

AUTOORGANIZACIÓN EMPRESARIAL Y AUTORRESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas

Carlos Gómez-Jara Díez

Dr. en Derecho y Prof. Asociado de Derecho penal. Universidad Autónoma de Madrid.
carlos.gomezjara@uam.es

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2006, núm. 08-05, p. 05:1-05:27. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 08-05 (2006), 22 ene]

RESUMEN: A lo largo del presente trabajo el autor desarrolla los lineamientos generales de la concepción autopoietica de la organización empresarial, concepción a la que se apela con frecuencia en la discusión contemporánea en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La descripción de la organización empresarial que brinda la teoría de los sistemas sociales -a saber, un sistema que se autoorganiza, autoconduce y autodetermina- proporciona una base inmejorable para fundamentar su responsabilidad penal. Por ello, a continuación, el autor establece, de la mano del método de la equivalencia funcional, los tres pilares sobre los que se asienta el concepto de culpabilidad empresarial que se deriva de dicho planteamiento: el denominado concepto constructivista de culpabilidad empresarial. A la luz de dicho concepto se aboga por la

necesaria instauración en España de un modelo de autorresponsabilidad penal empresarial - esto es, fundamentado en la propia empresa- que, a juicio del autor y a diferencia de los modelos de heteroresponsabilidad empresarial propuestos hasta la fecha tanto por la doctrina como por el Legislador, permite superar las objeciones que se han alzado frente a la instauración de la responsabilidad penal empresarial, así como comporta importantes ventajas dogmáticas y político-criminales.

PALABRAS CLAVES: Sistemas sociales autopoieticos, organización empresarial, concepto constructivista de culpabilidad empresarial, cultura empresarial, fidelidad al Derecho, libertad de autoorganización, responsabilidad por las consecuencias, libertad de expresión empresarial, modelos de autorresponsabilidad, modelos de heteroresponsabilidad, artículo 31.2 CP, artículo 129 CP.

Fecha de recepción: 1 noviembre 2005

Fecha de publicación: 22 enero 2006

Revisión: 24 enero 2006

SUMARIO: I. Introducción. II. La organización empresarial como sistema autopoietico. 1. La autopoiesis organizativa. 2. Clausura operativa y operaciones autorreferenciales de la organización: las premisas de decisión decidibles. 3. Operaciones heterorreferenciales de la organización: las rutinas cognitivas. 4. Autorreferencialidad no decidible de la organi-

zación: la cultura organizativa empresarial. III. Fundamentos del concepto constructivista de culpabilidad empresarial. 1. Introducción. 2. Primer fundamento de la culpabilidad empresarial: contribución de la cultura empresarial a la vigencia de la norma. 3. Segundo fundamento funcionalmente equivalente de la culpabilidad empresarial: el sinalagma fundamental del Derecho penal empresarial. 4. Tercer fundamento de la culpabilidad empresarial: la participación de la organización empresarial en el discurso público. IV. Facit: Hacia un modelo de autorresponsabilidad penal empresarial en España.

I. Introducción

1.- En los últimos años la discusión en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas –en concreto: de las *empresas*– ha experimentado sin duda nuevos impulsos¹. Parte de las aportaciones contemporáneas provienen de posiciones teóricas, principalmente alemanas, que, de una u otra manera, adoptan una concepción de la empresa muy concreta; a saber, la que brinda la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos². Dicha teoría, que, como bien es sabido, goza sólo de una recepción limitada

¹ Para una panorámica completa de la situación actual vid. en detalle GÓMEZ-JARADÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, Caps. II, III y IV. Debe advertirse desde el comienzo que en este trabajo no se profundizará en la importante distinción entre empresa y persona jurídica [vid. sobre ello, y en lo que a su responsabilidad penal respecta, Ibíd..., pp. 43 ss.] puesto que la denominación habitual de esta problemática ha sido la de «responsabilidad penal de las personas jurídicas»; no obstante, como se podrá observar en las líneas que a continuación siguen, el concepto fundamental en este planteamiento es el de *organización empresarial*, por lo que, en puridad, el título debería rezar: «responsabilidad penal empresarial o de las organizaciones empresariales».

² Así, entre otros, BOTTKE, «Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht: Müssten Unternehmen "strafmündig" werden? Bemerkungen zum St and des Wirtschaftskriminalrechts in der Bundesrepublik Deutschland», en: *wistra* 1997, p. 253 señala que «analizada la asociación u otro sujeto colectivo, como un sistema autopoiético, el reproche se deriva del abuso de la libertad de autorregulación de la que gozan – de una forma jurídicamente reconocida – dichos sujetos como participantes en el mercado y como miembros de la sociedad»; ÍD., *Assoziationsprävention. Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke*, 1995, p. 49 «el sujeto colectivo se constituye como sistema autopoiético», en nota 134 «tanto el ser humano como los sujetos colectivos son interpretables como sistemas autopoiéticos»; ÍD., «La actual discusión sobre las finalidades de la pena», en: SILVA SÁNCHEZ (ed. española), *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, 1997, pp. 42 s.; HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 79 «las grandes empresas (...), son sistemas autopoiéticos caracterizados por un alto grado de capacidad de autoorganización y de autoconducción», (250), «el “dominio [funcional] de la organización” se corresponde con la teoría socio-jurídica del Derecho reflexivo (...) que postula (...) una conducción mediata de los sistemas autopoiéticos [de organizaciones complejas]»; LAMPE, «Systemunrecht und Unrechtssysteme», en: *ZStW* 106 (1994), pp. 690 s.; LÜTOLF, *Strafbarkeit der juristischen Person*, 1997, Cap. III; ROGALL, en: BOUJONG (ed.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 2ª ed., 2000, § 30/10; ROTSCHE, *Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, 1998, pp. 81 ss.; SCHÜNEMANN, «Plädoyer zur Einführung einer Unternehmenskuratel», en: SCHÜNEMANN (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung: Die Rechtseinheit / Arbeitskreis Strafrecht. Bd. III. Unternehmenskriminalität*, 1996, p. 132 «ello se puede a su vez (...) explicar mediante la representación de que la empresa es un sistema autopoiético»; ÍD., «Art. 4. Maßnahmen gegen Unternehmen», en: SCHÜNEMANN (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung: Die Rechtseinheit / Arbeitskreis Strafrecht. Bd. III. Unternehmenskriminalität*, 1996, pp. 168, 170 ha tomado «como fundamento legitimador (...) la teoría de los sistemas autopoiéticos limitada», 175; ÍD., «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea» (traducción a cargo de Enrique Peñaranda Ramos), en: AA.VV., *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann*, 1995, pp. 572, 579 s.; ÍD., «Criticising the notion of a Genuine Criminal Law Against Legal Entities», en: ESER / HEINE / HUBER (eds.), *Criminal Responsibility of Collective and Legal Entities*, 1999, p. 230: «el único concepto que queda para justificar un verdadero Derecho penal corporativo es el modelo de la teoría de sistemas»; SCHWINGE, *Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts*, 1996, pp. 206 ss. En España vid. BACIGALUPO SAGGESE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1998, p. 365: «la

en la discusión jurídico-penal contemporánea³, parece haber corrido una suerte muy distinta en lo que a la responsabilidad penal empresarial se refiere. Incluso parece poder afirmarse que gran parte de la doctrina mayoritaria especializada en la responsabilidad penal empresarial se basa, en mayor o menor medida, en la concepción autopoiética de la organización empresarial. En efecto, la concepción de la empresa como sistema autopoiético, esto es, como sistema autónomo que se autoconduce, proporciona importantes elementos para afirmar la responsabilidad de la propia empresa por dicha autoconducción⁴.

2.- A la vista de esta circunstancia, en el presente trabajo se intentará ofrecer una explicación de los contornos fundamentales de la concepción autopoiética de la organización empresarial (II), para, a continuación, establecer los fundamentos de la culpabilidad empresarial que conlleva dicho entendimiento (III). A partir de dichos fundamentos se establece una noción muy concreta de responsabilidad penal empresarial, a saber una *autorresponsabilidad* penal empresarial (IV) que, a diferencia de los modelos de *heterorresponsabilidad* propuestos tanto legislativa como dogmáticamente hasta ahora en España, implica una verdadera responsabilidad *penal* empresarial no fundamentada en la imputación de ciertas actuaciones de personas físicas, sino en la organización de la propia empresa. Ello debería ser tenido en cuenta a la hora de interpretar el Código penal español y, como aquí se propone, de reformarlo para establecer un genuino Derecho penal empresarial.

II. La organización empresarial como sistema autopoiético

1.- Como bien es sabido, el fundador de la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos fue el filósofo y sociólogo NIKLAS LUHMANN. Pese a que su obra resulta sumamente extensa, lo cierto es que, ya desde muy temprano, mostró un importante interés por los sistemas organizativos, de tal manera que su escrito de habilitación versó precisamente sobre este tema: funciones y consecuencias de las organizaciones formales⁵. No obstante, resulta igualmente conocido que no fue hasta los años ochenta que planteó de manera completa su revolucionario esquema teórico de la mano de su obra *Sistemas sociales*⁶. De ahí que las versiones más actualizadas⁷ respecto de la luhman-

persona jurídica como sistema autorreferencial es competente de sus comunicaciones»; MIRPUIG, «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: *RECPC* 06 (2004), p. 13; ÍD., «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO / GURDIEL SIERRA / CORTÉS BECHIARELLI (eds.); *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, p. 756: «El sistema empresarial, es, como todo sistema, autopoyético, en el sentido de la teoría de los sistemas de LUHMANN»; vid igualmente las reflexiones de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas*, 2ª ed. 2003, pp. 223 s.

³ Para un debate moderno de los postulados de dicha teoría vid. las contribuciones en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005.

⁴ El tipo de responsabilidad asociada a dicha concepción no es unánime. En principio, lo que sí parece poder afirmarse es que se trata de una responsabilidad *penal* y no meramente administrativo-sancionadora [vid. BOTTKE, *wistra* 1997, pp. 252 ss.; HEINE, *Verantwortlichkeit* (nota 2), pp. 241 ss., 310 ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad* (nota 1), pp. 40, 74 s.; SCHÜNEMANN, Art. 4 (nota 2), pp. 168 ss. con referencias; SCHWINGE, *Sanktionen* (nota 2), *passim*].

⁵ LUHMANN, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, 5ª ed., 1999 [1ª ed. 1964], *passim*.

⁶ LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, 1984, *passim*.

niana concepción autopoietica de la organización sean un artículo de 1988⁸ y su trabajo fundamental en este ámbito: organización y decisión del año 2000⁹. De igual manera, conviene tener en cuenta que tanto HELMUT WILLKE¹⁰ como DIRK BAECKER¹¹, entre otros, han venido desarrollado asimismo los postulados fundamentales de la concepción autopoietica de la organización.

2.- Dicho esto, quizá la primera cuestión a explicar es qué es un sistema autopoietico. Bien, un sistema autopoietico es un sistema que se *produce* a sí mismo – lo cual no significa que se *crea* a sí mismo¹²–. O más concretamente expresado: que produce y reproduce los elementos a partir de los cuales está constituido¹³. Precisamente de ahí que adquiera unas cualidades sumamente importantes desde el punto de vista jurídico-

⁷ De ahí que no se terminen de comprender las consideraciones de LEWISCH / PARKER, *Strafbarkeit der juristischen Person?: Die Unternehmensstrafe in rechtspolitischer und rechtsdogmatischer Analyse*, 2001, pp. 83 s., 85 ss. Así, estos autores, por un lado, tildan de desfasada la concepción luhmanniana de organización remitiéndose a su trabajo ya mencionado LUHMANN, *Funktionen* (nota 5), infiriendo el idéntico desfase de autores como HEINE y SCHÜNEMANN debido a que éstos se basan en la investigación de aquél. Por otro lado, apuntan que la concepción moderna de la organización y del *management* adecuado se centran en la organización como sistema (!), derivando estas concepciones, según estos autores, en una ampliación de las responsabilidades de los *managers* y no en una disminución [vid. en concreto LEWISCH / PARKER, *Strafbarkeit*, p. 88 con nota 218]. Pues bien, frente a las afirmaciones de estos autores se puede oponer lo siguiente. En primer lugar, donde parece observarse un claro desfase es en el conocimiento que estos autores muestran de la obra tanto de LUHMANN, por un lado, como de HEINE y de SCHÜNEMANN, por otro. Así, vaya por delante que ya en las últimas ediciones de la obra LUHMANN, *Funktionen* (nota 5) – que estaban sobradamente publicadas cuando ve la luz la obra de LEWISCH / PARKER – se observa palmariamente la concepción de la organización como sistema [vid. el epílogo que aparece desde la 4ª ed. de 1995, en pp. 398 ss.]. Por si ello no fuera poco, se encontraban igualmente publicadas las obras LUHMANN, *Organisation* (nota 8) e ÍD., *Organisation* (nota 9), donde se encuentran análisis exhaustivos de la concepción de la organización como sistema (autopoietico). Por último, sorprende, en general, el desconocimiento de LEWISCH / PARKER con respecto a la concepción autopoietica de la organización, puesto que la misma engarza directamente con los avances recientes referidos a los fenómenos autoorganizativos cuya importancia tratan de subrayar LEWISCH / PARKER. En otro orden de cuestiones, las posiciones de HEINE y de SCHÜNEMANN se apoyan en gran medida en la concepción autopoietica de la empresa como sistema autoorganizativo, y no sólo en los fenómenos de descentralización y coordinación de funciones. Más aún, en ambos casos se hace clara referencia a la teoría del Derecho reflexivo, conforme a la cual no es posible ejercer una influencia externa directa en la empresa, puesto que ésta, como sistema autopoietico que es, se encuentra clausurada frente al entorno. Por ello, abogan por una influencia indirecta en el ámbito organizativo; es decir, el alcanzan *exactamente* el mismo resultado que, de la mano del *management* orientado hacia el sistema, logran LEWISCH / PARKER, *Strafbarkeit*, en p. 88. Por lo demás, abogar por que el *management* en las teorías modernas debe centrarse en asegurar la «capacidad de vida (*Lebensfähigkeit*) del sistema» [LEWISCH / PARKER, *Strafbarkeit*, pp. 87 y 88] sitúa a estos autores en un ámbito sumamente cercano a las concepciones autopoieticas. Cfr. asimismo la dura crítica a estos autores que efectúa HEINE, «Kollektive Verantwortlichkeit als neue Aufgabe im Spiegel der aktuellem europäischen Entwicklung», en: DÖLLING (ed.) *Jus Humanum. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, 2003, p. 577 nota 2 [=«La responsabilidad colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea», en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*, 2006]. Por último, debe notarse que las reflexiones de LEWISCH / PARKER en el país donde se ve publicada su obra – esto es: Austria – no parecen haber tenido excesiva influencia ya que el 1 de enero de 2006 entró en vigor la Ley Federal de responsabilidad de las asociaciones por hechos delictivos [1994 B1gNR 22. GP].

