

RESPONSABILIDAD PENAL EN EL MARCO DE LA EMPRESA.
DIFICULTADES RELATIVAS A LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA IMPUTACIÓN

Bernd Schunemann

Catedrático de la Universidad de Múnich

ADPCP, Vol. LV, 2002

<http://www.cienciaspenales.net>

SECCIÓN DOCTRINAL

Responsabilidad penal en el marco de la empresa Dificultades relativas a la individualización de la imputación *

BERND SCHÜNEMANN

Catedrático de la Universidad de Múnich

I. INTRODUCCIÓN

Es para mí un gran honor y satisfacción poder impartir hoy, por tercera vez, una conferencia en la Universidad Complutense de Madrid. Del tema de hoy, la «responsabilidad penal en el marco de la empresa-dificultades relativas a la individualización de la imputación» me ocupé por primera vez hace veinticinco años, cuando el Ministro de Justicia alemán me encargó la elaboración de un dictamen sobre este tema con ocasión de la Reforma del Derecho Penal económico alemán (1). Una versión abreviada de ese dictamen se publicó en el año 1988 en el Anuario de Derecho Penal, que lo puso en conocimiento de la ciencia jurídico-penal española (2). Desde entonces he tenido otras cuatro ocasiones de presentar al mundo científico penal español una elaboración detallada, modernizada en parte,

(*) Traducción de Beatriz SPÍNOLA TÁRTALO, Universidad Complutense de Madrid, y Mariana SACHER, Universidad de Múnich. El presente artículo, así como los tres siguientes, de los profesores doctores Salvador Coderch/Piñeiro Salguero/Rubí Puig, Kuhlen y Hilgendorf, se corresponden con las ponencias presentadas al Seminario Internacional Complutense sobre responsabilidad por el producto, celebradas en noviembre de 2003 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

(1) SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979.

(2) Pp. 529 y ss.

de mi concepto: en primer lugar, en el año 1991, en las Jornadas sobre la «Reforma del Derecho Penal en Alemania» del Consejo General de Poder Judicial (3); después, en las Jornadas realizadas en 1992 en Madrid en honor del Profesor *Klaus Tiedemann*, denominadas «Hacia un Derecho Penal Económico Europeo» (4); en 1994, aquí, en la Universidad Complutense, en las Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en homenaje al Profesor *Claus Roxin* (5); y, por último, a comienzos de este año en el marco de mi libro recopilatorio publicado por la editorial Tecnos sobre «Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio», en el que aparece un artículo sobre «los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas», que también se publicó en Alemania en 1994 (6). Por eso, me alegra especialmente la oportunidad que se me brinda hoy, de analizar la abundante doctrina y jurisprudencia de los últimos ocho años, inclusive las nuevas propuestas en el plano europeo, y de presentarles a ustedes un concepto del año 2003, por así decirlo, actualizado a día de hoy.

II. LA TENDENCIA A TRASLADAR LA RESPONSABILIDAD PENAL LO MÁXIMO POSIBLE «HACIA ARRIBA»

En la legislación, jurisprudencia y doctrina se reconoce la tendencia a trasladar la responsabilidad jurídico-penal lo máximo posible «hacia arriba», es decir, de responsabilizar penalmente en primera línea a los órganos directivos y sólo en segunda línea a los órganos

(3) Publicadas bajo el título: Jornadas sobre la «Reforma del Derecho Penal en Alemania», Consejo General del Poder Judicial (comp.), Madrid 1992, pp. 31 y ss., y también en: *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*, Madrid, 2002, pp. 185 y ss.

(4) Publicadas también bajo ese título, Madrid, 1995, pp. 565 y ss.; versión alemana en: Schünemann/Suárez González (comps.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, 1994, pp. 265 y ss.

(5) Publicadas en Alemania en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (comps.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte - Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin*, 1995, pp. 49 y ss.; en España, en una versión más breve, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (comps.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, Madrid, 1994, pp. 11 y ss.; en su versión completa, publicada en: *Revista del Poder Judicial*, núm. 51, 1998, pp. 201 y ss.

(6) *Temas actuales* (*supra*, nota 3), pp. 129 y ss., con algunas modificaciones respecto a la versión alemana: Breuer/Kloepfer/Marburger/Schröder (comps.), *Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen*, 1994, pp. 137 y ss.

que ejecutan. Conforme al artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (7), se responsabiliza al superior por todos los delitos cometidos por sus subordinados en su ámbito de mando, acerca de los cuales al menos habría debido tener conocimiento y contra cuya comisión no ha adoptado medida alguna. Según el artículo 12 del *Corpus Iuris* en la versión de Florencia, los directivos de la empresa y cualquier persona que posea poder de decisión o control en la empresa serán responsabilizados por todo delito de un subordinado, toda vez que hayan facilitado el delito a través de una supervisión insuficiente, reduciéndose sin embargo la medida de la pena a la mitad en comparación con la del autor que ha ejecutado el delito (8). El Tribunal Supremo federal alemán (*BGH*) ha reconocido expresamente en su jurisprudencia sobre los delitos cometidos por el Gobierno de la República Democrática Alemana hasta 1989, la figura jurídica de la autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder, desarrollada por *Roxin* hace cuarenta años. Al mismo tiempo, el Tribunal Supremo federal alemán ha señalado que esa construcción también podría utilizarse en el ámbito de las empresas (9). Por tanto, la tendencia es que el Derecho Penal afecte a aquellas personas que también poseen la facultad de decidir y que de ningún modo se practique en el sentido del antiguo refrán alemán: «los pequeños a la horca y los grandes quedan libres» (10).

Aun cuando esta tendencia parezca evidente a primera vista y sea de todos modos popular, debe analizarse cuidadosamente su compatibilidad con los principios fundamentales del Derecho Penal y, en consecuencia, debe limitarse. Investigaciones modernas de la sociología y la psicología han confirmado la afirmación que formulé hace veinticinco años (11), de que los órganos de dirección de una organización en numerosos casos carecen de la posibilidad de adoptar una decisión realmente puesta a prueba y meditada, pues sólo reciben una pequeña fracción de las informaciones que en sí son necesarias, y, por ello, fre-

(7) Texto original y traducción alemana en *BT-DR* 14/2682, pp. 9 y ss.

(8) Publicado en: Delmas-Marty/Vervaele (eds.), *The implementation of the corpus iuris in the member states I*, Antwerpen, entre otras, 2000, pp. 187 y ss., 193.

(9) *BGHSt* 40, 218, 237.

(10) Acerca de la cuestión de si en esa medida ya ha tenido lugar un cambio paradigmático del Derecho Penal de la clase baja al Derecho Penal de la clase alta, ver SCHÜNEMANN, en: Kühne/Miyazawa (comps.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, pp. 15 y ss., en castellano en: *Temas actuales* (*supra*, nota 3), pp. 49 y ss.

(11) En: *Unternehmenskriminalität und Strafrecht* (*supra*, nota 1), pp. 18 y ss., 36 y ss. con la gracia de que la «organización de la responsabilidad» puede convertirse en la «irresponsabilidad organizada» (*op. cit.*, p. 34).

cuentemente actúan como instrumentos del *management* intermedio, de quien reciben sólo una información previamente seleccionada y de ese modo son manipulados sin notarlo. *Rotsch*, quien actualmente está realizando su habilitación en la ciudad de Kiel, ha llegado a la conclusión en su trabajo doctoral sobre la «responsabilidad individual en las grandes empresas» de que los procesos en una gran empresa, tremendamente complejos, ya no se pueden dirigir individualmente, y, por eso, el Derecho Penal basado en la responsabilidad individual queda sin efecto, de tal modo que, conforme a la teoría de los sistemas autopoyéticos de *Luhmann* (12), debería desistir completamente de la tentativa inidónea de regular directamente los procesos en las empresas (13).

Aquí existen realmente serios problemas, y en esto no he cambiado mi opinión de hace veinticinco años, cuando los presenté por primera vez en el debate dogmático penal. Asimismo, hoy en día considero desacertada toda solución parcial y simplista del problema. Del hecho reconocido de que un delito cometido en la empresa frecuentemente no se puede imputar a la dirección de la empresa, no se puede extraer la consecuencia radical de que se debería eliminar la responsabilidad individual en empresas. Naturalmente, sería igual de incorrecto sobrepasar los límites de la imputación individual para poder responsabilizar penalmente a la dirección de la empresa por los delitos cometidos en su ámbito. Por eso, la reglamentación del Estatuto de Roma, de responsabilizar a los superiores en caso de mera infracción imprudente de sus deberes de supervisión, también por delitos cuya comisión activa sólo es posible dolosamente, contiene una contradicción valorativa inaceptable (14). La supuesta eliminación de esa contradicción en el *Corpus Iuris*, que quiere reducir la magnitud de la pena del superior en un 50 por 100 (15), es, incluso, doblemente desacertada, pues, por un lado, se continúa en la situación de que la no evitación imprudente de un resultado que sólo es penalmente relevante en caso de dolo debe ser punible para el superior, mientras que, por otro lado, la enorme reducción de la pena para la aceptación

(12) En: *ZfRSoz.* 1985, 1 y ss.; TEUBNER, *ARSP* 1982, pp. 13 y ss.; EL MISMO, *Recht als Autopoietisches System*, 1989; WILLKE, *Entzauberung des Staates*, 1983.

(13) ROTSCHE, *Individuelle Haftung in Großunternehmen-Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, Diss. Kiel, 1997; EL MISMO, *wistra* 1999, pp. 321 y ss.; EL MISMO, *wistra* 1999, pp. 368 y ss.

(14) Véase *supra*, nota 7 y, sobre la crítica, SCHÜNEMANN, *GA* 2003, pp. 299 y 312; cfr. también el intento de una interpretación «correctora» en TRIFFTERER, *Festschrift für Lüderssen* 2002, pp. 437 y ss.

