos negociales, departamentos y secciones, la gran empresa adquiere una capacidad de acción funcional (91). No menos importante resulta la consabida fórmula de la «irresponsabilidad organizada» (92) aparejada a dicho fenómeno. Por otro lado, refiriendo nuevamente un topos clásico de la teoría de la organización, se trata el problema del flujo de información en el seno de las empresas. Resumidamente, se constata que la empresa, lejos de tratarse de un sistema de informa-

(88) Así hay que referir en primer lugar la pionera investigación de SCHÜNE-MANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pp. 30 ss.; HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, 1995, pp. 31 ss.; ROTSCH, *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, pp. 23 ss., 72 ss.; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, pp. 40 ss.; EIDAM, *Unternehmen und Strafrecht*, 1.^a ed. 1993, pp. 10 ss.; BUSCH, *Unternehmen und Umweltstrafrecht*, 1997. Vid. también, RUDOLPHI, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Bediensteten von Betrieben für Gewässerverunreinigungen und ihre Begrenzung durch Einleitungsbescheid», en: KÜPPER (ed.), *Festschrift für Lackner*, 1987, pp. 863 ss.; SCHMIDT-SALZER, «Strafrechtliche Produkthaftung», en: NJW 1988, pp. 1937 ss. Se echa en falta, no obstante, el estudio de la teoría y sociología de la organización para la solución misma de la autoría mediata en aparatos de poder organizados. Por banal que parezca, los avances de la teoría de la organización son aplicables a cualquier tipo de organización y, por ende, también a los aparatos de poder. Probablemente se alcanzarían conclusiones sumamente interesantes si se tuviera en cuenta las aportaciones de esta disciplina para la discusión jurídico-penal.

(89) Vid. sólo SCHMIDT-SALZER, «Strafrechtliche Produkthaftung», en: NJW 1990, pp. 2966 ss., 2968, e ÍD., NJW 1996, pp. 1 ss., 3, quien señala que el principio de distribución del trabajo constatable en las modernas empresas no tiene como consecuencia un anonimato de la responsabilidad sino, más bien, una proliferación de la responsabilidad.

(90) Fundamental HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 35 ss.; vid. ya SCHÜNE-MANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, p. 34.

(91) Fundamental HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 32.

(92) Cfr. fundamental BECK, *Gegengifflige. Organisierte Unverantwortlichkeit*, 1988, sobre todo pp. 96 ss.; SCHÜNE-MANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, p. 34; HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 41 ss.;

ción lineal, opera a través de una red de información descentralizada con conexiones transversales (93). De igual manera, se hace referencia a ciertas estrategias de *management* sumamente difundidas, como el *lean management*, las cuales presentan notables dificultades para ser comprendidas bajo las estructuras de imputación tradicionales (94). Si, además, se observa la proliferación de las estructuras empresariales en forma de M (multidivisional), la cuestión, en fin, se complica todavía más (95).

(3). Tras estas breves reflexiones extra-penales se va adivinando ya una óptica concreta en lo que referido a la concurrencia de los dos elementos restantes del dominio de la organización. En resumen, las especiales características de las empresas modernas —por lo menos aquellas con una complejidad considerable, que son las que plantean principalmente los problemas de imputación en Derecho penal— conducen a una imposibilidad de la aplicación de la figura del «autor detrás del autor». Si esta afirmación ya cuenta con apoyos sólidos en diversas teorías de la organización y del *management* (96), lo cierto es que adquiere unos contornos definitivos si se parte de la perspectiva de la organización empresarial como un sistema autopoiético (97), perspectiva adoptada, en mayor o menor medida, por varios autores (98).

(93) Vid. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pp. 37 ss.; HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 44 ss.

(94) Vid. una breve explicación en EIDAM, *Unternehmen und Strafe*, pp. 19 ss.