⁸ LUHMANN, «Organisation», en: KÜPPER / ORTMANN (eds.) ; *Mikropolitik: Rationalität, Macht und Spiele in Organisationen*, 1988, pp. 165 ss.

⁹ LUHMANN, *Organisation und Entscheidung*, 2000, pp. 38 ss. y passim.

¹⁰ Vid. resumidamente WILLKE, *Systemtheorie II. Interventionstheorie*, 3ª ed., 1999, pp. 142-156.

¹¹ Vid. ahora sólo BAECKER, *Womit handeln Banken? Eine Untersuchung zur Risikoverarbeitung in der Wirtschaft*, 1991, pp. 45 ss.; ÍD., *Organisation als System*, 1999, pp. 126-169.

¹² Sobre esta importante diferencia entre *productio* y *creatio* vid. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung VI. Die Soziologie und der Mensch*, 1995, p. 15.

¹³ Vid. *Infra* II.1.

penal: autonomía, autoadministración, autoconducción y autoorganización. Para aprehender el núcleo de la cuestión se puede indicar, en términos comparativos, que al igual que el ser humano es un sistema autopoiético psíquico, las empresas – al menos las de cierta complejidad¹⁴ – son sistemas autopoiéticos organizativos¹⁵. Por tanto, en los siguientes epígrafes se van a exponer los rasgos fundamentales de la concepción autopoiética de la organización – a los efectos que aquí interesan la organización *empresarial* –, haciendo hincapié en aquéllos elementos que van a desempeñar un papel relevante en la conformación de la responsabilidad penal empresarial.

1. La autopoiesis organizativa

1.- En consonancia con el paradigma epistemológico de la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos, esto es, el constructivismo operativo, se concibe que la organización empresarial es un sistema *social* autopoiético; esto es, un sistema compuesto por *comunicaciones*. Por lo tanto, *la comunicación es el concepto clave que ayuda a determinar las operaciones propias de los sistemas organizativos*¹⁶. Más aún, la combinación de la autorreferencialidad de la comunicación predicada por el constructivismo operativo¹⁷ con la adopción de la comunicación como elemento constitutivo de los sistemas organizativos, trae consigo que *las aportaciones provenientes de la investigación sobre la autoorganización puedan ser incorporadas al estudio de la empresa*¹⁸. Ello reviste una importancia notable en tanto que la consideración de las empresas como sistemas autoorganizativos goza de cierto predicamento tanto en la

¹⁴ Una cuestión sobre la que aquí no se puede profundizar, pero que sin duda posee una relevancia notable, es que, al igual que los seres humanos precisan mostrar una determinada complejidad interna para ser consideradas sujetos activos en el Derecho penal individual, también las empresas deben mostrar una determinada complejidad interna para ser igualmente consideradas en el Derecho penal empresarial [sobre vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad* (nota 1), pp. 241 ss.; ÍD., «¿Imputabilidad de la persona jurídica?», en: BAJO FERNÁNDEZ / JORGE BARREIRO / SUÁREZ GONZÁLEZ, *Libro Homenaje a D. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 425 ss.].

¹⁵ Por tanto, no cuesta demasiado advertir que así como la autonomía y la autoadministración constituyen atributos fundamentales del ser humano con respecto a su responsabilidad penal [vid. ahora sólo GÜNTHER, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft», en: PRITTWITZ / MANOLEDAKIS (eds.), *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, 2000, pp. 27 ss., 33; JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 392; ÍD., «Imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma» (traducción de Carlos Gómez-Jara Díez y Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles), en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Posibilidades y fundamentos de aplicación*, 2005, pp. 185 ss.], también estas características conforman un factor fundamental de cara a la posible responsabilidad penal de la propia empresa.

¹⁶ Vid. en general BAECKER, *Organisation und Management*, 2003, pp. 218 ss. También otorgan un significado notable a la comunicación en el ámbito de la teoría de la organización ORLIKOWSKI / YATES «Genre Repertoire: The Structuring of Communicative Practices in Organizations», en: *Adm.Sc.Q.* 39 (1994), pp. 541 ss.; SCHALL, «A Communication-Rules Approach to Organizational Culture», en: *Adm.Sc.Q.* 28 (1983), pp. 557 ss. Por otro lado, un autor sumamente próximo a estos planteamientos pero que no termina fundamentando su teoría en la comunicación es WEICK, *Sensemaking in Organizations*, 1995, p. 75: «(.) the communication activity is the organization»; vid. también ÍD., *Making Sense of the Organization*, 2001, p. 135 s.

¹⁷ Sobre ello vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Teoría de sistemas y Derecho penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho penal», en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, pp. 394 ss. con múltiples referencias.

¹⁸ Vid. ahora BAECKER, *Organisation* (nota 11), pp. 287 ss. con referencias. Vid. también v. FOERSTER, *Wissen und Gewissen. Versuch einer Brücke*, 1993, p. 233 ss.

teoría de la organización como en la teoría del *management*¹⁹. Por lo tanto, lo que interesa constatar es que, además de la teoría autopoietica, otras teorías de la organización resaltan precisamente la dinámica propia y los valores propios de las organizaciones empresariales²⁰, los cuales no son reconducibles a decisiones puntuales tomadas por individuos.

2.- La afirmación de que la empresa es un sistema que se reproduce a sí mismo²¹, es decir, autopoietico, puede encontrarse – si bien expresado de otras maneras – en diversas aportaciones de la teoría de la organización²². Sin embargo, de manera similar a lo que ocurre con las descripciones de la sociedad, tradicionalmente se ha considerado, e incluso hoy sigue manteniéndose, que las organizaciones están compuestas por individuos; esto es, que son los hombres las unidades básicas del sistema²³. Desde la perspectiva aquí adoptada debe afirmarse que la organización, como todo sistema social, es un sistema compuesto por comunicaciones. Ahora bien, se trata de un tipo de comunicación específico: es un *sistema compuesto por decisiones*²⁴ o más exactamente, *por la comunicación*²⁵ de decisiones²⁶. La empresa es, por lo tanto, un sistema

¹⁹ Vid. ahora las contribuciones contenidas en ULRICH / PROBST, *Self-organization and Management of Social Systems: Insights, Doughts, and Questions*, 1984. Por lo general, ha sido la escuela de HANS ULRICH quien más ha desarrollado esta veta de investigación [vid., entre otras, las contribuciones a su libro homenaje de CHECKLAND, GOMEZ, MALIK y PROBST, en: PROBST / SIEGWART, *Integriertes Management: Bausteine der systemorientierten Managements. Festschrift zum 65 Geburtstag von Prof. Dr. h.c. Hans Ulrich*, 1985.]. Un resumen del planteamiento de esta importante escuela puede verse en FLÄMIG, *Naturwissenschaftliche Weltbilder in Managementtheorien: Chaostheorie, Selbstorganisation, Autopoiesis*, 1998, pp. 227 ss.

²⁰ Interesa aquí poner de manifiesto que la investigación del fenómeno organizativo es clave para fundamentar la responsabilidad penal empresarial. Así lo han venido entendiendo numerosos autores tanto en el ámbito de la dogmática penal estadounidense como en la alemana. A parte de los trabajos analizados en la segunda parte de esta investigación vid. también BAYSINGER, «Organizational Theory and the Criminal Liability of Organizations», en: *B.U.L.Rev.* 71 (1991), pp. 341 ss.; KRIESBERG, «Decision making models and the Control of Corporate Crime», en: *YaleL.J.* 85 (1976), pp. 1091 ss. Por tanto, independientemente de que se esté o no de acuerdo con la concepción autopoietica de la organización, lo cierto es que la teoría de la organización, en sus diferentes variantes [Para un repaso de las más concepciones más importantes vid. MORGAN, *Images of Organization*, 1986, passim; ÍD., «Paradigm diversity in organizational research», en: HASSARD / PYM (eds.), *The theory and philosophy of organizations. Critical issues and new perspectives*, 1990, pp. 13 ss.; PERROW, *Complex Organizations. A Critical Study*, 3ª ed., 1986, passim.] ofrece importantes apoyos teóricos y prácticos para fundamentar la responsabilidad penal empresarial.

²¹ Cfr. ahora sólo KIRSCH / KNYPHAUSEN, «Unternehmungen als “autopoietische” Systeme?», en: STAEBLE / SYDOW (eds.), *Management Forschung I*, 1991, pp. 75 ss.; KICKERT, «Autopoiesis and the Science of (Public) Administration: Essence, Sense and Nonsense», en: *Organization Studies* 14 (1994), pp. 261 ss.

²² Vid. por ejemplo BAUSOR, «Entrepreneurial Imagination, Information, and the Evolution of the Firm», en: ENGLAND (ed.), *Evolutionary Concepts in Contemporary Economics*, 1994, pp. 179 ss, 181; DRAZIN / SANDERLANDS, «Autogenesis: A Perspective on the Process of Organizing», en: *Org.Sc.* 3 (1992), pp. 230 ss. (autogénesis). De cualquier manera dado que el primer ámbito donde surgió el concepto de autopoiesis fue el biológico, no es extraño que desde la perspectiva de la teoría de la organización se considerara que su aplicación al campo de la organización fuera una metáfora (vid., además del conocido trabajo de MORGAN, *Images* (nota 20), ÍD., «Paradigms, Metaphors and Puzzle Solving in Organization Theory», en: *Adm.Sc.Q.* 25 (1980), pp. 605 ss.; SMIRKICH, «Concepts of Culture and Organizational Analysis», en: *Adm.Sc.Q.* 24 (1979), pp. 340 s.

²³ Vid. ya incluso v. GIERKE, *Wesen der menschlichen Verbände*, 1902, p. 18.

²⁴ Vid. LUHMANN, *Organisation* (nota 9), pp. 123 ss.; ÍD., «Die Paradoxie des Entscheidens», en: *Verw.Arch.* 84 (1993), pp. 287 ss.

²⁵ Por lo general, en la literatura sobre la autopoiesis organizativa aparece la reproducción del sistema organizativo con base en las decisiones organizativas. No obstante, LUHMANN introduce específicamente la denominación de «comunicación de decisiones» para indicar que no se trata de un proceso ligado a la psique de los individuos, sino que debe entenderse, como la comunicación en general, como un fenómeno emergente, producido por la propia organización [vid. LUHMANN, *Organisation* (nota 9) p. 123 nota 1].

organizativo que se reproduce mediante decisiones que sirven de conexión a decisiones posteriores de la propia empresa y que se orientan con base en decisiones anteriores de la empresa. Cada decisión sienta un final que debe poder interpretarse como un comienzo. La decisión se configura, en definitiva, como el modo de operación específico de las organizaciones y posibilita la autopoiesis organizativa²⁷.

3.- De esta disposición teórica se derivan importantes consecuencias. Así, los sistemas organizativos son independientes de los *miembros concretos*. En efecto, la condición de miembro ya no se constituye en relación con individuos concretos o características abstractas que los miembros deben poseer. No, dicha condición se remite a las estructuras internas del sistema. De esa manera la organización dispone de un criterio interno controlable con el cual ella misma y no su entorno controla la condición de miembro²⁸. Ahora bien, la circunstancia de que las normas formales vigentes definen la condición de miembro se vuelve a su vez autorreferencial. En efecto, en tanto que las normas de la organización sólo pueden ser modificadas por los miembros de la organización, la autorreferencialidad se vuelve plausible. La condición de miembro por tanto, va a simbolizar la vinculación entre normas de la organización y las normas de pertenencia – que no es otra que la vinculación entre las estructuras del sistema y los límites del sistema²⁹ –. Así, pese a que continuamente los miembros de la organización vayan cambiando, la organización conserva su identidad. Ahora bien, dicha identidad no yace en una suerte de estructura que permanece, y ello debido a que también las estructuras pueden verse totalmente modificadas con respecto a su estado inicial. Únicamente la vinculación entre la condición de miembro y las normas de la organización puede garantizar la identidad del sistema organizativo el cual se mantiene a sí mismo históricamente mediante la vinculación de una decisión a otra decisión³⁰.