(15) Al respecto *supra*, nota 8.

dolosa de la conducta del subordinado, también prevista en el *Corpus Iuris*, es absolutamente equivocada.

Sin embargo, por otro lado, es igualmente erróneo el otro extremo, consistente en negar toda posibilidad de responsabilidad individual de la dirección de la empresa. En los últimos años hemos vivido a nivel global cómo el cambio del grupo, relativamente pequeño, que dirige la más grande y poderosa organización del mundo, Estados Unidos de Norteamérica, en muy poco tiempo conllevó una modificación completa de la política (16), por lo que sería insensato negar aquí la imputación individual.

Por eso, en lugar de conceptos simplistas y extremos, consistentes en no imputar nunca o imputar siempre las actividades de la empresa a su dirección, es indispensable la solución intermedia, completamente sencilla, de referirse a los principios de imputación que gozan de crédito desde hace más de cien años y continuar desarrollándolos de tal forma que se respeten los dos principios inalterables del Derecho Penal del hecho y del Derecho Penal de la culpabilidad: debe haber una acción u omisión que infrinja una norma y que se haya cometido culpablemente (es decir, de un modo individualmente evitable).

III. ¿LA IMPUTACIÓN EN LA EMPRESA COMO CRISTALIZACIÓN DE UNA REVOLUCIÓN EN EL CONCEPTO DE ACCIÓN?

Hacía mucho tiempo que no se oía nada sobre el concepto de acción penal (17). Precisamente por eso, debe calificarse de sensacional que el Tribunal Supremo federal alemán, sin un análisis o una fundamentación profundos, concibiera en la sentencia del *Lederspray* un nuevo concepto de acción revolucionario de todo el sistema penal anterior, con una dicción realizada casi de pasada y obviamente con un objetivo determinado, concretamente en las siguientes breves declaraciones: «con ello... hay que admitir el carácter comisivo de la conducta típica, en tanto que se produjeron daños por la utilización de

(16) Sobre la significación jurídico-penal, críticamente, SCHÜNEMANN, GA 2003, pp. 299, 305 y ss. y 312 y ss.

(17) Más allá del intento de JAKOBS de normativizar completamente el concepto de acción e identificar la fórmula del «hacerse competente-culpable por una lesión de la vigencia de la norma» con el concepto de delito (*Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, *passim*, especialmente pp. 32 y 44; críticamente, SCHÜNEMANN, *Festschrift für Roxin*, 2001, pp. 1 y 18 y ss.).

tal spray que... empezó a producirse y a venderse después de la reunión extraordinaria de la dirección..., ya que la producción y la venta de productos por una sociedad de responsabilidad limitada en el marco de su fin social son, también penalmente, imputables a sus administradores como actuación propia. Éstos responden por las eventuales consecuencias nocivas desde el punto de vista del delito de comisión» (18). La fuerza explosiva de esta decisión sólo se ha reconocido ocasionalmente, por ejemplo, por *Heine*, que la considera una aceptación de la capacidad de acción de las personas jurídicas por el Tribunal Supremo federal alemán (19), o por *Rotsch*, que interpreta que la Sala Segunda de lo Penal, mediante las locuciones mencionadas, «da el primer paso para calificar las actividades y procesos empresariales como acción de la empresa mediante una perspectiva colectiva» (20).

Kuhlen hace una prudente referencia a una «perspectiva que considera la empresa y la organización» (21), y en el escrito de habilitación de *Bosch* en Augsburg publicado recientemente se interpreta el punto de vista del BGH en el sentido de que éste constituiría una acción ficticia de la empresa y, en un segundo paso, sin considerar el comportamiento individual de los integrantes de la empresa, se la imputaría en razón de un poder organizativo que, sin embargo, por lo general ni siquiera existe de hecho (22).

¿Cómo hay que entender, pues, realmente, estas importantes declaraciones de la Sala Segunda de lo Penal? ¿Constituye la sentencia del *Lederspray* el nacimiento de un nuevo concepto de acción o (sólo) la creación de nuevas reglas sobre la autoría mediata o la coautoría? En todo caso, no se puede restar importancia a estas locuciones considerándolas un descuido aislado del Tribunal Supremo federal alemán, ya que la misma Sala, en el «caso de la adulteración de vino» (*Weinpanscher*), referido a la venta de productos nocivos, también hizo mención, de una forma bastante parecida, y generalizando, a que los miembros de la dirección de una empresa también tienen que responder penalmente si continúan vendiendo el producto sabiendo que

(18) *BGHSt* 37, 106, 114.

(19) HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 156, nota 33.

(20) ROTSCH, *wistra* 1999, pp. 321 y 325.

(21) En: *50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft – IV*, 2000, pp. 647 y ss. y 663, donde KUHLEN resume sus numerosos trabajos anteriores, como así también el estado de la cuestión y del debate desde la sentencia del *Lederspray*.

(22) BOSCH, *Organisationsverschulden im Unternehmen*, 2002, p. 132.

es defectuoso (23). Por el contrario, la Sala Quinta de lo Penal del Tribunal Supremo federal alemán, con motivo de la condena de *Krenz*, el último de los dirigentes de la República Democrática Alemana, intentó resolver «el problema de la responsabilidad en la actividad de la empresa» mediante la admisión de una autoría mediata, que en el caso de un hombre de delante que actúa de modo plenamente delictivo considera caracterizada por el hecho de que «el hombre de detrás aprovecha, mediante las estructuras de la organización, determinadas condiciones en las que su aportación al hecho desencadena procesos reglados, que entran en consideración especialmente en organizaciones estatales, empresariales, o similares a las industriales o comerciales y en jerarquías de mando» (24).

A continuación, voy a abordar enseguida la cuestión de si conviene la solución de la figura de la autoría mediata defendida por la Sala Quinta de lo Penal. La solución por la vía del concepto de acción sería, naturalmente, mucho más radical. Pero, ¿cuál sería ese concepto de acción para que, como el Tribunal Supremo federal alemán manifiesta, «la producción y venta de productos a través de una sociedad de responsabilidad limitada en el marco de su fin social tenga que imputarse a sus administradores también penalmente como actuación propia»? *Heine* ha explicado que este punto de vista acaba en lo que él denomina concepto funcional de autor, desarrollado por primera vez por el Tribunal Superior de los Países Bajos en el «caso del alambre de espino» (*Stacheldraht-Fall*), y que, entretanto, además de en los Países Bajos, también es el predominante en Bélgica, así como en Francia en materia de responsabilidad por el producto, y se aplica en los procesos de multa por cártel de la Comisión Europea, consistente en aplicar sólo dos criterios para la autoría: el criterio del poder, en el sentido de posibilidad de influencia en la conducta incriminada, y el criterio de la aceptación, en el sentido de una imputación de la acción directamente nociva llevada a cabo en los procesos aceptados como desenvolvimiento usual de los negocios (25). Que el Derecho también establece sin dificultades tales sistemas de imputación y puede operar con ellos, lo muestra que la persona jurídica se considera sujeto autónomo tanto en el Derecho Civil como en el Derecho Público. Sin embargo, la posibilidad de construir un sistema de imputación así todavía no significa: primero, ni que también sea adecuado para la

(23) *BGH NJW* 1995, pp. 2933 y ss.

(24) *BGHSt* 40, 218, pp. 236 y ss.

(25) *HEINE (supra, nota 19)*, pp. 156 y ss. con numerosas referencias ulteriores.

fundamentación de la responsabilidad penal de personas físicas; segundo, ni que el Derecho vigente ya se base en él.

a) Un examen crítico conduce a negar ambas cosas. La razón es que, mientras la imputación de las obras del sistema al propio sistema es casi una afirmación analítica, o al menos una afirmación que se encuentra completamente dentro del marco del ordenamiento previamente construido, la imputación a una persona física perteneciente a ese sistema (sea en la posición que sea) presupone lógicamente una «constatación de identidad» adicional, en virtud de la que las obras del sistema puedan valorarse jurídicamente de modo directo como obras de la persona física. Sin embargo, una declaración de este tipo sólo es aplicable a un Dios creador del mundo, sin cuya voluntad no desciende del cielo ningún gorrión, de modo que, por su omnipotencia, lo que sucede también es obra suya. Sin embargo, esta idea de una dirección absoluta mediante una o más personas omnipotentes en la empresa que están en la cúspide de la jerarquía, como señalé al principio, no es realista respecto a sistemas erigidos y dominados por seres humanos, ni, especialmente, respecto a la compleja gran empresa moderna, porque la división de trabajo conduce a una diferenciación funcional y a una descentralización de los procesos de acción y decisión, a través de las que el poder de dominio inicial de los órganos directivos se transforma en un «poder de intermediación» y en vez de dominio de la acción existe una función de coordinación, lo que, unido a la simultánea descentralización del conocimiento, puede conducir como resultado final, incluso, a una «irresponsabilidad organizada» (26). Por eso, en vista de las estructuras sociológicas y psicológicas del sistema no es adecuado imputar sin más a las personas físicas que están en la cúspide del sistema las obras de éste como una acción propia (27).

b) En lo que respecta al segundo punto, su compatibilidad con el Derecho vigente, tanto según la génesis como según el tenor literal del § 25 del Código Penal alemán, no cabe duda de que la ley no parte de un concepto sistémico de acción y de autor (28), sino de la clásica

(26) Cfr. al respecto mis consideraciones ya realizadas hace más de veinte años en: *Unternehmenskriminalität und Strafrecht* (*supra*, nota 1), pp. 30 y ss., que en las intensas investigaciones de los últimos años no han sido puestas en cuestión en su punto esencial, sino confirmadas y perfeccionadas, cfr. HEINE (*supra*, nota 19), pp. 31 y ss.; ROTSCH, *wistra* 1999, pp. 372 y ss.; BOSCH (*supra*, nota 22), pp. 18 y ss.

(27) Al respecto, recientemente, con detalle y extensamente, BOSCH (*supra*, nota 22), pp. 142 y ss.

