

La culpabilidad colectiva en el Derecho penal

Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa

Javier Cigüela Sola

TESI DOCTORAL UPF / 2014

DIRECTORS DE LA TESI

Dr. Jesús-María Silva Sánchez

Dr. Carlos Pérez del Valle

DEPARTAMENT DE DRET

A mis padres, cómo no.

Agradecimientos

Una tesis doctoral es una de esas cosas a las que uno se aventura por el impulso, el aliento o las ideas que recibe de otros, de modo que es un trabajo individual sólo en un sentido muy limitado. Mi caso no es la excepción, y por ello me gustaría agradecer a una serie de personas que la han hecho posible.

Me gustaría agradecer, en primer lugar, al Dr. Carlos Pérez del Valle, por el tiempo y entusiasmo que le ha dedicado al proyecto. Su ejemplo de curiosidad intelectual, y todas las horas dedicadas a la reflexión y discusión sobre la propia tesis han sido una fuente permanente de impulso. Lo mismo puedo afirmar del Dr. Jesús-María Silva Sánchez, a quien agradezco que me abriese las puertas del departamento y del seminario de derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra, como también su confianza en el proyecto, sus valiosas indicaciones y el esforzado interés mostrado a lo largo de las discusiones. No puedo dejar de considerar también la labor de corrección y revisión que ambos han llevado a cabo sobre la tesis, tarea en la que han puesto gran dedicación y entusiasmo y por la que les estoy muy agradecido.

Querría agradecer también a los Profesores Michael Pawlik y Wolfgang Frisch, por su amable recibimiento en el Instituto de Derecho penal de la Universidad de Friburgo, y por sus consejos y orientaciones a lo largo de mi estancia en la misma. También me gustaría agradecer a quienes han enriquecido con ideas y sugerencias la tesis, como los Profesores Robles Planas, Rainer Zaczyk, López de Lizaga, Jennifer Quaid, Manso Porto, Ortiz de Urbina, Sánchez-Ostiz, y, en general, a los miembros del Departamento de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra; querría agradecer, además, a las diferentes entidades que han apoyado de un modo u otro la investigación, como la Fundación Oriol Urquijo y el DAAD.

Por último, me gustaría agradecer a todos los que han hecho que el doctorado no sea tan solitario como dice el tópico, como Albert Soaz, Marc Simón, Mattia Archi, Ana Laura Gombé, Jorge Martínez, Javier Barraycoa, Héctor García, Iván Masip, Ivó Coca, y tantos otros que de un modo u otro me han acompañado. Por supuesto, quiero dar las gracias a Yasmina, por sufrirla silenciosamente y por todo lo demás, y a Pablo y a mis padres, por haberme traído hasta aquí.

Resumen

El carácter complejo de la sociedad contemporánea, como también los nuevos riesgos medioambientales, económicos o tecnológicos, han devuelto al centro de la discusión la cuestión sobre la culpabilidad colectiva, especialmente en lo que a organizaciones empresariales respecta. No se discute tanto la necesidad de intervenir en contextos criminógenos, donde la probabilidad de delitos es tan alta como sus posibilidades de ocultación, sino más bien la forma que ha de adoptar dicha intervención. En la presente tesis se critican los problemas filosóficos-jurídicos asociados a la posibilidad de combatir dichos peligros introduciendo a las personas jurídicas como sujetos capaces de culpabilidad penal. Se propone, al contrario, un modelo de «responsabilidad estructural» diferenciado, libre de las contradicciones y problemas dogmáticos que supone la defensa de una auténtica culpabilidad colectiva, cuyo objetivo es posibilitar una intervención justa y eficaz en aquellas estructuras criminógenas que hayan tenido influencia en la comisión de un delito.

Abstract

The complex nature of contemporary society, and the environmental, economic and technological risks, has brought back to the center of the discussion the question of collective guilt, especially as regards corporations. There is no big discussion on the need to intervene in criminogenic contexts, where the probability of crime is as high as the chances of hiding it, but rather how to intervene on them. This thesis criticizes the philosophical and juridical problems linked to the option of preventing these risks by considering corporations as capable of criminal guilt. On contrary, I propose a differentiated model of «structural responsibility», free from the dogmatic and conceptual contradictions of «collective guilt model», whose purpose is to enable a fair and effective intervention in those criminogenic structures that have been influential in the commission of a crime.

Abreviaturas

Acad.Manag.Rev	Academy of Management Review
ADPCP	Anuario de Derecho penal y ciencias penales
Adm.Sc.Q	Administrative Science Quarterly
AFD	Anuario de Filosofía del Derecho
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
Alb.L.Rev	Alabama Law Review
Am.Bus.L.J	American Business Law Journal
Am.Crim.L.Rev	American Criminal Law Review
AP	Actualidad Penal
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Arz.L.Rev	Arizona Law Review
AT	Allgemeiner Teil
BOE	Boletín Oficial del Estado
B.U.L.Rev	Boston University Law Review
Bus.Eth.Q	Business Ethics Quarterly
Cal. M. Rev.	California Management Review
Card.L.Rev	Cardozo Law Review
Col.L.Rev	Columbia Law Review
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DOXA	Cuadernos de Filosofía del Derecho
DP	Derecho Penal
EJPS	European Journal for Philosophy of Science
GA	Goldammer's Archiv
H.J.L.&Pub.Pol	Harvard Journal of Law & Public Policy
Ind. L. J	Indiana Law Journal
JA	Juristische Arbeitsblätter
J.Bus.Eth	Journal of Business Ethics
J.Bus.Soc	Journal of Business & Society
J.Phil	The Journal of Philosophy
JZ	Juristische Zeitung
Loy. U. Chi. L.J Loyola	University of Chicago Law Journal
Law&Soc.Rev	Law & Society Review
Md. L. Rev.,	Maryland Law Review
Mc.Gill L.J.	Mc Gill Law Journal
Mich.L.Rev	Michigan Law Review
Mid. S. Phil.	Midwest Studies in Philosophy
Minn.L.Rev.	Minnesota Law Review
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N.Y.U.L.Rev	New York University Law Review
NZWist	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
p.	Página
pp.	Páginas
PG	Parte General

Phil. Rev.	Philosophical Review
PPP	Philosophy, Psychiatry, & Psychology
RCP	Revista de Ciencias Penales
RChD	Revista Chilena de Derecho
RDPCr	Revista de Derecho penal y Criminología
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
REJ	Revista de Estudios de Justicia
RF	Revista de Filosofía
RPDJP	Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia
Rev. Abogados	Revista Abogados
RAEN	Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría
RP	Revista Penal
RPDJP	Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia
RTFD	Revista telemática de Filosofía del Derecho
RW	Rechtswissenschaft
s.	Siguiente
ss.	Siguientes
S.Cal.L.Rev	Southern California Law Review
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional Español
TC	Tribunal Constitucional
U.Ch.L.Rev	University of Chicago Law Review
U.Penn.L.Rev	University of Pennsylvania Law Review
JLPP	University of St. Thomas Journal of Law & Public Policy
Wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht.
YaleL.J	Yale Law Journal
ZA	Zona Abierta
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Introducción

“La especie humana no puede ser entendida sin más como el nuevo sujeto al que referir la responsabilidad, como si la escala fundacional, la de los agentes particulares, hubiera quedado obsoleta, hubiera estallado en mil pedazos, pulverizándose”

Manuel Cruz, *Las malas pasadas del pasado*

“*Alles könnte anders sein - und fast nichts kann ich ändern*”

Niklas Luhmann, *Komplexität und Demokratie*

La cuestión sobre la culpabilidad colectiva ha vuelto con fuerza como objeto de discusión para el mundo contemporáneo. La explicación de este renovado interés se puede situar temporalmente en dos momentos concretos del siglo XX: el primero lo constituye el fin de la segunda guerra mundial y la caída del nacionalsocialismo, momento en el que se percibió que todo aquello no era explicable desde la mera perspectiva de la “maldad de los individuos”, sino que debía de haber “algo más”¹; el segundo se sitúa en la última década del siglo XX, especialmente con el posterior advenimiento de la crisis financiera, donde determinados ámbitos delictivos –como la corrupción, la contaminación o la criminalidad económica– son entendidos no sólo como el producto de una mala motivación individual, sino además como «males estructurales o sistémicos» que hay que combatir². En ambos acontecimientos históricos se ha percibido que los delitos tienen una co-explicación en el carácter criminógeno de las organizaciones a las que los individuos pertenecen –sean aparatos burocráticos, partidos políticos u organizaciones empresariales–, desde las cuales muy a menudo se ha promovido y/u ocultado la criminalidad. Todo ello, de algún modo, ha devuelto al horizonte de posibilidades la opción de resolver la responsabilidad por lo que acontece no sólo en un nivel individual, sino también en la esfera de lo colectivo.

¹ De momento: ARENDT, *Eichmann en Jerusalén*, pp. 402 y s.

² En ese sentido: BARATTA, *Laboratorio del derecho*, pp. 291 y s.

En ese sentido, la tesis se enmarca en un contexto de profunda transformación social, descrita en lugares comunes como sociedad del riesgo o la más reciente revolución tecnológica³. De ella se dice, en ocasiones con manifestaciones un tanto grandilocuentes, que sus procesos han adquirido tal complejidad que los individuos son algo así como “niños en la sociedad del riesgo”⁴. Esa complejidad se ha manifestado muy especialmente a raíz de la crisis financiera internacional, la cual ha despertado un intenso debate acerca de quiénes son sus responsables, así como manifestado la necesidad de adaptar el derecho al carácter complejo y global de los conflictos. De algún modo, la pregunta de quién debe responder por lo que acontece se hace hoy más urgente que nunca, y por ello es necesario actualizar los discursos normativos para dar respuestas diferenciadas a problemas que aparecen a nuestros ojos como novedosos.

A este impulso teórico no ha escapado una dogmática jurídico-penal que, si bien se ha planteado la cuestión de la responsabilidad colectiva desde sus albores, en las últimas décadas ha visto intensificada la discusión. Sin embargo, la discusión jurídico-penal acerca de la viabilidad de una responsabilidad penal colectiva habría entrado en una suerte de “punto muerto”, donde dos posiciones claramente contrarias utilizan argumentos muy parecidos a los de hace ya un siglo, situados a su vez en niveles argumentativos tan diferentes que apenas es posible una auténtica comunicación entre ellos. Por un lado, están quienes, admitiendo el problema político-criminal que suponen ciertas organizaciones criminógenas, sostienen que desde un punto de vista conceptual y dogmático no es posible la integración de sujetos colectivos en el derecho penal, pues al fin y al cabo “las personas jurídicas no delinquen”; por otro lado, se encuentran quienes, reconociendo los problemas dogmáticos que ello supone, sostienen la necesidad político-criminal de introducir a las personas jurídicas en el derecho penal, hasta tal punto que proponen transformar toda la teoría del delito para poder afirmar que, de hecho, las “personas jurídicas delinquen”.

En el presente trabajo se tratará de replantear los términos de la discusión, con el objetivo de proponer una solución a la problemática que se plantea cuando la comisión del delito se produce en el seno de un sujeto colectivo que ha tenido, tanto en un sentido

³ BECK, *Risikogesellschaft*, 1986.

⁴ ROTSCH, *Großunternehmen*, p. 40; sobre las consecuencias de la complejidad social y la idea de riesgo en el derecho: LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, pp. 141 y ss., 225 y ss.; en relación al derecho penal, PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, pp. 199 y ss.

fáctico como normativo, influencia en el mismo. Para ello, la cuestión de la culpabilidad colectiva no sólo se va a tratar desde los argumentos propios de la ciencia penal, sino que ha de analizarse también desde una óptica multidisciplinar. En la medida en que la discusión penal continental sobre la responsabilidad empresarial se ha producido un poco “de espaldas” a la filosofía y muy “de cara” a la sociología contemporánea, se tratará de recuperar un ámbito –concretamente la discusión filosófica de segunda mitad del siglo XX– en mi opinión injustamente olvidado, donde la discusión podría encontrar un nuevo impulso. En todo caso, y por decirlo en un lenguaje conocido entre los penalistas, se parte de que el derecho penal está lejos de ser plenamente autorreferencial en cuanto a la definición de sus conceptos se refiere; más aún si se trata del concepto de culpabilidad, cuyo carácter multidisciplinar y polisémico exige un tratamiento desde perspectivas diversas⁵.

Por otra parte, el hecho de que el ámbito principal de la investigación sea el derecho penal introduce una serie de exigencias añadidas. El concepto de culpabilidad que baraja el penalista, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos, no se reduce al campo teórico, sino que está también referido a una serie de prácticas penitenciarias aplicadas diariamente a personas concretas, que tienen su origen precisamente en una declaración de culpabilidad de un juez penal. Usando la terminología de FOUCAULT, la ciencia penal constituye un “saber” que sobrepasa las fronteras de lo descriptivo o lo abstracto, pues está íntimamente ligado a un “poder” configurador de la realidad social. Dicho de otro modo, las palabras que se barajan en el derecho penal, palabras como culpabilidad, pena o imputabilidad, son “palabras que hacen cosas”⁶.

En ese sentido, para compensar el carácter indeterminado del objeto de estudio –el “monstruo de la culpabilidad”, según dijo Arthur KAUFMANN⁷– es necesario

⁵ LÜBBE, *Verantwortung*, p. 20; WESTENDORP BOERMA, *Collective Guilt*, pp. 20 y s.

⁶ FOUCAULT (*La verdad y las formas jurídicas*, pp. 37 y ss.) identifica la ciencia penal, como el resto de saberes jurídicos, como un “saber-poder”. Es decir, un conjunto sistemático de enunciados que, a diferencia de lo que se cree, van más allá del saber descriptivo, de modo que, en realidad, tienen consecuencias prácticas sobre la sociedad y las personas. En ese sentido, palabras como «culpabilidad», «imputabilidad», «pena» o «peligrosidad» –tal como descubrió ya AUSTIN en su obra *How to do things with words*– constituyen enunciados performativos; es decir, son palabras “que hacen cosas”.

⁷ KAUFMANN, *Schuldprinzip*, p. 7, quien a su vez parafrasea a RADBRUCH, que había empleado el calificativo en referencia al concepto de acción.

compensarlo con cierta dosis de “historicidad”⁸. Es necesario preguntarse cómo se puede hacer operativo el análisis de cara al presente, y si habría algún modelo de responsabilidad, aplicable a determinados colectivos y respetuoso con los principios básicos del discurso jurídico-penal, que pueda ayudar a resolver los conflictos sociales a los que se enfrenta el derecho. Siendo ese el objeto de estudio, la perspectiva irá evolucionando desde el análisis de la culpabilidad colectiva en sentido filosófico y sociológico (§I), pasando por un análisis dogmático de la compatibilidad de la culpabilidad con la identidad de la organización empresarial (§II), para concluir con una propuesta original de modelo de responsabilidad y de sistema de imputación para los sujetos colectivos, armonizable con el discurso penal continental, y concretado en la empresa (§III).

⁸ Tomo la expresión de TEUBNER (*Collisione Discursuum*, p. 189) para quien el antídoto contra el riesgo de construir super-discursos se encuentra precisamente en la “historicidad” de los mismos, esto es, con su capacidad de enfrentarse a los conflictos.

Índice

	Pág
Resumen/Abstract.....	vii
Abreviaturas.....	ix
Introducción.....	xi
PARTE I: CULPABILIDAD COLECTIVA: APROXIMACIÓN CRÍTICA A LOS FUNDAMENTOS.....	1
Cap. 1. Culpabilidad y responsabilidad colectiva en el pensamiento filosófico contemporáneo: de JASPERS a PETTIT	5
a) JASPERS y los tipos de culpa.....	6
b). ARENDT y la distinción entre culpabilidad y responsabilidad.....	11
b.1. La disolución del concepto de culpa en el principio de responsabilidad.....	14
b.2. La culpabilidad y responsabilidad colectiva ¿regresión o signo de modernidad?	19
c) Responsabilidad e intencionalidad desde un paradigma colectivo: FEINBERG, FRENCH, SEARLE y PETTIT	25
c.1. FEINBERG y los requisitos sociales necesarios para la fundamentación de la responsabilidad colectiva.....	25
c.2. FRENCH y la empresa como sujeto intencional a través de las “ <i>CID</i> <i>Estructures</i> ”.....	27
c.2.1. Una crítica al modelo de intencionalidad colectiva de FRENCH.....	28
c.2.2. Segunda crítica: la ocultación del agente en los predicados del lenguaje....	30
c.3. SEARLE: la teoría de los hechos institucionales y la intencionalidad colectiva..	34
c.4. PETTIT y la agencia colectiva a través de la colectivización de la razón	37
d) Recapitulación. La culpabilidad colectiva como error categorial y la distinción entre culpabilidad y responsabilidad.	41
d.1. La culpabilidad colectiva como metáfora, no como concepto jurídico: el error categorial.....	41
d.2. La intencionalidad colectiva: ¿es suficiente para justificar una culpabilidad?.	42
d.3. La distinción entre culpabilidad y responsabilidad: la apertura del principio de responsabilidad a los sujetos colectivos.....	44
Cap. 2. Aproximación a la culpabilidad colectiva en el constructivismo y la teoría de sistemas.....	45
a) La teoría de sistemas: aproximación a los conceptos fundamentales.....	50
a.1. El derecho en la teoría de sistemas de Niklas LUHMANN	51
a.1.1. Algunos precedentes en relación a la culpabilidad colectiva: GIERKE y KELSEN.....	51
a.1.1.1. GIERKE y el concepto de organismo.....	51
a.1.1.2. KELSEN y el concepto de persona jurídica.....	53
a.1.2. El derecho como sistema autopoiético de segundo orden.....	57
a.1.3. El concepto de sujeto en la teoría de sistemas: primera aproximación.....	63
a.1.3.1. El sujeto como sistema autopoiético: el carácter instrumental de la	

subjetividad.....	63
a.1.3.2. El carácter contextual y abierto del concepto de persona	67
a.2. La recepción de la teoría de sistemas en las fundamentaciones de la culpabilidad colectiva.....	68
a.2.1. El “supra-concepto” de sujeto penal: el modelo inclusivo de BACIGALUPO, GÓMEZ-JARA, LAMPE y BOTTKE.....	68
a.2.1.1. La selección de la organización colectiva como sujeto penal.....	70
a.2.2. La teoría de las normas en el constructivismo: las normas como aseguramiento de expectativas normativas	73
a.2.3. La fundamentación de la culpabilidad colectiva por organización.....	77
b). Crítica a la teoría de sistemas y a su fundamentación de la culpabilidad colectiva	81
b.1. Las críticas metodológicas al constructivismo: ¿es el derecho un sistema autorreferencial?.....	82
b.1.1. El problema de la adscripción en el constructivismo: el derecho frente a la comunicación social	86
b.2. Crítica al concepto de sujeto en la teoría de sistemas.....	88
b.2.1. La autopoiesis como dato normativamente irrelevante.....	89
b.2.2. Constructivismo y ocultación del agente: la comunicación sin sujetos.....	91
b.2.3. El error categorial: la falacia naturalista de la autopoiesis.....	94
b.2.4. Propuesta alternativa desde el paradigma constructivista: la exclusión del sujeto colectivo de la «forma» del sujeto penal	97
b.3. Las críticas a la teoría de las normas en el constructivismo: ¿quién garantiza el cumplimiento de la expectativa?	102
c) La crítica a la culpabilidad colectiva en el constructivismo: recapitulación y conclusiones	107
c.1. Crítica primera. La crítica metodológica: la teoría de sistemas frente al carácter normativo del derecho penal.....	107
c.2. Crítica segunda. La insuficiencia de la comunicación social como fundamento de la culpabilidad colectiva	108
c.3. Crítica tercera. La organización empresarial: entre el “sentido” y la “naturaleza”	110
c.4. Crítica propositiva. La apertura de la teoría de sistemas y la posibilidad de cuestionar la culpabilidad colectiva desde sus presupuestos.....	111
§ Conclusiones provisionales de la Parte I	112
PARTE II: CULPABILIDAD PENAL E IDENTIDAD DE LA EMPRESA.....	117
Cap. 1. Derecho penal e identidad penal. Tres críticas metodológicas y el desafío ontológico de la identidad del sujeto colectivo	119
a) Tres cuestiones metodológicas.....	119
a.1.El método funcional frente al método funcional.....	119
a.2. Una crítica a la pretensión de modernidad de la culpabilidad empresarial.....	122
a.3. ¿Es posible una crítica a la culpabilidad colectiva desde una perspectiva no naturalista/idealista?	125
a.4. Una diferenciación entre “lo normativo” y “el normativismo”.....	127
b) Identidad y culpabilidad: esquema conceptual previo.....	129
b.1. La conexión entre el principio de culpabilidad y el de identidad....	130
b.2. Teorías de la identidad: tipos y consecuencias para el problema de la	

culpabilidad colectiva	133
b.2.1. La crítica a la teoría reduccionista de la identidad y su correlato en el constructivismo	135
b.2.2. La crítica a la teoría metafísica de la identidad y su insuficiencia de cara al sujeto colectivo.....	137
b.3. La identidad colectiva y las teorías de la narratividad	138
b.4. Hipótesis provisional: La organización compleja como combinación de estructura (colectiva) y acciones (individuales)	142
 Cap. 2: Identidad como continuidad biográfica y como unidad de acción en la empresa.....	147
a) Identidad y temporalidad: el problema de la continuidad biográfica en la empresa	148
a.1. Intentos de fundamentar la continuidad temporal en la identidad empresarial..	149
a.2. Análisis crítico conjunto: ¿es posible una auténtica continuidad biográfica en la empresa?	152
a.3. Otras cuestiones relevantes en la identidad temporal de la empresa: la “muerte” y la “mayoría de edad” empresarial.....	156
b) Problemas derivados del aspecto complejo de la identidad empresarial: la cuestión del todo y las partes	160
b.1. El problema del “todo y las partes” en la organización colectiva y los modelos de «culpabilidad por el hecho propio» y de «culpabilidad por transferencia»	161
b.1.1. La dependencia de la organización colectiva respecto de la decisión de sus miembros (y a la inversa: la influencia de aquella sobre éstos).....	163
b.2. El argumento de JAKOBS ¿culpabilidad de la empresa o culpabilidad del órgano?	168
b.3. El problema de la originación del acto empresarial: una revisión de los problemas de falta de acción y evitabilidad en el sujeto colectivo.....	172
b.4. Posibilidades de armonización.....	178
b.4.1. Modelo 1: Culpabilidad empresarial e inimputabilidad individual.....	178
b.4.1.1. Crítica.....	179
b.4.2. Otros modelos de compatibilización de culpabilidad empresarial y culpabilidad individual	180
 Cap. 3: La identidad empresarial en la teoría de sistemas: autopoiesis, memoria y cultura organizativa.....	183
a) Primera equivalencia funcional: el sujeto empresarial como sujeto autónomo y como máquina histórica (de nuevo sobre la autopoiesis)	184
a.1. Exposición	184
a.2. Crítica.....	190
b) Segunda equivalencia funcional: memoria cerebral y memoria organizativa.....	193
b.1. Exposición.....	193
b.2. Críticas	196
b.2.1. Crítica primera: la memoria organizativa y su dependencia de las memorias individuales	196
b.2.2. Tipo subjetivo e intelectualismo moral: ¿dónde están los elementos volitivos?.....	200
c) Tercera equivalencia funcional: la cultura/filosofía empresarial como fundamento de la culpabilidad (GÓMEZ-JARA, LAMPE y HEINE).....	201

c.1. Exposición.....	201
c.2. Críticas	204
c.2.1. Crítica primera. Cultura o filosofía empresarial como fundamento de una culpabilidad por el carácter. Una crítica al modelo de HEINE y de LAMPE	204
c.2.2. Culpabilidad por el hecho empresarial: la normativización del hecho en GÓMEZ-JARA	206
Cap. 4. Empresa, identidad subjetiva y los fines del derecho penal.....	211
a) Introducción: la relación entre el problema de la conciencia en el derecho penal y la culpabilidad empresarial	211
a.1. ¿Por qué es necesaria una conciencia competente para la atribución de culpabilidad penal?.....	215
b) La empresa y los fines del derecho penal: ¿a quién se dirigen las normas y la pena?.....	217
b.1. Empresa y prevención general: el “nexo de comunicación” entre sujeto y norma	218
b.1.1. Empresa y prevención general negativa	220
b.1.2. Empresa y prevención general positiva.....	221
b.2. Empresa y prevención especial.....	223
b.3. Empresa y retribución: ¿quién interioriza el contenido de la sanción colectiva?	224
b.3.1. La empresa como «metasujeto»: ¿es suficiente la distinción entre culpabilidad colectiva y culpabilidad organizativa?.....	226
b.3.2. La afectación de la sanción penal a los socios y el principio de personalidad de las penas.....	228
b.3.3. Capacidad de orientación autónoma como presupuesto de la retribución... ..	232
b.3.4. La «realidad» de la pena: la falta de soporte receptivo en la empresa	234
Cap. 5. Empresa e identidad ético-moral: agencia moral y reproche en el sujeto colectivo.....	241
a) Introducción: la relación entre el derecho penal, la ética y la cuestión de la culpabilidad de la empresa	241
b) La empresa como sujeto moral: propuestas de fundamentación.....	245
c) Crítica a la fundamentación de la agencia moral de la empresa	247
c.1. Cuestión previa: el “momento moral” de la comunicación penal.....	248
c.2. La empresa como sujeto orientado al beneficio económico.....	251
c.3. La empresa como sujeto moral heterónomo.....	252
c.4. La pena como precio del comportamiento defectuoso.....	254
c.5. Las teorías del “buen ciudadano corporativo” y del “shaming” empresarial: la paradójica reentrada de la ética en el derecho penal.....	256
Cap. 6. Empresa e identidad política: ciudadanía y culpabilidad	261
a) Aproximación a la relación entre la ciudadanía política y culpabilidad penal ...	261
a.1. La ambigüedad de la posición original de RAWLS y una interpretación posible	262
a.2. Teoría del discurso y ciudadanía: análisis de la culpabilidad y la libertad comunicativa en GÜNTHER.....	265
b) El requisito de ciudadanía y la culpabilidad empresarial: ¿qué ciudadanía exige el concepto de culpabilidad?.....	270
b.1. ¿Ciudadanía mínima <i>versus</i> ciudadanía máxima?.....	270
b.2. La ciudadanía corporativa: un análisis crítico.....	271

c) Hacia un concepto de ciudadanía como expresión de la igualdad en el Estado democrático de derecho.....	273
d) Conclusión: el sujeto colectivo como un “no-igual” a las personas individuales.....	277
§ Conclusiones provisionales de la Parte II	279
PARTE III: TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD ESTRUCTURAL RELATIVA DE LA EMPRESA.....	287
Cap. 1. Teoría de la responsabilidad estructural de la empresa: un esbozo del sistema de imputación colectiva	291
a) Introducción: nueva realidad, ¿”viejos” conceptos?	291
b) La responsabilidad estructural relativa: un sistema de imputación diferenciado para el sujeto colectivo.....	292
b.1. Fundamento y definición	294
b.1.1. ¿Por qué responsabilidad?	295
b.1.2. ¿Por qué estructural?	297
b.1.3. ¿Por qué relativa?.....	301
b.1.3.1. Tipología de estructuras	302
b.1.4. Fundamento ontológico y normativo	304
b.2. La responsabilidad estructural como derecho reflexivo o control del contexto.	305
b.3. El sistema de imputación colectiva.....	308
b.3.1. La parte objetiva	310
b.3.2. La individualización de la responsabilidad estructural relativa.....	313
b.3.3. El injusto de la organización como injusto estructural de carácter objetivo accesorio e incompleto.....	316
c) Aproximación al sistema de responsabilidad colectiva del 31 bis del Código penal (según el proyecto de reforma de 2014).....	317
c.1. Una breve aproximación descriptiva a la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras proyecto de reforma de 2014.....	319
c.1.1. ¿Qué sujetos colectivos?	319
c.1.2. ¿Qué delitos?	321
c.1.3. ¿Qué sanciones? La controvertida interpretación de la pena de multa.....	321
c.2. El sistema de «doble vía» de la responsabilidad colectiva: ¿responsabilidad por el hecho propio o por el hecho ajeno?.....	325
c.2.1. El sistema de imputación del 31 bis y el Compliance como causa de exclusión de la RPPJ: una descripción	325
c.2.2. ¿Responsabilidad por el hecho ajeno?	327
c.2.3. ¿Culpabilidad por el hecho propio?	330
c.2.4. Crítica conjunta a la interpretación del 31 bis conforme a los modelos de heteroresponsabilidad y culpabilidad por el hecho propio	332
c.3. El sistema de imputación del 31 bis desde el paradigma de la responsabilidad estructural: propuesta de interpretación	336
Cap. 2. Compliance e imputación colectiva	339
a) Aproximación al fenómeno del «compliance»: función y características.....	339
a.1. «Compliance» y la idea de la autorregulación: ¿“derecho sin Estado”?.....	342
b) «Compliance» e imputación colectiva.....	346
b.1. La distinta incidencia del «compliance» en el modelo de hetero-	

responsabilidad y el de culpabilidad por el hecho propio	347
b.2. «Compliance» e imputación en el modelo de responsabilidad estructural.....	348
b.3. Imputación sin «compliance» formalizado.....	351
b.4. Imputación con «compliance» en transición.....	351
b.5. Ausencia de «compliance» como comportamiento típico del administrador (art. 286.7 CP de la reforma)	353
c) Recapitulación: el «compliance» como deber reforzado del administrador.....	354
 Cap. 3. Sanción penal y sujeto colectivo	357
a) Cuestiones previas a la delimitación del concepto de pena y su relación con la persona jurídica.....	357
a.1. ¿Hay algo que añadir a lo que ha dispuesto el legislador?	357
a.2. La heterogeneidad del fenómeno sancionador y la diferencia entre el fenómeno administrativo y el penal	358
a.3. Una constatación: la pena privativa de libertad como condicionante del concepto de pena.....	361
b) El concepto de pena desde la perspectiva de la finalidad del ordenamiento penal y de la teoría de las normas.....	362
b.1. El concepto de pena desde la perspectiva de su finalidad.....	363
b.2. El concepto de pena desde la perspectiva de la estructura de las normas.....	365
b.3. Conclusión: la exclusión del sujeto colectivo del concepto de pena.....	367
c) Sanción penal y empresa: sanciones con culpabilidad (penas) y sanciones sin culpabilidad.....	369
c.1. Un sistema penal diferenciado en subsistemas: las diferentes funciones del juez penal.....	369
c.2. Sanción colectiva (sin culpabilidad): “ <i>Strafe ohne Schuld, aber nicht ohne Grund</i> ”	373
c.2.1. El fundamento de la sanción colectiva: la distribución equitativa y la legitimación frente a los socios.....	376
c.2.2. La sanción colectiva como adecuada a la identidad débil de la empresa: la compensación de la dimensión colectiva añadida al injusto personal.....	382
 § Conclusiones provisionales de la Parte III	384
 §§ Conclusión final	389
§§ Final conclusion	394
 Bibliografía.....	403

Parte I. CULPABILIDAD COLECTIVA. APROXIMACIÓN CRÍTICA A LOS FUNDAMENTOS

Si bien el problema de la culpabilidad colectiva tiene un claro reflejo en la discusión actual sobre de la responsabilidad penal de la empresa⁹, también es cierto que abarca fenómenos que van más allá de ella y de lo que conocemos como criminalidad económica. En ese sentido, la presente parte se pretende analizar la culpabilidad o responsabilidad colectiva en sentido amplio¹⁰. La complejidad del tema justifica que el análisis se extienda a ámbitos muy variados –además del derecho, la filosofía o la sociología–, cada uno de ellos influido por lo que se ha venido llamando en el pensamiento contemporáneo como acoplamiento discursivo¹¹; es decir, el hecho de que el fenómeno de la culpabilidad, entre otros muchos, no se puede observar desde una sola perspectiva, sino más bien desde el conflicto entre muchas de ellas.

El problema de la culpabilidad colectiva se encuentra actualmente tensionado, también en la discusión penal, por dos discursos claramente diferenciados: por un lado, el «discurso antropocéntrico», centrado en la acción individual y conectado a un principio de culpabilidad individual; y, por otro lado, el «discurso sistémico o comunicativo», donde lo relevante no es tanto el individuo como el propio sistema social, y la culpabilidad penal aparece como una herramienta funcional¹². El primero adquiere su

⁹ Si bien el análisis de la culpabilidad de la empresa se realizará en la segunda y tercera parte –en la primera se mantendrá en el nivel del sujeto colectivo como concepto genérico–, es necesario advertir ya que sólo serán consideradas aquellas organizaciones con un mínimo de estructuración y organización material, al menos el suficiente para “añadir” algo a los miembros individuales que la componen. Sobre ello, vid: II.1.b.4. No obstante, a efectos explicativos, se utilizará principalmente el término «empresa», si bien los análisis serán igualmente aplicables a otras personas jurídicas como fundaciones, partidos políticos y otras formas de organización colectiva.

¹⁰ Dentro de las cuestiones relativas a la responsabilidad colectiva se suele distinguir, como mínimo, entre responsabilidad de colectivos organizados y responsabilidad grupal (“*random collectives responsibility*”). vid. al respecto: LÜBBE, *Verantwortung*, pp. 23 y s. El análisis se centrará, en ese sentido, en la responsabilidad de colectivos organizados.

¹¹ El acoplamiento discursivo significa que la aproximación a los conflictos sociales no tiene lugar ya en interior una perspectiva teórica única, como la sociología o la filosofía, sino más bien en el conflicto entre discursos diversos. Así, TEUBNER, *Derecho como sujeto epistémico*, pp. 538: “Dado que la sociedad moderna viene caracterizada, de un lado por fragmentarse en diferentes epístemas y, de otro, por la interferencia entre los mismos, el discurso se ve atrapado en una trampa epistémica”. El mismo, *Collisione Discursuum*, pp. 174 y ss. También: KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, p. 22.

¹² Como se verá en I.2, si bien el paradigma sistémico incide más en el sistema que en el sujeto mismo, parecería que podría haber vías de conciliación con la responsabilidad penal individual. Sobre las diferentes perspectivas epistemológicas en conflicto: TEUBNER, *Derecho como sujeto epistémico*, pp. 533 y ss. Curiosamente, este conflicto podría interpretarse como una repetición contemporánea del que existió

máxima expresión en KANT¹³, principalmente en su idea –ya presente con anterioridad¹⁴– de que la persona sólo puede responder por su propia culpabilidad como sujeto libre, sin que se le pueda castigar por la culpabilidad de otro¹⁵. Dicho discurso ha sido dominante, al menos en lo que a la discusión de la responsabilidad colectiva respecta, hasta la aparición y el éxito del funcionalismo como método de aproximación a los conflictos jurídico-penales¹⁶. En esta última perspectiva, la culpabilidad no se entendería tanto como una forma de indagar en el origen subjetivo del hecho delictivo, sino como una herramienta para reducir la complejidad social, de justificar funcionalmente la pena y de estabilizar la sociedad¹⁷.

Así, el problema del delito en general, y de aquellos que tienen lugar en contextos complejos en concreto, se ve de diverso modo si se considera al sujeto individual como centro de lo jurídico, o si se otorga ese privilegio al sistema social o colectivo en que aquél se inserta¹⁸. Para ir desgranando la relación entre el discurso antropocéntrico y el discurso funcional-sistémico en la discusión sobre de la culpabilidad colectiva, la primera parte constituye una aproximación desde diversas perspectivas. En el primer capítulo (I.1) se tratará la perspectiva filosófica, tomando la discusión en su punto de partida genérico o político, a raíz de la aportación de JASPERS tras la experiencia histórica del nacionalsocialismo. Se abordarán también las posteriores distinciones conceptuales internas a la perspectiva filosófica, con el objetivo de clarificar la relación

en su día entre la visión liberal y la romántica del fenómeno de la culpabilidad, y particularmente de la culpabilidad colectiva. cfr. FLETCHER, *Collective Guilt*, pp. 1499 y ss.

¹³ Una descripción muy temprana del carácter individualista de la teoría kantiana (extensible a HEGEL y FICHTE): BINDER, *Juristischen Persönlichkeit*, pp. 11 y ss.; cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, pp. 387 y ss. No obstante, una interpretación de KANT en sentido de aceptar a las personas colectivas como sujetos de imputación, AICHELE, *Persona physica und persona moralis*, p. 10.

¹⁴ KANT no hace sino dar forma a una tradición filosófica personalista que va desde ARISTÓTELES hasta PUFENDORF, en la que la doctrina de la imputación tiene arraigo en el sujeto individual, cfr. al respecto: MAIHOLD, *Strafe*, pp. 4 y ss.

¹⁵ De momento, sobre la influencia de dicho paradigma, como también de su crisis presente: MAIHOLD, *Strafe*, pp. 3 y ss.

¹⁶ Sobre la crítica sociológica al concepto de culpabilidad, de momento: MAIHOLD, *Strafe*, pp. 5 y s.; BARATTA (*Integración-prevención*, pp. 537 y s.), por su parte, señala el concepto de culpabilidad, y la idea del individuo como centro del análisis social y jurídico, como los principales afectados por la irrupción de la teoría de sistemas en la dogmática jurídico penal en las últimas tres décadas.

¹⁷ Sobre ello, extensamente: I.2.

¹⁸ En un sentido similar, BACIGALUPO ZAPATER (*Compliance y Derecho penal*, pp. 93 y ss.) coloca la discusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la tensión existente entre el discurso de la racionalidad racional-instrumental (basada en el individuo) y la racionalidad comunicativa de LUHMANN y HABERMAS. Se ve también claramente en la afirmación de BACIGALUPO SAGESSE (*Criterios de imputación*, p. 4), que es ya un lugar común: “En la medida en que se pretenda seguir vinculando la responsabilidad penal de las personas jurídicas a categorías dogmáticas elaboradas a partir y para el ser humano, será imposible ofrecer un modelo de imputación adecuado a aquél”.

entre las formas de responsabilidad individual y colectiva¹⁹. En el segundo capítulo (I.2) se abordará la perspectiva sociológica a partir del constructivismo y la teoría de sistemas, de cara a dilucidar en qué medida dichos presupuestos pueden tomarse como fundamento de una culpabilidad empresarial. Analizando estos campos del conocimiento se pretende clarificar en qué momento del acoplamiento discursivo nos encontramos y, sobre todo, qué fundamentos permitirán sostener una solución óptima al problema de la atribución de responsabilidad por lo que ocurre en contextos colectivos.

¹⁹ Se acotará la cuestión específicamente a las aportaciones de la filosofía contemporánea en la medida en que el objeto de estudio del presente trabajo (los delitos en estructuras complejas) constituye un problema específico de la sociedad contemporánea. No obstante, habrá referencias históricas en I.1.b.2.

Capítulo 1. Culpabilidad y responsabilidad colectiva en el pensamiento filosófico contemporáneo: de JASPERS a PETTIT

El problema de la culpabilidad colectiva tuvo que ver mucho antes con una cuestión teológica y filosófica que con una de responsabilidad empresarial²⁰. En ese sentido, la culpa colectiva se ha descrito habitualmente como la carga que lleva consigo el individuo por su pertenencia a una especie (pecado original o culpa existencial) o a un pueblo (culpa histórica)²¹. Por otra parte, cualquier análisis histórico de los conceptos de responsabilidad y de culpabilidad manifestará cierta tensión dialéctica entre la tendencia a atribuir ambos al colectivo y a los individuos que lo integran.