(95) Vid. por ejemplo los organigramas empresariales contenidos en HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 38 ss. Sobre las estructuras multidivisionales vid. TEUBNER, *Law as an Autopoietic System*, 1993, pp. 136 ss.

(96) Vid. ahora, entre otros, MAYNTZ/SCHARPF, *Policy-Making in the Federal Bureaucracy*, 1975, *passim*; KANTER, «The future of Bureaucracy and Hierarchy in Organizational Theory: A Report from the Field», en: BORDIEU/COLEMAN (eds.), *Social Theory for a Changing Society*, 1991, pp. 63 ss.; BAECKER, *Organisation als System*, 1999; ÍD., *Organisation und Management*, 2003; HERBST, *Alternatives to Hierarchies*, 1976; WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies*, 1978, *passim*. En general resultan fundamentales los trabajos de MINZBERG, *The Structuring of Organizations*, 1979; MINTZBERG, *Structures in Five: Designing Effective Organizations*, 1983; ÍD., *Power in and around Organizations*; ÍD., *MINZBERG on Management*, 1989; ÍD., *The Rise and Fall of Strategic Management*, 1994.

(97) Sobre esta perspectiva vid. resumidamente LUHMANN, *Organisation und Entscheidung*, pp. 39 ss.; LUHMANN, «Organisation», en: KÜPPER/ORTMANN (eds.), *Mikropolitik: Rationalität, Macht und Spiele in Organisationen*, 1988, pp. 165 ss.

(98) Vid., entre otros, BOTTKE, «Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht: Müssen Unternehmen «strafmündig» werden? Bemerkungen zum Stand des Wirtschaftskriminalrechts in der Bundesrepublik Deutschland», en: *wistra* 1997, p. 253; ÍD., *Assoziationsprävention. Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke*, 1995, p. 49; HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 79 ss.; SCHÜNEMANN, «Plädoyer zur Einführung einer Unternehmenskuratel», en: SCHÜNEMANN (ed.), *Deutsche Wiederverei-*

IV.2.1. ¿Fungibilidad real de los empleados de la empresa?

(1). Pese a las críticas que el criterio de la fungibilidad ha recibido, éste se erige como pilar fundamental en las construcciones clásicas del dominio de la organización. Las reflexiones en este punto, por lo tanto, deben partir de la idoneidad de concebir que los empleados de la empresa resultan indistintamente intercambiables. Precisamente al hilo de dicha argumentación, HEINE considera que no puede hablarse de una fungibilidad en las empresas sobre todo en la era en la que existe un Derecho del trabajo y del consumidor sumamente desarrollados (99). En la organización empresarial moderna existen numerosos puestos de trabajo donde resulta imposible una fungibilidad automática como la imaginada por ROXIN. Las cualificaciones especiales de las que tienen que hacer acopio numerosos miembros de las empresas antes de entrar a formar parte de la misma, aparte de los cursos de especialización que reciben una vez pertenecen ya a la organización, hacen sumamente difícil considerar que dichos miembros sean perfectamente prescindibles y reemplazables (100). Por lo tanto, con independencia de la propia crítica al criterio de la fungibilidad (101) —la cual, por cierto, se acentúa en el seno de la empresa— la configuración actual de la empresa moderna y el Derecho que la regula *dificultan hasta extinguir la posibilidad de considerar que los miembros de dicha organización sean piezas absolutamente intercambiables.*

nigung: *Die Rechtseinheit/Arbeitskreis Strafrecht. Bd. III Unternehmenskriminalität.*, p. 132; recientemente MIR PUIG, «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: RECPC 06 (2004), p. 13. Derivando todas las consecuencias de dicho planteamiento GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, pp. 228 ss., 236 ss. y passim

(99) HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 104 ss.