(28) Tal y como éste ha sido elaborado por LAMPE, *ZStW* 106 (1994), pp. 683 y ss.

orientación individual, de la persona física y su influencia en el mundo mediante movimientos corporales, según la que lo único que queda abierto y ha estado sujeto a cambios con el paso del tiempo, es si este movimiento corporal se considera desde una perspectiva causal, final, social o personal. Este claro tratamiento de la persona física como punto de partida de la autoría individual, conforme al § 25, párrafo 1, primera alternativa del Código Penal alemán, a la que a partir de la regulación de la autoría mediata en el § 25, párrafo 1, segunda alternativa y del § 25, párrafo 2, se añaden las acciones de otras personas físicas, constituye también un estado de cosas y una perspectiva sustancialmente diferentes a la imputación colectiva de procesos sistémicos. Esto mismo es aplicable al artículo 28 del Código Penal español.

Por eso, no puede considerarse una nueva interpretación del concepto de acción penal la lacónica argumentación con la que en la sentencia del *Lederspray* la Sala Primera de lo Penal del Tribunal Supremo federal alemán fundamentó la condena por comisión.

IV. ¿APLICABILIDAD DE LAS REGLAS SOBRE LA AUTORÍA MEDIATA O LA COAUTORÍA?

1. Como ya he señalado, el Tribunal Supremo federal alemán en su sentencia en el «caso *Krenz*» recomendó en un *obiter dictum* la aplicación de la figura de la autoría mediata por utilización de un aparato organizado de poder, admitida allí por primera vez en la jurisprudencia también para solucionar los «problemas de responsabilidad en la actividad de la empresa» (29), y, desde entonces, esa línea se ha mantenido e intensificado. En la doctrina, esta jurisprudencia, en lo que afecta a los delitos de empresa, ha sido criticada de forma bastante mayoritaria (30). En lugar de ella, en parte se aboga por recurrir a las reglas de la coautoría (31) y en parte se niega cualquier clase de responsabilidad en calidad de autor y se admite exclusivamente una

(29) Cfr. *supra*, nota 9.

(30) ROXIN, *JZ* 1995, pp. 49 y 51; MURMANN, *GA* 1996, p. 269; AMBOS, *GA* 1998, p. 226; ROTSCH, *NSiZ* 1998, p. 491; EL MISMO, *wistra* 1999, pp. 321 y 327.

(31) JAKOBS, *NSiZ* 1995, pp. 26 y 27; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung des Anderen*, 1986, pp. 69 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.^a ed. 1996, p. 670; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 5.^a ed. 1996, p. 282.

inducción incluso en los casos del nacionalsocialismo y de la antigua República Democrática Alemana, es decir, de Hitler o Honecker (32).

2. En lugar de un análisis detallado de todas las ramificaciones de esta discusión, imposible en el presente marco, me gustaría hacer algunas observaciones sobre el aspecto metodológico del problema, que hasta ahora se ha abordado de modo demasiado sucinto. La caracterización legal de la autoría mediata y de la coautoría en el § 25 del Código Penal alemán o en el artículo 28 del Código Penal español es tan general que, evidentemente, en ninguno de los dos casos se trata de un concepto clasificatorio, sino de un concepto-tipo (*Typus*) en el sentido precisado por primera vez en la Teoría del Derecho más moderna, es decir, de un concepto con varios elementos graduables (dimensiones), que no puede ser definido en el sentido clásico, sino sólo puede ser concretizado a través de las reglas de aplicación a casos similares en las que las diferentes dimensiones se representan con distintas intensidades, respectivamente, de modo que, por ejemplo, la intensidad débil de un elemento pueda compensarse con la intensidad especialmente elevada de otro, pudiéndose de esta forma seguir viéndose el caso concreto como una forma de aparición del concepto-tipo (33). Por eso, en mi opinión, la figura de la coautoría no se puede negar sólo con el argumento de que falta el mutuo acuerdo entre el principal y el órgano de ejecución (34), ya que la intensidad débil de la dimensión «mutuo acuerdo» en la empresa sí podría compensarse con la estrecha vinculación objetiva de las aportaciones del principal y del órgano de ejecución. Siempre y cuando exista una aportación

(32) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.^a ed. 2000, p. 683; GROPP, *JuS* 1996, pp. 13 y 16.

(33) Cfr. al respecto PUPPE, *Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift*, 1989, pp. 15, 25 y ss.; KUHLEN, en: Herberger/Neumann/Rüßmann (comps.), *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, ARSP-Beiheft Nr. 45 (1992), pp. 101, 119 y ss.; SCHÜNEMANN, *Arthur Kaufmann-Festschrift* (1993), pp. 299 y ss., 305 y ss.; LK/SCHÜNEMANN, § 266, núm. marg. 19 y ss.

(34) Así, la crítica de RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht-Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen*, 1996, p. 50; ROTSCHE, *NSiZ* 1998, pp. 491 y 492; PUPPE, *NSiZ* 1991, pp. 571 y 572. ROXIN es citado por ROTSCHE (*op. cit.*) también con esta opinión, pero en realidad considera suficiente, al igual que la sentencia *RGSt* 58, 279, que los que actúan no se conozcan, en tanto que cada uno de ellos sea consciente de que junto a él actúan otro u otros y éstos posean la misma conciencia (LK § 25, núm. marg. 173), lo que por lo general será el caso en los supuestos de criminalidad empresarial en la relación del principal y el órgano de ejecución, al menos cuando ambos actúen sobre la base de la misma «actitud de la asociación» (sobre este concepto, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, *supra*, nota 1, pp. 22, 253). En diferente sentido que ROTSCHE, obviamente, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft* (*supra*, nota 32), p. 680.

positiva propia de un órgano directivo, es decir, por ejemplo, una instrucción general ejecutada después por el subordinado, o la entrega de material por el superior jerárquico y su utilización por un subordinado, entran en consideración tanto la autoría mediata como la coautoría, alternativamente, aunque, en mi opinión, la concreción del concepto-tipo plausible es la siguiente: para la autoría mediata por utilización de un aparato organizado de poder se debería exigir una supremacía considerable del hombre de detrás y, por eso, no sólo, como *Roxin*, que la organización se aparte del Derecho (35), sino también que se base en un sistema de ejercicio de violencia (lo que quizá ya venga implicado en el concepto de «aparato de poder»). De lo contrario, por ejemplo, en una organización que invierte en la financiación criminal de partidos políticos en un Estado de Derecho, se aceptaría un dominio del hecho superior del hombre de detrás, lo que no sería justo por la posibilidad que en ese caso tiene en todo momento el hombre de delante de no aceptar las pretensiones injustas que se le formulan. Por eso, de acuerdo con la interpretación corroborada por *Roxin* en una reciente conferencia en Lisboa (36), considero incorrecta la admisión de la autoría mediata de un órgano directivo de una empresa que está detrás de un órgano de ejecución que actúa de modo plenamente delictivo. En su lugar, considero apropiada la admisión de una coautoría si y porque el principal, por un lado, tiene una posición de garante (lo que trataré en profundidad inmediatamente, en el apartado VI), y, por otro, llega a poseer un control tan intenso sobre el hecho por su contribución activa adicional que sus aportaciones, aisladamente calificables de inducción y participación omisiva, unidas sólo pueden abarcarse adecuadamente por la pena de la coautoría (37). Aun en los supuestos en los que con las diferentes

(35) Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft* (*supra*, nota 32), pp. 242 y ss., 611; LK/ROXIN, § 25, núm. marg. 128 y ss.

(36) Cfr. al respecto también ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft* (*supra*, nota 32), pp. 682 y ss.; ROTSCH, *Individuelle Haftung* (*supra*, nota 13), pp. 144 y ss.; EL MISMO, *NSiZ* 1998, 493 y ss.; EL MISMO, *wistra* 1999, pp. 321 y 327; AMBOS, *GA* 1998, p. 239; KÜHL, *Strafrecht AT*, 2.ª ed. 1997, § 20, núm. marg. 73 b; mi anterior consideración en *Unternehmenskriminalität und Strafrecht* (*supra*, nota 1), p. 103, pretendía fundamentar sobre todo la posición de garante del principal, pero no para realizar una afirmación «de diagnóstico diferenciado» sobre la alternativa entre «autoría mediata o coautoría». Como el *BGH*, en contra, RANSIEK (*supra*, nota 34), pp. 46 y ss.

(37) Acerca de que un acuerdo tácito es suficiente para afirmar la decisión común para el hecho, ver *supra*, nota 34; afirma sólo una inducción, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft* (*supra*, nota 32), p. 683, quien no obstante no trata la acumulación con una reponsabilidad por ser garante. El ulterior argumento de ROXIN, de que

aportaciones al hecho se traspasan los límites de la empresa, es decir, cuando se encomienda una conducta delictiva a otro empresario independiente (38) o, en el caso de interrupción de un tratamiento, a una enfermera (39), pero quien la realiza actúa al mismo tiempo contra sus propios deberes de garante, considero apropiada la admisión de la coautoría en vez de la autoría mediata, preferida por el Tribunal Supremo federal alemán, mientras que *Roxin de lege lata* sigue aferrándose a un concurso entre autoría omisiva e inducción (40).

V. PROBLEMAS DE LA CAUSALIDAD Y LA AUTORÍA EN DECISIONES COLEGIADAS

A la cantidad de problemas jurídicos de alto calibre que arrojan los delitos empresariales, pertenecen también las cuestiones de causalidad e imputación ante decisiones de gremios adoptadas por mayoría. Éstas conciernen también a uno de los puntos más delicados del Derecho Penal empresarial, pues es evidente que la comprobación de la causalidad referida al actuar individual en gremios que deciden conforme al principio de mayorías, genera especiales dificultades.

