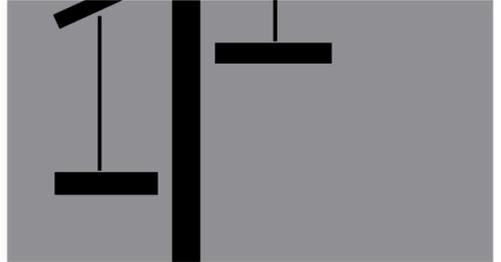
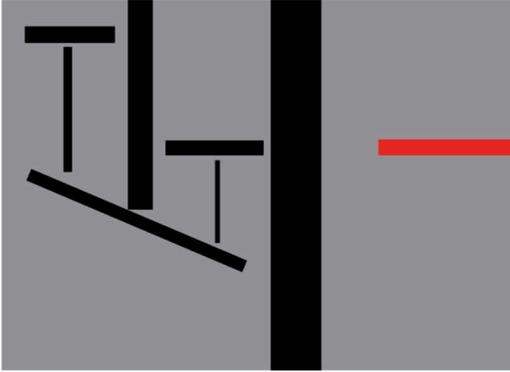
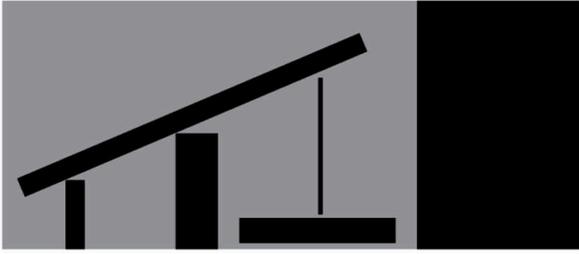


COLECCIÓN DE **DERECHO PENAL**



DERECHO PENAL DE LA EMPRESA E IMPUTACIÓN OBJETIVA

Bernardo Feijoo Sánchez



 **Cámara**
Madrid

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL

TÍTULOS PUBLICADOS

La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal, *María Acale Sánchez* (2006).

Derecho penal de la empresa e imputación objetiva, *Bernardo Feijoo Sánchez* (2007).

Punibilidad y delito, *Érika Mendes de Carvalho* (2007).

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL

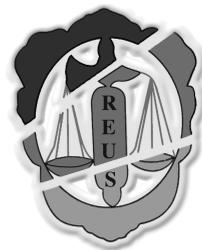
Director: **AGUSTÍN JORGE BARREIRO**

Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

**DERECHO PENAL DE LA
EMPRESA E IMPUTACIÓN
OBJETIVA**

Bernardo Feijoo Sánchez

Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Madrid



Madrid, 2007

© Editorial Reus, S. A.
Preciados, 23 - 28013 Madrid, 2007
Tfno: (34) 91 521 36 19 - (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 531 24 08
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2007)

ISBN: 978-84-290-1479-2

Depósito Legal: Z. 3165-07

Diseño de portada: María Lapor

Impreso en España

Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S. A.
Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación.

A Susana

ABREVIATURAS

- AK: Alternativ-Kommentar zum Strafgesetzbuch
- ADP: Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales
- AP: Actualidad Penal
- A.P: Audiencia Provincial
- art.: artículo
- ARSP: Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie
- BVerfGE.: Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania)
- BGH: Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal de la República Federal de Alemania)
- BGHSt: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán en asuntos penales —colección oficial—)
- cap: capítulo
- Cc: Código civil español
- CE: Constitución Española
- cfr.: confer (compárese)
- coord.: coordinado
- CP: Código Pena español
- CPC: Cuadernos de Política Criminal
- D: Decreto
- dir.: dirigido
- DP: Doctrina Penal
- ed: edición
- edit.: editor
- EJB: Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid, 1995
- FG: Festgabe
- FS: Festschrift