²⁶ Ahora bien, esto no significa que la teoría autopoietica de la organización sea una teoría de la decisión en el sentido clásico – *rational choice*. Podría, más bien, denominarse como una teoría del encadenamiento de decisiones, de la reproducción de decisiones a través de decisiones [BAECKER, *Organisation* (nota 11), p. 141]. Relacionar conceptos como decisión, distinción e información tiene importantes ventajas para la teoría de la organización como muestra ÍD., *Organisation* (nota 11), pp. 142 ss.

²⁷ vid. LUHMANN, *Organisation* (nota 9), pp. 123 ss.; ÍD., *Verw.Arch.* 84 (1993), pp. 287 ss.; BAECKER, *Die Form des Unternehmens*, 1993, pp. 152 ss.; ÍD., *Posttheoretisches Management*, 1995, pp. 156 ss.; ÍD., *Organisation* (nota 11), pp. 136 ss.; ÍD., *Organisation* (nota 16), pp. 152 ss.; WILLKE, *Interventionstheorie* (nota 10), pp. 151 ss.; TEUBNER, «El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del Derecho» (Traducción de Carlos Gómez-Jara Díez), en: *DOXA* 25 (2002), p. 536.

²⁸ Vid. TEUBNER, «Hyperzyklus in Recht und Organisation. Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese», en: HAFERKAMP / SCHMID (eds.); *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung. Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, 1987, p. 117. Extensamente LUHMANN, *Organisation* (nota 9), pp. 81 ss., 112 ss.

²⁹ En efecto, las personas son miembros de la organización en tanto que contribuyen a determinar las estructuras que hacen operativo al sistema. Pero como sistema psíquico siguen siendo «entorno» de la organización [vid. LUHMANN, *Organisation* (nota 9), 88 ss., 94 ss.; LUHMANN, *Organisation* (nota 8), p. 171: «se trata siempre de una determinación conforme a roles, nunca de la inclusión del comportamiento total del individuo en el sistema; WILLKE, *Interventionstheorie* (nota 10), pp. 157 ss.].

³⁰ TEUBNER, *Hyperzyklus* (nota 28), pp. 117 s. Así, señala LUHMANN, *Organisation* (nota 8), p. 171 que el sistema organizativo es autopoietico sólo en la medida en la que las reglas de pertenencia son fijadas por una decisión de la organización, que a su vez es producida por ellas.

2. Clausura operativa y operaciones autorreferenciales de la organización: las premisas de decisión decidibles

1.- El hecho de que todas las decisiones de la organización se vinculen a decisiones anteriores de la organización y sirvan de base a decisiones posteriores de la misma organización muestra la clausura operativa del sistema organizativo. Para el desarrollo de dicha clausura operativa juegan un papel decisivo las denominadas premisas de decisión³¹. En general, puede afirmarse que existen una serie de decisiones que sientan las bases para un número *indeterminado* de otras decisiones. En este sentido, las premisas de decisión están íntimamente vinculadas con la reducción de la inseguridad a la que tienen que adaptarse las organizaciones³². Así, funcionan como «simplificaciones» de tal manera que reducen la carga de información a un formato manejable. En relación con estas premisas, las decisiones futuras pueden ser observadas como conformes / disconformes, tenidas en cuenta / no tenidas en cuenta³³.

³¹ LUHMANN, Organisation (nota 8), pp. 172 s. ; extensamente ÍD., Organisation (nota 9), pp. 222 ss. El concepto premisas de decisión (*decision premises*) fue introducido en la discusión de la teoría organizativa por HERBERT A. SIMON si bien lo vinculaba al concepto de rol.

³² Vid. extensamente LUHMANN, Organisation (nota 9), pp. 183 ss.; ÍD., *Verw.Arch.* 84 (1993), pp. 299 ss; BAECKER, Organisation (nota 16), pp. 33 ss. La absorción de la inseguridad resulta determinante en tanto que sustituye el clásico topos organizativo de la orientación al fin (*Zweckorientierung*) en las organizaciones. El término «absorción de la inseguridad» fue introducido por MARCH / SIMON, *Organizations*, 1958, p. 16, «Uncertainty absorption takes place when inferences are drawn from a body of evidence and the inferences, instead of the evidence itself, are then communicated». En este contexto desempeña un rol fundamental el *conocimiento organizativo* (*Organisationswissen*) ya que contribuye a la absorción de la inseguridad. Ahora bien, la organización dispone sobre el conocimiento organizativo – y ello tiene relevancia para el posible *dolo* de la organización – con independencia del conocimiento de los individuos particulares [vid. WILLKE, «Dimensionen des Wissensmanagement – Zum Zusammenhang von gesellschaftlicher und organisationaler Wissensbasierung», en: *Managementforschung* 6 (1996), pp. 263 ss.; ÍD., *Systemtheorie III. Steuerungstheorie*, 2ª 1998, pp. 283 ss., 290 s. «el núcleo del conocimiento colectivo es la observación de que el contenido de este conocimiento no está caracterizado por las partículas de conocimiento individuales que se encuentran en las cabezas de las personas (...), sino por las relaciones y los modelos de vinculación entre estos elementos de conocimiento». Las vinculaciones mismas constituyen el conocimiento independiente, colectivo o sistémico, de la organización» (subrayado en el original); extensamente ÍD., *Systemisches Wissensmanagement*, 2ª ed., 2001, pp. 27 ss. 66 ss.]. Por lo tanto, el *dolo* de la organización no se debe construir sobre la base del conocimiento *individual* sino sobre la base del conocimiento *organizativo* que no debe identificarse con una suma de conocimientos individuales al estilo del conocimiento colectivo o agregado de la jurisprudencia estadounidense [de acuerdo con esta afirmación ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad a personas jurídicas*, 2ª ed., 2003, p. 239; sobre la teoría del conocimiento colectivo vid. resumidamente GÓMEZ-JARA DíEZ, *La responsabilidad penal de las empresas en EE.UU.*, Madrid: CERASA, 2006, pp. 40 ss. con ulteriores referencias]. Así, desde esta perspectiva se puede contraargumentar a algunas críticas que tienden a plantear la cuestión en términos de conocimiento individual [vid. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2001, pp. 100 s. nota 253; FÉLIX SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medioambiente*, 2003, p. 86] que, en principio, no es relevante el hecho de si algunos miembros del órgano colegiado han obrado con *dolo* y otros no, sino si la propia organización poseía dicho conocimiento organizativo. Pero no se puede resolver aquí esta cuestión [vid. para una aproximación al problema desde una perspectiva más acorde con lo expuesto HEINE, *Verantwortlichkeit* (nota 2), pp. 259 s.; ÍD., «Modelle originärer (straf-)rechtlicher Verantwortlichkeit von Unternehmen», en: HETTINGER (ed.); *Reform des Sanktionsrecht. Bd. III: Verbandstrafe*, 2002, p. 143 [=«Modelos de responsabilidad jurídico(-penal) originaria de la empresa» (traducción de Carlos Gómez-Jara Díez), en: GÓMEZ-JARA DíEZ (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*, 2005]; ÍD., «Plädoyer für ein Verbandsstrafrecht als "zweite Spur"» en: ALWART (ed.), *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, 1998, pp. 107 s.; ÍD., «New Developments in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans learn from the American Experience – or Viceversa?», en: *St.L.War.Tr.L.Rev.* 1998, pp. 189 s.].

³³ Vid. LUHMANN, Organisation (nota 9), p. 224. Ello tiene una estrecha relación con rol menor que desempeña la racionalidad en este campo, ya que lo verdaderamente importante es que pueda disponerse de dichas

2.- Una característica de indudable importancia – y que constituye de nuevo un indicio de la autorreferencialidad en este campo – es que las premisas de decisión son, a su vez, *decidibles*. En efecto, para poder predicar una autonomía del sistema autoorganizativo, éste debe disponer sobre sus propias premisas de decisión. Esta pieza de teoría hace referencia a un presupuesto de la cognición en los sistemas autopoiéticos: el denominado «doble cierre» (*double clousure*) en el sentido de HEINZ VON FOERSTER³⁴. Efectivamente, con el cierre operacional «simple» - todas las decisiones de la organización se ordenan en relación con las premisas de decisión del sistema organizativo – todavía no se ha logrado la capacidad cognitiva. Los sistemas vivos, psíquicos y sociales son capaces de conocimiento cuando tienen la capacidad de, a partir de cogniciones propias y con la ayuda de cogniciones propias, desarrollar posteriores cogniciones. Ello ocurre cuando el sistema (1) está operacionalmente cerrado y (2) también se muestra cerrado en el plano de la organización de estas operaciones. En el caso de las organizaciones, esta disposición teórica indica que las decisiones del sistema no sólo pueden conectarse con las premisas de decisión del sistema, sino que la propia organización toma decisiones sobre las premisas de decisión³⁵. Precisamente gracias a este complejo suceso, cuyos requisitos no son ni mucho menos fáciles de satisfacer, puede observarse que las organizaciones empresariales, al igual que los seres humanos, son máquinas históricas, es decir máquinas no triviales³⁶.

3.- A partir de estas reflexiones precedentes puede deducirse sin mayores problemas que las premisas de decisión funcionan como una suerte de *código* del sistema. Así, la misma función de diferenciación que cumplen los códigos en los sistemas función la llevan a cabo las premisas de decisión en las organizaciones, *con la importante diferencia de que las premisas de decisión, a diferencia de los códigos, pueden cambiarse*³⁷. En definitiva, todas las decisiones de la organización van a estar orientadas según el «código» de la organización – las premisas de decisión de la organización – y en este sentido la organización se encuentra clausurada al primer nivel.

Sin embargo, para que tenga lugar la verdadera autonomía de la organización se tiene que producir el ya referido doble cierre; es decir, una clausura al segundo nivel. Dicho nivel no es otro que las decisiones sobre las premisas de decisión. Dichas

limitaciones (reducciones) como limitaciones del horizonte infinito de decisiones posibles [sobre la racionalidad en las organizaciones vid. LUHMANN, *Organisation* (nota 9), pp. 444 ss.; BAECKER, *Organisation* (nota 11), pp. 106 ss.].

³⁴ Vid. v. FOERSTER, *Wissen* (nota 18), pp. 45 ss.

³⁵ Vid. extensamente BAECKER, *Organisation* (nota 11), pp. 147 ss., 152; LUHMANN, *Organisation* (nota 9), pp. 228 ss.

³⁶ Las máquinas no triviales se diferencian, en principio, de las máquinas triviales en función de la relación que ambas establecen entre *input* y *output*. En las máquinas no triviales el *output* del sistema se convierte en el propio *input* del sistema de tal manera que el sistema comienza a generar una determinada recursividad y a depender de su propio estado. De esta manera se puede considerar que sus características son: sintéticamente determinadas, dependientes de su propia historia, analíticamente indeterminadas e impredecibles. Tanto la terminología como el concepto provienen de v. FOERSTER [vid. al respecto ÍD., *Wissen* (nota 18), pp. 244 ss., 251 s.; BAECKER, *Organisation* (nota 11), pp. 79 ss.; LUHMANN, *Einführung in die Systemtheorie* (ed. por Dirk Baecker), 2002, pp. 97 ss.].

³⁷ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 238. Así las empresas son sistemas organizativos, no sistemas función, y por tanto, a diferencia de los sistemas función, cuyo código es alterable, el «código» (premisas de decisión) de las organizaciones es variable.

decisiones se van a corresponder con un concepto muy conocido en el ámbito clásico de la teoría de la organización, a saber, las planificaciones o los planes de la organización³⁸. La labor de las planificaciones es determinante en tanto que lo que las caracteriza es la necesidad de coordinar premisas de decisión muy diferentes. Así, cuando en una organización empresarial se planifica, se toman decisiones en las que se intentan coordinar *ad futurum* diversas variables. De esta manera se intentan orientar las decisiones que en el futuro se pueden tomar, y cuando el futuro sea presente se podrá observar, retrospectivamente, si las decisiones han sido tomadas conformes a la planificación que se hizo.

Bien, como se acaba de señalar las planificaciones tienen que coordinar premisas de decisión muy diferentes entre sí. Ahora bien, a la variación en una premisa no le tiene que corresponder la variación en otra. Por lo tanto, resulta imprescindible señalar qué tipos de premisas de decisión existen. Antes de pasar a detallarlas, conviene indicar que dichas premisas de decisión forman estructuras de expectativas que permiten a la organización seguir operando³⁹.

Programas de decisión: Los programas de decisión⁴⁰ pueden concebirse como condiciones reguladoras del decidir correcto (o defectuoso); es decir, *limita* las posibilidades de comunicación a *si una decisión es correcta o no*⁴¹. Así, en el plano de los programas de decisión puede distinguirse entre límites de *input* y límites de *output* del sistema organizativo. En este sentido, los programas que están orientados hacia el *input* se denominan programas condicionales⁴² y los orientados hacia el *output*, programas finales⁴³. Lo fundamental de los programas de decisión es que constituyen la *memoria* del sistema⁴⁴, y que, por lo tanto, la empresa comienza a observarse como una máquina histórica, no trivial. La memoria se refiere siempre a los propios estados del sistema, y, de hecho, la comunicación se distancia de la conciencia para poder construir sus propias redundancias⁴⁵. La memoria se tiene que ajustar a las capacidades comunicativas del sistema. En consecuencia, resulta totalmente inadecuado concebir a las organizaciones como las administraciones de ejecución de una voluntad del poder central: la memoria del sistema controla todos los impulsos volitivos y trabaja con el mecanismo de inhibición / desinhibición⁴⁶.