En el ejemplo de la sentencia del spray para cuero (*Lederspray*), ni siquiera se halla fuera de discusión la cuestión de si cada uno de los miembros de la junta directiva cometió una lesión corporal dolosa a través de su aportación en el acuerdo unánime de seguir vendiendo el spray para cuero nocivo para los consumidores. En efecto, la objeción de la falta de causalidad porque el voto en contra de un solo miembro de la junta directiva no habría podido modificar la decisión, fue rechazada por el Tribunal Supremo federal alemán haciendo referencia a las reglas de la imputación por coautoría (41), lo que ha sido calificado por *Puppe* como un círculo vicioso y por *Samson* como absolutamente inaceptable (42). Pero la crítica es desacertada. En primer

la coautoría debe ser estructurada horizontalmente (*op. cit.*, p. 680), acaba en una determinación categórica apresurada, no compatible con la estructura tipológica de la coautoría.

(38) *BGHSt* 43, 219, 231 y ss.

(39) *BGHSt* 40, 257.

(40) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft* (*supra*, nota 32), pp. 611 y ss. (núm. marg. 38 y 39).

(41) *BGHSt* 37, 129.

(42) PUPPE, *JR* 1992, pp. 31 y ss.; del mismo modo, HOYER, *GA* 1996, pp. 160 y 173; SAMSON, *StV* 1991, p. 184; de acuerdo con ello, ROTSCHE, *wistra* 1999, pp. 324 y s.

lugar, conforme a la teoría de la condición conforme a leyes (objettata recientemente por *Knauer* (43), pero acertada en mi opinión), no cabe duda que en una decisión de continuar vendiendo el producto adoptada unánimemente, todo voto ha sido causal para la continuación de la venta lo que, por lo demás, también se aplicaría a un voto en contra, pues también habría sido una parte del proceso de votación causal para la continuación de la venta. Además, la coautoría no depende del curso causal hipotético de qué habría sucedido en caso de que uno de los participantes hubiera votado en contra.

Esta pregunta se formula, más bien, sólo en una comisión imprudente y, en ese caso, del siguiente modo dogmático: «¿se habría producido el resultado también en el caso de una conducta conforme a deber?», lo que se denomina, de una forma inexacta, «causalidad de la contrariedad al deber». Naturalmente, aquí no se puede volver *ab ovo* a toda la extensa cuestión debatida que es harto conocida. Conforme a la teoría del incremento del riesgo defendida por la doctrina dominante, fundada por *Roxin* y reformulada normativamente por mí (44), debe preguntarse si el comportamiento conforme a deber habría reducido el riesgo de la producción del resultado tan notablemente que el correspondiente deber se ha de calificar incluso desde la perspectiva *ex post* como medida apropiada para la protección del bien jurídico. Ello debería negarse en caso de un voto aislado, cuando *ex post* el acuerdo del resto de los miembros de la junta directiva de no realizar la retirada del producto es firme. Sin embargo, si se centra el análisis sólo en el voto, se observa el curso completo de la decisión del gremio de modo demasiado restringido, ya que obviamente también forman parte de él la participación en el debate y la actuación dirigida a la decisión correcta, es decir, dirigida concretamente a la decisión a favor de la retirada del producto. Y, entonces, puede partirse por lo general de que un voto fundado, expresado en el debate, a favor de la retirada del producto, desde luego habría tenido considerables oportunidades de imponerse, por lo que ha de afirmarse la imputación del resultado.

Así, sólo queda la omisión imprudente, por ejemplo en el siguiente supuesto: un miembro de la junta directiva no asiste a la reunión decisiva en la que se decide unánimemente la continuación de la venta del producto. Aquí, la acción omitida (la participación en la reunión abogando por el cese de la producción) puede eliminarse mental-

(43) *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, 2001, pp. 105 y ss. y 119 y s.

(44) Cfr. SCHÜNEMANN, *JA* 1975, pp. 582 y ss. y 647 y ss.; EL MISMO, *SrV* 1985, pp. 229 y ss.; EL MISMO, *GA* 1985, pp. 341 y ss.; EL MISMO, *GA* 1999, pp. 207 y 225 y ss.

mente sin que el resultado desaparezca con una probabilidad rayana en la certeza, de modo tal que falta la causalidad para el resultado, que en los delitos de omisión no puede reemplazarse por el incremento del riesgo. Resulta aún más complicado responder a la cuestión de la responsabilidad por la omisión de la retirada del producto cuando el autor ha cooperado imprudentemente con tendencia equivocada en una decisión que rechazaba la retirada del producto. Aquí el autor ha co-causado el acuerdo de no retirar el producto mediante un hacer, es decir, no sólo se ha limitado a ausentarse del acuerdo sobre la retirada del producto. En ese caso se aplica lo siguiente: quien causa un acuerdo antijurídico mediante una conducta activa, que a su vez es cuasicausal conforme a los principios del delito de omisión impropia, es también responsable por la producción del resultado.

Con esto, sigo manteniendo en general mi conclusión de 1979, de que las dificultades para individualizar la imputación en el marco de una empresa pueden resolverse completando las prescripciones tan cuidadosamente que sólo quede teóricamente una laguna de punibilidad. Ésta se da en caso de saberse fehacientemente que la lesión del bien jurídico se ha causado por un miembro de la empresa, sin poderse sin embargo averiguar su identidad por las dificultades específicas de prueba que presenta el hecho cometido desde un sujeto colectivo. Junto a esta laguna dogmática, se encuentra el problema político-criminal que ya he mencionado al comienzo, consistente en que el efecto preventivo de las normas penales dentro del «sistema autopoyético» de la empresa es mucho más débil que frente a un solo individuo. Por esta razón, desarrollé ya en 1979 una concepción para evitar las lagunas dogmáticas, consistente en prever sanciones contra la empresa misma (45) y la amplié en un sentido político-criminal a partir del Simposio de Madrid de 1992 para compensar el déficit de eficacia preventiva afirmando la posibilidad de sancionar cumulativamente tanto al individuo que actúa para la empresa, como a la propia empresa (46). Desde entonces, se ha desarrollado en el plano europeo y también, especialmente, en la ciencia jurídico-penal alemana un debate muy intenso sobre si es sostenible dogmáticamente y razonable político-criminalmente prever en todos los casos una verdadera pena contra la empresa misma (47), la mayor parte de las veces pen-

(45) Cfr. *supra*, nota 1.

(46) Cfr. *supra*, nota 4.

(47) Sobre ello, cfr., entre otros, BUSCH, *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, 1933, pp. 116 y ss.; R. SCHMITT, *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, 1958, pp. 181 y ss.; LANG-HINRICHSSEN, *Festschrift für Helmut Mayer*, 1966, pp. 49 y ss.; TIEDEMANN, *Gutachten C zum 49, DJT* 1974, p. 49;

sando en categorías del Derecho Civil y no haciendo referencia a la penalización de la empresa, sino de la persona jurídica (es decir, del titular de la empresa). A decir verdad, las numerosas contribuciones alemanas de los últimos diez años no han aportado aspectos esenciales nuevos respecto al estado del debate en el Simposio de Madrid de 1992. Como en el presente Simposio se está tratando en primera

ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, *passim*; OTTO, *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, 1993; EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, pp. 96 y ss.; ACHENBACH, en: Schönemann/Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*, 1995, pp. 283 y ss.; HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, 1996; BRICKEY, *Corporate Criminal Liability*, t. I, 2.^a ed., 1992, t. II y III, 1984; COFFEE Y FERGUSON, en: Eser/Heine/Huber (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities, International Colloquium Berlín 1998*, Friburgo de Brisgovia, 1999; sobre el Derecho inglés, véanse: LEIGH, *The Criminal Liability of Corporations in English Law*, 1969; WELLS, *Corporations and Criminal Responsibility*, 1993; EL MISMO, *ZStW* 107 (1995), pp. 676 y ss.; EL MISMO, Eser/Heine/Huber (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities (op. cit.)*, pp. 217 y ss.; además, HEALY/HARDING/WISE, en: De Doelder/Tiedemann (eds.), *Criminal Liability of Corporations (op. cit.)*, pp. 169 y ss., 383 y ss.; sobre Escandinavia y los Países Bajos: DE DOELDER, en: De Doelder/Tiedemann (eds.), *Criminal Liability of Corporations (op. cit.)*, pp. 289 y ss.; RIIHJÄRVI, *ibid.*, pp. 203 y ss.; DE DOELDER/GREVE/ROSTAD, en: Schönemann/Suárez González, *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts (supra, nota 4)*, pp. 311 y ss., 313 y ss., 323 y ss.; WALING, *Das niederländische Umweltstrafrecht*, 1991, pp. 104 y ss.; TORRINGA, *Strafbaarheid van Rechtspersonen*, 1984; NIELSEN, Eser/Heine/Huber (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities (op. cit.)*, pp. 321 y ss.; SCHÜNEMANN, en: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 11.^a ed., 1993, § 14, núm. marg. 76. Sobre la punibilidad de las personas jurídicas establecida en el Código Penal francés de 1992: BOULOC, en: De Doelder/Tiedemann (eds.), *Criminal Liability of Corporations (op. cit.)*, pp. 235 y ss.; DELMAS-MARTY, en: Schönemann/Suárez González, *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts (supra, nota 4)*, pp. 305 y ss.; SCHWINGE, *Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts*, 1996, pp. 30 y ss.; ZIESCHANG, *Das Sanktionensystem in der Reform des französischen Strafrechts im Vergleich mit dem deutschen Strafrecht*, 1992, pp. 236 y ss. Sobre ello, en España, S. BACIGALUPO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1998, pp. 231 y ss.; SILVA SÁNCHEZ (ed.), en: Schönemann/Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*, 1995, pp. 307 y ss.; respecto a Italia: PALIERO, en: Schönemann/Suárez González, *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts (supra, nota 4)*, pp. 245 y ss.; EL MISMO, en: De Doelder/Tiedemann (eds.), *Criminal Liability of Corporations (op. cit.)*, pp. 251, 265 y ss.; MILITELLO, en: Schönemann/Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*, 1995, pp. 321 y ss.; MILITELLO, Eser/Heine/Huber (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities (op. cit.)*, p. 181; respecto a Portugal, FARIA COSTA, en: Schönemann/Figueiredo (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*, 1995, pp. 337 y ss.; SERRA, Eser/Heine/Huber (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities (op. cit.)*, p. 203.

línea la responsabilidad individual por delitos cometidos en el marco de una empresa, y como aún considero acertadas las posiciones que sostuve en mi conferencia de Madrid de hace diez años, no quisiera detenerme más en el tema de la punibilidad de la persona jurídica. Sin embargo, sí llamaré al final la atención sobre algunos puntos, concretando de este modo mis consideraciones sobre el Derecho Penal empresarial.