- fto. jco: fundamento jurídico
- GA: Goltdammer's Archiv für Strafrecht
- GS: Der Gerichtssaal
- GS: Gedächtnisschrift
- JA: Juristische Arbeitsblätter
- JBI: Juristische Blätter
- JD: Jueces para la democracia
- JR: Juristische Rundschau
- Jura.: Juristische Ausbildung
- JuS: Juristische Schulung
- JW: Juristische Wochenschrift
- JZ: Juristenzeitung
- KJ: Kritische Justiz
- KrimJ: Kriminologisches Journal
- KritV: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
- LECrIm: Ley de Enjuiciamiento Criminal
- LGP: Ley General Penitenciaria
- L-H: Libro-Homenaje
- LK: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
- MDR: Monatsschrift für deutsches Recht
- MK: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
- MonSchrKrim: Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
- NJW: Neue Juristische Wochenschrift
- n.: nota
- n.º: número
- n.º marg.: número marginal
- nums. margs.: números marginales
- NK: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
- NPP: Nuevo Pensamiento Penal
- NStZ: Neue Zeitschrift für Strafrecht
- NZV: Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
- OJZ: Osterreichische Juristenzeitung
- p.: página
- pp.: páginas
- PE: Parte Especial

- PG: Parte General
PJ: Poder Judicial, citada por n.º de revista
RD: Real Decreto
RDP: Revista de Derecho Penal
RDPP: Revista de Derecho y Proceso Penal
RDPC: Revista de Derecho penal y Criminología
Rechtstheorie: Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts
RECPC: Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología
REDC: Revista Española de Derecho Constitucional
RFDUC: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
RG: Reichsgericht (Tribunal Supremo imperial)
RGD: Revista General de Derecho
RGDP: Revista General de Derecho Penal
RGLJ: Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RGSt: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (sentencias del Tribunal Supremo Imperial en asuntos penales —colección oficial—)
RIDPP: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale
Riv. it. dir. pen: Rivista italiana di diritto penale
RP: Revista Penal
RPDJP: Revista peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales.
s: siguiente
ss.: siguientes
S.: Sentencia
SS.: Sentencias
SK: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
StV: Strafverteidiger
SchwZStr: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht/Revue Pénale Suisse/Rivista Penale Svizzera
TS: Tribunal Supremo español
TC: Tribunal Constitucional español
vid: vide(véase)
wistra: Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht
ZGR: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

ZHR: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

ZRP: Zeitschrift für Rechtspolitik

ZschwR: Zeitschrift für schweizerisches Recht

ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, citada por n.º de revista

PRESENTACIÓN

En la actualidad es difícil para el empresario tener un completo conocimiento de las disposiciones legales que regulan actos o decisiones empresariales que pueden generar responsabilidad penal a las personas que trabajan en la Empresa, al propio empresario y administradores. Al desconocimiento del Derecho penal que regula diversas actividades relacionadas con el tráfico empresarial y las relaciones jurídico-mercantiles entre empresas y personas, se une, con frecuencia, una falta de mentalización en la dirección de la empresa de las consecuencias que conlleva determinadas decisiones y actuaciones para la consecución de los objetivos empresariales.

Hoy en día, más que nunca, y gracias a la cercanía e inmediatez de las comunicaciones, tenemos información sobre conductas delictivas que están de candente actualidad en los medios de comunicación. El blanqueo de capitales, la corrupción urbanística, la administración fraudulenta de sociedades, la falsificación de cuentas y documentos societarios, los delitos contra el medio ambiente y contra los consumidores, entre otros, afectan gravemente a la sociedad y provocan una gran desconfianza del consumidor frente a determinados sectores económicos.

Este libro bajo el título «Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva», del que es autor el Prof. don Bernardo Feijoo Sánchez, Doctor en Derecho y Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, describe diversos supuestos de relevancia penal para las empresas y de los criterios para imputar hechos delictivos a personas concretas.

La Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, como Corporación de Derecho Público, y órgano de información y de apoyo de la comunidad empresarial, ha considerado muy oportuno colaborar con la compañía Editorial Reus, S.A., «empresa madrileña centenaria», según Diploma otorgado por la Cámara, en la edición de esta obra que puede ser de utilidad para los intereses generales del comerciante y del empresario, acercándose a la realidad empresarial madrileña.

A buen seguro, esta obra se convertirá en un instrumento de consulta a la hora de tomar decisiones o actuaciones empresariales que puedan provocar consecuencias en el ámbito penal que causen un perjuicio al empresario y a la empresa, como organización, además de representar una notable aportación científica y doctrinal de interés jurídico-empresarial en España.

