

Javier MERCADÉ DE LUNA

IMPUTACIÓN INDIVIDUAL EN ORGANIZACIONES
COMPLEJAS

Trabajo Fin de Grado
dirigido por
Javier CIGÜELA SOLA

Universitat Abat Oliba CEU
Facultad de Ciencias Sociales
Grado en Derecho

2016

A Javier, por su tiempo y dedicación.

A Bea, por sostenerme en la distancia.

La vida del hombre consiste en el afecto que principalmente lo sostiene y en el que encuentra su mayor satisfacción.

SANTO TOMÁS DE AQUINO

Resumen

Hoy en día, la mayoría de las acciones realizadas por los individuos se dan en contextos de grupo. Así, este trabajo versa sobre la responsabilidad individual por los delitos cometidos en el seno de organizaciones. En ese sentido, se muestran los problemas que la acción grupal presenta a nivel delictivo y se analizan distintos modelos de responsabilidad individual elaborados por la dogmática penal moderna. Dicho análisis abarca todas las partes de la teoría del delito y hace referencia a cuestiones tan problemáticas y discutidas como la teoría de los roles o las conductas neutrales.

Resum

Avui en dia, la majoria de les accions portades a terme per individus es donen en contextos de grup. Així, aquest treball tracta la responsabilitat individual pels delictes comesos en el si d'organitzacions. En aquest sentit, es mostren els problemes que l'acció grupal presenta a nivell delictiu i s'analitzen diversos models de responsabilitat individual elaborats per la dogmàtica penal moderna. Aquest anàlisi comprèn totes les parts de la teoria del delictes i fa referència a qüestions tan problemàtiques i debatudes com són la teoria dels rols o les conductes neutrals.

Abstract

Nowadays, most of the actions carried out by individuals happen in the context of groups. This paper deals with the individual responsibility for crimes committed in organizations. In this sense, problems that group action presents are shown in criminal level and, furthermore, different models of individual responsibility for modern criminal law are analyzed. The mentioned analysis covers all areas of crime theory and makes reference to questions so problematic and discussed such as roles' theory or neutral conducts.

Palabras claves / Keywords

Responsabilidad individual – Organización – Imputación – Dinámicas de grupo – Culpabilidad
--

Sumario

Introducción	11
1. El problema de la acción y la responsabilidad en actuaciones de grupo.....	13
1.1. Un problema nuevo en la historia	13
1.2. El conflicto entre las reglas de imputación y el modo de actuar en organizaciones complejas	15
1.3. Estructura de las organizaciones: diferenciación jerárquica y diferenciación funcional	18
1.4. Necesidad de un modelo de responsabilidad individual como respuesta del derecho penal	22
2. Imputación y teoría del delito en organizaciones complejas	24
2.1. Soluciones en el marco de la autoría	25
2.1.1. Dominio de organización.....	26
2.1.2. Coautoría	28
2.1.3. Solución de responsabilidad colectiva	30
2.2. Soluciones en el marco del tipo objetivo	35
2.2.1. La posición de garante	35
2.2.2. Principio de confianza	42
2.2.3. Conductas neutrales	45
2.3. Soluciones en el marco del tipo subjetivo	49
2.3.1. La prueba del conocimiento	49
2.3.2. Heurísticos y sesgos cognitivos	50
2.3.3. La relación entre imprudencia y error en derecho penal económico	53
2.3.4. La imputación subjetiva como superposición de roles	55
2.4. Soluciones en el marco de la culpabilidad	57
2.4.1. Imputabilidad	57
2.4.2. Culpabilidad como determinación de la pena	58
Conclusiones	63
Bibliografía	67

Introducción

El presente trabajo nace de la preocupación al contemplar determinados sucesos de nuestro tiempo en los que, a primera vista, parece que la actuación de algunos individuos en el marco de una organización les brinda a éstos la posibilidad de cometer ilícitos penales sin consecuencia alguna a nivel de punibilidad. Constituye, en ese sentido, el pistoletazo de salida a nuestra búsqueda el estudio del caso del general Adolf Eichmann, perfectamente ilustrado con toda su dramaticidad en la obra maestra de Hannah Arendt titulada *Eichmann en Jerusalén*¹. A la vez que nace esta inquietud, se constata que, en nuestra sociedad, las actuaciones realizadas únicamente por una persona han pasado a ser la excepción, prevaleciendo ahora el trabajo en grupos u organizaciones. Esta creciente dinámica, al agudizar la intensidad del problema, aumenta la urgencia de respuestas a nuestras preguntas.²

Por todo ello, en la primera parte del estudio nos hemos adentrado en los entresijos de la cuestión describiendo algunos casos paradigmáticos de actuaciones criminales en el marco de dinámicas de grupo. A la luz de dichos ejemplos, se han señalado las áreas básicas del derecho penal en torno a las cuales radica la novedad del problema (conocimiento, autoría, culpabilidad...), a la vez que se ha intentado mostrar la transformación que está sufriendo el concepto de organización en los últimos años y los considerables problemas que eso conlleva al derecho penal.

Este trabajo, una vez realizada la aproximación al problema de la actuación en organizaciones, intenta ordenar y encauzar algunos de los planteamientos, teorías y mecanismos que el derecho penal moderno ha elaborado para hacer frente a este nuevo desafío, una de las cuestiones más abiertas y controvertidas en la discusión jurídica actual. Dichas soluciones se han organizado, en nuestra obra, según el esquema clásico de la teoría del delito o, al menos, según sus clásicas diferenciaciones. En definitiva, lo que nos interesa en este estudio es descubrir cómo el derecho penal consigue erigirse como una verdadera solución a la altura de la gravedad del problema.

Como corolario a esta breve introducción, querríamos señalar que nuestra investigación posee un carácter eminentemente descriptivo y de acercamiento, en líneas generales, a la discusión dogmática. Ello no quita que, en ciertos aspectos, se

¹ ARENDT, H. *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*. 4a ed. Barcelona: Lumen, 2003.

² Como obras clásicas referentes a este asunto Vid. JÄGER, H. *Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens: zur strafrechtlich-kriminologischen Bedeutung der Gruppendynamik*. Metzner: 1985.; ROTSCH, T. *Individuelle Haftung in Großunternehmen: Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*. Baden Baden: Nomos, 1998.

haya tomado posición a favor de unos u otros postulados, indicando, de ese modo, en la parte final del estudio, qué soluciones al problema nos parecen más pertinentes y adecuadas.

1. El problema de la acción y la responsabilidad en actuaciones de grupo

1.1. Un problema nuevo en la historia

El presente trabajo no tendría sentido alguno fuera de la historia reciente. Es más, toda la problemática aquí encerrada hace referencia a una situación inexistente hace cien años. Esa es, sin embargo, la grandeza de la historia: de un momento a otro todo puede cambiar para siempre. Y el derecho penal no está exento de esa dinámica.

Antes del siglo XX, el derecho penal tenía por objeto la punibilidad de las conductas individuales en contextos relativamente sencillos. Concretamente, aquello a lo que más atención prestaba eran los llamados “delitos de sangre”, cuyo *enunciado de responsabilidad*³ era de gran simplicidad: “A mata a B y, por tanto, será condenado como reo de homicidio”.⁴ Dicho planteamiento, aunque sigue siendo muy vigente, se ha visto notablemente trastocado por los hechos históricos que nos han sacudido en los siglos XX y XXI. Queremos hacer referencia, de forma particular, a dos hechos que nos parecen ejemplos paradigmáticos del problema que nos ocupa: los grandes regímenes totalitarios del siglo XX y la crisis financiera global que estalló a partir de los años 2006-2007.

Otto Adolf Eichmann, teniente coronel de las SS nacionalsocialistas y responsable de transportes de los campos de concentración alemanes, pronunció las siguientes palabras en el juicio por el que sería condenado a muerte:

Ninguna relación tuve con la matanza de judíos. Jamás di muerte a un judío, ni a persona alguna, judía o no. Jamás he matado a un ser humano. Jamás di órdenes de matar a un judío o a una persona no judía. Lo niego rotundamente.⁵

Eichmann, no obstante estas declaraciones, fue condenado por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Esta es la nueva problemática que se encuentra el derecho penal moderno: la imputación de personas que no han cumplido, materialmente, el tipo objetivo del delito. Eichmann, con toda probabilidad, no fue el

³ En referencia al uso que se le da al término en GARZÓN VALDÉS, E. “El enunciado de responsabilidad”. *Doxa*. Vol. 19 (1996), pp. 259-286.

⁴ Silva Sánchez lo expresará de esta manera: “*el paradigma de la teoría clásica del delito ha sido el delito doloso de acción. Es decir, el comportamiento individual de una persona (o, como máximo, de una limitada pluralidad coyuntural de personas) que con dolo directo de primer grado (intención) ejecuta de modo directo (mediante causación físico-natural inmediata) e incluso de propia mano un delito de resultado.*” SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. 2a ed. Madrid: Edisofer, 2016, p. 7.

⁵ Citado en ARENDT, H. *Eichmann en Jerusalén, Op. Cit.*, p. 18.

funcionario alemán encargado de “apretar el gatillo” o de lanzar Zyklon B⁶ (cumpliendo así el tipo de homicidio) pero, sin embargo, su participación en el procedimiento era evidente. La cuestión es, que dentro de una organización compleja como era el régimen nacionalsocialista, los límites de la responsabilidad individual se difuminaban y los esquemas básicos de imputación (A mata a B) dejaron de servir. A este problema se le añade otro agravante: en muchos de estos casos, la misma legislación protegía dichas conductas. Nos parece oportuno subrayar que la llamada “solución final de la cuestión judía” no constituye un caso aislado de esta problemática para el derecho penal, sino que encontramos multitud de supuestos similares en los últimos decenios en los que la imputación individual adquiere cierta dificultad. Son famosos, por ejemplo, el caso de los tiradores del Muro de Berlín⁷ y la reciente controversia sobre la responsabilidad en la comercialización masiva de *subprime mortgages* o hipotecas de escasa calidad, causantes de la crisis financiera global que aún nos azota⁸. En todos ellos hay un denominador común de por medio que dificulta el esquema básico de imputación penal: la existencia de una organización compleja con una multitud de sujetos implicados⁹. Veamos, mediante un famoso ejemplo de Derek Parfit, el problema con toda su claridad:

«Los malos viejos tiempos: Mil torturadores tienen mil víctimas. Al comienzo de cada día cada una de las víctimas siente ya un pequeño dolor. Cada uno de los torturadores presiona un botón de algún instrumento. Cada presión del botón afecta el dolor de la víctima de manera casi imperceptible. Pero, después que cada torturador ha oprimido el botón mil veces, ha infligido un daño grave a sus víctimas.

Los torturadores inofensivos: En los malos viejos tiempos cada torturador infligía un daño grave a una víctima. Las cosas han cambiado ahora. Cada uno de los torturadores oprime un botón en cada uno de los mil instrumentos. Las víctimas sufren el mismo daño grave. Pero ninguno de los torturadores inflige, por sí mismo, un daño perceptible a ninguna víctima».¹⁰

Otro de los rasgos característicos propios de la actuación delictiva en organizaciones es, en palabras de Silva Sánchez, “la distancia – en el tiempo y en el espacio – que

⁶ Nombre del compuesto que más se utilizó en las cámaras de gas nacionalsocialistas.

⁷ Estudiado en profundidad en PÉREZ DE LA FUENTE, O. "El caso de los tiradores del Muro de Berlín. A vueltas con algunos debates clásicos de la Filosofía del Derecho del siglo XX", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. 2011, núm. 23, pp. 453-487.

⁸ SCHÜNEMANN, B. “La llamada crisis financiera: ¿fracaso del sistema o crimen organizado global?”. VVAA. *Delincuencia, finanzas y globalización*. 1ª ed. Madrid: CIS, 2003. Vol. 34 (Colección academia), pp. 335 y ss.

⁹ Como ejemplo de sucesos similares en España, véase el caso del aceite de colza, por cuya comercialización fallecieron 350 personas: STS 23 de abril de 1992.

¹⁰ Citado según MELLEMA, G. *Individuals, Groups, and Shared Moral Responsibility*. New York et al.: Peter Lang, 1988, p. 72.

existe entre la actuación del sujeto y la afectación de una víctima determinada”.¹¹ El paradigma de esta distancia es el ya mencionado ejemplo de la crisis financiera global que explotó en 2007. Lo sintetizamos, a continuación, de forma reducida. Todo empezó con la venta, en Estados Unidos, de créditos hipotecarios sobre inmuebles cuyos particulares no tenían solvencia alguna. Estos créditos se agruparon y se comercializaron junto a otros activos en forma de títulos valores (ABS o MBS), que fueron calificados por las agencias de rating con la puntuación de solvencia más alta (AAA), hecho que disparó su demanda hasta niveles exorbitados y, por qué no decirlo, enfermizos.¹² Muchos bancos europeos, especialmente alemanes, muchos de ellos con capital público, compraron estos títulos en cantidades exorbitantes sin atender a los riesgos que existían. De este modo, con el estallido de la crisis y la llegada de los impagos, el valor de estos títulos se redujo a cero por la imposibilidad de pagar de los deudores particulares americanos y gran parte de los afectados fueron los particulares alemanes que tenían sus ahorros en bancos que llegaron a invertir (y perder) treinta mil millones de euros en estos productos (Bayerische Landesbank) por la negligente gestión de sus directivos. Al respecto, comenta Schünemann:

La denominada crisis financiera no supone un simple fracaso del sistema. Probablemente fue originada por una sucesión de comportamientos masivos criminalizables desde un punto de vista objetivo y practicados por una serie de responsables activos en el sector bancario, asistidos por autoridades del Estado que obraron con negligencia grave.¹³

Queda patente, pues, la magnitud del daño que se deriva de estos comportamientos y la novedad que éstos entrañan.

1.2. El conflicto entre las reglas de imputación y el modo de actuar en organizaciones complejas

La problemática hasta aquí expuesta evidencia la existencia de un conflicto entre las reglas de imputación tradicionales del derecho penal y el modo de actuar de los individuos dentro de organizaciones o sistemas complejos, cuyo abanico es amplísimo: desde el Estado alemán hasta las agencias de calificación de deuda. Plasmaremos, de forma sucinta (se profundizará sobre este punto en la segunda parte del trabajo), esta dificultad a través de tres grandes áreas.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. “La actuación en una empresa como atenuante del delito”. *InDret*. 2009. Editorial, p. 2.

¹² Al respecto, vid. SCHÜNEMANN, B. *La llamada crisis financiera...*, *Op. Cit.*, p. 343.: “Todos los títulos negociados CDS en el mundo llegaron a alcanzar en 2008 un volumen total de 60 billones de dólares, es decir, más que el producto nacional bruto del mundo entero.”

¹³ *Ibid.*, p. 367.

La primera área hace referencia al problema que atañe al conocimiento del sujeto en las dinámicas propias de una organización compleja. Los sujetos utilizamos, a grandes rasgos, dos modos de razonamiento a la hora de actuar: el intuitivo y el reflexivo. El razonamiento intuitivo es aquel en que las impresiones y otros factores no cuentan mucho a la hora de tomar una decisión, la cuál es casi automática. En el reflexivo, por el contrario, la actividad mental es lenta y deliberada, se procesan las ideas. El razonamiento intuitivo es, por lo general, el más utilizado por el ser humano en el día a día y eso conduce a crear, en muchas ocasiones, sesgos cognitivos¹⁴. Para Silva Sánchez, “los sesgos cognitivos [...] son patrones mentales que conducen a visiones o interpretaciones sesgadas – es decir, parciales – de la realidad y, por ello, a juicios erróneos”.¹⁵ Dichos errores se sistematizan por la habitualidad. Pongamos un ejemplo a través del famoso experimento Milgram¹⁶, que partió precisamente del problema planteado por el ya citado caso Eichmann. En él se aplicaban, por parte de un figurante que hacía de maestro, supuestas descargas eléctricas a figurantes que hacían de alumno con el fin de profundizar en los límites de la obediencia a la autoridad. Los resultados fueron alarmantes para los investigadores, ya que pusieron de manifiesto que “la mayoría de las personas, cuando se encuentran en un contexto de obediencia, tienden a hacer lo que se les ordena, pues se genera un desplazamiento de la responsabilidad hacia aquel que imparte las órdenes”. Esto es un claro ejemplo de sesgo cognitivo: el sujeto, por el efecto de la obediencia a la autoridad, puede acabar creyendo que su acción está bien porque el superior se lo indica. Si esta percepción sesgada se mantiene en el tiempo, nos encontramos, claramente, con un problema de conocimiento del sujeto frente al ilícito penal, como en el caso de Eichmann, quien constantemente alegó en su juicio que “solo obedecía órdenes”. La misma situación nos la encontramos en supuestos empresariales como el famoso caso Enron, una de las mayores empresas energéticas de los Estados Unidos cuyas multimillonarias ganancias eran el resultado de muchos años de prácticas irregulares de contabilidad dirigidas a esconder grandes pérdidas. Tal y como señala Silva, “la mayor parte de implicados en el escándalo Enron argumentaron a su favor que ellos estaban *just following orders* (llamada la Good Nazi defense)”.¹⁷ ¿Conocían realmente lo que ahí estaba pasando? ¿Podían no conocerlo? Profundizaremos sobre esta problemática más

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Fundamentos del derecho...*, Op. Cit., pp. 257-262.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 258.

¹⁶ MILGRAM, S. “Behavioural Study of Obedience”. *Journal of Abnormal and Social Psychology*. Vol.67 (1963), pp. 371-378.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Fundamentos del derecho...*, Op. Cit., p. 272. Vid. Nota al pie 71. Para un estudio más profundo ver COHAN, J.A. “I didn’t know and I was only doing my job: Has Corporate Governance careened out of control? A case study of Enron’s information myopia”. *Journal of Business Ethics*. Vol.40 (2002), pp. 285 y ss.

adelante, pero ya se percibe la importancia de la misma. De hecho, Milgram inició su estudio con el objetivo de responder a las siguientes preguntas: “¿Podría ser que Eichmann y su millón de cómplices en el Holocausto sólo estuvieran siguiendo órdenes? ¿Podríamos llamarlos a todos cómplices?”.¹⁸

El segundo concepto que presentamos brevemente es el de autoría. Concretamente, nos fijaremos en una de las teorías sobre la misma más extendidas hoy en día: la teoría del dominio del hecho. Para los que sostienen esta teoría, autor es quien tiene el dominio final del suceso o, en palabras de Claus Roxin, “es autor respecto a una pluralidad de personas, quien, por el papel decisivo que representa, aparece como la figura clave o central del suceso”.¹⁹ De esta teoría se extienden algunas consecuencias. La primera y más evidente es el control total, por parte del autor, sobre el desarrollo de los hechos. Se plantea que cada agente tiene un papel necesario centro de la comisión del delito de manera que, si éste desiste, puede hacer que fracase el plan. Observemos la aplicación, a nuestro objeto, de estudio de dicho concepto. ¿Tenía Eichmann control directo (dominio final) sobre el acaecimiento del ilícito? Si hubiera desistido, ¿el exterminio hubiera fracasado? La formulación tradicional del derecho penal es la siguiente: ¿El acusado podía evitar aquello de lo que se le acusa? La respuesta no parece clara en el caso Eichmann, pero tampoco en el contexto empresarial. ¿Quién es responsable del vertido de residuos tóxicos por parte de una empresa? Otra característica es que el transcurso y resultado del hecho dependen decisivamente de la voluntad del autor. ¿Dependía el transcurso de la crisis financiera de la acción de los consejos de administración de las sociedades vehiculares especiales que emitían títulos avalados por hipotecas basura? Probablemente no, puesto que entraban en juego muchísimos otros factores y sujetos sobre los que no tenían el control total. Constatamos, pues, que nos encontramos ante una dificultad particular en este tipo de situaciones.

El siguiente aspecto que querríamos tener en cuenta es la culpabilidad, principio básico del derecho penal. Según este principio, solo es posible sancionar a quienes, como personas, pueden ser considerados personalmente responsables del hecho cometido. El mismo TC ha admitido su existencia como “principio estructural básico del Derecho penal” (STC 150/91). En ese sentido, puede definirse el principio de culpabilidad como la exigencia de acuerdo con la cual solo puede ser impuesta una pena en tanto y en la medida que la conducta juzgada sea evitable para el sujeto al que se pretende imputar.