Vías de comunicación: La programación que acaba de referirse puede verse completada con vías de comunicación que deciden *si una decisión es reconocida o no* – si tiene o no efectos vinculantes –. Ello dependerá de las *competencias* fijadas en las

³⁸ Vid. LUHMANN, *Organisation* (nota 9), pp. 230 ss., 254, 354 ss.

³⁹ LUHMANN, *Organisation* (nota 8), p. 172.

⁴⁰ Vid. extensamente LUHMANN, *Organisation* (nota 9), pp. 256 ss.

⁴¹ Vid. LUHMANN, *Organisation* (nota 8), pp. 176 s.

⁴² LUHMANN, *Organisation* (nota 9), pp. 263 s. Gracias al cumplimiento de las indeterminaciones y a la introducción de reglas de excepción, el sistema programado condicionalmente tiende a la condensación de su código y a la solicitud de atención, absorbiendo así mucho tiempo de decisión.

⁴³ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), pp. 265 ss.

⁴⁴ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), pp. 275 ss. Vid. también WALSH / RIVERA UNGSON, «Organizational Memory», en: *Acad. Mang. Rev.* 16 (1991), pp. 57 ss.

⁴⁵ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 276, donde se renuncia al concepto de memoria organizativa como el «*sharing*» de las conciencias individuales.

⁴⁶ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), pp. 81 ss., 94 ss., 277.

premisas de decisión, lo cual constituye precisamente la determinación de la «organización formal». Mientras que las competencias se colocan en el plano estructural, las vías de comunicación se sitúan en el plano operativo del sistema⁴⁷ y son precisamente las que conectan una decisión con otra decisión posibilitando así la autopoiesis del sistema. Las vías de comunicación, en definitiva, deben considerarse como los «transportes» de la competencia⁴⁸. Entre vías de comunicación y estructuración organizativa existe una estrecha vinculación y ello se observa claramente en el hecho de que la estructuración jerárquica facilita, en principio, la labor de reconocimiento de las decisiones. Sin embargo, cuando se produce un aumento notable de la complejidad, la jerarquía dificulta una adaptación adecuada al entorno y, por ello, pese a seguir siendo un mecanismo de reducción de inseguridad, va perdiendo en importancia dejando espacio a formas heterárquicas de estructuración que requieren nuevas vías de comunicación⁴⁹.

Personal: El último tipo de premisas de decisión son las relativas al personal. Se trata, por supuesto, de personas (constructos del sistema)⁵⁰ y no de individuos. Las personas son modelos de ordenación con cualidades altamente selectivas⁵¹. Así, si bien ya el rol de miembro de la organización va a delimitar las decisiones que se puedan tomar, pueden existir características personales que conduzcan a una mayor selectividad en este sentido. Esto es, las alineaciones de personal determinan qué personas son escogidas para desempeñar ciertas tareas. Las decisiones sobre personal, por tanto, se refieren a la condición de miembro de la organización o a la ocupación de una plaza en la misma⁵².

Por último, debe señalarse que las plazas de trabajo condensan las tres premisas de decisión que acaban de referirse. Así, a cada plaza le corresponde una serie de tareas (programas), pertenece a un determinado departamento (vías de comunicación) y está ocupada por una determinada persona. La plaza de trabajo simboliza la necesidad de la *consistencia* de las premisas de decisión con la *autopoiesis* del sistema⁵³. Su sentido

⁴⁷ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 305.

⁴⁸ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), pp. 316 ss., 319: precisamente por ello uno de los objetivos de las organizaciones en la actualidad debe ser la de acortar las vías de comunicación, lo cual ha llevado en la teoría del management a una supresión de los mandos intermedios.

⁴⁹ Vid. LUHMANN, *Organisation* (nota 9), pp. 207 ss., 211 s., 312 ss. En este sentido son de obligada exposición las reflexiones de 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. Esta autora distingue entre formas de organización «post-burocráticas» y «post-empresariales». Este último término se refiere a la adición de elementos empresariales a compañías establecidas, de tal forma que las aleja de la burocracia para jugar de una manera efectiva el «juego» de los negocios. En ese tipo de juego, cada elemento está en movimiento – tecnología, proveedores, consumidores, empleados, estructura corporativa, regulación estatal – y no se puede contar con que ninguno de ellos permanezca estable por mucho tiempo. La autora desarrolla tres conceptos básicos: (1) Sinergias (2) Alianzas y (3) Nuevas corrientes [ÍBID., pp. 72 s], considerando que estos conceptos conllevan una diferenciación radical de la burocracia empresarial respecto de las antiguas concepciones.

⁵⁰ Es decir, las organizaciones «por un lado, crean constructos de personas, pero, por el otro, son ellas mismas constructos de personas» [TEUBNER / HUTTER, «Homo Oeconomicus and Homo Juridicus – Communicative Fictions?», en: BAUMS / HOPT / HORN (eds.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*, 2000, p. 579].

⁵¹ Vid. LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 225.

⁵² Vid. extensamente LUHMANN, *Organisation* (nota 9), pp. 279 ss., 287 ss.

⁵³ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 235.

radica en la limitación recíproca de las premisas de decisión, por lo cual permanece como identidad abstracta sin información. En caso de que las plazas sean definidas, dicha definición siempre será parcial para ofrecer puntos de referencia a la introducción de posteriores premisas de decisión⁵⁴. Y es que es precisamente en este punto donde realiza su prestación la plaza: permite el continuo «montaje» y «desmontaje» de premisas de decisiones compaginadas las unas con las otras.

3. Operaciones heterorreferenciales de la organización: las rutinas cognitivas

1.- Hasta este punto se han tratado aquellas premisas de decisión que se orientan hacia la autorreferencia del sistema organizativo. Ahora bien, existen una serie de premisas de decisión que se orientan hacia la heterorreferencia del sistema; es decir, hacia el entorno del sistema organizativo. En efecto, el sistema se encuentra ubicado en un entorno que no debe desconocer, pero, como indica la teoría de los sistemas sociales autopoieticos⁵⁵, no puede tener acceso cognitivo a él. El sistema organizativo no tiene, por tanto, otra opción que (re)construir un entorno. En otras palabras, para la organización, el entorno consiste en una construcción propia cuya realidad no se discute. Lo que dentro del sistema organizativo se observa como entorno *es siempre un constructo del propio sistema*; es decir, un «relleno» de la heterorreferencia del sistema⁵⁶. El entorno como construcción del sistema incluye igualmente a los *managers* y empleados de la empresa y, por tanto, éstos pertenecen al entorno (interno) de la organización empresarial, no al sistema⁵⁷.

Como siempre, el entorno no contiene ninguna información para el sistema, sino que «sólo» irrita al sistema. El sistema organizativo experimenta al entorno como irritación, ruido, perturbación. Por ello, las informaciones, en todo caso, no proceden *del* entorno, sino que son informaciones *sobre* el entorno. Un sistema autopoietico sólo puede informarse a sí mismo y la información cumple la función en el sistema de constituir una limitación selectiva de las posibilidades de continuación de las operaciones⁵⁸. Esta circunstancia tiene una importancia notable: el sistema organizativo adquiere capacidad cognitiva en tanto que las irritaciones que se producen a través de los

⁵⁴ Las razones para ello son las siguientes: (1) la indeterminación que se genera con la oscilación entre autorreferencia y heterorreferencia; (2) los problemas que conlleva la biestabilidad que se logra a través del «doble cierre»; (3) ambas cuestiones deben compatibilizarse con la autopoiesis del sistema, lo cual obliga a que se traduzca en un problema de tiempo que no se resuelve en el primer plano (decisiones) sino en el segundo plano (premisas de decisión) [vid. LUHMANN, *Organisation* (nota 9), pp. 231 ss., 320 ss.].

⁵⁵ Vid., con referencia, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Teoría* (nota 17), pp. 398 ss. con referencias.

⁵⁶ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 52. Debe destacarse aquí la coincidencia con el concepto de «representación» (*entactment*) de WEICK, «Enactment Processes in Organizations», en: STAW / SALANCIK (eds.); *New Directions in Organizational Behavior*, 1977, pp. 267 ss.; ÍD., *Making Sense* (nota 16), pp. 182 ss., 188 ss.

⁵⁷ Advierte esta circunstancia adecuadamente GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, 1999, p. 66. El entorno interno es un derivado de las observaciones de segundo orden de sistemas que observan sistemas en su entorno que, a su vez, observan su entorno. De esta manera, la organización constituye un determinado entorno para ciertos sistemas que «participan» en él [como, por ejemplo, los miembros de la organización]. En el ámbito de la teoría de los sistemas sociales sea posiblemente el mercado el entorno interno más conocido [vid. al respecto LUHMANN, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, 1988, pp. 91 ss.; BAECKER, *Information und Risiko in der Marktwirtschaft*, 1988, pp. 201 ss.].

⁵⁸ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 52; ÍD., *Organisation* (nota 8), pp. 173 ss.

acoplamientos estructurales de la organización pueden – y ello lo determina el propio sistema – provocar que el sistema genere información *sobre* las mismas. La organización se convierte así en un «sujeto epistémico». En efecto, las empresas pueden «conocer» a través de la comunicación interna sobre sus propias realidades sociales⁵⁹.

2.- En efecto, dado que el entorno tiene relación con los procesos cognitivos, en el marco de la teoría autopoietica de la organización se acuña la denominación de «rutinas cognitivas» para hacer referencia a las operaciones heterorreferenciales de la organización⁶⁰. Así, las rutinas cognitivas aparecen con la *praxis* decisoria de la organización y dependen de la misma. Permiten al sistema tener una relación «desahogada» con el entorno, lo cual posibilita que el sistema se concentre en el aspecto autorreferencial de las situaciones de decisión. Por lo tanto, en cierto sentido, las rutinas cognitivas son el resultado de procedimientos de absorción de la inseguridad; pero el sistema no los maneja autorreferencialmente – como artefactos autoconstruidos – sino como acreditaciones de la realidad⁶¹.

3.- Dado que las organizaciones no pueden percibir, las rutinas cognitivas cumplen la función que la percepción tiene en la conciencia⁶². Son, por lo tanto, identificaciones guardadas para múltiples usos en la comunicación que, en caso de necesidad, pueden ser traídas a colación. Si bien tradicionalmente las rutinas cognitivas eran consideradas como de prioridad secundaria, esta situación está cambiando drásticamente. En efecto, en el marco de la teoría autopoietica, se observa que, en realidad, todas las premisas de decisión autorreferencialmente constituidas, se encuentran en un contexto de rutinas cognitivas. Así, ninguna definición situacional, ninguna atribución y, en todo caso, ninguna libertad de decisión se daría si no existieran las rutinas cognitivas. De esta manera, la construcción de rutinas cognitivas sirve a la creación de posibilidades de decisión que no serían posibles sin ellas. En este contexto, las rutinas desempeñan un papel importante en relación con el Derecho penal, ya que obtienen un significado notable en el marco de organizaciones con tendencia a fallar⁶³. En efecto, en ese caso se trata de organizaciones en las cuales los criterios de eficiencia son menos importantes que los criterios de evitación de fallos, evitación de catástrofes y administración de riesgos⁶⁴. Así, en organizaciones que trabajan con tecnologías muy riesgosas el problema principal es la evitación de situaciones con problemas poco claros y cognitivamente no definibles – sobre todo no definibles a tiempo –. En estos casos, la utilización de rutinas cognitivas complejas y poco empleadas es la variable crítica⁶⁵.

⁵⁹ TEUBNER, *DOXA* 25 (2002), p. 536; WILLKE, *Managementforschung* 6 (1996), pp. 263 ss.; ÍD., *Steuerungstheorie* (nota 32), pp. 283 ss., 290 s.; ÍD., *Wissensmanagement* (nota 32), pp. 27 ss., 41 ss. 66 ss. La cuestión se encuentra íntimamente relacionada con el denominado «aprendizaje organizativo» (*organizational learning*) [vid. el clásico de ARGYRIS / SCHÖN, *Organizational Learning: A Theory of Action Perspective*, 1978, *passim*].

⁶⁰ Vid. LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 250.

⁶¹ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 251.

⁶² LUHMANN, *Organisation* (nota 9), pp. 250, 251; vid. también ÍD., *Verw.-Archiv* 84 (1993), pp. 305 ss. para la relación entre percepción y comunicación.

⁶³ Vid. LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 252.

⁶⁴ Vid. LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 252.

⁶⁵ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 252. No se puede confiar en la jerarquía con la suposición de que en la cúpula se tendrá mejor conocimiento y más responsabilidad. Por otro lado, el sistema tampoco puede protegerse a

4. Autorreferencialidad no decidible de la organización: la cultura organizativa empresarial

1.- Como ya se ha señalado anteriormente, las decisiones organizativas tienen que estar guiadas por un código que permita diferenciar qué decisión pertenece a la organización y cuál no. Dichos códigos diferenciadores han sido definidos como premisas de decisión. Bien, hasta ahora se ha tenido en cuenta que dichas premisas de decisión son, a su vez, decidibles. Sin embargo, existe un tipo de premisas de decisión que no son decidibles – es decir, no reconducibles o imputables a una decisión puntual concreta –. Así, *la cultura empresarial es el complejo de premisas de decisión no decidibles en una organización empresarial*⁶⁶.