Varias son las causas del resurgimiento de la responsabilidad colectiva como cuestión problemática para el mundo contemporáneo: la primera es de carácter político, relacionada con acontecimientos como el nacionalsocialismo o los fascismos, a partir de los cuales se percibió como obligado repensar la noción de culpabilidad colectiva de cara a una mejor explicación de lo acontecido en el siglo XX²²; la segunda, más reciente y con tintes sociológicos, se corresponde con lo que JONAS describió como “el carácter modificado de la acción”²³, esto es, los cambios producidos por la era tecnológica y su consecuente difuminación de las esferas de organización individuales, todo lo cual está reavivando la crisis de la responsabilidad individual y un nuevo auge de lo colectivo o sistémico²⁴.

²⁰ En sentido parecido: NEUMANN, *Verbänden*, p. 14; HIRSCH, *Responsabilidad penal de las asociaciones*, p. 1103; HILGENDORF, *Naturalismus im (Straf-) Recht*, p. 97. En relación a la culpabilidad en general, RICOEUR, *Finitud y culpabilidad*, p. 259: “La culpabilidad, considerada aisladamente, estalla en varias direcciones: en la dirección de una reflexión ético-jurídica sobre la relación entre penalidad y responsabilidad; en la dirección de una reflexión ético-religiosa sobre la conciencia delicada y escrupulosa, y, finalmente, en la dirección de una reflexión psíquico-teológica sobre el infierno de una conciencia acusada y condenada”.

²¹ Un amplio análisis sobre la culpabilidad colectiva en los distintos planos: FLETCHER, *Collective guilt*, pp. 1499-1573. Sobre la culpa en la teología: HARSCH, *Schuldproblem*, pp. 19 y ss. Sobre la culpa desde una perspectiva histórica: ROTHENPIELER, *Kollektivschuld*, pp. 17 y ss. Sobre la evolución del concepto mismo de culpabilidad colectiva: QUANTE, *Sanktionsmöglichkeiten*, pp. 104 y ss.

²² En ese sentido: ROTHENPIELER, *Kollektivschuld*, p. 7. Sobre el carácter “sistémico” de los fenómenos ocurridos en el siglo XX, como también de la responsabilidad por los mismos: NOLLKAEMPER/VAN DER WILT, *System Criminality in International Law*.

²³ JONAS, *Principio de responsabilidad*, pp. 36 y ss.

²⁴ De momento, sobre la relación entre estas cuestiones y el fenómeno penal: LÜBBE, *Verantwortung*, pp. 121 y ss.; SEELMANN, *Kollektive Verantwortung*, pp. 1 y ss.

El presente capítulo tiene dos objetivos simultáneos: situar las bases conceptuales de la discusión, para lo cual se definirán, a partir de las contribuciones de JASPERS, ARENDT, FRENCH o PETTIT, conceptos básicos como el de culpabilidad, responsabilidad o intencionalidad; en segundo lugar, intentar explicar cómo la discusión más reciente viene marcada por un tránsito desde el discurso moderno de culpabilidad individual hacia el discurso post-moderno de responsabilidad²⁵.

a) JASPERS y los tipos de culpa

La aportación de JASPERS tiene lugar en el contexto de la interpretación de los hechos del nacionalsocialismo, de modo que se mueve en el campo conceptual de la relación entre la culpabilidad individual y la de la sociedad entera, el Estado²⁶. En ella trata de ordenar el universo semántico de la culpa, todo ello sin entrar en profundidad en los tipos de participación de cada cual en los crímenes cometidos.

JASPERS distingue entre cuatro tipos de culpa: la «culpa moral», que interpela a la conciencia a responder por los propios actos; la «culpa criminal», coincidente con la clásica culpabilidad penal, predicada de quien infringe una norma social inequívoca; la «culpa metafísica», que constituye una especie de solidaridad universal²⁷ por la que cada hombre es responsable por las injusticias del mundo; y la «culpa política», que corresponde al individuo en tanto perteneciente a una comunidad política, y que surge por los actos que quien la gobierna realiza en su nombre²⁸. Esta sistematización es muy

²⁵ Sobre este cambio, de momento, vid. MAI HOLD, *Strafe*, p. 13.

²⁶ Se presenta, de hecho, como una recopilación de “lecciones sobre la situación espiritual de Alemania” (JASPERS, *Culpa*, p. 43), realizadas sólo un año después de la conclusión de la segunda guerra mundial, al tiempo que la mayor parte de consideraciones analíticas tienen lugar en referencia a Alemania como Estado y a “los alemanes” como comunidad política (pp. 50 y ss.). Aunque en los análisis más recientes de la responsabilidad colectivo-empresarial no se hace excesiva referencia a la responsabilidad del Estado, se pueden encontrar análisis interesantes en LAMPE (*Systemunrecht und Unrechtssysteme*, pp. 700 y ss.; 709 y ss.; *Strafphilosophie*, p. 119), quien interpreta los sistemas estatales pervertidos (como Alemania a partir de 1933) como “sistemas de injusto”; y en SEELMANN, *Dispersión de la responsabilidad*, p. 222; el mismo, *Kollektive Verantwortung*, p. 15. Asimismo, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, § 23, VI. Sobre la culpabilidad en relación al concepto de “pueblo” (“*Volk*”): ROTHENPIELER, *Kollektivschuld*, p. 18 (en relación al nacionalsocialismo en concreto: pp. 66 y ss.). Sobre la relación de la responsabilidad empresarial con las precedentes teorías de la responsabilidad penal del propio Estado entre los s. XVI y XIX: BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, pp. 80 y ss. También, sobre al derecho internacional y el caso de Serbia en concreto: SIMPSON, *Men and abstract entities*, pp. 69 y ss.; KOHLHOFF (*Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, p. 321), por su parte, niega la posibilidad de una culpabilidad colectiva en el Estado, por ser su identidad demasiado difusa.

²⁷ vid. GARZÓN VALDÉS, *Introducción*, pp. 34 y ss.

²⁸ JASPERS, *Culpa*, pp. 53 y ss. En relación al nacionalsocialismo, esta idea estaba muy presente en los análisis posteriores de los Aliados: “Los Nazis son el producto del Reino Alemán” o “Hitler no es un accidente!”, cfr. ROTHENPIELER, *Kollektivschuld*, p. 70. Sobre la culpa política, entendida como una

significativa, pues contribuyó decisivamente al debate sobre la culpabilidad en dos sentidos: en tanto ordenó tipológicamente el mapa conceptual de la culpabilidad, sentando las bases del debate posterior²⁹; y, por otro lado, porque reivindicó el papel del individuo, y por tanto de la responsabilidad individual, en los procesos históricos³⁰.

La «culpa penal» y la «culpa moral» son, en principio, delimitables y correlativas a acciones u omisiones concretas, por las que el individuo debe responder ante un tribunal en el primer caso, o ante su propia conciencia en el segundo. La «culpa política» y la «culpa metafísica» son conceptualmente más complejas, pues siendo también individuales³¹ –no operan “en el aire”, sino en una conciencia–, son atribuidas por la relación o pertenencia del individuo al colectivo sociedad y humanidad respectivamente³². Por un lado –aclara JASPERS–, la «culpabilidad metafísica» tiene una naturaleza muy distinta de la moral y la criminal: supone una especie de “carga” inevitable propia del ser humano³³ (“si nosotros hombres nos pudiéramos liberar de aquella culpa metafísica seríamos ángeles”³⁴). Este tipo de culpa está muy presente también en el existencialismo, principalmente en HEIDEGGER, quien afirma que el mero hecho de vivir y tener que elegir en el transcurso de la existencia genera un “ser

culpabilidad ético-social cuyo carácter propiamente penal es discutible por su carácter indefinido e indeterminado, vid. LAMPE, *Systemrecht und Unrechtssysteme*, p. 735.

²⁹ Afirmando que la contribución del autor fue “decisiva” para la posterior discusión acerca de las diferentes formas que la culpabilidad puede adoptar: GATTINI, *A historical perspective*, p. 107.

³⁰ Años más tarde, esa misma opción por la culpabilidad individual se tomaría en Nuremberg al juzgar los crímenes de genocidio. A pesar de que el Estatuto del Tribunal Internacional dirigía la acusación no solo a individuos sino también a las organizaciones consideradas criminales (El consejo de ministros del Reich, El cuerpo de dirigentes políticos del Partido Nacionalista de los Trabajadores de Alemania, La Gestapo, La SA, La SS, entre otros), el Tribunal redujo las acusaciones a los individuos, obviando la opción de las organizaciones, vid. JASPERS, *Culpa*, p. 72; ROTHENPIELER, *Kollektivschuld*, pp. 127 y ss.; DRUMBL, *Collective responsibility*, p. 23; PUNCH, *Why Corporations Kill*, p. 45. Lo mismo sucedió recientemente con el juicio a Slobodan Milosevic, en cuya acusación se dijo lo siguiente: “El acusado en este caso, y en el resto de casos anteriores de este tribunal, está acusado como individuo (...). Ningún estado u organización está siendo juzgado hoy” *Prosecutor v. Slobodan Milosevic, Prosecution Opening Statement*, 8 IT-02-54-T (12 February 2002). Vid. críticamente: NOLLKAEMPER, *Introduction*, p. 3; SIMPSON, *Men and abstract entities*, pp. 72 y ss.

³¹ Respecto al carácter de la «culpa metafísica» en JASPERS hay no pocas controversias, en tanto con ella JASPERS se “acerca peligrosamente” a una especie de responsabilidad por el hecho ajeno. Cfr. MELLEMA, *Collective responsibility*, pp. 74 y s. Crítico con JASPERS, también: ROTHENPIELER, *Kollektivschuld*, pp. 260 y ss.

³² Vid. MELLEMA, *Collective Responsibility*, p. 74.

³³ JASPERS, *Culpa*, p. 60; de la misma opinión, ARENDT, *Responsabilidad colectiva*, pp. 8 y ss.; WOLF, *Kollektive Verantwortung*, p. 173; ISAACS, *Collective contexts*, pp. 77 y s.

³⁴ JASPERS, *Culpa*, p. 55. Esta idea está desarrollada en profundidad en la literatura de DOSTOIEVSKY (*Los hermanos Karamazov*, p. 288), en la idea de que cada uno “es culpable por todos y por todo ante todas las personas, por todos los pecados del hombre, colectivos y personales (...) cada uno de nosotros es culpable por todos y por todo en la tierra, sin duda alguna, no sólo de la culpa general de la humanidad, sino por todos y por cada uno de los hombres en particular”. Sobre el tratamiento de la culpa en DOSTOIEVSKY, en un contexto jurídico-penal, vid. GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, p. 165 (nota 115).

culpable”, independiente de hechos, que forma parte constitutiva del “*Dasein*” del hombre³⁵. En cualquier caso, la culpa metafísica no puede suponer sino una responsabilidad “sui géneris”, sin consecuencias jurídicas, que constituye más bien una invitación a la no indiferencia, a la solidaridad universal³⁶ respecto al curso del mundo en el que uno vive “arrojado”³⁷. En el fondo, todo “tipo de responsabilidad colectiva es siempre política”³⁸, pues se predica del individuo no por sus actos concretos sino por su pertenencia a una comunidad que no puede abandonar unilateralmente: en el caso de la culpa metafísica, la “comunidad” es la humanidad misma; en el de la culpa política, la comunidad es la *polis*, el Estado³⁹. Como afirma GARZÓN VALDÉS, en ambos casos sería quizá “más adecuado hablar de corresponsabilidad”⁴⁰.

Por otra parte, tanto JASPERS como ARENDT destacan que lo relevante en relación a la culpa metafísica y la política, cuya dimensión es colectiva, es que responden a un tipo de responsabilidad que se ha de mantener o en un plano metafórico, o en un contexto de

³⁵ HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, § 58: “El ente cuyo ser es el cuidado no sólo puede cargar con una culpa de hecho, sino que es culpable, en el fondo de su ser y este ser-culpable constituye la condición ontológica para que el *Dasein* pueda llegar a ser culpable en su existir fáctico. Este modo esencial de ser culpable es co-originariamente la condición existencial de posibilidad de lo ‘moralmente’ bueno y malo, es decir, de la moralidad en general y de la manera cómo ella se expresa fácticamente”. Sobre la “culpa existencial” en dicho autor, en el sentido aquí expuesto: HARSCH, *Schuldproblem*, pp. 143 y ss. También encontramos esta idea en el existencialismo de SARTRE (*El existencialismo es un humanismo*, pp. 33 y s.): “cuando decimos que el hombre es responsable de sí mismo, no queremos decir que el hombre es responsable de su estricta individualidad, sino que es responsable de todos los hombres. (...) Nuestra responsabilidad es mucho mayor de lo que podríamos suponer, porque compromete a toda la humanidad”. El mismo JASPERS (citado en GARZÓN VALDÉS, Introducción, p. 35) reconoció una idea similar, de culpa sin hecho injusto, a la luz de determinadas situaciones límites provocadas por el nacionalsocialismo: “Cuando nuestros amigos judíos fueron deportados, no salimos a la calle, no hemos gritado hasta que nos mataran. Preferimos seguir viviendo con el débil aunque también correcto argumento de que nuestra muerte no hubiera servido de nada. Que vivimos es nuestra culpa”.

³⁶ GARZÓN VALDÉS, Introducción, p. 36, donde propone una versión menos fuerte de “culpa metafísica”.

³⁷ Tal como señala GARZÓN VALDÉS (Deberes positivos generales, pp. 17 y ss.) la culpa metafísica parece corresponderse con una “obligación inextinguible”, pues el individuo encontrará siempre males que evitar y personas que socorrer en el mundo, pero a cambio de sacrificar su vida entera, y además sin visos de éxito. Por ello debería entenderse como “invitación genérica” y sin consecuencias a la solidaridad y no tanto como una obligación en sentido estricto. De la misma opinión, MELLEMA, *Collective Responsibility*, p. 77. También, ARENDT, Responsabilidad Colectiva, p. 8: “el lamento «todos somos culpables» es en realidad una declaración de solidaridad con los malhechores”.

³⁸ ARENDT, *Eichmann en Jerusalén*, pp. 432 y s. Aquí debemos evitar la confusión a la que puede inducirnos la discusión: ARENDT no quiere decir que la culpa metafísica sea igual que la política, sino que toda responsabilidad colectiva señala una pertenencia y, por tanto, comunidad (*polis*), motivo por el cual es siempre “política”.

³⁹ En realidad, ya JASPERS (*Culpa*, pp. 80 y s.) consideraba la culpa política como una carga inevitable al afirmar que “no hay ningún afuera en los Estados modernos”, por lo que el abandono de la comunidad es en realidad una opción impracticable. Así: “En el Estado Moderno todo el mundo actúa políticamente, al menos emitiendo un voto en las elecciones o absteniéndose. El sentido de la responsabilidad política no permite a nadie sustraerse a ella”.

⁴⁰ GARZÓN VALDÉS, Introducción, p. 34.

pertenencia política, evitando en todo caso su traslación al sistema criminal⁴¹. Sobre esa idea planea el temor de que la culpabilidad colectiva sirva para difuminar la culpabilidad de quienes verdaderamente han participado en el delito; en otras palabras, que sirva de “vía de escape”. La razón, según ARENDT, es que “donde todos somos culpables, nadie lo es”, y “semejantes afirmaciones metafóricas, tomadas literalmente, sólo conducen a un falso sentimentalismo que oscurece todas las cuestiones reales”⁴², precisamente porque la culpabilidad implica una medida de participación individual y de merecimiento. Por esa razón, para JASPERS, la culpabilidad es también difícilmente predicable de un colectivo integrado a su vez por individuos⁴³, pues el pueblo (“*Volk*”), como totalidad, “no existe (...), no puede transformarse en un individuo (...), no puede ser criminal, no puede actuar moral o inmoralmemente, sino sólo los individuos que lo constituyen. Un pueblo como tal no puede ser culpable o inocente, ni en sentido criminal, ni en el político (en esto lo son responsables únicamente los ciudadanos del Estado), ni en el moral”⁴⁴.

Además de la sistematización que acabamos de recoger, JASPERS contribuyó al debate de la culpabilidad con unas breves reflexiones sobre la relación entre la culpabilidad, el

⁴¹ Así, JASPERS, *Culpa*, pp. 60 y s.: “Somos colectivamente «responsables». La cuestión es, sin embargo, en qué sentido tiene que sentirse cada uno de nosotros corresponsable. Sin duda en el sentido político de la corresponsabilidad de cada ciudadano por los actos que comete el Estado al que pertenece. Pero no necesariamente también en el sentido moral de la participación fáctica o intelectual en los crímenes. (...) La culpa colectiva existe, así pues, como responsabilidad política de los ciudadanos, pero no por eso en la misma forma que la culpa moral o metafísica y no como culpa criminal”.

⁴² ARENDT, *Responsabilidad colectiva*, p. 8. La razón es, además, que la culpabilidad colectiva tiende siempre a la radicalización y a cierta injusticia. Se percibe, por ejemplo, las siguientes explicaciones del nacionalsocialismo, la mayor parte extraídas de la obra de Louis NIZER (*What to do with Germany*, Chicago-New York, 1944): “cómo puede ser que la Alemania moderna se ha rodeado a sí misma te aquellos que deseaban la guerra? La respuesta es que los vestigios de la conciencia alemana son fácilmente satisficibles con la droga de la obediencia mecánica hacia toda ley, por muy cruel que ésta sea”; “Este sistema dificultó desde el principio a los alemanes el entendimiento del término ‘agresor’, porque todos eran agresores”; “Sabemos lo que hacer con un chico gandul o con un asesino vicioso. Pero qué debemos hacer con millones de asesinos? Nuestras normas sancionatorias se desintegran cuando el criminal es una nación entera”; “El nazismo no es una nueva teoría nacida de las desigualdades del Tratado de Versalles o por el estrés económico. Es la expresión de las aspiraciones alemanas expresadas a lo largo de siglos”. Sobre ello, vid. ROTHENPIELER, *Kollektivschuld*, pp. 71 y ss. En contra de estos clichés y generalizaciones, atractivos en tanto liberan al observador de los detalles: ARENDT, *Eichmann en Jerusalén*, pp. 432 y ss. Un análisis en relación al Estalinismo: PUNCH, *Why Corporations Kill*, pp. 43 y s. Esta tendencia a la no discriminación a la hora determinar quiénes son los responsables de lo que sucede ha sido interpretado por FLETCHER (*Collective Guilt*, pp. 1544 y ss.) como “peligros del romanticismo”.

⁴³ La misma crítica ha vertido MAIHOLD (*Strafe*, p. 13) contra este planteamiento, por consistir una llamada sin destinatario (“*Apell ohne Adressat*”). Su crítica se refiere concretamente al planteamiento de la responsabilidad colectiva, basado en la culpabilidad metafísica de JASPERS, de: WOLF, *Kollektive Verantwortung*, pp. 170 y ss. También críticamente, por “simplista” y “auto-indulgente” en lo que a los individuos respecta: GATTINI, *A historical perspective*, p. 108.

⁴⁴ JASPERS, *Culpa*, p. 61. vid. cfr. ROTHENPIELER, *Kollektivschuld*, p. 261.

individuo y el derecho. Temeroso del organicismo colectivista, y desde un «principio antropocéntrico», JASPERS parte de la premisa de que el individuo es capaz de influir en la historia⁴⁵. Desde dicho presupuesto, advierte del riesgo de que la aceptación de la culpa colectiva puede conducir a la instrumentalización del individuo, que acabaría por concebir la realidad social “como si ya no existieran personas, sino sólo aquellos entes colectivos”⁴⁶. En segundo lugar, señala el riesgo de abdicación de la propia voluntad responsable, esto es: la tentación psicológica –años después demostrada empíricamente por MILGRAM– por la que el individuo cuya responsabilidad está diluida en el colectivo es más capaz del mal que aquél cuya conciencia de responsabilidad personal es más intensa⁴⁷. No obstante, el trato privilegiado de JASPERS al individuo no debe llevar al común reduccionismo de calificarlo de “individualista”, pues el propio autor atribuye a la comunicación social una importancia crucial en la construcción de la subjetividad⁴⁸. La importancia de la comunicación y la socialización en la identidad personal tienen su reflejo, como se ha visto, en la naturaleza compartida de la culpa política y la metafísica.

Por último, destaca en el planteamiento de JASPERS que el derecho, de entre los diferentes tipos de culpabilidad, sólo ha de atender a las exigencias de la «culpa criminal», cuya imputación tiene un origen externo al sujeto imputado –esto es: en un tribunal jurídicamente competente–, y donde se analizan exclusivamente los rasgos

⁴⁵ JASPERS, *Philosophische Autobiographie*, p. 66: “Lo decisivo es que no hay ninguna ley natural y ninguna ley de la historia que determine en su totalidad la marcha de las cosas. El futuro es una cuestión de la responsabilidad de las decisiones y actos de las personas y, en última instancia, de cada individuo de los miles de millones de personas. Todo depende del individuo”. GARZÓN VALDÉS, (Introducción, p. 37) habla de un “enfoque individualista de las acciones humanas”.

⁴⁶ JASPERS, *Culpa*, p. 61.

⁴⁷ MILGRAM, *Obediencia a la autoridad*, pp. 20 y ss.; en el mismo sentido, en referencia a la teoría psicoanalítica, LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 691. Ello está relacionado además con que el individuo que actúa en grupo, o con su conciencia como individuo amortiguada, tiende más a adoptar conductas arriesgadas que en el caso de actuar por sí mismo, vid. DÖRNER, *Selbstreflexion*, p. 217. En esos contextos se multiplica lo que se ha denominado “síntoma de la irrelevancia de la contribución propia”, esto es, la conciencia (errónea) de que la aportación individual es tan insignificante que no modificará el resultado final, vid: LEIST, *Kollektive Güter*, pp. 182 y ss. Refiriéndose a este problema en relación a la criminalidad económica: SCHÜNEMANN, *Punibilidad*, p. 570; PUNCH, *Why corporations kill*, p. 43. Un estudio completo sobre la psicología de masas y su afectación a la responsabilidad individual: JÄGER, *Individuellen Zurechnung Kollektiven Verhaltens*.

⁴⁸ Sin ir más lejos, las palabras de JASPERS (*Humanismus*, citado en GARZÓN VALDÉS, p. 29) acerca de la importancia de la comunicación –“¿no suena todo esto como si el individuo fuera todo? Lo contrario es la verdad: el individuo es él mismo sólo en la medida en que lo es en la comunicación con otros sí mismos y con el mundo”– recuerdan significativamente a las del principal exponente del discurso funcionalista en derecho penal, JAKOBS (*Sociedad, norma y persona*, p. 23), para quien “sin proceso de comunicación no se generan sujetos libres”.

objetivos del comportamiento individual⁴⁹. Las otras formas de la culpa quedan fuera del derecho: la «culpa metafísica» por ser demasiado genérica para tener un reflejo jurídico; y la «culpa moral» por estar demasiado imbricada en la interioridad e intimidad del individuo⁵⁰.

b) ARENDT y la distinción entre culpabilidad y responsabilidad

La sistematización del concepto de culpabilidad de JASPERS tuvo una amplia repercusión y desarrollo en las décadas posteriores y hasta nuestros días, especialmente en lo que al entorno académico norteamericano respecta⁵¹. Como continuación del pensamiento del filósofo alemán, destaca en el debate contemporáneo la teoría de la responsabilidad colectiva de Hannah ARENDT. Sus aportaciones, tanto en el análisis histórico del “caso Eichmann”⁵² como en el plano filosófico, han tenido además un significativo reflejo en la discusión filosófica actual, no así (de nuevo) en lo que al derecho penal respecta.

En la línea de JASPERS, la principal crítica de ARENDT a la culpabilidad colectiva se centra en la tendencia de ésta a convertirse en un “cliché”, un “sentimentalismo” o un “juicio superficial”, gracias al cual el observador puede “evadirse de la zona en que se encuentran los hechos demostrables y las responsabilidades personales”⁵³. Ello no significa, según ARENDT, negar la posibilidad de responsabilidades de carácter colectivo –como la responsabilidad política, “la cual existe con total independencia de los actos de los individuos concretos que forman el grupo”⁵⁴–; el objetivo es, más bien, el de impedir que las generalizaciones sirvan al oscurecimiento de la realidad. Es decir, que se conviertan en lugares comunes en los que difuminar la línea que separa a los

⁴⁹ JASPERS, *Culpa*, pp. 59 y s. También descarta la culpa política (JASPERS, *Culpa*, pp. 58 y ss.), ajena a lo que conocemos como Derecho Penal, perteneciendo más bien al campo del Derecho Internacional o al Derecho de Guerra. Sobre el tratamiento de la culpa política: ROTHENPIELER, *Kollektivschuld*, pp. 38 y ss.

⁵⁰ Al respecto: ROTHENPIELER, *Kollektivschuld*, p. 259. La culpa moral podría ser un correlato del concepto de legislación ética en KANT, “que no puede ser exterior” (*Metafísica de las costumbres*, p. 25) y cuya última instancia se encuentra en el propio sujeto, en contraste con la legislación jurídica, que requiere una autoridad “fuera de sí”. Al respecto: PAWLIK, La pena retributiva, p. 76.

⁵¹ Como afirma GARZÓN VALDÉS (Introducción, p. 33) en la introducción al propio libro, éste tuvo “enorme resonancia en el extranjero”, mientras que “tuvo en Alemania relativamente poco éxito”. Acerca de su influencia en el ámbito norteamericano: MELLEMA, *Collective Responsibility*, pp. 49 y ss., 73 y ss. Más recientemente: ISAACS, *Collective contexts*, pp. 74 y ss.

⁵² ARENDT, *Eichmann en Jerusalén*, donde analiza el juicio que tuvo lugar en Israel de la conducta de A. Eichmann, responsable del transporte en masa de los judíos a los campos de concentración donde fueron asesinados.

⁵³ ARENDT, *Eichmann en Jerusalén*, pp. 432 y s.

⁵⁴ ARENDT, *Eichmann en Jerusalén*, pp. 432 y s.

individuos culpables y los inocentes⁵⁵; línea que es, de hecho, “la única finalidad de un tribunal de lo criminal”⁵⁶.

En ese sentido, la contribución más relevante de ARENDT a la sistematización del problema de la culpabilidad es la distinción –en parte tomada de JASPERS y FEINBERG⁵⁷– de los conceptos de responsabilidad y culpabilidad, la cual será clave en lo que a la presente tesis respecta. Según ARENDT “existe algo que es la responsabilidad por cosas que uno mismo no ha hecho; ellas se me pueden imputar. Pero no existe tal cosa como ser o sentirse culpable de cosas que ocurrieron sin la participación activa de uno”⁵⁸. En ese sentido, ARENDT identifica como «responsabilidad» un tipo de atribución cuyo proceso no necesariamente constituye una estricta individualización, sino que influye también la pertenencia a una comunidad⁵⁹, como sucede en la «culpa política» y la «metafísica». Por el contrario, designa con el término «culpabilidad» a la carga que soporta el individuo por sus propias acciones u omisiones, por su genuina conducta en definitiva, la misma que origina la «culpa moral» y «criminal» en JASPERS.

La culpabilidad hace referencia a un reproche personalísimo e intransferible por un evento pasado⁶⁰; la responsabilidad, por el contrario, es más flexible temporalmente (en

⁵⁵ ARENDT, *Eichmann en Jerusalén*, pp. 432 y s., lo cual fue, según la autora, una tendencia generalizada en las décadas posteriores al nacionalsocialismo.

⁵⁶ ARENDT, *Eichmann en Jerusalén*, pp. 433.

⁵⁷ JASPERS, *Culpa*, p. 80: “Hacer responsable a alguien no significa declararle moralmente culpable. La culpa colectiva existe, así pues, como responsabilidad política de los ciudadanos, pero no por eso en la misma forma que la culpa moral y metafísica y no como culpa criminal”. También, FEINBERG, *Collective Responsibility*, 60: “Hay una cuestión importante en relación al castigo vicarial: es necesario separar responsabilidad (*liability*) de culpa (*fault*), y solo la responsabilidad puede ser transferida de una parte a otra. En particular, no puede haber nada parecido a una culpabilidad vicarial”; recientemente la retoma DRUMBL, *Collective responsibility*, p. 25: “Los términos ‘castigo colectivo’, ‘culpabilidad colectiva’ y ‘responsabilidad colectiva’ no son intercambiables. Mi propósito es considerar el marco de la responsabilidad colectiva con el objetivo de escapar de la habitual dependencia del derecho penal”.

⁵⁸ ARENDT, *Responsabilidad colectiva*, p. 8; en el mismo sentido, en relación al juicio contra EICHMANN: la misma, *Eichmann en Jerusalén*, p. 405. En idéntico contexto, VOEGELIN, *Hitler and the Germans*, p. 75: “En general, se dice que la culpabilidad colectiva no existe, especialmente no en un nivel personal, en tanto la culpabilidad es siempre algo que se puede atribuir a una persona”; también, WOLF, *Kollektive Verantwortung*, p. 130: “Mientras nosotros sólo podemos sentirnos culpables por lo que nosotros mismos hemos hecho o omitido, sí que podemos ser vicarialmente responsables por lo que otros han hecho”.

⁵⁹ ARENDT, *Eichmann en Jerusalén*, pp. 432 y s. Igualmente: NECKEL, *Kollektiv und institutionelle Verantwortung*, p. 76. NEUHÄUSER, *Unternehmen als moralische Akteure*, pp. 172 y s. Un análisis de la relación entre los conceptos de responsabilidad y culpabilidad: FLETCHER, *Collective Guilt*, pp. 1554 y ss.

⁶⁰ ARENDT, *Eichmann en Jerusalén*, pp. 432 y s: “son muchos los que están dispuestos a reconocer que la culpa colectiva, o, a la inversa, la inocencia colectiva, no existe, y que si verdaderamente existieran no habría individuos culpables o inocentes (...). Únicamente en sentido metafórico puede uno decir que se siente culpable, no por lo que uno ha hecho, sino por lo que ha hecho el padre o el pueblo de uno. Moralmente hablando, casi tan malo es sentirse culpable sin haber hecho nada concreto como sentirse libre de toda culpa cuando se es realmente culpable de algo”. También, WOLF, *Kollektive Verantwortung*,

tanto mira tanto al pasado como al futuro⁶¹), y se abre a un contenido más relacional (uno puede responsable de lo que hagan otros, como en las posiciones de garantía)⁶². Así, mientras que la responsabilidad puede identificarse como una distribución de cargas aséptica, moralmente neutra o débil, la culpabilidad siempre singulariza, pues tanto su carga moral como las exigencias de cara al sujeto al que se atribuye son mayores. Al hilo de esto último, situaciones que se interpretan como las propias de la semántica de la responsabilidad –como la responsabilidad del ciudadano por lo que hacen los políticos a los que vota, o la de la empresa por lo que hacen sus dirigentes– son difícilmente trasladables a la semántica de la culpabilidad. Gracias a esa flexibilidad, el término responsabilidad, tanto en el plano general de la ética como en lo relativo a la imputación de sujetos colectivos, ha tenido en los últimos tiempos un desarrollo más extenso que el término culpabilidad.

Igual que sucedía con JASPERS, la negación de la posibilidad de una culpabilidad colectiva por parte de ARENDT no puede llevar a calificar su planteamiento de “individualista”. En primer lugar, como se ha visto, porque sí admite la posibilidad de una responsabilidad colectiva, separada del enunciado de culpabilidad; y, en segundo lugar, porque una de sus principales aportaciones fue la descripción del nacionalsocialismo como un contexto tan criminógeno que incluso hombres “terrible y terroríficamente normales” podían cometer “sus delitos en circunstancias que casi les impedían saber o intuir que realizaban actos de maldad”⁶³. Es decir, proporciona una visión de la criminalidad en contextos colectivos no reducida a disposiciones o motivaciones individuales. Además, las condiciones estructurales que ARENDT señala como factores que influyeron en la conducta de Eichmann –la pérdida de conciencia individual de responsabilidad en estructuras organizadas, la tendencia a obedecer órdenes injustas por la presión grupal o por la voluntad de ascender en la organización o la difuminación de la personalidad individual en el funcionamiento maquinal de los aparatos burocráticos– suponen en buena medida un precedente de los análisis

pp. 175 y s.: “La culpabilidad no es transferible de una persona a otra”. Esta idea tiene amplio desarrollo en la dogmática jurídico-penal. De momento, OTTO (*Strafbarkeit*, p. 15), quien lo entiende como el principal escollo para la afirmación de la culpabilidad colectiva: “Esta imputación conlleva significativos problemas, en tanto la culpabilidad es interpretada como una circunstancia personalísima”.

⁶¹ Cfr. JONAS, *Principio de responsabilidad*, pp. 161 y ss. Destaca la importancia creciente de la responsabilidad por el futuro: pp. 185 y ss.

⁶² En ese sentido, FLETCHER, *Collective Guilt*, pp. 1556 y ss.

⁶³ ARENDT, *Eichmann en Jerusalén*, pp. 402 y s.

posteriores relacionados con el fenómeno empresarial y la «irresponsabilidad organizada»⁶⁴.

b.1. La disolución del concepto de culpa en el principio de responsabilidad

La distinción de ARENDT está muy presente en la evolución, que toma forma en el tránsito de la sociedad moderna a la post-moderna, desde un paradigma de la culpabilidad a otro de la responsabilidad. Si bien dicha evolución se ha gestado en el ámbito filosófico, lo cierto es que también puede comprobarse en algunos desarrollos recientes en la teoría jurídico-penal⁶⁵. La tendencia es descrita ampliamente por MAIHOLD⁶⁶, y se podría verificar en dos planos: en primer lugar, en la aparición de una nueva retórica de la responsabilidad, omnicomprendiva y de carga moral más débil que la que contenía el concepto clásico de culpabilidad; en segundo lugar, en la apertura de dicha retórica a la imputación de sujetos colectivos.

En relación a lo primero, y al referirse en concreto al discurso de la responsabilidad penal, MAIHOLD sostiene que el paradigma kantiano del derecho penal, caracterizado por una culpabilidad estrictamente individual y por un reproche moral al autor por el uso indebido de su libertad, ha entrado en crisis ya desde los años 80. La razón de esta crisis vendría dada por la influencia de la visión sociológica del delito, así como de la visión utilitarista del derecho penal como dirigido exclusivamente a la prevención⁶⁷.

Dicha crisis ha coincidido, en desarrollos más recientes –especialmente los de H. JONAS y recientemente de W. LÜBBE–, con una nueva «retórica de la responsabilidad», que

⁶⁴ La cuestión de la “irresponsabilidad organizada”, que será tratada más adelante, había sido apuntada ya por ARENDT, al describir el hecho de que en delitos complejos “el grado de responsabilidad aumenta a medida que nos alejamos del hombre que sostiene en sus manos el instrumento fatal” (*Eichmann en Jerusalén*, p. 359), como también al describir la “burocracia” como un régimen político caracterizado por ser un “Imperio de Nadie” (p. 420). Vid. más en: III.1.b.1.2.

⁶⁵ En este punto, es paradigmática la distinción entre responsabilidad y culpabilidad de ROXIN (*DP. PG*, § 19/13) según la cual la segunda se integra como presupuesto de la primera: “El concepto normativo de culpabilidad ha de perfeccionarse en la dirección de un concepto normativo de responsabilidad”. También, muy anterior (1948), la de MAURACH, *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, pp. 24 y ss.

⁶⁶ MAIHOLD, *Strafe*, p. 13: “En el ámbito legislativo existe una tendencia desde la ‘culpabilidad’ hacia la ‘responsabilidad’: cada vez se formulan más tipos penales en forma de omisión o de delitos de peligro abstracto, especialmente en el derecho penal medioambiental. (...) Las categorías convencionales de autoría y participación en derecho penal no han evolucionado hacia nuevos modelos de imputación, cada vez más alejados de la culpabilidad individual y, en su lugar, cada vez más ajustados a la responsabilidad por el peligro”. Anteriormente, a favor de substituir el término culpabilidad por uno más débil de responsabilidad: HASSEMER/ELSCEID, *Strafe ohne Vorwurf*, pp. 266-292.

⁶⁷ MAIHOLD, *Strafe*, pp. 3-11.

integra tanto la visión principialista como la utilitarista⁶⁸. Esta nueva perspectiva engloba, en primer lugar, una parte descriptiva sobre la sociedad tecnológica. JONAS afirma que, debido a los riesgos inherentes al desarrollo técnico y organizativo de la sociedad contemporánea –riesgos bioéticos, medioambientales, acciones a gran escala–, las premisas conectadas tradicionalmente tanto a la acción humana como a la ética de la responsabilidad “ya no son válidas”⁶⁹. Estas premisas son las siguientes: el carácter fijo de la naturaleza humana; la posibilidad de determinar con claridad el bien humano; y, por último, la posibilidad de delimitar tanto el alcance de la acción como la responsabilidad.

La crisis de la última premisa –dificultad de delimitar la acción y la responsabilidad– es la que se ha trasladado con cierto éxito al imaginario jurídico-penal, donde se sostiene como una de las cuestiones más problemáticas del presente la dispersión de la responsabilidad, especialmente en lo que a contextos complejos/organizativos se refiere⁷⁰. Así, el carácter acumulativo de la acción, por el que “sus efectos se suman, de tal modo que la situación para el obrar y el ser posteriores ya no es la misma que para el agente inicial”⁷¹, como también el hecho de que los requisitos clásicos de imputación (conocimiento, control, previsibilidad, ejecución) estén repartidos entre sujetos diversos, inhabilita a “los viejos preceptos de esa ética «próxima»” para servir de referente en la sociedad tecnológica⁷². Esta discordancia entre las herramientas de imputación y la “situación real” es lo que habría dado lugar a la conocida “irresponsabilidad organizada”, esto es: la situación por la que determinadas organizaciones complejas (empresas, aparatos burocráticos) están estructuradas de modo que no es posible encontrar a los individuos responsables de lo que en ellas sucede, debido a su opacidad y a la diferenciación y estratificación de las funciones⁷³.

⁶⁸ MAIHOLD, *Strafe*, p. 12.

⁶⁹ JONAS, *Principio de responsabilidad*, p. 23. ARENDT (*Eichmann en Jerusalén*, p. 427), por su parte, había declarado también la “insuficiencia e los vigentes ordenamientos jurídicos y de los actuales conceptos de la jurisprudencia, en orden a hacer justicia en lo referente a las matanzas administrativas organizadas por la burocracia estatal”.

⁷⁰ HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 31 y ss.; ROTSCHE, *Unternehmen, Umwelt und Strafrecht*, pp. 370 y ss.; PRITTWITZ/GÜNTHER, *Kollektive Verantwortung*, pp. 331 y ss.; SEELMANN, *Kollektive Verantwortung*, pp. 8 y s; KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, p. 74. SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, pp. 201 y ss.

⁷¹ JONAS, *Principio de responsabilidad*, p. 23. En ese sentido, también se refiere a la teoría de la responsabilidad de JONAS, de cara a justificar la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ZUÑIGA, *Bases*, pp. 291 y ss.

⁷² JONAS, *Principio de responsabilidad*, pp. 32 y s.

⁷³ De momento: LÜBBE, *Verantwortung*, pp. 26 y ss.

Por ejemplo: una persona inventa un medicamento no testado, lo cede a una empresa farmacéutica, y ésta, junto con múltiples distribuidores y gracias también a la irresponsabilidad de los consumidores y al deficiente control por parte del Estado, lo distribuye indiscriminadamente por la población, llegando a personas para las que no era adecuado y generando múltiples daños. Pues bien, el comportamiento está tan fragmentado y disperso que cada uno de los actores –muchos de ellos colectivos (empresa, Estado, gremio farmacéutico)– aducirán desconocimiento como excusa: el que lo inventó dirá que no sabía qué es lo que se iba a hacer con el medicamento una vez lo cedió; la farmacéutica aducirá que confiaba en quien lo inventó; los distribuidores dirán que ellos se limitan a transportarlo; y las farmacias que los consumidores no leyeron las prescripciones. En resumen: se ha pasado de una acción individual en la esfera próxima a una “acción tecnológica colectiva y acumulativa (...) novedosa en cuanto a sus objetos y magnitud”, cuyos efectos no son “ya éticamente neutros”. Este carácter modificado de la acción hace necesario encontrar nuevas soluciones alrededor de la ética de la responsabilidad⁷⁴.