¹⁸ MILGRAM, S. *Behavioural...*, *Op. Cit.*, p. 371.

¹⁹ Ver ROXIN, C. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. 7a ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, pp. 81-128.

Es necesario, no obstante, diferenciar el principio de culpabilidad de la categoría dogmática "culpabilidad", que se ha de estudiar más adelante (en su consideración relativa al principio de proporcionalidad): el principio de culpabilidad abarca todas las formas de "imputación personal" que se denomina "subjetiva" y que se encuentran en todas las categorías del sistema de imputación. Por ese motivo, una parte de la doctrina (MIR PUIG) identifica lo que ahora se llama principio de culpabilidad al "principio de imputación personal".²⁰

Esta puntualización de Pérez del Valle es fundamental para entender la importancia de la culpabilidad en el presente trabajo. El principio de culpabilidad, como exigencia propia del derecho penal, "despliega sus consecuencias en todas las categorías dogmáticas de la teoría del delito en la medida en que en todas ellas existe una comprobación de que el delito subsiste como obra del sujeto, como una infracción de carácter personal".²¹ En ese sentido, cada uno de los apartados que se presentarán en la segunda parte de este trabajo (tipo objetivo, tipo subjetivo, etc.) están impregnados de esa exigencia. Al respecto surgen muchas preguntas: ¿en qué medida afecta la pertenencia a una organización compleja a la culpabilidad por comisión de un delito? Hemos introducido ya la aparición de distorsiones cognitivas en el sujeto por su pertenencia a un grupo. ¿Cómo afecta eso a la responsabilidad individual? ¿Supone algún problema de cara a su culpabilidad? Schünemann expone algunos de los problemas que afrontaremos:

La inserción de un individuo en la organización jerárquica de la empresa disuelve, según todo lo que sabemos al respecto, la mayor parte de los frenos inhibitorios que el mismo individuo posee en su esfera privada individual y que quizá observa en interés de la protección de bienes jurídicos.²²

Si la influencia de la organización es tan grande deberá, entonces, procederse a analizar la naturaleza de dicho ente.

1.3. Estructura de las organizaciones: diferenciación jerárquica y diferenciación funcional

Llegados a este punto, el lector se preguntará: ¿qué es, entonces, una organización? ¿Dos personas que se juntan para cometer un delito son una organización? Para resolver este asunto, recurriremos a la célebre distinción realizada por Lampe entre *injusto simple* e *injusto constituido*:

²⁰ PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Dykinson, 2016. p. 46.

²¹ *Ibíd.*, p. 221.

²² SCHÜNEMANN, B. "Plädoyer zur Einführung einer Unternehmenskuratel". *Deutsche Wiedervereinigung. Band III. Unternehmenskriminalität*. Köln/Berlin/Bonn/München: 1996. pp. 129-131. Citado según SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La actuación en una empresa...*, *Op. Cit.*, p. 2.

Siendo todo sistema de injusto (con relevancia jurídico-penal) un conjunto de “relaciones entre individuos organizadas hacia fines injustos”, un sistema de injusto será simple en la medida en que el sistema se halle organizado “hacia un fin común a través de la voluntad de los individuos” que integran el sistema, mientras que un sistema de injusto será –o estará– constituido en tanto su organización adquiera una “configuración institucional duradera mediante una constitución o unos estatutos”. Como instancia paradigmática de sistema de injusto simple, Lampe menciona la coautoría; como instancias de sistemas de injusto constituido, en cambio, la organización criminal, la empresa económica con tendencia criminal, así como los Estados y las estructuras estatales criminalmente pervertidos.²³

Hecha esta fundamental diferenciación, y, sabiendo que nos centraremos en las organizaciones entendidas como *injustos constituidos*, nos parece importante detenernos para mostrar que el concepto de organización está viviendo una evolución considerable en los últimos tiempos. La estructura de una organización no era la misma hace unos decenios que hoy en día y eso tiene sus consecuencias a nivel penal. Veámoslo con cierto detenimiento.

La forma tradicional de organización es la que denominaremos “estructura piramidal”, aunque algunos autores utilizan otros términos como “centralizada”, “jerárquica” o “autoritaria”. ¿En qué consiste dicho modelo? Según Cervini, “de modo simplificado puede decirse que el modelo de gestión esencialmente centralizada se da cuando amplios sectores de toma de decisiones se concentran en un único punto de la organización”.²⁴ Nos parece interesante también la aportación de Mintzberg:

La *jerarquía organizativa* surge en cuanto un supervisor de primera línea se pone al frente de un grupo de operarios para formar una unidad fundamental de organización; otro directivo asume el mando de dichas unidades formando una unidad superior, y así sucesivamente hasta que todas las unidades restantes quedan al mando de un único directivo en el ápice estratégico, «el director general», formando así la organización compleja.²⁵

Simplificando, en las organizaciones jerárquicas encontraríamos tres partes básicas: el *ápice estratégico* (cúpula directiva), la *línea media* (cadena de directivos con autoridad formal que sirven de enlace entre la directiva y los trabajadores) y el *núcleo de operaciones* (operarios que realizan el trabajo fundamental de la

²³ LAMPE, E.J. “Injusto del sistema y sistemas de injusto.” *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Lima: Grijley, 2003. pp. 103 y ss. Citado según MAÑALICH RAFFO, J.P. “Organización delictiva: bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno.” *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 38. (2011), núm. 2, pp. 280-281.

²⁴ CERVINI, R. *Aspectos de la imputación de responsabilidad penal en el marco de la gestión organizacional flexible*. Buenos Aires: CIIDPE, 2012, p. 3.

²⁵ MINTZBERG, H. *La estructuración de las organizaciones*. Barcelona: Ariel Economía, 1993, p. 53.

organización).²⁶ Así, la relación que hay entre las partes podría ser calificada como *diferenciación jerárquica*. De este modo, la acción se concentra en los operarios del núcleo de operaciones mientras que el conocimiento de los procesos empresariales lo ostentan por entero los que forman el ápice estratégico.

En este modelo, la imputación de responsabilidad penal es relativamente sencilla, ya que suele concentrarse en las partes superiores de la estructura organizacional debido a la gran acumulación de conocimiento (sobre los procesos de la organización) que ahí se acumula²⁷. Es uno de los grandes defectos que encuentra Cervini en este tipo de organizaciones: “la creciente sobrecarga de información que se concentra sobre la cúpula de dirección, la que necesariamente debe canalizar toda la información pertinente en forma previa a la toma de decisiones”.²⁸

Este es el esquema en el que se enmarcarían organizaciones como el régimen nacionalsocialista o una empresa del siglo pasado. Sin embargo, en los últimos decenios, esta configuración está sufriendo una evolución notable:

El mundo contemporáneo exige pasar de estructuras con un único centro de decisión a nuevas configuraciones organizacionales que imponen la descentralización progresiva de las decisiones, el reconocimiento y prevalencia de la variable especialización, la necesidad de una racional división del trabajo, y consecuentemente una relativización en la subordinación jerárquica, tanto en el ámbito funcional como operativo.²⁹

Bastaría con observar cualquier organización de nuestro tiempo para darnos cuenta de este cambio efectivo: muy pocas mantienen ya una estructura jerárquica claramente diferenciada. Nacen, en cambio, organizaciones con un gran número de unidades especializadas en aspectos muy concretos que escapan del conocimiento de los directivos. Cervini lo plasma a la perfección:

La doctrina contemporánea ha desarrollado exhaustivamente el concepto de dependencia técnica invertida, en el entendido de que en múltiples aspectos de la actividad que son competencia de la organización o de un segmento de ella, están en los hechos, en manos de personal jerárquicamente inferior pero altamente especializado. Al punto de que el jerarca no puede llegar a controlar efectivamente muchas de las implicaciones operativas concretas, las que superan sus conocimientos de supervisión general.³⁰

El ya citado Mintzberg señala que, hoy en día, la organización “adopta la forma de un conjunto de constelaciones de trabajo, de exclusivos círculos prácticamente

²⁶ *Ibid.*, pp. 44-55.

²⁷ En ese sentido, Schünemann (“Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación.”. *ADPCP*. Vol. 55 (2002). pp. 10-13) habla abiertamente de una “tendencia a trasladar la responsabilidad penal lo máximo posible <<hacia arriba>>”.

²⁸ CERVINI, R. *Aspectos de la imputación...*, *Op. Cit.*, p. 3.

²⁹ *Ibid.*, p. 4.

³⁰ *Ibid.*, pp. 5-6.

independientes de individuos que intentan tomar decisiones a su particular nivel jerárquico.”³¹ Otros autores utilizan términos similares a la constelación de trabajo aunque, probablemente, el más extendido hoy en día es el de la organización-red o empresa-red³². En todas ellas, la diferenciación ya no es jerárquica, sino que encontramos una *diferenciación funcional* entre los distintos departamentos.³³

En este tipo de organizaciones propias del mundo actual, la dificultad de imputación de responsabilidad penal aumenta aún más, puesto que todos los trabajadores (sin importar la posición que ocupen) poseen parte del conocimiento y parte de la acción. En la empresa-red, el conocimiento de los procesos ya no se encuentra en el ápice estratégico sino que cada “constelación de trabajo” posee conocimiento sobre un área concreta a la que los superiores no son capaces de llegar. Por tanto, como señala Mansdörfer, “con la división de una prestación global en diversas partes también se divide el poder de información entre diversas personas”.³⁴ Esta dificultad se acentúa debido a la cantidad ingente de servicios que son externalizados (el de auditoría de cuentas es uno de los más significativos) en las empresas actuales. El problema de la imputación se ve acrecentado por la evolución en la estructura de las organizaciones, tal y como expone Silva:

En efecto, dado que la responsabilidad penal individual parte de la concurrencia de los elementos de información, poder de decisión y actuación ejecutiva sobre una misma persona, tan pronto como estos factores se disocian surgen también barreras muchas veces insuperables para la atribución de responsabilidad individual. Ello, hasta el punto de que podría hablarse de la configuración de una irresponsabilidad organizada, o bien de una “institucionalización de la irresponsabilidad”.³⁵

³¹ MINTZBERG, H. *La estructuración...*, Op. Cit., p. 81.

³² Ver MARTÍN ARTILES, A. *La empresa-red: un modelo de división de trabajo*. Barcelona: UAB Papers, 1994.

³³ A una conclusión similar llega Dannecker: “Existen empresas donde ya no se muestra una línea jerárquica sino una estructura empresarial funcional diferenciada en las que se produce una división entre las funciones estratégicas y operativas, de modo que se crea el peligro de una irresponsabilidad individual estructural”. DANNECKER, G. “Reflexiones sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”. *Revista Penal*. Vol. 7 (2001), p. 42.

³⁴ MANSDÖRFER, M. “Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en un grupo”. *InDret*. 2007, pp. 8-9.

³⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Fundamentos del derecho...*, Op. Cit., p. 288. Del mismo modo, Lampe (*Injusto del sistema y sistemas de injusto...*, Op. Cit., p. 165.): “La responsabilidad jurídico-penal debe además afectar, como antes, a aquellos miembros de la empresa a cuyo ámbito de control y prestación pertenece la organización empresarial. Su constatación vuelve a plantear serias dificultades ya que la empresa, en medida creciente, ha pasado a no estar dividida en la forma jerárquica tradicional, sino a constituir una organización de subsistemas vinculados laxamente y orientada hacia el proceso. Si de ello resultan lagunas organizativas (“irresponsabilidad organizada”), entonces dichas lagunas son ético-jurídicamente insostenibles (en el ámbito de los deberes sociales de la empresa) en la medida que tengan como consecuencia acciones punibles.”

1.4. Necesidad de un modelo de responsabilidad individual como respuesta del derecho penal

Ante esta encrucijada histórica se observa también una tendencia repetida en el tiempo (ya se vio en la Alemania de la posguerra y vuelve a surgir en el mundo actual como reacción al desastre financiero global). Schünemann lo explica de manera brillante: “el argumento es que no tiene sentido buscar a los culpables porque esta conducta se extendió a miles de personas con poder de decisión, con lo cual no se puede ni debe responsabilizar de los hechos a las personas individuales”.³⁶ Este trabajo nace, precisamente, como respuesta a dicha tendencia, puesto que creemos que no es una opción olvidar la responsabilidad individual. Las organizaciones actúan, única y exclusivamente, a través de individuos. Roxin lo certifica de forma clara: “no se puede desconocer que hay una necesidad político-criminal de castigar como autores a cargos directivos que proponen, promueven o, incluso, sólo permiten acciones criminales en sus empresas”.³⁷

Sorprende ver que en el mundo de hoy hay voces que se alzan en el mismo sentido, como por ejemplo la Fiscalía americana que, en una reciente circular, publicada en septiembre de 2015, llamada “Yates Memorandum”, explicita: “*Because a corporation only acts through individuals, investigating the conduct of individuals is the most efficient and effective way to determine the facts and extent of any corporate misconduct*”.³⁸ Lo dejó claro, del mismo modo, Hannah Arendt describiendo así la Alemania de la posguerra:

El grito «Todos somos culpables», que de entrada sonaba muy noble y tentador, en realidad solo ha servido para exculpar en gran medida a los que realmente eran culpables. Donde todos son culpables nadie lo es. [...] «Todos somos culpables» es en realidad una declaración de solidaridad con los malhechores.³⁹

Así, hacemos nuestra la pregunta de Schünemann: “¿es el derecho penal un instrumento adecuado para impedir que vuelva a suceder lo mismo o al menos para paliar los efectos negativos?”.⁴⁰ En lo que sigue, trataremos de dar respuesta a esa pregunta. Lo que sí es seguro es que “si en algún momento ha habido un ámbito en

³⁶ SCHÜNEMANN, B. *La llamada crisis financiera...*, Op. Cit., p. 345.

³⁷ ROXIN, C. “El domino de organización como forma independiente de autoría mediata.” Conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la Universidad Pablo de Olavide. *Revista Penal (2006)*, núm. 18, p. 248.

³⁸ YATES, S. *Individual Accountability for Corporate Wrongdoing*. September 2015.

³⁹ ARENDT, H. “Responsabilidad colectiva”. *Responsabilidad y juicio*. Barcelona: Paidós, 2007, p. 18.

⁴⁰ SCHÜNEMANN, B. *La llamada crisis financiera...*, Op. Cit., p. 336.

el que el derecho penal tiene que recuperar el tiempo perdido, este es sin duda el de la crisis financiera”.⁴¹

⁴¹ *Ibid.*, p. 368.

2. Imputación y teoría del delito en organizaciones complejas

En el primer apartado del trabajo hemos podido observar que la acción dentro de contextos grupales supone un problema en términos de autoría. Casos como el de Adolf Eichmann ponen de manifiesto que las tradicionales concepciones de autoría ya no son válidas, puesto que ninguno de los sujetos implicados en la acción tiene pleno dominio sobre el hecho o, dicho de otro modo, no posee el control final sobre el desarrollo de la acción. Lo mismo sucede en el caso de un vertido tóxico por parte de una empresa o tantos otros ejemplos al uso.

Sin embargo, existen otros supuestos en los que la casuística es distinta pero genera igualmente problemas respecto a la autoría. Nos referimos a aquellos casos en los que sí existe un sujeto con dominio total sobre el hecho pero éste permanece siempre ajeno a los hechos, no tiene intervención directa en ningún momento en la acción delictiva. El que sería propiamente autor permanece, por decirlo de algún modo, "en la sombra". El ejemplo paradigmático es el crimen organizado en sus diversas formas, particularmente en el caso de la mafia⁴². Para exponer de forma concreta esta dificultad, recurriremos a un ejemplo televisivo que, en nuestra opinión, muestra a la perfección la problemática. Se trata de la serie televisiva *The Wire*⁴³, donde se relata la pugna por el comercio de droga en Baltimore, una de las ciudades con más tasa de criminalidad de Estados Unidos⁴⁴. En dicha producción se observa de forma clarísima como los distintos responsables de la organización criminal (Avon Barksdale, Stringer Bell, etc....) permanecen alejados de la acción delictiva (el tráfico constante de drogas en las esquinas de la ciudad, los

⁴² Muñoz Conde ("Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?." *Revista Penal*. 2002, núm. 9, p. 66.) explica, de forma muy clara, la diferencia de funcionamiento entre estas organizaciones y los estados totalitarios: "*También la Mafía siciliana, con sus leyes de la "omertá", o los "yakuza" japoneses, con sus códigos secretos, constituyen grupos muy jerarquizados y con características parecidas al más disciplinado ejército o servicio secreto estatal. Pero las semejanzas no van mucho más lejos. Por lo pronto, su carácter marginal e ilegal hace que sus miembros tengan entre sí una relación personal mucho más estrecha que la que se da entre los miembros de los aparatos de poder estatales. Es verdad que las decisiones se toman por unos pocos, en la cúpula, pero también son unos pocos los que pueden llevarlas a cabo y generalmente estos pocos están en relación directa y personal con los que dan las órdenes o planifican los hechos y en cuya ejecución directa no intervienen.*"

⁴³ HBO (2002-2008). *The Wire*, [DVD/Blu-ray]. Baltimore: David Simon. El director de la serie, David Simon, fue, durante muchos años, periodista policial en un periódico de Baltimore, por lo que la serie se presenta como una fiel reproducción de la realidad criminal de la ciudad.

⁴⁴ Los informes de la DEA (agencia anti-droga de los EEUU) revelan que en Baltimore, donde viven cerca de 600.000 personas, hay unos 19.000 adictos a la heroína, más del 3% de la población. Se calcula que, solo en la ciudad, el gasto anual en drogas es de 165 millones de dólares. Una buena reseña del problema se puede encontrar en MARBELLA, J. "Heroin creates crowded illicit economy in Baltimore". *Baltimore Sun*. [Baltimore] (19 de diciembre de 2015).

asesinatos...) pero, a su vez, nada se mueve en la organización si no es con su aprobación y su supervisión. Esto genera una dificultad enorme a los jueces e investigadores, que van realizando algunas detenciones de pequeños comerciantes de estupefacientes pero nunca pueden llegar al núcleo de las conductas delictivas. Con los líderes mafiosos sucede exactamente lo mismo: estos sujetos en ningún caso están cerca de la acción (lo cual dificulta su imputación) pero, sin duda alguna, tienen un dominio total sobre el hecho.

Como afirma Mansdörfer, “en la sociedad moderna las prestaciones producidas únicamente por una sola persona han pasado a ser la excepción, dominando ahora el trabajo en conjunto en grupos”.⁴⁵ Frente al problema, ya planteado en líneas generales, sobre la actuación en contextos de grupo y organizaciones complejas (en sus diferentes variantes), cabe preguntarse qué herramientas, en forma de construcciones jurídicas, ofrece la dogmática penal moderna para afrontarlo. En este apartado del trabajo se analizarán las distintas teorías existentes al respecto desde cuatro perspectivas: la autoría, el tipo objetivo, el tipo subjetivo y la culpabilidad. Se intentará, en la medida de lo posible, valorar qué propuestas se adaptan más al caso de la criminalidad organizada y cuáles a las organizaciones que no se encuentran al margen del Derecho, especialmente las de carácter empresarial.⁴⁶

2.1. Soluciones en el marco de la autoría

Poco después de aparecer el problema de los regímenes totalitarios y, como consecuencia directa del famosísimo caso Eichmann, los grandes penalistas alemanes empezaron a publicar sus estudios al respecto. Antes de pasar a examinar los más relevantes, parece adecuado traer a colación una diferenciación fundamental a nivel conceptual, perfectamente expresada por Muñoz Conde:

⁴⁵ MANSDÖRFER, M. *Responsabilidad e imputación...*, Op. Cit., p. 2. La explicación al porqué de esta situación la encontramos en la obra de Laux y Liermann (*Grundlagen der Organisation, Die Steuerung von Entscheidungen als Grundproblem der Betriebswirtschaftslehre*. 5a ed., Heidelberg, 2003, parte B V. 1, p. 75.): “La principal forma de aparición social de la actividad económica es, hoy en día, la actuación del individuo integrado en un grupo.”