Javier Cuadrado de Vicente
*Secretario General de la Cámara Oficial de
Comercio e Industria de Madrid*

INTRODUCCIÓN

En la sociedad actual tiene una gran relevancia todo lo relacionado con el mundo económico, y el sujeto económico de mayor trascendencia es la gran empresa o sociedad mercantil. Ello está vinculado a la idea cada vez más evidente de que la sociedad moderna se caracteriza, entre otros aspectos, por ser una sociedad de organizaciones¹. El mercado tiene efectos perniciosos (para la vida o la salud de consumidores o trabajadores o para el medio ambiente). En algunas ocasiones los daños que se generan se derivan de la actividad de empresas o sociedades mercantiles concretas y, en esa medida, pueden generar responsabilidad penal. El Derecho Penal vigente, de acuerdo con la actual configuración de la sociedad², imputa el delito y la pena correspondiente no a las empresas sino a las personas físicas (trabajadores, administradores, directivos, representantes, etc.). Esta monografía se ocupa de supuestos en los que las empresas generan *outputs* lesivos (responsabilidad penal por el producto, delitos contra el medio ambiente, delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo, etc.) que adquieren relevancia penal y de los criterios para imputarles dichos hechos delictivos a personas concretas.

Desde una perspectiva político-criminal, una continuada imputación incorrecta en supuestos de actividades empresariales implica una merma preventivo-general que provoca que en el ámbito de la actividad empresarial se deteriore la seguridad normativa³. Por ejemplo, si en casos de delitos relacionados con actividades empresariales sólo responden los eslabones no cualificados de la empresas que carecen de poder dentro de las mismas o los

¹ Básico PERROW, *A Society of Organizations*, pp. 265 ss. Reflexiona en general sobre esta cuestión CORTINA, *Ética de la empresa*, pp. 13 ss., bajo la referencia a la empresa como el tema de nuestro tiempo.

² FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones*, pp. 55 ss. y *passim*; *Retribución y prevención general*, pp. 641 ss.

³ Sobre mi concepción de la prevención general vid. *Retribución y prevención general*, pp. 515 ss. y *passim*.

conflictos se resuelven con arbitrarios criterios formales, ello conlleva un deterioro de las funciones sociales que tiene que cumplir el Derecho Penal. Es evidente que en el ámbito del Derecho Penal de la empresa existen actualmente déficits de ejecución que dificultan el cumplimiento de las funciones preventivas públicas del ordenamiento jurídico-penal. Las complejidades organizativas de las sociedades modernas provocan que los auténticos responsables de la configuración de un mundo ajeno al Derecho suelen quedar impunes, lo cual genera inseguridad normativa y un descenso en el nivel de protección de bienes individuales y colectivos básicos. Esta monografía pretende desarrollar criterios de imputación adecuados a la realidad social que le permitan al Derecho Penal cumplir las funciones que viene cumpliendo en el ámbito de la responsabilidad estrictamente individual. En este sentido, **la segunda parte de este trabajo** pretende aportar criterios útiles para una praxis forense cada vez más ocupada de este tipo de asuntos. La plasmación de una teoría manejable que posibilite resolver adecuada y satisfactoriamente los problemas que se vienen presentando en la práctica en el ámbito de la imputación de hechos delictivos relacionados con estructuras empresariales altamente complejas no es sólo un empeño teórico, sino que tiene un amplio interés práctico.