(100) vid. ROTSCH, NStZ 1998; ÍD., «Unternehmen, Umwelt und Strafrecht —Ätiologie einer Misere—», en: wistra 1999, p. 327; vid. también AMBOS, GA 1998, p. 239; MEINI, *Responsabilidad penal del empresario*, pp. 193 ss. Otra cuestión en la que entramos aquí, pero sin duda de importancia significativa, es la que se refiere al conocimiento organizativo. Para ello, vid. sólo ARGYRIS/SCHÖN, *Organizational Learning*, 1978 y BAECKER, «Die verlernende Organisation», en: ÍD., *Organisation und Management*, 2003, pp. 179 ss.

(101) Sin embargo, el mayor crítico de este criterio, HERZBERG, «Mittelbare Täterschaft», p. 39 señala que la fácil intercambialidad que se puede observar en un banda mafiosa puede darse igualmente en el ámbito de una empresa. La crítica de HERZBERG se dirige a la posibilidad, fundamentadora del dominio de la organización, de que el que da la orden pueda «estar seguro de la realización de sus órdenes».

IV.2.2. ¿La jerarquía como criterio decisivo de la estructuración empresarial?

(1). Una de las características más relevantes de los aparatos organizados de poder es la existencia de una férrea jerarquía. Precisamente es ésta una de las principales razones por las cuales no se discuten las órdenes. Sin embargo, en este punto se muestra sumamente problemático afirmar que las empresas modernas se basan en una jerarquía fuertemente institucionalizada. Estas reflexiones pueden conectarse sin dificultad con el concepto de heterarquía que se encuentra ínsito en las consideraciones de HEINE.

En efecto, este autor, haciéndose eco de un topos muy conocido en la teoría de la organización (la descentralización), señala que hoy en día en el seno de las grandes organizaciones empresariales se produce el fenómeno de descentralización y funcionalización de tareas que conlleva, como mínimo, una gran flexibilización de la jerarquía (102) —lo cual también concuerda bastante con el modelo de adhocracia de Henry MINTZBERG (103)—. Por lo tanto, no puede apreciarse la existencia de estructuras jerárquicas lineales suficientemente rígidas como para poder hablar de una cadena de autores mediatos. La figura de dicha construcción jurídica exige, por un lado, estructuras lineales y, por otro lado, poder fáctico suficiente, lo cual es más improbable conforme la organización sea más compleja. En definitiva, en las grandes empresas se carece de una relación suficiente con el hombre de adelante, esto es, con el hecho penal, en el sentido de un poder de mando actual. Y ello, precisamente, debido a la obstaculización que, en este contexto,

(102) HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 35 ss.; Íd., ZStrR 119 (2001), pp. 24 ss. Siguiéndole vid. ROTSCH, *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, pp. 73 ss. En la literatura norteamericana vid. ya BRICKEY, «Rethinking Corporate Liability Under the Model Penal Code» en: Rutgers Law Journal 19 (1988), pp. 593 ss. haciendo referencia a la difusión de la responsabilidad que conlleva la descentralización de las corporaciones. Dicha autora cita además una frase sumamente gráfica del problema: «Estos ejemplos demuestran concisamente lo que los teóricos del *management* y los estudiosos de las burocracias saben desde hace ya algún tiempo: 'cuanto más grande se vuelve la organización, menor es el control que los situados en la cima ejercitan sobre las acciones de ésta'» [DOWNS, *Inside Bureaucracy*, 1967, p. 143].

Las consecuencias que ambos autores derivan de las dificultades (casi imposibilidades) de imputación son, sin embargo, contrapuestas. Mientras que HEINE considera que constituyen un motivo poderoso para establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas [muy resumidamente, Íd., ZStrR 119 (2001), pp. 34 ss., ROTSCH, considera que deben fundamentar un tratamiento del problema fuera del Derecho penal [vid. resumidamente Íd., «Unternehmen, Umwelt und Strafrecht —Ätiologie einer Misere—», en: wistra 1999, pp. 368 ss.].