⁴⁶ Aunque en este trabajo ambas realidades hayan sido incluidas dentro del concepto de organización compleja, ello no quita la especificidad de cada una de ellas. Al respecto, nos parece importante la diferenciación que hace Mañalich (*Organización delictiva: bases...*, Op. Cit., p. 281.) recogiendo el trabajo de Lampe: “Cabe restringir el análisis a la contraposición entre la agrupación criminal (o asociación ilícita) y la empresa con tendencia criminal. En tanto que instancias de sistema de injusto constituido, lo que ellas tendrían en común es que sus respectivos “elementos de pertenencia” serían “independientes de la persona de sus miembros”, lo cual conllevaría un considerable incremento del grado de complejidad de la organización, que se expresaría, verbigracia, en una alta jerarquización y selectividad de la comunicación al interior de la misma. Lo que las diferenciaría, en cambio, sería el hecho de que la agrupación criminal constituye un sistema de injusto en razón de una agenda (o “finalidad”) criminal que define –o en todo caso codefine– su estructura interna, mientras que el injusto de una empresa económica con tendencia criminal no sería “esencial sino únicamente accidental” para su propia organización.”

Autor de un delito es el que domina objetiva y subjetivamente la realización de ese delito, hasta el punto que sin su intervención y decisión el delito no se podría cometer. El partícipe, en cambio, es solo, como su propio nombre indica, alguien que favorece, ayuda, induce o coopera en la comisión de un delito, cuya realización, sin embargo, depende la voluntad de otra persona que es el verdadero autor. Esta distinción es puramente conceptual y no impide que, desde el punto de vista de la pena, también el partícipe pueda ser condenado con la misma pena que el autor en sentido la distinción dogmática entre autor y partícipe es estricto. Pero la más importante consecuencia de que la punibilidad del partícipe, aunque sea la misma que la del autor, depende o es accesoria de la del autor, que es la figura en torno a la cual gira la configuración del tipo delictivo.⁴⁷

Subrayamos notablemente este matiz puesto que, en base al mismo, dividimos varios apartados del presente trabajo. En este epígrafe, analizaremos los estudios que diversos autores han publicado referentes a la imputación a título de autoría.

2.1.1. Dominio de organización

Uno de los primeros en hacerlo, allá por el año 1963, fue Claus Roxin, por entonces recién contratado como profesor en la Universidad de Göttingen. Fue en ese año cuando publicó su famosa "Teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder"⁴⁸, basada en la teoría del dominio del hecho (ya explicada al inicio de este trabajo). En ella⁴⁹, Roxin propone castigar a "los hombres de atrás" (aquellos que ordenan delitos de forma autónoma)⁵⁰ como *autores mediatos*, sin perjuicio de castigar también a los ejecutores materiales del delito. A esta forma de actuar la llamará *dominio de organización*. El autor niega que este tipo de actuación pueda considerarse una coautoría puesto que falta el requisito indispensable (para las leyes penales en Alemania y España) de dicha modalidad de comisión del delito: la ejecución en común. Roxin lo expone así: "el autor de la mesa de despacho no tiene la más mínima participación en la inmediata realización del tipo. La mayoría de las veces ni siquiera conoce al ejecutor".⁵¹ El autor alemán descarta, del mismo modo, la posibilidad de aplicar las reglas de la inducción puesto que, en el caso del dominio de organización, el autor material (ejecutor) no dispone apenas de libertad

⁴⁷ MUÑOZ CONDE, F. *Problemas de autoría y participación...*, *Op. Cit.*, p. 59.

⁴⁸ ROXIN, C. "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate". *Goldammer's Archiv für Strafrecht*. 1963, pp. 193 y ss. El texto se transformó, en buena parte, en "Täterschaft und Tatherrschaft", § 24, (1a ed., 1963, - 8a ed., 2006), y de esta forma se incluyó también en la traducción española del libro (de CUELLO CONTRERAS y GONZÁLEZ DE MURILLO) publicada por la editorial Marcial Pons en 1998 y 2000 (6a y 7a edición).

⁴⁹ Dicha teoría ha sido revisada por el autor en varias ocasiones y, para nuestra exposición, utilizaremos la revisión más reciente, ya citada previamente en nuestro trabajo: ROXIN, C. *El domino de organización*, *Op. Cit.*, pp. 242-248.

⁵⁰ Roxin utiliza el término "Hintermänner", pero también especifica que, en alemán coloquial (al igual que en español), estos hombres son llamados "delincuentes de despacho o escritorio" ("Schreibtischtäter").

⁵¹ ROXIN, C. *El domino de organización*, *Op. Cit.*, p. 243.

para cambiar sustancialmente el curso del hecho. Su libertad de acción es, pues, mucho menor que en los casos de inducción, dónde el autor material sí puede intervenir esencialmente, pudiendo incluso tomar la decisión determinante de si el hecho se ejecuta o no. Descartadas estas opciones, Roxin analiza las condiciones necesarias para la aplicación del dominio de organización a un supuesto de hecho. La primera condición es el poder de mando, esto es la autoridad necesaria, dentro de una organización, para dar órdenes que, directamente, se realicen para causar resultados típicos. Su aplicabilidad es clara: “el comandante de un campo de concentración nazi era, por tanto, autor mediato de los asesinatos ordenados por él, aunque él mismo actuara por indicación de cargos superiores.”⁵² La segunda es la desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder. Esta desvinculación no es completa, sino “solo en el marco de los tipos penales realizados por él”.⁵³ El tercer requisito es la fungibilidad del ejecutor inmediato, entendida como posibilidad de sustituir al sujeto que realiza, materialmente, la última acción del tipo. Nos damos cuenta de que esta característica concurre en casi todos los casos ya propuestos: en los crímenes nacionalsocialistas, en las estructuras mafiosas, en el ejemplo de *The Wire* e, incluso, en el de la venta de hipotecas basura. Roxin empieza a describir con palabras lo que ya veíamos:

La ejecución de órdenes del hombre de atrás –ésta era mi tesis– se asegura, en gran parte, precisamente porque muchos ejecutores potenciales están disponibles, de modo que la negativa u otro fallo de un individuo no puede impedir la realización del tipo.⁵⁴

Por último, la cuarta condición es la elevada disponibilidad al hecho del ejecutor. Esta característica enlaza, de forma directa, con lo explicado sobre los sesgos cognitivos y su influencia en el conocimiento. Como hemos visto, la actuación en contextos grupales genera ciertos sesgos que predisponen a los hombres para la realización de determinadas conductas, lícitas o no. Es de sobras conocida la afirmación: “Si no lo hago yo, otro lo hará por mí”.

Mañalich hace una observación que explica bien porqué el dominio de organización necesita de la forma de la autoría mediata:

La consecuencia fundamental de ello, que Roxin no duda en extraer explícitamente, radica en que como “instrumento” del autor mediato habría que considerar no al ejecutor, sino a la propia organización: “el verdadero instrumento es más bien el aparato como tal”.⁵⁵

El planteamiento de Roxin es claramente atrevido y revolucionario puesto que supone la negación, al menos parcial, de uno de los principios que estaba más

⁵² *Ibid.*, p. 244.

⁵³ *Ibid.*, p. 245.

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ MAÑALICH RAFFO, J.P. *Organización delictiva: bases...*, *Op. Cit.*, p. 284. Vid. nota al pie 15.

asentado en el derecho penal: la prohibición de regreso⁵⁶. Es evidente que debe tenerse en cuenta este punto a la hora de valorar la teoría del jurista alemán pero, en nuestra opinión, y siguiendo a Zaror:

El criterio fundamental para inhibir la aplicación de la prohibición de regreso es atender al sentido del comportamiento, es decir, si era objetivamente previsible el comportamiento doloso posterior (conducta tiene por sí misma sentido delictivo), atendiendo o no al desvalor de intención del “hombre de atrás” para determinar su punibilidad.⁵⁷

La propuesta de Roxin es muy clara pero, para cualquiera que la afronta, surge la siguiente pregunta: ¿es aplicable a otros casos de delincuencia organizada diferentes a los estados totalitarios? De hecho, el mismo Roxin añadió, a la versión original de su obra, un epígrafe llamado “¿Son las reglas del dominio de la organización trasladables a delitos en empresas?”. En él, se constata que, normalmente, suelen faltar varios de los requisitos que fundamentan el dominio de organización y, por tanto, su aplicación es difícil. Así lo reconoce el alemán:

Me resulta más adecuado recurrir a la figura jurídica por mí desarrollada de los delitos consistentes en la infracción de un deber [Pflichtdelikte] y, con su ayuda, fundamentar una autoría de los cargos directivos, en tanto se les atribuya una posición de garante para la salvaguarda de la legalidad [Garantenstellung zur Wah-ung der Legalität] de las acciones de la empresa.⁵⁸

2.1.2. Coautoría

La publicación de la obra de Roxin conlleva el nacimiento de una inabarcable bibliografía respaldando o contradiciendo la posibilidad de aplicar la figura de la autoría mediata en todos los casos de criminalidad organizada (desde las organizaciones criminales ilegales hasta el ámbito empresarial). Nos centraremos aquí en una de las principales críticas que se le realiza:

La tesis de Roxin que parece, en principio, perfectamente aplicable a estos casos de criminalidad cometida sirviéndose de aparatos de poder estatal organizado, que están en su origen, ya no es tan convincente cuando se trata de aplicarla a otros casos de criminalidad organizada que se desarrollan en organizaciones criminales ilegales no estatales y no tan estrechamente basadas en principios de jerarquía, obediencia ciega y disciplina tan

⁵⁶ Para los teóricos tradicionales de la prohibición de regreso, “no pueden ser consideradas causas del resultado las condiciones de una posterior obtención del resultado, de forma libre y consciente por otro individuo que se sirve de aquellas condiciones primitivas (es decir, las aportaciones anteriores a una intervención dolosa y culpable –causa libera– son penalmente inocuas ya que hacia atrás de aquellas opera una prohibición de regreso).” ZAROR, I.A. “Prohibición de regreso.” *Revista de Estudios de la Justicia* (2010). núm. 13. p. 230.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 250.

⁵⁸ ROXIN, C. *El domino de organización...*, *Op. Cit.*, p. 248. Respecto a la posición de garante, dichas figuras serán analizadas en el epígrafe relativo a las soluciones en el marco del tipo objetivo.

característicos del régimen nazi y de otros Estados totalitarios [...]. Las características tan peculiares del funcionamiento de los aparatos de poder de los Estados totalitarios no suelen darse tan nítidamente en este otro tipo de organizaciones criminales, y entonces parece necesario buscar otras formas de imputación que se adapten mejor a las peculiaridades de estos grupos criminales.⁵⁹

Así, también dentro del marco de la autoría, pero con tesis muy diferentes, encontramos a quienes postulan una coautoría como mejor solución al conflicto. Existe coautoría, según la mayoría de autores, cuando varios sujetos realizan aportes necesarios en la ejecución del delito; por tanto, se trata de un concepto cuantitativo, mide las aportaciones de relevancia durante la fase de ejecución.⁶⁰ Rápidamente observamos como, a priori, la coautoría no puede ser aplicable a los casos que nos ocupan, puesto que la mayoría de las veces los sujetos más importantes en la comisión del delito no participan directamente en la ejecución.⁶¹ Frente a esa dificultad, Muñoz Conde introduce una novedad en la concepción de coautoría, postulando que debe distinguirse entre la tradicional *coautoría ejecutiva* y una nueva modalidad de “coautoría en la que alguno o algunos de los coautores, a veces los más importantes, no están presentes en la ejecución del delito”.⁶² De hecho, el mismo artículo 28 del Código Penal español⁶³, no habla de *ejecución del hecho* sino de *realización*, un concepto muchísimo más amplio y que se adapta a lo postulado por Muñoz Conde: “desde luego, no basta con el acuerdo previo solo para que exista coautoría, pero tampoco es necesario que se exija la presencia física de todos los coautores en la ejecución del delito”.⁶⁴ Veámoslo en el ejemplo que el mismo autor usa para fundar su propuesta:

Imaginemos un comando terrorista compuesto por cuatro personas que se traslada a una ciudad para realizar un atentado. Uno de sus miembros se ocupa de seguir y vigilar al que va a ser la víctima hasta el lugar donde está apostado otro que es el que va a disparar contra la víctima, mientras que un tercero espera en la esquina con el coche en marcha para asegurar la huida, y finalmente un cuarto, el cerebro que ha planificado el atentado hasta sus más pequeños detalles, dirige toda la operación por radio o por un teléfono portátil desde un piso franco previamente alquilado. ¿Por qué distinguir distintos grados de autoría o incluso de participación, cuando a través del reparto de roles o papeles cada uno

⁵⁹ MUÑOZ CONDE, F. *Problemas de autoría y participación...*, Op. Cit., p. 65.

⁶⁰ PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones de Derecho...*, Op. Cit., p. 283.

⁶¹ Esa es, por ejemplo, la crítica del mismo Roxin (*El domino de organización...*, Op. Cit., p. 243.): “Para una coautoría falta la ejecución en común. [...] Una instrucción y su observancia no son una determinación común para la comisión del hecho. Tampoco existe una ejecución común. Porque el autor de la mesa de despacho no tiene la más mínima participación en la inmediata realización del tipo. La mayoría de las veces ni siquiera conoce al ejecutor.”

⁶² MUÑOZ CONDE, F. *Problemas de autoría y participación...*, Op. Cit., p. 68.

⁶³ “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.”

⁶⁴ MUÑOZ CONDE, F. *Problemas de autoría y participación...*, Op. Cit., p. 71.

ostenta un dominio funcional del hecho que como un todo les pertenece y con el que todo están plenamente de acuerdo?⁶⁵

Parece claro que esta opción se adapta a las organizaciones criminales no estatales, pero no es tan evidente para aquellas organizaciones que no funcionan al margen del Derecho, como las empresas, en las que la intervención en la ejecución de los *hombres de atrás* es aún menor. El autor español también afronta esta dificultad:

En el ámbito de la criminalidad de empresa sería mejor hablar de una *coautoría mediata*, ya que normalmente el hombre de atrás es miembro del Consejo de Administración de una empresa que, con su participación en una votación, decide la comisión de un delito (por ejemplo, introducir o no retirar productos nocivos del mercado, provocar una insolvencia, frustrar un embargo, llevar a cabo vertidos peligrosos para el medio ambiente, etc.). [...] Esta intervención no constituye una ejecución del hecho, sino su preparación y que el resultado de una votación es ejecutado en todos los casos prácticos relevantes por personas responsables. Como ya he dicho antes, considero que el requisito asumido por la doctrina dominante de que es necesario que el coautor intervenga también en la fase ejecutiva no puede entenderse en el ámbito de la criminalidad de empresa del mismo modo que en los delitos contra la vida o contra la libertad o contra la propiedad. En éstos la acción ejecutiva fundamenta siempre una autoría directa, pero en la criminalidad de una empresa tiene otra significación, pues no es otra cosa que el poner en marcha la decisión de un hombre de atrás que es el que realmente la controla y la domina.⁶⁶

Así, se recurre a la figura de la coautoría mediata para atribuir responsabilidad en los aparatos de poder organizados, dónde el ejecutor material es un mero instrumento del hombre de atrás y, este último, se caracteriza por mantener el dominio funcional del hecho, aun cuando no se encuentra presente en su ejecución material, como en el caso de los Consejos de Administración. No querríamos finalizar este apartado sin destacar que otros autores, además de Muñoz Conde, postulan la coautoría como mejor solución al problema de la atribución de responsabilidad⁶⁷. Para nuestra exposición, sin embargo, nos hemos basado en la teoría del español por su claridad explicativa.

2.1.3. Solución de responsabilidad colectiva

Paralelamente al intento de atribuir responsabilidad penal al individuo, otra de las grandes discusiones de nuestro tiempo se centra en la posibilidad de castigar penalmente a la misma organización criminógena. Pese a no ser éste el objeto de

⁶⁵ *Ibid.*, p. 68.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 81-82.

⁶⁷ En la misma línea MEINI, I. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*. 1a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 133 y ss.; GOMEZ-JARA DIEZ, C. "¿La coautoría como fundamento de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por delitos cometidos por sus subordinados?". *Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*. Madrid: Colex, 2006, pp. 191-210.

nuestro trabajo, nos parece adecuado hacer una breve reseña de aquellos modelos de responsabilidad colectiva que mejor se adecúan a la culpabilidad individual.⁶⁸

La necesidad de penar a la organización y los motivos para hacerlo son, en muchas ocasiones, clarísimos:

Cada empresa ofrece numerosas oportunidades que favorecen el encubrimiento de responsabilidades y de comportamientos incorrectos, de modo que las indagaciones penales contra los individuos fracasan a menudo. Estas carencias preventivas deben ser eliminadas.⁶⁹

¿Se puede equiparar jurídicamente la *culpabilidad* de una persona física con la de una persona jurídica? ¿Podría hacerse una equivalencia para idear un sistema de culpabilidad colectiva? Son precisamente éstas las grandes preguntas que han centrado el debate sobre la conciliación del derecho penal de las personas jurídicas con las categorías fundamentales penales (capacidad de acción, capacidad de culpabilidad y capacidad de aplicación de los fines de la pena⁷⁰). ¿Son aplicables las mismas a las empresas?

Por un lado, encontramos a quienes postulan que “las empresas son sujetos reales, sociales y autónomos”.⁷¹ Esto implicaría, por tanto, que las organizaciones no son meros conjuntos de personas sino entes socialmente independientes, hecho del cual se derivaría su capacidad de culpabilidad⁷². Dentro de los autores que defienden

⁶⁸ Recordemos, por lo expuesto en el apartado “*Necesidad de un modelo de responsabilidad individual*”, que cualquier opción que renuncie a la responsabilidad individual no nos parece aceptable. Por tanto, no se valorarán las soluciones de responsabilidad colectiva que partan de la imposibilidad de encontrar a un sujeto individual culpable, que actúen en defecto del mismo. Hacemos nuestra, en ese sentido, la consideración de Feijoo Sánchez (“Autorregulación y derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?”. VVAA. *Autorregulación y sanciones*. 1ª edición. Valladolid: Lex Nova, 2008. p. 207.): “*Si bien se puede asumir que la organización empresarial es un sistema social organizativo que se reproduce sobre la base de decisiones (algunas muy relevantes como la constitución y fin de la personalidad jurídica), la cuestión decisiva es a qué sujeto se imputan normativamente en última instancia dichas decisiones: a la propia empresa o a personas físicas, habiendo optado sin duda el sistema vigente por esta última opción. No hay razones de peso para cambiar esta decisión básica del ordenamiento penal vigente.*” Para una argumentación más amplia sobre la necesidad político-criminal de imponer penas a las personas jurídicas Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Fundamentos del derecho...*, Op. Cit., pp. 285-287.

⁶⁹ DANNECKER, G. *Reflexiones sobre la Responsabilidad...*, Op. Cit., p. 42. Dicha conclusión podía desprenderse ya previamente de lo expuesto en nuestro trabajo: Vid. cita referenciada en nota al pie nº 46.

⁷⁰ Esas tres categorías fundamentales se siguen de la diferenciación hecha por Dannecker en DANNECKER, G. *Reflexiones sobre la Responsabilidad...*, Op. Cit., p. 44.

⁷¹ HIRSCH, J.H. *Die Frage der Straffahigkeit von Personenverbänden*, p. 9. Citado según DANNECKER, G. *Reflexiones sobre la Responsabilidad...*, Op. Cit., p. 45.