Sin embargo, en el mundo del Derecho no existe práctica sin una teoría adecuada. Ello obliga a replantearse las bases dogmáticas de la cuestión que se intenta resolver. En mi opinión, la primera conclusión que cabe sacar cuando uno se enfrenta a la imputación de hechos delictivos en el ámbito de organizaciones empresariales de cierta complejidad es que la dogmática tradicional del delito no ha acabado de dominar este sector de la realidad social. Es más, se podría decir que uno de los grandes temas pendientes de solución por parte de la triunfante teoría de la imputación objetiva consiste en amoldar los criterios desarrollados durante los últimos treinta años a la imputación de hechos delictivos en el ámbito de organizaciones empresariales complejas. Para las organizaciones empresariales más simples (pequeña empresa familiar en la que todos se ocupan de todo) todavía se puede recurrir a las soluciones tradicionales. Sin embargo, fuera de estos supuestos algunos autores llegan a considerar que la normativización de la tipicidad parece haber encontrado una especie de «trampa mortal» en el ámbito de la responsabilidad penal derivada de actuaciones empresariales, especialmente en los casos más complejos de responsabilidad por el producto o delitos contra el medio ambiente⁴. Para otros autores, que propugnan un cambio de paradigma hacia una culpabilidad genuina

⁴ HILGENDORF, ADP 2002, pp. 93 s., 102 ss.

de las empresas, incluso la «trampa mortal» ha cazado a toda la teoría jurídica del delito tradicional o a las habituales categorías de imputación de delitos⁵. Por ejemplo, como se expondrá, es evidente que no tiene sentido en supuestos de empresas con miles de trabajadores repartidos en varios países seguir diciendo que el criterio material de la autoría es el «dominio del hecho». Esta situación y estos déficits teóricos generan por sí mismos la justificación de un estudio monográfico como el que aquí se presenta.

La tesis central que orienta todo este trabajo es que una adecuada normativización⁶ de la categoría del tipo de injusto abre la posibilidad de encauzar procesos de imputación que le permitan al Derecho Penal seguir cumpliendo su fin preventivo-general de estabilización de normas esenciales de convivencia sin tener que vernos abocados a construir a las empresas o personas jurídicas como sujetos de imputación⁷. Pero ello implica a su vez una

⁵ Paradigmático el libro editado por GÓMEZ JARA, Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Además, HEINE, ZStrR 2001, p. 25, con ulteriores referencias y *passim*.

⁶ Sobre como entiendo la normativización, FEIJOO SÁNCHEZ, Normativización, pp. 435 ss.

⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Sanciones, pp. 201 s. («La imposición a las personas jurídicas de consecuencias preventivo-especiales distintas a las penas —entendidas éstas en sentido estricto y no como cualquier consecuencia penal—, unidas a las penas para personas físicas (mediante una adecuada regulación de la «actuación en nombre de otro»), al comiso de las ganancias del delito —que precisa una mejor regulación en esta materia— y a la responsabilidad civil (especialmente la reparación del daño) componen un instrumental con eficacia suficiente. La normativización de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva permite encontrar soluciones a la imputación de hechos a las personas físicas que estaban vedadas a las teorías tradicionales de tinte más naturalista (causalismo, finalismo, etc.) frente a los problemas complejos que presentan las estructuras societarias. Por ejemplo, la admisión de diversas formas de code-lincuencia en el delito imprudente, el desarrollo de una teoría cada vez más normativa de la comisión por omisión y la creciente relevancia dogmática de la delimitación de ámbitos de responsabilidad van permitiendo poder imputar el hecho a los auténticos responsables de los delitos y no sólo a los últimos eslabones de la cadena de producción. En relación a la responsabilidad individual dentro de estructuras complejas queda mucho campo por explorar. Ciertas descripciones de las estructuras empresariales han dejado en evidencia que en grandes empresas los responsables de unidades tienen un gran poder de decisión mientras en un nivel superior los dirigentes de la empresa no pueden más que supervisar, controlar y buscar la coordinación entre los diversos elementos de la organización. El auténtico problema político-criminal que se puede constatar en la actualidad es que no están respondiendo los verdaderos responsables —los que tienen auténticamente un dominio normativo del hecho— de los hechos delictivos