(103) MINTZBERG, *The Structuring of Organizations*, pp. 431 ss.

representan las estructuras organizativas funcionalmente diferenciadas. Por lo tanto, y en definitiva, podría existir un poder social sobre la organización pero no suficiente dominio sobre el hecho concreto (104).

(2). En este ámbito resultan igualmente relevantes las consideraciones de Thomas ROTSCH. Dicho autor, además de tratar extensamente las diferentes modificaciones que se han llevado a cabo para superar las dificultades de imputación en el seno de la empresa (105), dedica una especial atención a la construcción de ROXIN (106) y a su posibilidad de aplicación al ámbito empresarial (107). ROTSCH niega rotundamente que exista un automatismo susceptible de instrumentalización y controlable por parte del órgano de dirección más elevado. A mayor abundamiento, la utilización de dicho automatismo presupondría la previsibilidad de las consecuencias de la acción y la capacidad de conducción del comportamiento, requisitos ausentes en las estructuras económicas de la organización. Dada la multitud de riesgos difícilmente perceptibles con los que está relacionada la organización, representa una tarea realmente complicada considerar que dicha organización puede ser instrumentalizada para la realización del resultado. La situación que se acaba de describir se acentúa en el caso de los procesos sistémicos de las organizaciones formales, los cuales no son gobernables desde el exterior y están sometidos a sus propias leyes. Los modelos clásicos burocráticos no encuentran acomodo en las estructuras organizativas modernas, las cuales se caracterizan por una funcionalización y descentralización de sus tareas. En todos estos casos, como ya se ha apuntado, se produce una clara reducción de la información que va «de abajo hacia arriba», por lo que se generan claros obstáculos para la punibilidad en la imputación subjetiva. *Tanto el dominio objetivo del hecho como el conocimiento subjetivo del hecho disminuyen.*

(104) Vid. HEINE, ZStrR 119 (2001), p. 30; AMBOS, GA 1998, pp. 239 ss.; DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, p. 190; ROTSCH, *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, pp. 144 ss.; MURMANN, GA 1996, pp. 278 ss.

(105) ROTSCH, *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, pp. 89 ss., 131, 187 ss.

(106) ROTSCH, ZStW 112 (2000), pp. 518 ss.

(107) ROTSCH, NStZ 1998, pp. 491 ss.

V. FACIT: CRÍTICA AL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL

Pese a que, por lo general, se señala que el elemento de la fungibilidad es el pilar fundamental de la construcción de ROXIN y, ciertamente, posee una notable importancia, la verdad es que parece poder afirmarse que el dominio de la organización fundamenta la autoría debido a la *certidumbre* que tiene el hombre de atrás de que su orden será cumplida (108). Únicamente cuando se dan los tres elementos citados puede hablarse de la existencia de un dominio de la organización en virtud de la «altísima» probabilidad de que la orden se ejecute (109); de hecho el desarrollo de los tres elementos está orientado a demostrar que su concurrencia aumenta las posibilidades de dicho acontecimiento. No obstante, en lo que se refiere exclusivamente al ámbito empresarial —se dejan aquí fuera de consideración otros posibles ámbitos de aplicación—, el dominio de la organización resulta un criterio inadecuado para fundamentar la responsabilidad penal individual.

En *primer lugar*, constituye una cierta contradicción afirmar la certeza del cumplimiento de la orden y reconocer al mismo que el hombre de adelante debe ser considerado responsable y, por lo tanto, atribuirle libertad de decisión completa. Igualmente reviste algún carácter de contradicción afirmar dicha certeza y considerar que todos aquellos situados en la cadena jerárquica con poder de mando son igualmente autores mediatos y, en consecuencia, atribuirles a ellos también libertad de decisión completa y, por ello, responsabilidad en calidad de autores. O bien se reconoce que el cumplimiento de la orden sólo goza de ciertos visos de probabilidad —por lo que no habría *dominio* fundamentador de la autoría— o se afirma la absoluta certeza de la orden, por lo que al menos el hombre de adelante no podría tener responsabilidad alguna —no podría ser considerado persona, sino *instrumento*—. El por qué este *tertium non datur* no aparece tan claro en ciertas ocasiones es debido a que entre hombre de atrás y hombre de adelante se interpone un tercer elemento: la organización. Con un juego de palabras podría indicarse que se trata del «dominio de la organización»