No puedo ocultar cierto regocijo irónico al ver que la evolución más reciente de la dogmática alemana se caracteriza por una doble paradoja, pues *Hans Joachim Hirsch*, cabeza del finalismo, propaga la verdadera punibilidad de las personas jurídicas (48), con lo que se ha entregado al campo dogmático de su antípoda, *Günther Jakobs*, quien había calificado como casi evidente, desde su posición teórico-sistémica, la punibilidad de las personas jurídicas (49). A la inversa, justamente el propio *Günther Jakobs* acaba de emprender una marcha exactamente contraria en su artículo publicado en el Libro-Homenaje a Lüderssen (50), pronunciado hace sólo pocos días como conferencia en Alicante, negando ahora categóricamente una punibilidad de la persona jurídica, lo cual probablemente hundirá a sus numerosos seguidores en España y en el mundo hispanoparlante en una profunda crisis de identidad. Me permito ser breve en mi comentario al respecto, pues las posiciones anteriores, particularmente el concepto teórico-sistémico de *Jakobs*, que conduce forzosamente a la punibilidad de las personas jurídicas, ha sido puesto en conocimiento de mis oyentes del mejor modo mediante el completo trabajo de *Silvina Bacigalupo* (51). *Hirsch* pretende fundar la punibilidad de la persona jurídica en el denominado modelo de la representación, en el que a la persona jurídica se le imputan la acción y la culpabilidad de una persona física según el principio de la representación (52). La severa crítica que se le hace, de que la imputación de una acción ajena no es acción propia alguna y que la imputación de culpabilidad ajena no significa propia culpabilidad, *Hirsch* intenta debilitarla haciendo referencia al uso cotidiano del lenguaje, en el que también se suele afirmar una culpabilidad de los colectivos, como por ejemplo Estados y

(48) HIRSCH, *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, 1993.

(49) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed. 1991, pp. 148 y ss.; cfr. también LAMPE, *ZStW* 106 (1994), pp. 683 y ss.

(50) *Festschrift für Lüderssen*, 2002, pp. 559 y ss.

(51) *Op. cit.*, nota 47.

(52) HIRSCH (*supra*, nota 48); cfr. también H.-J. SCHROTH, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte*, 1993; EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, pp. 26 y ss.

sociedades, por cualesquiera sucesos de su ámbito de responsabilidad (53). Sin embargo, *Hirsch* ha olvidado plantear la cuestión, en sí misma evidente para un partidario del finalismo (54), de a qué estructuras lógico-objetivas se hace referencia con el concepto de culpabilidad específicamente penal y de si el uso cotidiano del lenguaje también armoniza con ellas. Puesto que la culpabilidad sólo por eso y sólo entonces legitima la pena, porque y cuando el autor tuvo la posibilidad de actuar de otra manera, se basa, por consiguiente, en la imputación de una acción y, por ello, de nuevo, en la capacidad de acción. Dado que las corporaciones inequívocamente carecen de capacidad de acción en el sentido de un concepto de acción referido al movimiento corporal humano, el contraargumento de *Hirsch* de que respecto a las corporaciones existe una «forma de actuación propia a través de otro» sustituye, sin vacilar, la acción por imputación y acaba, por ello, en un círculo vicioso. Por eso, también es desacertada la analogía con la figura jurídica de la autoría mediata alegada por *Hirsch*, ya que el autor mediato evidentemente es responsable por su propia acción, a través de la cual domina el hecho, mientras que la persona jurídica misma no actúa en absoluto. Por eso, el modelo de la representación es insostenible ya en el plano lógico, y es inaceptable con mayor razón para un finalista que funda su sistema en las estructuras ontológicas de la acción y en el poder actuar de otra manera, de modo que la posición de *Hirsch* constituye una especie de desliz en su propio sistema (55). De ahí que la única concepción que es consistente lógicamente, con la que podría legitimarse un verdadero Derecho Penal de corporaciones, es la del modelo teórico-sistémico, formulado por *Jakobs* hace tiempo del siguiente modo: no se puede fundamentar «que en la determinación del sujeto, el sistema construido siempre deba estar integrado por los componentes de una persona física y no por los de la persona jurídica», por lo que «también los

(53) *Op. cit.* (*supra*, nota 52), pp. 13 y ss.

(54) A cuyo efecto se ha de entender por finalismo la doctrina de WELZEL, según la cual los principios de imputación del Derecho Penal se tienen que derivar de la estructura ontológica en la que radica la base de la acción final; sobre la defensa de este concepto por HIRSCH, véase HIRSCH, en: EL MISMO (ed.), *Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium* 1986, 1987, p. 47; EL MISMO, en: *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, 1988, p. 399; EL MISMO, en: Hirsch/Weigend (eds.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, p. 65; EL MISMO, *ZStW* 93 (1981), p. 831; *ZStW* 94 (1982), p. 239; *ZStW* 106 (1994), p. 746.

(55) Así, detalladamente, por v. FREIER, *Kritik der Verbandsstrafe*, 1998; WOHLERS, *SJZ* 96 (2000), pp. 381 y 385 y ss.; en la actualidad, paradójicamente, también JAKOBS; véase, al respecto, el texto siguiente.

Estatutos y órganos de la persona jurídica se pueden definir como un sistema» (56). Sin embargo, *Jakobs* acaba de retractarse justamente de esta concepción, culminando su fundamentación con dos argumentos: la imputación de una acción en una organización ajena se excluye cuando el comportamiento es señalado por el Derecho forzosamente como acción en una propia organización. Por eso, la punición de la persona jurídica conduciría forzosamente a la exclusión de la pena para el órgano actuante, lo que en su opinión sería inaceptable (57). Además, según *Jakobs*, la culpabilidad supone una identidad de la persona mediante consciencia, es decir, que la persona se sepa libre, o sea como un espíritu consciente de sí mismo que concibe su ser como su posibilidad (58).

Al leer estas palabras de *Jakobs* no se da crédito, ya que se trata, evidentemente, de una argumentación ontológica, pues la consciencia de sí mismo y de la libertad, que declara necesarias, son realidades psíquicas, cuya relevancia en Derecho Penal él había repudiado de un modo enérgico anteriormente, durante veinticinco años. Por tanto, con este argumento, derriba las raíces de su sistema de modo muy parecido a como *Hirsch* lo hizo con las del finalismo. Y su segundo argumento, que una acción sólo se puede imputar a una sola persona es, en esta forma apodíctica, aún menos importante. Al respecto, me limito a recordar sólo el concepto de autoría mediata en la forma del autor detrás del autor que, con el tiempo, se ha impuesto en Alemania de forma generalizada (59).

Por consiguiente, las sorprendentes maniobras de *Hirsch* y *Jakobs* han convertido la dogmática penal alemana en un sistema muy poco claro para el observador extranjero, e incluso ponen en peligro, a decir verdad, el prestigio específicamente internacional de la ciencia penal alemana, que consiste sobre todo en que los sistemas desarrollados en ella se basan en un pensamiento radicalmente consecuente.

En esta cuestión no veo ni en el cambio de posición de *Hirsch* y *Jakobs*, ni en los numerosos escritos de habilitación, tesis doctorales y trabajos publicados en Alemania desde el Simposio de Madrid de 1992, y que se expresan en parte a favor y en parte en contra de la

(56) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 1991, p. 149.

(57) *Festschrift für Lüderssen*, p. 565.

(58) *Festschrift für Lüderssen*, p. 571.

(59) AMBOS, *GA* 1998, pp. 226 y ss.; BLOY, *GA* 1996, pp. 425 y ss.; GROPP, *JuS* 1996, pp. 13 y ss.; JUNG, *JuS* 1995, pp. 173 y ss.; KNAUER, *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, 2001, p. 76; KÜPPER, *GA* 1998, p. 524; ROXIN, *JZ* 1995, pp. 49 y ss.; EL MISMO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo II, 2003, p. 41; U. SCHULZ, *JuS* 1997, p. 109.

pena para las personas jurídicas, una razón fundada para desviarme de la posición que sostuve en Madrid hace diez años: pues, para el caso de una empresa en la que existe una «actitud criminal de grupo», y en la que el efecto preventivo del Derecho Penal individual está debilitado respecto del comportamiento de los miembros de la empresa en el marco de ésta, esa debilitación debe compensarse con sanciones a la empresa misma. Por cierto, al desarrollar la idea de imponer sanciones a la empresa debe realizarse, naturalmente, un severo examen de su adecuación. Así, se aprecia a primera vista que ni siquiera el concepto norteamericano de *corporate crime* es apropiado para mejorar la eficiencia de la prevención, sino que tiene el efecto contrario. En efecto, como en él la punición de las personas jurídicas se encuentra en primer plano, mientras que la punición de las personas físicas que actúan para la persona jurídica sólo ocurre bajo circunstancias difíciles y, por ello, es limitada (60), el balance sobre la eficiencia del Derecho Penal económico es, incluso, negativo, porque el decisivo efecto de prevención general del Derecho Penal se encuentra sustancialmente debilitado frente a los *manager* de la empresa. Sin embargo, tan importante y tan problemático como este examen de la adecuación lo es el examen de su legitimidad, pues la penalización de la persona jurídica acaba afectando a sus titulares, es decir, en la sociedad anónima a los accionistas, cuya gran masa en la realidad actual de los grandes grupos de empresas no posee la más mínima influencia en el desarrollo de la empresa, y acaba pagando enormes multas con reducción de los dividendos. Al mismo tiempo, también pueden verse afectados miles de empleados inocentes, cuando, por ejemplo, una multa exorbitante obliga a realizar despidos. De ahí que, en primer lugar, se deban buscar sanciones a la empresa que no actúen en primera línea en perjuicio de inocentes. Por eso, he propuesto en primera línea la curatela de la empresa, que he elaborado entretanto con más detalle y que implica un control durante un período de tiempo del *management* de la empresa para el futuro (61). Además, en mi opinión, la curatela

(60) Sobre los estrictos presupuestos bajo los que en los EEUU se castiga a los representantes de la corporación, junto a la misma, véase FERGUSON, Eser/Heine/Huber (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities* (*supra*, nota 47), pp. 153 y ss. y 164; BRICKEY, *Corporate Criminal Liability*, tomo I, 2.ª ed. 1992, tomos II y III, 1984.