reconstrucción de los elementos esenciales de la teoría jurídica del delito. No se trata de soluciones *ad hoc* para resolver de forma más sencilla los problemas de imputación de hechos delictivos en el ámbito empresarial, sino de sentar los presupuestos de una teoría normativa del delito que tenga más en cuenta la dimensión comunicativa del injusto, de tal manera que permita afrontar satisfactoriamente tanto los problemas tradicionales como las nuevas realidades sociales a la que se tiene que enfrentar la aplicación del Derecho Penal. No es precisa una teoría jurídica del delito *ad hoc* para el Derecho Penal de la empresa. Lo que sucede es que toda teoría del delito es fruto de un determinado período histórico y manifiesta el espíritu y las preocupaciones de una época. La fundamentación material del delito (del injusto y de la culpabilidad) se encuentra condicionada por las nuevas necesidades sociales. El Derecho Penal de la empresa no precisa una dogmática radicalmente distinta a la desarrollada en general para el Derecho Penal, en la medida en la que ésta, si está correctamente configurada, debe estar estrechamente vinculada a las estructuras profundas de responsabilidad de una determinada sociedad y a cuestiones axiológicas inmanentes a esa misma sociedad que configuran lo que podemos denominar su «gramática profunda».

Ello me ha obligado en **la primera parte de este trabajo** a exponer los prolegómenos de una teoría comunicativa y normativa del injusto como la que vengo desarrollando desde hace algún tiempo en consonancia con mi teoría comunicativa y normativa de la pena⁸. Se trata de sentar determinadas bases que fundamentan dogmáticamente las soluciones concretas que se aportan en la segunda parte de este trabajo. Los temas relacionados con la culpabilidad serán dejados de lado en la medida en la que en el ámbito de las actividades empresariales no presentan características particulares de relevancia⁹.

Desde las aportaciones de la denominada teoría clásica del delito (v. LISZT) el concepto material de delito¹⁰ se encuentra vinculado esencialmente a la idea de protección de bienes jurídicos. Esta idea ha calado de forma importante en la doctrina dominante. En sentido contrario, el funcionalismo

cometidos en beneficio o en el seno de entidades colectivas u organizaciones complejas»). Este trabajo es una continuación de estas palabras.

⁸ Retribución y prevención general, pp. 515 ss. y *passim*.

⁹ Sobre mi concepción de la culpabilidad Normativización, pp. 525 ss. y Retribución y prevención general, pp. 589 ss.

¹⁰ Como ha señalado ALCÁCER GUIRAO, Lesión de bien jurídico, pp. 19 ss., la tradicional discusión sobre el concepto material de delito es equivalente a una discusión sobre la antijuridicidad material. Es decir, tradicionalmente ha sido el injusto y no la culpabilidad el epicentro de las preocupaciones dogmáticas.

jurídico-penal protagonizado por JAKOBS y sus discípulos, es contrario a esa vinculación entre concepto material de delito y bien jurídico, lo cual ha desembocado en una explicación del delito en la que sólo desempeña un papel la culpabilidad, dejando el concepto de injusto de tener relevancia para el concepto material de delito y quedando relegado a un concepto auxiliar con meras funciones didácticas pero sin contenido material.

Aunque es evidente que en una sociedad postmetafísica y compleja como la actual sólo se puede predicar la ilegitimidad de una conducta en relación a como afecta a otros o como afecta a otros ámbitos de organización, personales y suprapersonales, reconocidos por el ordenamiento jurídico, la referencia material al delito como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos incide demasiado en la idea de lo que se protege, dejando de lado que lo esencial es que el delito es un uso defectuoso de libertad que tiene que ser castigado. En este sentido ciertas críticas realizadas a la posición de la doctrina dominante desde las filas del funcionalismo normativista o del normativismo funcional tienen sentido y deben ser procesadas por la doctrina mayoritaria.

Simplificando en exceso, la doctrina en la actualidad se debate entre la idea de la doctrina dominante de que la pena tiene básicamente como función la prevención de lesiones o puesta en peligro de bienes jurídicos (lo que le otorga una especial relevancia a la dimensión fáctica del injusto) o, en sentido contrario, una función de prevención de una infidelidad generalizada al Derecho (lo que va en detrimento de la idea de la importancia de la seguridad de bienes, siendo ocupada toda la teoría jurídica del delito por la idea de culpabilidad como infidelidad normativa —las categorías dogmáticas como la distinción autoría/participación o dolo/imprudencia no serían más que indicios de dicha infidelidad—). Aquí se pretende más bien defender la idea de que de lo que se trata en última instancia es de prevenir una erosión de las normas esenciales de convivencia que desemboque en la anomia. A diferencia de lo que entiende JAKOBS¹¹, no entiendo seguridad normativa y seguridad de bienes (seguridad cognitiva) como conceptos contrapuestos, sino más bien complementarios. La seguridad normativa es la única manera que tiene la pena de contribuir a la preservación y protección de bienes que nos permiten disfrutar de nuestro estatus de ciudadanos. Si durante la segunda mitad del S. XX la configuración de una teoría del injusto se realizó alrededor del debate doctrinal entre una teoría objetivo-causal y una teoría personal del injusto, que se ha saldado con una posición ecléctica por parte de la doctrina