En efecto, dicha cultura empresarial proporciona al sistema organizativo empresarial la correspondiente orientación para diferenciarse de los sistemas de su entorno y otorgarse una individualidad distintiva⁶⁷. Así, se trata de premisas de decisión no decidibles pero «identificadoras»⁶⁸. Dado que dichas premisas de decisión no se establecen a través de una decisión⁶⁹, se plantea el problema del «quién» controla dichas premisas de decisión⁷⁰. La respuesta sólo puede ser la propia organización empresarial. En efecto, se trata de premisas de decisión *específicas de la organización*, pero no decidibles⁷¹. De esta manera, con la definición de la cultura empresarial como el complejo de premisas de decisión no decidibles se dota de unidad al concepto «premisas de decisión» introduciendo la importante distinción entre decidible y no decidible. Así, la primera parte de la distinción se refiere a aquellos problemas que, cuando aparecen, pueden ser resueltos mediante una orden directa. La segunda parte de la distinción se refiere a problemas que no admiten como solución esa orden directa y precisamente por ello la cultura organizativa puede proporcionar soluciones para dichos problemas. Ello se evidencia cuando surge la necesidad de realizar una representación unitaria de todo el sistema organizativo empresarial, es decir de proceder a una identificación del sistema – no de su entorno (personas, ...etc.)⁷²–.

2.- Así las cosas, las premisas de decisión no decidibles son producidas por la organización y, por lo tanto, ello sucede a la vista de decisiones o, más exactamente, con motivo de las decisiones. Pero, y ello es fundamental, *no pueden ser imputadas a determinadas decisiones y no están orientadas a preparar o ejecutar determinadas*

través de una programación normativa dado que resulta evidente que tiene que evitar las catástrofes – se trata de expectativas cognitivas. La cuestión determinante es, por tanto, la capacidad cognitiva.

⁶⁶ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 241. Vid. asimismo, la construcción del autor de dicha definición RODRÍGUEZ MANSILVA, *Gestión organizacional. Elementos para su estudio*, 2ª, 2002, pp. 265 ss.

⁶⁷ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 224.

⁶⁸ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 225.

⁶⁹ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 239.

⁷⁰ PERROW, *Complex Organizations* (nota 20), pp. 128 ss. habla de un tercer nivel de control denominado «control de premisas».

⁷¹ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 240. Por lo tanto, en este tema como en tantos otros, se produce la sustitución de la unidad por la diferencia y, en consecuencia, en la distinción decidible / no decidible es la «imposibilidad de decidir» ciertas premisas de decisión lo que fundamenta el concepto de cultura organizativa / empresarial [Vid. LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 242].

⁷² LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 241.

*decisiones*⁷³. Por lo tanto, no se puede marcar cómo han surgido. Su característica fundamental es que son *vigentes* si bien les falta una suerte de «positividad» en el sentido de una regla que señale que todo lo que es introducido a través de una decisión también puede ser cambiado a través de una decisión⁷⁴. En este sentido debe recalarse que, a efectos de la culpabilidad empresarial – Infra III –, la *cultura empresarial tiene una determinada vigencia que puede cuestionar la vigencia del ordenamiento jurídico. Precisamente por ello se puede identificar en la cultura empresarial el cuestionamiento de la vigencia de la norma por parte del sistema organizativo empresarial*⁷⁵.

3.- Para centrar aún más la posición de la cultura empresarial, se puede señalar que se trata de comunicación formalmente redundante, es decir, no se trata de *poiesis* – la producción de una obra – sino de *praxis* – una actividad que se disfruta como tal –. Así, su resultado se produce anónimamente y la función *latente* de este tipo de comunicación consiste en dotar de una expresión a la conciencia de pertenencia y a sus exigencias con respecto al Derecho o a la moral, sin hacer de ello directamente un tema de comunicación y, por lo tanto, exponiendo su aceptación o su rechazo⁷⁶. En consecuencia, reducida la cultura organizativa a sus últimos componentes, puede observarse que éstos son los *valores* de la organización acuñados por la historia del sistema organizativo⁷⁷. Los valores son puntos de referencia en la comunicación que no son directamente comunicados⁷⁸. Por tanto, la efectividad comunicativa de la cultura empresarial *no* depende de que los individuos estén de acuerdo con ella y que ello se constate, sino de que *en la comunicación se proceda como si ese fuera el caso*⁷⁹.

El sistema organizativo puede cambiar su cultura organizativa, pero no «por decreto»⁸⁰. Es decir, la cultura organizativa no es un componente de los estatutos del sistema⁸¹ y, sin embargo, contribuye definitivamente a la identidad del sistema organizativo⁸². Así, la cultura organizativa se acentúa cuando se trata de diferenciarse⁸³ en

⁷³ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 242.

⁷⁴ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 242.

⁷⁵ En este sentido resulta fundamental recordar que la vigencia constituye un símbolo determinado [vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Teoría (nota 17), p. 409]. De igual manera, por lo general, la cultura organizativa se define mediante la referencia al concepto de símbolo y, en consecuencia, el correspondiente sistema se considera una *differentia specifica* [vid. LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 242 con nota 32].

⁷⁶ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 243. Se trata por tanto de fuerzas poderosas que mantienen la comunicación diaria dentro de unos límites y condensan una serie de premisas en la forma de una «posibilidad de confianza» que no se expone a la prueba de sí o no, sino que se acepta de manera implícita.

⁷⁷ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 244.

⁷⁸ Sobre ello vid. LUHMANN, «Complexity, Structural Contingencies and Value Conflicts», en: HEELAS/LASH / MORRIS (eds.); *Detraditionalization*, 1996, pp. 59 ss.

⁷⁹ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 244.

⁸⁰ En este sentido es decisivo una visión evolutiva de la organización en la que una gran parte de la cultura de la organización no es arbitraria y que sólo existen pequeños espacios de juego para la variación de esta cultura organizativa *a través de las acciones propias* [BAECKER, *Organisation* (nota 11), pp. 375 ss.].

⁸¹ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 245.

⁸² Es por ello que la afirmación de JAKOBS [ÍD., «Strafbarkeit juristischer Personen?», en: PRITWIZETAL (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, p. 569] de que la empresa sólo puede constituir su identidad a través de la unidad de sus estatutos no resulta acertada. La constitución autorreferencial del sistema organizativo empresarial también se puede dar a través de la cultura empresarial.

⁸³ En este sentido deben recordarse el primero de los dos requisitos establecidos por FRIEDMAN, «In Defense of Corporate Criminal Liability», en: *H.J.L. & Pub. Pol.* 23 (2000), pp. 845 ss. para la atribución del status de persona jurídico-penal activa: poseer una *personae* diferenciable, para lo cual acude al ethos corporativo desarro-

comparación con otros sistemas en el entorno, o de constituir una forma propia de «nuestra organización»⁸⁴. De esta manera, una de las mayores novedades vinculadas al concepto de cultura empresarial es la acentuación del carácter particular de cada empresa, siendo diferente de empresa a empresa bajo las mismas condiciones de entorno⁸⁵. Los sistemas organizativos empresariales conforman su identidad, como todo sistema autopoietico, sobre la base de la recursividad y se constituyen en definitiva – al igual que el ser humano – en máquinas no triviales⁸⁶.

III. Fundamentos del concepto constructivista de culpabilidad empresarial

1. Introducción

1.- Una vez explicitada, por tanto, la concepción autopoietica de la organización empresarial, se impone observar qué efectos despliega sobre la discutida cuestión de la responsabilidad penal empresarial. Con ello en mente, debe significarse, antes que nada, que, probablemente, no existirá en la actualidad ningún *topos* tan relevante para la responsabilidad penal empresarial como la cuestión relativa a la culpabilidad de la empresa⁸⁷. Por ello, resulta conveniente examinar qué concepto de culpabilidad empresarial se deriva de la concepción autopoietica de la organización empresarial y conjugarla con el resto de los postulados de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos⁸⁸.

2.- En aras de buscar una denominación que refleje la esencia de dicho concepto de culpabilidad empresarial, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la teoría de los sistemas sociales autopoieticos funda una corriente epistemológica denominada *constructivismo operativo*,⁸⁹ por lo que el concepto de culpabilidad en ella basada constituye un concepto *constructivista* de culpabilidad. En segundo lugar, debe tenerse muy en cuenta que la teoría de sistemas emplea una herramienta metodológica sumamente útil en este ámbito, cual es la del equivalente funcional⁹⁰. Con base en dicha consideración

llado por BUCY, «Corporate Ethos: a standard for imposing corporate criminal liability», en: *Minn.L.Rev.* 75 (1991), p. 1099 ss.

⁸⁴ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 246.

⁸⁵ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 248.

⁸⁶ LUHMANN, *Organisation* (nota 9), p. 249.

⁸⁷ Vid. al respecto las referencias contenidas en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad* (nota 1) pp. 40 ss.

⁸⁸ Vid., en profundidad, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad* (nota 1), Cap. V. Ello implica, entre otras cuestiones, que tanto el Derecho como el individuo son considerados, a su vez, sistemas autopoieticos –el primero un sistema social y el segundo un sistema psíquico – [sobre ello vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Teoría* (nota 17), pp. 402 ss.; ÍD., *Culpabilidad* (nota 1), pp. 113 ss.].

⁸⁹ Sobre dicha corriente epistemológica vid. ya 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. y con mayor detalle en ÍD., *Teoría* (nota 17), pp. 394 ss.

⁹⁰ Sobre el método del equivalente funcional vid. LUHMANN, *Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, 1968, pp. 162 ss.; ÍD., *Soziale Systeme* (nota 6), pp. 83 ss. con referencias ÍD., *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, 1990, pp. 368, 417 ss. Dicho concepto ha sido introducido en el ámbito del Derecho penal empresarial por HEINE [vid. claramente ÍD., «New Developments in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans learn from the American Experience – or Viceversa?», en: *Saint Louis – Warsaw Transatlantic Law Review* 1998, pp. 187 s.].

relativa al método se puede afirmar que el concepto constructivista de culpabilidad empresarial, si bien no es idéntico al concepto de culpabilidad individual, sí resulta *funcionalmente equivalente*. Es decir, culpabilidad empresarial y culpabilidad individual no son iguales, pero sí funcionalmente equivalentes⁹¹.

3.- En concreto, el concepto constructivista de culpabilidad empresarial se basa en tres equivalentes funcionales que se corresponden con los tres pilares del concepto de culpabilidad individual: la fidelidad al Derecho como condición para la vigencia de la norma, el sinalagma básico del Derecho penal y, por último, la capacidad de cuestionar la vigencia de la norma⁹². Probablemente el lector ya se habrá percatado que dichos fundamentos están contenidos, en mayor o menor medida, en la teoría del Derecho penal de GÜNTHER JAKOBS. A este respecto conviene señalar, sin poder entrar aquí en mayores consideraciones sobre la concreta relación que se establece con la concepción teórica de este autor, que dicha teoría es tomada como *punto de referencia* para construir los fundamentos del concepto constructivista de culpabilidad empresarial⁹³.

2. Primer fundamento de la culpabilidad empresarial: contribución de la cultura empresarial a la vigencia de la norma

1.- El primer fundamento funcionalmente equivalente de la culpabilidad empresarial reside en el hecho de que, en la sociedad moderna, la vigencia de determinadas normas depende en gran medida de la creación y mantenimiento de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho. Así, el modelo descentralizado de organización social que surgió en el ámbito individual con motivo de la «desmitificación del mundo»⁹⁴, ha tenido lugar en el ámbito empresarial a lo largo del siglo XX gracias, entre otras cosas, a la «desmitificación del Estado»⁹⁵. De esta manera nace el conocido fenómeno de la autorregulación empresarial como un reflejo de la incapacidad estatal para controlar ciertos riesgos característicos de la sociedad post-industrial moderna⁹⁶. Ello ha provocado que dicho control y gestión de riesgos se haya descentralizado hacia unas organi-

⁹¹ Desde esta perspectiva resulta fundamental, por tanto, indicar qué función cumple el Derecho penal, puesto que será a partir de dicha función que se pueda considerar la equivalencia entre culpabilidad individual y culpabilidad empresarial. En este sentido, el concepto constructivista de culpabilidad considera que la función del Derecho penal consiste en el mantenimiento de la vigencia normativa [vid. a este respecto JAKOBS, *Sociedad, Norma y Persona en una teoría funcional de Derecho penal* (traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernado Feijoo Sánchez), 1996, p. 16; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad* (nota 1), pp. 213 ss.].

⁹² Para el desarrollo de dichos pilares en el ámbito de la culpabilidad individual vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad* (nota 1), pp. 258 ss., 273 ss., 285 ss.

⁹³ Vid. sobre esto, con mayor detalle, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad* (nota 1), pp. 208 ss.

⁹⁴ WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* (edición de Winkelmann). 3ª ed., 1968, pp. 582 ss., 594.

⁹⁵ WILLKE, *Entzauberung des Staates*, 1983, p. 49 y passim.