⁷² En España, se pueden encontrar tesis parecidas en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: 2005. pp. 229 y ss. En Alemania: HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*. Baden-Baden: 1995, pp. 271 y ss. Sobre ambos autores, Feijoo (FEIJOO SÁNCHEZ, B. *Autorregulación y derecho...*, Op. Cit., p. 206. Vid. nota al pie 15 de dicha obra) expone: “*Según estos autores la existencia en el Derecho penal de las empresas de un dominio de la organización funcional (HEINE) o funcional-sistémico (GÓMEZ-JARA) es el equivalente al criterio del dominio del hecho como criterio de autoría en el Derecho penal individual.*”

estas tesis, distinguimos dos grupos según la forma que tienen de imputar la responsabilidad a la persona jurídica: los que siguen el modelo de *responsabilidad por el hecho propio* y los que postulan la *responsabilidad por atribución*. Sintéticamente, el modelo de responsabilidad por atribución “consiste en transferir a la persona jurídica la responsabilidad penal por el hecho delictivo realizado por sus órganos o representantes”.⁷³ Por otro lado, la responsabilidad por el hecho propio no necesita de una transferencia de responsabilidad por parte de las personas físicas. En palabras de Silva: “es una responsabilidad de estructura anónima en cuanto a la intervención individual, aunque, de todos modos resulte compatible con la atribución de responsabilidad individual a las personas que realicen directamente la actuación delictiva”.⁷⁴ Este último modelo sería el que más se acercaría a una responsabilidad propia de la persona jurídica como tal.⁷⁵

En una posición radicalmente contraria a los que defienden una culpabilidad en sentido estricto, encontramos a quienes postulan que las empresas no disponen de libre albedrío y con ello carecen de individualidad.⁷⁶ Esta falta de identidad se ha traducido, tradicionalmente, en el modelo jurídico sancionador de las llamadas *medidas de seguridad*, adoptado por muchas legislaciones europeas. Sin ir más lejos, en España y, hasta la reforma del Código Penal mediante la LO 5/2010, esa era la opción dominante. Dicha opción niega la posible actuación del derecho penal (más que con medidas de seguridad), limitándose a la imposición de sanciones administrativas de distinto grado.⁷⁷

Hasta hace pocos años esta era la única alternativa en el debate: o culpabilidad en sentido estricto o medidas de seguridad. Sin embargo, en el último tiempo se ha

⁷³ ROBLES PLANAS, R. *Crisis del derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Atelier Libros, 2010, p. 150. Así, Silva Sánchez (*Fundamentos del derecho...*, Op. Cit., p. 297.): “Según tal método, la responsabilidad por el hecho delictivo se transfiere a la persona jurídica, en la medida en que se considera que los actos de dichos órganos, en virtud de la relación funcional existente ente éstos y aquella, son, también, de esta última.”

⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Fundamentos del derecho...*, Op. Cit., p. 301.

⁷⁵ Hacemos nuestra, en este trabajo, la crítica a ambos modelos y a sus supuestas diferencias. Ésta ha sido perfectamente expresada por CIGÜELA SOLA (“El injusto estructural en la organización.” *InDret*. 2016, p. 6.): “Se discute, con razón, que exista diferencia alguna entre ambos, en la medida en que también los «modelos de culpabilidad propia» esconderían, bajo la capa de refinadas distinciones dogmáticas, imputaciones realizadas desde los propios administradores: si la organización no es capaz de originar el hecho, éste se habrá de transferir desde algún lugar.”

⁷⁶ OTTO, Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbände, 1993, pp. 16-17. Citado según DANNECKER, G. *Reflexiones sobre la Responsabilidad...*, Op. Cit., p. 45. Otros autores que siguen estas tesis son SCHÜNEMANN, B. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 22 y ss. En España: FEIJOO SÁNCHEZ, B. *Sanciones contra empresas por delitos contra el medio ambiente*. 2002.

⁷⁷ “Las medidas de seguridad presuponen que las organizaciones no son capaces de expresar más que una medida de “peligrosidad”, y en ese sentido no constituyen un verdadero juicio de responsabilidad, manteniéndose en un plano expresivo más neutro.” CIGÜELA SOLA, J. *El injusto estructural...*, Op. Cit., p. 7.

añadido un tercer modelo a la discusión que nos parece, sin duda alguna, el más atractivo. Dicho modelo podría denominarse, de forma genérica (y sin entrar en sus especificidades), *responsabilidad sui generis* o *responsabilidad estructural*. Dicho modelo parte de una crítica muy clara respecto a la discusión previamente planteada:

La influencia que la organización colectiva pueda tener en la comisión de delitos no es integrable en la semántica de la culpabilidad, y ello por dos motivos: la organización no tiene la capacidad de originar de modo autónomo el hecho organizativo que debería imputársele, pues su defecto de organización o su filosofía criminógena son fenómenos que emergen progresivamente de la actuación acumulativa, conjunta y difusa de sus miembros (presentes y pasados), y no de decisiones propias; en segundo lugar, la organización desarrolla solo como prestación de sus miembros –esto es: de modo no autónomo y débil– las condiciones de identidad (temporal, unitaria, cognitiva, ética y política) que deberían justificar su estatuto de agente penal y su aptitud para el reproche de culpabilidad.⁷⁸

Vemos, por tanto, que no podría hablarse de una culpabilidad de la organización al no ser ella misma, por sí sola (y al estar necesariamente vinculada a la acción humana), capaz de originar el hecho imputable. Tampoco parece que la vía sean las medidas de seguridad. ¿Cuál es, entonces, la vía a seguir?

Si bien el concepto de culpabilidad tiene un radio semántico muy reducido, asociado a una idea de reproche personalísimo e individualización que no casa bien con la identidad de la organización, el concepto de responsabilidad, al contrario, tiene menos carga moral, no está necesariamente asociado a la idea del reproche y deja más o menos abierta la cuestión del sujeto obligado. En otras palabras, no es posible hablar de una culpabilidad colectiva, ni de una culpabilidad por hechos de otros, pero sí, en cambio, de una responsabilidad de la organización, de algún modo conectada al comportamiento de sus miembros.⁷⁹

Descubrimos, pues, que sí cabe hablar de una responsabilidad penal de la organización pero no de culpabilidad de la misma. Dicha responsabilidad estará basada en el comportamiento de los miembros de la misma (conducta que sí puede ser culpable), ya que, como hemos visto, no es posible separar el comportamiento de los individuos del injusto de la organización. Es más, “la existencia de comportamiento individual equivale a una condición objetiva de punibilidad (de la persona jurídica), que atiende a razones de política criminal”.⁸⁰ A esta conclusión

⁷⁸ CIGÜELA SOLA, J. *El injusto estructural...*, Op. Cit., p. 5.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 7. A una conclusión parecida llega Feijoo Sánchez: “Parece que el terreno sobre el que se debe jugar no es la búsqueda de una equivalencia o analogía con la culpabilidad de las empresas y personas jurídicas, que diluye la responsabilidad individual o parte de la ineficacia de los tradicionales sistemas de responsabilidad individual en el ámbito empresarial, sino el del desarrollo de criterios específicos de legitimación para desarrollar un sistema de responsabilidad de entes colectivos paralelo al Derecho penal tradicional basado en la responsabilidad individual (de personas físicas).” FEIJOO SÁNCHEZ, B. *Autorregulación y derecho...*, Op. Cit., p. 227.

⁸⁰ NIETO MARTÍN, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008, p. 324. En el mismo sentido, Dannecker: “De la diferenciación entre los deberes originarios de una empresa y las obligaciones individuales de los miembros de la empresa

común llegan las dos propuestas de responsabilidad colectiva que nos parecen más interesantes: la de Cigüela Sola y la de Nieto Martín (ambas enmarcas en las tesis de la responsabilidad sui generis).

Para Nieto Martín, como hemos dicho, el delito, *stricto sensu*, corresponde a los sujetos individuales, creándose un sistema paralelo de prevención de delitos con el objeto de evitar o dificultar lo que realmente se entiende como hecho delictivo: el cometido por la persona física. Feijoo describe así la teoría del profesor Nieto:

El modelo que propone Nieto se basa en que la empresa debe responder jurídico-penalmente si el delito de un individuo ha sido favorecido causalmente por un defecto permanente de organización de la empresa. El objeto de la responsabilidad de la persona jurídica no sería el hecho del autor individual, sino algo más genérico, la falta de adopción de medidas para prevenir o descubrir comportamientos de esas características o paliar sus efectos. El individuo, como sujeto autorresponsable, es el que en realidad responde del hecho delictivo, mientras la empresa responde de no haber adoptado a lo largo del tiempo medidas para evitar ese tipo de comportamientos individuales.⁸¹

La responsabilidad de la empresa deriva, entonces, de la no creación de un sistema preventivo encargado de evitar los riesgos propios de la actividad que realiza.

Por otro lado, Cigüela Sola propone el llamado modelo de *responsabilidad estructural*, el cual no puede ir de forma totalmente paralela al injusto personal. De hecho, tal y como ya se ha apuntado, dicha teoría se encuentra a medio camino de la tradicional dicotomía entre culpabilidad de la persona jurídica o medidas de seguridad de la misma. El mismo autor lo define de la siguiente manera:

Serán responsables aquellas organizaciones (empresas, partidos políticos, sindicatos y demás entidades con un mínimo de complejidad) en cuyo seno se haya cometido un delito que se co-explica, en mayor o menor medida, por la existencia en su interior de factores criminógenos que lo han facilitado o promovido, valorados negativamente por el Derecho y atribuibles a la actuación conjunta de sus miembros pasados y presentes, con independencia de si la persona individual ha sido hallada, y con independencia de su culpabilidad.⁸²

La importancia de dicha obra consiste en la aportación, por parte del autor, de dos conceptos que contribuyen de forma novedosa al debate sobre la responsabilidad de

se deduce que la responsabilidad penal de una persona jurídica no excluye la punibilidad de las personas naturales responsables. Más bien, la responsabilidad penal del individuo y de la asociación caminan una junto a otra." DANNECKER, G. *Reflexiones sobre la Responsabilidad...*, *Op. Cit.*, pp. 53-54.

⁸¹ NIETO MARTÍN, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: lustel, 2008, p. 155. Citado según FEIJOO SÁNCHEZ, B. *Autorregulación y derecho...*, *Op. Cit.*, p. 229.

⁸² CIGÜELA SOLA, J. *El injusto estructural...*, *Op. Cit.*, p. 5. Explicado de forma extensa en la tesis doctoral del mismo autor: CIGÜELA SOLA, J. *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

la organización, concretamente a la concepción de la definición de la misma. Nos referimos a los conceptos de *meta-sujeto* e *identidad débil*.

En mi opinión, las organizaciones colectivas complejas son “meta-sujetos” –sujetos compuestos por múltiples sujetos– que no manifiestan una identidad autónoma equivalente a la de los individuos (precisamente por depender de ellos en sus manifestaciones), pero sí tienen una consistencia material y una “realidad” propias, lo que he denominado en otro lugar como “identidad narrativa débil”.⁸³

Para finalizar este apartado, nos parece decisivo señalar que, de forma complementaria al sistema de responsabilidad individual objeto de este trabajo, debería existir siempre un modelo de responsabilidad estructural que neutralice las posibles deficiencias que genera la actuación en el marco de una organización. Es por ello que hemos expuesto, brevemente, en este epígrafe el estado de la cuestión.

2.2. Soluciones en el marco del tipo objetivo

Según la definición de Pérez del Valle, “el análisis del tipo objetivo implica una decisión sobre la defraudación de las normas de comportamiento que derivan de un rol y, por tanto, supone la infracción de una norma definida por éste”.⁸⁴ En ese sentido, pues, la imputación objetiva analiza las esferas de organización del individuo para poder determinar qué es imputable a cada sujeto y de qué modo. Este punto es especialmente importante para el problema planteado en la primera parte del trabajo, puesto que para afrontar la *irresponsabilidad organizada*, el derecho penal opta por distribuir funciones y definir deberes.

2.2.1. La posición de garante

Al vivir en sociedad, partimos de la base de que existen ciertos deberes jurídicos esenciales para el bien común. Dichos deberes se configuran, en el derecho, como determinados status que adquiere un sujeto: “cuando este *estatus* consiste en la responsabilidad objetiva sobre un resultado (de lesión o de peligro) se habla en derecho penal de posiciones de *garante*, porque al garante corresponde, como responsable, su evitación”.⁸⁵

Günther Jakobs, al afrontar este problema, se dio cuenta de lo mismo: el hombre no puede ni debe ser considerado individualmente, sino como portador de un *rol* en el

⁸³ *Ibid.*, p. 9.

⁸⁴ PÉREZ DEL VALLE, C. *La imprudencia en el Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*. Barcelona: Atelier, 2012, p. 163.

⁸⁵ PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones de Derecho...*, *Op. Cit.*, p. 123.

marco de la sociedad⁸⁶. Por así decirlo, entonces, la posición de garante es la otra cara de la moneda derivada de la ostentación de un rol:

Así, en los delitos omisivos se denomina al portador del rol "garante", y solo responde penalmente en el marco de su "posición de garante", si bien en este marco siempre se produce su responsabilidad. Así, la imputación objetiva no es sino la constatación de quién es garante de qué. No todo atañe a las personas, pero al garante le atañe lo que resulte de la quiebra de su garantía.⁸⁷

La responsabilidad del garante, según Jakobs y su célebre distinción dogmática, puede ser de dos tipos: *responsabilidad en virtud de competencia institucional* (responsabilidad fundamentada en deberes especiales) y *responsabilidad en virtud de organización* (responsabilidad basada en deberes generales). La primera hace referencia a "quienes participan en las organizaciones constitutivas de la sociedad: el padre y la madre como garantes de los hijos, el Estado como garante de la seguridad, determinados médicos como garantes del sistema sanitario, etc."⁸⁸ De este tipo de instituciones surgen una serie de deberes especiales de cuidado independientes de la propia esfera de organización del sujeto (sin que la persona afectada haya participado en la creación del riesgo): los llamados deberes de solidaridad reforzados.⁸⁹

Así, el padre que asiste impasible al ahogamiento de su hijo, sin cumplir su deber de salvamento, es tan responsable como el tercero que ahoga al hijo con sus manos. Esta es la lógica de la competencia institucional, que se traduce en posiciones de garantía (el padre es garante del hijo en la medida en que es responsable de la evitación del resultado lesivo que constituye el ahogamiento), o lo que es lo mismo, en deberes de solidaridad reforzados.⁹⁰

⁸⁶ El alemán entiende la sociedad como una realidad compleja en la que los individuos y grupos interactúan constantemente: "En su planteamiento, la sociedad no puede ser entendida como un sistema que tiende básicamente a la protección de bienes jurídicos, porque la realidad demuestra que éstos están expuestos continuamente al peligro, por lo que su estructura más bien apunta a facilitar la interacción; es decir, el intercambio de bienes y servicios. La complejidad de los grupos, se reduce mediante la creación de roles, sea que, a cada persona se le señala un estatus en la vida de relación que le genera un conjunto de obligaciones y deberes. De esta forma, el hombre no es considerado individualmente, sino como portador de un rol. Según este rol, se establecen pautas de comportamiento para la administración de los riesgos, y si el ciudadano se comporta dentro de esos parámetros, no defrauda las expectativas sociales, aunque lesione o ponga en peligro bienes jurídicamente tutelados." ROJAS CHACÓN, J.A.; SÁNCHEZ ROMERO, C. *Curso de teoría del delito. Aspectos teóricos y prácticos*. San José: MPCR, s.a., p. 110.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en derecho penal*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1996, p. 101.

⁸⁹ "El vínculo de solidaridad conforma, por el contrario, una estructura de imputación de responsabilidad. Expresado de otro modo, la vulneración de deberes de solidaridad es un título de responsabilidad penal. Más aún, es el único (y todavía bastante inexplorado) título de atribución de responsabilidad penal distinto de la organización de la propia esfera jurídica de libertad." SILVA SÁNCHEZ, J.M. "Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los art. 195.3 y 195 del Código Penal". *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*. Madrid: Manuales de formación continuada 4 (CGPJ), 1999, p. 158.

⁹⁰ CIGÜELA SOLA, J. *Deberes de solidaridad y posición de garante: examen del problema de la legítima defensa*. Barcelona: Recercat, 2010, p. 41.

Por otro lado, en cambio, la responsabilidad en virtud de organización es una responsabilidad muchísimo más genérica que atañe a la libertad de organización de todos los ciudadanos:

Hablo de competencia por organización, lo que no quiere decir que esta competencia nada tenga que ver con una institución; ciertamente, la juridicidad también es una institución, solo que se trata de la institución más general posible en Derecho y, por ello, carece de una especificidad que merezca una mención especial en el marco de consideraciones intrajurídicas.⁹¹

Tradicionalmente, esta competencia de carácter organizativo se ha asociado con las posiciones de garante derivadas de injerencias.⁹²

La posición de garante, pues, es una herramienta que se presenta también como una posible solución para la atribución de responsabilidad individual en organizaciones complejas, especialmente dentro del ámbito empresarial. Dicha figura presupone una modalidad de comisión por omisión y es definida del siguiente modo por Demetrio Crespo:

Consiste en atribuir responsabilidad penal por omisión impropia a los órganos directivos, o en su caso, superiores jerárquicos en la organización empresarial, por la no evitación de hechos delictivos cometidos por sus empleados, cuando se hallaba en una situación en que hubiera podido y debido hacerlo.⁹³

Garante, por tanto, es aquél que se encuentra en la obligación jurídica de evitar la comisión de hechos delictivos por parte de sus subordinados. Sin embargo, dicha figura no puede aplicarse de forma arbitraria o aleatoria a quién ostenta una cierta responsabilidad en una organización, sino que debe ser justificada adecuadamente.⁹⁴

⁹¹ *Ibid.*, p. 147. Así, Sessano Goenaga (SESSANO GOENAGA, J.C. "Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional: Una aproximación a la distinción dogmática propuesta por Jakobs, a través del ejemplo de los delitos de incomparecencia y de falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación." *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2006, núm. 8, pp. 3-4.) apunta: "El status general configura por tanto la competencia por organización; a cada uno compete, en virtud de su status general, esto es, como señalagma de su derecho de organización, garantizar que, en el contacto con una organización ajena, la propia tenga una configuración que se mantenga dentro del riesgo permitido. Todo ordenamiento regulador de la existencia de personas, esto es, todo orden social, contiene como mínimo el deber que se impone a toda persona de no dañar a otra persona."

⁹² "El ejemplo más típico es el del atropello por parte del conductor de un tercero, momento a partir del cual se convierte en garante de evitación del resultado y tiene un deber reforzado respecto al que se predica del resto de personas que han presenciado el accidente, puesto que el peligro tiene su origen en su injerencia en la esfera de la víctima y es imputable a él (responsabilidad)." CIGÜELA SOLA, J. *Deberes de solidaridad y posición...*, Op. Cit., p. 41.

⁹³ DEMETRIO CRESPO, E. "Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados". SERRANO-PIEDecasas-DEMETRIO CRESPO (Dir.), *Cuestiones actuales del derecho penal económico*. Madrid: Colex, 2008. p. 3.

⁹⁴ En ese sentido, Demetrio Crespo (*Sobre la posición de garante...*, Op. Cit., p. 5.): "La posición de garante de los directivos de una empresa por los hechos penales cometidos por sus

Una crítica importante a la solución basada en la posición de garante es que, quién comete el hecho delictivo, generalmente un subordinado, es un sujeto plenamente responsable y, por tanto, se discute si puede existir la responsabilidad penal del garante por la conducta ilícita de un tercero.⁹⁵ La doctrina reconoce de manera unánime esa posibilidad en el caso de los padres sobre la conducta de sus hijos (sobre los que ostentan la patria potestad) o de los profesores sobre sus alumnos menores en horario escolar, pero no es tal el consenso en el caso de los jefes respecto de sus trabajadores. ¿Es incompatible la responsabilidad por los hechos propios con la posición de garante?⁹⁶ De ningún modo, y así lo consideran la mayoría de autores:

El principio de responsabilidad por el hecho propio no se contrapone con el deber del empresario de impedir que se cometan determinados hechos delictivos por los miembros de la empresa que hacen uso de fuentes de peligro que quedan bajo el poder de dominio del garante.⁹⁷

La aplicación de la posición de garantía presupone, para la doctrina, un cierto dominio del hecho por parte de quien la ostenta. Sin embargo, en este caso nos referimos a una concepción del dominio del hecho distinta a la de Roxin (“aparición como figura clave o central del suceso”), ya expuesta al principio de este trabajo⁹⁸. La concepción que se sigue es, más bien, la de Schünemann: el dominio del hecho entendido como «dominio sobre la causa del resultado». Precisamente, este dominio sobre la causa del resultado es el elemento de equiparación entre comisión activa y omisiva del delito⁹⁹. De esta concepción, autores como Gimbernat Ordeig han extraído varias tesis sobre el fundamento de la posición de garante como la llamada “*posición de garantía en virtud del deber de vigilancia sobre una fuente de peligro*”:

Solo existe un delito impropio de omisión cuando quien está obligado a vigilar un foco de peligro *preexistente* prescinde de adoptar medidas de precaución que, o bien habrían

empleados, no es ni puede ser una (obligación) de carácter general, ni puede derivar de la mera infracción de un deber de vigilancia.”