¹¹ En profundidad sobre el concepto material de delito de JAKOBS, FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, pp. 502 ss.

dominante, en la actualidad el debate que protagoniza dicha configuración se centra en los polos opuestos: seguridad o protección de bienes y seguridad o protección de normas¹². Una vez más creo que la solución se encuentra en una coherente teoría ecléctica, que valore adecuadamente ambas dimensiones presentes en todo fenómeno delictivo. Si JAKOBS ha descuidado la dimensión de la seguridad de bienes (que sólo juega un papel en el ámbito del Derecho Penal del enemigo), la doctrina dominante ha dejado, en mi opinión, demasiado relegada u oculta la dimensión comunicativa del delito y de la pena. Estas ideas serán desarrolladas en la primera parte de este trabajo.

En consonancia con las mismas, la teoría de la imputación objetiva no es entendida sólo como una teoría de la imputación de resultados a una conducta (dolosa o imprudente), sino globalmente como una teoría normativa sobre la imputación de injustos (dolosos o imprudentes) a una persona (física). Ello permite trenzar discursos científicos que han ido hasta ahora en paralelo y a los que ni los grandes teóricos de la teoría de la imputación objetiva (GIMBERNAT, ROXIN, JAKOBS o FRISCH) ni los grandes teóricos de la criminalidad de empresa (SCHÜNEMANN, HEINE) han sabido dar una formulación unitaria. Se trataría de repensar la teoría de la imputación objetiva teniendo en cuenta las cuestiones dogmáticas relacionadas con las organizaciones empresariales y repensar las cuestiones de criminalidad de empresa a partir de la tendencia a una progresiva normativización de las categorías de la tipicidad. En todo caso, el que ni la concepción fáctico-causal del injusto ni las teorías subjetivas del injusto como las finalistas, que se fijan sólo en la expresión individual de sentido dejando de lado la dimensión social o intersubjetiva del injusto (teoría en la que a la adecuación social le corresponde cumplir un raquíctico papel como criterio interpretativo de la parte especial), ni las teorías de la imputación objetiva entendida como imputación de resultados hayan podido hasta ahora resolver satisfactoriamente la problemática cuestión de la imputación de hechos delictivos vinculados a las actividades de organizaciones empresariales complejas permite otorgarle el beneficio de la duda a nuevos planteamientos como los que se esbozan en este trabajo. Lo más importante: la teoría que aquí se desarrolla permite otorgarle un refuerzo dogmático a una praxis jurisprudencial, razonable en la mayoría de los supuestos, pero huérfana de sustento teórico.

¹² En profundidad sobre esta cuestión, FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, pp. 701 ss.

APARTADO PRIMERO

**UNA TEORÍA COMUNICATIVA
DEL INJUSTO PENAL**

CAPÍTULO PRIMERO

SOBRE EL FUNDAMENTO DEL INJUSTO PENAL

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente la discusión sobre el injusto se ha desarrollado sobre una distinción esencial: el injusto como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos o el injusto como infracción de deberes¹³. El debate tiene que ver en el fondo con visiones diversas sobre la configuración normativa de la sociedad y sobre las funciones del Derecho Penal. Es evidente que la idea de la mera infracción de deberes plantea fricciones con los presupuestos pluralistas de las sociedades democráti-