(108) Vid. en sentido semejante MEINI, *Responsabilidad del empresario*, pp. 167 ss., quien sin embargo considera que ello no repercute en el dominio de la voluntad que ostenta el hombre de atrás.

(109) También BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, pp. 71 ss., le concede importancia a esa alta probabilidad de que el resultado se realice.

en los dos sentidos que admite la frase: (1) dominio de la organización —se hace referencia al dominio que alguien ejerce sobre la organización— y (2) dominio de la organización —se hace referencia al dominio que la organización ejerce sobre alguien—. En efecto, por lo general no se afirma que el hombre de atrás domina al hombre de adelante —lo cual dejaría al descubierto la condición absoluta de instrumento de este último— sino que se afirma que el hombre de atrás domina la organización y que la organización domina al hombre de adelante. Esta última parte no viene formulada de manera tan clara en las exposiciones dogmáticas, pero es el lugar hacia donde apuntan todas las reflexiones —al menos con claridad en ROXIN—. Son miembros *pertenecientes a la organización* los absolutamente intercambiables; es decir, ellos son las piezas intercambiables de un mecanismo llamado organización. Es la *jerarquía de la organización* la que impone que las órdenes no se discutan y que, por lo tanto, se cumplan. Es el hecho de que *la organización esté desvinculada del Derecho* el que aísla a los hombres de adelante frente a la influencia de la norma (110).

En cuanto a la cuestión de que la organización domina al hombre de adelante, valen los argumentos referidos al principio de autorresponsabilidad: si se reconoce que la organización domina al hombre de adelante debe «desadscribirse» la responsabilidad a éste. Ello está a un paso de afirmar que el dominio del hecho lo tiene la organización, lo cual se encamina a la sumamente discutida cuestión de la responsabilidad penal de un sujeto colectivo. Que esto es así, lo demuestra, por lo menos en parte, la solución de reconocer la existencia de un injusto de organización junto a un injusto individual y señalar que la organización actúa a través del hombre de adelante. Sobre estas cuestiones se dedicarán todavía algunas reflexiones —Infra VI—.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión —el hombre de atrás domina la organización— debe colegirse que, por lo menos en la organización empresarial moderna, no es posible hablar de

(110) Este último punto presenta dificultades extremas con la propia concepción de ROXIN sobre la culpabilidad. Teniendo en cuenta que para él, la asequibilidad normativa de la persona en el momento del hecho es un presupuesto insalvable de la culpabilidad [vid. recientemente ROXIN, «Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el Derecho penal», en: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales 1 (1999), pp. 335 ss.] ¿cómo se conjuga la desvinculación del Derecho con la asequibilidad a la llamada de la norma —el Derecho— en el momento del hecho? Vid. en un sentido similar MEINI, *Responsabilidad del empresario*, pp. 175 ss.

un dominio fundamentador de la autoría en estos casos, especialmente cuando la misma ha desarrollado una complejidad propia de magnitud considerable (111). Esto parece advertirse con suma claridad en los modelos de las teorías de *management* señaladas anteriormente, pero sobre todo, desde la perspectiva de la organización empresarial como un sistema autopoiético. En definitiva, sólo puede considerarse que el autor de detrás tiene, exclusivamente, dominio —competencia— sobre un ámbito determinado y no sobre la totalidad de la organización. El entendimiento actual de las empresas dificulta terriblemente observarlas como *objetos* sometidos al control de una/s persona/s. Una vez que, en estrecha vinculación con el concepto de heterarquía, se comienza a observar el fenómeno de autoorganización empresarial, la pregunta sobre quién domina la organización recibe la siguiente respuesta: ella misma. Estas consideraciones apuntan de nuevo hacia un planteamiento en el que se muestra presente el dominio que la organización empresarial tiene sobre sí misma, por lo que parece poder apuntarse una nueva comprensión del dominio de la organización.