Tras esta parte descriptiva, encontramos una prospectiva sobre cómo la filosofía y el derecho pueden articular discursos de responsabilidad acordes al nuevo contexto social, precisamente abriendo un espacio a los sujetos colectivos. Se parte de que la ética tradicional, como ética “antropocéntrica”⁷⁵, queda desfasada ante el hecho de que en el espacio social contemporáneo es “el actor colectivo y el acto colectivo, no el actor individual y el acto individual, los que aquí representan un papel”⁷⁶. Al hilo de esta afirmación y más allá de la propia propuesta de JONAS⁷⁷, se ha sugerido como solución a

⁷⁴ JONAS, *Principio de responsabilidad*, p. 59. En sentido similar, HEIDBRINK, *Verantwortungsbegriffs*, p. 6.

⁷⁵ JONAS, *Principio de responsabilidad*, p. 28: “Lo que tenía relevancia ética era el trato directo del hombre con el hombre, incluido el trato consigo mismo; toda ética tradicional es antropocéntrica”.

⁷⁶ JONAS, *Principio de responsabilidad*, p. 37. Esta idea de la irrelevancia del actor individual será desarrollada y amplificada por la teoría de sistemas, como se verá en el capítulo siguiente.

⁷⁷ El filósofo alemán propone, como solución al nuevo escenario tecnológico y social, en primer lugar, una actitud que denomina “heurística del temor”, esto es: la disposición a saber lo que “se debe evitar” (JONAS, *Principio de responsabilidad*, pp. 65 y s.). En segundo lugar, muy resumidamente, trata de elaborar una ética orientada al futuro que integre la naturaleza como “bien a conservar” (pp. 40 y s.). Para ello reelabora el imperativo categórico kantiano, y concluye lo siguiente: “obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica en la Tierra”; “Obra de tal modo que los efectos de tu acción no sean destructivos para la futura posibilidad de esa vida”; “no pongas en peligro las condiciones de la continuidad indefinida de la humanidad en la Tierra”; “incluye en tu elección presente, como objeto también de tu querer, la futura integridad del hombre”. Respecto a la cuestión de la responsabilidad, el autor reconoce que la ética se desarrolla en dos planos: en el de la política pública (lo colectivo), al que se dirige concretamente el nuevo imperativo categórico; y en el de la esfera privada (lo individual), al cual se dirigía la moral kantiana y cuya validez no cuestiona. El

la dispersión de la responsabilidad la apertura del sistema ético y jurídico a la posibilidad de responsabilidades colectivas. En ese sentido, por ejemplo TEUBNER ha afirmado que “las interdependencias ecológicas fuerzan al derecho a substituir la dominante perspectiva del actor por la perspectiva sistémica”⁷⁸.

En cualquier caso, la tendencia a abandonar el término «culpabilidad» en beneficio del de «responsabilidad» se aprecia tanto en el plano individual como el colectivo. Respecto al individuo, el concepto de culpabilidad estaría impregnado de connotaciones morales y metafísicas fuertes –de una “mítica concreta”⁷⁹, diría RICOEUR– que no parecen querer ser asumidas desde determinadas corrientes jurídico-penales⁸⁰. Como afirma también FLETCHER: “la responsabilidad es confortablemente abstracta”⁸¹, cosa que no sucede con la culpabilidad. La misma tendencia hacia el término responsabilidad se aprecia en las propuestas de responsabilidad en el plano de los sujetos colectivos⁸². A diferencia de la culpabilidad, que tiene un contenido semántico demasiado fuerte y difícilmente compatible con la identidad colectiva⁸³, la responsabilidad tiene un contenido conceptual más aséptico y menos individualizador en el que el colectivo podría tener

planteamiento ha recibido críticas, en tanto el principio de responsabilidad de JONAS no tiene como correlato un sujeto de responsabilidad ni un sistema de imputación claros: KRAWIETZ, *Theorie der Verantwortung*, pp. 192 y s.; LENK/MARING, *Verantwortung*, pp. 248.

⁷⁸ TEUBNER, *Invisible Cupola*, pp. 431 y s.; en el mismo sentido: HETZER, *Schuldlose Sanktionssubjekte?*, p. 367.

⁷⁹ RICOEUR, *Finitud y culpabilidad*, p. 14. El autor afirma que la culpa “no es un rasgo de la ontología fundamental”, es decir, “no puede ser objeto de una descripción, ni siquiera empírica, sino sólo de una mítica concreta”. Ello no impide, según el autor, “introducir” dicha mítica en el terreno del conocimiento filosófico, lo cual se realiza precisamente a través de la “exégesis de los símbolos”, es decir, de la “hermenéutica” (p. 15). El abandono progresivo de la noción de culpabilidad sería interpretable, probablemente, como una manifestación del abandono que se percibe también de la reflexión filosófica en el ámbito del derecho, que se manifiesta a su vez en la renuncia a términos filosóficamente fuertes (reproche, culpabilidad, etc.) a favor de otros más débiles (valoración social, responsabilidad, etc.). Ello coincide, además, con el hecho de que se ha aproximado los últimos tiempos a otras formas de pensar próximas a la sociología, la política criminal o el análisis económico. Sobre la tensión en que se sitúa la ciencia penal entre filosofía y la política criminal, vid.: PÉREZ DEL VALLE, *Filosofía versus política criminal*, p. 1.

⁸⁰ La culpabilidad pasa a entenderse, a lo sumo, como un sup-tipo del concepto de responsabilidad. En ese sentido: KRAWIETZ, *Theorie der Verantwortung*, p. 202. También justifica GÓMEZ BENÍTEZ (*Sobre lo interno y lo externo*, p. 273) la adopción del término responsabilidad en perjuicio de la culpabilidad, en tanto “no existe ya un derecho objetivo y moral al reproche”, razón por la cual se ha de erradicar los “juicios morales o éticos de desvalor” y así “descansar de la angustiosa reiteración histórica de la desigual lucha del bien contra el mal”. Recientemente, a favor de eliminar la culpabilidad de la teoría del delito: HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf?*, pp. 49 y ss., 69 y ss.

⁸¹ FLETCHER, *Collective Guilt*, pp. 1567.

⁸² En ese sentido, MAIHOLD, *Strafe*, p. 14: “en la discusión de la pena a la empresa se puede observar de modo significativo de qué modo el concepto de ‘culpabilidad colectiva’ está siendo reemplazado por el de ‘responsabilidad colectiva’”.

⁸³ La compatibilidad entre la identidad del sujeto colectivo y el concepto de culpabilidad penal será objeto de análisis en la Parte II.

cabida⁸⁴. Así, la mayor parte de propuestas de integración de determinados colectivos como sujetos de responsabilidad⁸⁵, con algunas excepciones⁸⁶, mantienen para ésta un sentido un tanto genérico y, en cualquier caso, no identificable con la clásica concepción de culpabilidad y sus exigencias morales y causales⁸⁷. En otras palabras, se tiene clara la necesidad de integrar a los sujetos colectivos en los discursos de responsabilidad, pero, sin embargo, ello no va necesariamente precedido de la defensa de una culpabilidad colectiva en sentido estricto.

En definitiva, se presume que entre culpabilidad y responsabilidad hay un salto conceptual, una diferencia semántica, según la cual lo que no cabe en la primera sí que podría encontrar cabida en la segunda. De momento, basta señalar que ese doble nivel

⁸⁴ En ese sentido, SCHMITZ, *Bestrafung von Unternehmen*, p. 313: “la culpabilidad –como requisitos de punibilidad– que pueda predicarse de la empresa por sí misma, debe ser algo distinto de la culpabilidad individual de las personas naturales. (...) No parece tener mucho sentido hablar aquí de culpabilidad, en tanto que el concepto ‘responsabilidad’ es más adecuado”. En sentido parecido, afirma la compatibilidad de la categoría de responsabilidad con el derecho penal empresarial, en perjuicio del concepto de «mandatos y prohibiciones»: NEUMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 126. Al respecto del planteamiento de NEUMANN: GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 168.

⁸⁵ PRITWITZ/GÜNTHER (*Kollektive Verantwortung*, pp. 331 y ss.) se hacen eco del cambio de paradigma de la culpabilidad a la responsabilidad, al tiempo que afirman que la gramática de este último se adecúa mejor a las características de la sociedad del riesgo. Por otro lado, afirman que “real o clandestinamente, el derecho penal de la empresa está al lado del derecho penal individual” (p. 351), si bien no aclaran cómo se tematiza la relación entre ambos. ROTSCH (*Großunternehmen*, p. 215), tras estudiar de qué modo la sociedad del riesgo y las organizaciones formales dificultan los requisitos de la imputación individual, se limita a abrir la puerta a la sanción colectiva: “se debe discutir finalmente también sobre las sanciones colectivas, pero para ello no es éste ya el lugar...”. SEELMANN (*Punibilidad*, p. 361), por su parte, interpreta que determinadas fundamentaciones de la responsabilidad empresarial, como las que justifican la capacidad de acción e intención en las empresas, “no configuran aún la capacidad de culpabilidad específica del Derecho penal”. Además, describe de qué modo la sociedad del riesgo sirve de fundamento para la responsabilidad colectiva, si bien el principal problema lo encuentra en fundamentar su capacidad de culpabilidad (Ídem, pp. 14 y s.). HIRSCH (*Responsabilidad penal de las asociaciones*, p. 1111), distingue igualmente entre responsabilidad y culpabilidad, sólo que la distinción le sirve tan sólo para afirmar que en tanto lo propio del Derecho penal es la culpabilidad, urge encontrar la forma de integrar a la organización en el mismo. En el ámbito del derecho internacional, NOLLKAEMPER (*System Criminality*, pp. 10 y s.) afirma la viabilidad de formas de responsabilidad colectiva, siempre que no tengan connotación alguna de “culpabilidad”.

⁸⁶ Entre quienes optan por introducir a sujetos colectivos en el discurso jurídico-penal hay también quienes lo hacen en el concepto de culpabilidad, como es el caso de BACIGALUPO SAGESSE o GÓMEZ-JARA, que se analizarán en I.2. Estos planteamientos tienen su propio carácter problemático, puesto que es discutible que lo que describen como culpabilidad sea verdaderamente tal. De momento, críticamente: MAIHOLD, *Strafe*, p. 14.

⁸⁷ NECKEL (*Kollektiv und institutionelle Verantwortung*, p. 76) destaca el carácter contextual del concepto, razón por la cual tiene aplicabilidad de cara al colectivo: “a pesar del carácter originalmente personalista del concepto de responsabilidad, éste se deja trasladar a niveles superiores de acción. La responsabilidad puede atribuirse también a grupos, empresas, instituciones u organizaciones”; TEUBNER (*Invisible Cupola*, p. 430), por su parte, sostiene que, debido a las dificultades de imputación en el ámbito de riesgos complejos, la fisonomía de la responsabilidad colectiva –esto es: responsabilidad por la pertenencia a un grupo, e independiente de la causalidad estricta – está también difundiéndose a las formas de responsabilidad por riesgos. También: LEGE (*Zurechnung neuer Risiken*, p. 185) respecto a la responsabilidad por riesgos: “Sujeto puede ser también la colectividad”.

semántico ha de ser a la postre decisivo a la hora de proponer la integración de determinados sujetos colectivos en el sistema jurídico-penal. Ello es así porque el planteamiento de ARENDT sigue pareciendo correcto: aquello que tiene la fisonomía de un principio de responsabilidad –como ocurre por ejemplo con el tratamiento jurídico del sujeto colectivo– no debe confundirse con el espacio conceptual de la culpabilidad, donde lo que operan son deberes personalísimos e intransferibles del sujeto moral al que se atribuyen.

b.2. La culpabilidad y responsabilidad colectiva: ¿regresión o signo de modernidad?

La apertura de la ética y el derecho a un principio de responsabilidad aplicable también a sujetos colectivos se ha interpretado, como se ha visto, como una actualización del derecho al nuevo signo de la sociedad del riesgo. Si en ella los sujetos protagonistas son las organizaciones colectivas y no los sujetos individuales, no contemplar la responsabilidad colectiva supondría una discordancia entre la realidad social y el discurso jurídico; supondría, por tanto, “un gran retraso social”⁸⁸. La presentación de la culpabilidad o responsabilidad colectiva como una modernización no es, sin embargo, una opinión pacífica. Muchos las han interpretado, al contrario, como un paso atrás en el desarrollo secular del derecho penal: una especie de vuelta al primitivismo jurídico⁸⁹. Los casos de responsabilidad vicarial penal, escribe GARZÓN VALDÉS, son “expresión o bien de nociones primitivas, tales como vendetta o sacrificios sustitutorios, o de medidas de revancha en tiempo de guerra, tales como el fusilamiento de rehenes”⁹⁰. Otros autores han relacionado la imputación de culpabilidad al colectivo con nociones de “animismo primitivo”, en tanto se imputaría responsabilidad a un “estado de cosas”

⁸⁸ En el ámbito penal, ZUÑIGA, *Bases*, p. 293. Ampliamente sobre la postulación de la culpabilidad empresarial como un signo de modernidad: II.1.a.2.

⁸⁹ En el ámbito psicológico, y en el contexto de un análisis del nacionalsocialismo, JUNG (Civilización en transición, pp. 190 y s.) describe la «culpa colectiva psicológica», que “no debe confundirse con una interpretación jurídico-moral” como una “impureza mágica sumamente antigua y primitiva”, una “trágica fatalidad” que “alcanza a todos, justos e injustos, a todos cuantos de algún modo estuvieran cerca del lugar donde ocurrió lo terrible”. Recientemente, críticos con la responsabilidad penal de la empresa, aluden también a este argumento: VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 254; ROBLES PLANAS, *Pena y persona jurídica*, p. 24, para quien la aceptación de la culpabilidad empresarial “supondría abrir las puertas a futuros abandonos de los principios y a una involución monumental en nuestra cultura jurídico-penal”; VAN WEEZEL, *Personas jurídicas*, p. 135: “No es que se tenga temor frente a lo nuevo; es que lo nuevo, examinado con algo de atención, resulta ser viejo”; también, SCHÜNEMANN, *Responsabilidad penal*, p. 29; ARZT, *Strafverfahren ohne Menschenrechte*, p. 237. Descriptivamente, LUHMANN (*Recht der Gesellschaft*, pp. 291 y s.) destaca la modernidad como proceso de “personalización” en el Derecho a través del cual “el derecho penal prescinde de la responsabilidad colectiva y de las obligaciones o pretensiones de igualdad colectivas como fue costumbre en las sociedades tribales”.

⁹⁰ GARZÓN VALDÉS, *Enunciado de responsabilidad*, pp. 7 y s.

(colectivo) personificado⁹¹. Además, se han producido estudios desde la epistemología genética, particularmente el de PIAGET, que habrían demostrado que las nociones de responsabilidad colectiva se corresponden con las intuiciones de justicia en los primeros estadios de la infancia, para pasar a considerarse injustas en los albores de la adolescencia y en adelante⁹². Aparte de la identificación de la culpa colectiva con nociones tribales de justicia, se ha relacionado también con enunciados propios de la moral religiosa, con el argumento de que la individualización de la responsabilidad es un logro de la civilización inherente al proceso de racionalización y desmitificación del derecho⁹³. Es el caso de LEWIS, para quien la individualización de la culpa es expresión de la emancipación, total o parcial según la sociedad y el tiempo histórico, de la ética respecto a la moral religiosa⁹⁴.

En la línea de la relación entre culpa y moral religiosa, RICOEUR interpreta la noción moderna de culpabilidad como la escisión de sí misma respecto del sentido religioso del pecado: “la culpabilidad implica lo que podríamos llamar un juicio de imputación personal del mal; semejante individualización de la culpabilidad rompe con el ‘nosotros’ de la confesión de los pecados”⁹⁵. RICOEUR describe una transición histórico-conceptual de progresiva individualización de la responsabilidad⁹⁶, situada

⁹¹ vid. KELSEN, *Teoría pura del derecho* (1^o ed. 1934), p. 60; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, p. 340.

⁹² Vid. al respecto: PIAGET, *El criterio moral en el niño* (1934), citado y comentado en: RUBIO CARRACEDO, *El hombre y la ética*, pp. 147 y ss.

⁹³ Por ejemplo, para argumentar la idoneidad de un derecho penal sin culpabilidad, GÓMEZ BENÍTEZ, *Sobre lo interno y lo externo*, p. 269.

⁹⁴ LEWIS, *Collective Responsibility (A Critique)*, p. 18. Una crítica a su planteamiento, en WOLF, *Kollektive Verantwortung*, pp. 128 y ss.

⁹⁵ RICOEUR, *Finitud y culpabilidad*, p. 263, 265: “conforme al esquema del pecado, el mal es una situación «en la cual» queda cogida la humanidad como entidad singular colectiva; conforme al esquema de la culpabilidad, el mal es un acto que «inicia» cada individuo”. Sobre el concepto de culpa en la teología: HARSCH, *Schuldproblem*, pp. 19-66. Sobre dicha transición: VOEGELIN, *Hitler and the Germans*, p. 75. Aquí habría que matizar, en cualquier caso, que también desde una perspectiva teológica de la responsabilidad se ha mantenido una posición favorable a la individualización y proporcionalidad de la misma, vid. en lo que a SANTO TOMÁS respecta: MAIHOLD, *Strafe*, pp. 154, 337 y s.

⁹⁶ RICOEUR, *Finitud y culpabilidad*, pp. 260-267. Sobre el significado de la pena en el derecho penal del antiguo Israel, entendiendo ésta como una “expiación” que no sólo lleva a cabo el autor, sino “todo el pueblo representado en la comunidad jurídica en cuestión”, PÉREZ DEL VALLE, *Estudios*, pp. 59. Al respecto, sería interesante analizar la relación conceptual de esta concepción del delito con las interpretaciones modernas del delito como “corresponsabilidad” de la sociedad (en relación a la idea de resocialización: Ídem, p. 27). No obstante, la transición hacia un sentido más individual de la culpa, todavía dentro de la propia tradición israelita, se ve claramente en el contraste entre la responsabilidad vicarial contenida en el Éxodo, 20-5: “No te inclinarás a ellos, ni los honrarás; porque yo soy Jehová tu Dios, fuerte, celoso, que visito la maldad de los padres sobre los hijos hasta la tercera y cuarta generación de los que me aborrecen”; y la siguiente de Ezequiel 31, 29-30: “En aquellos días no volverá a decirse: “nuestros padres comieron los agraces y nosotros sentimos la dentera”, sino que cada cual morirá por sus crímenes personales”. Ampliamente sobre esta evolución: ROTHENPIELER, *Kollektivschuld*, pp. 53-65.

históricamente en el antiguo Israel⁹⁷, gracias a la cual se produce otro logro decisivo en el recorrido histórico de la culpabilidad, su graduación respecto a la entidad del delito: “Contemporáneamente con la individualización de la culpa se produjo una nueva adquisición, a saber: la idea de que la culpabilidad tiene grados. (...) Toda imputación, tanto moral como jurídica y penal, presupone esa afirmación de los grados de culpabilidad. Mientras que el pecador es pecador total, y radicalmente, el culpable es culpable en mayor o menor grado: dada una escala de delitos, es posible establecer una escala de penas”⁹⁸. Así, el paso de la primera fase de la «culpa/pecado colectivo» a la segunda fase de la «culpabilidad individual» viene marcado por dos nociones: por un lado, la consolidación de la responsabilidad personal, su individualización; por otro, la graduación de la culpa en relación al delito cometido⁹⁹.

Este último hito en la transición toma forma en la relación entre culpabilidad e imputación penal en la antigua Grecia¹⁰⁰. En ella se avanza en el abandono de la culpa como “carga semi-azarosa” –en el sentido de que es atribuida mecánica e independientemente del merecimiento individual¹⁰¹–, y en su transformación en culpabilidad graduada, individualizada y objetiva a través de la aparición de la medición y definición de los castigos¹⁰². En ese punto culmina la búsqueda, aún primigenia, de

⁹⁷ RICOEUR, *Finitud y culpabilidad*, pp. 263 y s. Se trata, concretamente, de la liberación colectiva del Éxodo, momento en el cual las explicaciones del pecado y enmienda colectivas “perdieron su fuerza exhortativa” y hubo que “poner la esperanza en la predicación del pecado individual y de la culpabilidad personal”.

⁹⁸ RICOEUR, *Finitud y culpabilidad*, pp. 265-266; al respecto también: FLETCHER, *Collective Guilt*, pp. 1564 y ss.

⁹⁹ Esto sería, en el fondo, el germen de los principios de personalidad y de proporcionalidad de las penas, y de la responsabilidad por el hecho propio. Es decir, precisamente los principios por los que se temen por la introducción de la culpabilidad colectiva en Derecho penal. vid. de momento: DIEZ RIPOLLÉS, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 6; MIR PUIG, *Bases constitucionales*, P. 127.

¹⁰⁰ RICOEUR, *Finitud y culpabilidad*, pp. 267 y ss.

¹⁰¹ RICOEUR, *Finitud y culpabilidad*, p. 260: “No es preciso ser el autor del mal para sentirse abrumado por su peso y por la carga de sus consecuencias. Ser culpable sólo significa estar dispuesto a soportar el castigo y a constituirse en sujeto de punición”. Este tipo de culpa es la dominante en la mitología y los textos de la Grecia clásica, donde los hombres, como “esclavos de los dioses, sean lo que sean los dioses” (ORESTES), son objeto de castigos “sin culpa” que afectan a la patria misma o a la propia estirpe. No obstante, como destaca PALAVECINO (*Culpa y castigo en la Antigua Grecia*, pp. 376 y ss.), reducir la noción de justicia en la antigua Grecia a castigos coléricos de los dioses sería simplista, puesto que en muchos de los textos clásicos –pone ejemplos de HOMERO y HERÓDOTO– se puede apreciar ya claramente la idea de culpabilidad personal como fundamento del castigo (o de exclusión del mismo). Modernamente, encontramos como célebre ejemplo literario de aquella culpa como carga del azar la novela *Der Prozeß* de FRANZ KAFKA: la que sufre el protagonista no como consecuencia de un hecho concreto sino como necesidad venida “desde arriba”, desde el Estado, sin explicación ni acusación previa, desconectada de comportamiento culpable y de hecho alguno. Desarrollando esta idea: ARENDT, *Franz Kafka*, pp. 89-107.

¹⁰² En ese sentido, alude ya ARISTÓTELES (*Ética a Nicómaco*, p. 158, §1131a) a la distinción de la gravedad del delito, en función de si en él se emplea violencia (agresión, detención, muerte, etc.) o si son

racionalidad en la ética cívica: en contraste con los delitos públicos –que todavía revestían carácter de sacrilegio o traición dado el carácter cuasi-sagrado de la «polis»¹⁰³–, los delitos que lesionan intereses de carácter privado comienzan a corresponderse con sanciones y reparaciones más objetivas, medidas y definidas¹⁰⁴. Esta tendencia hacia nociones más racionales en la penalidad griega es la que “más tarde desarrollarían con cierto rigor filosófico” tanto PLATÓN como ARISTÓTELES: en su distinción entre lo “intencionado o voluntario puro y simple” y lo “involuntario” o causado por coacción o fuerza; en su concepto de “elección y preferencia”, así como de deliberación; como también en su concepto de “deseo deliberativo”¹⁰⁵. Con estas nociones se pretendía restringir la acción –e indirectamente la responsabilidad– a aquello que pudiera considerarse como obra de la persona, pero no más allá.

Por otra parte, en la *Política* de ARISTÓTELES se aprecia también de qué modo en Grecia se había producido ya cierta diferenciación funcional en los tribunales, básicamente entre lo civil y lo penal, dedicándose este último al enjuiciamiento de “homicidios premeditados o involuntarios”¹⁰⁶. En definitiva, es con la visión del derecho penal griego con la que comienza un proceso de racionalización del derecho, y se llega a la noción, aún algo informe, de la culpabilidad adecuada al delito y a la acción propia del individuo¹⁰⁷.

Si bien es cierto que el desarrollo civilizatorio del derecho ha consistido en abandonar la culpabilidad colectiva en beneficio de la individual, es necesario plantearse qué supone en términos de cultura jurídica la tendencia actual a aceptar formas de culpa colectiva

furtivas (hurto, adulterio, prostitución, etc.). Ello lo que es interpretado por PÉREZ DEL VALLE (Teoría penal en Aristóteles, pp. 15 y s.) como una idea, incipiente y todavía no clara, de los principios de gravedad del hecho y de proporcionalidad.

¹⁰³ RICOEUR, *Finitud y culpabilidad*, p. 268.

¹⁰⁴ RICOEUR, *Finitud y culpabilidad*, p. 269. También, PÉREZ DEL VALLE (Teoría penal en Aristóteles, p. 3) afirma que ya las explicaciones de ARISTÓTELES (*Política*, p. 196 y s., §1300b) del sistema de administración de justicia se basan en “la consideración de la pena como el ejercicio de una función de la autoridad de la comunidad política (que) convivía con residuos más que considerables del sistema de la pena privada”.

¹⁰⁵ RICOEUR, *Finitud y culpabilidad*, p. 271.

¹⁰⁶ ARISTÓTELES, *Política*, p. 196, §1300b. Al respecto: PÉREZ DEL VALLE, Teoría penal en Aristóteles, p. 3.

¹⁰⁷ Se habría pasado, parafraseando a NIETZSCHE (*La genealogía de la moral*, p. 82) de la pena como “cólera de un perjuicio sufrido” a lo que él llama, con cierta ironía, el “alto grado de humanización” necesario para afirmar que “el reo merece la pena porque habría podido actuar de otro modo”. Sobre la concepción del castigo y la culpa como consecuencia de la cólera divina previa a la racionalización del derecho, WEBER, *Economía y sociedad*, p. 354.

como la empresarial¹⁰⁸. Las nuevas formas de responsabilidad empresarial se han interpretado en ocasiones como modelos injustificados de culpabilidad colectiva¹⁰⁹. Se ha criticado, por ejemplo, que el debate sobre la culpabilidad empresarial pocas veces ha profundizado en la noción del merecimiento –no irrelevante para la justificación de la imputación penal–, y que se ha centrado sólo en la necesidad de prevención, lo cual podría no ser suficiente¹¹⁰. La culpabilidad colectivo-empresarial podría criticarse como regresión histórica, además, por constituir una difuminación de las fronteras entre derecho penal, civil y administrativo, fenómeno propio de estadios jurídicos primitivos¹¹¹. Se afirma, muy resumidamente, que el tratamiento de sujetos colectivos pertenece propiamente al ámbito civil –donde rige la responsabilidad por representación– o al administrativo –donde las exigencias a nivel subjetivo son menores–, razón por la cual introducirlos en el ámbito penal supondría confundir los distintos planos del ordenamiento jurídico¹¹².

También en relación con la perspectiva histórica parece que el fenómeno contemporáneo de la expansión del derecho penal¹¹³, entre cuyos síntomas destaca la responsabilidad penal colectiva, lo aproximaría a sistemas jurídicos poco desarrollados, en los que el derecho represivo ocupa la mayor parte de las relaciones sociales, tal como

¹⁰⁸ La distinción entre culpabilidad colectiva y culpabilidad empresarial, recurrentemente defendida por quienes defienden la segunda, será abordada críticamente más adelante (II.4.b.3.1). De momento, sobre la distinción: HIRSCH, *Responsabilidad penal de las asociaciones*, pp. 1115 y s., donde afirma que la culpabilidad de la asociación (o culpabilidad empresarial) no es lo mismo que la culpabilidad de todos los miembros de la empresa (culpabilidad colectiva).

¹⁰⁹ MIR PUIG, Tercera vía, p. 11: “Ello supone una vuelta a la responsabilidad colectiva que rigió en momentos de desarrollo histórico que creíamos superadas. (...) La responsabilidad colectiva suele meter en el mismo saco a justos y pecadores”.

¹¹⁰ DIEZ RIPOLLÉS, *Personas jurídicas*, p. 2: “Sorprendentemente, el merecimiento de responsabilidad penal de las personas jurídicas no ocupa el centro de la discusión”; SILVA SÁNCHEZ, *Personas jurídicas*, p. 12: “Tampoco se ha producido una discusión digna de tal nombre sobre la existencia y medida del merecimiento de pena de las personas jurídicas”. Claramente también, ORTIZ DE URBINA, *Sanciones penales contra empresas*, p. 271: “en el ámbito de las sanciones a empresas se pretende menos la responsabilidad conforme al merecimiento de los hechos pasados que al establecimiento de incentivos adecuados para la conducta futura”.

¹¹¹ WEBER, *Economía y sociedad*, p. 503: “El procedimiento expiatorio entre los clanes es ajeno en principio a la distinción entre el delito que exige una venganza y la infracción jurídica condicionante del deber de reparación”. Contra ello se puede esgrimir, no sin cierta razón, que el hecho de que un mismo fenómeno (la criminalidad en contextos colectivos) sea tratado desde diversas ramas del ordenamiento jurídico no se debe tanto a una confusión de planos sino a una manifestación lógica del principio de «unidad del ordenamiento jurídico», y que en cada una de ellas se trata de un tipo de responsabilidad diferenciada.

¹¹² De momento, acerca de la identidad fáctica y las semejanzas del sistema de imputación penal colectiva con criterios civiles (“*vicarious and strict liability*”) y con penas administrativas, vid. SILVA SÁNCHEZ, *Personas jurídicas*, p. 21.

¹¹³ Acerca de la «administrativización» del derecho penal: SILVA SÁNCHEZ, *Expansión*, pp. 121 y ss.

ya había señalado DURKHEIM¹¹⁴. Es decir, si bien un signo de progreso social sería la existencia de un derecho penal restringido solamente a conductas que verdaderamente cuestionen los principios básicos de la sociedad, un signo de retraso o de debilidad social podría ser la propia expansión de la respuesta represiva del Estado, una expansión hacia nuevos ámbitos de la vida social, como también hacia nuevos sujetos como los colectivos. En los términos popularizados por Max WEBER, esta “regresión” podría interpretarse como una forma de «reencantamiento» de la realidad jurídico-social, como una «de-construcción» de determinados principios del discurso jurídico en favor, en palabras de ARENDT, de una visión más «sentimental» o «superflua» del conflicto jurídico-penal¹¹⁵.

Evidentemente, quienes defienden la culpabilidad de la persona jurídica defienden una versión mucho más elaborada, refinada, e incluso graduable de la misma, que poco tiene que ver con versiones primitivas. Además, tampoco una individualización extrema de la responsabilidad supondría una solución racional al problema de la acción en contextos complejos, en la medida en que existen determinados procesos sociales que no se pueden solucionar solamente desde el plano individual, sino que exigen respuestas específicas adecuadas a su aspecto colectivo¹¹⁶. Por todo ello, en este contexto la tarea consiste en indagar en qué tipos de responsabilidad colectiva serían compatibles con un entendimiento racional del fenómeno penal, y cuáles suponen efectivamente una regresión a formas injustificadas que recuerdan al primitivismo jurídico –o sin ir tan lejos: a teorías del delito poco elaboradas¹¹⁷–.

¹¹⁴ DURKHEIM, *La división del trabajo social*, pp. 163 y ss.

¹¹⁵ Esa es, como se vio con anterioridad, la crítica de Arendt (*Eichmann en Jerusalén*, p. 432) a las formas de culpabilidad colectiva, a las que considera como una forma de evadir la difícil pregunta de la responsabilidad individual a través del recurso al «cliché», al «sentimentalismo» y a las «falsas generalizaciones». El proceso de racionalización (también llamado de desencantamiento o desmitificación) del derecho que narra MAX WEBER, es recogido por GÓMEZ-JARA (*Fundamentos*, p. 336) en otro sentido opuesto al aquí descrito. El autor trata de argumentar que la racionalización del mundo supone un proceso por el que la sociedad descentraliza su creación de sentido trasladando dicho poder tanto a los individuos como a las organizaciones colectivas, de tal modo estas últimas se convierten en centros autónomos y capaces de auto-conducción. Así, del mismo modo que sucede con los individuos, los sistemas colectivos son descritos como sujetos auto-organizados capaces de culpabilidad. Habría que pensar si la recurrente referencia a «procesos sistémicos» para explicar lo que acontece en la sociedad no es también una forma de mistificación de lo social y lo colectivo.

¹¹⁶ Vid. JONAS, *Principio de responsabilidad*, pp. 36 y ss.; PRIWITZ/GÜNTHER, *Kollektive Verantwortung*, pp. 331 y ss.; ENGELHART, *Unternehmen und Compliance*, p. 659.

¹¹⁷ En ese sentido, WESTENDORP BOERMA, *Collective Guilt*, p. 220: “No podemos aceptar nunca una colectividad mecánica. Sin embargo, la revisión de conceptos primitivos no implica necesariamente una regresión en términos civilizatorios”. LÜTOLF, (*Strafbarkeit*, p. 127) afirma también que el reto para el futuro es distinguir aquellas formas de culpabilidad colectiva que pueden ser aceptables en nuestra cultura jurídica.

c) Responsabilidad e intencionalidad desde un paradigma colectivo:

FEINBERG, FRENCH, SEARLE y PETTIT

En las últimas décadas, y más allá de las aportaciones de JASPERS y ARENDT, se han producido desde el ámbito de la filosofía anglosajona aportaciones muy significativas a la discusión sobre la responsabilidad colectiva. No se pretende aquí realizar un examen exhaustivo de la discusión en el ámbito norteamericano, sino que se analizarán sólo aquellos aspectos que han influido de un modo u otro en la discusión penal actual.

c.1. FEINBERG y los requisitos sociales necesarios para la fundamentación de la responsabilidad colectiva

FEINBERG define la responsabilidad colectiva como el caso paradigmático en el que se deja sin efecto el “modelo tipo” de responsabilidad, que él identifica con la “falta contributiva” (“*contributory fault*”)¹¹⁸, entendida ésta como la culpa atribuida a alguien por un hecho al que ha contribuido personalmente de algún modo. En su análisis insiste en las circunstancias que convierten en razonable contemplar la validez de una responsabilidad colectiva que define así: “la responsabilidad colectiva (“*Collective liability*”) (...) es la responsabilidad vicarial de un grupo organizado (bien uno informalmente organizado, uno organizado de forma no permanente o una institución corporativa) por las acciones de sus miembros constitutivos”¹¹⁹. Para FEINBERG, la responsabilidad colectiva carece de culpa contributiva y es siempre vicarial, lo cual significa que se predica del grupo por las acciones de sus miembros. Constituye, según el lenguaje empleado en la teoría penal, un «modelo de hetero-responsabilidad»¹²⁰.

Las condiciones requeridas para posibilitar dicha responsabilidad se resumen en la existencia de una fuerte «solidaridad» en el propio grupo, la cual se despliega en tres requisitos: comunidad de intereses, sentimientos hacia objetivos comunes y lo que

¹¹⁸ Las otras excepciones son la responsabilidad objetiva (“*strict liability*”) y la responsabilidad vicarial, que tienen en común con la responsabilidad colectiva que no son enteramente dependientes de la contribución personal al hecho enjuiciado. cfr. al respecto: FEINBERG, *Collective Responsibility*, p. 53.

¹¹⁹ FEINBERG, *Collective Responsibility*, p. 61. La responsabilidad vicarial se define, según el autor, por que la falta contributiva pertenece a alguien distinto al que se atribuye la responsabilidad (p. 56).

¹²⁰ Es el modelo sostenido, por ejemplo, por SCHROTH, *Unternehmens als Normadressaten*, p. 177. Este modelo ha tenido amplia acogida, tanto doctrinal como legislativamente, en lo que a la responsabilidad de las personas jurídicas respecta. Según dicho modelo, éstas responden de los actos que sus administradores y/o representantes realizan en su nombre y en su beneficio. No obstante, estos modelos han ido progresivamente integrando elementos propios del sujeto colectivo para evitar el carácter excesivamente vicarial de la «heteroresponsabilidad pura», vid. sobre esa evolución: GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, pp. 185 y ss; SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, pp. 360 y ss.

denomina “comunidad de bienes” (“*common lot*”)¹²¹. En este punto, FEINBERG retoma parcialmente y concreta la argumentación de JASPERS acerca de la culpa metafísica y su origen en sentimientos de solidaridad humana: en ambos casos se trata de una responsabilidad colectiva cuyo fundamento no se encuentra en los actos individuales, sino en el «sentimiento empático» de que uno es responsable por lo que sucede en un grupo unido por una fuerte solidaridad¹²².

Ahora bien, FEINBERG se muestra más cauteloso cuando se pregunta por sus posibilidades aplicativas en el ámbito penal¹²³. El autor identifica el modelo de responsabilidad colectiva en el ámbito criminal con un tipo de sociedad antagónica a la contemporánea, con “un alto nivel de solidaridad grupal antecedente”, donde el “control policial profesional es inviable” y donde los vínculos entre los ciudadanos son tan intensos que “todos son responsables por todo”. Estas condiciones son, según afirma, “difícilmente verificables en la vida moderna, y no porque la responsabilidad individual sea una ley eterna de la razón, sino porque la responsabilidad penal colectiva no es ya una forma aceptable de organización social”¹²⁴.

Por esta razón, y en la línea de la argumentación anteriormente expuesta sobre la racionalización del derecho, FEINBERG ve poco viable una culpabilidad colectiva en el derecho penal, en la medida en que la organización de la sociedad contemporánea se basa precisamente en la profesionalización de la prevención del crimen, así como en la individualización de las responsabilidades. Por ello, un tipo de responsabilidad colectiva aceptable podría darse en grupos con fuerte solidaridad, pero no se correspondería con un tipo de culpabilidad análoga a la individual, de tal modo que el propio autor no se expresa en términos de culpabilidad (“*guilt*”). Del planteamiento de FEINBERG se desprende, por tanto, que el “todos somos garantes de todo” es propio de las sociedades pre-modernas, con un nivel de complejidad y especialización inferior. La sociedad

¹²¹ FEINBERG, *Collective Responsibility*, p. 62. Según el autor, la responsabilidad colectiva no sólo es manifestación de fuerte solidaridad sino que, además, contribuye a fortalecerla (p. 61).

¹²² En JASPERS, como se vio, la pertenencia al género humano era suficiente para poder hablar de culpa metafísica, en tanto lo que ocurra a la humanidad afecta a todo el que tenga dicha condición. En FEINBERG, sin embargo, la solidaridad exigida debe verificarse en requisitos concretos, razón por la cual dicho autor defiende la responsabilidad colectiva en grupos determinados –los que cumplan los requisitos–, y no respecto a la humanidad en conjunto.

¹²³ FEINBERG, *Collective Responsibility*, p. 65: “las disposiciones a la responsabilidad colectiva ofenden en mayor medida nuestra sensibilidad moderna cuando la responsabilidad se refiere a un castigo penal”.

¹²⁴ FEINBERG, *Collective Responsibility*, p. 67.

contemporánea, por el contrario, ha adquirido una complejidad tal que lo que exige es precisamente la delimitación de qué ámbito de organización corresponde garantizar a cada uno, y su correlato sería, más bien, la culpabilidad penal individual.

c.2. FRENCH y la empresa como sujeto intencional a través de las “CID estructuras”

Dando un paso más allá en la defensa relativa que hace FEINBERG de la responsabilidad colectiva, FRENCH afirma el pleno carácter de persona moral de las corporaciones y, por tanto, su capacidad para ser sujetos de responsabilidad. Su argumentación es paradigmática en la doctrina anglosajona y su influencia ha sido notable en lo que a la culpabilidad empresarial se refiere¹²⁵.