¹³ Básico en la doctrina española, ALCÁCER GUIRAO, *Lesión de bien jurídico*, pp. 17 ss. y *passim*. En las páginas siguientes se esboza una visión diferente de la cuestión, pero con muchos puntos de contacto en el análisis. El punto de contacto esencial es la idea de la complementariedad de la protección de bienes jurídicos y la protección de la vigencia y la validez de las normas (pp. 98, 121 ss.). Sin embargo, si bien este autor entiende la protección de las normas como un complemento de la función esencial de protección de bienes jurídicos (p. 99; ADP 98, pp. 573 ss.) yo entiendo, a la inversa, la protección de bienes jurídicos como una función derivada de la protección de normas mediante la pena. Aunque he decidido seguir en el texto una línea argumentativa no vinculada a la de este brillante trabajo de ALCÁCER, cualquiera que haya leído la monografía de este autor se dará cuenta de que existen divergencias con su idea del concepto material de delito como lesión de bien jurídico y con las razones que sostiene para mantener esta concepción tradicional (pp. 67 ss., Capítulo III) y que el discurso del texto lleva implícita la contestación a las divergencias planteadas en su libro con mi propia posición (pp. 62 ss.).

cas modernas¹⁴. Por ello la cuestión esencial hoy en día con respecto a la fundamentación del injusto es si ésta, en una tradición que tiene su origen en la concepción positivista y naturalista de v. LISZT, debe orientarse hacia una concepción fáctica e individualista fundamentada en la seguridad de bienes o hacia una teoría que tenga más bien en cuenta la dimensión comunicativa e intersubjetiva o social del injusto¹⁵.

Es evidente que la doctrina dominante siempre ha huido de fundamentaciones unidimensionales o monistas del injusto, buscando una fundamentación bidimensional. Sin embargo, las explicaciones tradicionales basadas en la distinción entre desvalor de acción y desvalor del resultado o entre norma de determinación y norma de valoración o protección nunca han conseguido una fundamentación coherente del injusto penal, sino una fundamentación basada en discursos de legitimación distintos e, incluso, a veces, poco compatibles. A las dominantes teorías del injusto de carácter ecléctico se les puede reprochar lo mismo que se les viene reprochando a las teorías mixtas o unitarias de la pena: la mera acumulación destruye la lógica interna y la coherencia de cada una de las líneas de fundamentación que tratan de armonizarse en la medida en la que se intentan reconducir fracciones que en realidad resultan disfuncionales y contradictorias entre sí (antinomias de los discursos de legitimación).

Un buen ejemplo de una teoría monista-objetiva fue la teoría causal de la acción; ésta partía de una visión reduccionista naturalístico-causal de la sociedad desprovista de la necesaria referencia al aspecto comunicativo del injusto. La consecuencia dogmática fue una concepción excesivamente fáctica e insuficientemente normativa del injusto

¹⁴ Sobre ello en profundidad FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, pp. 270 ss. y 655 ss.

¹⁵ No es lo mismo la infracción de normas que la infracción de deberes que deriva bien en un Derecho Penal subjetivizado o bien en un Derecho Penal de autor insatisfactorio político-criminalmente. Mediante un injusto penal que tenga su fundamento en la infracción de normas esenciales se puede construir un Derecho Penal intersubjetivo y del hecho, al igual que se puede construir a través de un injusto penal que tenga su fundamento esencial en la lesión o puesta en peligro de bienes. No tiene nada que ver el debate dogmático actual con el existente en Alemania en los años treinta, que tenía que ver con una concepción democrática y otra antidemocrática del Derecho Penal. Vid. *infra* notas 35 y 79.

ÍNDICE

| | |
|--------------------|----|
| ABREVIATURAS | 7 |
| INTRODUCCIÓN..... | 11 |

APARTADO PRIMERO: UNA TEORÍA COMUNICATIVA DEL INJUSTO PENAL

| | |
|---|----|
| CAPÍTULO PRIMERO: SOBRE EL FUNDAMENTO DEL INJUSTO PENAL | 21 |
| I. INTRODUCCIÓN..... | 21 |
| II. ¿UNA TEORÍA DE LA ACCIÓN O UNA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN?..... | 25 |
| III. ¿SEGURIDAD DE BIENES O SEGURIDAD DE NORMAS? | 31 |
| IV. VENTAJAS POLÍTICO-CRIMINALES DE UNA TEORÍA COMUNICATIVA DEL INJUSTO..... | 46 |
| V. UN EJEMPLO SIGNIFICATIVO: LA LIMITACIÓN DEL TIPO OBJETIVO DE LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL | 50 |
| CAPÍTULO SEGUNDO: IMPUTACIÓN OBJETIVA E IMPUTACIÓN SUBJETIVA | 63 |
| I. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA | 63 |
| II. LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA COMO INFRACCIÓN DE DEBERES | 85 |