⁹⁶ Vid. entre muchos otros DI FABIO, «Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung», en: *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* 6 (1997), pp. 235 ss.; LADEUR, «Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer "Logik der Netzwerke". Rechtliche Steuerung und die beschleunigte Selbsttransformation der postmodernen Gesellschaft», en: *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates. Die Verwaltung*, Beiheft 4 (2001), pp. 59 ss.; ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y efectos*, 2002, pp. 35 s. y passim; DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, 2005, pp. 38 ss., 52 ss., 140 ss. y passim.

zaciones empresariales que, en virtud de su tamaño y complejidad interna, no admiten una regulación – intervención – directa estatal externa⁹⁷, sino que, como mucho, puede aspirarse a un control del contexto (*Kontextsteuerung*) característico del Derecho reflexivo⁹⁸.

2.- A la vista de esta situación resulta necesario y adecuado imponer a dichas organizaciones empresariales la obligación primordial que afecta a toda persona jurídico-penal: la obligación de fidelidad al Derecho, lo cual se concreta en la institucionalización de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho⁹⁹. El reconocimiento de una esfera de autonomía a la empresa con la consiguiente obligación de fidelidad al Derecho provoca, al igual que lo hizo en el individuo¹⁰⁰, el nacimiento del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho. Por tanto, el rol que garantiza el Derecho penal (empresarial) es el del rol del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho y, en consecuencia, la no institucionalización de esa cultura empresarial de fidelidad al Derecho constituye el quebrantamiento del rol del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho; es decir, *la manifestación de la culpabilidad jurídico-penal empresarial*.

3. Segundo fundamento funcionalmente equivalente de la culpabilidad empresarial: el sinalagma fundamental del Derecho penal empresarial

1.- El nacimiento de rol del ciudadano corporativo fiel al Derecho que acaba de apuntarse conlleva el reconocimiento de un mínimo de igualdad a las empresas. Ahí radica el segundo fundamento de la culpabilidad empresarial que, de esta manera, consiste en el establecimiento del sinalagma fundamental del Derecho penal (empresarial): libertad de autoorganización (empresarial) vs. responsabilidad por las consecuencias (de la actividad empresarial). Expresado con las palabras de SCHÜNEMANN: «la legitimación de las sanciones económicas a la asociación puede verse en la *autonomía* de la asociación, a la cual *el Derecho le adscribe fundamentalmente una libertad a la*

⁹⁷ Dicha situación ha sido puesta de relieve principalmente por HEINE y constituye en gran medida la base de su planteamiento [vid. ahora sólo sus contribuciones HEINE, «Technischer Fortschritt im Spannungsverhältnis von Unternehmen, Gesellschaft und Staat – Neue Herausforderungen für das Recht», en: SCHULTE (ed.), *Technische Innovation und Recht. Antrieb oder Hemmnis?*, 1997, pp. 57 ss.; ÍD., «Strafrecht zwischen staatlicher Risikolenkung und gesellschaftlicher Selbstregulierung», en: LANGE (ed.), *Gesamtverantwortung statt Verantwortungsparzellierung im Umweltrecht*, 1997, pp. 208 ss.].

⁹⁸ Sobre la idea del Derecho reflexivo y el control del contexto vid. TEUBNER / WILLKE, «Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht», en: *ZfRSoz* 5 (1984), pp. 4 ss.; WILLKE, *Ironie des Staates. Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*, 1992, pp. 185 ss., 341 ss.; ÍD., *Supervision des Staates*, 1997, pp. 72 ss.; ÍD., *Atopia. Studien zur atopischen Gesellschaft*, 2001, pp. 131 ss.; ÍD., *Dystopia. Studien zur Krisis des Wissens in der modernen Gesellschaft*, 2002, pp. 65 ss.; ÍD., *Heterotopia. Studien zur Krisis der Ordnung moderner Gesellschaften*, 2003, pp. 122 ss. En el ámbito jurídico-penal han sido HEINE [ÍD., *Verantwortlichkeit* (nota 2), pp. 49, 59 ss., 78 ss., 249 s.] y SCHÜNEMANN [ÍD., *Personas jurídicas* (nota 2), p. 572; ÍD., *Plädoyer* (nota 2), p. 138; ÍD., *Art. 4* (nota 2), pp. 170, 175; ÍD., *Legal Entities* (nota 2), p. 232] quienes han adoptado principalmente estos dos conceptos para fundamentar sus modelos, si bien el primero apuesta, como aquí, por un verdadero Derecho penal empresarial, mientras que el segundo por un Derecho penal empresarial de medidas (para una crítica de este aspecto de la construcción de SCHÜNEMANN cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad* (nota 1), pp. 277 ss., 280).

⁹⁹ Para una fundamentación de este postulado vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad* (nota 1), pp. 261 ss.

¹⁰⁰ Vid. a este respecto JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2ª ed. 1999, pp. 83 ss., 86.

organización propia que, sin embargo, tiene como reverso *tener que ser responsable por los resultados negativos de esa libertad*¹⁰¹.

2.- La institución negativa¹⁰² del *nenimen laedere* empresarial encuentra su anclaje constitucional, en de opinión de varios autores, en la libertad de empresa¹⁰³, y lleva aparejado la obligación, al igual que en el individuo¹⁰⁴, de mantener el ámbito de organización (empresarial) propio dentro de los márgenes del riesgo permitido¹⁰⁵. De esta manera se acentúa la *autorresponsabilidad empresarial*, que con HEINE puede formularse como un imperativo categórico: toda empresa debe comportarse (organizarse) autorresponsablemente de tal manera que nadie resulte dañado – es decir, que el riesgo permanezca dentro del ámbito empresarial¹⁰⁶. La empresa pasa de ser un mero actor económico basado en la lógica racional de los costes/beneficios a convertirse en una persona jurídico-penal orientada por el esquema derechos/deberes¹⁰⁷; es decir, se constituye como un verdadero ciudadano fiel al Derecho.

4. Tercer fundamento de la culpabilidad empresarial: la participación de la organización empresarial en el discurso público

1.- Precisamente ese *status* de ciudadanía conforma el tercer fundamento de la culpabilidad empresarial. Así, resulta fundamental para la dimensión *material* de la culpabilidad jurídico-penal la posibilidad de poder participar en la producción común de sentido; es decir, el principio de culpabilidad garantiza que la persona «es competente para intervenir en asuntos públicos»¹⁰⁸. Sin embargo, ¿cómo participa la empresa en la producción común de sentido? ¿Cómo interviene en los asuntos públicos? Sin duda, estas cuestiones son un tanto controvertidas pero, no obstante, si se quiere efectuar una auténtica fundamentación de la responsabilidad debe profundizarse en el sustrato material que permite legitimar la imposición de verdaderas penas a las empresas.

2.- El punto de partida viene dado por una determinada interpretación de la libertad de expresión reconocida constitucionalmente a las personas jurídicas¹⁰⁹. En este

¹⁰¹ SCHÜNEMANN, Art. 4 (nota 2), p. 170 [sin subrayado en el original].

¹⁰² Sobre las instituciones y los deberes negativos vid. JAKOBS, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 2004, pp. 116 ss.; ÍD., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 27 ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 83 ss.; de manera reciente SESSANO GOENAGA, «Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional», en: *RECPC* 08-03(2006), pp. 1 ss., 5 ss., 8 ss. (Citado el 23 de enero de 2006. Disponible en World Wide Web: <http://criminet.ugr.es/recpc>).

¹⁰³ BOTTKÉ, *wistra* 1997, p. 253.; HEINE, *St.L.War.Tr.L.Rev.* 1998, p. 179; ÍD., *Plädoyer* (nota 32), p. 93.

¹⁰⁴ Vid., por ejemplo, JAKOBS, *Normativización* (nota 102), p. 108; ÍD., *Estudios* (nota 15), p. 350.

¹⁰⁵ BOTTKÉ, *Assoziationsprävention* (nota 2), pp. 62 ss y las notas que acompañan al texto; HEINE, *St.L.War.Tr.L.Rev.* 1998, pp. 178 ss.

¹⁰⁶ HEINE, *Verantwortlichkeit* (nota 2), pp. 276 s. con referencias a otras posturas semejantes. Vid. también STRATENWERTH, «Strafrechtliche Unternehmenshaftung?», en: GEPPELT ET AL (eds.), *Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag*, 1992, p. 307, derivando de ello, sin embargo, otras consecuencias.

¹⁰⁷ Sobre la importancia de este paso vid. JAKOBS, *Imputación* (nota 15), pp. 177 ss.

¹⁰⁸ JAKOBS, *Normativización* (nota 102) p. 50.

¹⁰⁹ Vid. ya las reflexiones de JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, (reimpresión de la 2ª edición de 1919), 1964, pp. 260 ss., 262. Sobre el estado del reconocimiento de derechos fundamentales a las

sentido, lo relevante a estos efectos no es tanto el reconocimiento en sí, sino el *contenido y significado de dicha libertad*. En este sentido resultan especialmente relevantes las consideraciones de LAWRENCE FRIEDMAN¹¹⁰, quien trae a colación la sentencia de la Corte Suprema estadounidense *First National Bank of Boston vs. Bellotti*¹¹¹. Así, en relación con la libertad de expresión reconocida a las corporaciones, dicha Corte declaró expresamente que se trataba de «la expresión o discurso que resulta indispensable para la toma de decisiones en la democracia, y ello no es menos cierto por el hecho de que la expresión provenga de una corporación en lugar de un individuo»¹¹². De esta manera se viene entendiendo que, si bien una corporación como tal no puede votar, sí que se le reconoce el derecho a participar en lo que realmente cuenta en democracia: el debate entre los ciudadanos. En definitiva, a las corporaciones, al igual que a los individuos, se les reconoce un *derecho a participar en el proceso de creación y definición de las normas sociales*¹¹³. Dicho proceso no viene marcado por el derecho de voto sino principalmente por la libertad de expresar juicios en el discurso público sobre las normas sociales, contribuyendo así a la conformación de las mismas¹¹⁴.

personas jurídicas vid. BACIGALUPO SAGGESE, «Los derechos fundamentales de las personas jurídicas», en: *PJ53* (1999), pp. 49 ss.

¹¹⁰ FRIEDMAN, *H.J.L. & Pub. Pol.* 23 (2000) 23 (2000), pp. 833 ss.

¹¹¹ 435 U.S. 765 (1978).

¹¹² 435 U.S. 765 (1978) 777.

¹¹³ Vid. el desarrollo en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad* (nota 1), pp. 288 ss. La relevancia de este reconocimiento depende en gran medida del posicionamiento que se adopte con respecto al fundamento material del concepto de culpabilidad. Así, dicho reconocimiento resulta decisivo para una concepción de la culpabilidad en la cual la legitimidad de la pena y del consiguiente reproche de culpabilidad se vinculan a la posibilidad de participar en la conformación de la norma y, de esta manera, poder cuestionar la vigencia de la misma sin tener que recurrir a la comisión de un delito que porte dicho significado [vid. a este respecto partiendo de la perspectiva comunicativa JAKOBS, Imputación (nota 15), pp. 179 s.; desde una perspectiva intersubjetiva vid. GÜNTHER, Verantwortlichkeit (nota 15), pp. 27 ss., 39; y KINDHÄUSER, «La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad» (traducción de Percy García Caverro), en: LUZÓN PEÑA / MIR PUIG (Coords.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999, pp. 185 ss., 204, planteamiento que se deduce igualmente de las posiciones de PEÑARANDA RAMOS, «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito», en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, pp. 254 ss. y ALCÁCER GUIRAO, «Prevención y garantías: conflicto y síntesis», en: DOXA 25 (2002), pp. 139 ss. Otra cuestión, que pese a su relevancia para esta discusión no se puede tratar aquí, es la relación entre intersubjetividad y comunicación (vid. al respecto LUHMANN, *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*, 1998, pp. 31 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, «La normativización del Derecho penal: ¿Hacia una teoría sistémica o intersubjetiva de la comunicación?», en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, pp. 435 ss.; desde la denominada teoría expresiva de la pena vid. KAHAN / NUSSBAUM, «Two Conceptions of Emotion in Criminal Law», en: *Columbia Law Review* 96 (1996), pp. 269 ss., 351; KAHAN, «Between Economics and Sociology: The New Path of Deterrence», en: *Michigan Law Review* 95 (1997), pp. 2477 ss.; ÍD., «The Secret Ambition of Deterrence», en: *Harvard Law Review* 113 (1999), pp. 413 ss.; ÍD., «Social Meaning and Economic Analysis of Crime», en: *Journal of Legal Studies* 27 (1998), pp. 609 ss.; FRIEDMANN, *H.J.L. & Pub. Pol.* 23 (2000), 845 s.; en parte también ROBINSON, «Why Does the Criminal Law Care What the Layperson Think is Just? Coercive versus Normative Crime Control», en: *Virginia Law Review* 86 (2000), pp. 1839 ss. (= «Control coercitivo del delito versus control normativo del delito» (traducción de Carlos Gómez-Jara Díez), en: CANCIO MELIÁ / GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), *Derecho penal del enemigo*, 2006).