(61) En: SCHÜNEMANN *Unternehmenskriminalität und Strafrecht* (*supra*, nota 1), pp. 129 y ss.; EL MISMO, en: Schünemann/Suárez González, *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts* (*supra*, nota 4), p. 291; EL MISMO, en: Eser/Heine/Huber (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities* (*supra*, nota 47), pp. 293 y ss.; EL MISMO, en: Bernal Cuéllar (coord.), Universidad

representa, por así decirlo, una idea única: funciona de cara al futuro como una medida de seguridad, pero su amenaza tiene ya un efecto preventivo-general absoluto sobre el *management*, porque perjudica su dominio y prestigio, y sin embargo, en tercer lugar, no daña ni a los que poseen una participación en la empresa ni a los empleados. Con esto, la curatela de la empresa representa en todos los aspectos una modalidad preferible a su opuesto, constituido por la regulación falta de imaginación del Derecho de la competencia europeo (62), de la que surge en definitiva la imposición de multas a la empresa misma que están alcanzando sumas astronómicas y, con ello, dañan gravemente a los que poseen una participación en la empresa y a los empleados, mientras que no se prevé sanción alguna para los *manager*, quienes, de esta manera, pueden infringir normas sin riesgo personal de índole penal.

En lo que respecta a la cuestión dogmática de la posibilidad de prever una verdadera pena para personas jurídicas, en el debate alemán actual existe una creciente negligencia en la precisión conceptual, sosteniéndose que el concepto tradicional de pena se debe extender a las sanciones para personas jurídicas (63). Pero esto es un error esencial, pues aquí no se trata de cualquier palabra, sino de categorías necesarias lógicamente y de sus relaciones lógicamente necesarias, que deben deducirse forzosamente del concepto esencial de «protección del bien jurídico mediante el Derecho Penal»: a diferencia del Derecho de Policía, el Derecho Penal protege los bienes jurídicos mediante normas de prohibición (64); cuando la norma de prohibición es infringida culpablemente, la penalización de quien la ha infringido es necesaria y legítima. Las normas de prohibición regulan comportamientos humanos, por lo que los procesos sistémicos no

Externado de Colombia, XXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Bogotá, 2003, pp. 278 y ss.

(62) Dado que los destinatarios de los artículos 85 y 86 del Tratado de la UE no son personas físicas, sino únicamente empresas y uniones de empresas, la Comisión no está autorizada a gravar a personas físicas con multas administrativas; al respecto, véase DANNECKER/FISCHER-FRITSCH, *Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis*, 1989, pp. 260 y ss.

(63) Esto lo ha acentuado especialmente H. J. SCHROTH, cfr. *supra*, nota 52; de un modo similar más recientemente HALUSERMANN, *Der Verband als Straftäter und Strafprozeßsubjekt*, 2003, pp. 141. ss.

(64) Fundamental, respecto a la categoría de las normas (primarias), BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo I, 3.^a ed. 1916, pp. 4 y ss.; ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 3 y ss.; HART, *The concept of Law*, 1961; en este contexto, no es preciso tratar aquí los intentos de negar totalmente la existencia de las normas primarias que últimamente vuelven a estar en boga (por ejemplo, HOYER, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, 1997, *passim*).

pueden ser, como tales, al igual que los sucesos desarrollados conforme a la causalidad natural, objeto de ellas. Por eso, la norma de prohibición se dirige necesariamente al actuar humano y a su evitabilidad, es decir, a la culpabilidad humana, y con ello a presupuestos lógico-materiales que no pueden ser reemplazados por la imputación de otra cosa. Esto lo desconocen todos los autores que creen haber hallado en el *topos* de la culpabilidad por organización un sustituto de la culpabilidad de las personas individuales (65). Con esta expresión se describe un estado de la organización, pero no una infracción de la norma, por lo que la equiparación proclamada acaba desde el punto de vista lógico en un doble círculo vicioso. La culpabilidad por organización remite finalmente a actos incorrectos de organización de sujetos individuales y conduce, en esa medida, a un regreso infinito, pero no a un reproche de culpabilidad, es decir, de evitabilidad, que afecte directamente a la persona jurídica. Asimismo, los actos de organización incorrectos no infringen en todo caso la norma cuya infracción describe el correspondiente tipo penal, así que al responsabilizar penalmente a la persona jurídica en realidad se subsume en la norma penal supuestamente infringida una acción lesiva referida a otra norma. Esta afirmación no constituye un juego de lógica superflua, sino que tiene una importancia central porque conduce forzosamente a que desde el punto de vista de la lógica se deba desarrollar un concepto diferente al de la pena para la legitimación de las sanciones a la empresa. Esta argumentación revela que todo intento de proclamar una verdadera punibilidad de personas jurídicas acaba privando subrepticamente al Derecho Penal de su legitimación tradicional.

Por consiguiente, debe mantenerse con absoluta firmeza que debe ser desarrollado un sistema de sanción de empresas absolutamente independiente y que una ciencia penal que se tome en serio como ciencia debe protestar enérgicamente contra la adopción de los sistemas de Derecho Penal inglés o francés como modelo para un ordenamiento jurídico europeo, pues, considerados desde el punto de vista científico, son primitivos. En esta protesta no se esconde ninguna arrogancia nacional alemana, tal como *Joachim Vogel* me criticó en su sucinta clase de presentación como profesor en la ciudad de Tübingen (66), sino una protesta de la ciencia contra un ejercicio de dominio estatal negador de la ciencia. Estoy absolutamente convencido de que la ciencia penal española estará de acuerdo conmigo en esto, y además no sólo ésta, ya que, realmente, la ciencia penal de la mayoría

(65) Cfr., ante todo, las referencias a JAKOBS y LAMPE, *supra*, nota 49 y ss.

(66) Publicada en GA 2002, pp. 517 y ss.; cfr. pp. 524 y s.

de los países de la Unión Europea sigue insistiendo en esta consecuencia conceptual que, por lo demás, constituye en su contenido un presupuesto fundamental para la defensa del Estado de Derecho y no puede sacrificarse para dar paso al pragmatismo inglés o francés.

VI. LA POSICIÓN DE GARANTE EN EL DERECHO PENAL EMPRESARIAL

Llama la atención que durante mucho tiempo apenas hubo jurisprudencia significativa sobre la cuestión de la posición de garante del empresario (principal) o de los directivos de la empresa (llamada responsabilidad del dueño del negocio). En 1979 resumí la jurisprudencia de la posguerra, por un lado, en que no se podía apreciar una continuación constante de la jurisprudencia anterior del *Reichsgericht* sobre la responsabilidad como garante principal del titular de la empresa, sino sólo una continuación en ámbitos parciales, pero, por otro lado, que en ningún lugar se ponía verdaderamente en duda la responsabilidad a título de garante (67). Incluso, todavía en 1995, *Heine* reprodujo de nuevo la misma valoración. Por eso, me parecen pertinentes unas observaciones sobre la posición de garante general del principal o de los superiores en la empresa: mientras la teoría formal del deber jurídico cae en un grave atolladero en la cuestión de la responsabilidad de los administradores, la pauta de la equiparación restrictiva del «dominio sobre la causa del resultado», desarrollada por mí, puede asimilar sin grandes dificultades la responsabilidad de los administradores, concretamente por el dominio de la vigilancia ejercido con los medios de poder de la agrupación (dirección e información) sobre los miembros subordinados de la misma y/o en virtud de la custodia sobre los objetos peligrosos del patrimonio empresarial que son propiedad de la agrupación (68). Por otra parte, de acuerdo con el fundamento lógico-material del principio del dominio, esta posición de garante dentro de la empresa es atribuible a los órganos particulares de la empresa en función de la esfera empresarial que dominan, de modo que, por ejemplo, con la asunción de competencias determinadas también se transmite *eo ipso* la posición de garante correspondiente: si el director de un parque móvil se jubila y se con-

(67) *Unternehmenskriminalität und Strafrecht* (*supra*, nota 1), p. 77.

(68) Cfr. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht* (*supra*, nota 1), pp. 95 y ss.

trata a un director nuevo, éste, con el dominio sobre el parque móvil, asume también, evidentemente, la posición de garante de protección frente a los peligros procedentes de los automóviles que se encuentren en su ámbito de dominio (69). De esta vinculación de la posición de garante al ámbito de dominio se sigue también, natural y forzosamente, que los deberes de garantía de un miembro del Consejo de Administración en una dirección de la empresa que se organiza según el principio de la división competencial en departamentos (*Ressortprinzip*) se limitan al ámbito dirigido por él y por eso sólo son más amplios en cuestiones fundamentales que competen a toda la dirección de la empresa (70).