VI. APUNTANDO UNA POSIBLE SOLUCIÓN: ¿DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL?

(1). En definitiva, parece que, por lo general, las soluciones apuntadas no toman excesivamente en cuenta hasta qué punto la organización empresarial adquiere un dominio sobre sí misma. Si esta circunstancia se advierte adecuadamente, da pie a introducir un nuevo nivel de responsabilidad; precisamente el de la propia organización empresarial. En consecuencia, el dominio de la organización, pese a mostrarse como un instrumento *inadecuado* de vinculación de responsabilidades dentro de un mismo nivel —v.gr. el nivel de la responsabilidad penal individual—, quizá resulte una herramienta teórica adecuada para relacionar dos niveles de responsabilidad diferenciados —a saber, el de la responsabilidad penal individual y el de la responsabilidad penal empresarial—. Expresado en pocas palabras: el dominio de la orga-

(111) Se hace eco de esta cuestión recientemente SCHÜNEMANN, ADPCP 2002, p. 16: «esta idea de una dirección absoluta mediante una o más personas omnipotentes en la empresa que están en la cúspide de la jerarquía (...) no es realista respecto a sistemas erigidos y dominados por seres humanos, ni, especialmente, respecto a la compleja gran empresa moderna» (sin subrayado en el original).

nización puede, quizá, fungir como concepto explicativo de las relaciones entre la *responsabilidad penal individual* y la *responsabilidad penal empresarial*. Así, si se parte de la idea de que la responsabilidad penal individual y la responsabilidad penal empresarial se sitúan en dos planos diferenciados —si bien con posibilidad de conexión entre sí—, el dominio de la organización puede constituir una herramienta explicativa útil para vincular ambos planos. Es decir, puede fundamentar la existencia de una responsabilidad penal de la empresa aún cuando se afirma la responsabilidad penal de un miembro individual de la empresa. De esta manera, el problema se traslada a la polémica en torno a la responsabilidad alternativa o concurrente de la empresa en el Derecho penal; a saber, si la imputación de responsabilidad al individuo excluye o no la posibilidad de hacer responsable a la empresa (112). El dominio de la organización serviría, claro está, para abogar por modelos de responsabilidad concurrente de empresa e individuo.

(2). El planteamiento que, en la actualidad, ofrece un mayor apoyo a esta posibilidad es el de GÜNTER HEINE. En efecto, este autor, que, como ya se ha visto, niega expresamente la posibilidad de utilizar el dominio de la organización para fundamentar la responsabilidad penal individual (113), construye la posición de garante de la empresa sobre la base de un dominio de la organización funcionalmente sistémico (*funktional-systemische Organisationsherrschaft*) (114). Así, HEINE considera que el fundamento de la responsabilidad en el Derecho penal individual vendría dado por el dominio del hecho, mientras que en el Derecho penal empresarial, por el dominio de la organización (115). Partiendo

(112) No obstante, debe afirmarse que, por lo general, la mayoría de los modelos de responsabilidad penal empresarial apuntan precisamente en el sentido contrario: debe hacerse responsable a un miembro de la empresa para poder hacer responsable también a ésta. De hecho, en realidad, se le hace responsable a la empresa por el delito cometido por su empleado, por lo que se trata de modelos de heterorresponsabilidad [sobre la distinción entre modelos de heterorresponsabilidad y autorresponsabilidad en el Derecho penal empresarial vid. extensamente GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, pp. 51 ss.].

(113) vid. recientemente HEINE, ZStrR 119 (2001), p. 30.