¹¹⁴ Esta cuestión se encuentra relacionada, en primer lugar, con la denominada libertad de expresión empresarial (*Corporate Free Speech*) [vid. ahora sólo KEER, «Subordinating the Economic to the Political: The Evolution of the Corporate Speech Doctrine», en: 10 *Communication Law & Policy* 10 (2005), pp. 63 ss.]; en segundo lugar, con la posibilidad de considerar que las empresas son «miembros de pleno derecho de la comunidad moral» (*full-fledge members of moral community*), [vid. al respecto FRENCH, «Integrity, Intentions and Corporations», en: *American Business Law Journal*. 34 (1996), pp. 147 ss.; FRENCH / NESTERUK / RISSER, *Corporations in the Moral Community*, 1992, pp. 12 ss.]. Sin embargo, a diferencia de estos últimos autores, el planteamiento aquí sostenido

IV. **Facit: Hacia un modelo de autorresponsabilidad penal empresarial en España**

1.- A tenor de la concepción autopoiética de la organización empresarial que se expuso anteriormente, y de las consecuencias que tiene a la hora de conformar un concepto de culpabilidad empresarial, parece evidente que, en caso de que se quiera establecer un verdadero sistema de responsabilidad penal de la empresa, éste debería girar en torno a la propia organización empresarial y no en torno a la actuación de determinadas personas físicas¹¹⁵; dicho con otras palabras, debe establecerse un modelo de *autorresponsabilidad* penal empresarial. Más aún, lo cierto es que, a la luz de la extraordinaria importancia del *principio* de autorresponsabilidad en el ámbito del Derecho penal, los modelos de heterorresponsabilidad empresarial – esto es, los basados en las actuaciones de personas físicas que, en virtud de ciertos criterios, se imputan a la empresa – no encajan adecuadamente en el núcleo del Derecho penal y, por ello, no resulta extraño que se rechace la afirmación de que dichos modelos sean verdaderos sistemas de Derecho *penal*¹¹⁶. No obstante, por lo que se alcanza a observar, tanto la dogmática española como la política legislativa en España han abogado por crear sistemas de responsabilidad empresarial que se centran en la persona física – esto es modelos de heterorresponsabilidad empresarial –, con los consiguientes problemas que se plantean de cara a establecer un sistema de responsabilidad *penal* empresarial.

2.- Así, por lo que a la política legislativa se refiere, los dos principales anclajes en este sentido – a saber, los artículos 31.2 y 129 del Código penal vigente – contienen importantes momentos de heterorresponsabilidad. En efecto, por lo que se refiere al reciente artículo 31.2 del CP¹¹⁷, ya su ubicación sistemática en el precepto que regula el actuar en lugar de otro supone una importante nota de heterorresponsabilidad, además de que se refiere *expresamente* a dichos supuestos. A mayor abundamiento, se exige

no pretende una equiparación absoluta entre empresas e individuos en este sentido, sino sólo el *reconocimiento de un mínimo de ciudadanía* suficiente para el establecimiento de la responsabilidad penal.

¹¹⁵ Vid. ahora sólo HEINE, Verantwórtlichkeit (nota 7), pp. 588 ss., 591 s.; ÍD., Modelle (nota 32), pp. 140 ss.

¹¹⁶ Vid. ahora, por todos, las reflexiones de BAJO FERNÁNDEZ [BAJO FERNÁNDEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo actual», en: *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro, Responsabilidad de los Consejos de Administración. Responsabilidad de los subordinados*. Cuadernos de Derecho judicial 1994, pp. 106, 115 ss.; ÍD., «La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho administrativo español», en: MIR PUIG / LUZÓN PEÑA (Coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, 1996, pp. 22, 30 ss.; ÍD., «Hacia un nuevo Derecho penal: el de las personas jurídicas», en: IGLESIAS PRADA (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez. Tomo IV. Derecho civil y Derecho público*, 1996, pp. 5093, 5100 ss.; ÍD., «Culpabilidad y persona jurídica», en: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (Coord.); *Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico*, 1998, pp. 20 ss.], quien considera que, en realidad, se trataría de conformar una suerte de «Derecho penal» que, al igual que el Derecho penal de menores, siguiera manteniendo la denominación de «Derecho penal», pero que, en el fondo, constituyera un Derecho penal sin culpabilidad. Parece sumarse a esta tendencia de manera reciente el propio ZUGALDÍA ESPINAR, «Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica», en: *CPC81* (2003), p. 543: «parece que lo más indicado es (...) una teoría jurídica del delito específica de la persona jurídica, patrimonio de un Derecho penal, si se quiere “especial”, pero que, como el de inimputables o el de menores y jóvenes, establezca sus presupuestos y sus sanciones sin renunciar a ser Derecho Penal y a todas sus garantías».

¹¹⁷ Art. 31.2: «En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre y por cuya cuenta actuó». Sobre la posición aquí defendida respecto de dicho precepto vid. extensamente GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Artículo 31.2 del Código penal: cuestiones de lege lata y de lege ferenda», en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*, 2006].

que se tenga que imponer al «autor» de delito – y, por lo que parece, sólo puede ser una persona física¹¹⁸ – una pena de multa para que la persona jurídica responda de la misma directa y solidariamente. De hecho, y ahí radica el problema, no cuesta demasiado advertir en esta regulación una lógica jurídico-civil – donde sí puede existir la heterorresponsabilidad – notablemente alejada de la jurídico-penal – fundamentada en la autorresponsabilidad –. Es decir, *la responsabilidad civil sí puede ser directa y solidaria; la responsabilidad penal no*. O lo que es lo mismo: *la responsabilidad civil puede ser objetiva; la responsabilidad penal no*; no, al menos, conforme a los parámetros modernos del Derecho penal. En lo que al artículo 129 respecta, lo cierto es que ya la propia denominación de «consecuencia accesoria» muestra una clara dependencia, tanto conceptual como práctica, con relación a la pena principal que, por lo que se alcanza a ver, sólo se refiere a la persona física. Se podrá discutir sobre el grado de responsabilidad que es exigible en la persona física para que se puedan imponer dichas consecuencias, pero resulta imposible desvincular la imposición de éstas de la actuación delictiva de aquélla¹¹⁹.

3.- En lo que a la doctrina se refiere, hasta la fecha también han primado los modelos de *heterorresponsabilidad* empresarial. Así, por ejemplo, uno de los autores que más extensa y detalladamente ha tratado esta problemática, ZUGALDÍA ESPINAR, construye su completo y detallado modelo de imputación sobre la base del hecho de conexión. En efecto, este autor considera que la imposición de las consecuencias accesorias está sometida a la comprobación de los siguientes criterios objetivos de imputación: 1º) la *persona física* debe haber actuado en el seno de la persona jurídica y dentro de su marco estatutario; 2º) la acción de la *persona física* ha de aparecer en el

¹¹⁸ Vid. en este sentido MIR PUIG, Responsabilidad (nota 2), p. 762: «presupone que el autor del delito es una persona (o varias) de las personas físicas que actúan en nombre de la persona jurídica a la que se refiere el apartado 1 del mismo artículo 31»; en idéntico sentido LUZÓN PEÑA, «Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales», en: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO / GURDIEL SIERRA / CORTÉS BECHIARELLI (eds.); *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, p. 549 nota 7: «lo único que deja claro es que “el autor del delito” no es la persona jurídica”, sino el sujeto que actuó en nombre o por cuenta de la misma». Por el momento, donde no parece haber consenso es en la «naturaleza jurídica» de dicha medida; por un lado, MIR PUIG, Responsabilidad (nota 2), p. 762 considera que se trata de una «consecuencia accesoria como las previstas bajo esta denominación por el art. 129 CP»; sin embargo, DE LA FUENTE HONRRUBIA, *Las consecuencias accesorias del Artículo 129 del Código Penal*, 2004, p. 70 entiende que «esta medida no puede ser considerada una consecuencia accesoria, ya que no cumple con los fines del artículo 129.3»; en sentido similar, ALVÁREZ GARCÍA, «El nuevo artículo 31.2 del Código penal», en: *Revista de Derecho penal* 12 (2004), p. 138, entendiéndolo que no es posible considerarla una consecuencia accesoria y que, en última instancia, tienen una cierta naturaleza administrativa (pp. 139 ss.); por su parte, FERNÁNDEZ TERUELO, «Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante (criterios de regulación y consecuencias del nuevo apartado segundo del artículo 31 del Código penal derivado de la reforma 15/2003)», en: *Revista de Derecho Penal y Proceso Penal* 13 (2005), pp. 38 s. considera que la multa «no puede perder tal naturaleza (penal) por efectos de esta nueva previsión» y que «lo que se modifica es únicamente la obligación de pago (cumplimiento de la pena de multa); no obstante apunta que con esta regulación se desnaturaliza su sentido. Planteamiento semejante – en tanto que centran la atención en la obligación aseguramiento – realizan, GRACIA MARTÍN/ BOLDOVA PASAMAR/ ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., 2004, pp. 568 s., pero matizan – apoyándose en el Derecho francés – que «se trata en definitiva, de una responsabilidad pecuniaria de naturaleza exclusivamente civil (...); la obligación de aseguramiento que recae sobre la persona jurídica no es de naturaleza penal, sino civil».

¹¹⁹ Vid. las recientes exposiciones contenidas en GUARDIOLA LAGO, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código penal*, 2004, pp. 120 ss.; DE LA FUENTE HONRRUBIA, *Consecuencia* (nota 118), pp. 115 ss. En todo caso, debe constatarse la actuación de una determinada persona física, pudiendo discutirse, eso sí, en torno al tipo de conducta que tiene que haber llevado a cabo.

contexto social como de la persona jurídica; 3º) la *persona física* debe haber actuado en nombre e interés de la persona jurídica¹²⁰. Por ello, no resulta en absoluto inconsecuente que este autor considere que «desde mi punto de vista, una persona jurídica se hace culpable, cuando, en su seno, estatutariamente y en su beneficio, con posibilidad de conocer la ilicitud del hecho, se adoptan o ejecutan acuerdos delictivos o se ejecutan acciones delictivas que no son impedidas por los órganos sociales competentes»¹²¹. Como se puede observar, se cuenta con importantes elementos para afirmar que, según este modelo, son las personas físicas las que, en última instancia, hacen culpable a la persona jurídica.

4.- Objeciones similares se pueden realizar con respecto al modelo de heterorresponsabilidad conformado por BACIGALUPO SAGGESE. Así, pese a que dicha autora propone, de manera pionera en España, efectuar un cambio de paradigma a la teoría de los sistemas sociales autopoieticos, lo cierto es que el modelo de responsabilidad empresarial que finalmente construye se muestra incoherente con el referido cambio de paradigma¹²². Así, su concepción de la responsabilidad penal de la persona jurídica como derivado estricto de la prevención general positiva, sigue basándose en el hecho de conexión del *órgano* de la persona jurídica¹²³ y constituye, por tanto, un modelo de heterorresponsabilidad penal empresarial que *se basa en las actuaciones de personas físicas*. En efecto, tal y como lo ha caracterizado recientemente SCHÜNEMANN, en la concepción de esta autora «la acción y la culpabilidad de la persona jurídica (son) derivadas, en definitiva, de la actividad de aquellas personas que actúan de acuerdo al estatuto como representantes en una unidad operativa de la empresa»¹²⁴. En resumidas cuentas, en el modelo construido por BACIGALUPO SAGGESE, la responsabilidad de la persona jurídica es una responsabilidad *derivada* de las personas físicas y no una responsabilidad *propia* de la persona jurídica¹²⁵.

5.- Pues bien, a diferencia de lo planteado tanto por ZUGALDIA ESPINAR como por BACIGALUPO SAGGESE, el concepto de culpabilidad empresarial aquí defendido, esto es, el concepto constructivista de culpabilidad empresarial, no construye un modelo de heterorresponsabilidad empresarial sino que, por el contrario, sienta las bases de un

¹²⁰ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, «Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas», en: *PJ* 46 (1997), p. 341; ÍD., «Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas», en: *Empresa y Delito en el nuevo Código penal*, 1997, p. 238; ÍD., «La responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código penal)», en: QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS (eds.), *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, 2001, p. 898.

¹²¹ ZUGALDÍA ESPINAR, *CPC* 81 (2003), p. 551.

¹²² Ello se debe, probablemente, a que esta autora pese a realizar dicha propuesta mantiene su argumentación teórica en el ámbito tradicional, de ahí que sus argumentos sean especialmente vulnerables a la reciente crítica del propio JAKOBS, *Strafbarkeit* (nota 82), pp. 565, 568 ss.

¹²³ BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad* (nota 2), pp. 390 ss.

¹²⁴ SCHÜNEMANN, *La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea*. Manuscrito mecanografiado entregado en la Quinta Mesa Redonda de Derecho penal económico, 12 de mayo de 2005, p. 7 [video conferencia accesible en Internet en: World Wide Web <http://www.nebrija.es/universidad/mesasredondas/> (citado el 23 de enero de 2006) y manuscrito de próxima publicación en: *Constitución Europea y Derecho penal*. Madrid: CERASA, 2006].

¹²⁵ BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad* (nota 2), p. 366.

verdadero modelo de autorresponsabilidad empresarial, esto es, de una responsabilidad originaria de la propia empresa. En efecto, se entiende que una *verdadera* responsabilidad penal de la empresa no puede estar construida sobre la base de las actuaciones de la persona física, si es que se pretende que la responsabilidad penal de la empresa se corresponda con los estándares modernos del Derecho penal¹²⁶. En aras de abogar por el establecimiento en España de un sistema de autorresponsabilidad penal empresarial, en lo que sigue se expondrán ciertos beneficios que, a nuestro juicio, comporta la institucionalización de un modelo de autorresponsabilidad en contraposición con el modelo de heterorresponsabilidad penal empresarial.