El autor sostiene que las empresas, a través de lo que denomina “estructura de decisión corporativa interna» (*“Corporation’s Internal Decision Estructure”* o *“CID Estructure”*¹²⁶), se convierten en agentes morales capaces de acción colectiva. Las *“CID Estructures”* están constituidas por los siguientes elementos: en primer lugar, por diagramas o estructuras de delimitación del poder corporativo; en segundo, por reglas de reconocimiento de las decisiones corporativas, que se concretan en la conocida política corporativa o de empresa (*“Corporation policy”*)¹²⁷. Esta estructura empresarial para la toma de decisiones permitiría predicar de la propia corporación una intencionalidad colectiva separada de la de sus agentes individuales, permitiendo con ello la atribución de responsabilidad a la propia empresa. Con ella se diferenciarían dichos colectivos, definidos como “conglomerados” (*“conglomerates”*), de los conjuntos no organizados o “agregados” (*“aggregates”*), los cuales no llegan a formar agentes morales independientes, como sucede, por ejemplo, con una pandilla o una multitud¹²⁸.

¹²⁵ En la doctrina española, se encuentran referencias a su planteamiento, aunque con diferencias significativas, en: GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 55. También, aunque con argumentos críticos: ARTAZA VARELA, *Empresa*, pp. 197 y ss.

¹²⁶ FRENCH, *Corporation as a Moral Person*, pp. 134, 141.

¹²⁷ FRENCH, *Corporation as a Moral Person* 143; desde una óptica crítica con FRENCH, que pretende superar el modelo insistiendo en una cultura o disposición empresarial más independiente de los individuos que el «organigrama decisional»: GIBSON, *Fictitious Persons and Real Responsibilities*, p. 764. En sentido parecido, afirma ARTAZA VARELA (*Empresa*, p. 216) que los objetivos colectivos limitan la actuación de los miembros individuales, de modo que lo resultante puede ser finalmente imputable al colectivo mismo.

¹²⁸ Al respecto: ARTAZA VARELA, *Empresa*, pp. 194.

El “milagro” de las “*CID Estructures*”, tal como lo denomina el propio FRENCH, opera del siguiente modo: tanto la política corporativa como la estructura jerárquico-funcional del poder en la empresa permiten sintetizar las acciones de los individuos integrantes de tal modo que lo resultante constituye un sujeto intencional nuevo, con “deseos y razones para hacer lo que hace”, distinto de los individuos que la componen¹²⁹. El fundamento filosófico de su posición lo toma del concepto de acción del filósofo analítico D. DAVIDSON¹³⁰, que será analizado más adelante (c.2.2.), según el cual la existencia de un agente dependerá de que en la comunicación lingüística se le atribuya con éxito la capacidad de actuar intencionalmente, esto es, conforme a “deseos y creencias”. Posteriormente, aunque sin variar substancialmente el planteamiento, FRENCH sustituirá su identificación de la intencionalidad de la empresa con sus “deseos y creencias” para identificarla con su capacidad de planificación¹³¹.

c.2.1. Una crítica al modelo de intencionalidad colectiva de FRENCH

El principal problema al que se enfrenta la argumentación de FRENCH es el de cómo argumentar que los individuos y el colectivo están lo suficientemente separados como para sostener que este último tiene una personalidad moral propia¹³². En términos jurídico-penales, si es posible predicar una verdadera «autorresponsabilidad empresarial». Es cierto que la estructura empresarial, como todo sistema de organización, superpone un entramado de reglas de delimitación de objetivos, funciones y roles, cuyo objetivo es reconducir los intereses individuales al interés colectivo y al beneficio económico¹³³. Ahora bien, en primer lugar, ello no permite concluir que esa superposición constituya un sujeto intencional nuevo: también un ordenador realiza operaciones a partir de un sistema organizado y programado de acción, y no por ello se

¹²⁹ Sobre ello: ARTAZA VARELA, *Empresa*, pp. 196:

¹³⁰ FRENCH, *Corporation as a Moral Person*, pp. 134 y ss.

¹³¹ El giro se produce en FRENCH, *Integrity, Intentions, and Corporations*, p. 141-155; una versión más reciente, aunque sin derivar en una personificación de la organización colectiva: DAN-COHEN, *Sanctioning Corporations*, pp. 25 y s.

¹³² El propio FRENCH (*Corporation as a Moral Person*, p. 142) reconoce las dificultades de separar el colectivo de sus actores individuales. Una argumentación muy similar la realiza HELD, quien acepta que existe responsabilidad moral (no habla de responsabilidad penal) no solo en grupos organizados por un “método de decisión grupal”, sino también en colectivos informales (“*random collectives*”), pero con ciertos problemas para argumentar el salto cualitativo entre el parámetro de la *persona razonable* que ella utiliza y su traslación al colectivo. vid. HELD, *Can a Random Collection be Responsible?*, pp. 94 y ss.; un resumen en: ARTAZA VARELA, *Empresa*, pp. 192 y ss.

¹³³ Un análisis clásico (1967), desde la teoría de la organización, de cómo toda organización se define precisamente por la reorientación de los intereses individuales a favor del colectivo, en: SCOTT, *Organization theory*, pp. 258 y ss.

le considera sujeto de culpabilidad¹³⁴. En segundo lugar, lo cierto es que son los individuos concretos, principalmente el *management* empresarial, quienes realizan la labor de planificación que se toma como base¹³⁵.

Es más, el autor admite cierta conexión entre la intencionalidad colectiva y los miembros individuales del colectivo mismo. Por un lado, afirma que “es obvio que la acción de la corporación implica o incluye a seres humanos actuando, y que los seres humanos que ocupan varias posiciones en la corporación suelen poder ser descritos como sujetos con razones para hacer lo que hacen”¹³⁶; por otro, reconoce que “el único método para que la corporación alcance sus deseos u objetivos es la activación del personal (“*activation of personnel*”) que ocupa sus diferentes puestos”¹³⁷. En ese sentido, parece difícil armonizar el hecho de que la empresa sólo pueda actuar a través de integrantes autónomos, con la afirmación de que ella supone una individualidad nueva en un sentido normativamente relevante¹³⁸.

En relación al derecho penal, hay también cierto salto de continuidad que difícilmente se puede pasar por alto, y al que se ha de hacer referencia más adelante. Se trata de la constatación de que entre el resultado lesivo y la intención de la corporación existe siempre y necesariamente la intención propia de uno o varios individuos responsables¹³⁹. Por esa razón, para afirmar una auténtica intencionalidad colectiva habría que aceptar una de las siguientes premisas: en primer lugar, habría que considerar a los miembros individuales como «autómatas» que ejecutan una intencionalidad colectiva previa –lo cual se correspondería con la expresión que utiliza FRENCH de “*activation of the personnel*”– como único medio de exteriorizar dicha intencionalidad¹⁴⁰. Para ello habría que pagar el precio de renunciar a la libertad y la

¹³⁴ ARTAZA VARELA, *Empresa*, p. 202.

¹³⁵ Claramente, NEUHÄUSER, *Unternehmen als moralische Akteure*, p. 164. “Los trabajadores establecen los intereses y la planificación empresarial”.

¹³⁶ FRENCH, *Corporation as a Moral Person*, p. 142.

¹³⁷ FRENCH, *Corporation as a Moral Person*, p. 146. En el mismo sentido: NEUHÄUSER, *Unternehmen als moralische Akteure*, p. 97.

¹³⁸ En ese sentido, citando las críticas de VELASQUEZ, ARTAZA VARELA, *Empresa*, p. 199: “Del hecho de que un colectivo presente características propias no se deriva su existencia como un nuevo y distinto individuo”.

¹³⁹ De momento: NEUHÄUSER, *Unternehmen als moralische Akteure*, p. 157, quien destaca que, especialmente en casos de conflicto o de situaciones no previstas, los empleados deciden por sí mismos.

¹⁴⁰ Eso es lo que insinúa, por ejemplo, PUNCH (Why Corporations Kill, p. 48), al analizar casos de corrupción grupal: “La conclusión sociológica acerca del comportamiento desviado es que las personas suelen estar preparadas para ingresar en un ente colectivo donde dejan de comportarse como individuos

responsabilidad no sólo de los individuos en el nivel ejecutivo de la empresa, sino también de sus órganos y administradores, conclusión que casi nadie en la doctrina aceptaría¹⁴¹. En otras palabras, la intencionalidad colectiva tendría un efecto diluyente de la individualidad de los miembros¹⁴². Como segunda opción, cabría sostener el concepto de «autoría mediata» como «autor detrás del autor»¹⁴³, y admitir la dudosa posibilidad de que el autor de atrás lo pueda constituir la propia persona jurídica. Sin embargo, como reconoce FEIJOO SÁNCHEZ, “imaginarse a la persona jurídica instrumentalizando a sus órganos de decisión no es más que un dislate”¹⁴⁴. La empresa sólo podría instrumentalizar a alguien a través de sus órganos de decisión, de modo que lo resultante sería algo tan absurdo como que los órganos de decisión se instrumentalizarían a sí mismos.

Resulta, por tanto, que la inclusión de lo que FRENCH denomina dos personas morales y metafísicas equivalentes¹⁴⁵ en un mismo curso de acción en el seno de la empresa es conceptualmente problemático. Todo ello le ha supuesto importantes críticas, en las que habrá que profundizar, todas ellas reconducibles al problema de que la acción colectiva se origina necesariamente en las esferas de organización de sus miembros individuales, también autorresponsables¹⁴⁶.

c.2.2. Segunda crítica: la ocultación del agente en los predicados del lenguaje

Además de las críticas anteriores, la teoría de la acción intencional en la que se basa FRENCH está sujeta a una crítica añadida, que pone en cuestión su compatibilidad con el discurso penal¹⁴⁷. Dicha teoría –fundamentada en la filosofía analítica de DAVIDSON– justifica la existencia de un agente en el hecho de que en el lenguaje se le atribuyen intenciones, deseos o creencias. Según el esquema teórico de DAVIDSON, no existen

autónomos y se preparan para aceptar un quebranto sistemático de las normas”. Muy crítico: VELASQUEZ, *Corporations*, p. 118, hablando de “similitud engañosa” la que se establece entre corporación e individuo.

¹⁴¹ De momento, esa misma crítica es formulada por JAKOBS, *Strafbarkeit*, p. 566 y s.; FEIJOO SÁNCHEZ, ¿Culpabilidad y punición de personas jurídicas?, p. 361; ARTAZA VARELA, *Empresa*, p. 191.

¹⁴² De momento: ISAACS, *Collective contexts*, p. 17.

¹⁴³ Al respecto de la conocida teoría de ROXIN, en relación a los delitos colectivo-empresariales: LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, pp. 721 y ss.; sobre las posibilidades de introducir a las empresas como sujetos de participación: LÜDERSSEN, *Aggregative Model*, p. 103.

¹⁴⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, ¿Culpabilidad y punición de personas jurídicas?, p. 361.

¹⁴⁵ FRENCH, *Corporation as a Moral Person*, p. 148.

¹⁴⁶ Ampliamente, sobre cómo estas críticas se han desarrollado en el ámbito jurídico-penal: II.2.b.

¹⁴⁷ También, recientemente: ISAACS, *Collective contexts*, p. 180. Es necesario insistir, en todo caso, que la crítica aquí vertida no se realiza contra el concepto de acción de DAVIDSON, que en el ámbito filosófico tiene gran rendimiento explicativo, sino a su utilización como base para fundamentar capacidad de acción y culpabilidad penal en el colectivo.

“convenciones o normas que estén dadas, de algún modo, por encima o más allá de la práctica lingüística efectiva cotidiana de los hablantes”¹⁴⁸. La única forma de validación del lenguaje es el «éxito» en la comunicación: hablar de significado más allá de la viabilidad comunicativa es vacío¹⁴⁹. Ello supone que no hay estructuras lógico-objetivas previas al lenguaje –se refieran éstas al sujeto que comunica o al objeto comunicado–, de modo que toda su consistencia y su “realidad” depende del éxito de la comunicación. Así, si en la práctica lingüística se atribuyen intenciones y deseos a un agente, se trata entonces de un sujeto capaz de acción intencional¹⁵⁰.

FRENCH toma esta idea de DAVIDSON, de modo que el núcleo de su argumentación a favor de la incorporación de las organizaciones como agentes morales residirá también en los «predicados del lenguaje»: si es posible afirmar que determinado resultado es atribuible a un acto intencional de la corporación, entonces ésta es un agente moral¹⁵¹. La tesis de estos autores es, en un argumento que sigue siendo recurrente, que efectivamente en nuestro lenguaje ordinario consideramos a determinados colectivos organizados (“conglomerates”) como agentes de la comunidad moral¹⁵². Se dice, por ejemplo: “Una petrolera ha causado determinado daño al medio ambiente”; “Israel ha declarado la guerra a Palestina”; o “Crimea ha convocado un referéndum”.

¹⁴⁸ ROJAS PARADA, Donald Davidson, p. 50.

¹⁴⁹ DAVIDSON, *Reply to Andreas Kemmerling*, p. 117: “cuando hablamos de lo que las palabras significan, qué nombran los nombres, qué es para una preferencia ser verdadera, debemos partir de casos en los que la comunicación tiene éxito; y con ello me refiero a ocasiones en las que una audiencia interpreta las palabras de un hablante como el hablante pretende y espera que sus palabras sean interpretadas. A no ser que haya tales ocasiones, hablar de significado es vacío”.

¹⁵⁰ En el mismo sentido, acerca del concepto de acción en DAVIDSON y su aplicación a la empresa: NEUHÄUSER, *Unternehmen als moralische Akteure*, p. 95.

¹⁵¹ FRENCH, *The Corporation as a Moral Person*, p. 142: “Para que la corporación sea tratada como un ‘agente davidsoniano’ tiene que darse el caso de que algunas cosas que ocurren, algunos acontecimientos, sean describibles de forma que determinadas frases aparezcan como verdaderas, frases que afirmen que algunas de las cosas que la corporación hace fueron intencionales desde el punto de vista de la empresa misma”. Una argumentación muy similar en: PETTIT, *Teoría de la libertad*, p. 219, quien afirma que si se piensa en los colectivos sujetos como capaces de presentarse en primera persona (como “nosotros”) así como formular juicios colectivos (como “nosotros pensamos”), y ser tomado por los demás como un interlocutor válido, entonces deben ser reconocidos como agentes capaces de responsabilidad. En el ámbito penal desarrolla el argumento, ARTAZA VARELA, *Empresa*, pp. 219 y ss. Un análisis: NEUHÄUSER, *Unternehmen als moralische Akteure*, pp. 95 y ss.

¹⁵² Además de FRENCH, otros autores han argumentado a favor de la culpabilidad empresarial utilizando también el recurso al lenguaje coloquial: HIRSCH, *Responsabilidad penal de las asociaciones*, p. 1109; También se ha referido al lenguaje ordinario, aunque para conclusiones diversas a las de FRENCH: SEELMANN, *Punibilidad*, p. 358. También LÜBBE, *Verantwortung*, p. 31 y s., habla de sujetos colectivos en términos de “quasi-sujetos” a los que atribuimos individualidad. CRESSEY, *Corporate Crime Research*, p. 35, utiliza el mismo argumento en sentido contrario, sobre cómo en el lenguaje ordinario no está presente esa personificación de las organizaciones colectivas.

La teoría ha sido expuesta a diversas críticas. En primer lugar, DAN-COHEN la ha calificado de “holismo lingüístico” (“*notional holism*”) ¹⁵³, método por el que se argumenta la equivalencia entre colectivo e individuo a través de nociones lingüísticas. En dicha perspectiva se da valor constitutivo al proceso de comunicación lingüística, y el individuo y la acción individual aparecen entonces como el “producto” del lenguaje. En segundo lugar, la crítica principal a la teoría de la acción intencional en FRENCH es que conduce a una disolución del sujeto en los predicados del lenguaje referidos a la acción. Dicha crítica corre en paralelo a la que hizo en su día P. RICOEUR a la filosofía de la acción de DAVIDSON, que calificó como una “semántica de la acción sin agente” ¹⁵⁴. El autor hace referencia a una serie de aporías relativas a su construcción de la acción intencional, principalmente al hecho de que su selección de los predicados de acción está estratégicamente calculada para ocultar al agente que la realiza. “Para Davidson”, afirma RICOEUR, “el corte impuesto por la ‘forma lógica de las frases de acción’ (...) recae en las sustancias, es decir, las entidades fijas, y los acontecimientos, es decir, las entidades transitorias. Pues bien, este corte –ahí está mi principal preocupación– no sólo impide el avance de la ontología del agente, sino que, en cierto modo, contribuye a ocultarla”. Así, en “el análisis lógico de la frase ‘Pedro ha asestado un golpe’, (...) el golpe está en la posición de acontecimiento particular”, mientras que Pedro aparece “no tanto como persona distinta de las cosas materiales (...) como por ser el portador del suceso” ¹⁵⁵. Esta crítica es trasladable a muchas de las argumentaciones favorables a la culpabilidad colectiva, pues muchas de ellas ponen el foco en el proceso –lingüístico, sistémico o jurídico– de atribución/imputación, con indiferencia de las cualidades subjetivas del agente a quien se atribuye. Dicha indiferencia es la que permite integrar en el discurso de acción tanto a personas individuales como colectivas, pues lo relevante es si el proceso de atribución es funcional o lingüísticamente exitoso, con independencia de la capacidad del agente de soportar dicha atribución. Sobre ello se habrá de volver repetidamente a lo largo de la tesis.

La crítica a la “ocultación del agente” hace referencia, por tanto, a que el análisis de la acción a través del lenguaje se centra solamente en la comunicación, y no en el sujeto al

¹⁵³ DAN-COHEN, *Sanctioning Corporations*, p. 19. Distingue este tipo de otros dos: el epistemológico y el metafísico. También, comentando las críticas de VELASQUEZ, entre otros: ARTAZA VARELA, *Empresa*, pp. 198.

¹⁵⁴ RICOEUR, *Sí mismo como otro*, pp. 37-74.

¹⁵⁵ RICOEUR, *Sí mismo como otro*, p. 71.

que se refiere la misma. De ese modo, la atribución social de agencia convierte a la persona que actúa en “sustancia sin privilegio”¹⁵⁶, indiferenciada respecto a lo que acontece, precisamente porque se obvia el dato que introduce la experiencia cognitiva humana, esto es: la orientación consciente de la acción¹⁵⁷; en términos aristotélicos, la “deliberación”¹⁵⁸. Según afirma RICOEUR: “la inclusión de la explicación teleológica por razones en la explicación causal, ha consagrado la desaparición del sujeto en beneficio de una relación entre acontecimientos impersonales”¹⁵⁹. De este modo, convirtiendo al sujeto en lugar de paso de un proceso causal impersonal –las intenciones son también concebidas como causas, no como elaboraciones de un sujeto reflexivo–, se consigue ocultar la crucial “problemática del agente”¹⁶⁰. Una vez el sujeto queda reducido a lugar de paso (en lenguaje jurídico: a centro de imputación), se abre la posibilidad formal –y eso es lo que aprovecha FRENCH– de que dicho lugar lo ocupe tanto un individuo como un colectivo: ambos pueden ser, en esa medida, sujetos con intenciones y, por tanto, de responsabilidad moral¹⁶¹.

El problema de estas teorías, que tienen su ubicación natural en el ámbito de la filosofía analítica, es su difícil traslación al discurso ético o penal, al menos en tanto éstos se constituyan en torno a procesos de imputación¹⁶². Como se ha dicho, ya ARISTÓTELES había señalado que el análisis ético de una acción sólo se puede realizar en referencia al sujeto deliberativo que la «origina», dueño de ella de principio a fin¹⁶³. Así pues, como

¹⁵⁶ RICOEUR, *Sí mismo como otro*, p. 71.

¹⁵⁷ RICOEUR, *Sí mismo como otro*, p. 65.

¹⁵⁸ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, pp. 104 y ss., §1113a. Sobre ello, afirmando que en ARISTÓTELES uno de los caminos para ir “de la acción al agente” es precisamente a través de una “pre-deliberación” que convierte la acción en algo “propio” del agente: RICOEUR, *Sí mismo como otro*, p. 81.

¹⁵⁹ RICOEUR, *Sí mismo como otro*, p. 73. En el mismo sentido, ROJAS PARADA, *Donald Davidson*, p. 52.

¹⁶⁰ Esta desaparición del agente en el análisis de la acción podría relacionarse también con la aceptación mayoritaria por parte de la doctrina de la «culpabilidad por el hecho» en perjuicio de la «culpabilidad por la conducción de la vida».

¹⁶¹ Un proceso similar es adoptado por la teoría de sistemas de LUHMANN, que analizaremos en el siguiente capítulo (I.II), y en la que el sujeto también aparece como “mero portador” de comunicaciones sociales, o bien como un sistema autopoietico más. De algún modo, el sociólogo alemán se encuentra en el otro lado de una evolución teórica que va desde DAVIDSON y su concepción del lenguaje como previo al agente y pasa por LEVI-STRAUSS, quien también da un valor constituyente al lenguaje, otorgando a las estructuras lingüísticas la condición de “totalización no reflexiva (...) que tiene sus razones, y que el hombre desconoce” (LEVI-STRAUSS, citado en RICOEUR, *Conflicto de las interpretaciones*, p. 53). A lo largo de la presente parte se habrá de volver a esta compleja evolución de la teoría social por la que el sujeto antropológico pierde entidad a favor de procesos estructurales, ya sean lingüísticos (DAVIDSON y LEVI-STRAUSS) o sistémicos (LUHMANN).

¹⁶² Por todos: SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, pp. 1 y ss.

¹⁶³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, p. 109, §1115a; desde un planteamiento filosófico, concibiendo la acción como manifestación diferenciadora del agente, como revelación del “quién”: ARENDT, *La condición humana*, pp. 200 y ss.; también SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, p 4: “Imputar significa, por tanto,

ha criticado RICOEUR, ocultar al sujeto sólo contribuye a oscurecer el proceso de imputación¹⁶⁴. La relación entre imputación y sujeto es aún más relevante cuando, como sucede con el discurso jurídico-penal, el proceso está basado en el concepto de culpabilidad, el cual “se determina de forma concreta en atención al autor: la persona es constituida, por tanto, de forma diferenciada”¹⁶⁵. En ese contexto, por tanto, resulta conceptualmente problemático reducir al sujeto a “mero portador” de procesos causales, aunque con ello se abra la puerta a sujetos colectivos. Recurriendo a la terminología de JAKOBS, la disolución del agente consciente y libre en el proceso descriptivo-causal, aséptico, reduce el sentido de la acción a naturaleza¹⁶⁶, tratando al agente como “ser natural” y “no como un participante idóneo en la comunicación que dice cosas con sentido”¹⁶⁷. Dicho en sentido negativo, y en palabras de LÜBBE: “*nicht jedes grammatische Subjekt ist als solches schon ein Handlungssubjekt*”¹⁶⁸. No basta, por tanto, un sujeto en el sentido gramatical-lingüístico, sino que es necesario un sujeto capaz de acción penal, y para ello es necesaria una argumentación que vaya más allá de las prácticas del lenguaje.

c.3. SEARLE: la teoría de los hechos institucionales y la intencionalidad colectiva

En el contexto de la filosofía contemporánea se ha producido también una aportación significativa, con cierta influencia en la discusión continental, en relación a la responsabilidad penal colectiva: se trata de la teoría de la «intencionalidad colectiva» y de los «hechos institucionales» de John SEARLE¹⁶⁹. La tesis del autor es la siguiente: si se quieren comprender los hechos sociales es necesario atender no sólo a la intencionalidad individual sino también a la intencionalidad colectiva, “fenómeno biológico primitivo” que no se puede reducir a una suma de aquéllas¹⁷⁰. Así, aunque la

hacer-responsable. Y ello sólo es posible, con propiedad, referido a una persona” (en referencia a ARISTÓTELES: pp. 23 y s.); Igualmente, VON WRIGHT, *Norma y acción*, p. 54: “Un acto individual, además, es la realización de un acto genérico en una ocasión específica por un agente específico”.

¹⁶⁴ RICOEUR, *Sí mismo como otro*, pp. 59 y s, 71.

¹⁶⁵ JAKOBS, *Strafbarkeit*, p. 561.

¹⁶⁶ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 43. En el mismo sentido, VON FREIER, *Aufklärung*, p. 106, sobre la naturalización del sujeto implícita en las fundamentaciones de la culpabilidad colectivo-empresarial. También, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, p 4, en contraposición al naturalismo: “imputar significa, en primer término, comprender el suceso como organizado en un sujeto humano en cuanto tal, como no-naturaleza”.

¹⁶⁷ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 44.

¹⁶⁸ LÜBBE, *Verantwortung*, p. 31 (trad.: “No todo sujeto gramatical es como tal un sujeto de acción”).

¹⁶⁹ SEARLE, *Construcción*, pp. 41 y ss.

¹⁷⁰ SEARLE, *Construcción*, p. 42. El autor sostiene que la mayor parte de intentos de explicar los fenómenos sociales caen en un reduccionismo falaz, que se ve obligado a elegir, en un falso dilema,

intencionalidad forme parte de la vida cerebral de los individuos, ésta se puede expresar en términos no sólo de una primera persona del singular (“yo pretendo”), sino también de un “nosotros pretendemos”¹⁷¹. De ese modo, lo que ocurre en virtud de dicha intencionalidad colectiva constituirá un “hecho social” (como por ejemplo “que dos personas salgan juntas a dar un paseo”).

Como subespecie de los hechos sociales existen los “hechos institucionales”¹⁷², la otra gran aportación de SEARLE. La teoría de los hechos institucionales afirma que, en virtud de una intencionalidad colectiva, determinados fenómenos adquieren un nuevo estatus que no puede ser deducido de su constitución física, sino que provienen del acuerdo humano. Si bien el ejemplo al que recurre es principalmente el dinero, que como institución social es capaz de convertir un soporte físico (un billete) en un valor de intercambio, el autor también recurre al derecho penal para explicar su teoría. Según SEARLE, el derecho penal “consiste en prohibir, por ejemplo, ciertas formas de conducta previamente existentes, como asesinar”; y en esa medida tiene un propósito regulativo. Ahora bien, “para que las regulaciones funcionen, tiene que haber sanciones, lo que exige la imposición de un nuevo estatus a la persona que viola la ley. Así, a la persona que mata a otro (término X) bajo ciertas circunstancias (término C), y es hallada culpable de hacerlo, se le asigna el estatus de «asesino convicto» (término Y)”. En el tránsito que va desde el hecho bruto de “matar” a la modificación del estatus social de la persona culpable, el derecho penal ha pasado de regulativo a constitucional, “y con ese nuevo estatus, vienen las penas y los castigos apropiados”¹⁷³. Dicho estatus constitutivo del derecho penal se basa en que existe una intencionalidad colectiva que lo sustenta, que otorga un significado social tanto al hecho bruto de matar (lo convierte en “delito”) como al hecho de realizar una declaración de culpabilidad e imponer una pena.

“entre, de un lado, el reduccionismo, y de otro, una supermente flotante por encima de las mentes de los individuos” (p. 43). Al respecto: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, pp. 456 y ss.

¹⁷¹ SEARLE, *Construcción*, p. 43: “Es verdad que toda mi vida mental está dentro de mi cerebro, y que toda la vida mental de ustedes está dentro de su cerebro, y lo mismo vale para todo el mundo. Pero de aquí no se sigue que toda mi vida mental tenga que ser expresada en la forma de una frase nominal singular referida a mí. La forma que mi intencionalidad colectiva puede tomar es simplemente ésta: «nosotros pretendemos», o «estamos haciendo esto y lo otro», etc. En esos casos, yo pretendo sólo como parte de nuestro pretender. La intencionalidad que existe en cada cabeza individual tiene la forma «nosotros pretendemos»”.

¹⁷² NEUMANN (Verbänden, p. 17) por ejemplo, se hace eco en el plano penal y en la crítica al normativismo. También PAWLIK (*Unrecht des Bürgers*, p. 143) se refiere, en referencia a SEARLE, al concepto de persona como “hecho institucional”.

¹⁷³ SEARLE, *Construcción*, p. 67.

La tesis del SEARLE es, en definitiva, que las instituciones sociales (pena, delito, dinero, etc.) están garantizadas por una creencia o intencionalidad colectiva que convierte, a través de reglas regulativas y constitutivas, lo que es un fenómeno más o menos bruto (un billete, o una sentencia judicial) en un hecho social con un estatus o función social específica¹⁷⁴. Por otro lado, el propio autor se anticipa a la posible crítica a la circularidad y regreso infinito de su teoría¹⁷⁵. A la posibilidad de que la afirmación de que “algo tiene valor porque se cree en ello, y se cree en ello porque tiene valor...” caiga en la circularidad, SEARLE responde que los conceptos sólo funcionan en “razón del conjunto de prácticas en que el fenómeno está incrustado”¹⁷⁶. Es decir, para explicar el significado de los conceptos es necesario buscar las referencias explicativas en las prácticas con las que están relacionados, para lo cual es necesario salir del círculo del concepto mismo e ir a la realidad que regula. Por ejemplo, para explicar el concepto “pena” es necesario remitirse a una serie de prácticas (penitenciarias, legislativas, judiciales) y a estructuras de entendimiento (principio de culpabilidad, necesidad de prevención, capacidades subjetivas) que evitan la circularidad del mismo¹⁷⁷.

Sin embargo, la intencionalidad colectiva de SEARLE no puede funcionar aquí como una justificación de la culpabilidad colectiva¹⁷⁸. Sí que podría, a lo sumo, servir de fundamento para afirmar que la personalidad jurídica de determinadas organizaciones colectivas es un “hecho institucional”, en el sentido de que en determinadas prácticas sociales se les considera colectivamente como sujetos, como por ejemplo en relación a su capacidad de proporcionar servicios o de realizar contratos¹⁷⁹. Sin embargo, ello no dice nada todavía respecto a su capacidad como sujetos en relación a las prácticas morales o penales, precisamente porque la “existencia social” no genera todavía la capacidad de agencia¹⁸⁰. En palabras de JAKOBS: “Sólo porque sea persona, la persona jurídica no tiene por qué ser persona a todos los efectos”¹⁸¹.

¹⁷⁴ Al respecto: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmen*, pp. 120.

¹⁷⁵ SEARLE, *Construcción*, p. 51.

¹⁷⁶ SEARLE, *Construcción*, pp. 68 y ss.

¹⁷⁷ El ejemplo es propio, SEARLE utiliza de nuevo el ejemplo del dinero, cuyo valor constitutivo de la realidad se fundamenta en las prácticas de intercambio a las que se sirve de símbolo.

¹⁷⁸ En sentido similar: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmen*, pp. 120 y ss.; la misma, *Unternehmenskriminalität*, pp. 525 y ss.

¹⁷⁹ A su planteamiento se refiere, por ejemplo, para afirmar el carácter de “hecho institucional” de la empresa: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmen*, pp. 119 y ss.; *Unternehmenskriminalität*, pp. 384 y ss.

¹⁸⁰ En ese sentido: ORTIZ DE URBINA, *Personas jurídicas*, p. 495: “resulta bastante evidente que hay entes colectivos como las personas jurídicas, que “existen” socialmente; sin embargo, ello no supone de por sí

La teoría de SEARLE sí que puede, en cambio, afectar a la pregunta por la responsabilidad individual de los sujetos que operan sobre la base de una motivación intencional colectiva. Esto es especialmente relevante –como se desarrollará en otro lugar– en lo que a acciones en contextos complejos se refiere: los individuos que operan en grandes empresas suelen hacer lo que hacen, no sólo por una disposición individual, sino principalmente como consecuencia del “nosotros queremos” de la empresa misma, que eventualmente puede constituir una importante presión y, por ende, una descarga de responsabilidad. Sin embargo, para SEARLE la intencionalidad sigue arraigada en los individuos, pues éstos son los únicos que tiene el «transfondo» –capacidades, habilidades, tendencias y disposiciones– que estructura la conciencia¹⁸², y no es posible recurrir a entidades tales como la “consciencia colectiva”¹⁸³ para explicar los fenómenos. La argumentación de SEARLE no se puede tomar, por tanto, como base para una justificación de la culpabilidad colectiva, pues la «intencionalidad colectiva» de la que habla, en tanto opera en el sustrato psíquico de individuos libres, no es suficiente para ver en la colectividad un sujeto de imputación moral nuevo y distinto de aquéllos.

c.4. Pettit y la agencia colectiva a través de la colectivización de la razón

Otra de las aportaciones que ha tenido una influencia significativa en la discusión sobre la responsabilidad colectiva es la de Phillip PETTIT¹⁸⁴. El autor describe tres posibilidades, aparte de la fundamentación funcionalista, de fundamentar la agencia colectiva: la primera es sostener un parecido sustancial del colectivo con el agente paradigmático –en este caso el ser humano–, de cara a proceder por analogía; la segunda es sostener en el colectivo el cumplimiento de determinados patrones psicológicos, como representaciones, propósitos o disposiciones; por último, existe la vía de predicar del colectivo cierta capacidad de raciocinio respecto a sus patrones de

ningún tipo de atribución de agencia, del mismo modo que reconocer la existencia de una piedra no supone considerarla agente”.

¹⁸¹ JAKOBS, *Strafbarkeit*, p. 575; SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, pp. 446 y s., quien afirma que la empresa es un persona en consonancia con la teoría de los hechos institucionales, si bien ello no la convierte en “ciudadano pleno” (“*Vollbürger*”), como tampoco en una auténtica persona jurídico-penal.

¹⁸² Sobre el concepto de transfondo y la identidad del sujeto: SEARLE, *Construcción*, pp. 140 y ss.

¹⁸³ SEARLE, *Construcción*, p. 43.

¹⁸⁴ Esta influencia se aprecia especialmente en el reciente trabajo de: ARTAZA VARELA, *Empresa*, pp. 203 y ss. Destaca la relevancia del planteamiento, si bien lo analiza desde una perspectiva crítica: ORTIZ DE URBINA, *Personas jurídicas*, pp. 495 y ss.

comportamiento¹⁸⁵. Sobre la base de esta última, se afirma que al colectivo se le pueden atribuir razones para hacer lo que hace: “El sistema tiene que ser capaz de identificar algunas de las demandas impuestas por el patrón como requisitos regulativos o normativos, así como de permitir que la identificación de estas demandas refuercen la conformidad y el reconocimiento de la no conformidad como un fallo”. En otras palabras: “tiene que ser capaz de hacer aquello que hacemos cuando razonamos”¹⁸⁶.

PETTIT admite que, según las dos primeras, no es posible afirmar agencia por parte de los colectivos, pero sí desde la tercera perspectiva. El autor reconoce que, en aras de cierto “ecumenismo”¹⁸⁷, es posible integrar a determinados sujetos no-humanos en un concepto extensivo de agencia, según el cual aquellos sistemas que muestren determinados patrones de comportamiento, aunque sea en ausencia de perturbación, podrán ser considerados como agentes “no razonadores o acríticos”, mientras que aquellos que muestren consciencia sobre el proceso sean considerados “agentes razonadores o críticos”. En lo que a los sujetos colectivos respecta, PETTIT afirma que existe un tipo que denomina “integrados” (“conglomerados”, según FRENCH), que por su capacidad de razonar a nivel grupal acerca de los patrones de comportamiento adquiere también capacidad de agencia. Cuando lo que ocurra en dicho sistema responda a patrones de decisión que operan en dicho nivel, y cuando aquél tenga la capacidad de imponerse sobre el criterio de los individuos, entonces lo ocurrido podrá ser atribuido al propio colectivo.

Dicha capacidad se obtiene a través de la “colectivización de la razón”, a través de la cual los individuos integrados en el sistema colectivo someten sus decisiones a procedimientos de decisión grupales, como por ejemplo procedimientos reglados o votaciones, de modo que lo que surja de ellos no puede ser explicado meramente desde intereses individuales¹⁸⁸. Mediante dichos procesos el colectivo puede adquirir una identidad subjetiva propia, que permanece a lo largo del tiempo, sólo si “el colectivo más reciente es tenido por responsable, según la práctica discursiva normal, de los

¹⁸⁵ Para sostener esta tercera opción el propio PETTIT se remite, como había hecho FRENCH, a la tesis de DAVIDSON, si bien no especifica en qué sentido, cfr. PETTIT, *Group Agents*, p. 70.

¹⁸⁶ PETTIT, *Group Agents*, p. 71. Recientemente, KOHLHOFF (*Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, p. 309) ha desarrollado la idea del “potencial de raciocinio” (“*vernunftpotential*”) y de “capacidad de reflexión valorativa” (“*geltungsreflektion fähigkeit*”) del colectivo, sobre presupuestos que se analizarán en el siguiente Capítulo, de cara a fundamentar la culpabilidad colectiva.

¹⁸⁷ PETTIT, *Group Agents*, p. 70.

¹⁸⁸ Sobre este proceso: ARTAZA VARELA, *Empresa*, pp. 214 y ss.

juicios, intenciones y acciones que llevase a cabo el primero”¹⁸⁹. No obstante, a pesar de reconocer que “lo que subyace en esta identidad a través del tiempo será muy diferente” de “la identidad de la persona individual a lo largo del tiempo, ya que será algo que tenga que ver con una organización interpersonal y no con una estructura neuronal o psicológica”, ello no le impide afirmar cierta equivalencia funcional entre ambas, pues, “en sí misma, la relación existente será la misma que en el caso individual”¹⁹⁰.

Son varias las críticas que se pueden realizar contra la argumentación de PETTIT. En primer lugar, parecería que, tras lo que él denomina como un “atractivo ecumenismo” que sirve para considerar a algunos animales no-humanos como agentes¹⁹¹, se podría esconder no tanto un argumento racional sino un “salto argumental voluntarista” o “emotivo”¹⁹². Como ha destacado ORTIZ DE URBINA, PETTIT quiere extender un concepto con connotaciones positivas como el de «agencia» a otros entes, sean animales o sujetos colectivos, y para ello no se centra suficientemente en argumentos referidos a su capacidad de actuar como sujetos morales, sino más bien lo que realiza es una redefinición del concepto de agencia para que aquéllos puedan integrarse en él¹⁹³. En ese sentido, y siendo la capacidad de agencia de animales o personas colectivas la que es – es decir, débil o muy escasa dependiendo de su complejidad–, lo que se consigue es un concepto de agencia tan amplio y con un contenido tan escaso que, de hecho, “pierde buena parte de su valor conceptual en general y pierde todo su valor para el ámbito del derecho penal en concreto”¹⁹⁴.

En segundo lugar, la argumentación de PETTIT empuja a la teoría de la responsabilidad a un callejón sin salida cuando se analiza el lugar en el que queda el individuo. Según el autor, para que los colectivos se conviertan en sujetos responsables, aunque sea en forma de “yoes insensibles, limitados y burdamente robotizados”, es necesaria “la continua sumisión –aunque lo normal es que se trate de una sumisión voluntaria– de los

¹⁸⁹ PETTIT, *Teoría de la libertad*, p. 223.

¹⁹⁰ PETTIT, *Teoría de la libertad*, p. 223. La cuestión de la «continuidad biográfica» a la empresa habrá de ser abordada en otro lugar (II.2.a).

¹⁹¹ PETTIT, *Group Agents*, pp. 71 y s.

¹⁹² ORTIZ DE URBINA, *Personas jurídicas*, p. 497.

¹⁹³ ORTIZ DE URBINA, *Personas jurídicas*, pp. 497.