⁹⁵ Así, Gimbernat Ordeig: “Según el principio dominante en el Derecho penal de la propia responsabilidad de cada persona, en principio está excluido que una persona tenga que responder por el comportamiento antijurídico de un tercero”. GIMBERNAT ORDEIG, E. “Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa”. *ADPCP*. Vol. 54. (2001), p. 5.

⁹⁶ Novoa Zegers (NOVOA ZEGERS, J.P. “Responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa”. *Revista actualidad jurídica*. Vol. 18. 2008, p. 453) se plantea las mismas preguntas al abordar esta cuestión: “¿pueden ser responsables penalmente los titulares de los órganos de dirección de una empresa que no cometen activamente el delito?, ¿pueden tener responsabilidad por un mero “no hacer”?”

⁹⁷ DEMETRIO CRESPO, E. *Sobre la posición de garante...*, *Op. Cit.*, p. 12. Martínez-Buján (Derecho penal económico. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998, p. 201.) especifica en qué medida es compatible: “siempre y cuando pueda acreditarse que el órgano directivo u hombre de atrás se hallaba en el ejercicio de una concreta situación de competencia específica que le obligaba a controlar todos los factores de peligros derivados de la misma y, consecuentemente, a evitar la realización de delitos por sus subordinados en la cadena jerárquica de la empresa”.

⁹⁸ Vid. supra.

⁹⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal...*, *Op. Cit.*, p. 204.

mantenido al foco de peligro posteriormente causante de un resultado típico dentro del riesgo permitido, o lo habrían reconducido al mismo.¹⁰⁰

Schünemann, sin embargo, no entiende la causa del resultado simplemente como el dominio sobre la fuente de peligro, sino que amplía el abanico de justificaciones de la posición de garante:

Junto a la posición de garante sobre la base del dominio sobre las cosas y sobre actividades vinculadas a cosas peligrosas figura la responsabilidad como garante del superior por las acciones de sus subordinados que resulta -independientemente de la responsabilidad del propio subordinado- del dominio de los superiores sobre la base de la organización jerárquica de la empresa. Este dominio descansaría tanto en el poder de dar ordenes proporcionado por el derecho de dirección del patrono como también en el preponderante acopio de información del superior.¹⁰¹

Como se observa, esta figura es muy adecuada para los casos de delincuencia empresarial¹⁰². Pero, ¿en qué se concreta? ¿Cuáles son los deberes particulares que entraña? La bibliografía al respecto es inabarcable y, al no ser el objeto de este trabajo, simplemente señalaremos los postulados de los autores ya citados, empezando por Schünemann, que señala las implicaciones concretas para un administrador societario:

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.¹⁰³

No querríamos dar por finalizada la exposición sobre la posición de garantía sin detenernos, en este punto, en uno de los autores que más ha centrado su estudio en la misma. Se trata del profesor Silva Sánchez, para el cual la posición de garante:

Aparece como un compromiso de contención de riesgos determinados, para bienes jurídicos determinados, en donde son las reglas de atribución y distribución de

¹⁰⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E. *Omisión impropia...*, *Op. Cit.*, p. 12.

¹⁰¹ SCHÜNEMANN, B. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 102. Citado según GIMBERNAT ORDEIG, E. *Omisión impropia...*, *Op. Cit.*, p. 7.

¹⁰² Nos parece importante el siguiente apunte: “Esta posición de garante no implicaría en cualquier caso la obligación de evitar cualquier delito cometido en la empresa, sino solo los llamados <<delitos vinculados al establecimiento>>.” DEMETRIO CRESPO, E., *Sobre la posición de garante...*, *Op. Cit.*, p. 10.

¹⁰³ SCHÜNEMANN, B. *Responsabilidad penal en el marco...*, *Op. Cit.*, p. 30. Una concepción parecida, al derivar de la misma fundamentación, es la de Demetrio Crespo: “El contenido del deber de garantía del empresario respecto a los riesgos en el seno de la empresa se concreta en la adopción de medidas de seguridad complementarias, y en la adopción de medidas de salvamento. Las primeras tienen por objeto evitar que los focos de peligro eleven el nivel de riesgo inicial inherente a los mismos. Las segundas deben sustraer a las personas de la esfera de eficacia del riesgo cuando este ya se ha convertido en un peligro concreto e inminente para los bienes jurídicos.” DEMETRIO CRESPO, E. *Sobre la posición de garante...*, *Op. Cit.*, p. 21.

competencias las que delimitarán los concretos riesgos que deben controlarse, y las medidas cuya no-adopción fundamentará la presencia de un delito omisivo equivalente a la comisión.¹⁰⁴

El mismo autor, y en relación al problema de la creación de sesgos cognitivos en el conocimiento de quien forma parte de dinámicas de grupo¹⁰⁵, hace una aportación, a nuestro juicio, interesantísima sobre dónde se establece, de forma concreta (de ahí su importancia), la posición de garantía frente al común problema del conocimiento sesgado en las dinámicas de grupo:

El deber de neutralización de sesgos cognitivos parece integrar la posición organizativa originaria de cualquier agente (en otras palabras, la posición de garante por uno mismo); asimismo, dicho deber de neutralización podría integrarse en la posición de garantía de un tercero que tuviera deberes de control sobre los riesgos generados a través del agente que padece el sesgo. La cuestión puede ser, entonces, fundamentalmente la relativa a la posesión o no de la capacidad para su neutralización.¹⁰⁶

Así, para Silva, ese deber de neutralización de sesgos cristalizará en otros dos deberes: un *deber de evitar la automatización de la información* y otro *deber de actualización y revisión periódica de la información que se automatiza*.¹⁰⁷

La detallada exposición sobre la posición de garante en este trabajo se entiende, en gran medida, por la importancia que la misma está recibiendo en las últimas modificaciones legislativas en el ámbito penal a nivel europeo. En el caso español, la L.O. 1/2015, por la que se modifica el Código Penal, no deja dudas al incorporar el ya famoso artículo 31bis.¹⁰⁸ Dicha regulación fuerza, indiscutiblemente, a las

¹⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M. "Responsabilidad penal de las empresas". *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1995, p. 372.

¹⁰⁵ Vid. supra.

¹⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Fundamentos del derecho...*, Op. Cit., p. 261.

¹⁰⁷ *Ibid.*, pp. 264-265.

¹⁰⁸ Pese a su extensión, lo reproducimos como nota a pie de página por su importancia en el marco penal empresarial actual: "1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control

empresas a adoptar medidas de autorregulación, denominadas de forma genérica como planes de *compliance*.

Compliance significa, así, en buena medida, “autovigilancia”. Ello, aunque es obvio que los programas de cumplimiento no se circunscriben a la adopción de medidas de vigilancia (controles, determinación de flujos de información). También se integran medidas de formación.¹⁰⁹

Vista la claridad de la regulación española, algunos autores como el mismo Silva consideran que, de la falta de implantación de un plan de *compliance* en empresas que por sus características lo exijan, podría derivarse una infracción del deber de vigilancia. Esto se entiende porque existiría un deber de garantía respecto a la implantación del mismo.¹¹⁰ Dicho deber correspondería, en principio, a los órganos de administración de la sociedad, sin perjuicio de ser transferida a una figura de reciente creación que está cobrando notable importancia: el *compliance officer*.¹¹¹ La

o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.”

¹⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Fundamentos del derecho...*, Op. Cit., p. 237.

¹¹⁰ *Ibíd.*, pp. 238-239.

¹¹¹ Para una explicación extensa de la figura y sus implicaciones penales ver ROBLES PLANAS, R. “El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el Derecho penal”. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, Barcelona: Atelier, 2013. En el

función del mismo consistiría, básicamente, en gestionar los mecanismos establecidos en el plan de compliance y en transmitir la información recabada a sus superiores con el fin de corregir las deficiencias constatadas en el normal funcionamiento de la sociedad, que podrían generar peligros.

Por todo lo expuesto en este subepígrafe, puede entenderse porqué en el presente trabajo la solución de la posición de garantía no ha quedado incardinada en el marco de la autoría (prefiriendo su explicación en el tipo objetivo):

En los supuestos que contemplamos no será extraño que el empresario sea calificado de partícipe, porque la ejecución del hecho está en manos de un tercero que actúa de modo autorresponsable. Esto no quiere decir que no pueda ser calificado también a título de autor, pero esto dependerá de la importancia de su contribución al hecho en orden a la evitación del resultado.¹¹²

2.2.2. Principio de confianza

También dentro de esta clasificación del tipo objetivo¹¹³, encontramos un grupo de autores que proponen una solución al problema de la imputación en contextos de grupo desde el llamado *principio de confianza*. En un contexto en el que las personas interactúan entre ellas, dicho principio postula que una persona debe poder confiar en que las demás se comporten conforme al cuidado debido. Dicho de otro modo, un sujeto debe poder confiar en el cumplimiento, por parte del resto, de sus respectivas responsabilidades. En palabras de Piña Rochefort: “quien se comporta adecuadamente no tiene que contar con que su conducta produzca un resultado prohibido debido al comportamiento inadecuado de otro”.¹¹⁴ Para ejemplificarlo:

mismo sentido: GÓMEZ-ALLER, J. “Posición de garante del compliance officer por infracción del deber de control”: una aproximación tópica.” *El derecho penal económico en la era compliance*. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 165-190.

¹¹² DEMETRIO CRESPO, E. *Sobre la posición de garante...*, *Op. Cit.*, p. 23. En el mismo sentido, Robles Planas (*Garantes y cómplices. La intervención por omisión en los delitos especiales*. 1 a ed. Barcelona: Atelier, 2007, p. 71.) señala que la calificación, a título de autor o partícipe, dependerá de su importancia en la configuración del hecho.

¹¹³ La decisión de incardinar, en el presente trabajo, el estudio del principio de confianza en el marco del tipo objetivo responde al criterio siguiente: “*El principio de confianza, como principio general, se puede tener en cuenta como criterio interpretativo dentro de la teoría jurídica del delito cuando se trata de desvalorar jurídico-penalmente conductas interrelacionadas, entrelazadas o cuya peligrosidad depende del comportamiento de terceras personas. La ubicación de este principio será adecuada donde se analice la infracción del deber de cuidado al tratarse de un criterio de determinación de dicha infracción.[...] Para los que consideren que el deber objetivo de cuidado es un elemento del tipo objetivo el principio de confianza habrá de tenerse en cuenta en este ámbito doctrinal.*” VÉLEZ FERNANDEZ, G.F. *La imputación objetiva: Fundamento y consecuencias dogmáticas a partir de las concepciones funcionalistas de Roxin y Jakobs*. Friburgo: Universität de Fribourg, 2000, p. 9.

¹¹⁴ PIÑA ROCHEFORT, J.I. *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho Penal*. 1a ed. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2005, p. 379.

Solo la existencia de este principio permite que en el tráfico rodado los conductores confíen en que los otros partícipes del tráfico no violarán sus deberes de cuidado, que los médicos puedan confiar que el encargado del instrumental lo haya esterilizado adecuadamente, o que el ciudadano tome confiadamente zumo de naranja por la mañana confiando en que el zumo contenido en la caja comprada en el supermercado no contiene ningún ingrediente pernicioso para la salud.¹¹⁵

¿Por qué es relevante este principio para nuestra investigación? Básicamente, nos interesa porque puede ser aplicado para limitar las exigencias de cuidado en cualquier caso en que acciones peligrosas se realicen mediante la división del trabajo, lo cual es bastante común en organizaciones complejas de todo tipo, especialmente en empresas. “Este tipo de divisiones de trabajo serían imposibles si cada uno tuviera que controlar absolutamente a todos los que cooperan con él”.¹¹⁶ El principio de confianza, por tanto, permite la división del trabajo mediante un reparto de la responsabilidad. De hecho, e hilando con el objeto último de este trabajo, “el papel que el principio de confianza puede tener como criterio de imputación, radica principalmente en que constituye un límite normativo de la responsabilidad penal”.¹¹⁷ Además, según la concepción de Piña Rochefort, la vigencia del principio es la misma tanto en los casos de diferenciación jerárquica como en los de diferenciación funcional (en su terminología: división vertical y división horizontal del trabajo).¹¹⁸

La vertiente del principio de confianza que genera más controversia y nos interesa más en nuestro estudio es aquella en que un individuo confía en “que una determinada situación existente haya sido preparada de modo correcto por parte de un tercero, de manera que quien haga uso de ella, el potencial autor, si cumple con sus deberes, no ocasiona daño alguno”.¹¹⁹ Es el caso, ya mencionado, del médico que puede confiar en que el encargado del instrumental lo haya esterilizado adecuadamente. Es por este motivo que nos parece decisiva la diferenciación iniciada por Piña Rochefort entre *confianza dirigida a un rol* y *confianza dirigida al individuo que debe desempeñarlo*. La primera hace referencia a que no existe obligación, tal y como ya se ha mencionado, de tener en cuenta el comportamiento inadecuado de los demás, en el incumplimiento del rol propio. La segunda, en cambio, es la que genera los verdaderos problemas, puesto que pone el foco en los mismos individuos que deben desempeñar los roles.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 381.

¹¹⁶ ROJAS CHACÓN, J.A; SÁNCHEZ ROMERO, C. *Curso de teoría del delito...*, *Op. Cit.*, p. 281.

¹¹⁷ VÉLEZ FERNANDEZ, G.F. *La imputación objetiva: Fundamento...*, *Op. Cit.*, p. 9. En el mismo sentido, Jakobs: “La idea de responsabilidad quedaría destruida si los demás fuesen concebidos de modo exclusivamente cognitivo y no, también, como sujetos responsables”. JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, *Op. Cit.*, p.105.

¹¹⁸ PIÑA ROCHEFORT, J.I. *Rol social...*, *Op. Cit.*, p. 388.

¹¹⁹ JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, *Op. Cit.*, p.106.

La distinción puede ejemplificarse fácilmente: que el médico pueda confiar en las enfermeras en el curso de una intervención quirúrgica no implica que también deba hacerlo cuando la enfermera se encuentra visiblemente exhausta después de un turno de continuo de treinta y seis horas, o que un conductor pueda confiar en que el resto de los partícipes del tráfico no vulnerarán el cuidado debido, no implica que deba confiar en que el borracho que se ha caído al cruzar la calle se pondrá en pie antes de que lo embistan.¹²⁰

Esta distinción implica inmediatamente el nacimiento de ciertas preguntas: ¿cuál es, entonces, el límite? ¿en qué casos ya no puede confiarse en los demás individuos? ¿Cuándo no se puede confiar en la actuación responsable del otro? Este es, sin duda, el punto más conflictivo, en el que la doctrina no consigue llegar a un criterio uniforme.

El límite que parece más evidente, a ojos de la doctrina, es el de la conducta propia, el del cumplimiento de los deberes propios. En palabras de Cervini: “aquél que se comporta infringiendo su propio deber de cuidado no puede ampararse en el principio de confianza y, por tanto, no puede confiar en el comportamiento adecuado de los demás”.¹²¹

Algunos autores postulan que existe un límite al principio de confianza cuando se está frente a “inimputables o personas imputables que muestren incapacidad para llevar a cabo la diligencia debida”.¹²² Sin embargo, autores como Piña Rochefort, que llevan la teoría de los roles hasta el extremo, no consideran dicho supuesto como limitación.¹²³

Por último, el límite al principio de confianza más discutido por la doctrina y el que más afecta al problema que abordamos es la existencia de datos o conocimientos objetivos que evidencien el comportamiento antijurídico de otra persona¹²⁴. Cuando existen motivos para sospechar que alguien se comportará de un modo antijurídico, ¿tiene que dejarse de confiar? Analicemos las distintas posturas desde dos ejemplos prácticos:

Caso 1. Un ingeniero alquila un automóvil y descubre, gracias a sus especiales conocimientos técnicos, que los frenos van a fallar en breve. A pesar de ello, devuelve el vehículo al arrendador. ¿Sería responsable del accidente que sufre el siguiente cliente que alquila el coche?

Caso 2. Un estudiante de biología gana algún dinero por las tardes como camarero y, cuando se le encarga servir una ensalada exótica, descubre en ella una fruta de la que

¹²⁰ PIÑA ROCHEFORT, J.I. *Rol social...*, Op. Cit., p. 381.

¹²¹ CERVINI, R. *Aspectos de la imputación...*, Op. Cit., p. 7.

¹²² TISNADO SOLÍS, L.A. “En busca de los presupuestos normativos de la imputación objetiva.” *Revista pensamiento penal*. Vol. 11 (2006), p. 26.

¹²³ PIÑA ROCHEFORT, J.I. *Rol social...*, Op. Cit., p. 382.

¹²⁴ TISNADO SOLÍS, L.A. *En busca de los presupuestos...*, Op. Cit., p. 25.

sabe por sus estudios que es venenosa.¹²⁵ ¿Sería responsable si de todos modos sirviera la ensalada?¹²⁶

En estos ejemplos salen a la luz, por entero, las consecuencias últimas de la teoría de los roles. Así, para Jakobs, creador del ejemplo del camarero, éste no ha quebrantado el rol en el que se mueve y, en consecuencia, su comportamiento no ha sobrepasado el nivel de riesgo permitido. Debería descartarse, pues, su responsabilidad en términos de homicidio, sin perjuicio la existencia de una omisión de socorro.¹²⁷ En la misma línea y, haciendo referencia expresa al principio de confianza, Piña Rochefort parte de que lo importante no es si el sujeto sabe o sospecha que el otro individuo se comportará antijurídicamente (en este caso si la empresa verterá aguas contaminantes o si alguien envenenará la comida), “sino de si está obligado a saberlo y si está obligado a utilizar dicho conocimiento”¹²⁸, pues solo ahí se quebrará el principio de confianza y nacerá su responsabilidad. Dicho de otro modo, no es el simple conocimiento lo que marca el límite del principio de confianza sino la existencia de un deber de vigilancia, de una posición de garantía. Según estos postulados, si en la empresa química es otro empleado quien tiene la tarea de controlar la peligrosidad de los vertidos, el encargado de la esclusa no responderá aun sabiendo que son contaminantes. En ese sentido, “solo la existencia de una posición de garante puede fundamentar la obligación de incorporar en la relación todos los conocimientos de los que se disponga, sin considerar la fuente de dichos conocimientos”.¹²⁹

A nivel doctrinal, en este tipo de casos, esta postura es ampliamente aceptada y casi no se discute. La existencia de un rol es, pues, lo que determina el nacimiento de una posición de garante y, por tanto, la existencia de cualquier responsabilidad. Por tanto, en términos generales, podemos afirmar que se puede confiar que se efectuarán las prestaciones del rol.

2.2.3. Conductas neutrales

Señalada la indiscutibilidad de la teoría de los roles, debe ponerse en tela de juicio su aplicación de forma absoluta, especialmente en lo referente al problema de la

¹²⁵ JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, Op. Cit., p.137.

¹²⁶ Ambos ejemplos, ya célebres, están extraídos de JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, Op. Cit., p.137.

¹²⁷ *Ibidem*. La argumentación que utiliza el alemán es la siguiente: “los conocimientos especiales constituyen algo que no hay obligación de adquirir o mantener, se trata de pura subjetividad y nada más. [...] Son conocimientos especiales de los que el autor no tiene obligación de hacer uso porque no forman parte de su rol.” *Ibid.*, p. 138.