Partiendo de la correcta decisión judicial, de que en lo concerniente al spray para el cuero existía un deber de garante de la empresa productora de evitar los peligros para la salud colectiva conocidos posteriormente, que lamentablemente fue negado por la teoría del dominio (incorrectamente, como hoy debo admitir y enseguida fundamentaré) (71), el Tribunal Supremo federal alemán buscó su salvación en la posición de garante por injerencia, que, como en tantos otros casos, pareció posibilitar un fundamento tentadoramente fácil porque se tenía la acción precedente de puesta en circulación del spray para el cuero peligroso para la salud como punto de apoyo (72). Pero esta posibilidad, aparentemente fácil y por eso tentadora, se pagó cara: 1) porque con ello no se valoró correctamente la limitación de la posición de garante por injerencia introducida en los años anteriores y por eso, en cierta medida medio conscientemente, se volvió a renunciar a ella; 2) porque el alcance de los deberes de evitar del resultado que se tienen que derivar de la posición de garante se determina de modo demasiado extensivo de varias formas; y 3) finalmente, porque con esta construcción apoyada únicamente en la causalidad tampoco se puede tener en cuenta, ni siquiera de manera

(69) Cfr. SCHÜNEMANN, en: *Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen* (*supra*, nota 6), pp. 137, 141 y ss. y 149 y ss.

(70) Cfr. SCHÜNEMANN (*supra*, nota 69), pp. 157 y ss. Con ayuda de la categoría de la exigibilidad, el Tribunal Supremo federal alemán llega al mismo resultado, cfr. *BGH NStZ* 1997, 545.

(71) Cfr. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht* (*supra*, nota 1), pp. 99 y ss.; EL MISMO, *wistra* 1982, pp. 41, 44 y s.; también en: *Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen* (*supra*, nota 6), pp. 163 y ss.; además, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (comps.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, pp. 49 y 66 y ss.; así como también, BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflicht*, 1986, pp. 274 y s.

(72) *BGHSt* 37, 106, 115 y ss.

rudimentaria, la estructura de división de trabajo de la empresa económica moderna.

a) Con ello, el Tribunal Supremo federal alemán, de un modo que aquí no puedo explicar más exhaustivamente, no ha respetado la limitación de la posición de garante por injerencia a la conducta contraria a deber precedente estatuida antes por su nueva jurisprudencia reiterada, ya que, queriendo permitir que para la contrariedad a deber baste «la reprobación jurídica del resultado de puesta en peligro» (*supra*, sentencia *BGHSt* 37, 119), para ella no exige nada más que la causalidad de la lesión, la que, sin embargo, no puede cambiar nada respecto a que la conducta precedente realizada con observancia del cuidado objetivamente necesario en el tráfico no infringe ninguna norma de conducta y, por eso, no es contraria a deber.

b) El primer modo en que se ha extendido desmedidamente la posición de garante se manifiesta en que la Sala Primera de lo Penal del Tribunal Supremo federal alemán habla siempre de un «deber de retirada del producto», asumiendo íntegramente la terminología civil, a pesar de que aquí la posición de garante penal únicamente puede consistir en una advertencia a los consumidores: incluso si existe una expectativa de los consumidores a la retirada o el cambio del producto peligroso fundada en el Derecho Civil, el deber penal de evitación del resultado se cumple siempre ya con la advertencia al consumidor porque, naturalmente, exclusivamente éste es quien tiene que decidir por sí mismo si quiere seguir utilizando o no el producto peligroso de su propiedad.

c) La siguiente extensión desmedida de la posición de garante se manifiesta en que, al apoyarse, por decirlo así, en la causalidad que tiende al infinito, no puede otorgar ninguna consideración a las estructuras y delegaciones empresariales y, especialmente, en que desde el enfoque de la injerencia no puede deducirse la limitación de los deberes de garantía al propio ámbito de dominio que según mi criterio del dominio está predeterminada orgánicamente: tanto menos se puede responsabilizar a quien entra nuevo por una acción precedente, como dejar exento de la causalidad infinita de su conducta previa al jubilado por el mero hecho de la jubilación; y la dependencia de la posición de garante de los ámbitos de poder de los que uno se hace cargo en cada caso, evidente en mi sistema de dominio, no se puede comprender desde el enfoque de la injerencia porque desde una consideración meramente causal, por el contrario, es indiferente.

¿Cuál sería la solución correcta?

Sin embargo, hasta hace poco no he descubierto la solución que en cualquier caso me convence definitivamente porque antes aún no

había encontrado una distinción, necesaria, pero que había sido pasada por alto completamente en la discusión llevada a cabo hasta ese momento: el deber de advertencia sólo tiene sentido si se admite un deber previo de observación del producto y el criterio central para la aceptación de un deber permanente de observación del producto como presupuesto lógico-material de un deber de garante de advertir posterior, también al consumidor que ya ha alcanzado la propiedad del producto, consiste claramente, desde la perspectiva de la teoría del dominio, en que el productor promete al cliente hacer precisamente eso y, de esa manera, el cliente puede confiar en que deja en manos del productor el velar para que el producto no sea peligroso (en la medida en que no se trate de un proceso normal de desgaste), como el paciente o el titular de un vehículo pueden confiar en el médico de cabecera o en el taller, respectivamente. Entonces, bajo este presupuesto, por consiguiente, surge un dominio por el desamparo parcial de la víctima que yo siempre he admitido como subforma de posición de garante por asunción (73). Por otra parte, si se pregunta bajo qué presupuestos parte el consumidor de que el productor seguirá teniendo el producto en observación e informará al público sobre peligros conocidos ulteriormente, se puede hacer referencia al modo en que el productor se presenta en el mercado, por ejemplo, a través de la creación de una marca y de la publicidad realizada con ella. Como se puede comprobar, en toda emisión publicitaria, el productor, cuando se trata de productos técnicos, muestra frecuentemente de forma expresa y casi siempre implícitamente la especial fiabilidad del objeto producido y controlado por él y esto distingue de forma decisiva los artículos de marca de los que no son de marca. Dado que los artículos de marca por regla general son más caros que los que no son de marca, en aquéllos el cliente también está pagando una cantidad por esa prestación adicional prometida en la publicidad, por lo que puede confiar, con razón, en el deber de observación del producto del productor.

Por consiguiente, como en el caso del spray para el cuero se trataba de un producto de marca, el Tribunal Supremo federal alemán decidió correctamente. Con ello, al mismo tiempo se fijó la distinción decisiva para el futuro acerca de que los deberes de observación del producto y de advertencia posterior, que sólo se pueden fundamentar, precisamente, cuando el productor se comprometió explícita o implícitamente a una precaución de esa clase y el círculo de consumidores

(73) SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 348 y ss.

por regla general cuenta con ello, es decir, siempre y sólo cuando se trata de artículos de marca.

Finalmente, en el marco de la investigación sobre la posición de garante en la empresa ha de plantearse si la responsabilidad de los administradores queda restringida en función de los límites de la empresa o del titular empresa, es decir, por regla general de una persona jurídica, o si en Derecho Penal también hay un correlato de la responsabilidad en el grupo de empresas por levantamiento del velo del Derecho Civil. Por primera vez me parece claro que cuando el dominio sobre los riesgos para el medio ambiente y los riesgos para la seguridad técnica recae en varias sociedades pertenecientes a un grupo de empresas cuyos órganos de dirección también están, juntos, en posición de garante, como cuando en un Consejo de Administración ésta alcanza a varios departamentos, a cada uno parcialmente. Además, las figuras específicas del Derecho Civil, desarrolladas para garantizar en la medida de lo posible un deudor solvente, no pueden tener un correlato en el Derecho Penal, así que, por ejemplo, el aspecto de la infracapitalización (74) no desempeña ningún papel para la fundamentación de un deber penal de actuar. El deber de la dirección del grupo de empresas, entretanto rechazado por la mayoría de la doctrina de Derecho Societario (75), también es (si es que existe), como un deber frente a la propia sociedad, irrelevante respecto a la cuestión de la posición de garante de cara al exterior. Por eso, originariamente, en el ámbito de los grupos de empresas en absoluto existen deberes de dirección y control, y esto también se aplica a los grupos de empresas de modelo contractual (76), en los que las instrucciones de la sociedad matriz por regla general únicamente pueden calificarse como inducción. Ello se debe a que la relación entre las empresas del grupo no se edifica sobre el principio de jerarquía dentro de una empresa, sino que

(74) Como un criterio central general para la aceptación de un levantamiento del velo en el Derecho de Sociedades, cfr. LUTTER/HOMMELHOFF, *GmbHG*, 15.ª ed. 2000, § 13, núm. marg. 5 y ss.; BLAUROCK, *Festschrift für Stimpel*, 1985, pp. 553, 559 y ss.; HACHENBURG/ÜLMER, *GmbHG*, t. 1 (§§ 1-34), 8.ª ed. 1992, anexo al § 30, núm. marg. 50 y ss.; RAISER, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 3.ª ed. 2001, § 29, núm. marg. 29 y ss. con más referencias; además, SCHMIDT, *ZIP* 1991, pp. 1325 y ss.; STIMPEL, *Festschrift für Goerdeler*, 1987, pp. 601 y ss.; EL MISMO, *ZGR* 1991, pp. 144 y ss.

(75) Cfr. HOMMELHOFF, *Die Konzernleitungspflicht*, 1982, *pássim* y la detallada recensión de KROPPF, *ZGR* 1984, pp. 112 y ss.; en rechazo del deber de la dirección del grupo de empresas: cfr. BAUMBACH/HUECK-ZÖLLMER, *Kommentar zum GmbHG*, 17.ª ed., 2000, anexo final I, núm. marg. 106 con ulteriores referencias.