¹⁹⁴ ORTIZ DE URBINA, *Personas jurídicas*, p. 497. Y continúa: “De nada sirve incluir la noción de agencia penal para incluir a las personas jurídicas si se acaba con un concepto que incluye así mismo a ciertos animales, entes de los que, hasta donde llego, nadie ha afirmado todavía que deban ser destinatarios de las conminaciones ni penalmente responsables”.

individuos que los integran”¹⁹⁵. Más allá de que las propias palabras de PETTIT, principalmente en lo que a la “sumisión” respecta, son suficientemente explícitas para apreciar lo problemático del planteamiento¹⁹⁶, lo que se está afirmando es que la «colectivización de la razón» permite agencia en un nivel colectivo “a costa de” la suspensión del nivel individual. Así lo reconoce también el propio PETTIT, cuando afirma que “muchas veces será adecuado considerar a un grupo como responsable por aquello que haya hecho un individuo, o varios, y a la vez no será correcto considerar a tales individuos responsables, ya que solo lo serán de sus aportaciones como individuos”¹⁹⁷.

Esto es lo que, en opinión de MAÑALICH, resulta como principio incompatible con el derecho penal: “cuando se trata del proyecto de seguir lealmente una norma de comportamiento jurídico-penalmente reforzada, el derecho no acepta semejante suspensión de la agencia individual en pos de la agencia colectiva. Pues se trata aquí del seguimiento de normas que imponen deberes personalísimos. El problema no es ontológico, sino normativo”¹⁹⁸. Volviendo de momento a la distinción de ARENDT: cuando los deberes jurídicos se mueven en el plano de la culpabilidad, éstos no pueden ser sino personalísimos, de modo que la capacidad de cumplimiento no se puede suspender en beneficio de otro. El directivo que firma la comercialización de un producto defectuoso, o un contrato fraudulento en nombre de la empresa, no puede afirmar a favor de su inocencia su incapacidad para responder de su comportamiento frente al derecho penal. Ello supondría aceptar un anonimato generalizado en las interacciones en contextos complejos, donde nadie respondería ya por sí mismo de lo que sucede y donde, al contrario, todas las respuestas remitirían a una supuesta “razón

¹⁹⁵ PETTIT, *Teoría de la libertad*, p. 224 y s. En un sentido similar, GARCÍA AMADO, *Método jurídico*, p. 175. Desde la teoría de la organización, analizando las críticas del “*industrial humanism*” a dicho fenómeno: SCOTT, *Organization theory*, pp. 258 y s.

¹⁹⁶ El propio JASPERS (*Culpa*, p. 61) había advertido el problema de la afirmación plena de la identidad colectiva a costa de la “degradación” de la individualidad: “El enjuiciamiento de un pueblo como si se tratara de una categoría resulta siempre una injusticia; presupone una substancialización equivocada que tiene como consecuencia la degradación de las personas en tanto que individuos”.

¹⁹⁷ PETTIT, *Teoría de la libertad*, p. 229. En sentido similar, PUNCH, *Why Corporations Kill*, p. 42: “Mantengo que no hay ‘individuos’ en las organizaciones y que las organizaciones cometen crímenes”. También, NEUHÄUSER, *Unternehmen als moralische Akteure*, p. 131: “Cuando las personas trabajan para una empresa, se ven a sí mismos como una pieza (“*Teil*”) de la empresa”. Críticamente, respecto al planteamiento de NEUHÄUSER: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, p. 435.

¹⁹⁸ MAÑALICH, *Organización delictiva*, p. 299 (su crítica al autor está basada en la argumentación de JAKOBS, que se analizará en II.2.b). También, HAAS, *Organisierte Unverantwortlichkeit*, p. 140: “El principio de culpabilidad está obsoleto solamente en ordenamientos jurídicos en los que el individuo es tomado como una mera pieza de organizaciones colectivas”.

colectiva” en la que los individuos descargarían su responsabilidad¹⁹⁹. Como afirma ARENDT: “La grandeza de los procedimiento de justicia estriba en que incluso el mero eslabón vuelve en ellos a ser una persona”²⁰⁰. En ese sentido, una de las funciones didácticas del derecho penal es, precisamente, la de comunicar que respecto a determinados deberes básicos uno no puede renunciar a la responsabilidad por sus interacciones.

d) Recapitulación. La culpabilidad colectiva como error categorial y la distinción entre culpabilidad y responsabilidad

d.1. La culpabilidad colectiva como metáfora, no como concepto jurídico: el error categorial

Si bien se puede discutir acerca del rendimiento conceptual de la culpabilidad colectiva allá donde no se producen consecuencias jurídicas, esto es, en el plano metafórico y como herramienta explicativa de determinados acontecimientos históricos, desde el punto de vista penal la cuestión es muy distinta. Es decir, en ámbitos donde la atribución de culpabilidad tiene consecuencias que van más allá de la didáctica, se impone la necesidad tanto de diferenciar conceptualmente la responsabilidad de la culpabilidad, como de mantener esta última como una herramienta de individualización. En ese sentido, en el contexto penal la atribución de culpabilidad a los colectivos se manifiesta conceptualmente como un «error categorial»²⁰¹, por el error lógico de

¹⁹⁹ PETTIT no parece querer llegar tan lejos. En otro lugar (Group Agents, pp. 88 y s.), el autor responde ante estas críticas al holismo de su tesis, afirmando que en ella el colectivo “no hace nada si no es sobre la base de las contribuciones de sus miembros. (...) El Estado puede considerarse también un agente real, por extensión del caso de la asamblea electoral, pero no significa que al Estado se le otorgue un rol totalitario. (...) Ellos (los colectivos) son la cola, nosotros el perro (*‘They are the tale, we are the dog’*)”. La contradicción es, en cambio, evidente: si el colectivo no es sino la contribución de sus miembros, la capacidad de agencia residirá también en ellos.

²⁰⁰ ARENDT, Responsabilidad colectiva, p. 9.

²⁰¹ GARZÓN VALDÉS, Enunciado de responsabilidad, p. 5: “Cuando se trata de la responsabilidad de organizaciones formales o de agentes colectivos (puede pensarse en el caso de una compañía anónima) hablar de agentes morales significaría cometer lo que Gilbert Ryle llamaba ‘error categorial’: ‘Es un error lógico esperar que el comportamiento de una organización se adecue a los principios normales de la moralidad’”. En el mismo sentido, DAN-COHEN (Sanctioning Corporations, p. 32), en un artículo crítico con la personificación moral de las corporaciones: “Este tipo de falacia antropomórfica no sería sólo un error fáctico, sino que también supondría un error categorial”. El argumento proviene de RYLE (*El concepto de lo mental*) quien lo emplea como crítica a la tendencia a confundir las categorías de lo mental y de lo físico. Una defensa de la culpabilidad colectiva frente al error categorial (con referencias también a RYLE), la realiza KOHLHOFF (*Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, pp. 306 y s), quien afirma que para el derecho tanto el momento individual como el colectivo son indispensables para su desarrollo y cumplimiento. Por otro lado, la operación conceptual ha sido calificada también, según afirma ORTIZ DE URBINA (Personas jurídicas, p. 493), de “falacia de división”, en tanto afirma que “todas las propiedades exhibidas por los entes colectivos son también predicables de sus componentes individuales”.

subsumir en la misma categoría –la culpabilidad– realidades tan diversas como los individuos que componen un grupo y el grupo en sí mismo considerado. La afirmación de FRENCH de que el “*CID Estructure* de una corporación es una especie de regla (o reglas) constitutivas análogas a los juegos de reglas a los que estamos familiarizados (J.C.: en la responsabilidad individual, se entiende)”²⁰² es imprecisa, pues individuo y corporación operan con lógicas y se manifiestan de modos absolutamente diversos, por lo que exigen por parte del derecho un encuadramiento en categorías también diversas²⁰³. Por otro lado, el razonamiento que equipara al colectivo con sus miembros individuales consigue sorprendentemente invertir la “sinécdoque” más típica en la ciencia jurídica, la que toma la parte por el todo, acogiendo la que toma el todo por la parte; es decir, se representa al colectivo en los mismos términos conceptuales que el individuo.

d.2. La intencionalidad colectiva: ¿es suficiente para justificar una culpabilidad?

El problema de construir una categoría de culpabilidad que opere en sujetos colectivos es que obliga a reducir su contenido al concepto de «intencionalidad», concretamente a su variante lingüística. Parecería que si se puede afirmar, dentro de nuestras prácticas discursivas habituales, que determinados sujetos han realizado una acción inducidos por un sistema de decisión colectiva (como sostienen PETTIT o FRENCH), podemos afirmar también una capacidad de responsabilidad o culpabilidad en el colectivo mismo²⁰⁴. Sin embargo, la posibilidad de atribuir intenciones a sujetos colectivos (como también a niños, a enfermos mentales o a ordenadores inteligentes) es evidente, que ello genere un sujeto nuevo según la estructura del concepto de culpabilidad jurídica, como se ha esbozado, lo es mucho menos. Ello supondría, en cualquier caso, obviar el salto de continuidad más criticable de estas posiciones: para que dicho colectivo se transforme en un sujeto “integrado”, en el sentido de superponer su intención a la de sus individuos, es necesario que dichos individuos sean, a su vez, “desintegrados”, en el sentido de que con su intencionalidad individual se vaya también su responsabilidad personal. En otras palabras: la culpabilidad colectiva se conseguiría a costa de la individual.

²⁰² FRENCH, *Corporation as a Moral Person*, pp. 143 y s.

²⁰³ En ese sentido: NEUHÄUSER, *Unternehmen als moralische Akteure*, pp. 124 y s: “La analogía entre individuos y empresas no debería llevarse muy lejos, pues entre ellos hay llamativas e importantes diferencias”. La profundización en dichas diferencias se realizará en la parte II.

²⁰⁴ Ahora, por todos: NEUHÄUSER, *Unternehmen als moralische Akteure*, pp. 90 y ss.; 153 y ss.

Estos planteamientos, que tienen razón al afirmar que el individuo no opera simplemente como un “yo aislado” sino también como parte de un “nosotros”, obligan a tomar partido por una de las siguientes opciones. La primera opción es operar con un concepto de agencia y de culpabilidad normativizados, capaces de abarcar indistintamente tanto fenómenos individuales como colectivos, y de flexibilizarse hasta el punto de “amortiguar” las dificultades lógicas que supone la culpabilidad colectiva²⁰⁵. Es decir, se apostaría por una solución de «mínimo común denominador»²⁰⁶: se busca el “mínimo común” al sujeto individual y al colectivo –como por ejemplo una intencionalidad (FRENCH) o una repetición de patrones de comportamiento a lo largo del tiempo (PETTIT)– y se construye un concepto de agencia a partir de él²⁰⁷. En la medida en que deben abarcar a dos sujetos substancialmente diversos, los conceptos del discurso –acción, culpabilidad, intencionalidad, personalidad moral– ganarán *extensio*, es decir, capacidad aplicativa, a costa de perder gran parte de su *intensio*, es decir, de perder contenido material²⁰⁸.

Sobre el presupuesto de que un concepto de culpabilidad que abarque colectivos obliga a una excesiva normativización²⁰⁹, así como a aligerar o erosionar los presupuestos de imputación y, por tanto, a debilitar el derecho penal²¹⁰, la segunda opción abogaría por integrar esa influencia del “nosotros” en determinados delitos individuales a través de

²⁰⁵ Una descripción acertada del proceso, en relación a las personas jurídicas, BOLDOVA, Introducción, pp. 227: “Modificar estos conceptos para adaptarlos a las personas jurídicas implica una normativización de los mismos que impide alcanzar un concepto único, válido y común para depurar la responsabilidad penal de las personas físicas y de las personas jurídicas de acuerdo con unas mismas reglas y presupuestos”.

²⁰⁶ Según TEUBNER (*Collisione Discursuum*, p. 177 y s.), el «mínimo común denominador» es una de las formas típicas de solucionar conflictos discursivos.

²⁰⁷ Esa ha sido la solución, como se ha de ver, de gran parte de los defensores de la culpabilidad penal de la empresa. Por ejemplo, en las argumentaciones de S. BACIGALUPO y GÓMEZ-JARA se percibe claramente tanto una normativización como flexibilización de los conceptos de agencia y de culpabilidad.

²⁰⁸ Parece que es a eso a lo que alude SILVA SÁNCHEZ (*Personas jurídicas*, p. 336) al afirmar que los intentos de construir un concepto de culpabilidad inclusivo de las personas jurídicas implican “una concepción filosófica fuertemente despersonalizada, (que) se aleja significativamente de las premisas que subyacen a la imposición de las penas a sujetos individuales. Tanto que surge, inevitable, la pregunta de si la *extensio* de un concepto como el de culpabilidad puede abarcar realidades tan distintas, sin perder prácticamente toda *intensio*”. En el mismo sentido, JAKOBS (*Strafbarkeit*, p. 570); SCHÜNEMANN, *Punibilidad*, p. 588.

²⁰⁹ En ese sentido, por ahora: SEELMAN, *Kollektive Verantwortung*, p. 16; ARTAZA VARELA, *Empresa*, p. 80.

²¹⁰ SEELMAN, *Punibilidad*, p. 367: “Este peligro es visto en el aligeramiento de los presupuestos de imputación, esto es, en que las menores exigencias para imputar una acción punible en el caso de la pena a la asociaciones (debido a cuestiones de necesidad) podrían extenderse a todo el derecho penal”; el mismo, *Kollektive Verantwortung*, p. 14, 16. También: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, p. 380.

un paradigma distinto a la culpabilidad. A continuación se esbozará dicha posición, si bien habrá de desarrollarse en profundidad en la parte III.

d.3. La distinción entre culpabilidad y responsabilidad: la apertura del principio de responsabilidad a los sujetos colectivos

La normativización del concepto de culpabilidad se puede interpretar también como un acercamiento progresivo de dicho concepto respecto al de responsabilidad, esto es, a un punto intermedio con menos contenido ético-valorativo e individualizador²¹¹. Se mantiene la etiqueta de “culpabilidad”, pero su contenido ha sido transformado, se ha “desmitificado”²¹². La razón de esta evolución es que, en las complejas condiciones en las que opera el individuo en la sociedad contemporánea –donde a menudo actúa con desconocimiento del riesgo–, se prefiere utilizar el término responsabilidad al de culpabilidad, pues el primero estaría libre de la “carga moral” del segundo.

Más allá de la evolución que pueda corresponder al concepto de culpabilidad en relación al individuo, el creciente protagonismo del concepto de responsabilidad podría proporcionar la clave a la hora de integrar a los sujetos colectivos en el discurso ético-jurídico. La razón es que, estando el concepto de culpabilidad tan connotado de individualización, probablemente sea el concepto de responsabilidad el que pueda proporcionar el campo semántico-conceptual adecuado –la “*Tiefengrammatik*”²¹³, en términos de ALWART– para fundamentar un sistema de imputación colectiva. De momento, en el plano conceptual propio del presente capítulo basta señalar que la relación del derecho con el individuo y con el colectivo debe regirse por lógicas diferenciadas: en el primer caso, alrededor del campo semántico de la culpabilidad; en el segundo, alrededor de lo que se ha denominado principio de responsabilidad.

²¹¹ En ese sentido, MAIHOLD, *Strafe*, p. 349: “El concepto de ‘culpabilidad’ está siendo reemplazado cada vez más por el de ‘responsabilidad’”. También, LUZÓN PEÑA, *Libertad, culpabilidad y neurociencias*, p. 348 (nota 14), con numerosos ejemplos, entre ellos él mismo, de autores que han ido substituyendo el término culpabilidad por otros más neutros como “responsabilidad”, “atribuibilidad”, “imputación personal”. Recientemente, HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf?*, pp. 49 y ss., quien defiende una teoría del delito que substituye culpabilidad por “asequibilidad normativa” y “reproche de culpabilidad” (“*Schuldvorwurf*”) por “reproche del injusto” (“*Unrechtvorwurf*”).

²¹² Acerca del proceso por el que el concepto de culpabilidad, por haberse transformado casi en “mitológico”, ha debido desmitificarse (“*Entmythologisierung*”) o abandonarse a favor de un concepto social de responsabilidad: QUANTE, *Sanktionsmöglichkeiten*, pp. 147.

²¹³ ALWART (*Unternehmensethik durch Sanktion?*, p. 76) alude a las dificultades del derecho penal para integrar a los sujetos colectivos en su «gramática profunda», se entiende que en el sentido de su sistema conceptual constitutivo. En la presente tesis se pretende, en esa línea, comprobar si una gramática más compleja, que combine quizás los niveles de culpabilidad y responsabilidad, puede satisfacer la supuesta necesidad preventiva de integrar al sujeto colectivo entre los sujetos penales.

Capítulo 2: Aproximación a la culpabilidad colectiva en el constructivismo y la teoría de sistemas

Si bien uno de los polos del debate sobre la culpabilidad colectiva lo había constituido la discusión iniciada por JASPERS y desarrollada por ARENDT, FRENCH y otros autores del ámbito anglosajón, en las últimas décadas ha tomado fuerza la visión sociológica²¹⁴ de la teoría del delito y su influencia en las recientes fundamentaciones de la culpabilidad colectiva. Si en el caso anterior las condiciones sociales que originaron el debate filosófico fueron de índole histórico-política –a saber: el nacionalsocialismo y otros regímenes políticos donde se produjeron delitos en masa²¹⁵– esta nueva visión ha venido motivada por los problemas relacionados con el advenimiento de la sociedad tecnológica o del riesgo²¹⁶, así como por el fenómeno de la “irresponsabilidad organizada” a ella asociado²¹⁷.

En este contexto teórico, se afirma que la evolución social y tecnológica, junto a la creciente complejidad de la sociedad contemporánea, generan un conjunto de riesgos de los que nadie en concreto responde, precisamente porque la gestión de los mismos se ha diferenciado en diversos subsistemas, y en cada subsistema en diversos niveles jerárquicos²¹⁸. Las personas individuales situadas en dichos contextos, en la medida en que no poseen una visión de conjunto, ni de los riesgos ni del alcance de su propia

²¹⁴ Con visión sociológica se quiere hacer referencia a aquella perspectiva, de creciente acogida entre los penalistas, por la que los conflictos jurídico-penales son analizados desde la óptica de su significado social y no tanto, como pudo suceder mientras el paradigma antropocéntrico fue dominante, desde la perspectiva individual. Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, pp. 221 y s. En lo que sigue se estudiarán, dentro de dicha perspectiva, aquellas contribuciones que más han influido en la discusión de la culpabilidad colectiva. Se trata principalmente de la teoría de sistemas, cuyo máximo exponente es LUHMANN (principalmente: *Das Recht der Gesellschaft*), cuya estela han continuado autores como TEUBNER (*Recht als autopoiesis System*) y un amplio número de penalistas.

²¹⁵ En estos términos se expresa: ARENDT, *Eichmann en Jerusalén*, p. 359.

²¹⁶ Sobre la sociedad del riesgo y su afectación a la teoría de la pena y a la dogmática jurídico-penal: PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, pp. 199 y ss., 261 y ss.; también, SCHÜNEMANN, *Punibilidad*, p. 569, nota 10, aunque con una crítica a la “desgastada” denominación de sociedad del riesgo, en tanto sociedades pasadas han mostrado riesgos existenciales mucho más pronunciados que la actual.

²¹⁷ El término, popularizado en sociología por BECK, y en derecho penal por SCHÜNEMANN (*Unternehmenskriminalität*, p. 34) había sido ya elaborado con anterioridad por OSTERMEYER, *Kollektivschuld im Strafrecht*, p. 76. Cfr. al respecto del origen: LÜBBE, *Verantwortung*, pp. 26 y ss. En lo que a la literatura jurídico-penal reciente respecta, la expresión se ha convertido en un lugar común a la hora de tratar la problemática de los delitos en empresas, vid. por ejemplo: HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 198 y s.; QUANTE, *Sanktionsmöglichkeiten*, pp. 76 y ss.; KIRCH-HEIM, *Sanktionen*, pp. 58 y ss.; DROPPE, *Verbandsstrafe*, pp. 62 y ss.; LEWIS/PARKER, *Strafbarkeit*, pp. 84 y s. En teoría política, según se mencionó, este fenómeno ha sido caracterizado críticamente por ARENDT (*Sobre la violencia*, p. 53) como “el dominio de Nadie (...)”.

²¹⁸ LUHMANN, *Sistemas sociales*, pp. 27 y ss.; WILLKE, *Staatliche Intervention*, p. 215.

acción²¹⁹, difícilmente pueden ser hechas responsables por unos eventuales resultados lesivos que escapan a su control individual²²⁰. De este modo, ámbitos como la criminalidad organizada y de estado, la empresarial o la medioambiental generan unos conflictos cuya estructura es difícilmente compatible con el carácter “individualista” y “causalista” de los discursos ético-jurídicos clásicos²²¹. Así, fenómenos como la corrupción, los delitos contra la propiedad intelectual en internet o la actividad “mafiosa” se forman gracias a la participación de cientos, en ocasiones incluso miles o millones de personas (como sucede en las descargas ilegales), insertas en complejos sistemas organizativos, sin los cuales sería imposible llevar a cabo la conducta lesiva misma. Es decir, la corrupción política sería más difícil sin la existencia de las “estructuras de partido”, la criminalidad de empresa sin las “estructuras empresariales”, del mismo modo que la “cibercriminalidad” sería imposible sin las estructuras y programas informáticos que permiten acciones en red de carácter masivo²²². En otras palabras, algunos ámbitos generan un tipo de delitos cuya fisonomía ha dejado de parecerse al clásico delito individual, donde un sujeto realiza todas las fases de la conducta típica y cumple los requisitos de imputación, para dar paso a un tipo de delito cuyo resultado requiere de la participación de una multiplicidad de sujetos, y donde se produce una compleja organización y estructuración de sus conductas.

²¹⁹ Acerca de la capacidad de control por parte del sujeto como exigencia de la imputación, vid. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, p. 406. Sobre la dificultad de prever las consecuencias de la acción en el mundo contemporáneo se había pronunciado ya G. ANDERS (*Más allá de los límites de la conciencia*, p. 207), lo que denominó como “el desfase prometeico de la acción”: “todos nosotros sin saberlo e indirectamente, cual piezas de una máquina, podríamos vernos implicados en acciones cuyos efectos seríamos incapaces de prever y que, de poder preverlos, no podríamos aprobar –esta tecnificación ha cambiado toda nuestra situación moral. La técnica ha traído consigo la posibilidad de que seamos inocentemente culpables”. Este desfase prometeico, entre lo que producimos y lo que conocemos, genera lo que denomina una “culpabilidad inocente” –la tesis había sido esbozada ya 1956, en *Die Antiquiertheit des Menschen*–.

²²⁰ SCHÜNEMANN, *Punibilidad*, p. 572: “A ello se añade, como tercer problema para la imputación jurídico-penal, la falta de coincidencia, resultante de la estructura e división del trabajo de la moderna economía, de actividad ejecutiva, posesión de información y poder de decisión”. En profundidad: LÜBBE, *Verantwortung*, p. 158.

²²¹ TEUBNER, *Kollektive Zurechnung*, pp. 91 y ss.; ENGELHART, *Unternehmen und Compliance*, pp. 658; QUECK, *Geltung*, pp. 74 y s. Una explicación histórica de por qué el derecho penal ha adoptado esa forma, SCHÜNEMANN, *Punibilidad*, p. 568.

²²² Como ejemplo de ello se puede tomar el “caso Megaupload”, sitio web de almacenamiento de archivos clausurado por infracción de los derechos de autor. La web, que tenía millones de visitas anuales, proporcionaba un espacio virtual en el que colgar y descargar archivos (películas, videos, música, etc.). Si bien los procesados fueron los directivos y el fundador, lo cierto es que la conducta delictiva no se hubiera llevado a cabo sin la participación de millones de personas, difíciles de individualizar y esparcidas por todo el mundo, que habían colgado y descargado los contenidos.

En dicho contexto ha surgido, como se vio en relación a la tesis de JONAS, un nuevo discurso de la responsabilidad (“*Verantwortungsprinzip*”/“*Verantwortungsethik*”²²³), preocupado por buscar nuevas fórmulas de distribución de responsabilidad, en las que la imputación colectiva aparece como alternativa en los casos frecuentes en los que el individuo se ve desbordado por la estructura global de los riesgos²²⁴.

Entre las teorías sociológicas que han intentado aproximarse a esta problemática destaca el «constructivismo»²²⁵, en su variante de la «teoría de sistemas», precisamente porque su objeto no son tanto las acciones individuales sino los procesos sistémicos o sociales en que aquellas se insertan. Muy resumidamente, el constructivismo afirma que todo acto cognitivo –también el jurídico– es necesariamente “productivo” o “creativo” del mismo objeto que se trata de conocer, pues “siempre necesita la mediación de esquemas conceptuales (...) que ofrecen reconstrucciones interpretativas de un determinado campo de experiencia”²²⁶. El conocimiento del objeto del derecho no es, por tanto, reconocimiento de una realidad externa (“realismo externo”²²⁷), sino la producción de un discurso a partir de unos esquemas conceptuales determinados sistémica o culturalmente²²⁸.

En la línea de la crítica vertida por HABERMAS²²⁹, el diálogo con las tesis constructivistas y el estudio de su acoplamiento con el discurso penal ha de tratar, en primer lugar, de buscar las fuentes (externas) a esos esquemas conceptuales, y, en segundo lugar, sus factores de corrección y su validez normativa. En otras palabras, se

²²³ JONAS, *Principio de responsabilidad*; LÜBBE, *Verantwortung*; una explicación de ambos autores: MAIHOLD, *Strafe*, p. 12.

²²⁴ En ese sentido: PRITWITZ/GÜNTHER, *Kollektive Verantwortung*, pp. 331 y ss.; SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, pp. 201 y ss. Una descripción del proceso de colectivización de los riesgos: ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases*, pp. 292 y ss.; QUECK, *Geltung*, pp. 72 y ss.

²²⁵ Dentro del término constructivismo hay aportaciones parcialmente distintas, y también con consecuencias distintas en la teoría del derecho, cfr. al respecto, VILLA, *Constructivismo*, pp. 285 y ss. Una distinción entre constructivismo radical y operativo, adhiriéndose el autor a la última: GÓMEZ-JARA, *Distinciones teóricas*, pp. 21 y ss. Sobre las distintas versiones del constructivismo de corte sistémico: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, p. 138, nota 665.

²²⁶ VILLA, *Constructivismo*, pp. 287 y ss.; LAUFER (Culpabilidad empresarial, p. 84) en su defensa de una culpabilidad empresarial constructivista lo define así: “en derecho, el término constructivo se refiere a aquello cuyo carácter no se debe a su propia naturaleza substancial, sino a la forma en que lo trata una máxima o un principio jurídico”.

²²⁷ Un realismo contemporáneo se podría identificar en SEARLE (*Construcción*, pp. 166 y ss.), cuya tesis acepta determinados presupuestos cercanos al constructivismo, pero que en esencia reconoce que “la realidad existe independientemente de nuestras representaciones de ella”.

²²⁸ VILLA, *Constructivismo*, pp. 287.

²²⁹ Principalmente, HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 105-120.

ha de analizar si la explicación de los conceptos se agota en lo abarcado por sucesivas distinciones dogmáticas, o si ha de referirse a un “ahí afuera” del círculo de dichas distinciones. Estos parámetros permitirán distinguir entre: un «constructivismo radical», aquel que construye discursos “*ex nihilo*”²³⁰, donde los sistemas renuncian a cualquier posibilidad de acoplamiento con su mundo exterior; un «constructivismo moderado»²³¹, que reconocería fuentes y reglas externas de validación del discurso y que, por ello, abriría los sistemas a la posibilidad de interactuar con el exterior.

Por otro lado, más concretamente relacionado con la discusión sobre el sujeto y su culpabilidad penal, se ha de analizar si el cambio de paradigma que se propone –la sustitución de individuos por sistemas autopoieticos– es compatible con nuestro entendimiento contemporáneo del derecho penal. La razón es que desde la explicación constructivista de la sociedad, los individuos, como “niños en la moderna sociedad del riesgo”²³², tienen cada vez menos poder en el sistema social, son cada vez menos relevantes en la toma de decisiones y el control de los acontecimientos. Dicho poder habría sido transferido a las organizaciones colectivas –el propio Estado, las corporaciones y demás organizaciones–, las cuales regulan los comportamientos, hasta el punto de que serían consideradas ya como las principales actores de la sociedad²³³. En palabras de BACIGALUPO SAGGESE, estaríamos ante una crisis de la idea de

²³⁰ Algo similar parece indicar KRAWIETZ, *Sistemas jurídicos*, p. 135: “Las directivas y normas, sin embargo, son usadas como y cuando son requeridas, esto es, no de acuerdo con una norma básica preconcebida (*Grundnorm*) o algún plan maestro, sino pragmáticamente y sobre una base ‘ad hoc’”. También NEUMANN (*Culpabilidad*, pp. 136) parece referirse a este tipo de constructivismo, en relación al funcionalismo: “La actividad jurídico-científica tiene entonces el carácter de la construcción de conceptos y reglas, no del conocimiento de un ser preexistente. La construcción es arbitraria en el sentido de que, a excepción de la relación funcional entre medio y fin, no está vinculada a ninguna preexistencia”.

²³¹ Este tipo de constructivismo se percibe, por ejemplo en VILLA (*Constructivismo*, p. 299): “En el campo jurídico, y especialmente en el de las organizaciones jurídicas de tipo occidental, los objetos con los que debemos operar (constituidos por normas jurídicas) están ellos mismos empapados de valores. En tales organizaciones hay, si bien en modos y formas diversas, un conjunto de principios constitucionales que constituyen la protección normativa de ciertos valores considerados como fundamentales. En este caso, por tanto, los valores no están solo presentes en el modo en que el estudioso se acerca al objeto, sino que están presentes en el objeto mismo del cual se ocupa”; parece aludir también a este tipo de constructivismo, con referencias a la construcción social de BERGER y LUCKMANN: HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, pp. 158 y ss.

²³² ROTSCHE, *Großunternehmen*, p. 40. De modo parecido, HETZER, *Schuldlose Sanktionssubjekte?*, p. 363: “La vida socio-económica ha dejado en gran medida de estar determinada por las personas individuales. Los intereses de los capitales anónimos (fondos) son soberanos en lo que a los motivos empresariales y la propiedad respecta. Los actores poderosos son personas jurídicas y asociaciones de personas”. También, sobre dicho cambio: ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases*, pp. 292 y ss.

²³³ Sobre el poder social de las organizaciones: DROPE, *Verbandsstrafe*, pp. 53 y s.; KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, pp. 294 y s. Un estudio clásico: PERROW, *Sociedad de organizaciones*, pp. 19 y ss.

individuo; o más bien, del intento de explicar el derecho penal a partir del mismo²³⁴. Habrá de analizarse, en ese sentido, qué consecuencias tienen estas ideas recurrentes en el constructivismo en lo que a la responsabilidad individual y colectiva se refiere.

Este nuevo paradigma epistemológico, así como la traslación del centro del discurso social y jurídico del individuo a entidades impersonales como los sistemas o la «comunicación», abre todo un mundo de posibilidades interpretativas de las categorías penales, entre las que destaca la culpabilidad penal²³⁵. Si bien el discurso antropocéntrico kantiano (presente a lo largo de la modernidad) tenía su reflejo en el concepto clásico de imputación individual²³⁶, está por determinar de qué modo se va a producir el acoplamiento entre la “visión sociológica o sistémica”, lleno de matices y en cierto sentido rupturista respecto al anterior²³⁷, y el discurso de la culpabilidad²³⁸. Por su parte, el fenómeno de la culpabilidad empresarial o colectiva ha sido profundamente estudiado desde esta perspectiva, hasta el punto de que es un lugar común afirmar que la teoría de los sistemas autopoieticos, a pesar de las múltiples críticas que se han

²³⁴ BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, pp. 534 y s.

²³⁵ Para un concepto de culpabilidad y libertad comunicativa en la línea de la filosofía de HABERMAS, vid. GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*; acerca de este cambio de paradigma en relación al tema que nos ocupa: ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases*, p. 291; interpretando esta evolución como un cambio de paradigma desde la razón práctica hacia la razón comunicativa: BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, pp. 221 y s.; 358 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, pp. 93 y s.; ZUGALDÍA, *Responsabilidad*, p. 9.

²³⁶ Un resumen del paradigma kantiano: SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, pp. 13 y ss.; sobre cómo dicho paradigma ha fomentado la exclusión de las organizaciones empresariales del derecho penal: BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, p. 81.

²³⁷ De momento: DREIER, Hans Kelsen und Niklas Luhmann, pp. 448.

²³⁸ Las teorías sociológicas tienden a poner en foco en lo “estructural” o “colectivo”, así como a representarse el delito como “disfunciones del sistema” o “conductas desviadas”. Así, por ejemplo: TEUBNER, *Invisible Cupola*, p. 431: “Las interdependencias ecológicas presionan al derecho a substituir la perspectiva del actor por la perspectiva sistémica”. Muy especialmente desde DURKHEIM (*División del trabajo social*) el delito se comenzó a analizar desde una perspectiva colectiva o de solidaridad social, como una disfunción o anomalía en relación al todo o a la conciencia colectiva. Cfr. BARATTA, *Criminología crítica*, pp. 56-59; también, ALCÁ CER GUIRAO (Facticidad y normatividad, p. 191): “desde el análisis funcionalista el delito no es comprendido como lesión de un interés individual, sino como un fenómeno disfuncional para la pervivencia del sistema”. Por otra parte, GÜNTHER (*Schuld und kommunikative Freiheit*, pp. 163 y ss.), destaca de qué modo con las «teorías del comportamiento desviado» se produjo el tránsito de un concepto de sujeto como agente autónomo a otro como sujeto pasivo de valoraciones sociales. PUNCH (Why Corporations Kill, pp. 42, 48 y ss.), por ejemplo, adopta el paradigma de “organizational deviance” para defender la culpabilidad colectiva. Su viabilidad para explicar la dimensión sistémica del comportamiento social dificulta, sin embargo, su capacidad de explicar el comportamiento individual, razón por la se dice recurrentemente que la perspectiva sociológica ha sido una de las principales causantes de la actual crisis del principio de culpabilidad. En ese sentido: MAIHOLD, *Strafe*, p. 6.

formulado contra ella, es todavía la fundamentación más elaborada de la misma²³⁹. A pesar de ello, todavía se han de determinar las consecuencias teóricas y prácticas de una “concepción filosófica fuertemente despersonalizada”²⁴⁰ como la teoría de sistemas, especialmente en relación a un concepto tan problemático y exigente como el de culpabilidad.

El análisis se subdividirá en tres apartados, en los que se irán tratando las tesis de la teoría de sistemas en relación a los temas conectados con la culpabilidad colectiva. En primer lugar (a), se realizará una aproximación a los conceptos fundamentales de la teoría de sistemas: a su visión de la sociedad, al concepto de derecho y al concepto de persona. A continuación (a.2), se analizará su traslación a las fundamentaciones de la culpabilidad empresarial en el derecho penal, concretamente en relación al concepto de sujeto penal, a la teoría de las normas y al concepto de culpabilidad por organización. En segundo lugar (b), se realizará un análisis crítico tanto del concepto constructivista de derecho como también de su utilización como base para una culpabilidad colectiva. Por último (c), se realizará una recapitulación de las principales cuestiones y conclusiones a las que se haya llegado a lo largo del capítulo.

a) La teoría de sistemas: aproximación a los conceptos fundamentales

De entre las diversas versiones de la teoría de sistemas, la que más influencia ha tenido en la discusión acerca de la culpabilidad colectiva, y en el derecho penal en conjunto, es la propuesta del sociólogo alemán Niklas LUHMANN²⁴¹. De su inabarcable obra, aquí se han de analizar principalmente aquellos aspectos que tienen que ver tanto con el derecho en general, como con la naturaleza de las organizaciones complejas. Los aspectos relacionados concretamente con el análisis constructivista de la identidad de la organización empresarial, no obstante, serán tratados en II.3.

²³⁹ En ese sentido: BOTTKÉ, *Assoziationsprävention*, p. 49 (nota 134); HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 79; GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 59; BACIGALUPO SAGGESE, Criterios de imputación, p. 3; SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, p. 138.

²⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Consecuencia accesorias*, p. 337.

²⁴¹ Su principal obra sobre el sistema de derecho: LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*; sobre la naturaleza de las organizaciones: LUHMANN, *Organización y decisión*.

a.1. El derecho en la teoría de sistemas de Niklas LUHMANN

Antes de analizar detalladamente la aportación de LUHMANN al entendimiento contemporáneo del derecho penal parece relevante detenerse en los que constituirían, en lo que a la cuestión de la responsabilidad colectiva respecta, un precedente reconocible del sociólogo constructivista. Si bien no son precedentes que el propio LUHMANN reconozca como tales, ni tampoco se puede decir que lo sean en un sentido general referido a su teoría, sí que parece plausible considerar que la influencia de LUHMANN en la cuestión de la culpabilidad colectiva está muy relacionada con lo que tiene en común tanto con GIERKE con KELSEN: con el primero, por la relación entre su concepto de «organismo» y el concepto de «autopoiesis»; con el segundo, por la similar concepción del concepto de persona.

a.1.1. Algunos precedentes en relación a la culpabilidad colectiva: GIERKE y KELSEN

a.1.1.1. GIERKE y el concepto de organismo

La relación de GIERKE con el planteamiento de LUHMANN se reduce a la posible relación entre el concepto de «organismo» y el de «autopoiesis», principalmente en lo que a la definición del sujeto de derecho se refiere. La aportación de GIERKE se produce como oposición a la teoría de la ficción de SAVIGNY, quien, partiendo del presupuesto de que “todo Derecho existe por la libertad moral inherente a la persona individual”²⁴², afirma que la persona jurídica es un ente ficticio sin voluntad propia en el sentido ético, capaz de actuar sólo a través de la representación de otros. Por esa razón, la capacidad jurídico-penal (a diferencia de la civil) debe quedar reducida a los seres humanos individuales, excluyéndose así a las personas morales o colectivas²⁴³. En contraposición a esta teoría, GIERKE formuló su “teoría de la personalidad real de la asociación” (“*Reale Verbandspersönlichkeit*”), también conocida como “teoría orgánica”, según la cual la asociación posee una “voluntad colectiva” que puede, igual que el individuo, llevar a cabo acciones con significado social²⁴⁴. La asociación está constituida, como el individuo, “como una unidad vital de cuerpo y alma, que puede transformar en un hecho lo que quiere y lo que ha querido”²⁴⁵. A partir de este presupuesto, GIERKE sostiene la

²⁴² SAVIGNY, *System*, § 60, p. 2.

²⁴³ SAVIGNY, *System II*, p. 312.

²⁴⁴ GIERKE, *Verbände*, pp. 9 y ss. Una descripción: BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, pp. 65 y ss.

²⁴⁵ GIERKE, *Verbände*, p. 12: “...dem Personenverbände gleich dem Individuum eine leiblich-geistige Lebenseinheit zuschreibt, die Wollen und das Gewollte in Tat umsetzen kann”.

capacidad de las personas jurídicas de delinquir, si bien a través de sus órganos, siempre que éstos actúen en el ámbito de las competencias y en representación de la asociación²⁴⁶.