APARTADO SEGUNDO: LA IMPUTACIÓN DE HECHOS DELICTIVOS EN ESTRUCTURAS EMPRESARIALES

| | |
|--|-----|
| CAPÍTULO TERCERO: LA EMPRESA COMO ORGANIZACIÓN | 121 |
| I. INTRODUCCIÓN..... | 121 |
| II. EL INJUSTO PENAL EN ORGANIZACIONES COMPLEJAS..... | 123 |
| III. LA EXISTENCIA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES COMPLEJAS COMO PROBLEMA DOGMÁTICO | 125 |
| IV. ¿IMPUTACIÓN A LA PROPIA ORGANIZACIÓN?..... | 131 |

| | |
|---|-----|
| CAPÍTULO CUARTO: MODELOS DE RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL EN RELACIÓN A ACTIVIDADES EMPRESARIALES | 155 |
| I. RESPONSABILIDAD PREFERENTE DE LOS QUE ACTÚAN EN ÚLTIMO LUGAR (EL MODELO DE IMPUTACIÓN <i>BOTTOM UP</i>) | 155 |
| II. EL CONTRA-MODELO <i>TOP DOWN</i> EN LAS TEORÍAS TRADICIONALES DE LA AUTORÍA | 159 |
| III. TOMA DE POSICIÓN | 176 |
| CAPÍTULO QUINTO: CRITERIOS DE IMPUTACIÓN EN RELACIÓN A ACTIVIDADES EMPRESARIALES | 181 |
| I. LA EMPRESA COMO ÁMBITO DE ORGANIZACIÓN: LA IMPUTACIÓN OBJETIVA AL COLECTIVO | 181 |
| II. LA COMPETENCIA BASADA EN EL REPARTO DE TRABAJO Y FUNCIONES DENTRO DE LA ORGANIZACIÓN | 184 |
| II.1. El fenómeno de la delegación como origen de los ámbitos de competencia | 184 |
| II.2. La delimitación de ámbitos de competencia como límite normativo de la tipicidad | 190 |
| III. LA CORRESPONSABILIDAD DENTRO DE LA EMPRESA (COMPETENCIAS COMPARTIDAS) | 192 |
| III.1. El principio de confianza | 193 |
| III.2. Principio de confianza y funciones de doble aseguramiento | 197 |
| III.3. El principio de confianza y el fenómeno de las «delegaciones externas» | 198 |
| IV. LAS ORGANIZACIONES COMPLEJAS TRANSFORMAN LOS ÁMBITOS DE ORGANIZACIÓN, AMPLIANDO Y REDUCIENDO EL CONTENIDO DE LOS DEBERES INDIVIDUALES | 200 |
| IV.1. Los deberes del gobierno corporativo | 200 |
| IV.2. ¿Irresponsabilidad penal de los que desempeñan roles instrumentales o de meros ejecutores dentro de la organización? | 203 |
| CAPÍTULO SEXTO: CUESTIONES ESPECIALES RELATIVAS A LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN ORGANIZACIONES EMPRESARIALES | 211 |
| I. INTRODUCCIÓN | 211 |
| II. LA CODELINCUENCIA EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA | 214 |
| III. ¿COAUTORÍA VERTICAL? | 220 |
| IV. ESPECIAL REFERENCIA A LA CODELINCUENCIA IMPRUDENTE | 233 |
| V. LÍMITES DE LA COAUTORÍA VINCULADOS A LA MODALIDAD DE INJUSTO | 248 |
| VI. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DELITOS ESPECIALES | 251 |
| BIBLIOGRAFÍA | 255 |