¹²⁸ PIÑA ROCHEFORT, J.I. *Rol social...*, Op. Cit., p. 384.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 385.

conducta en organizaciones. Si quien procede conforme a su rol está exento de cualquier responsabilidad, Eichmann no estaría cometiendo ningún ilícito. Del mismo modo sucedería con el banquero que transfiere un dinero al extranjero por orden del cliente sabiendo que el objetivo es defraudar impuestos. La absolutización de la teoría de los roles estaría justificando la “Good Nazi defense”, ya citada *supra*. “Yo solo hacía mi trabajo” o “yo solo cumplía órdenes” se convertirían, entonces, en justificaciones válidas, lo cual es, a todas luces, una barbaridad. Pasemos, pues, a analizar las conductas como la de Eichmann o el banquero para determinar cuando se quebrantaría su rol y, por tanto, nacería su responsabilidad.

Si nos fijamos, ambas conductas reúnen las siguientes características: se realizan de manera adecuada a un rol y existe un conocimiento (cierto o probable) sobre la idoneidad de su acción para producir, directa o indirectamente, un resultado delictivo. Ambas características son, según Robles Planas¹³⁰, los rasgos básicos de las llamadas *conductas neutrales*, una de las cuestiones más candentes en la dogmática penal reciente.

Las conductas neutrales son aquellas que, si bien no son inequívocamente delictivas, acaban favoreciendo la comisión de un delito. Es decir, se trata de comportamientos que, conformes en sí mismos al ordenamiento jurídico (lícitos, inocuos e intercambiables), son aprovechados por terceras personas – autorresponsables – para llevar adelante un ilícito penal.¹³¹

El abanico de casos que abarca esta terminología es variadísimo: desde el taxista que transporta a un cliente sabiendo que éste se dirige a cometer un asesinato hasta el abogado que asesora fiscalmente a un cliente y crea para éste estructuras societarias que finalmente son utilizadas para el blanqueo de capitales.¹³² Según Gramática Bosch, “en este tipo de comportamientos se genera una delgada línea roja entre lo que sería una conducta socialmente adecuada (impune) y lo que podría configurar una participación delictiva (punible)”.¹³³

Para encontrar una solución de punibilidad a estas conductas, la doctrina está dividida en dos grandes grupos de autores: los que buscan una solución al problema desde el ámbito de lo *subjetivo* y los que lo hacen desde lo *objetivo*. El primer grupo está encabezado por Claus Roxin, para quién el criterio para determinar la peligrosidad de las conductas neutrales es “si el cooperador tiene o no un conocimiento seguro de que su favorecimiento va a servir para la realización

¹³⁰ ROBLES PLANAS, R. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Madrid: 2003, p. 33.

¹³¹ GRAMÁTICA BOSCH, G. *Conductas neutrales: estado de la cuestión*. CIIDPE: 2009, p. 2.

¹³² Sobre los problemas en asesoramiento y abogacía vid. SÁNCHEZ-VERA, J. "Blanqueo de capitales y abogacía". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2008, núm. 1, pp. 502-542.

¹³³ GRAMÁTICA BOSCH, G. *Conductas neutrales...*, *Op. Cit.*, p. 2.

delictiva del autor”.¹³⁴ Así, para el alemán y sus seguidores, debe tomarse en consideración el criterio del conocimiento del partícipe respecto del plan delictivo del autor dentro del juicio de imputación objetiva.¹³⁵

Dichas afirmaciones han sido criticadas por una gran parte de la doctrina, especialmente por aquellos que consideran que el plano subjetivo (el de los conocimientos) nada tiene que decir a este problema.

Este problema nace a raíz de la obra de Jakobs, el cual postula que “la valoración sobre la adecuación social de las conductas debe realizarse no desde lo que sabe o quiere el sujeto, sino desde lo que su posición social (rol) le obliga a saber”.¹³⁶ Así, para el autor alemán y sus seguidores “no es aceptable formar la base del juicio de adecuación incluyendo aquello que, por sus conocimientos especiales o el propio azar, no tenía deber de saber, pues supondría romper el sentido y función limitadora del juicio de imputación objetiva”¹³⁷.

Entre los seguidores de esta corriente en nuestro país señalamos las aportaciones de Javier Sánchez-Vera. Para estos autores lo definitorio es el rol y nada más, al navegar cualquier otra concepción en el plano de lo psicológico. Así, para los que postulan una solución desde el ámbito de la imputación objetiva:

Un comportamiento cotidiano no es punible como participación aunque suponga una contribución fáctica (que no normativa) a la realización de un determinado delito, cuando pueda mantenerse que dicho comportamiento queda plenamente cubierto por el rol social lícito en el que se interactúa, es decir, que supone un simple acto neutral ínsito en dicho rol. El analista penal no entrará ni tan siquiera a valorar si quien así se comporta tuvo “conocimiento” de estar interviniendo instrumentalizado en un ilícito ajeno, o si dicho “conocimiento” no se tuvo pero debería haberse adquirido –con una mínima diligencia–, etc.¹³⁸

De este modo, para Jakobs, siguiendo el ejemplo antes enunciado, “el taxista no responde del delito que cometa su cliente [...] aunque éste se lo haya anunciado

¹³⁴ ROXIN, C. “Was ist Beihilfe?”. KUHNE, H.H. (HRSG.) *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, p. 501. Citado según MIRÓ LLINARES, F. “Intervención en actividades económicas ilícitas y conductas ¿neutrales?”. *ADPE*. Vol. 1 (2011), pp. 78-79.

¹³⁵ En ese sentido, tal y como ya se ha explicado *supra*: “ROXIN admitió pronto la necesidad de hacer depender la realización del tipo objetivo de factores subjetivos y hoy es mayoritaria la integración del conocimiento del autor en el estándar de valoración objetiva de la conducta, realizada por medio de los denominados conocimientos especiales.” MIRÓ LLINARES, F. *Intervención en actividades económicas...*, *Op. Cit.*, p. 84.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 80.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ SÁNCHEZ-VERA, J. *Blanqueo de capitales y abogacía...*, *Op. Cit.*, p. 26.

durante el trayecto. Nadie responde del cumplimiento puntual de sus obligaciones contractuales”.¹³⁹

Sin embargo, el mismo Jakobs se da cuenta de que hay grupos de casos en los que esta argumentación parece no servir y de ahí nace la verdadera genialidad de su teoría, señalando los criterios que configuran la participación. El primero de estos grupos de casos lo ejemplifica con el vendedor de armas que requieren licencia o quien suministra materiales radiactivos a sujetos no autorizados. En ese momento, “el partícipe ha organizado la situación de tal modo que las consecuencias delictivas forman parte del sentido de su organización”.¹⁴⁰ En un segundo grupo de casos, Jakobs muestra varios casos entre los que destacamos uno: el vendedor de una jardinería delante de la cual se está produciendo una pelea se decide a vender una pala a dos sujetos que entran con la cara ensangrentada. En este caso, la acción inocua (vender una pala) se ve influida por el contexto delictivo: “puede que un contexto marcadamente delictivo repercuta en un comportamiento que de por sí está estereotipado como adecuado en la sociedad”.¹⁴¹ De hecho, el alemán llega a referirse en alguna obra a los “contextos caóticos”, aquellos dónde los roles no desempeñan su función aseguradora de forma efectiva y, por tanto, ya no pueden regir las reglas de imputación basadas en éstos.¹⁴²

Por tanto, para Jakobs, un comportamiento estereotipado como correcto o neutro puede dejar de serlo *según el sentido de la organización del sujeto* y por influencia de un *contexto marcadamente delictivo*. Esta posición nos resulta sumamente interesante y ha sido señalada por nuestro Tribunal Supremo en diversas ocasiones como el criterio a tener en cuenta. El ejemplo más paradigmático es la STS 34/2007 de 1 de febrero referente a un blanqueo de capitales en una compraventa. En la sentencia el Tribunal afirma que “es necesario comprobar que la acción de colaboración tenga un sentido objetivamente delictivo y que ello sea conocido por el que realiza una acción que, en principio, es socialmente adecuada”.¹⁴³

¹³⁹ JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, Op. Cit., pp. 157-158. Del mismo modo, postula Sánchez-Vera (*Blanqueo de capitales y abogacía...*, Op. Cit., p. 29.): “el dueño de un hotel que aloja en su establecimiento a alguien de quien se sospecha pueda ser narcotraficante, no lleva a cabo delito alguno, a pesar de que con el pago de la factura por hospedaje el presunto delincuente está introduciendo ganancias ilícitas en el mercado lícito. Y ello, porque el sujeto no estará sino comportándose dentro de su rol de hostelero.”

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 161. En otras palabras: “el partícipe específicamente configura su prestación de tal modo que encaje dentro del contexto delictivo de comportamiento.”

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 164.

¹⁴² JAKOBS, G. “Beteiligung.” DÖLLING, D. (HRSG.) *Jus Humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrechts. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*. Duncker & Humblot, Berlin, 2003, p. 566.

¹⁴³ Cfr. STS 185/2005; STS 797/2006; 928/2006.

Por último, visto que el conocimiento no es el criterio para la fijación de la participación punible, querríamos señalar un apunte de Miró Llinares sobre qué papel debe jugar, entonces, el conocimiento en las conductas neutrales:

Lo que sí es el conocimiento, es el presupuesto del que debe partir la valoración como injusto doloso del comportamiento del partícipe: sólo lo que se sabe puede ser valorado, nunca (en la imputación ordinaria) lo que no se sabe pero se debería haber sabido. Lo que se sabe, pues, no cambia la valoración, la preestablece: fija las condiciones personales que deben ser comparadas con la prescripción normativa que en el caso de la participación, exige a una persona que, sabiendo que su comportamiento va a tener como único sentido el integrarse en el injusto al favorecer la realización del autor, no lo realice.¹⁴⁴

El papel del conocimiento debe pasar a ser, entonces, una premisa para la posterior imputación.

2.3. Soluciones en el marco del tipo subjetivo

Según Pérez del Valle, “la función del tipo subjetivo es la dotación de un contenido concreto a la idea de personalización en la infracción de la norma”.¹⁴⁵ En ese sentido, en este apartado se trata de afrontar los problemas que la pertenencia a una organización genera en la *evitabilidad* personal del injusto. Así, “el tipo subjetivo ha de contemplar hasta que punto la infracción de la norma era evitable por el sujeto al que se trata de imputar el comportamiento”.¹⁴⁶

2.3.1. La prueba del conocimiento

Uno de los principales problemas que presentan los delitos cometidos en el seno de una organización, especialmente los llamados delitos económicos, es que su tipicidad subjetiva solo admite la modalidad dolosa: “con carácter general, los delitos socioeconómicos aparecen tipificados solo en su forma dolosa, siendo la excepción la comisión imprudente”.¹⁴⁷ La tradicional concepción del dolo tomaba como requisitos para el mismo el conocimiento y la voluntad. Con el paso del tiempo, esa definición ha sido abandonada y, a día de hoy, encontramos que, para la mayoría de autores, “el dolo se concibe solo como conciencia de la realización de un comportamiento típico objetivo. Por expresarlo de forma simple pero contundente, el

¹⁴⁴ MIRÓ LLINARES, F. *Intervención en actividades económicas...*, Op. Cit., p. 93.

¹⁴⁵ PÉREZ DEL VALLE, C. *La imprudencia en el Derecho...*, Op. Cit., p. 191.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ GÓMEZ INIESTA, D. “La parte general del derecho penal económico.” *Publicaciones del portal iberoamericano de las ciencias penales (UCLM)*. Castilla-La Mancha: 2002, p. 23.

dolo ya no es conocimiento y voluntad, sino únicamente conocimiento”.¹⁴⁸ Dicha concepción del dolo como conocimiento genera grandes dificultades en su aplicación al derecho penal moderno, al menos en referencia al aspecto probatorio: ¿cómo se prueba, entonces, que Eichmann *conocía* lo que estaba sucediendo en los campos de concentración como consecuencia de sus tareas de transportes? Para Pérez del Valle, en cambio y frente a la concepción tradicional, por dolo se entiende “la inevitabilidad de quien, desde un punto de vista personal y ante la obviedad del riesgo concreto de realización del tipo, no tendría obstáculo alguno para orientar su conducta en una forma no peligrosa”.¹⁴⁹ Parece que esta visión del dolo es bastante más plausible. Sin embargo, si se examina con cierto detenimiento, el problema que vuelve a surgir es el mismo: ¿cómo se puede alcanzar certeza sobre el grado de conocimiento de la obviedad del riesgo por parte del encargado de la esclusa sobre los contaminantes que eran los vertidos tóxicos? El mismo problema nos encontramos en casos ya planteados al inicio de este trabajo como el de la sociedad americana Enron. Ciertamente es muy difícil abordar esta cuestión, pues entramos de lleno en el plano de lo psicológico, terreno siempre pantanoso en términos probatorios.

La demostración en el proceso penal del conocimiento o las representaciones de un acusado en el momento de realizar la conducta delictiva entra dentro de lo que jueces y tribunales suelen denominar la prueba de hechos subjetivos o psicológicos. Según se afirma, la constatación de estos hechos resulta especialmente compleja, pues, a diferencia de lo que sucede con la prueba de otros elementos fácticos, el conocimiento ajeno es un dato que se sitúa más allá de la percepción sensorial y, por tanto, para su descubrimiento bien poca cosa pueden aportar los medios probatorios más habituales, como la prueba testifical.¹⁵⁰

Esta es precisamente la problemática que nos encontramos en gran parte de la casuística, dónde los tradicionales medios probatorios como la prueba testifical e, incluso, la prueba pericial se demuestran insuficientes para alcanzar certeza en el ámbito de lo volitivo y lo cognitivo.¹⁵¹

2.3.2. Heurísticos y sesgos cognitivos

Además, como se vio ya en la primera parte de este trabajo, al problema de la prueba del conocimiento se le añaden las desviaciones provocadas por los

¹⁴⁸ RAGUÉS VALLÉS, R. “Consideraciones sobre la prueba del dolo”. *Revista de Estudios de la Justicia*. Vol. 4. (2004), p. 13.

¹⁴⁹ PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones de Derecho...*, Op. Cit., p. 140.

¹⁵⁰ RAGUÉS VALLÉS, R. *Consideraciones sobre la prueba...*, Op. Cit., p. 17.

¹⁵¹ Al respecto, sobre los problemas que se generan en la jurisprudencia española, cfr. LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y conocimiento*. Barcelona: Tirant lo blanch, 1999. pp. 152 y ss.

heurísticos y sesgos cognitivos que introduce en el sujeto la pertenencia a una organización. Esto se ve especialmente acentuado en las dinámicas empresariales. Según expone uno de los estudios sobre sesgos cognitivos más completos en la actualidad, “los heurísticos y sesgos cognitivos estarían en el origen de los procesos de simplificación cognitiva en la adopción de decisiones estratégicas”.¹⁵² Estos mecanismos mentales tan connaturales al hombre “pueden ocasionar efectos devastadores ante la ausencia de medidas de previsión frente a los riesgos”.¹⁵³ La posibilidad de alcanzar una certeza sobre el grado de conocimiento del riesgo por parte del encargado de residuos en la empresa química es aún menor sabiendo que los sesgos grupales pueden distorsionar completamente su percepción del riesgo de contaminación en el vertido.¹⁵⁴ Existen diferentes efectos de estos sesgos, pero es unánime que la actuación individual queda afectada (si no sometida) por los que derivan de las dinámicas de grupo.

Se da una pluralidad de elementos que determinan que el sentido de responsabilidad, así como los frenos inhibitorios o la representación de las normas experimenten una disminución que eventualmente podría llevar hasta su desaparición. A este conjunto de factores de neutralización es a lo que Schünemann se ha referido con la expresión “actitud criminógena de grupo” (kriminogene Verbandsattitüde).¹⁵⁵

Sintéticamente, podríamos señalar que los elementos a los que se refiere Silva Sánchez son una cierta dejación de la responsabilidad (derivada del sesgo de obediencia a la autoridad), una disminución inhibitoria de la actuación (al pensar el empleado que actúa por el bien de la empresa) y, sobre todo, la creación de un sistema de normas propias del grupo que colisionan con las normas penales, haciendo que el sujeto se forme un código sintético propio.¹⁵⁶

Además, consideramos que el problema del sesgo cognitivo podría derivar de forma directa, en algunos casos, de una discordancia entre la posición del sujeto en una organización y su rol en la misma. Un ejemplo de esta discordancia podría ser la cuestionada figura del testafarro, que ha levantado grandes polémicas en el último tiempo en nuestro país. El testafarro es, según la definición del DRAE, una persona

¹⁵² URRÁ URBIETA, J.A.; MEDINA LORZA, A; ACOSTA NARANJO, A. “Heurísticos y sesgos cognitivos en la dirección de empresas: un meta-análisis”. *Revista Venezolana de Gerencia*. Vol. 16. (2011), núm. 55, p. 397.

¹⁵³ *Ibidem*. En la misma obra (*Ibid.*, p. 404.), se explica el alcance de dichos efectos: “Entre estos efectos destaca la alteración de la percepción del riesgo inherente a las situaciones de decisión, siendo esta percepción el factor principal con efectos directos sobre la elección final (decisión adoptada).”

¹⁵⁴ Así, Silva Sánchez (*Fundamentos del derecho...*, *Op. Cit.*, p. 278.): “Tales dinámicas (grupales) podrían tener influencia en la dimensión cognitiva del actuar humano: [...] se trataría de la posible disminución de la capacidad de aprehender no ya la dimensión empírica del propio actuar, sino su significado social y normativo.”

¹⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La actuación en una empresa...*, *Op. Cit.*, p. 1.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 2.

que presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona. Esta figura se utiliza, a menudo, para asumir participaciones de sociedades mercantiles cuando quien tiene el dominio real de una compañía o un patrimonio no está interesado en aparecer de forma pública como su socio, administrador o gestor¹⁵⁷. Así, el testaferro adquiere un rol amplio y de tipo directivo pero, en la medida en que, en la práctica, es un “hombre de paja” (la mayor parte de las veces sin conocimiento empresarial alguno y sin funciones reales) probablemente tenga sesgos cognitivos (no entender las cuentas de la empresa que está dirigiendo, etc.)¹⁵⁸. Esta es la problemática que se ha suscitado en España con polémicas mediáticas como el “caso Maquillaje”¹⁵⁹ o el caso de la familia Pujol, dónde se llegó a usar como testaferro a una persona que había fallecido.¹⁶⁰ Tanto el testaferro como la persona cuya única tarea es trasladar vertidos tienen un rol muy específico, lo que se traduce en el padecimiento de sesgos cognitivos: el testaferro no sabe qué tipo de negocios ilícitos está llevando a cabo la sociedad de la que es gestor¹⁶¹ y el empleado de la empresa química desconoce la toxicidad de los vertidos. Según la teoría de los roles, este sesgo dificultaría la imputación objetiva. Sin embargo, el problema es el mismo que en la imputación objetiva: ¿y si la mujer del encargado de trasladar los vertidos fuera bióloga y le explicara cuando un vertido es contaminante por su color y al día siguiente se da cuenta de que lo que está vertiendo es contaminante? ¿Sería igualmente válida su conducta? Según Jakobs ese cambio no influiría de ningún modo en la licitud de la conducta puesto que, al final, lo decisivo es si esos conocimientos forman parte del rol.

¹⁵⁷ Para profundizar en el uso fraudulento de la figura del testaferro Vid. RAGUÉS VALLÉS, R. “La responsabilidad penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2008, núm. 3.; SÁINZ, J. “Así es el nuevo testaferro provisional”. *El Español*. [Madrid] (9 mayo 2016).

¹⁵⁸ Debe señalarse, en este punto de la exposición, que los problemas de sesgos no se reducen al ámbito de lo cognitivo sino que también exista la esfera volitiva. Pese a que éstos no tienen espacio en nuestra investigación, deben señalarse por su importancia.

¹⁵⁹ Sentencia 68/2012 de la Sección Penal Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

¹⁶⁰ NAVARRO, M.; TARÍN, S. “El testaferro está muerto”. *La Vanguardia*. [Barcelona] (30 octubre 2015).