La teoría de GIERKE constituye un precedente de la teoría de sistemas porque ambos planteamientos funcionan con un concepto de sujeto jurídico que trasladan de la biología al ámbito social, capaz de integrar tanto a seres humanos individuales como a sujetos colectivos. En el caso de GIERKE, el supra-concepto que sirve para integrarlos es el de «organismo»²⁴⁷, el cual hace referencia a una unidad espiritual-ontológica capaz de expresarse en una voluntad. Además, dicha constatación descriptiva, en palabras de BINDER²⁴⁸, tiene su correlato en el ámbito social: la persona jurídica, tanto como la física, es capaz de expresar una voluntad socialmente relevante, es capaz de producir efectos sociales (realizando contratos, prestando servicios, etc.)²⁴⁹. En el caso de LUHMANN, el concepto integrador de personas individuales y colectivas, tal y como se ha de analizar en profundidad, es el de «autopoiesis». En la misma medida que el de «organismo», el concepto de autopoiesis está extraído de la biología –concretamente de la obra de MATURANA/VARELA–, y sirve para describir aquellos sistemas, como los seres humanos, las organizaciones u otros, capaces de reproducirse sobre sus propios elementos. En ambos casos se toma un “dato descriptivo-biológico” como fundamento para la determinación de la personalidad jurídica. La diferencia principal es, sin embargo, que el organismo colectivo de GIERKE formaría como un “super-hombre” formado por seres humanos individuales, mientras que el sistema autopoietico, como se ha de ver, no está formado por individuos sino por comunicaciones²⁵⁰.

Por otro lado, coincide igualmente que ambas teorías, en épocas diferentes, han servido de base para la formulación de teorías de la responsabilidad penal de sujetos colectivos: en el caso de GIERKE, su influencia se puede percibir en las teorías de la responsabilidad

²⁴⁶ GIERKE, *Deutsche Genossenschaftsrecht III*, pp. 771-775; GIERKE, *Verbände*, p. 9. Críticamente: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, pp. 363 y ss.

²⁴⁷ Sobre el concepto de «organismo» de GIERKE como “concepto superior”, que indica una unidad de “vida espiritual ontológica” donde integra tanto a individuo como colectivo, vid: BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, p. 67.

²⁴⁸ BINDER, *Juristischen Persönlichkeit*, p. 18.

²⁴⁹ Especialmente, en este punto: BUSCH, *Grundfragen*, p. 54. Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, p. 66.

²⁵⁰ En ese sentido, TEUBNER (Enterprise Corporatism, p. 7) critica el planteamiento de GIERKE por colectivista, en la medida en que en él los individuos de la organización quedan integrados en una entidad superior (“Supermen”) personificada.

penal colectiva de von LISZT, HAFTER, BUSCH y SALDAÑA²⁵¹; por su parte, la teoría de los sistemas autopoieticos de LUHMANN está en la base de gran parte de las fundamentaciones contemporáneas, destacadamente las de BOTTKE, BACIGALUPO SAGGESE y GÓMEZ-JARA. La crítica que se le ha hecho a la teoría de GIERKE, y que se ha de ver si es extensible al concepto de autopoiesis de LUHMANN, es que el concepto de organismo, como “diagnóstico sociológico, y nada más”²⁵², no aporta información significativa de cara a la atribución de competencia jurídico-penal.

a.1.1.2. KELSEN y el concepto de persona jurídica

Por otra parte, el concepto de derecho de LUHMANN tiene ecos de la teoría del derecho de Hans KELSEN²⁵³. La relación entre el positivismo jurídico y la teoría de sistemas ha sido ampliamente estudiada²⁵⁴, de modo que el análisis se ceñirá aquí a lo que tiene que ver con la discusión sobre la culpabilidad colectiva y la determinación del sujeto penal, ámbitos donde la influencia es notoria. Entre los diversos aspectos en los que se puede ver esta relación destacan dos: en primer lugar, el concepto de legitimidad jurídica; en segundo, el concepto de persona jurídica y de imputación.

El primer presupuesto del positivismo de KELSEN que encontramos desarrollado en LUHMANN es la cuestión de la legitimación de las normas. Según KELSEN, “la teoría pura del derecho es la teoría del positivismo jurídico”, en el sentido de que “no entra en el debate teórico la posibilidad de que haya un orden superior al derecho positivo y que sea válido”²⁵⁵. En ese sentido, la legitimación –al menos en el sentido de legitimación desde

²⁵¹ Al respecto de dicha influencia: BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, pp. 69 y ss.

²⁵² JAKOBS, *Strafbarkeit*, p. 567: “O. Gierke considera decisivo la ‘verdadera personalidad colectiva’, pero esto por sí mismo es tan poco decisivo como la cualidad de la existencia humana; se trata de un diagnóstico sociológico, nada más”. Sobre GIERKE, ver también: BINDER, *Juristischen Persönlichkeit*, pp. 17 y ss. Críticos con el planteamiento de GIERKE, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, pp. 162 y ss.; *Aufklärung*, p. 109; NEUMANN, *Verbänden*, p. 16; Considerándola una versión literaria de la teoría de la ficción: BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, p. 85. Una versión más contemporánea de las teorías del “espíritu colectivo” las hallamos por ejemplo en las teorías de corte psicológico de la “mente colectiva” o “memoria colectiva”, vid. WEICK/ROBERTS, *Collective Mind*, pp. 357-381; en términos de “espíritu supra-individual” para referirse a las organizaciones: LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 733

²⁵³ El propio TEUBNER (*Enterprise Corporatism*, p. 16) cita a KELSEN como uno de los principales valedores de la personificación de la persona jurídica que se observa también en el constructivismo. Expresado en sentido contrario, como juridificación de la persona física: BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, pp. 87 y ss.

²⁵⁴ DREIER, *Hans Kelsen und Niklas Luhmann*, pp. 419 ss. Crítico con ambos autores: von FREIER, *Aufklärung*, p. 104, 112; HABERMAS (*Facticidad y validez*, p. 152) interpreta que la visión formalista del derecho de KELSEN permite el paso, que luego daría LUHMANN, “a una concepción puramente funcionalista de los derechos”. En otro sentido, GÓMEZ-JARA, *Distinciones teóricas*, p. 23.

²⁵⁵ KELSEN, *Teoría pura del derecho (1º ed. 1934)*, pp. 66 y s.

una perspectiva de justicia— queda fuera del concepto de derecho. Al derecho, por tanto, “no le corresponde valor ético o político de ninguna especie; es un aparato coactivo cuyo valor depende de la finalidad trascendente al derecho mismo y de la cual este constituye un medio”²⁵⁶. Esta idea de la sustracción de toda referencia “ideológica” del campo del derecho es recogida por LUHMANN, cuya sociología del derecho trata de evitar “las afirmaciones sobre el nivel ideológico, sobre un campo especial de valores”, aunque también, y con ello se distancia del jurista austriaco, “sobre las normas o el ‘deber’ en el sentido de Kelsen”²⁵⁷. A pesar de esa diferencia, el positivismo y la sociología sistémica coinciden en que “no existe ninguna ‘idea del derecho’ que esté por encima del derecho”²⁵⁸. Trasladada la pregunta por la justicia ética del derecho fuera de la teoría —a lo subjetivo o a lo ideológico—, el interés científico queda reducido al modo en que el derecho puede influir de forma generalizada en las conductas, esto es: cómo se puede hacer posible el orden social desde el marco de un derecho autorreferencial²⁵⁹.

En el ámbito del concepto de persona y de la imputabilidad, también encontramos en KELSEN un precedente relevante del planteamiento constructivista. Ello salta a la vista incluso desde el punto de vista semántico, cuando KELSEN define a la persona como una “construcción artificial” (“*eine künstliche Konstruktion*”) del derecho, que poco tiene que ver con la realidad natural que se esconde detrás, a la que denomina “hombre” (“*Mensch*”)²⁶⁰. Persona es, por tanto, un punto de imputación de derechos y deberes²⁶¹; un “microcosmos” en relación con el “macrocosmos” que constituye el orden jurídico²⁶².

²⁵⁶ KELSEN, *Teoría pura del derecho* (1^o ed. 1934), p. 62. Sobre el carácter puramente descriptivo de la teoría de KELSEN: DREIER, Hans Kelsen und Niklas Luhmann, p. 431. El autor, no obstante, distingue las razones por las que cada uno de ellos opta por separar derecho y moral: para el sociólogo se trata simplemente de una consecuencia de la diferenciación funcional de los sistemas; para el jurista se trata de un presupuesto teórico de la ciencia jurídica (pp. 434 y s.).

²⁵⁷ LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, p. 31.

²⁵⁸ LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, p. 33.

²⁵⁹ Más allá de las diferencias en el lenguaje, en el fondo yace en ambos la concepción de derecho como mera ordenación: vid. DREIER, Hans Kelsen und Niklas Luhmann, pp. 425 y ss. Sobre la separación entre derecho y moral: pp. 434 y s.; señala la coincidencia en este punto: FEIJOO SÁNCHEZ, *Normativización del derecho penal*, p. 480.

²⁶⁰ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, p. 178: “La denominada persona física no es entonces un ser humano. (...) No es una realidad natural, sino una realidad jurídica, construida por el derecho, un concepto auxiliar en la representación de los hechos jurídicamente relevantes”. La separación entre el concepto de persona y el de hombre está, no obstante, presente ya en ROUSSEAU (*Contrato social*, II, VII), quien distinguía también entre individuo (hombre natural) y ciudadano (hombre social). Cfr. al respecto: PÉREZ DEL VALLE, *Estudios*, pp. 29 y ss.

²⁶¹ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, p. 178. Al respecto: PAWLIK, *Unrecht des Bürgers*, p. 143.

²⁶² KELSEN, *Problem der Souveranität*, p. 110.

Como ha destacado HABERMAS, en la medida en que KELSEN “desliga el concepto jurídico de persona no sólo de la persona moral sino incluso de la persona natural”, se abre la puerta a “un sistema jurídico que se ha vuelto completamente autónomo (que) ha de arreglárselas sólo con las ficciones que él mismo genera”²⁶³. Se abre la puerta a la plena autorreferencialidad del derecho que propone LUHMANN, como también a la caracterización de determinados fenómenos relevantes como “ficciones jurídicas”. Y es que, como para el positivismo jurídico, para el constructivismo sistémico el concepto de sujeto se caracteriza por su instrumentalidad: no hace referencia a una realidad “en sí”, pues el sujeto queda despojado el carácter de sustancia²⁶⁴, sino que sirve como centro de operaciones del derecho, como centro de imputación de expectativas²⁶⁵. Por otro lado, también el constructivismo repite el patrón de la dessubstancialización del sujeto, pues, para LUHMANN, el proceso de personificación que realizan los sistemas “renuncia a toda concepción sustancial de individuos o actores”²⁶⁶.

²⁶³ HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 151 y s. En este punto KELSEN es tan abiertamente positivista que teóricos constructivistas como TEUBNER (Enterprise Corporativism, p. 16) le atribuyen una separación de las esferas social y legal tan grande que “nada previene contra la selección por parte del sistema legal de cualquier objeto – divinidades, santos, templos, terrenos, objetos de arte– como puntos de atribución y otorgarles capacidad jurídica”, tanto que se podría indicar hasta a los “árboles como prominentes candidatos. Críticamente, también en otro lugar: TEUBNER/HUTTER, *Homo Oeconomicus*, pp. 572; en el mismo sentido: VELASQUEZ, *Debunking*, p. 533; FINNIS, *Intention & Identity*, pp. 25 y ss.

²⁶⁴ KELSEN, *Teoría pura del derecho (1º ed. 1934)*, p. 76: “‘portador’ o ‘titular’ de esos deberes y derechos que, al despojar del carácter de sustancia a esa representación que duplica el objeto, constituye el punto común de imputación de los hechos propios de la conducta humana, regulados como derechos y deberes. (...) El ser humano es una realidad natural; la persona es una representación auxiliar del conocimiento jurídico, de la cual sería incluso posible prescindir”. DREIER (Hans Kelsen und Niklas Luhmann, p. 448) afirma que la ruptura del antropocentrismo en la filosofía del derecho de KELSEN constituye un punto en común con LUHMANN. También destaca la conocida crítica de SCHMITT (*Ciencia jurídica*, p. 12) a KELSEN, en la que describía su normativismo como “impersonal” y “objetivo”. Antes que KELSEN, en el mismo sentido: BINDER, *Juristischen Persönlichkeit*, p. 46. Sobre la imputación en KELSEN y su relación con la libertad y el concepto de persona, vid. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, pp. 341 y s. Crítico con KELSEN: PAWLIK, *Unrecht des Bürgers*, p. 143, quien niega que el sujeto sea una mera construcción del ordenamiento jurídico, y prefiere considerarlo como un “hecho institucional” en el sentido de SEARLE.

²⁶⁵ LUHMANN, *Soziale Systeme*, p. 249: “La persona está constituida principalmente de cara a ordenar expectativas de conducta”; el mismo, *Gesellschaft und Semantik III*, p. 251; TEUBNER/HUTTER, *Homo Oeconomicus*, pp. 574; GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 293.

²⁶⁶ LUHMANN, *Sistemas sociales*, p. 117. En sentido parecido, MÜSSIG (*Zurechnungsformen*, p. 424) afirma que las “identidades sociales aparecen como construcciones sociales contingentes, como resultados, dependientes del contexto, de las formas de comunicación y de observación. También la persona es una construcción social, una forma de auto-descripción jurídica y, por tanto, un principio contingente de organización social”. Más moderadamente, TEUBNER/HUTTER, (*Homo Oeconomicus*, pp. 569 y s.), también desde la teoría de sistemas, reconocen la importancia de las “dinámicas psíquicas” en la construcción de la ficción del «Homo juridicus». Se ha de ver, no obstante, que la referencia a la “realidad psíquica” es una constante en la teoría de sistemas, lo cual no aparece siempre destacado en los análisis teóricos sobre su concepto de sujeto.

También en relación a los conceptos de delito y de pena existen paralelismos conceptuales entre KELSEN y LUHMANN. La represión penal constituye la respuesta al ilícito, pero éste no supone, para KELSEN, “la interrupción de la existencia del derecho”, sino más bien lo contrario: su confirmación²⁶⁷. En consonancia con el planteamiento sistémico, el ilícito podría considerarse casi una condición del derecho, en tanto ofrece la oportunidad al sistema jurídico de afirmar su identidad normativa mediante la pena: permite reafirmar el orden social frente al cuestionamiento que supone el delito, y el delito tampoco sería delito sin un ordenamiento jurídico que así lo calificase. Esa concepción del conflicto como “oportunidad” para el derecho se encuentra también en LUHMANN: “el derecho no espera a que las personas entren en conflicto, para luego encontrar una solución justa que coincida con la ley”, sino que “el derecho mismo, por medio de intervenciones regulativas en la vida cotidiana, produce situaciones que luego serán motivo de conflictos”. En otras palabras: “el derecho se cultiva a sí mismo”²⁶⁸.

En lo que respecta a la responsabilidad colectiva, BACIGALUPO ha afirmado que, junto a la teoría organicista, la teoría de KELSEN supone otra “línea argumental para atribuir responsabilidad a las personas jurídicas”, gracias a la “disolución del sujeto físico en un concepto jurídico de persona”²⁶⁹. Así, el precedente que sienta KELSEN para la elaboración de la responsabilidad empresarial, y que tiene continuidad en la teoría de sistemas, es que para el derecho sólo hay personas jurídicas, lo cual significa que no importa qué es lo que exista detrás, si una persona física individual o un conjunto de ellas, pues ambos constituyen centros de imputación²⁷⁰. Así, el positivismo sirve la base conceptual para el cambio de paradigma jurídico que propugnará LUHMANN. Si el concepto de persona se autonomiza de la persona natural, queda libre al mismo tiempo de la necesidad de referirse a una ontología o a una fenomenología del sujeto; simultáneamente queda libre para que el sistema jurídico, dueño del contenido de los conceptos que construye, determine qué es persona según sus necesidades organizativas²⁷¹. En ambos casos se produce una traslación del centro del discurso

²⁶⁷ KELSEN, *Teoría pura del derecho* (1ª ed. 1934), p. 59.

²⁶⁸ LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, p. 278.

²⁶⁹ BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, p. 86. El autor señala como precedente las teorías de ROCCO, ORLANDO y LABAND (pp. 86 y ss.). También: NEUMANN, *Verbänden*, p. 17.

²⁷⁰ BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, p. 86, comentando a KELSEN: “Eliminada la voluntad como objeto al que se dirige la pena, la distinción entre personas físicas y personas jurídicas deviene innecesaria”.

²⁷¹ Claramente, LUHMANN, *Soziologische Aufklärung* 6, p. 152: “La forma de la persona sirve exclusivamente para la autoorganización del sistema social”.

jurídico, que va desde el sujeto hacia el propio proceso de adscripción/imputación, que queda abierto a la búsqueda de nuevos centros que soporten la necesidad de producir orden o descargar complejidad social.

En ese sentido, tanto el proceso de determinación del sujeto como el concepto de imputación en KELSEN tienen, como se ha de ver, cierta continuidad en la teoría constructivista: en ambos casos existe una primacía de la metodología, el sistema jurídico determina el contenido de un sujeto previamente desubstancializado, existe una focalización teórica en los procesos de imputación y no en los agentes y, por último, se produce una flexibilización de la capacidad de responsabilidad jurídico-penal. Ahora bien, ni siquiera el positivismo de KELSEN permite a modo de silogismo afirmar la capacidad penal de la persona colectiva, pues el propio autor rechaza explícitamente la posibilidad: en primer lugar, porque “afirmar que la persona jurídica es penada por un delito sólo significa que sus miembros responden colectivamente por un delito”²⁷²; en segundo, porque en el terreno del derecho internacional, el jurista alemán era abiertamente contrario a las formas de responsabilidad colectiva, consideradas por él como síntomas de primitivismo jurídico²⁷³; por último, en el plano de la prevención negativa del derecho penal, reconoce que sólo las personas psíquicas, y no las colectivas, son capaces de motivación conforme a derecho²⁷⁴. En definitiva, el positivismo de KELSEN favorece una interpretación propicia para la fundamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas –en tanto separa el concepto de persona jurídica de la persona natural–, si bien ello no es, como reconoce el propio autor, condición suficiente en el plano argumentativo.

a.1.2. El derecho como sistema autopoietico de segundo orden

Más allá de los precedentes que se puedan encontrar a determinados aspectos de la teoría del derecho de LUHMANN, lo cierto es que ésta se caracteriza por su originalidad y, en cierto modo, por su carácter rupturista respecto a la sociología del derecho anterior. El

²⁷² KELSEN, *Reine Rechtslehre*, pp. 190 y s. Al respecto: BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, p. 88.

²⁷³ Vid. al respecto: GATTINI, *A Historical Perspective*, p. 103.

²⁷⁴ KELSEN, *Teoría pura del derecho (1ª ed. 1934)*, p. 60: “En relación a la eficacia, el contenido de las normas jurídicas –como el de las normas sociales en general– se limita al comportamiento humano; pues solo el ser humano, al estar dotado de razón y voluntad, es susceptible de ser motivado a realizar una conducta acorde a la norma por medio de la representación mental que se haga de ésta”. Sin embargo, BACIGALUPO ZAPATER (*Compliance y derecho penal*, p. 87) afirma ello no sería decisivo para su teoría de la pena y el derecho penal.

cambio radical de perspectiva se podría resumir en dos aspectos: en el “rechazo del concepto antropológico de hombre como componente de la sociedad”, por un lado, y en “el rechazo del concepto de acción como elemento central de análisis de la sociología”²⁷⁵, por otro. Con LUHMANN la sociología deja de ser una ciencia de “comprensión de lo humano” (individual) en el ámbito social –como lo fue, por ejemplo, para WEBER o PARSONS²⁷⁶–, y se transforma en una teoría general de la sociedad, que sustituye el concepto de sujeto por el de sistema y el de acción por el de comunicación²⁷⁷. La razón de esta elección es que la comunicación, como concepto que abarca todas las operaciones de los sistemas sociales, tiene un rendimiento explicativo muy superior al de la conciencia, al fin y al cabo demasiado ligada a la interioridad del individuo, y demasiado poco a la intersubjetividad. En palabras de JAKOBS: “la estructura normativa de la sociedad no se puede ‘captar’ desde una perspectiva de psicología individual”²⁷⁸.

La sociedad, en la teoría de sistemas, es interpretada como un sistema social, funcionalmente diferenciado en subsistemas –jurídico, económico, religioso, político–, cada uno de los cuales funciona según sus propios códigos operativos: el jurídico, por el código “lícito/ilícito (“recht/unrecht”); el político, poder/no poder; la ciencia, verdad/falsedad, y así sucesivamente²⁷⁹. Estos subsistemas están operativamente cerrados, lo cual quiere decir que son entorno los unos para los otros, igual que los

²⁷⁵ IZUZQUIZA, *Sociedad sin hombres*, p. 230; en el mismo sentido, MOELLER, *Radical Luhmann*, pp. 5 y s.; SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, p. 142.

²⁷⁶ WEBER, *Economía y sociedad*, p. 12, quien entiende que, para determinados fines del conocimiento jurídico “puede ser conveniente y hasta sencillamente inevitable tratar a determinadas formaciones sociales (...) como individuos (por ejemplo, como sujetos de derechos y deberes, o de determinadas acciones de alcance jurídico)”; pero para la interpretación sociológica sólo los individuos –y sus acciones individuales” pueden ser “sujetos de una acción orientada por su sentido”. LUHMANN (*Sistemas sociales*, p. 140) se distancia explícitamente de WEBER y de PARSONS porque piensa que el concepto de acción no es suficiente para explicar la socialidad, siendo ésta algo que se origina gracias a los medios de comunicación sistémicos como el poder o el derecho. Cfr. LÓPEZ DE LIZAGA, *Lenguaje y sistemas sociales*, pp. 103 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Normativización del derecho penal*, pp. 444 y ss.

²⁷⁷ LUHMANN (*Sistemas sociales*, p. 146 y ss.), sostiene que el concepto de comunicación, que describe un concepto de «sentido» mucho más generalizado que el que “abarca” la conciencia particular, es capaz igualmente de abarcar las expresiones de ésta. En esa medida, con el paso de la acción a la comunicación no se perdería nada, puesto que lo socialmente significativo de la primera estaría integrado en la segunda. Sobre ello: NASSEHI, Niklas Luhmann, pp. 28 y ss; también, para el tema que nos ocupa: BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, p. 210.

²⁷⁸ JAKOBS, *Individuo y persona*, p. 194, nota 56; también, NASSEHI, Niklas Luhmann, p. 25: “El *inter* de la *intersubjetividad* no puede encontrarse en la *subjetividad*”.

²⁷⁹ Sobre el código lícito/ilícito: LUHMANN, *Sistemas sociales*, p. 338; el mismo, *Recht der Gesellschaft*, pp. 70 y ss. Sobre los códigos discursivos, principalmente el de verdad/falsedad, permitido/prohibido, locura/cordura, vid. también: FOUCAULT, *El orden del discurso*, pp. 11 y ss.

sistemas psicofísicos (los individuos) son entorno para el resto de sistemas y para el sistema social mismo²⁸⁰.

El sistema jurídico, por su parte, es interpretado como un «sistema autopoietico» o «autorreferencial»²⁸¹, que decide sobre sus propias decisiones, distingue sobre sus propias distinciones y observa sobre sus propias observaciones²⁸², separado de otros sistemas como la moral o la política, y con el principal objetivo de reducir la “complejidad social”²⁸³. El derecho reacciona ante dicha complejidad, entendida como exceso de posibilidades de comportamiento, como incertidumbre en “ego” respecto al comportamiento de “alter”²⁸⁴, estableciendo un sistema de normas (lícito/ilícito; prohibido/permitido) a través del cual los participantes en la interacción social saben qué pueden esperar unos de otros y, por tanto, qué expectativas están protegidas por la norma²⁸⁵. En este esquema, la pena sería la respuesta comunicativa para quienes llevan a cabo una conducta contraria a la expectativa normativa, de modo que con ella se niega la negación de la norma que supone el injusto, y se afirma la vigencia de la norma y la expectativa por ella instaurada²⁸⁶.

Ahora bien, desde un constructivismo radical, todos estos conceptos –sujeto, sistema jurídico, norma, pena, injusto, expectativas– operan en el plano simbólico-comunicativo del sistema social, con independencia de su presencia en la realidad, de su contenido

²⁸⁰ cfr. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung* 6, p. 166; sobre la diferencia entre sistema/entorno, y sobre los límites de los sistemas: LUHMANN, *Sistemas sociales*, pp. 40 y ss.

²⁸¹ En ese sentido, cfr.: TEUBNER, *Derecho como sujeto epistémico*, p. 551. Un resumen de las críticas a la definición de derecho como sistema autopoietico, así como de las divergencias en su interpretación, vid. TEUBNER, *Law as an autopoietic system*, pp. 25 y ss.; TEUBNER/HUTTER, *Homo Oeconomicus*, pp. 573; BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, pp. 360.

²⁸² TEUBNER, *Substantive & Reflexive Elements*, p. 275.

²⁸³ La complejidad social es definida por LUHMANN (*Sistemas sociales*, p. 50) como “la medida de indeterminación o la carencia de información”, también como “aquella información que le hace falta al sistema para poder aprehender y describir su adaptación al entorno (complejidad del entorno) y a sí mismo (complejidad del sistema)”. El concepto de complejidad está atado al de tiempo, pues “cualquier teoría de sistemas relativa a la realidad debe partir del hecho de que no todo permanece como es” (p. 62), razón por la cual el tiempo es un factor clave de la complejidad.

²⁸⁴ Claramente, JAKOBS, *DP.PG.*, § 1/3, p. 9: “Sólo es posible la orientación si no hay que contar a cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de la otra persona. De lo contrario cada contacto social se convertiría en riesgo impredecible”.

²⁸⁵ LUHMANN (*Recht der Gesellschaft*, pp. 136 y ss.; *Sistemas sociales*, pp. 292 y ss.) diferencia entre expectativas normativas, aquellas que están protegidas por la norma (por ejemplo: la expectativa de no ser asesinado, protegida por la norma penal), y expectativas cognitivas, aquellas no protegidas por norma alguna (por ejemplo, la de que no va a llover un día soleado); desarrolla esta distinción en el ámbito penal: JAKOBS, *DP.PG.*, § 1/5, p. 10.

²⁸⁶ Principalmente: JAKOBS, *DP.PG.*, § 1/1 y ss., pp. 10 y ss.

material y, sobre todo, de su presencia en las conciencias individuales²⁸⁷. Como expresa TEUBNER, el “derecho es comunicación y nada más que comunicación”²⁸⁸, y los fenómenos externos al sistema sólo pueden constituir, a lo sumo, “ruido” e “irritación”²⁸⁹. Ello quiere decir que los conceptos tienen un contenido y significado “funcional”, y que sirven a la auto-reproducción del propio sistema y no a objetivos de sistemas que en realidad son entorno –como la moralidad o la ética²⁹⁰–, ni tampoco a la satisfacción de exigencias individuales²⁹¹. En la medida en que “el sistema jurídico se convierte a sí mismo en ley”²⁹², quedan excluidas las referencias externas: el individuo no es referencia para construir el concepto de persona (como para KELSEN); la expectativa individual no es referencia para construir el concepto de norma; como tampoco el consenso participativo o las expectativas individuales son referencia para determinar la legitimidad del sistema²⁹³. En otras palabras, “la ciencia no descubre ningún hecho exterior; la ciencia produce los hechos”²⁹⁴.

²⁸⁷ LUHMANN, *Ilustración sociológica*, p. 35: “El método funcional de equivalencia necesita sólo un punto de vista abstracto, con relación al cual varios efectos pueden tener la misma función”. Si bien esa abstracción puede suponer en ocasiones como se verá en la crítica, indiferencia hacia la realidad, en algunas ocasiones LUHMANN (*Recht der Gesellschaft*, pp. 86 y s.) reconoce al menos cierto “valor de información” o de “síntoma” a la realidad fáctica. En cualquier caso, la abstracción teórica es para el constructivismo una necesidad teórica impuesta por su propio objeto, esto es: por la necesidad de reducción de la complejidad social: LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, p. 26. En el mismo sentido: TEUBNER, *Substantive & Reflexive Elements*, p. 244.

²⁸⁸ TEUBNER, *Derecho como sujeto epistémico*, p. 551; sobre el aspecto comunicativo de la teoría de sistemas: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, pp. 142 y s. Un intento de profundización desde una perspectiva (crítica) anglosajona, en BAXTER, *Autopoiesis*, pp. 197 y ss.

²⁸⁹ LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, p. 225.

²⁹⁰ LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, p. 85: “La moral no tiene ninguna relevancia jurídica: ni como código (bien hecho/mal hecho; bueno/malo), ni como valoración singular”. No obstante, más adelante matiza que “el derecho puede aceptar metas normativas preestablecidas por parte de la moral”. En un sentido muy similar, BAYERTZ (*Herkunft der Verantwortung*, p. 35) describe el concepto de responsabilidad como algo determinado más por la funcionalidad que por la moralidad.

²⁹¹ LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, p. 121.

²⁹² LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, p. 85.

²⁹³ Una crítica a HABERMAS, precisamente por considerar el consenso como fuente de validez, lo cual se reputa como impracticable, como una “ficción jurídica”: LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, pp. 99 y ss. Para LUHMANN (*Legitimation durch Verfahren*, p. 121), la legitimidad opera con “indiferencia hacia las estructuras de motivación individual y la aprobación o rechazo por parte del individuo”, del mismo modo que no puede “importar” los criterios de legitimación desde otros sistemas, como la moral, la ética o la justicia, sino que los tiene que producir él mismo (*Recht der Gesellschaft*, p. 38). La legitimidad es, para LUHMANN, aquella conformidad que el sistema consigue sometiendo las decisiones a procedimientos formales, los cuales sirven para dar una apariencia de racionalidad a unas decisiones que son, o bien arbitrarias, o en el mejor de los casos dependientes de intereses políticos. vid. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, pp. 82, 141 y s. El planteamiento se resume del mejor modo en la siguiente cita: “La legitimidad no se basa en un «libre» reconocimiento, en un convencimiento individualmente responsable, sino, por el contrario, en un clima social que institucionaliza el reconocimiento de decisiones vinculantes como una obviedad y lo contempla no como consecuencia de una decisión personal sino como consecuencia de la validez de las decisiones funcionariales” (*Legitimation durch Verfahren*, p. 34).

²⁹⁴ TEUBNER, *Derecho como sujeto epistémico*, p. 557. De modo similar, LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, pp. 84 y s.: “el sistema jurídico puede tomar en consideración hechos externos, pero sólo como información que ha sido generada internamente: sólo como ‘diferencia que hace la diferencia’”. Sin

El derecho penal, como discurso cognitivo constructivista, funciona como una «observación de segundo orden»: el filtro con el que observa la realidad es también una construcción. Ello significa que “la dogmática observa distinciones jurídicas con ayuda de distinciones jurídicas y, en consecuencia, ejecuta observaciones de segundo orden”²⁹⁵. Un ejemplo sería la distinción entre tipo subjetivo y objetivo, la cual no tiene como primer interlocutor a la realidad externa, sino otras distinciones dogmáticas. Así, el tipo subjetivo se vuelve a subdividir entre dolo e imprudencia, que vuelven a ser construcciones dogmáticas; la imprudencia, a su vez, se subdivide en grados de negligencia, lo cual vuelve a remitir a distinciones dogmáticas, y así indefinidamente. La realidad externa, en este caso el substrato psíquico, seguiría en el fondo de las consideraciones, pero de un modo accesorio y poco relevante en comparación con el denso tejido que las distinciones dogmáticas habrían ido formando²⁹⁶. El objeto inmediato de conocimiento no es ya, pues, la realidad, sino las propias distinciones; y el derecho se vuelve con ellas «autopoiético» o «autorreferencial».

Ahora bien, en la teoría de sistemas no sólo se excluyen las referencias directas a la realidad objetiva, sino que también se excluye –y ello es muy relevante para el derecho penal– la referencia a lo normativo: el derecho es observado por su capacidad de reducir la complejidad, por ejemplo, generando conformidad y orden social, sin que se puedan emitir juicios normativos o valorativos sobre el mismo. Para LUHMANN lo normativo es

embargo, más adelante (p. 86), los hechos parecen tener relevancia propia: “El sistema no puede tratar los hechos, cuando son jurídicamente relevantes, como si no fueran hechos”.

²⁹⁵ GÓMEZ-JARA, *Distinciones teóricas*, pp. 27. Con anterioridad, BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, p. 35: “los conceptos de causalidad, capacidad de acción, culpabilidad, entre otros, pierden su contenido pre-jurídico”, de modo que “no le ofrecen al Derecho penal modelos de regulaciones, sino que éstos surgen a partir de la relación de las regulaciones penales”. TEUBNER (*Substantive & Reflexive Elements*, p. 275) afirma en relación con la reflexividad del derecho: “el rol del derecho es decidir sobre las decisiones, regular regulaciones, y establecer premisas para futuras decisiones en términos de organización, procedimiento y competencias”. En el contexto de un análisis crítico, BARATTA, *Laboratorio del Derecho*, p. 277.

²⁹⁶ Por ejemplo, JAKOBS, *Imputación jurídico-penal*, p. 191: “el conocer o el poder-conocer carecen totalmente de significado en cuanto que meros hechos o disposiciones psíquicas. Concurren o no concurren, pero esto, *per se*, no significa nada. (...) En lo referente a un significado delictivo, esto quiere decir que el dolo y la imprudencia, el desconocimiento y la cognoscibilidad del ilícito no son, como hechos y disposiciones de una conciencia, partes de un comportamiento delictivo, sino como portadores externos del significado del comportamiento –sencillamente necesarios– esto es, como portadores de símbolos”. En el contexto de la imputación subjetiva de la imprudencia, PÉREZ DEL VALLE (*Imprudencia*, p. 164) afirma precisamente que las distinciones dogmáticas –en su caso, “la superposición de roles del sujeto” con la que se comprueba la gravedad subjetiva (dolosa o imprudente) del delito– no por ser subjetivas, esto es, relativas al observador, dejan de tener un contenido concreto; al contrario, dicho contenido es “la evitabilidad personal (individual)” del sujeto cuyos roles se superponen. Éste sería un ejemplo, por tanto, de distinciones dogmáticas en las que todavía no se ha perdido de vista la realidad a la que se aplica la observación jurídica, en este caso el substrato psíquico y la evitabilidad del individuo.

observado como parte integrante de lo fáctico o lo empírico: la teoría de sistemas no dice como las cosas «deben ser», sino tan sólo como las cosas «son» para el sistema social. La explicación de cómo es posible el orden social es, al fin y al cabo, el objetivo principal de la teoría de sistemas, alejada en este caso de la búsqueda de normatividad propia de la ciencia jurídica²⁹⁷.

Por otro lado, ello implica que, sin referencias ajenas al propio sistema jurídico, éste se reproduce a sí mismo “hipercíclicamente”²⁹⁸: la pena remite a lo protegido por las normas, las normas remiten a las expectativas; éstas remiten a la identidad normativa de la sociedad; y la identidad normativa remite de nuevo a la pena como medio de autoafirmación²⁹⁹. El propio LUHMANN reconoce, no obstante, que la circularidad es un requisito de todo pensamiento constructivista, y especialmente de aquél que quiera librarse de “suposiciones especulativas ontológicas”³⁰⁰. En la medida en que la realidad objetiva o la ontología pierden primacía en el análisis, quedando “atrapadas” en sucesivas distinciones conceptuales, el discurso jurídico se vuelve progresivamente abstracto, autónomo y funcional, gracias a lo cual se consigue un gran rendimiento descriptivo. La circularidad descriptiva es, en realidad, una consecuencia lógica de la autorreferencialidad del sistema jurídico: salir de la circularidad supondría salir del sistema y, por tanto, negar la premisa básica.

El carácter “autorreferencial” e “hipercíclico” del derecho tiene importantes consecuencias en lo que a la fundamentación de una culpabilidad colectiva respecta.

²⁹⁷ LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, p. 16 y s: “La sociología observa el derecho desde fuera; el jurista, desde dentro. (...) Una adecuada teoría sociológica del derecho puede utilizar las ventajas de la observación externa: no estar obligada a respetar ni normas internas, ni costumbres, ni requisitos de comprensión. Todavía más: la observación externa puede trabajar con perspectivas incongruentes”. Cfr. al respecto, GIMÉNEZ ALCOVER, *Niklas Luhmann*, p. 191 y s.; ROBLES PLANAS, *Dogmática jurídico-penal*, p. 140; IZUZQUIZA, *Sociedad sin hombres*, p. 268; trata de conciliar la perspectiva sociológica con el discurso jurídico: AMELUNG, *Luhmann*, p. 41. También JAKOBS (*Sociedad, norma y persona*, p. 49) se ha defendido de las críticas contra su funcionalismo normativista mediante idéntico argumento “No trato de afirmar que debe ser así, sino que es así. El concepto funcional de culpabilidad es por necesidad descriptivo precisamente en la medida en que la sociedad se encuentre determinada”. Otra versión descriptivista, esta vez de MÜSSIG (*Rechtsgüterschutz*, p. 72): “los puntos de partida de la teoría sistémica son, esencialmente, ciegos a la problemática jurídico-penal de la legitimación”.

²⁹⁸ TEUBNER, *Law as an autopoietic system*, p. 33.

²⁹⁹ Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, p. 152; GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, pp. 284 y s. Se aprecia también esa circularidad en la descripción crítica de SACHER (*Systemtheorie und Strafrecht*, p. 575) del planteamiento sistémico: “La función del derecho penal es la confirmación de la identidad de la sociedad y de las normas, de modo que se produce una remisión a la definición de norma y de sociedad. La sociedad, y también la persona, son definidas a través de normas (...). La sociedad es definida también normativamente: tanto la sociedad como las normas están enraizadas en el entendimiento de la sociedad”.

³⁰⁰ LUHMANN, *Ilustración sociológica*, p. 22; *Recht der Gesellschaft*, p. 50.

Como se ha de ver a continuación, la premisa del carácter puramente comunicativo del sistema jurídico resulta clave para comprender por qué la teoría de sistemas ha servido de base a gran parte de las fundamentaciones de la culpabilidad empresarial.

a.1.3. El concepto de sujeto en la teoría de sistemas: primera aproximación

Entre las cuestiones más controvertidas que se sitúan en ese espacio de «acoplamiento discursivo» entre el derecho penal y el constructivismo destaca el concepto de sujeto. La cuestión es de enorme relevancia para la culpabilidad colectiva, en la medida en que se ha afirmado, especialmente en el trabajo de Silvina BACIGALUPO, que su aceptación pasa por re-construir el concepto de sujeto penal conforme a la teoría de sistemas³⁰¹. A continuación se realizará una aproximación al concepto de sujeto en LUHMANN, de cara a comprender el lugar que ocupan tanto el individuo como la organización colectiva en el sistema social en conjunto, y en el sistema jurídico-penal en concreto.

a.1.3.1. El sujeto como sistema autopoiético: el carácter instrumental de la subjetividad

El constructivismo concibe a la persona como una construcción del sistema social, realizada según los parámetros y necesidades organizativas del sistema o sub-sistema que lo observa³⁰². El foco de atención de la antropología constructivista se traslada, por tanto, del sujeto individual al discurso socio-cultural y sus razones funcionales³⁰³. Así, la pretensión del sujeto libre en sentido kantiano³⁰⁴ es desplazada por una multiplicidad de

³⁰¹ BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, pp. 104 y ss.

³⁰² Así, LUHMANN, *Complejidad y modernidad*, p. 59: “perdemos la posibilidad de hacer afirmaciones acerca del «hombre» (en singular). Esto parece que disgusta a muchos. Pero siendo el caso de que el «el hombre» está con nosotros sólo desde el siglo XVIII, es posible decir, con buen fundamento: forget it!”. Ampliamente: LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 6*, pp. 148 y ss. Este presupuesto no se da sólo en el constructivismo sistémico, sino que también está presente en sus versiones críticas, como por ejemplo en FOUCAULT (*Las palabras y las cosas*, p. 9): “el hombre es sólo una invención reciente, una figura que no tiene ni dos siglos, un simple pliegue en nuestro saber y que desaparecerá en cuanto este encuentre una forma nueva”. También resalta la relación en este punto entre LUHMANN y otras teorías postmodernas como la de FOUCAULT, en lo que identifica (de modo un tanto “grandilocuente”) como la “muerte del sujeto”: SACHER, *Systemtheorie und Strafrecht*, p. 585. Cfr. también, GIMÉNEZ ALCOVER, *Niklas Luhmann*, p. 216. Distanciándose, desde una perspectiva sistémica (no radical), TEUBNER/HUTTER, *Homo Oeconomicus*, p. 570 (si bien afirma, p. 584: “Nosotros, en nuestra identidad como mentes individuales, somos dependientes de la autoconservación de los sistemas sociales”).