(114) vid. HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 250 ss., 287 ss.; ÍD., «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung – nationale Konsequenzen», en: ÖJZ 1996, p. 218. En profundidad sobre la posición de HEINE vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, pp. 188 ss., 229 ss.

(115) HEINE, «Plädoyer für ein Verbandsstrafrecht als 'zweite Spur'» en: ALWART (ed.), *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, 1998, p. 103.

de esta base, podría plantearse, con razón, la posibilidad de exigir la responsabilidad de ambas personas —física y jurídica— recurriendo a la esencia del dominio de la organización: responsabilidad del ejecutor y responsabilidad del organizador. Por lo demás, también se pueden encontrar claros indicios de esta tendencia en las posiciones de aquéllos autores que reconocen la existencia separada de dos injustos: un injusto individual y un injusto de organización (116). La diferencia radicaría en la asignación del injusto organizativo a la propia organización y no al superior jerárquico.

(3). Si bien no resulta muy patente en su construcción, lo cierto es que HEINE ha llegado a proponer una solución similar cuando aboga por aplicar, de forma funcionalmente análoga, los principios desarrollados en el seno de la autoría mediata en virtud del dominio de la organización al ámbito de la responsabilidad escalonada y de la compartida (117). El ejemplo que introduce este autor, se refiere a la relación existente entre la empresa matriz y la filial, en caso de que la matriz haya incumplido claramente las precauciones estratégicas necesarias o los requisitos de la delegación funcional, y la filial haya tenido un *management* defectuoso del riesgo de manera aislada (118). Sin embargo, no parece existir ningún impedimento, *a priori*, para que dicha solución sea plausible para explicar las relaciones entre los diversos planos de responsabilidad: individual y empresarial. Más aún, esta diversidad de planos permitiría, a primera vista, superar las dificultades existentes a la hora de vincular la autoría mediata con la responsabilidad del instrumento ejecutor —es decir, las dificultades que el principio de autorresponsabilidad plantea a la autoría mediata en virtud del dominio de la organización—. La solución pasaría por considerar que la ejecución es obra tanto de la persona física —en cuanto a tal— como de la persona jurídica —en cuanto a que es un *miembro de ésta* el que ejecuta—. Por tanto, en un mismo hecho —la ejecución— se *superponen* dos planos: el individual y el empresarial. En definitiva, el principio de autorresponsabilidad operaría como *límite dentro de cada nivel* de responsabilidad, pero *no* entre los dos niveles: habría un principio

(116) Vid. las posiciones de AMBOS y BLOY recogidas anteriormente en Supra II.1.3.

(117) Vid. HEINE, «Modelle originärer (straf-)rechtlicher Verantwortlichkeit von Unternehmen», en: HETTINGER (ed.), *Verbandsstrafe*, 2003, pp. 146 ss.

(118) Vid. HEINE, *Modelle*, p. 147.

de autorresponsabilidad individual, por un lado, y un principio de autorresponsabilidad empresarial, por otro, no excluyentes entre sí (119).

(119) No obstante, y pese a lo apuntado, deben finalizarse estas consideraciones críticas advirtiendo que la solución planteada en último lugar va dirigida a aquellos autores que no comparten un planteamiento normativo-funcionalista [vid. sobre los fundamentos del normativismo funcionalista ahora sólo 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, pp. 15 ss.; ÍD., *La culpabilidad penal de la empresa*, pp. 208 ss.; ÍD., «Teoría de sistemas y Derecho penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho penal» en: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, pp. 414 ss.] del Derecho penal. Desde la perspectiva intrínsecamente normativista sería otra la posible solución al problema de la responsabilidad penal empresarial y su relación con la responsabilidad penal individual, pero ese es un tema que excedería con mucho los límites de este artículo, por lo que conviene referirse a lo expuesto en otro lugar [vid. extensamente GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, pp. 105 ss.].