¹⁶¹ Al respecto, apunta Ragués (*La responsabilidad penal del testaferro...*, *Op. Cit.*, p. 9.): “No resulta ni mucho menos inverosímil que un individuo que suele colaborar con un gabinete jurídico-empresarial prestándose a adquirir formalmente la condición de socio y a administrar en apariencia decenas de sociedades empleadas en operaciones de dudosa legalidad, que habitualmente guardan relación con defraudaciones fiscales o insolvencias punibles, alegue de forma creíble ante un juez no haberse representado que una compañía, de entre las decenas de sociedades, haya sido empleada por sus administradores de hecho en una operación vinculada con el tráfico de armas. Una alegación que será más creíble aun si queda acreditado que toda la intervención del sujeto se limitó a cumplimentar los trámites necesarios para adquirir las participaciones y aceptar el cargo, sin llegar a conocer siquiera, como a menudo sucede en la práctica, a los gestores reales de la mercantil.”

2.3.3. La relación entre imprudencia y error en derecho penal económico

Como hemos expuesto al principio de este apartado, la mayoría de los delitos de derecho penal económico solo prevén tipos dolosos. No se especifican, como norma general, tipos imprudentes. Es importante para la exposición señalar, sintéticamente, un concepto de imprudencia: “la conducta imprudente revela el desprecio por las normas jurídicas de quien hubiera evitado el comportamiento típico al tener una representación concreta del riesgo que entraña”.¹⁶²

Por otro lado, como hemos visto detalladamente, la influencia de los sesgos cognitivos en el ámbito económico-empresarial es de especial gravedad. La ausencia de tipo imprudente en estos delitos convierte en críticos los efectos del problema de los sesgos cognitivos. El padecimiento de sesgos cognitivos por parte de un sujeto, y la consiguiente distorsión cognitiva que éstos implican, conduce a plantear la no aplicación del dolo, puesto que no existe, en muchos casos, la condición sine qua non del mismo: la percepción del riesgo de realización del tipo. Además, “analizando la práctica jurisprudencial, se comprueba como los tribunales se inclinan por una interpretación restrictiva del dolo”.¹⁶³ ¿Qué sucede, entonces, en aquellos casos dónde los sesgos han hecho mella en un sujeto hasta el punto de no poder éste representarse correctamente el riesgo? La doctrina ha discutido ampliamente la posible aplicación del concepto de error en derecho penal económico, sea de prohibición o de tipo¹⁶⁴. Recordemos que “obra en error de prohibición el sujeto que creyendo actuar lícitamente perjudica el bien jurídico tutelado”.¹⁶⁵ El sujeto, por tanto, no es consciente de la antijuricidad de sus actos. Dicha creencia equivocada de su actuar lícito puede provenir de la ignorancia de que su comportamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico (mujer que aborta en otro país pensando que ahí está permitido) o de la supuesta existencia de una causa de justificación que le ampare (el que actúa pensando que lo hace en legítima defensa). Por otro lado, el llamado error de tipo es un error sobre los elementos descriptivos o normativos del tipo. En otras palabras: el error de tipo

¹⁶² PÉREZ DEL VALLE, C. *La imprudencia en el Derecho...*, *Op. Cit.*, p. 193.

¹⁶³ GÓMEZ INIESTA, D. *La parte general del derecho...*, *Op. Cit.*, p. 23.

¹⁶⁴ No hay lugar en este trabajo para afrontar el debate entre las dos posturas más conocidas al respecto en esta cuestión: la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad. Para una amplia recensión del tema Vid. FAKHOURI GÓMEZ, Y. “Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad—Un modelo para afrontar la problemática del error en Derecho penal.” *Temas actuales de investigación en ciencias penales: Memorias I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales*. Universidad de Salamanca, 2011. pp. 59-85.

¹⁶⁵ ARMAZA GALDÓS, J. “El error de prohibición”. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 50 (1993), p. 2. Esta definición es fuertemente criticada por autores que siguen en este tema las tesis normativistas como por ejemplo Pérez del Valle (*Lecciones de Derecho...*, *Op. Cit.*, p. 202.), quién, sirviéndose de afirmaciones de Manso Porto afirma que: “conocimiento o desconocimiento (de la norma) no interesan como hechos psíquicos, sino como manifestaciones sobre el posicionamiento de la persona ante la norma.. Una interpretación puramente psicológica desconoce los límites del mismo derecho y proporciona una escasa seguridad en su aplicación práctica.”

recoge un desconocimiento, ignorancia o falta de apreciación de la realidad. Sería el caso, tan citado en este trabajo, de quién vierte un líquido en un río sin saber que es contaminante.

Vista esta diferenciación, señalamos dos cosas: la primera es que en derecho penal económico, la gran mayoría de los errores lo son de tipo, al representarse falsamente la realidad el sujeto por la influencia de sesgos y heurísticos, y no deben ser considerados como error de prohibición.¹⁶⁶ La segunda es que, al final, lo que resulta verdaderamente decisivo a efectos de culpabilidad (art. 14 CP) es si el error es vencible (superable) o invencible. Frente a eso, cabe hacer una aclaración importante:

En el ámbito del Derecho Penal económico el destinatario de las normas no es un ciudadano abstracto o lego, sino un operador o agente económico, que en un Estado social y democrático de Derecho no puede considerarse liberado de un especial deber de conocimiento y observación de las normas que regulan y tutelan el orden económico.¹⁶⁷

De este modo, el error será, por lo menos en la mayoría de los supuestos y dados los conocimientos de los sujetos a los que hacemos referencia, evitable.¹⁶⁸ Una vez determinado esto, ¿cómo regula el Código Penal español el error?

Artículo 14

1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.
2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.
3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

El error de tipo vencible (la situación más común en derecho penal económico por los problemas que presenta la representación del riesgo) conduce en la legislación española a la imprudencia. De hecho, parece la opción más razonable y adecuada al problema de los sesgos: “del mismo modo, la evitabilidad menos grave, propia del

¹⁶⁶ GÓMEZ INIESTA, D. *La parte general del derecho...*, Op. Cit., p. 24. No obstante eso, el mismo autor señala una excepción: “Solo en casos excepcionales podría admitirse un error de prohibición inevitable, por ejemplo, cuando se trata de nuevas áreas del derecho, introduciendo leyes administrativas que sancionan conductas hasta hace un tiempo consideradas como lícitas, al menos en la fase inicial de vigencia de los tipos administrativos o penales. Para el caso de los delitos económicos, el deber de informarse de los destinatarios de la prohibición (y con ello la evitabilidad) tendría que verificarse de manera diferenciada, según el autor sea empresa grande, significativa o pequeña.” (Ibid., p. 21.)

¹⁶⁷ ARROYO ZAPATERO, L. “El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea.” *Revista Penal*. Vol. 3 (1999), p. 9.

¹⁶⁸ GÓMEZ INIESTA, D. *La parte general del derecho...*, Op. Cit., p. 18.

tipo subjetivo imprudente, gira en torno al grupo de casos en que se imputa desconocimiento del riesgo y, por tanto, la denominada imprudencia inconsciente”.¹⁶⁹

El problema es que, dada la excepcionalidad de la tipificación imprudente en Derecho penal económico, si el error es considerado como error de tipo vencible, el hecho resultará impune y el sujeto deberá ser absuelto. Así lo pone de relieve Nieto Martín:

La tendencia imperante a convertir el error sobre los elementos normativo jurídicos, dentro del Derecho penal económico, en errores de tipo resulta un fracaso en casos de indiferencia o despreocupación ante el Derecho, pues aunque considere que el error es vencible, al carecer de tipo imprudente -como es normal en el derecho penal económico- no tiene otra salida que la impunidad o admitir la cuestionable “ceguera jurídica” como fundamento de la responsabilidad.¹⁷⁰

Frente a esta laguna de punibilidad, que constituye un claro vacío legal, la doctrina está dividida en cuanto a las posibles soluciones, siendo dos las corrientes mayoritarias: “una de dos, o se decide la creación de nuevos tipos imprudentes o hay que hacer el esfuerzo teórico de aplicar al error sobre los elementos normativos del tipo, las consecuencias que para el error de prohibición establece la teoría de la culpabilidad”.¹⁷¹ Tanto la solución de aplicación de las consecuencias del error de prohibición a estos casos como la creación de tipos imprudentes de recogida presentan numerosas críticas, entre las que subrayamos la del mismo Arroyo Zapatero: “la necesidad de hacer proliferar tipos imprudentes de recogida no resulta coherente con la política criminal de restricción de los tipos imprudentes que impera con acierto en el Derecho Penal patrimonial general”.¹⁷²

2.3.4. La imputación subjetiva como superposición de roles

Como ha quedado expuesto, la dificultad al trabajar en el plano psicológico es muy patente. Así, según afirma Pérez del Valle:

La traducción de cualquier delito culposo a términos psicológicos resulta prácticamente imposible. Pero, además, sería reduccionista una visión que quisiera asentar el sistema penal y, sobre todo, el principio de culpabilidad, sobre bases psicológicas, pues – y ésta sería la base de un fundamento psicológico – es incierto que la mera representación actual del riesgo implique necesariamente una motivación hacia el comportamiento correcto. En

¹⁶⁹ PÉREZ DEL VALLE, C. *La imprudencia en el Derecho...*, Op. Cit., p. 192.

¹⁷⁰ NIETO MARTÍN, A. *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*. Barcelona: Atelier, 1999, p. 181. Citado según GÓMEZ INIESTA, D. *La parte general del derecho...*, Op. Cit., p. 22.

¹⁷¹ ARROYO ZAPATERO, L. *El principio de culpabilidad...*, Op. Cit., p. 9.

¹⁷² *Ibidem*.

realidad, lo normativo no es solo el factor que sirve para probar la existencia del tipo subjetivo, porque lo normativo podría ser el contenido del tipo subjetivo mismo. Si se habla de tipo subjetivo como evitabilidad de la infracción de la norma de un sujeto culpable, no se depende de un concepto psicológico como el conocimiento y la voluntad: conocimiento o voluntad serían entonces, tipos de casos (topoi) de la evitabilidad más grave.¹⁷³

Una solución al problema que nos ocupa es la que propone Pérez del Valle desde la ya conocida teoría de los roles: ante la imposibilidad descrita, la imputación subjetiva debe explicarse en tanto que existe también una imputación objetiva, en relación con la misma. Para este autor, como para Jakobs, “la determinación de responsabilidad implica, como exigencia mínima, el *quebrantamiento del rol* de la persona”.¹⁷⁴ Caminamos, por tanto, hacia una *objetivación del tipo subjetivo*. Lo decisivo ya no será tanto centrarse en términos como el conocimiento, la voluntad o la intencionalidad sino atender a los roles propios del sujeto en cuestión. ¿Por qué es necesario, entonces un tipo subjetivo, si depende de una configuración de deberes a partir del rol social (el cual pertenece al ámbito del tipo objetivo)?

La respuesta a esta pregunta podría ser la siguiente: la <<persona>> no desempeña un solo rol en la sociedad – el denominado en ocasiones <<rol de la persona>> o <<rol del ciudadano>>, que constituye un rol básico que se asigna en la vida social – y esto es claro cuando resulta preciso definir otros roles específicos. [...] Pero la persona, en el sentido expuesto, no es simplemente el sujeto de un rol, sino de diversos roles que se corresponden con la diversidad de posiciones que el sujeto del rol ocupa. Y al hablar de persona necesariamente se alude a la individualización en tanto totalidad de los roles que le corresponden; por tanto, la imputación del comportamiento ha de ser individualizada, pues solo es posible la estabilización de las normas si éstas son motivo dominante del comportamiento de la persona.¹⁷⁵

Así, para este autor, “el análisis del tipo subjetivo implica una infracción personal, cuya comprobación implica una superposición de los diferentes roles o series de roles del sujeto, que lo configuran como persona en el derecho”.¹⁷⁶ La clave de la teoría del rol en Pérez del Valle está, a nuestro parecer, en esta última afirmación, cuando precisamente habla de persona en derecho. Para él, el rol (y su superposición) no es una cuestión ontológica sino social, no se refiere a los roles que una persona ha adquirido como ser (ontológicamente hablando) sino en términos de distribución de competencias. Es un asunto totalmente social, igual que para Jakobs o Piña Rochefort en el ámbito del tipo objetivo.

La infracción personal de la norma que revela el tipo subjetivo, en tanto imputación al sujeto, no es interna; es imputación en tanto atribución y es, por tanto, un juicio adscriptivo:

¹⁷³ PÉREZ DEL VALLE, C. *La imprudencia en el Derecho...*, Op. Cit., p. 192.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 161.

¹⁷⁵ *Ibid.*, pp. 162-163.

¹⁷⁶ *Ibidem.*

al sujeto se le atribuye un determinado tipo subjetivo en función del comportamiento tal como éste aparece en el proceso. Esta atribución implica, frente a la imputación objetiva, superposición de todos los roles del sujeto: mientras el tipo objetivo consiste en la comprobación de que con la conducta se ha infringido la norma y, por tanto, la infracción del deber en el rol – más o menos – específico que contempla la norma jurídica, el tipo subjetivo ha de constatar en qué medida existe una infracción personal y, por tanto, del sujeto en tanto persona en el derecho, lo que significa una superposición de todos sus roles. La determinación de la evitabilidad en que consiste el tipo subjetivo supone, por tanto, una verificación de acuerdo con la totalidad de los roles del sujeto que lo conforman como persona en el derecho.¹⁷⁷

De este modo, a nivel de tipo subjetivo, si aplicásemos la teoría de la superposición de roles al caso del camarero estudiante de biología propuesto por Jakobs, llegaríamos a la conclusión de que él simplemente ha cometido una omisión de socorro, no siendo responsable del envenenamiento. Su rol como estudiante de biología no alcanza a prevenir el envenenamiento, no le es exigible ese rol en esa circunstancia. En ese sentido, no existe una asunción jurídica del deber de garantía respecto a ese riesgo. Distinto sería, a nuestro parecer, si fuera un médico quien sirve un plato, pues la superposición de roles podría conllevar el nacimiento de un deber específico de evitación para con el envenenado.

La teoría de Pérez del Valle, pues, es una herramienta para afrontar el problema de la prueba del conocimiento y, en la práctica, se convierte en una extensión del tipo objetivo y la teoría de los roles en el ámbito del tipo subjetivo.

2.4. Soluciones en el marco de la culpabilidad

Al inicio de este trabajo, señalábamos que era necesario diferenciar entre la culpabilidad como principio (el cual se ha tenido en cuenta a lo largo del transcurrir de estas páginas) y la culpabilidad como categoría dogmática. En este apartado, pues, haremos referencia a la culpabilidad en este último sentido (categoría dogmática). En este apartado de la teoría del delito “se suele alojar sólo algunas de estas consecuencias del principio de culpabilidad”.¹⁷⁸

2.4.1. Imputabilidad

El primer aspecto al que nos referiremos en este apartado es la imputabilidad. Únicamente los sujetos con capacidad de ser culpables pueden ser sujetos de la pena.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 193.

¹⁷⁸ PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones de Derecho...*, Op. Cit., p. 221.

Si imputar un hecho implica atribuírselo a un sujeto que puede ser sancionado con una pena, solo cabe la imputación del delito a sujetos que pueden ser considerados responsables y, por tanto, capaces de imputación. La imputabilidad, como exigencia del delito, es un rasgo genuino y característico de la imputación penal, y constituye el vínculo real por el que puede ser atribuido un comportamiento de la persona que actúa como sujeto responsable.¹⁷⁹

Así, históricamente, se ha comprobado que existen sujetos cuyos comportamientos, por sus características personales, no podían ser culpables al no constituir un desprecio al bien común. De ahí nace la idea de imputabilidad. Según Mir Puig, la imputabilidad requiere dos elementos: “la capacidad de *comprender* lo injusto del hecho y la *capacidad de dirigir* la actuación conforme a dicho entendimiento.”¹⁸⁰

En los casos que afrontamos en el presente trabajo, parece que todos los sujetos implicados en una organización reúnen ambas capacidades y, por tanto, son plenamente imputables. El único supuesto que podría discutirse sería el de aquellos sujetos que pertenecen a organizaciones extremadamente cerradas y envolventes y que, por ese motivo, pierden progresivamente la capacidad de comprender lo injusto del hecho, al estar su conducta completamente sesgada. Es el caso de algunas sectas u organizaciones similares. Al ser casos tan particulares y no relacionados con el objeto de nuestra investigación, partimos de que no existen problemas de imputación como norma general.

2.4.2. Culpabilidad como determinación de la pena

Una vez se ha verificado que el sujeto es imputable, en un sentido estricto, de la conducta ilícita, debe procederse a la determinación o cuantificación de la pena. Es en ese momento cuando aparecen los posibles atenuantes y agravantes a aplicar. En palabras de Silva Sánchez: “La cuestión más importante es determinar si, cuando el sujeto no se encuentra ni en error de tipo o prohibición, ni en estado de necesidad, se podría fundamentar, al menos, una atenuación por disminución de la responsabilidad”.¹⁸¹ ¿Influye de algún modo, en la determinación de la pena, la pertenencia a una organización? Responderemos a esta pregunta desde dos perspectivas: la legislativa y la doctrinal.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 180. Un minucioso análisis respecto a la teoría de la imputabilidad lo encontramos en PÉREZ DEL VALLE, C. “Imputabilis y teoría de la imputación”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2015, núm. 2.

¹⁸⁰ MIR PUIG, S. “La imputabilidad en Derecho Penal.” *Jornadas sobre Psiquiatría forense*. Madrid: Centro de Publicaciones, 1994, p. 38.

¹⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La actuación en una empresa...*, *Op. Cit.*, p. 2.

En primer lugar, el Código Penal español regula los atenuantes y agravantes de la pena en los artículos 21 y 22 respectivamente. Si analizamos los supuestos que se recogen y comprobamos si son aplicables a las dinámicas de grupo, descubrimos lo siguiente Respecto a los atenuantes del artículo 21 CP¹⁸², parece que solo podría ser aplicable la circunstancia atenuante de “obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido obcecación”. Esta definición se corresponde, en nuestra opinión, con la situación expuesta más arriba respecto a los efectos de los sesgos cognitivos y otras dinámicas de grupo que producen en el sujeto distorsiones cognitivas.

La influencia de las dinámicas de grupo en el ámbito volitivo-emocional, motivacional en suma, debe ser reputada asimismo relevante. Hace tiempo que la doctrina ha subrayado cómo dichas dinámicas inciden [...] en una disminución de los frenos inhibitorios del sujeto.¹⁸³

El mismo Silva Sánchez, sin embargo, no considera como una opción la atenuación mediante la aplicación del 21 CP, proponiendo, en cambio, otras vías de atenuación:

Seguramente, en Derecho español ello sólo sería posible por la vía de una atenuación analógica a las eximentes incompletas relativas a la imputabilidad; o bien, al menos, por la referencia general de la determinación de la pena a las circunstancias personales del sujeto.¹⁸⁴

No parece, desde la perspectiva de la legislación española, que quepa aplicar a estos supuestos ninguna de las circunstancias agravantes del 22CP.

Por otro lado, doctrinalmente hablando, la inserción de un individuo en una organización como elemento a tener en cuenta en la determinación de la pena es una cuestión abierta y aún sin resolver. Ello no excluye que se hayan señalado ya, en el estado actual de la cuestión, algunas consideraciones importantes. La primera es que la responsabilidad individual dependerá, en cierta medida, del tipo de

¹⁸² “Son circunstancias atenuantes:

1.^a Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

2.^a La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior.

3.^a La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

4.^a La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.

5.^a La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

6.^a La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

7.^a Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.”

¹⁸³ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Fundamentos del derecho...*, Op. Cit., p. 280.

¹⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La actuación en una empresa...*, Op. Cit., p. 2.

organización ante el que nos encontremos según las posibilidades que ésta brinde de cometer un delito en su seno. Esa es, por ejemplo, la tesis que sostiene Lampe:

La responsabilidad se vincula, por un lado, al propio injusto del sistema; esto es, a la dirección criminal del fin o la organización del sistema. Por otro lado, al injusto del resultado; esto es, a los delitos motivados o favorecidos por el sistema. En concreto, debe diferenciarse entre los tipos de sistemas de injusto.¹⁸⁵

Para ello, recurriremos a la clasificación de las estructuras que elabora Cigüela Sola. Para el autor, en función de cómo esté estructurado dicho contexto, se debe diferenciar entre:

Estructuras preventivas: aquellas organizadas adecuadamente y donde existen procesos de comunicación y formación dirigidos al cumplimiento del Derecho.