³⁰³ También VON FREIER, *Verbandsstrafe*, pp. 134 y ss.; *Aufklärung*, pp. 111 y ss., destaca la relación entre dicho presupuesto y la culpabilidad colectiva, con especial énfasis en la teoría de TEUBNER.

³⁰⁴ KANT, *Metaphysik der Sitten*, Einleitung, XXII, §223, p. 30. Al respecto del paradigma del sujeto autónomo: LOTTER, *Scham, Schuld, Verantwortung*, pp. 147 y ss. Por su parte, DREIER (Hans Kelsen und Niklas Luhmann, p. 448): “La filosofía del derecho y del Estado clásicas hasta el siglo XX basaron su humanidad y sus reclamos éticos en una concepción del hombre como individuo concreto y de la

discursos acerca del sujeto: la psicología, la sociología o la ciencia jurídica generan sus propios conceptos de persona según sus criterios de observación, en un proceso de descentralización o policontextualización discursiva³⁰⁵. La fractura epistemológica propia de la modernidad, descrita ampliamente por TEUBNER, implica que ya no se trata de un individuo observado desde perspectivas diversas –como creía WELZEL³⁰⁶–, sino que hay tantos sujetos como perspectivas (o sub-sistemas), cada una de ellas con sus reglas de validación y “veracidad” relativa: “Usando sus diferentes modelos de racionalidad, cada uno los subsistemas psicologizantes ‘ve’ diferentes rasgos humanos, incluso cuando es la misma persona real la que está involucrada”³⁰⁷. Así, lo que para el sistema penal aparece como un sujeto responsable, para el sistema económico lo hace como un sujeto orientado a maximizar el beneficio y para el sistema científico como un ser natural sometido a determinaciones causales³⁰⁸. Es importante señalar también que individuo no es lo mismo que persona, en tanto aquél haría referencia más bien a la persona natural y ésta lo haría a la persona social³⁰⁹. El derecho penal, como ciencia social, tampoco ha escapado a ese proceso de “despersonalización” –como se vio, iniciado ya por KELSEN³¹⁰–, de modo que también ha de construir su propio sujeto, que puede ser, por su parte, independiente del concepto de sujeto “natural” o “psicológico”.

El lugar de los individuos dentro del sistema conceptual del constructivismo vendría determinado, en primer lugar, por la premisa de que aquéllos no serían ya los elementos

sociedad como una asociación de individuos racionales, capaces de acción consciente y de pensamiento racional. La teoría de sistemas rompe con esa representación del mismo modo que la teoría de Kelsen”.

³⁰⁵ TEUBNER/HUTTER, *Homo Oeconomicus*, pp. 574 y ss. Acerca de la transición desde una aproximación “monológica” a la sociedad y al sujeto hacia una policontextual: MÜSSIG, *Zurechnungsformen*, p. 425; también, WILLKE, *Staatliche Intervention*, pp. 214 y ss., 24. Sobre la policontextualidad en el análisis de la identidad de LUHMANN: MEUTER, *Narrative Identität*, p. 51; MOELLER, *Radical Luhmann*, p. 5. Con referencias a los estudios culturales: LOTTER, *Scham, Schuld, Verantwortung*, pp. 18 y ss.

³⁰⁶ WELZEL, *Strafrecht und Philosophie*, pp. 2 y ss.

³⁰⁷ TEUBNER/HUTTER, *Homo Oeconomicus*, p. 576.

³⁰⁸ Ampliamente: TEUBNER/HUTTER, *Homo Oeconomicus*, pp. 574 y ss. Por ese motivo, FEIJOO SÁNCHEZ (Derecho penal y neurociencias, p. 117) afirma que “el envite de los neurocientíficos ha sido asumido sin grandes problemas por autores como Günther Jakobs o Klaus Günther”, precisamente porque en ambos casos el concepto de sujeto y de libertad que se tenga en el derecho es autónomo del que se pueda tener en la neurociencia.

³⁰⁹ vid. LUHMANN, *Complejidad y modernidad*, p. 237; JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, pp. 35 y ss. Ello remite a la distinción de ROUSSEAU (*El contrato social*, II, VII), entre individuo (hombre natural) y ciudadano (hombre social). El paso de uno a otro tenía lugar gracias a la sumisión de la voluntad particular a la voluntad general, lo cual se manifiesta en el contrato social. Cfr. PÉREZ DEL VALLE, *Estudios*, pp. 29 y ss.

³¹⁰ En ese sentido, en relación a KELSEN, precedente jurídico del concepto sistémico de persona, afirma BACIGALUPO ZAPATER (*Compliance y Derecho penal*, p. 87) que “la persona individual deja de ser punto de partida de la elaboración jurídica. La teoría de la personalidad jurídica experimenta, de esta manera, una «deshumanización», (...); su punto de referencia no sería la persona sino el orden jurídico, y especialmente, los derechos y deberes”.

constitutivos de la sociedad, sino que constituirían su “entorno”, quedando excluidos del sistema social³¹¹. Ello no contiene, según LUHMANN, “una afirmación valorativa con respecto a lo que la persona es para sí misma o para algo distinto”³¹²; sólo significa que “el sistema jurídico (re)construye sobre la base de sus propias observaciones tanto a los sistemas psíquicos como a los organizativos, por lo que se produce una reformulación de la atribución de ‘subjetividad’ o ‘personalidad’”³¹³. En resumen: el sujeto, “la subjetividad”, es una construcción de la comunicación social³¹⁴.

Estas premisas son consecuencia del mencionado cambio de perspectiva que lleva a cabo el constructivismo respecto a la sociología precedente, es decir, del tránsito desde un intento de comprensión de la acción individual a otro de comprensión de la comunicación social³¹⁵. En la medida en que el sujeto en sí mismo considerado es irrelevante en relación a dicha comunicación, es decir, en tanto que no se puede dejar en manos de “la oscura interioridad de los pensamientos”³¹⁶ de un sistema psíquico la reproducción del sistema, éste debe ser concebido como entorno. Por ejemplo: la vigencia de una decisión judicial no depende de lo que piense internamente ni el juez, ni el abogado ni los afectados, sino que, por el contrario, depende de su capacidad de generar aceptación social, de producir su propia vigencia.

³¹¹ Para LUHMANN (Individuo, individualidad, individualismo, p. 62), la sociedad es entonces “la totalidad de sus relaciones internas entre el sistema y el ambiente”, relaciones mediadas por la comunicación social, de modo que “la persona ya sólo puede vivir fuera de la sociedad, ya sólo puede reproducirse como sistema idiosincrásico en el ambiente (...). El individuo ya no podrá ser definido por la inclusión sino ya sólo por la exclusión (...). Deja de resultar conocido para convertirse en desconocido”; “independientemente del sistema social que se selecciones como referencia sistémica, el ser humano (¡individual!) formará siempre parte del entorno del sistema. Ningún hombre puede ser encuadrado en un sistema social de manera tal que su reproducción (en cualquiera de sus dos planos sistémicos: el orgánico o el psíquico) sea una operación social”. En profundidad: LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 6*, p. 166. Al respecto: DREIER, Hans Kelsen und Niklas Luhmann, pp. 448 y s.

³¹² LUHMANN, *Sistemas sociales*, pp. 173 y ss.

³¹³ GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 156.

³¹⁴ Claramente, MÜSSIG, *Zurechnungsformen*, p. 428: “La subjetividad está mediada por la perspectiva comunicativa de la teoría de la sociedad, lo cual quiere decir, más o menos, que es una construcción social compleja”. Un análisis: MEUTER, *Narrative Identität*, p. 215; DZIEWAS, *Der Mensch*, pp. 113 y ss.

³¹⁵ IZUZQUIZA, *Sociedad sin hombres*, p. 230; en el mismo sentido, MOELLER, *Radical Luhmann*, pp. 5 y s.; SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, p. 142.

³¹⁶ LUHMANN (*Recht der Gesellschaft*, p. 48) lo explica, parafraseando la citada frase de HEGEL, del siguiente modo: “Los sistemas psíquicos observan el derecho (y no lo producen), de otro modo el derecho quedaría encerrado en la profundidad de aquello que Hegel alguna vez expresó: ‘en la oscura interioridad de los pensamientos’. Por eso no es posible considerar a los sistemas psíquicos, a las conciencias, y a todo el ser humano, como partes o componentes internos del sistema de derecho. La autopoiesis del derecho se puede realizar tan sólo mediante operaciones sociales”.

Lo anterior implica, no obstante, que el concepto de sujeto no es un presupuesto de la teoría, sino que es el resultado de la metodología escogida, denominada “concepción radicalmente operativa”³¹⁷, y que no sirve a otro fin que a la explicación sociológica³¹⁸. En otras palabras, el presupuesto no está pensado para proporcionar argumentos normativos –esto es, para dar respuestas a cómo construir el orden jurídico–, sino que está orientado a la explicación de cómo es posible el orden social³¹⁹.

Ahora bien, ¿qué consecuencias tiene esa elección metodológica en el concepto de sujeto? En la medida en que, según LUHMANN, la conciencia –sede de la subjetividad desde DESCARTES– ya no es capaz de servir de base de explicaciones sociológicas en la sociedad contemporánea, aquella pierde “su tradicional primado ontológico, en cuanto única entidad capacitada para la autorreferencia, pasando a ser comprendida, en consecuencia, por lo específico de su modo de operar como sistema autorreferencial”³²⁰. Con ello “se llega al concepto de autopoiesis; y en virtud de él es posible decir que la conciencia (como también otros sistemas) es un sistema autopoietico”³²¹. Resumiendo, y quizás por ello simplificando en exceso, la ambición explicativa de la teoría de sistemas conduce a un concepto de sujeto funcional o instrumental³²², donde la identidad subjetiva queda reducida a «principio organizativo contingente»³²³. Con ello los seres humanos son re-descritos como sistemas de conciencia que se reproducen sobre sus propios elementos, de modo que en dicha explicación el individuo es concebido de modo equivalente a otros sistemas como las organizaciones, esto es, como sistemas autopoieticos o autorreferenciales.

³¹⁷ LUHMANN, *Complejidad y modernidad*, p. 224; LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, p. 48.

³¹⁸ LUHMANN, *Complejidad y modernidad*, p. 227: “Como sociólogo uno sólo dispone en este punto de posibilidades limitadas. El ‘in-dividuo’ de la sociología tiene que ser un sistema social –y no una célula, un cerebro o una conciencia, puesto que todos ellos serán sistemas que no se reproducen mediante operaciones sociales”. En el mismo sentido, TEUBNER, *Enterprise Corporatism*, p. 34: “Por una parte, un aparato teórico solo percibe la realidad de modo selectivo (por ejemplo, un sistema teórico solo ve elementos, estructuras y procesos, mientras otros ven individuos de carne y hueso actuando) y de modo correspondiente las recomendaciones jurídico-políticas están orientadas solo a esa realidad seleccionada”.

³¹⁹ LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, p. 45.

³²⁰ LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 6*, p. 163; el mismo, *Sistemas sociales*, pp. 108 y s.

³²¹ LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 6*, p. 163. En contraste, por ejemplo: SIMMEL, *Sociología I*, p. 34: “los datos de la Sociología son procesos psíquicos, cuya realidad inmediata se ofrece primariamente en las categorías psicológicas”. Si bien “éstas, aunque indispensables para la descripción de los hechos, son ajenas al fin de la consideración sociológica”. Es necesario advertir, no obstante, que la tradición a la que se refiere LUHMANN no puede extenderse más allá del nominalismo y el racionalismo, pues es a partir de entonces cuando la conciencia se percibe como fuente de lo “real”, lo cual no sucede ni en la filosofía griega ni en la filosofía medieval.

³²² Se hace eco de la influencia de esta instrumentalidad en el derecho penal y en el concepto de imputación: SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, p. 6.

³²³ MÜSSIG, *Zurechnungsformen*, p. 424.

a.1.3.2. El carácter contextual y abierto del concepto de persona

Según se ha explicado, en la teoría de sistemas se define al individuo por lo que tiene en común con otros sistemas sociales igualmente autopoieticos, como las organizaciones colectivas u otros sistemas sociales. En la medida en que el concepto de sujeto es un producto de la comunicación del sistema que observa³²⁴, aquél interacciona con este último según las reglas de determinación momentáneas del propio sistema (y no según algún tipo de estructura “ontológica” previa del sujeto observado). La determinación es, por tanto, contingente y puramente contextual³²⁵.

Asimismo, LUHMANN alude, al hablar de la construcción de la persona por parte del sistema, al concepto de «forma», definida como la marcación de un límite entre lo que se incluye como persona y lo que se excluye³²⁶. El siguiente paso, dado ese esquema conceptual, es siempre una definición de contenidos que quedan dentro y otros que quedan fuera del concepto de persona (esto es: del límite indicado por la «forma»), definición que cada sistema jurídico hará en función de su identidad normativa y sus necesidades funcionales. Así, un ser inanimado podrá ser tratado como sujeto jurídico en una sociedad cuya identidad normativa así lo refleje (sociedades tribales), mientras que en otra no pasará el filtro de la personalidad (sociedad moderna); una persona jurídica será considerada sujeto en derecho penal en una sociedad cuya cultura jurídica así lo indique (derecho anglosajón), mientras que en otras sociedades se discutirá si cumple los requisitos o debe quedar excluida (derecho continental)³²⁷.

En definitiva, el planteamiento de LUHMANN, precisamente por la abstracción a la que se aludió al comienzo, deja abiertas diferentes posibilidades de cara a la determinación del contenido de los conceptos. En sus propias palabras, “la autopoiesis no sirve para

³²⁴ MEUTER, *Narrative Identität*, p. 215 (con cita de LUHMANN: “Hombre, alma, persona o individuo no son otra cosa que lo que produce la comunicación”).

³²⁵ MÜSSIG, *Zurechnungsformen*, pp. 424 y s. Sobre el carácter policontextual de la identidad en LUHMANN: MEUTER, *Narrative Identität*, p. 51; sobre el concepto de contingencia en el derecho: DREIER, Hans Kelsen und Niklas Luhmann, pp. 431 y s.

³²⁶ LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 6*, p. 143: forma es “la marcación de un límite, como consecuencia de la cual surgen dos lados, de los que sólo uno puede ser utilizado como punto de partida para ulteriores operaciones. (...) Pero, por la misma razón, un observador (que puede ser también el que utiliza la forma) sólo puede ver la forma si la contempla como forma-con-dos-lados”.

³²⁷ Evidentemente, este sería un reduccionismo con fines explicativos, pues en el derecho anglosajón también existe una discusión intensa en lo que a la introducción de las personas jurídicas como sujetos del derecho penal respecta.

aclarar qué programas normativos son lo que se construirán en el sistema³²⁸; o lo que es igual, los programas normativos y las decisiones jurídicas requieren ulteriores consideraciones, no implícitas ni en el concepto de «sujeto autopoietico» ni tampoco en la idea de «forma».

a.2. La recepción de la teoría de sistemas en las fundamentaciones de la culpabilidad colectiva

Una vez esbozado el sistema de conceptos fundamentales de la teoría del derecho de LUHMANN es necesario profundizar, de cara a orientar la discusión hacia la cuestión de la culpabilidad colectiva, en la recepción que dichos conceptos han tenido en el pensamiento penal. Se ha de analizar, por tanto, por qué razón se ha convertido la teoría de sistemas en un lugar común a la hora de fundamentar la culpabilidad colectiva³²⁹. O lo que es lo mismo: qué es lo que el constructivismo ofrece, que no ofrecen otras teorías, a los intentos de construir un concepto de sujeto penal que abarque tanto a personas físicas como a jurídicas. En ese sentido, en lo que sigue se analizará, en primer lugar, la utilización de la idea constructivista de sujeto de cara a justificar la inclusión de determinadas organizaciones colectivas en el derecho penal; en segundo lugar, el intento de elaboración de una teoría de las normas en la que se pueda integrar a la empresa como sujeto destinatario; y, por último, se abordará la fundamentación constructivista de un concepto de culpabilidad para la organización.

a.2.1. El “supra-concepto” de sujeto penal: el modelo inclusivo de BACIGALUPO, GÓMEZ-JARA, LAMPE y BOTTKE

Dado el carácter abierto a distintos contenidos normativos de la teoría de sistemas, algunos autores la han tomado como base para construir un concepto de sujeto penal inclusivo de organizaciones. Así, en los planteamientos de BOTTKE, LAMPE, BACIGALUPO SAGGESE o GÓMEZ-JARA se ha propuesto, de cara a realizar dicha

³²⁸ LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, p. 45. Y prosigue: “Les doy la razón a todos los críticos que subrayan que el concepto de autopoiesis no aclara nada de manera empírica. Pero esto se puede decir de todos los conceptos, también incluso del concepto de acción” (nota 15).

³²⁹ Así lo afirman: BOTTKE, *Assoziationsprävention*, p. 49 (nota 134); HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 79; GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 59; BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, pp. 359 y ss.; ZUÑIGA, *Bases*, pp. 222 y s.; SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, p. 138.

integración y con diferentes matices entre sí, un cambio de paradigma jurídico-penal a favor de la teoría de los sistemas autopoieticos³³⁰.

El proceso argumentativo de estos autores se basa en la idea de que, como se ha explicado, en la teoría de sistemas se relega la conciencia individual a un dato irrelevante en el proceso comunicativo. Una vez la conciencia deja de ser concebida como un modo único o especial de pensarse el sujeto a sí mismo, exclusivo del individuo, y una vez la conciencia pasa a ser “un caso entre muchos”³³¹, entonces la diferencia entre individuo y organización se allana. Siendo así, la autopoiesis del sistema psíquico (individuo) no se puede ya diferenciar de la autopoiesis del sistema social (organización empresarial, por ejemplo). Gracias a ello, “los colectivos”, como indica BOTTKE, tanto “como las personas individuales, construyen su propia actitud y son comprendidos como sistemas autorreferenciales”³³² capaces de comunicación. En palabras de BACIGALUPO SAGGESE, tanto en el caso del individuo como de la organización se trata de sistemas, configurados internamente de modo distinto, pero capaces de relacionarse con su entorno (realizar contratos, prestar servicios, etc.)³³³. Si bien más adelante se ha de profundizar en cómo se desarrolla la identidad de la organización en concreto (II.3), lo cierto es que esa equivalencia en el aspecto subjetivo es lo que, según GÓMEZ-JARA, permite que “la imputación de culpabilidad a un sistema autopoietico organizativo” signifique “lo mismo que la imputación de culpabilidad a un sistema autopoietico psíquico”³³⁴.

El modelo de LAMPE, sobre el que se ha de volver, parte también de un concepto de sujeto penal inclusivo al que denomina como “unidad activa en la vida social, ya sea una persona individual o una estructura organizada de personas”³³⁵; o más

³³⁰ BOTTKE, *Assoziationsprävention*, p. 49 (nota 134); LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, pp. 690 y s.; GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 59; BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, pp. 359 y ss.; la misma, *Criterios de imputación*, p. 3.

³³¹ LUHMANN, *Individuo, individualidad, individualismo*, p. 128.

³³² BOTTKE, *Wirtschaftskriminalrecht*, p. 251, nota 94.

³³³ BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, pp. 216 y s. La autora define al “sujeto como sistema –que puede ser un individuo o estar configurado de otra forma– orientado puramente en criterios de prevención general positiva”. Así, si bien el individuo tiene una constitución psíquica, la organización empresarial tendrá una constitución basada en estatutos y órganos, pero dicha diferenciación interna no será relevante para la construcción funcional del concepto de sujeto.

³³⁴ GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 151.

³³⁵ LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, pp. 723 y s. Si bien, aclara: “Debe admitirse que, en el mejor de los sentidos, un sistema de personas sólo puede ser en sentido figurado una persona. (...) la

recientemente, concepto de “persona social” como productora de injusto³³⁶. Ahora bien, su planteamiento es algo más complejo y elaborado, en tanto reconoce que el sujeto colectivo solo puede ser persona “en sentido figurado”, al tiempo que realiza una diferenciación clara del injusto individual y del injusto sistémico³³⁷. En sentido parecido, BOTKE ha acuñado el supra-concepto de “organizador de contactos sociales”³³⁸ para referirse tanto a sujetos individuales como colectivos. Las organizaciones colectivas, señala el autor, no son una “ilusión” sino una “ficción”, capaz de producir efectos sociales reales en el entorno con el que interactúan³³⁹.

En los términos sociológicos que se han descrito anteriormente, estos autores colocan la barrera de la «forma» de modo que sistema psico-físico y organizativo quedan indiferenciados en el entorno del sistema jurídico, recibiendo idéntico trato en lo que al sistema jurídico-penal se refiere. Se concibe a la organización colectiva compleja – empresa y otras asociaciones– como un sistema autopoietico, capaz de alcanzar un grado de complejidad equivalente al de la conciencia individual, así como de relacionarse con su entorno como una identidad unitaria y autónoma³⁴⁰. De ese modo, el concepto de «persona jurídico-penal» abarca tanto a sujetos individuales como a colectivos. La cuestión de fondo es, en la medida en que el contenido material de la forma viene determinado por el concepto de «autopoiesis», la de qué sujetos autopoieticos se seleccionan como relevantes en la comunicación del sistema jurídico-penal.

a.2.1.1. La selección de la organización colectiva como sujeto penal

Si el sujeto es definido como sistema autopoietico, la cuestión es si cualquier sistema que cumpla dicho requisito –robots, sistemas informáticos, niños, el sistema jurídico mismo– puede convertirse en candidato a sujeto en derecho penal. Lo cierto es que no. En la medida en que los conceptos de «forma», «autopoiesis» o «autorreferencialidad» son

diferencia entre un sistema social y una persona individual no debe allanarse, y que, por tanto, la cualidad de persona no debe aceptarse a ciegas como premisa indispensable para la pena”.

³³⁶ LAMPE, *Ontologischen Struktur*, p. 87: “Por persona social no me refiero sólo a (1) personas naturales y comunidades de personas, sino también a asociaciones de personas y a empresas”.

³³⁷ LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 731, 722 y s: “En el ámbito de la responsabilidad debería dejarse claro que este injusto (de sistema) es muy diferente al injusto de comportamiento, no debería difuminarse ni siquiera por querer las ventajas de una fundamentación ontológica unitaria”.

³³⁸ BOTKE, *Assoziationsprävention*, pp. 325 y ss.

³³⁹ BOTKE, *Wirtschaftskriminalrecht*, p. 249.

³⁴⁰ PRÜMM, *Unternehmen als autopoietische Systeme*, pp. 109 y ss.; GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, pp. 13 y ss.; sobre ello, vid. SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, pp. 138, nota 665. Sobre la identidad de la empresa: II.3.

extremadamente formales y abiertos³⁴¹, para determinar el contenido del concepto «sujeto» se ha de dar un paso argumentativo ulterior.

Antes de ello, es necesario reparar en que, contra la crítica a la arbitrariedad o relativismo del constructivismo –al “todo puede ser sujeto si el sistema así lo determina”–, se afirma que cada sistema tiene sus propias reglas, “no arbitrarias”, para determinar quién es sujeto y quién no³⁴². Así lo expresa GÓMEZ-JARA, quien sostiene que los sistemas sociales “no atribuyen la condición de ‘persona’ de manera aleatoria y arbitraria, sino que (...) se comportan de forma muy selectiva”³⁴³. La cuestión es, entonces, cuáles son los criterios por los que cada sistema selecciona los sujetos con los que interactúa. La respuesta es, en términos generales, que los sistemas seleccionan aquellos sujetos «a costa de» los cuales es posible su auto-reproducción como sistemas: es decir, aquellos a los que, por su posición en la comunicación social, resulta funcionalmente provechoso incluir como interlocutores. Así, por ejemplo, para el sistema político electoral no todo sistema psicofísico es relevante, sino que se seleccionan algunos de ellos –nacionales mayores de edad– y se excluye al resto –menores, extranjeros, algunos incapaces–, de cara a la autorreproducción funcional del sistema político; de igual modo que el sistema universitario sólo incluye a mayores de 18 años con determinados requisitos académicos, y excluye al resto. La selección es, sin embargo, contingente, pues en algunos sistemas la propia «comunicación social» indicará a los extranjeros como capaces de voto, como también la edad y los requisitos para ingresar en la universidad varían en función de cada sociedad.

La cuestión que interesa ahora es cómo se produce dicha selección en el sistema penal, y concretamente cómo afecta a la introducción de determinadas organizaciones como sujetos penales. La selección del sujeto penal es también «contingente», en el sentido de que, por ejemplo, la exclusión de las organizaciones colectivas del derecho penal se

³⁴¹ En ese sentido, GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, pp. 269, nota 683. Sobre esa apertura, extensible a todos los conceptos de la teoría de sistemas: BAECKER, ¿Por qué una teoría de sistemas?, p. 16; KARGL, *Sociedad sin sujetos*, p. 42.

³⁴² Con referencias a la teoría de la organización como límite a la arbitrariedad en la inclusión de sujetos en el derecho penal, vid. GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, pp. 29 y ss.; ARTAZA VARELA, *Empresa*, p. 174.

³⁴³ GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 156, nota 360; con mayor abundamiento, *ibid.*, pp. 155 y ss. La idea es tomada de: TEUBNER, *Derecho como sujeto epistémico*, p. 547; TEUBNER/HUTTER, *Homo Oeconomicus*, p. 574.

explicaría por el contexto “individualista” en el que se desarrolló la teoría del delito³⁴⁴, y no por un principio de determinación absoluta. Dicha exclusión podría, no obstante, cambiar tan pronto como cambiase el contexto y el sistema encontrase unas reglas de auto-observación más funcionales. Al respecto, GÓMEZ-JARA afirma que “para las empresas esto supone que pueden llegar a convertirse en personas en Derecho penal cuando el sistema jurídico penal tiene buenas razones par creer en su autorreferencialidad ‘sin poder verla’”³⁴⁵. Más allá del controvertido significado de la expresión “sin poder verla”, a la que se volverá en la crítica, las “buenas razones” que proporciona el constructivismo para la atribución de la condición de persona a las organizaciones empresariales se resumirían en la siguiente tesis: desde un punto de vista de la comunicación social, tanto personas jurídicas como personas individuales resultan “funcionalmente equivalentes”. La idea esencial es –en la línea de lo que se explicó en relación a JONAS– que la sociedad moderna “ya no viene caracterizada, en gran medida, por el individuo, sino que, en numerosos ámbitos de la vida social, ésta ha ido dejando paso a cierto tipo de sistemas sociales –las organizaciones–”, principales garantes “del mantenimiento de la estructura social”³⁴⁶. Tal como lo expresan TEUBNER/HUTTER: “las organizaciones son tan reales –o tan ficticias– como los individuos. Ambos tienen idéntico estatus en el mundo social”³⁴⁷. Si ello es así, es decir, si es cierto que en la comunicación social las organizaciones ocupan un lugar preeminente como sujetos, equivalente o superior al del individuo singular, ello parece proporcionar aquellas “buenas razones” que justificarían su integración en el sistema-jurídico penal como auténticos sujetos penales.

Estas razones se refuerzan, como en el caso de BACIGALUPO SAGGESE o GÓMEZ-JARA, si se parte de que es misión del derecho penal el mantenimiento de la identidad de la sociedad³⁴⁸. Al fin y al cabo, si persona física y organización son entes comunicativos equivalentes para la sociedad, ¿porqué no lo van a ser para el sistema penal, si éste es el garante de aquélla? Para estos autores es perfectamente posible, por tanto, sustituir

³⁴⁴ BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, pp. 32 y ss., 221 y ss.; GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, pp. 70 y ss.

³⁴⁵ GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 156, nota 360. También: BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, pp. 206.

³⁴⁶ GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 46.

³⁴⁷ TEUBNER/HUTTER, *Homo Oeconomicus and Homo Juridicus*, p. 579.

³⁴⁸ BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, pp. 365 y ss.; GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 46; toma la tesis de JAKOBS (*Sociedad, norma y persona*, p. 15) si bien el penalista alemán afirma que “no se puede degradar al Derecho penal al papel de mero lacayo”.

conciencia por autopoiesis, integrar al sujeto colectivo junto con el individual en el sistema, precisamente porque las funciones que permiten la reproducción del sistema – prevención o retribución– se cumplirían por igual en ambos casos³⁴⁹. En definitiva, en este nuevo contexto social, y gracias al nuevo paradigma constructivista, parece concluirse que tanto el sujeto individual como el colectivo pueden constituirse como interlocutores de la comunicación penal, como auténticos sujetos penales.

a.2.2. La teoría de las normas en el constructivismo: las normas como aseguramiento de expectativas normativas

Una vez analizada la tesis de la equivalencia funcional, a nivel subjetivo, entre el individuo y la organización colectiva en lo que al sistema penal respecta, es necesario analizar de qué modo se articula la comunicación normativa con ambos sujetos. Para ello es necesario explicar brevemente la tesis de LUHMANN acerca de la teoría de las normas, así su recepción en las fundamentaciones de la culpabilidad colectiva, entre las que destaca, en este punto, la de BOTTKE³⁵⁰.

LUHMANN ha seguido cierta evolución en lo que a la función de las normas se refiere. En una primera etapa de su pensamiento se mostró próximo a una concepción “clásica”, reconociendo en las normas una doble función: aparte de la principal, la aseguración de las expectativas normativas de la sociedad, que luego se consolidaría con exclusividad en la doctrina funcionalista, aludía a una función secundaria, la «dirección de conductas»³⁵¹. La versión posterior, propugnada por un LUHMANN más tardío, renuncia a la función directiva y atribuye a las normas exclusivamente la función de asegurar las expectativas normativas: “la función de la norma no reside en la dirección de motivos (...) sino en una estabilización contrafáctica”, de modo que “la norma no garantiza una conducta conforme a ella, pero protege al que esto espera”³⁵².

³⁴⁹ GÓMEZ-JARA (*Fundamentos*, pp. 380 y ss.) defiende un modelo de prevención general positiva tanto para persona física como jurídica; LAMPE (*Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 733), por su parte, habla de la sanción a la empresa en términos de expiación del injusto con fines preventivos; BOTTKE (*Wirtschaftskriminalrecht*, pp. 249 y s.) distingue entre sanciones orientadas a la prevención de peligros (“*gefahrpräventiv*”) y a la retribución de la culpabilidad de la empresa (“*schuldretributiv*”); BACIGALUPO SAGGESE (*Responsabilidad*, pp. 199 y ss.) señala como fin de la pena la prevención general positiva.

³⁵⁰ BOTTKE, *Assoziationsprävention*, pp. 62 y ss.

³⁵¹ LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 219 y ss.; el mismo, *Funktion des Rechts*, pp. 30 y ss., si bien otorgaba ya mayor relevancia al mantenimiento de las expectativas normativas de la sociedad.

³⁵² LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, pp. 134 y ss.; Cfr. al respecto: PEÑARANDA RAMOS, *Funcionalismo*, p. 315.

Con arreglo a esta teoría, las normas constituirían una herramienta para reducir la complejidad del sistema social mediante la creación de confianza: ante la imposibilidad de vivir en la incertidumbre de la imprevisibilidad “de los demás”³⁵³, el sistema jurídico se organiza internamente en un código binario de lícito-ilícito (“*recht-unrecht*”), recogido en un sistema de normas, que sirve para saber qué se puede esperar de los demás en el contexto de las interacciones sociales. Por otra parte, el sistema jurídico no tiene nada que decir de los motivos del cumplimiento o incumplimiento de las normas del sujeto –en un nuevo eco de KELSEN³⁵⁴– sino que, en palabras de BOTKE, “regula la organización de contactos sociales que aparece sistémico-externamente”³⁵⁵. Se trata de asegurar la vigencia externa y objetiva de las normas, no en el caso concreto –del sujeto obligado, por ejemplo– sino en relación al orden social como un «todo».

El mantenimiento de la vigencia de las normas jurídicas se produce, entonces, de manera “reflexiva”³⁵⁶. Según señala BOTKE: “las normas jurídicas no fungen como un medio de conducción inmediata desde el exterior”, sino que “estimulan la autoconducción y la conformación de una correspondiente actitud subjetiva”³⁵⁷. Es decir, no se busca el reconocimiento o la motivación del sujeto al que se dirige la norma –no hay direccionalidad–, sino que se persigue su cumplimiento objetivo, el ajuste del comportamiento externo respecto a la expectativa comunicativamente relevante. Siendo así, el proceso comunicativo no sale del contorno del sistema jurídico, y en consonancia con los presupuestos de LUHMANN, se vuelve “hipercíclico”. Es decir, se independiza de la motivación de los individuos: el “sujeto a”, con independencia del pensamiento que ronde la conciencia del “sujeto b”, se comporta esperando que éste se adecúe a la

³⁵³ Es lo que LUHMANN (*Sistemas sociales*, pp. 113 y ss.) denomina la «teoría de la doble contingencia», que describe como la imposibilidad de determinación del comportamiento entre “ego” y “alter”, que el autor trata de resolver recurriendo al concepto de “sentido”, producido principalmente por los medios de comunicación social (poder, derecho, administración, etc.). Así, las expectativas sociales dirigidas a los individuos tienen como objetivo “renunciar a toda comprensión substancializada” de los sujetos –esto es: que dejen de aparecer como “egos”–, de modo que la personificación que realiza la sociedad pueda facilitar el conocimiento recíproco y “echar a andar la comunicación” (p. 117).

³⁵⁴ KELSEN, *Teoría pura del derecho* (1ª ed. 1934), p. 61.

³⁵⁵ BOTKE, *Assoziationsprävention*, p. 49 nota 134. Definiendo al colectivo también como sujeto de interacciones sociales: KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, p. 304.

³⁵⁶ Vid. LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, pp. 210 y ss., donde afirma que no hay orden normativo que haya desarrollado mayor reflexividad que el derecho, en tanto su tarea es “llevar a cabo un proceso que no parte de un consenso inicial ni llega a un consenso final; un proceso incluso en donde no se identifica la identidad de la experiencia del sentido del observador”. En sentido parecido, sobre el derecho reflexivo, como reacción a la diferenciación funcional de la sociedad: TEUBNER/WILLKE, *Kontext und Autonomie*, pp. 4 y ss., 24. Sobre el derecho reflexivo en relación a la autorregulación y como base teórica de la culpabilidad empresarial, vid. GÓMEZ-JARA, *Autorregulación*, pp. 263 y ss.

³⁵⁷ BOTKE, *Assoziationsprävention*, p. 49 (nota 34).

expectativa social que pesa sobre él, lo mismo ocurre entre el «sujeto b» y el «sujeto c», y así sucesivamente³⁵⁸. Con ello se permite el avance de la comunicación, de modo que los sujetos pueden comportarse con seguridad sin necesidad de indagar en la personalidad de cada uno de los participantes, en contextos complejos en los que, de otro modo, reinaría la incertidumbre sobre el resultado de las interacciones³⁵⁹. Por ejemplo: uno cruza la calle porque confía en que la sociedad protege el cumplimiento de las expectativas, no porque confíe en la “buena voluntad” de la persona concreta, a la que desconoce, que espera con el coche ante el semáforo en rojo. En ese sentido, la comunicación se basa en la vigencia de las normas en el plano objetivo-externo –en la confianza como fenómeno social– y no en el plano subjetivo o interno –en la confianza concreta en sujetos concretos–.

¿Qué consecuencia tiene eso en la aceptación o no del sujeto colectivo en el derecho penal? La cuestión relevante es, según la terminología de JAKOBS, si a la empresa se le considera en el contexto social como “naturaleza” o como “sentido”³⁶⁰. Si bien respecto a la naturaleza se tienen «expectativas cognitivas», no protegidas por la norma (por ej.: se espera que no llueva si se ve el cielo despejado, pero no hay norma que asegure dicha expectativa), en las interacciones a nivel social (con sentido), por el contrario, se funciona conforme a «expectativas normativas», lo que significa que están protegidas por normas³⁶¹ (se espera que los coches respeten el semáforo en rojo, y dicha expectativa está protegida por una norma que sanciona su incumplimiento).

Según la interpretación de BOTKE –como también de GÓMEZ-JARA o de Silvina BACIGALUPO–, la empresa formaría parte de los sujetos que realizan comunicaciones con sentido, de modo que no pueden ser reducidas a naturaleza. En otras palabras: decir que la empresa es culpable de un vertido no equivale a decir que un río es culpable de una inundación, pues éste es un proceso natural ciego y aquél es, en cambio, un proceso

³⁵⁸ vid. BOTKE, *Assoziationsprävention*, pp. 325 y ss. Como señala GÓMEZ-JARA (*Fundamentos*, p. 304, nota 809) en relación al planteamiento de BOTKE: “Las normas de comportamiento y las normas de organización de contactos son ambas normas de organización que, pese a la premisa general de la asequibilidad normativa del organizador del contacto, en el caso concreto no están formuladas típicamente en relación con el organizador del contacto y su estado de ánimo subjetivo”.

³⁵⁹ JAKOBS, *Funktionalismus*, p. 860; BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, p. 206; sobre ello, FEIJOO SÁNCHEZ, *Normativización del derecho penal*, pp. 458 y ss.

³⁶⁰ Sobre la diferencia entre naturaleza y sentido, ampliamente: JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, pp. 42 y ss.

³⁶¹ Ampliamente: JAKOBS, *DP.PG.*, §5.

de un sujeto cuya organización tiene un significado social (sentido)³⁶². Dicho todavía de otro modo: la sociedad no interpreta lo que ocurre en la empresa como una catástrofe o como un accidente sino como el producto de sus decisiones como organización.

Así pues, la expectativa normativa se puede dirigir tanto a sujetos individuales como a organizaciones colectivas: a los primeros se les dirige “expectativas de comportamiento”, a los segundos “expectativas de organización”³⁶³. Su competencia como destinatarios se basa en que, siendo sistemas autopoieticos como los individuos, los sujetos colectivos tienen poder sobre su propio ámbito de organización, tanto en un sentido social como en un sentido jurídico³⁶⁴. Por ese motivo, la empresa es destinataria de expectativas por parte de la sociedad: se espera que esté bien organizada y que no favorezca delitos. Cuando dicha organización no se ajuste a las expectativas normativas –básicamente la de mantenerse en el riesgo permitido–, el sujeto colectivo estará incumpliendo la norma penal³⁶⁵. Cuando ello sucede, la pena a la propia organización supone la reafirmación de la vigencia de la expectativa que ella protege, y su imposición afirma la identidad de la sociedad que se protege frente a la conducta organizativa que se ha desviado de la norma³⁶⁶. Es decir, con el castigo a la empresa que ha delinquido –a diferencia de lo que ocurriría con el castigo a un animal que ha mordido o con el castigo a un árbol que ha caído y producido lesiones–, la sociedad ve restaurada la norma que protegía la expectativa de seguridad, y con ello queda restaurada también la confianza social.

Si bien es cierto que, según el propio BOTTKE³⁶⁷, la decisión de qué sujetos son capaces de comunicación jurídico-penal queda abierta a la decisión del propio sistema (es decir, al legislador), la reducción de “lo subjetivo” al concepto de autopoiesis abre la puerta a las organizaciones empresariales. Es decir, si tanto individuo como colectivo son sistemas autopoieticos, y la conciencia no aporta nada a la comunicación, ambos parecen sujetos viables para ser interlocutores de la comunicación jurídico-penal, más aún cuando la teoría de las normas renuncia al plano motivacional, como sucede en

³⁶² GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, pp. 383 y ss.