En **primer lugar**, al no estar sujetos los modelos de autorresponsabilidad penal empresarial a la actuación delictiva de las personas físicas, se puede hacer frente a los fenómenos de la irresponsabilidad organizada y de la irresponsabilidad estructural¹²⁷. En efecto, uno de los problemas de quienes proponen los modelos de heterorresponsabilidad es que dependen de la constatación de una determinada actividad delictiva por parte de una persona física – o más aún : que las personas físicas hayan actuado dentro de su marco estatutario–. Por el contrario, quienes abogan por los modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, proponen clasificaciones conceptuales en este sentido que permiten hacer frente de manera más efectiva a esta problemática¹²⁸.

En **segundo lugar**, la dependencia conceptual que los modelos de

¹²⁶ Resulta, quizás, un tanto paradójico que haya sido un férreo detractor de la responsabilidad penal empresarial quien haya efectuado la descripción más certera de esta circunstancia: vid. CANCIO MELIÁ, «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa», en: MIR PUIG / CORCOY BIDASOLO (Dir.) / GÓMEZ MARTÍN (Coord.), *La Política criminal en España*, 2005, § 1 *in fine* (en prensa): «En este sentido, las argumentaciones en favor del establecimiento de un sistema de responsabilidad penal de la empresa de heterorresponsabilidad (por atribución) tropiezan dentro del sistema jurídico-penal actual, de responsabilidad *personal*, y en opinión de la opinión dominante, con problemas insuperables. En cambio, si cupiera construir exitosamente un modelo de autorresponsabilidad de la empresa, es decir, fundamentar una culpabilidad propia de la empresa, habría cambiado un elemento estructural del sistema penal: se habrá creado una nueva categoría de ciudadanos a efectos del Derecho penal. En este sentido, estas nuevas aproximaciones constituyen un *salto cualitativo*» (subrayado en el original).

¹²⁷ Vid. ahora sólo a este respecto, con múltiples referencias, HEINE, *Kollektive Verantwortlichkeit* (nota 7), pp. 583 s.; ÍD., *Modelle* (nota 32), pp. 122 ss.; ÍD., *Plädoyer* (nota 32), pp. 90 s.

¹²⁸ Así, son varias las propuestas que consideran suficiente que se constante que ha tenido lugar una actividad delictiva, sin ser necesario que se precise concretamente qué persona es culpable de la comisión del mismo. LAMPE, por ejemplo, considera que dicha actuación delictiva constituiría un injusto de resultado y no un injusto de acción [LAMPE, *ZStW* 106 (1994), p. 731]. Por otro lado, también se plantea la posibilidad de que dicha actuación sea considerada una condición objetiva de punibilidad [vid., con diferentes perspectivas, DANNECKER, «Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts», en: *GA* 2001, p. 119 [=«Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas» (traducción de Ana Cristina Rodríguez Yagüe), en: *RP* 7 (2001), pp. 40 ss.]; HEINE, *Verantwortlichkeit* (nota 2), p. 292; ÍD., «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung – nationale Konsequenzen», en: *ÖJZ* 1996, p. 218 [=«La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales», en: HURTADO POZO / DEL ROSAL BLASCO / SIMMONS VALLEJO (Coords.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, 2001, pp. 49 ss.]; ÍD., *Plädoyer* (nota 32), p. 106]. Por lo demás, los modelos de autoneponsabilidad precisamente ayudan a que no se produzca la tan temida «relajación en términos de garantías» [denunciada entre otros recientemente por CANCIO MELIÁ, *Responsabilidad* (nota 126), § 3 *in fine*], puesto que, a diferencia tanto de los modelos de heterorresponsabilidad como de aquellos que únicamente abogan por la responsabilidad penal individual en el seno de empresa, no existe una necesidad tan acuciante de localizar a una persona física responsable, por lo que no se presenta la tentación de «forzar» los criterios de imputación jurídico-penal para colmar necesidades punitivas.

heterorresponsabilidad empresarial tienen con respecto a las personas físicas, hace que, *conceptualmente*, la caracterización de la culpabilidad intrínsecamente empresarial sea mucho más difícil, y que, desde la perspectiva de la *praxis*, sea más complicado introducir causas de exclusión de la culpabilidad empresarial. De ahí que, por ejemplo, una de las concepciones más difundidas de culpabilidad empresarial basada en el hecho de conexión – la culpabilidad organizativa o por defecto de organización¹²⁹ –, abogue por que no se tengan en cuenta posibles causas de exculpación empresarial¹³⁰.

En **tercer lugar**, conviene reiterar, pese a que ya se ha señalado, que los modelos de autorresponsabilidad empresarial ofrecen un mejor anclaje con los parámetros modernos del Derecho penal. Así, la atribución de un hecho propio – sc. autorresponsabilidad – en contraposición a la imputación de un hecho ajeno – sc. heterorresponsabilidad – parece compaginarse mejor con los estándares de responsabilidad que se manejan en el Derecho penal moderno. Y es que, tal y como han señalado varios autores, uno de los defectos de los que han venido adoleciendo los modelos de responsabilidad penal tradicional es que no respondían a los parámetros fundamentales de la concepción moderna del Derecho penal¹³¹.

En **cuarto lugar**, y estrechamente relacionado con lo anterior, los modelos de autorresponsabilidad penal empresarial ofrecen un mejor anclaje con la distinción cualitativa que supone el Derecho penal. En efecto, si se pretende que la pena siga manteniendo su *significado comunicativo moderno*, entonces lo que se impute *penalmente* a la empresa debe ser algo *propio* y no algo *ajeno*¹³². Esta circunstancia se

¹²⁹ Sobre esta construcción y sus variantes vid. extensamente GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad* (nota 1), pp. 150 ss.

¹³⁰ Vid. ahora sólo TIEDEMANN, «Die „Bewußung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität», en: *NJW* 1988, p. 1173; BRENDER, *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, 1989, p. 116; EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe: Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*, 1994, p. 195.

¹³¹ Vid., por ejemplo, ya la crítica de BAJO FERNÁNDEZ, Derecho administrativo (nota 116), p. 21. De manera más reciente FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones* (nota 32), p. 81. Así, con ALWART, «Unternehmensethik durch Sanktion?», en: ALWART (ed.), *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, 1998, p. 76 se podría afirmar que se trata de construir un modelo de responsabilidad penal empresarial que pueda compatibilizarse con la gramática profunda (*Tiefengrammatik*) del Derecho penal. Por ello, se puede colegir con este autor [ALWART, «Strafrechtliche Haftung des Unternehmens – von Unternehmenstäter zum Täterunternehmen», en: *ZStW* 105 (1993), pp. 765 s.] que deben rechazarse los modelos de responsabilidad empresarial basados en la representación – es decir, los modelos de heterorresponsabilidad – dado que contradicen la «hermenéutica de la imputación» (*Zurechnungshermeneutik*) del Derecho penal.

¹³² Y es que, frente a la argumentación de BACIGALUPO SÁGGESE, *Responsabilidad* (nota 2), p. 366 de que «el fin primordial que la imposición de la pena (...) a una persona jurídica, al igual que a una persona física, debe cumplir, es el restablecimiento de la vigencia que la norma vulnera» se ha opuesto recientemente [FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones* (nota 32), pp. 82 s.] que «es cierto que, como punto de partida general, se puede afirmar la existencia de culpabilidad y, por tanto, la necesidad de imponer una pena cuando lo exige el restablecimiento de la norma. Pero ésta es una argumentación circular que no fundamenta nada si no se añaden posteriores consideraciones que legitimen por qué una determinada persona, un determinado ente o un determinado sistema debe sufrir la imposición de una pena como medio necesario para mantener la confianza general en la vigencia de la norma. (...) La mera referencia a la prevención general positiva no basta para individualizar por qué un determinado subsistema o una determinada persona es la que debe recibir una sanción para que se restablezca el ordenamiento». En este sentido, para que la imposición de una pena a la empresa adquiera el significado comunicativo de restablecimiento de la vigencia del ordenamiento jurídico, resulta fundamental – en el Derecho penal moderno – que los presupuestos para imponer dicha pena conformen un modelo de autorresponsabilidad o de responsabilidad por el hecho propio.

acentúa si, como aquí, se defiende una concepción comunicativa de la pena en la cual el restablecimiento comunicativo de la vigencia de la norma adquiere una relevancia decisiva¹³³.

En **quinto lugar**, los modelos de autorresponsabilidad penal empresarial estimulan, como *prestación* de la pena empresarial, el ejercicio de fidelidad al Derecho por parte de la propia empresa, en el sentido de favorecer una autorregulación empresarial conforme a Derecho y el correspondiente establecimiento de una cultura empresarial de cumplimiento con el Derecho¹³⁴. Por lo tanto, los modelos de autorresponsabilidad penal empresarial estimulan que las empresas cumplan con su rol de ciudadanos corporativos fieles al Derecho y que, en general, se produzca un reforzamiento de la vigencia de la normas de la sociedad moderna.

Como corolario de todo lo que se ha indicado, puede afirmarse que, en la necesaria reforma del Código penal español en lo que a la responsabilidad penal empresarial se refiere, deberían seguirse los ejemplos recientes de legislaciones europeas, dado que, en general, dichas legislaciones abogan en gran medida, si bien con diferente intensidad dependiendo del caso concreto, por instaurar modelos de autorresponsabilidad penal empresarial¹³⁵. Por lo demás, resultaría igualmente conveniente examinar con detalle la regulación estadounidense, puesto que en las Directrices para imponer sentencias a organizaciones (*Organizational Sentencing Guidelines*) se establece asimismo un sistema de autorresponsabilidad penal empresarial basado en la culpabilidad empresarial¹³⁶.

¹³³ Vid. al respecto GÓMEZ-JARA DÍEZ, Teoría (nota 17), pp. 414 ss., 420 ss.; sobre su relevancia en el ámbito del Derecho penal empresarial vid. ÍD., *Culpabilidad* (nota 1), pp. 295 ss. Desde esta perspectiva, por tanto, no se pueden compartir las afirmaciones de CANCIO MELIÁ, Responsabilidad (nota 126), §§ 3 s., de que la pena a la organización empresarial constituye, *per se*, un debilitamiento de fuerza expresiva de la pena además de un debilitamiento de la prevención general positiva [vid. igualmente MIR PUIG, *RECPC* 06 (2004), p. 14; ÍD., Responsabilidad (nota 2), p. 758 haciendo referencia a la distinción simbólica y comunicativa que supone la pena y que, en caso de aplicarse a la persona jurídica, se perdería]. Así, por lo que respecta a lo primero, la fuerza expresiva de la pena, por lo menos desde la perspectiva teórico-sistémica aquí adoptada, no se vincula al dolor penal del ser humano entendido en términos psicologicistas, sino que, en lo que al dolor se refiere, éste es entendido como un constructo normativo *sobre* el cual se comunica *normativamente* [vid. con más detalle GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Die Strafe: eine systemtheoretische Beobachtung», en: *Zeitschrift für Rechtslehre* 37 (2005), pp. 15 s.]; lo determinante a estos efectos es que el sistema al cual se impone la pena goce, en primer lugar, de una autorreferencialidad suficiente y, en segundo lugar, de la posibilidad de participar en la conformación de la norma. En lo referente a lo segundo, la confirmación de la identidad normativa de la sociedad depende, claro está, de qué características conformen la identidad de una sociedad en una época determinada; dado que en la actualidad existen notables indicios de que la sociedad moderna es, en gran medida, una sociedad de organizaciones [vid. ahora sólo la descripción de PERROW, «A Society of Organizations», en: HALLER/HOFFMANN-NOWOTNY/ZAPF (eds.), *Kultur und Gesellschaft*, 1989, pp. 265 ss.] no parece desacertado considerar que las penas a las organizaciones empresariales confirman igualmente su identidad. Expresado de manera más concisa: las críticas de CANCIO MELIÁ y MIR PUIG resultan válidas, en principio, para los modelos de heteroresponsabilidad penal empresarial, pero no para los modelos de autorresponsabilidad penal empresarial.

¹³⁴ Vid. decididamente en este sentido HEINE, *Verantwortlichkeit* (nota 2), pp. 253 s., 279 s.; ÍD., *Plädoyer* (nota 32), p. 105; ÍD., *Modelle* (nota 32), pp. 150 s. Vid. asimismo BOTTKE, *wistra* 1997, pp. 250 s.

¹³⁵ Vid. el análisis efectuado por HEINE, *Verantwortlichkeit* (nota 7), 579 ss. Vid. igualmente las reflexiones en torno al nuevo Código penal suizo efectuadas por HEINE, «Praktische Probleme des Unternehmensstrafrechts», en: *SZW* 2005, pp. 17 ss.; ÍD., «Straftäter Unternehmen: das Spannungsfeld von StGB, Verwaltungsstrafrecht und Steuerstrafrecht», en: *recht* 2005, pp. 1 ss.

¹³⁶ Vid. sobre ello, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Responsabilidad* (nota 32), pp. 51 ss. y la ADENDA; ya ÍD., «*Corporate Criminal Liability*: algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal corporativa en los EE.UU.», en: GARCÍA