Estructuras neutras: aquellas en las que no existen mecanismos activos de formación y concienciación del personal para la prevención de delitos, aunque sí un mínimo estandarizado de organización e información acerca de los deberes y riesgos jurídicos –se correspondería con el nivel estándar de compliance exigible.

Estructuras no controladoras/facilitadoras: aquellas que, sin incentivar la comisión de delitos, tampoco tienen los adecuados sistemas de control y prevención de los mismos.

Estructuras incentivadoras: donde se estimula activamente, mediante presión económica y/o psicológica sobre los empleados, la obtención de beneficios a costa de la comisión de ilícitos penales (por ej.: las entidades financieras donde se presiona a los empleados para vender productos financieros sofisticados a personas no aptas).

Estructuras anuladoras: caso extremo donde el nivel de estructuración, presión psicológica y organización es tan intenso que la individualidad queda virtualmente anulada (por ej.: estados totalitarios, empresas esclavistas o sectas, donde se deja muy poco espacio para la conciencia y la acción individuales).

Fuente: Cigüela Sola, J. *El injusto estructural...*, Op. Cit., p. 11.

Vista dicha clasificación, veamos qué consecuencias puede tener para las personas que forman parte de las mismas. Para aquellas estructuras con organización defectuosa, Silva Sánchez postula que “al analizar la responsabilidad individual de sus integrantes, la actuación en el marco de una organización se considera como un elemento agravatorio”¹⁸⁶ por el incremento del riesgo que supone y por la negación del Derecho que entraña. En cambio, en la actuación en estructuras empresariales

¹⁸⁵ LAMPE, E.J. *Injusto del sistema y sistemas de injusto...*, Op. Cit., p. 178.

¹⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La actuación en una empresa...*, Op. Cit., p. 2.

conforme a Derecho, “debería conducir como mínimo a una atenuación de la responsabilidad del agente”.¹⁸⁷

En una línea similar, Cigüela Sola, siguiendo su propia clasificación, añade al debate de la atenuación la diferencia de responsabilidad que podría existir entre superiores jerárquicos y subordinados.

Como principio, cuanto más intenso sea el carácter criminógeno de la estructura organizativa mayor será la posibilidad de fundamentar una responsabilidad estructural de la organización por los delitos, de desplazar la responsabilidad individual a los cargos directivos (por tener éstos la responsabilidad de “sanearla”) y eventualmente de atenuar la responsabilidad de los empleados; cuanto mejor organizada esté en términos preventivos, menor será la probabilidad de apreciar una responsabilidad estructural y más fácil será justificar la plena responsabilidad de quien cometió el delito, con independencia del nivel jerárquico en que se encuentre.¹⁸⁸

Por último, para ejemplificar que esta cuestión no está cerrada, señalamos como nota discordante a los postulados hasta aquí expuestos el planteamiento de Herbert Jäger, el cual considera que no existen, dentro del estudio de las dinámicas de grupo, factores que permitan justificar una disminución o renuncia a la pena.¹⁸⁹

¹⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Fundamentos del derecho...*, Op. Cit. p. 280.

¹⁸⁸ CIGÜELA SOLA, J. *El injusto estructural...*, Op. Cit., p. 12.

¹⁸⁹ JÄGER, H. *Individuelle Zurechnung...*, Op. Cit., pp. 46-47.

Conclusiones

1. En los últimos cien años hemos asistido a una revolución a nivel de criminalidad. La delincuencia, a diferencia de antaño, ya no se muestra únicamente como un fenómeno individual - cuyo exponente más claro era el delito doloso de acción -, sino que empieza a predominar la acción influenciada por dinámicas de grupo. Particularmente, por la evolución de la sociedad moderna, la mayoría de los hombres actúan incardinados en lo que aquí se ha querido denominar como organizaciones, entendidas como entes con una configuración institucional duradera, como injustos constituidos. Al mutar la forma de actuar, cambia, pues, la forma de presentarse del delito, poniendo en jaque conceptos tradicionales de la imputación penal como el conocimiento, la autoría y la culpabilidad. También se da un vuelco en la afectación concreta del delito en las víctimas, muchas veces disuelta en el tiempo y en el espacio, casi perdiéndose. No son pocos los ejemplos de estas consecuencias, particularmente bien encarnadas en los grandes regímenes totalitarios del siglo XX y en la crisis financiera global de principios de nuestro siglo.

2. A esta dificultad se le añade la metamorfosis que está sufriendo la estructuración de las organizaciones en los últimos decenios. Particularmente, se ha hecho notar el paso de las tradicionales organizaciones, con estructuras jerárquicas y de responsabilidad muy definidas por la gran sobrecarga de información existente en algunos puntos, a las actuales organizaciones-red. Estas nuevas estructuras están caracterizadas por la descentralización y la relativización del factor jerárquico, prevaleciendo lo que algunos autores han calificado como diferenciación funcional entre los miembros de las mismas. Esta transformación nos interesa en tanto que ha hecho aumentar la dificultad de imputación de responsabilidad individual al difuminarse la información y el poder de decisión entre sus miembros. Esto ha facilitado, en cierto sentido, la realización de tipos delictivos. Ante los hechos expuestos, el derecho penal, siempre a remolque de los movimientos de los hombres dentro de la comunidad política, se encuentra con el desafío de constituir una respuesta a la altura del problema. Esta respuesta, en nuestra opinión, no puede olvidar, en ningún caso, la responsabilidad individual. Los planteamientos de la dogmática penal nacidos en la segunda parte del siglo XX para dar respuesta a esta cuestión son prácticamente inabarcables. A nuestro parecer, el esquema lógico más adecuado para ordenar las propuestas más relevantes es clasificarlas según el esquema clásico de la teoría del delito.

3. En un primer estadio de la discusión dogmática penal, profundamente marcado por los recientes acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial y el régimen nacionalsocialista, la doctrina se centra en la búsqueda del título de autoría más correspondiente para imputar a los llamados “hombres de atrás”. En un primer momento, encontramos la teoría del dominio de organización de Claus Roxin que postula una autoría mediata. Esta tesis está muy enfocada a los supuestos de organizaciones criminales de tipo estatal. Dicha teoría, a todas luces revolucionaria, se antoja algo inadecuada, sin embargo, para organizaciones criminales no estatales. Así lo consideró una parte de la doctrina, naciendo entonces una serie de trabajos que defienden la coautoría como mejor opción. Especialmente relevante nos parece la visión de Muñoz Conde, que revoluciona los fundamentos clásicos de la coautoría señalando que ésta es susceptible de aplicación incluso cuando los sujetos no estén presentes en la ejecución del delito. Especial hincapié se hace en que dicha teoría parece funcionar bien para las organizaciones criminales no estatales, como por ejemplo organizaciones terroristas o mafiosas. Dicho esto, ninguno de los postulados analizados en este estadio se antoja absolutamente adecuado para la imputación de responsabilidad individual en contextos empresariales.

4. También dentro del marco de la autoría, y como paréntesis en nuestra búsqueda de responsabilidad individual, se ha podido mostrar la imperiosa necesidad de conjugar un modelo de responsabilidad colectiva con penas para la misma organización de forma simultánea (nunca sustitutoria) a la búsqueda de sujetos culpables. En este trabajo nos alejamos de los tradicionales modelos para seguir los postulados de los teóricos de la responsabilidad estructural. Así, la organización, aun cuando no pueda ser propiamente culpable, sí puede ser un sujeto capaz de responsabilidad, al tener una cierta identidad propia, aunque sea débil. El propósito de dicha responsabilidad debe ser el de prevenir que la misma estructura se convierta en un instrumento favorecedor de la delincuencia individual, en una herramienta para que los sujetos puedan delinquir. La graduación de la responsabilidad se efectuará en base a la existencia de factores criminógenos, presentes o pasados, en la organización.

5. En el marco del tipo objetivo, el derecho penal, al observar las complejas estructuras de organización y división del trabajo, ha optado por distribuir funciones y definir deberes normativamente para cada sujeto. Dicho de otro modo, a cada persona se le otorga un rol que ostenta en la sociedad y de dicho rol se derivan un conjunto de deberes y obligaciones concretos. Estos deberes y obligaciones se configuran en las llamadas posiciones de garantía, que pueden nacer de la propia

libertad de organización del sujeto (competencia en virtud de organización) o de la participación en determinadas instituciones (responsabilidad en virtud de competencia institucional). Así, las figuras del rol y la posición de garantía se erigen como una gran herramienta para la delimitación de responsabilidad en contextos grupales, especialmente en los ámbitos empresariales. Este instrumento es válido para la responsabilidad tanto de trabajadores como de directivos. Prueba de esta validez es la notable importancia que están adquiriendo en las legislaciones penales las medidas de autovigilancia o compliance a nivel empresarial, llegándose a crear la figura del compliance officer.

6. Siguiendo el punto anterior, la función del tipo objetivo en la teoría del delito es, pues, la de analizar la posible defraudación de las normas de conducta que derivan de un rol. Como norma general, por tanto, a quien procede conforme a su rol nada puede reprochársele a nivel de punibilidad. Además, existe un principio de confianza respecto a los demás sujetos, pudiendo confiar en que también éstos se comportarán conforme a su rol, incluso en aquellos casos en los que haya indicios de que no va a ser así. El problema es si ese conocimiento forma parte o no del rol propio. En este punto de la argumentación se ha señalado una de las cuestiones centrales del presente trabajo: las llamadas conductas neutrales. Con este término nos referimos a aquellos comportamientos que, pese a ser adecuados al rol propio, terminan produciendo un resultado delictivo por la intervención de un tercero autorresponsable. Ha quedado probado que lo importante en estos casos no es si el sujeto tiene conocimiento, sea cierto o sea probable, de que su acción va a favorecer un delito. Así, lo que quiebra el rol propio y determina el nacimiento de responsabilidad penal no es el conocimiento o cualquier otro factor subjetivo sino, siguiendo a Jakobs, el sentido de la organización del sujeto – con su incardinación en el plan delictivo – y la existencia de un contexto marcadamente delictivo que influya en la acción.

7. La concepción tradicional del tipo subjetivo se ha encontrado, en numerosas ocasiones, con el problema de la prueba del conocimiento, necesaria para poder fundamentar la existencia de dolo. Este problema – ya de por sí grave – se incrementa en los delitos de derecho penal económico al no tener éstos modalidad imprudente en su tipo subjetivo y solo admitir la modalidad dolosa. Así, la entrada en el plano de lo psicológico genera un gran conflicto con difícil resolución desde el campo de las pruebas periciales que integran el proceso penal. Por si esta dificultad fuera poca, cabe añadir al plano de lo subjetivo la enorme influencia que tienen los heurísticos y sesgos cognitivos sobre el sujeto que forma parte de dinámicas de grupo. La principal afectación, en ese sentido, se da en la distorsión que sufre la

persona en la percepción del riesgo que conlleva su acción, además de generar una cierta dejación de la responsabilidad. La elevada posibilidad de que un sujeto esté altamente influenciado por sesgos cognitivos conduce a plantear la opción de aplicar la figura tradicional del error que en derecho penal económico será, generalmente, un error de tipo vencible (al encontrarnos con sujetos que poseen conocimientos específicos). El error de tipo vencible, en la legislación española, conduce a la apreciación de la modalidad imprudente. Al no existir esta modalidad en la mayoría de delitos económicos, muchos hechos delictivos no pueden ser penados, creándose así una clara laguna de punibilidad.

8. El tipo subjetivo debe entenderse, pues, en relación a la imputación objetiva. Conceptos subjetivos como el conocimiento o la voluntad deben perder peso y, también en este punto del análisis, la teoría del delito debe estarse a lo dispuesto por la teoría de los roles. La diferencia con el tipo objetivo radica en que aquí no debe analizarse a la persona como portadora de un rol sino de varios roles distintos que la misma ostenta en la sociedad. Siguiendo a Pérez del Valle, el tipo subjetivo debe convertirse en una superposición de todos los roles que configuran al sujeto como persona en derecho. Se trata de un análisis desde el ámbito de lo social. Así, el tipo subjetivo abandona el ámbito de lo interno para realizar un juicio adscriptivo – y, por ende, externo – al sujeto de sus roles para individualizar la conducta. Solo así se puede superar el plano de lo psicológico que tantos problemas probatorios causa.

9. Por último, respecto a la culpabilidad como categoría dogmática, los sujetos que actúan incardinados en organizaciones no parecen presentar, como norma general, problemas de imputabilidad. Sin embargo, la pertenencia a una organización sí parece influir en la determinación de la pena del sujeto que comete el delito. La cuantificación de la culpabilidad dependerá, en cierta medida, del tipo de organización en la que el sujeto se encuentre inmerso. Si la estructura tiene una organización deficiente y un considerable carácter criminógeno, parece aceptable, y así lo consideran una serie de autores, agravar la responsabilidad de los jefes – en tanto que responsables de la irresponsabilidad organizada – y atenuar la responsabilidad de los subordinados.

Bibliografía

a. Bibliografía principal

- ARENDETT, H. "Responsabilidad colectiva". *Responsabilidad y juicio*. Barcelona: Paidós, 2007.
- *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*. 4a ed. Barcelona: Lumen, 2003.
- ARMAZA GALDÓS, J. "El error de prohibición". *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 50 (1993).
- ARROYO ZAPATERO, L. "El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea." *Revista Penal*. Vol. 3 (1999).
- CERVINI, R. *Aspectos de la imputación de responsabilidad penal en el marco de la gestión organizacional flexible*. Buenos Aires: CIIDPE, 2012.
- CIGÜELA SOLA, J. "El injusto estructural en la organización." *InDret*. 2016.
- *Deberes de solidaridad y posición de garante: examen del problema de la legítima defensa*. Barcelona: Recercat, 2010.
- DANNECKER, G. "Reflexiones sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas". *Revista Penal*. Vol. 7 (2001).
- DEMETRIO CRESPO, E. "Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados". SERRANO-PIEDRECASAS-DEMETRIO CRESPO (Dir.), *Cuestiones actuales del derecho penal económico*. Madrid: Colex, 2008.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. "Autorregulación y derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?". VVAA. *Autorregulación y sanciones*. 1ª edición. Valladolid: Lex Nova, 2008.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. "Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa". *ADPCP*. Vol. 54. (2001).
- GÓMEZ INIESTA, D. "La parte general del derecho penal económico." *Publicaciones del portal iberoamericano de las ciencias penales (UCLM)*. Castilla-La Mancha: 2002.
- GRAMÁTICA BOSCH, G. *Conductas neutrales: estado de la cuestión*. CIIDPE: 2009.
- JAKOBS, G. *La imputación objetiva en derecho penal*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1996.
- LAMPE, E.J. "Injusto del sistema y sistemas de injusto." *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Lima: Grijley, 2003.
- MANSDÖRFER, M. "Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en un grupo". *InDret*. 2007.
- MAÑALICH RAFFO, J.P. "Organización delictiva: bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno." *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 38. (2011), núm. 2.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998.
- MINTZBERG, H. *La estructuración de las organizaciones*. Barcelona: Ariel Economía, 1993.

MIR PUIG, S. "La imputabilidad en Derecho Penal." *Jornadas sobre Psiquiatría forense*. Madrid: Centro de Publicaciones, 1994.

MIRÓ LLINARES, F. "Intervención en actividades económicas ilícitas y conductas ¿neutrales?". *ADPE*. Vol. 1 (2011).

MUÑOZ CONDE, F. "Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?". *Revista Penal*. (2002), núm. 9.

NIETO MARTÍN, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: lustel, 2008.

NOVOA ZEGERS, J.P. "Responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa". *Revista actualidad jurídica*. Vol. 18. 2008.

PÉREZ DEL VALLE, C. *La imprudencia en el Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*. Barcelona: Atelier, 2012.

— *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Dykinson, 2016.

PIÑA ROCHEFORT, J.I. *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho Penal*. 1a ed. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2005.

RAGUÉS VALLÉS, R. "Consideraciones sobre la prueba del dolo". *Revista de Estudios de la Justicia*. Vol. 4. (2004).

— "La responsabilidad penal del testafarro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2008, núm. 3.;

ROBLES PLANAS, R. *Garantes y cómplices. La intervención por omisión en los delitos especiales*. 1 a ed. Barcelona: Atelier, 2007.

— *La participación en el delito: fundamento y límites*. Madrid: 2003.

ROXIN, C. "El domino de organización como forma independiente de autoría mediata." Conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la Universidad Pablo de Olavide. *Revista Penal (2006)*, núm. 18.

SÁNCHEZ-VERA, J. "Blanqueo de capitales y abogacía". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2008, núm. 1.

SCHÜNEMANN, B. "La llamada crisis financiera: ¿fracaso del sistema o crimen organizado global?". VVAA. *Delincuencia, finanzas y globalización*. 1ª ed. Madrid: CIS, 2003.

— "Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación.". *ADPCP*. Vol. 55 (2002).

SILVA SÁNCHEZ, J.M. "La actuación en una empresa como atenuante del delito". *InDret*. 2009.

— *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. 2a ed. Madrid: Edisofer, 2016.

TISNADO SOLÍS, L.A. "En busca de los presupuestos normativos de la imputación objetiva." *Revista pensamiento penal*. Vol. 11 (2006).

VVAA. "Heurísticos y sesgos cognitivos en la dirección de empresas: un meta-análisis". *Revista Venezolana de Gerencia*. Vol. 16. (2011), núm. 55.

ZAROR, I.A. "Prohibición de regreso." *Revista de Estudios de la Justicia* (2010). núm. 13.

b. Bibliografía secundaria

GARZÓN VALDÉS, E. "El enunciado de responsabilidad". *Doxa*. Vol. 19 (1996).

GOMEZ-JARA DIEZ, C. "¿La coautoría como fundamento de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por delitos cometidos por sus subordinados?". *Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*. Madrid: Colex, 2006.

— *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: 2005.

HEINE, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Baden-Baden: 1995.

HIRSCH, J.H. *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*.

JÄGER, H. *Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens: zur strafrechtlich-kriminologischen Bedeutung der Gruppendynamik*. Metzner: 1985.

MARTÍN ARTILES, A. *La empresa-red: un modelo de división de trabajo*. Barcelona: UAB Papers, 1994.

MEINI, I. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*. 1a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

MELLEMA, G. *Individuals, Groups, and Shared Moral Responsibility*. New York et al.: Peter Lang, 1988.

MILGRAM, S. "Behavioural Study of Obedience". *Journal of Abnormal and Social Psychology*. Vol.67 (1963).

OTTO, Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbände, 1993.

PÉREZ DE LA FUENTE, O. "El caso de los tiradores del Muro de Berlín. A vueltas con algunos debates clásicos de la Filosofía del Derecho del siglo XX", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. 2011, núm. 23.

PÉREZ DEL VALLE, C. "Imputabilias y teoría de la imputación". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2015, núm. 2.

ROTSCH, T. *Individuelle Haftung in Großunternehmen: Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*. Baden Baden: Nomos, 1998.

ROXIN, C. "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate". *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. 1963.

— *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. 7a ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SCHÜNEMANN, B. "Plädoyer zur Einführung einer Unternehmenskuratel". *Deutsche Wiedervereinigung. Band III. Unternehmenskriminalität*. Köln/Berlin/Bonn/München: 1996.

SESSANO GOENAGA, J.C. "Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional: Una aproximación a la distinción dogmática propuesta por Jakobs, a través del ejemplo de los delitos de incomparecencia y de falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación." *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2006, núm. 8.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. "Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los art. 195.3 y 195 del Código Penal". *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*. Madrid: Manuales de formación continuada 4 (CGPJ), 1999.

VÉLEZ FERNANDEZ, G.F. *La imputación objetiva: Fundamento y consecuencias dogmáticas a partir de las concepciones funcionalistas de Roxin y Jakobs*. Friburgo: Université de Fribourg, 2000.

VVAA, *Grundlagen der Organisation, Die Steuerung von Entscheidungen als Grundproblem der Betriebswirtschaftslehre*. 5a ed., Heidelberg, 2003.

VVAA. *Crisis del derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Atelier Libros, 2010.

VVAA. *Curso de teoría del delito. Aspectos teóricos y prácticos*. San José: MPCR, s.a.