(76) Sobre los grupos de empresas de modelo contractual, cfr. RAISER (*supra*, nota 74), § 54; KÜBLER, *Gesellschaftsrecht*, 5.ª ed. 1998, pp. 363 y ss.; LUTTER/HOMMELHOFF (*supra*, nota 74), anexo al § 13, núm. marg. 47 y ss.; EMMERICH/SONNENSCHNEIN/HABERSACK, *Konzernrecht*, 7.ª ed. 2001, § 11.

se basa en una facultad para impartir instrucciones procedente exclusivamente del Derecho Societario. Por otra parte, de ello se desprende que la omisión de una instrucción a cuya impartición la sociedad matriz no está obligada frente al público, tampoco puede fundamentar la responsabilidad de los órganos que actúan para ella por una omisión impropia. Por supuesto, en la práctica de la Comisión de la Unión Europea y del Tribunal Europeo en procesos sobre multas por cártel se mantiene precisamente el punto de vista contrario (77), pero esta práctica, en primer lugar, no se orienta por los principios del Derecho Penal alemán y, por lo demás, es más que nada la expresión de la necesidad fiscal de encontrar un destinatario, a ser posible solvente, de las exorbitantes multas (78).

VII. LA FIGURA DEL ADMINISTRADOR DE HECHO

1. La aceptación y el desarrollo de la figura jurídica del administrador de hecho constituye uno de los progresos más importantes en el Derecho Penal empresarial. Al principio, ésta, en su elaboración por el Tribunal Supremo federal alemán y confirmada subsiguientemente por el legislador en el párrafo tercero del § 14 del Código Penal alemán, se derivó únicamente de los aspectos prácticos y de las necesidades político-criminales. Difícilmente se puede combatir, también, la legitimidad de la necesidad político-criminal que guiaba al Tribunal Supremo federal alemán de no dejar impune a aquel «que mediante un abuso de poder económico y de una posibilidad de configuración establecida jurídicamente se sirvió de un testaferro como miembro del Consejo de Administración (y), como verdadero administrador de la sociedad, ocasionó las infracciones de la Ley» (79) y de «lograr, en su lugar, circunstancias penalmente claras y fáciles de entender en la jungla de relaciones del Derecho Civil mediante el esclarecimiento del verdadero responsable del abuso de las figuras jurídicas de la persona jurídica» (80). Sin embargo, la falta de cimentación dogmática de toda la figura jurí-

(77) Cfr. RÜTSCH, *Strafrechtlicher Durchgriff bei verbundenen Unternehmen?*, 1987, pp. 25 y ss.; DANNECKER/FISCHER-FRITSCH, *Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis* (*supra*, nota 62), pp. 260 y ss., con numerosas ulteriores referencias.

(78) Al respecto, detalladamente, DANNECKER/FISCHER-FRITSCH, *op. cit.* (*supra*, nota 62).

(79) *BGHSt* 21, 105.

(80) Comentario de HENGESBERGER de la sentencia del Tribunal Supremo federal alemán, *BGH LM* § 244 KO, núm. 1; en opinión de FUHRMANN, *Festschrift für*

dica, comprensible en vista de esta evolución, ha provocado la aparición de una legión de críticas (81), cuya creciente vehemencia no debe engañar respecto a que las diferencias en los resultados son más bien insignificantes.

2. Respecto a la necesaria cimentación dogmática de la figura del administrador de hecho, que aquí únicamente puede esbozarse, primero debe establecerse una diferencia triple: en los delitos comunes, que no exigen requisitos especiales para la calificación como autor y para los que rigen las reglas generales del § 25 del Código Penal alemán, o del artículo 28 del Código Penal español, esta figura jurídica no es en absoluto necesaria porque la imputación se efectúa de todos modos según las reglas generales del dominio del hecho. Por tanto, la figura jurídica únicamente desempeña un papel en los delitos especiales, en los que hay que volver a distinguir entre: a) delitos especiales en los que la descripción del autor es aplicable en sí a la empresa o a la persona jurídica como titular de ésta y la posición de autor del órgano sólo puede fundamentarse recurriendo al párrafo primero del § 14 del Código Penal alemán, y b) aquellos grupos especiales, en los cuáles el órgano, por ejemplo el administrador de una sociedad de responsabilidad limitada, ya es el destinatario primario de la norma, como por ejemplo en el delito de omisión de la solicitud del procedimiento de insolvencia según el § 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada alemana, ya que el párrafo tercero del § 14 del Código Penal alemán, que dispone la responsabilidad del representante incluso en caso de ineficacia del acto jurídico destinado a apoderar

Tröndle, 1989, p. 150, si no existiera esta figura jurídica, tendría que inventarse para corresponder a la realidad de la vida económica.

(81) Incansable crítica de TIEDEMANN, *NJW* 1977, pp. 777 y 779 y ss.; 1979, pp. 1849 y 1850 y ss.; el mismo, *Insolvenz-Strafrecht*, 2.^a ed. 1996, núm. marg. 69 y ss., comentario introductorio al § 283; el mismo, *Kommentar zum GmbH-Strafrecht*, 3.^a ed. 1995, § 84, núm. marg. 27 y ss. Cfr. además, SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, *Strafgesetzbuch*, 26.^a ed. 2001, § 14, núm. marg. 43 y ss.; HACHENBURG/KOHLMANN, *GmbH-Gesetz*, 8.^a ed. 1997, § 84, núm. marg. 18 y ss.; OTTO, *Banktätigkeit und Strafrecht*, 1978, pp. 22 y ss.; el mismo, *StV* 1984, p. 462; HOYER, *NSiZ* 1988, p. 369; KRATZSCH, *ZGR* 1985, pp. 312 y ss.; en la misma línea se halla la crítica fundamental a la «liberación del Derecho Penal del pensamiento civilista» hecha por LÜDERSSEN, *Festschrift für Hanack*, 1999, pp. 487 y ss.; siguiendo al *BGH* (comprensiblemente), BRUNS, *JR* 1984, pp. 123 y ss., como así también en lo esencial LÖFFELER, *wistra* 1989, pp. 121 y ss.; ulteriores referencias en *LK/SCHÜNEMANN*, § 14, notas 211 y ss.; también en los núm. marg. 17 y 68 y ss. la inclusión de la figura jurídica del representante fáctico (desarrollada arriba, en el texto) en una abarcadora teoría del dominio de los delitos especiales de garante.

para la representación, únicamente puede aplicarse directamente al primer grupo, mientras que en el segundo sólo es posible una interpretación del elemento de autor aludido según las máximas de la perspectiva fáctica (82).

3. Ahora bien, es decisivo que en el párrafo tercero del § 14 del Código Penal alemán y en la aplicación de la perspectiva fáctica al segundo grupo no se trate de una ampliación artificial y originalmente dudosa de un concepto de órgano y de uno de delegado tomados del Derecho Civil, contenido, por ejemplo, en los dos primeros párrafos del § 14 del Código Penal alemán, sino de la ilustración del fenómeno al que alude desde un principio el § 14, esto es, la delegación y asunción de una posición de dominio, así que los párrafos primero y tercero del § 14 deben leerse conjuntamente y el malentendido de una responsabilidad penal de órganos y sustitutos en realidad accesoria del Derecho Civil, que todavía conmueve a la doctrina, ya de antemano no puede tolerarse en absoluto.

Por eso, la figura del administrador de hecho sólo es explicada completa y exclusivamente mediante la teoría de la garantía que desarrollé para la interpretación de la responsabilidad penal del representante (83), según la cual no se trata de otra cosa que de la transmisión y la asunción de una posición de dominio que por lo menos en la gran mayoría de delitos especiales es descrita por la ley como presupuesto de la posición de autor. Al respecto me puedo ahorrar explicaciones más detalladas y, en su lugar, remitirme a las minuciosas explicaciones de la monografía de Luis Gracia Martín (84). Conforme a eso, la esencia de la posición de representante consiste, tanto según la concepción del legislador al elaborar el párrafo tercero del § 14 del Código Penal alemán, como también según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo federal alemán, así como también según la teoría de la garantía de la responsabilidad del representante, completamente conforme con ella, en la efectiva entrada en la esfera de actuación con el consentimiento del destinatario primario de la norma o de algún otro

(82) Cfr. LK/SCHÜNEMANN, § 14, núm. marg. 69 y 72; diferenciación clara también en BGHS 31, 122 y ss., mientras que la jurisprudencia inicialmente no distinguía estos dos grupos, cfr. las referencias en LK/SCHÜNEMANN, § 14, nota 225.

(83) Cfr. SCHÜNEMANN, *Zeitschrift für Schweizer Recht* 1978, pp. 131, 153 y ss.; el mismo, *Jura*, 1980, 354 y ss. y 568 y ss.; el mismo, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht* (*supra*, nota 1), pp. 131 y ss.; el mismo, *GA* 1986, pp. 293, 334 y ss.; EL MISMO/LK, § 14, núm. marg. 14 y ss. y 67 y ss.

(84) *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, Zaragoza, tomo I: 1985, y tomo II: 1986.

facultado para la delegación, es decir, en la asunción de un ámbito de dominio. Por tanto, también debe verse como órgano penalmente a aquel que ocupe realmente dicha posición incluso sin delegación formal o inscripción en el Registro Mercantil en connivencia con el órgano competente de la sociedad (85).

(85) Jurisprudencia constante, *BGHSt* 3, 32, 37 y ss. 6, 314, 315 y ss.; 21, 101, 103; 31, 118 y ss.; 34, 221, 222; 34, 379, 384; *BGH StV*, 1984, 461; *BGH wistra*, 1990, 97; finalmente, *BGH NStZ*, 2000, 34; ulteriores referencias en FUHRMANN, *Festschrift für Tröndle* (*supra*, nota 80), pp. 140 y ss. Sobre la voluntad del legislador en la historia de la redacción del párrafo tercero del § 14, de que todo depende de que se asuma la posición del verdadero destinatario de la norma con el consentimiento de éste, ver *EEGOWiG*, p. 65.