³⁶³ BOTTKE, *Assoziationsprävention*, p. 62.

³⁶⁴ BOTTKE, *Assoziationsprävention*, pp. 48 y ss.

³⁶⁵ BOTTKE, *Assoziationsprävention*, pp. 304 y s. En el mismo sentido: GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 304.

³⁶⁶ Con ecos aquí de HEGEL, *Grundlinien*, § 99; al respecto, vid. PÉREZ DEL VALLE, *Estudios*, p. 25.

³⁶⁷ BOTTKE, *Wirtschaftskriminalrecht*, p. 248.

BOTTKE, a favor de la posibilidad de ser objeto de expectativas de organización³⁶⁸. No obstante, en la medida en que “tener una expectativa sobre algo” no es suficiente para fundamentar la agencia de ese algo (se tienen expectativas sobre el comportamiento de los menores, y no son sujetos penales), todavía queda por argumentar cómo una organización colectiva puede ser culpable del desajuste entre su acto organizativo y la expectativa que el sistema social tiene sobre ella.

a.2.3. La fundamentación de la culpabilidad colectiva por organización

El último paso de la argumentación constructivista de una culpabilidad colectiva es la introducción del sujeto colectivo en la denominada «culpabilidad por organización» (“*Organisationsverschulden*”)³⁶⁹. Como concepto genérico, son varias y diversas las versiones que lo aplican a la organización. En primer lugar, están quienes postulan un modelo de «culpabilidad por el carácter» –como LAMPE y HEINE–, según el cual la organización es culpable de haber adquirido una filosofía criminógena o un carácter defectuoso³⁷⁰. Otros, como por ejemplo BOTTKE, BACIGALUPO SAGGESE o GÓMEZ-JARA, han tratado de fundamentar una «culpabilidad por el hecho empresarial», entendido éste como organización defectuosa de la empresa que manifiesta falta de fidelidad al derecho³⁷¹. Más allá de los numerosos matices, sobre los que se habrá de volver en la parte II, todos ellos tienen en común lo siguiente: en ellos no se trata de fundamentar una culpabilidad en el sentido del reproche ético-moral por una acción personal antijurídica; sino que se trata, más bien, de una culpabilidad por una

³⁶⁸ BOTTKE, *Assoziationsprävention*, p. 62. Al respecto: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, p. 392.

³⁶⁹ Originariamente: TIEDEMANN, *Unternehmen*, p. 1172, cuyo concepto de culpabilidad (pensado para el derecho contravencional, no para el derecho penal) se fundamenta en delitos de los miembros de la asociación que podrían haber sido evitados si ésta no hubiese omitido las medidas de seguridad necesarias. Un análisis del concepto, que lo entiende como una construcción *ad hoc* para las personas jurídicas: NEUMANN, *Verbänden*, pp. 17 y ss.

³⁷⁰ LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, pp. 725 y ss., si bien su concepto central es el de «injusto sistémico», el autor sostiene un concepto de culpabilidad “no personal”, que se atribuye a la empresa que ha favorecido, mediante una filosofía criminógena o mediante una estructura de organización defectuosa, la comisión de un delito en su seno. HEINE (*Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 266 y ss.), por su parte, sostiene dos conceptos de culpabilidad diferenciados para el sujeto individual y el colectivo. La culpabilidad empresarial está basada en “la conducción de la vida empresarial” (“*Betriebsführungs-schuld*”), y se concreta en un defectuoso control del riesgo en la actividad de la empresa, que generaría consecuencias negativas para terceros.

³⁷¹ Así, señala BOTTKE (*Wirtschaftskriminalrecht*, p. 253) que, en relación a la empresa, “el reproche puede verse en el abuso de la libertad de autorregulación de la que gozan”; GÓMEZ-JARA (*Fundamentos*, pp. 351 y s.), por su parte, considera que la culpabilidad empresarial consiste en “una falta de fidelidad o déficit de fidelidad al derecho”, que puede concretarse en una “cultura empresarial de no cumplimiento del derecho”; BACIGALUPO SAGGESE (*Responsabilidad*, pp. 362 y ss.), responsabiliza a la empresa de la “comunicación falsa” que constituye el delito.

organización colectiva defectuosa, capaz de cuestionar la vigencia del orden jurídico, merecedora de un reproche ético-social sobre el conjunto de dicha organización³⁷², o como mínimo de una contradicción (pena) de la manifestación que supone el delito³⁷³. Es decir, la organización sería culpable de haber organizado su esfera jurídica de modo contrario a lo indicado por las normas, por ejemplo, generando una falta de control en actividades de riesgo, o incentivando conductas delictivas en sus miembros.

En primer lugar, este modo de entender la culpabilidad de la organización está desprendido de condicionamientos psíquicos u ontológicos —existencia de libertad, conciencia, capacidad de motivación—, y adopta un carácter puramente comunicativo-organizativo³⁷⁴: se trata de analizar si, desde el punto de vista de la comunicación social, la organización que hace la empresa de sí misma puede considerarse equiparable a la organización que hace el individuo de su propia vida. Estos autores responden afirmativamente: desde una óptica jurídico-objetiva, dicen, ambos son sujetos libres. Del mismo modo que el individuo organiza su esfera vital de modo autónomo, también la empresa es libre a la hora ejercer su actividad, pues puede decidir si bajar o subir los precios de su producto, o si implantar o no su sistema de seguridad («principio de auto-responsabilidad»)³⁷⁵. Y del mismo modo que el individuo debe responder por el uso

³⁷² BOSCH (*Organisationsverschulden*, pp. 43 y ss.) por ejemplo, reconoce que para incluir a la empresa en el concepto de culpabilidad es necesario descargarlo tanto de contenido ético como de connotaciones personales; sería posible, sin embargo, en una culpabilidad meramente como limitación y proporcionalidad de la sanción.

³⁷³ BACIGALUPO SAGGESE (*Responsabilidad*, pp. 218 y ss.), por su parte, se distancia de la idea de reproche de cara a su aplicación a las personas jurídicas, incidiendo más bien en la idea de confirmación de la vigencia de la norma mediante la pena.

³⁷⁴ Así, BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, p. 35: “los conceptos de causalidad, capacidad, culpabilidad, entre otros, pierden su contenido pre-jurídico y se convierten en conceptos de las diferentes etapas de competencias”; GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 280: “delito y pena no se entienden como sucesos acaecidos en el mundo físico, sino como comunicaciones que tienen lugar en el contexto social. El delito debe comprenderse entonces como una expresión de sentido realizada por el autor mediante la cual se cuestiona la vigencia de norma. La pena, como contestación mediante una, igualmente, expresión de sentido que afirma la vigencia de la norma”. Sobre el concepto de delito entendido como comunicación, LESCH, *Verbrechensbegriff*, p. 211; REYES ALVARADO, *Verbandshaftung*, pp. 415; También BOSCH (*Organisationsverschulden*, p. 43) reconoce que la culpabilidad empresarial sólo es posible vaciando de contenido ontológico el reproche penal; SCHROTH, *Unternehmen als Normadressaten*, pp. 201 y ss.

³⁷⁵ GÓMEZ-JARA, *Personas jurídicas*, p. 462: “Desde una perspectiva tradicional del delito puede afirmarse que la capacidad de acción se ve así sustituida por una capacidad de organización, de tal manera que si bien resulta complicado afirmar que una empresa actúa por sí misma, dichas dificultades desaparecen considerablemente cuando se sostiene que, llegado un determinado deber de complejidad interna, la empresa comienza a organizarse a sí misma, a autoorganizarse”. En sentido parecido: BOTKE, *Wirtschaftskriminalrecht*, p. 253; REYES ALVARADO, *Verbandshaftung*, pp. 424; CUELLO CONTRERAS, *Significado de la acción*, p. 18. Una explicación del concepto de libertad como principio objetivo y procedimental de la auto-observación social: MÜSSIG, *Zurechnungsformen*, p. 423. Dicho principio, no

defectuoso de su libertad, también la empresa debe responder de las consecuencias lesivas de su autonomía organizativa.

Ahora bien, si bien está claro que determinadas organizaciones son consideradas “personas” desde un punto de vista jurídico, incluso “personas responsables”, la pregunta es por qué razón dicha responsabilidad ha de tomar una forma penal; es decir, por qué una incorrecta organización debe tener el calificativo social más grave –delito–, sin que sea suficiente con la solución tradicional de considerarla una infracción civil o administrativa. La respuesta de estos autores es que, en efecto, la vida organizativa de la empresa ha dejado de ser neutra para el derecho penal, y ello por varios motivos: en primer lugar, porque gran parte de los delitos del mundo contemporáneo se producen en contextos en los que las empresas y otras organizaciones son los principales sujetos (contextos financieros, políticos, medioambientales, etc.); en segundo lugar, en la medida en que las empresas serían ya los principales actores de la vida social, por encima incluso de los individuos, su comportamiento organizativo defectuoso puede lesionar gravemente la confianza social y la identidad normativa de la sociedad³⁷⁶; por último, ese creciente protagonismo social comienza, además, a tener un correlato en la consideración jurídico-política de las organizaciones, a las cuales se les reconocen determinados derechos políticos e incluso una “ciudadanía corporativa”³⁷⁷.

En definitiva, se afirma que, en la sociedad contemporánea, una mala organización empresarial puede vulnerar los valores de convivencia básicos en el mismo sentido que una acción delictiva individual, y si el derecho penal sirve precisamente para proteger dichos valores, también lo ha de hacer respecto de los ataques de las organizaciones. Dicho en términos de la teoría de la «prevención general positiva» –que es la defendida mayoritariamente por estos autores–³⁷⁸: cuando una empresa defrauda a hacienda o

obstante, opera de modo «constructivo»: el discurso de responsabilidad es una herramienta sistémica de reducción de la complejidad social, de producción de orden en las interacciones.

³⁷⁶ GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, pp. 380 y ss.; también, HETZER, *Schuldlose Sanktionssubjekte?*, p. 367: “En la criminalidad económica los actores (autores) predominantes son las empresas. También las personas jurídicas pueden mediante su acción desarrollar un injusto. Constituyen una realidad social criminal”.

³⁷⁷ GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, pp. 322 y ss., 372 y ss. vid. más en II.6.b.

³⁷⁸ Destacadamente, BOTTKE, *Wirtschaftskriminalrecht*, p. 250 y s, quien afirma que la sanción a la empresa tiene como objetivo ejercitar en la fidelidad al derecho. El concepto está principalmente desarrollado por JAKOBS, si bien su aplicación a la cuestión de la empresa la han realizado tanto BACIGALUPO SAGGESE (*Responsabilidad*, pp. 204 y ss., 366) como GÓMEZ-JARA (*Fundamentos*, pp. 252 y ss.). Así los expresa este último: “Desde esta perspectiva el *quid* de la cuestión radica en que el

estafa a sus proveedores, con ello lesiona el orden jurídico en el mismo sentido que cuando lo hace un individuo aislado; ambos sujetos ofrecen, por tanto, iguales oportunidades para afirmar la vigencia de la norma infringida y restaurar la identidad normativa de la sociedad³⁷⁹.

Como se puede observar, estos planteamientos buscan su fundamento, no tanto en el ámbito interior del sujeto (en si es un sujeto libre, en si es motivable), sino en el ámbito exterior, en el modo en que la sociedad misma considera al sujeto (individuo o empresa) en la comunicación social. Es decir, lo relevante es si la punición de las organizaciones es funcional a determinados fines –concretamente la prevención y la creación de confianza social³⁸⁰–, a partir de lo cual se construye un concepto de culpabilidad *ad hoc* donde las diferencias estructurales entre sujeto individual y colectivo pierden relevancia, quedando reducidas a distinciones naturalísticas³⁸¹. En ese sentido, y como variante del «concepto social de culpabilidad», la culpabilidad organizativa no es entendida tanto como un reproche personal sino como un reproche social que se realiza a la empresa (“*soziale Tadel*”)³⁸².

fundamento de la culpabilidad no viene dado ni por la conducción de vida ni por el carácter, sino por la prevención general positiva, y de esta manera se procede, al igual que en el caso de la culpabilidad individual, a una normativización de los conceptos jurídicos que se aleja de planteamientos naturalísticos”; El mismo, Autorresponsabilidad, pp. 93 y ss. Sobre estos modelos: QUANTE, *Sanktionsmöglichkeiten*, pp. 147. Sobre la relación entre el planteamiento de la prevención general en JAKOBS y la culpabilidad colectiva: OTTO, *Strafbarkeit*, p. 21.

³⁷⁹ Así, coincide en un primer momento, JAKOBS, *DP.PG.*, § 6/45 (aunque ya se ha hecho referencia al cambio posterior en su planteamiento); BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, p. 362; GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, pp. 384 y s., identifica como «función» de la pena el “restablecimiento comunicativo de la vigencia de las normas”, y como «prestación» el fomento de la autorregulación o autorresponsabilidad empresarial. cfr. al respecto: OTTO, *Strafbarkeit*, p. 21; BÖSE, *Strafbarkeit von Verbänden*, p. 21.

³⁸⁰ BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, p. 205: “El funcionalismo penal afirma que el problema a resolver es siempre un problema del sistema social (...). Es imposible separar el Derecho penal de una determinada idea de sociedad”. Así, por ejemplo CUELLO CONTRERAS, *Significado de la acción*, p. 17; Sobre ello, OTTO, *Strafbarkeit*, pp. 20 y s., quien afirma que desde esta perspectiva la culpabilidad no se determina ya como un reproche sino en función de la finalidad social de la pena; también, SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmen*, p. 147

³⁸¹ Así, con la evidente influencia de KELSEN, REYES ALVARADO, *Verbandshaftung*, pp. 423: “La persona, objeto del juicio de culpabilidad, no es la persona desde una perspectiva ontológica (...), sino la persona «jurídica», el ser social con derechos y deberes”.

³⁸² Esto es especialmente visible en el planteamiento de SCHROTH (*Unternehmen als Normadressaten*, p. 200) cuya culpabilidad colectiva está basada en el parámetro de empresa media (“*Durchschnittsunternehmen*”). Ello no impide considerar que todo planteamiento funcional opera con conceptos marcadamente sociales, como se puede observar en el de REYES ALVARADO, *Verbandshaftung*, pp. 420: “en el Derecho la acción no se valora por su dimensión naturalista, sino desde una perspectiva social”. Por su parte LAMPE (*Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 725), quien centra su planteamiento más en el concepto de injusto, hace referencia a una culpabilidad de la empresa (que parece no fundamentar el “si” sino más bien el “cómo”), entendida como “culpabilidad social” y no “personal”. Ahora bien, sí que presupone “un sustrato óntico” de capacidad de acción y un “sustrato ético” de capacidad de “culpabilidad propia” (p. 730). Sin embargo, ello no obsta al autor para poder afirmar que la

En resumen, la empresa puede cometer un delito culpablemente en la medida en que su defecto organizativo supone, en el plano comunicativo, un cuestionamiento relevante de la vigencia del derecho, y en la medida en que su punición permite la confirmación de aquella identidad social dañada mediante el propio injusto organizativo³⁸³.

b) Crítica a la teoría de sistemas y a su fundamentación de la culpabilidad colectiva

Si bien es cierto que la teoría de sistemas ha tenido una influencia considerable en el pensamiento penal contemporáneo, como también especialmente en la fundamentación de la culpabilidad empresarial, también lo es que dicha influencia no se ha producido de un modo pacífico. Aparte de las numerosas críticas que ha recibido el constructivismo como teoría sociológica y teoría del derecho³⁸⁴, a continuación se abordarán aquellas que afectan al problema de la culpabilidad colectiva. Ello se llevará a cabo desde dos perspectiva diversas: desde una «perspectiva crítica externa», apuntando los problemas de la teoría de sistemas desde presupuestos de partida diversos; y, además, desde una «perspectiva crítica interna», indagando en la posibilidad de llegar a conclusiones diferentes de las que se han expuesto con anterioridad desde el propio constructivismo, de cara a explorar su posible compatibilidad con los presupuestos penales que, según sus críticos, se verían debilitados con su adopción³⁸⁵.

culpabilidad de la empresa se concreta en su carácter defectuoso o filosofía criminógena (p. 723). En sentido parecido, descriptivamente, QUANTE, *Sanktionsmöglichkeiten*, p. 139: “La culpabilidad es entendida desde esta perspectiva no como una responsabilidad ética o moral, sino como una responsabilidad social”. BACIGALUPO SAGGESE (*Responsabilidad*, pp. 218 y ss.), por su parte, trata de distinguir entre el concepto social de culpabilidad y la culpabilidad por organización del concepto funcional de culpabilidad, y afirma que sólo este último está abierto a las personas jurídicas, pues no supone reproche alguno sino sólo una orientación funcional hacia la prevención.

³⁸³ Dicha concepción encuentra un apoyo, además de en la teoría de la prevención general positiva, en la corriente anglosajona de la teoría expresiva de la pena, según la cual tanto individuo como empresa son capaces de “expresar” falta de fidelidad al derecho y, por tanto, de convertirse en sujeto aptos para recibir un reproche de culpabilidad y una pena, vid. FRIEDMAN, *Corporate Criminal Liability*, pp. 853 y ss. Al respecto de esta relación: GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 384 (nota 1113). Sobre la cuestión de la cultura empresarial, vid. II.3.c.

³⁸⁴ Además de la conocida crítica de HABERMAS, (*Facticidad y validez*, pp. 105-120) a la teoría del derecho sistémica, en el ámbito penal destacan la de BARATTA, *Integración-prevención*, pp. 533 y ss.; LÜDERSSEN, *Funktionalismus*, pp. 877 y ss.; recientemente, SACHER, *Systemtheorie und Strafrecht*, p. 574 y ss.

³⁸⁵ El mismo BARATTA (*Integración-prevención*, p. 545) había sugerido que la teoría de sistemas ofrecía posibilidades teóricas muy por encima de las reducciones que habían hecho de ella sus seguidores en el derecho penal (particularmente JAKOBS); y también opta por ello BAXTER (*Autopoiesis*, pp. 2067 y ss.) en su análisis del constructivismo desde una perspectiva anglosajona.

b.1. Las críticas metodológicas al constructivismo: ¿es el derecho un sistema autorreferencial?

Como se ha explicado, la introducción de la organización colectiva como sujeto del derecho penal se fundamenta en la premisa de la autorreferencialidad del derecho: el sistema jurídico-penal es libre de atribuir una culpabilidad al sujeto colectivo, si con ello se resuelve una necesidad organizativa del propio sistema. Dicha autorreferencialidad supone que el derecho –como también el resto de sistemas– se reproduce sobre sus propios elementos comunicativos, donde tanto la realidad social como los seres humanos son reducidos a “artefactos semánticos”, a construcciones comunicativas del propio sistema que observa³⁸⁶. Ahora bien, esta caracterización del derecho como sistema “hipercíclico” y cerrado está en el origen de todas sus carencias metodológicas, especialmente de cara a postularse como una teoría de lo jurídico que, en tanto «deber ser», requiere algo más que referencias funcionales internas. Así lo expresa HABERMAS, cuando afirma que si el derecho “acaba reduciéndose a un sistema autopoietico, queda despojado, desde ese punto de vista sociológico, distanciador y extrañante, de todas sus connotaciones normativas y, en última instancia, de las connotaciones referidas a la autoorganización de la comunidad jurídica”. Como consecuencia, y “bajo la descripción del sistema autopoietico, el derecho, narcisísticamente marginalizado, sólo puede reaccionar ante sus propios problemas, que a lo sumo podrán venir ocasionados desde fuera”³⁸⁷.

La tendencia del constructivismo a la abstracción y al distanciamiento está implícita en gran parte de las críticas vertidas contra la autorreferencialidad del derecho. Entre ellas destaca, en primer lugar, la crítica a la permanente «circularidad» de los argumentos³⁸⁸, que obliga a regresos infinitos en la explicación de los fenómenos. Por ejemplo, sobre la cuestión del «dolor penal», GÓMEZ-JARA afirma que dicho dolor, como dato interior de la conciencia, a lo sumo provee “energía al sistema”, pero en ningún caso “información” relevante³⁸⁹. Ello es así porque, como consecuencia del carácter autorreferencial de la

³⁸⁶ Por todos: TEUBNER, *Law as an Autopoietic System*, pp. 25 y ss.

³⁸⁷ HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 115.

³⁸⁸ Para una crítica a la circularidad, por ejemplo: HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 565; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Culpabilidad*, p. 362; GIMÉNEZ ALCOVER, *Niklas Luhmann*, p. 329; ALCÁCER GUIRAO, *Facticidad y normatividad*, pp. 209, 217; SACHER, *Systemtheorie und Strafrecht*, p. 575.

³⁸⁹ GÓMEZ-JARA, *Retribución comunicativa*, p. 8.

comunicación, “el sistema habla y se contesta a sí mismo”³⁹⁰, y no puede introducir en sus operaciones datos del entorno (en este caso el dolor del sujeto que recibe un castigo). Sin la relación con el entorno, la comunicación queda sometida a la circularidad, por lo que tiene en realidad un único interlocutor (el sistema) y deja de ser, por ello mismo, comunicación. En segundo lugar, se ha criticado en ocasiones el carácter «tautológico» de los presupuestos sistémicos: como ejemplo, entre muchas otras³⁹¹, se encontraría la idea de que “sólo la comunicación comunica”³⁹²; o la de que “es una equivocación buscar un «portador» del sentido. El sentido se soporta a sí mismo”³⁹³; al explicar la autorreferencialidad de la conciencia, afirmando que ésta “sabe lo que es sólo gracias a saber lo que es”³⁹⁴; o al afirmar que “el concepto de sistema designa pues algo que realmente es un sistema”³⁹⁵. Por último, se ha criticado también el carácter excesivamente «formal» y «generalizador» de la explicación sistémica³⁹⁶, tan carente de contenido material que se puede aplicar tanto a sistemas biológicos, cibernéticos o humanos, al precio de utilizar conceptos vacíos³⁹⁷. Esta ausencia de racionalidad material, por otra parte, está estrechamente relacionada con la normativización de los conceptos jurídicos, razón por la cual positivismo y constructivismo han estrechado lazos en las recientes evoluciones de la dogmática penal: para ambos la realidad social (el sujeto, la culpabilidad, la acción) es una ficción normativa, una construcción que no se remite a realidades o a estructuras pre-jurídicas³⁹⁸. En definitiva, el constructivismo, en

³⁹⁰ GÓMEZ-JARA, *Retribución comunicativa*, p. 8.

³⁹¹ Otros ejemplos de tautologías en el constructivismo: SACHER, *Systemtheorie und Strafrecht*, p. 593.

³⁹² LUHMANN, *Wissenschaft der Gesellschaft*, p. 31.

³⁹³ LUHMANN, *Sistemas sociales*, p. 109.

³⁹⁴ LUHMANN, *Sistemas sociales*, p. 243.

³⁹⁵ Tras citar dicha afirmación de LUHMANN, GARZÓN VALDÉS (Concepto de la legitimidad, p. 510) afirma que “a pesar de que Luhmann insiste en la «fecundidad de las tautologías», cuesta acercarse a una definición de sistema que permita su identificación sobre la base de estas propuestas”.

³⁹⁶ Con anterioridad al propio LUHMANN, ya LEVI-STRAUSS había recibido estas críticas a su estructuralismo lingüístico, que luego se han hecho extensibles en esencia al estructuralismo sistémico de, vid. RICOEUR, *Conflicto de las interpretaciones*, p. 52: “En su estado actual, la inteligencia estructural no es menos parcial; además, es abstracta, en el sentido de que no procede de una recapitulación de significado, sino que sólo accede a su ‘nivel lógico’ por ‘empobrecimiento semántico’”. Sobre su excesivo carácter generalizador, hasta el punto de que la teoría de sistemas se erige como explicación de la sociedad como “sistema mundial”, perdiendo con ello la capacidad de explicar un orden normativo concreto: FEIJOO SÁNCHEZ, *Normativización del derecho penal*, p. 471. También WEBER, (*Economía y sociedad*, p. 15) había vertido la misma crítica contra todo planteamiento excesivamente funcional. Una defensa del planteamiento funcionalista frente a las críticas por su formalismo, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 16 (nota 10);

³⁹⁷ SACHER, *Systemtheorie und Strafrecht*, pp. 600 y s. Idéntica crítica, en relación a su justificación de la culpabilidad colectiva: KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, p. 292.

³⁹⁸ En ese sentido, critica la substitución de la “realidad” por la “comunicación de la realidad”: SCHÜNEMANN, *Strafrechtsschuld*, pp. 540 y ss. Una crítica al empleo excesivo de ficciones comunicativas en la teoría de sistemas: HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 114; en el plano penal, MAIHOLD, *Strafe*, p.

tanto no permite al derecho salir de su propia autoobservación, obliga a operar en un “meta-nivel discursivo” en el que los conceptos jurídicos ven debilitada su capacidad de explicar el aspecto práctico-material de los conflictos jurídicos concretos³⁹⁹.

Para el derecho penal, la consecuencia de lo anterior es, en primer lugar, un distanciamiento respecto de la vida social que pretende regular: cuando el sistema jurídico reduce la realidad social a representación autoproducida, corre el riesgo de convertirse en una constelación de ideas vacías, incapaz de explicar los fenómenos con los que trata. En segundo lugar, se produce un distanciamiento también respecto de los individuos a los que dirige sus comunicaciones: la razón es que la interacción social no se agota en un «sistema de símbolos comunicativos», precisamente porque, al menos para los participantes en la interacción y en palabras de SIMMEL, ella supone también una “vivencia individual”⁴⁰⁰. En otras palabras: ni el delito ni la pena son reductibles a comunicación y nada más que comunicación, pues tienen un contenido aflitivo que afecta tanto a la víctima como al penado respectivamente, y que el paradigma comunicativo no podría explicar. Por último, supone también un distanciamiento respecto del carácter normativo del derecho, esto es: el hecho de que las normas tienen una vocación práctica, en el sentido de que están destinadas a resolver, del modo más justo posible, unos conflictos interpersonales que tienen exigencias en el plano del

8. Entendiendo las “ficciones socialmente necesarias” como relacionadas con planteamientos pragmáticos: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmen*, p. 130.

³⁹⁹ Críticamente, acerca del constructivismo como “meta-nivel”: SCHÜNEMANN, *Wirtschaftsunternehmen*, p. 437; SACHER, *Systemtheorie und Strafrecht*, p. 579: “El rendimiento abstractivo se ha ido incrementando y alejando cada vez más de la experiencia concreta del quién, el cómo, el cuándo y el dónde”; FEIJOO SÁNCHEZ, *Normativización del derecho penal*, pp. 458 y ss.; también ORTIZ DE URBINA (*Personas jurídicas*, p. 493) ha criticado al constructivismo por su “alto grado de abstracción”, “su debilidad empírica”, como también por constituir “un punto de apoyo endeble para construir cualquier tipo de política criminal”. En el ámbito de la teoría política, VON BEYME, *Teoría política del siglo XX*, pp. 223: “El constructivismo radical decide sobre la aplicabilidad de las analogías autopoiéticas tomadas de la biología de forma puramente pragmática, de acuerdo con su utilidad. La piedra de toque se convierte por tanto en su operatividad de los conceptos, que en este caso no es inmejorable”.

⁴⁰⁰ SIMMEL (*Sociología I*, pp. 49 y s) afirma que “sabemos que somos productos de la sociedad (...) hasta el punto de que ha podido plantarse la cuestión de si el individuo es algo más que una vasija en que se mezclan, en cantidades variables, elementos anteriormente existentes”. Ahora bien, lo que la teoría de sistemas no explica, sin embargo, es que “esta difusión social no disuelve enteramente nuestra personalidad”, y que “el contenido social de la vida ... debe considerarse al propio tiempo también, bajo la categoría de la vida individual, como vivencia del individuo”. HABERMAS (*Facticidad y validez*, p. 112), por su parte, ha criticado que la teoría de sistemas oculta, “bajo una descripción objetivista, el fenómeno de la validez del derecho, al cual sólo se puede acceder internamente”; como también el hecho de que el individuo “pierde su lugar” en el proceso de integración social, donde “las comunicaciones jurídicamente estructuradas (..) hacen caso omiso de la autocomprensión de los actores”. Sobre dicha crítica, añadiendo otras reflexiones en una línea similar: FEIJOO SÁNCHEZ, *Normativización del derecho penal*, pp. 488 y ss.

«deber-ser»⁴⁰¹. Ahora bien, mucho antes que una crítica externa, éstas son cuestiones abiertamente asumidas por LUHMANN, para quien “la desventaja de la teoría de sistemas (...) estriba en la suma complejidad y la abstracción de sus conceptos”, lo que tiene como consecuencia la renuncia “a la idea de una teoría que pudiera orientar la práctica (...) y de representar el mundo exterior al sistema”⁴⁰².

En el fondo de todas estas compatibilidades hay una oposición de inicio entre el propósito de la teoría de sistemas, que es la explicación del comportamiento y la comunicación social, y las exigencias del derecho penal, que van más allá de lo explicativo⁴⁰³. Si bien es cierto la dogmática jurídica ha de ser necesariamente formal, pues al incluir un exceso referencias a valores o bienes concretos perdería aplicabilidad en relación a los conflictos jurídicos, esa necesaria formalidad nada tiene que ver con el excesivo formalismo sistémico, sus tautologías o su circularidad⁴⁰⁴. La solución, también en lo que respecta al problema de la culpabilidad colectiva, pasa por relativizar el presupuesto de partida: el derecho no es un sistema autorreferencial ni autopoietico en el sentido de “herméticamente cerrado”, ya que está permanentemente influido por exigencias que provienen tanto del propio objeto con el que trata –seres humanos en

⁴⁰¹ Ello adquiere especial relevancia en relación al sistema jurídico-penal, por tener éste una necesidad explicativa específica, esto es: la justificación de la pena que se impone al propio autor del delito. En ese sentido, ROBLES PLANAS, *Dogmática jurídico-penal*, p. 139: “La necesidad de ocuparse de la legitimidad surge en la dogmática jurídico-penal de la autoconciencia con la esencia del Derecho penal: la coacción bajo pena. (...) Todo sistema que no integre la pregunta por la legitimidad de ese deber dejará sin explicar una parte fundamental”. En el mismo sentido, PAWLIK, *Unrecht des Bürgers*, pp. 81 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 46.

⁴⁰² La razón es que “una sociedad compleja puede ser únicamente descrita (...) por medio de una teoría compleja”, y el precio de esa complejidad es precisamente la aceptación de la circularidad en la argumentación, la indeterminación y, de modo significativo, las paradojas, interpretadas por LUHMANN como “el santuario de sistema” (*Recht der Gesellschaft*, p. 24). También TEUBNER (Derecho como sujeto epistémico, p. 556) reconoce dicha característica del derecho: “El discurso jurídico inventa una ‘hiperrealidad’ jurídica que ha perdido el contacto con las realidades de la vida cotidiana, y que, al mismo tiempo, impone nuevas realidades a esta vida cotidiana”; otro autor muy cercano intelectualmente a la teoría de sistemas como LAMPE (*Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 691) da cuenta de sus carencias explicativas y su “excesiva distancia” respecto a los sistemas específicos.

⁴⁰³ No obstante, ALCÁ CER GUIRAO (Facticidad y normatividad, pp. 187 y s.) afirma que la teoría sistémica deja de ser puramente descriptiva desde el momento en que supone un proceso hermenéutico que trata con realidades sociales.

⁴⁰⁴ Ya apuntaba a esa idea LUHMANN, *Dogmática jurídica*, p. 23: “Una reducción de la rigurosidad dogmática es una de las reacciones posibles al exceso de exigencias, y, desde el ángulo sociológico, es quizá la más probable. Pudiera ser que junto a ello existan posibilidades inagotadas en la abstracción conceptual dogmática, que aseguren la compatibilidad del derecho con una pluralidad de situaciones sociales diferentes y con un material normativo en rápido cambio”. Críticamente, ALCÁ CER GUIRAO (Facticidad y normatividad, p. 217) respecto a la teoría de sistemas en su conjunto: “Por ello, por sí mismo no puede servir como criterio de interpretación del Derecho positivo, ni como criterio de construcción del sistema del delito, puesto que en nada concreta los márgenes de significado de las disposiciones penales, sino que las convierte en argumentaciones circulares”. En el mismo sentido: BAUCCELLS, *Penas previstas para la persona jurídica*, pp. 176 y s.

conflicto— como de otros ámbitos sociales y discursivos —“objetivos políticos, las fundamentaciones morales o la ponderación de principios”⁴⁰⁵—.

b.1.1. El problema de la adscripción en el constructivismo: el derecho frente a la comunicación social

El carácter autopoietico del derecho está relacionado también con la tesis de que la realidad social con la que trata es una “pura construcción normativa”; es decir, que el derecho opera con conceptos que construye *ex nihilo*⁴⁰⁶. La cuestión a analizar es, en primer lugar, si dicho argumento constituye una modalidad del lenguaje de la adscripción, típico del derecho penal, o si supone un tipo específico; en segundo lugar, debe analizarse qué relación tiene dicha premisa con el problema de la culpabilidad de la empresa.

Es cierto que el derecho opera mediante adscripciones, en el sentido de que reconoce la relevancia jurídica de determinados sujetos (personalidad jurídica), o su capacidad de culpabilidad (imputabilidad), según criterios normativos y axiológicos y no como una

⁴⁰⁵ HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 570. Y prosigue: “esto, en conceptos de Luhmann, significa que en el código con que opera el derecho penetran contenidos provenientes de los códigos con que opera la moral y con que opera el poder; por tanto, el sistema jurídico no es un sistema «cerrado»”; en el mismo sentido, VON BEYME, *Teoría política del siglo XX*, p. 224: “Un sistema puede ser autorreferencial sin que sea autoorganizado, autocontrolado ni, desde luego, autopoietico. En el derecho, por ejemplo, puede constatar una relación de referencialidad mutua entre las normas que se denomina autorreferencial. Sin embargo, no se da ninguna autorreproducción, puesto que las normas no generan normas”.

⁴⁰⁶ Como explicación de esa indiferencia acerca de la realidad social lo que encontramos es una cuestión central en la teoría de LUHMANN, que ha pasado inadvertida entre los penalistas, y que está en el origen de su difícil compatibilización con el derecho penal. Se trata de una suerte de escepticismo sobre el «carácter temporal» —el hilo que une pasado-presente-futuro— de la realidad social en la que operan los sistemas sociales. LUHMANN (*Recht der Gesellschaft*, p. 110) afirma que “la única base de validez se encuentra en el tiempo; (...) en la simultaneidad de todas las operaciones fácticas del sistema sociedad y de su entorno: todo lo que acontece, acontece simultáneamente en el ahora —y no en el pasado ni en el futuro”. La orientación al presente conlleva que los horizontes de tiempo sean “horizontes vacíos que sirven sólo para orientar el presente y para que se cambie junto a él”. Y prosigue: “simultaneidad significa: no poder influir causalmente ni saber lo que acontece en ese lapso de tiempo de lo simultáneo; por eso se depende de las suposiciones, de las ficciones, de las imputaciones. Sobre esa incapacidad se sostiene el símbolo de la validez”. Es decir, las ficciones son en realidad una necesidad operativa de un sistema que, por su orientación al presente, debe re-actualizar y construir *ex-nihilo* las realidades sobre las que opera en función de las necesidades sociales del presente. Ello choca, sin embargo, con que el derecho penal (retributivo) opera no sólo orientado al presente, sino también sobre la base de un sujeto y un hecho delictivo pasados, vid. sobre ello: PAWLIK, *Libertad institucionalizada*, pp. 80. Sobre la importancia del concepto de “tiempo” en la teoría del derecho de LUHMANN, y su relación con el concepto de “expectativa”: SCHULZ, *Lebensverhältnisse*, pp. 409 y ss., quien afirma que los “sistemas operativos producen el tiempo con el que y en el que operan. El tiempo sólo se puede entender en las relaciones sistémicas, como resultado de operaciones sistémicas, y no como un elemento del mundo”. Sobre el concepto de tiempo en la teoría de sistemas, así como su relación con el problema de la ficción: BRANDT, *Systemzeit*, p. 176.

descripción y aplicación automática de estructuras de la naturaleza⁴⁰⁷. Los conceptos jurídicos no están ya escritos en la realidad externa, sino que hay que re-formularlos permanentemente, adaptarlos al paso del tiempo y al cambio de las circunstancias sociales. Ahora bien, dicho reconocimiento no implica una construcción *ex nihilo*, como se desprende del constructivismo radical. La cuestión problemática, entonces, no es que se adscriba una culpabilidad, sino a partir de qué criterios (si es que los hay) se decide a qué sujetos se adscribe.

El problema aparece cuando, en relación a los criterios de los que dispone el sistema jurídico para tomar decisiones normativas, la teoría de sistemas remite exclusivamente a la propia comunicación social⁴⁰⁸. En relación a la aceptación de la culpabilidad empresarial, por ejemplo, el argumento en su favor no es ni ontológico (lo que la empresa es “en sí”), ni normativo (si es justa o valorativamente conveniente)⁴⁰⁹. El argumento se centra, por el contrario, en la comunicación social: en la medida en que la sociedad consideraría a la empresa un sujeto autónomo y socio-económicamente relevante, el derecho penal ha de considerarla del mismo modo. El problema es que este planteamiento convierte al derecho en un “mero reflejo” de la comunicación social, cuando la realidad es que funciona precisamente en tensión con ella –y no necesariamente en congruencia–. Es decir, ¿debe castigarse al padre del terrorista, si en

⁴⁰⁷ También, NEUMANN, Culpabilidad, p. 141: “El juicio de culpabilidad no es descriptivo sino adscriptivo; la culpabilidad no se constata sino que se atribuye. Al mismo tiempo, ello significa que la culpabilidad del autor se constituye primeramente a través de los factores, por separado, que han sido declarados relevantes para la culpabilidad”;

⁴⁰⁸ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 50; *DP.PG.*, p. 285, § 17/23, para quien la adscripción se produce según criterios comunicativos –no obstante, en el planteamiento de JAKOBS sí que existe cierta remisión a una individualidad “ontológica”, en tanto que trata de salvaguardar lo “propio” del sistema psico-físico (la conciencia) frente a la tendencia a concebir la persona como “pura construcción comunicativa”, lo cual se percibe ya en JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 59 (nota 70)–; FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal y neurociencias*, p. 119: “la culpabilidad es una adscripción que se hace exclusivamente desde la perspectiva del orden social”; “La autonomía de la persona que sirve como base a un Derecho penal basado en la culpabilidad por el hecho no es una capacidad pre-social o pre-jurídica de todo sujeto racional, sino un principio organizativo de un sistema de libertades configurado como Estado de derecho” (p. 145); GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 294. “Únicamente a través de la norma se constituye la persona jurídico-penal. (...). Si la persona es un constructo comunicativo del sistema social, la condición de persona es determinada y atribuida –definida– por dicho sistema”.

⁴⁰⁹ No importa si se trata de “estructuras lógico-objetivas” (WELZEL), o del “mundo de la vida” (HABERMAS), o de “estructuras normativas” (KOORSGAARD), pues el derecho constructivista está orientado a la función y no a la estructuras de la realidad social ni a la normatividad. La misma crítica está reproducida en HABERMAS (*Discurso filosófico de la modernidad*, p. 419). En sentido parecido: ALCÁZER GUIRAO, *Facticidad y normatividad*, p. 211; VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 114. En el mejor de los casos, las consideraciones que quedan fuera del propio sistema jurídico (ya sean estructuras ontológicas, lógicas o normativas) sólo sirven de “background information”, o de herramientas justificativas *ex post*, pues en la construcción jurídica de la realidad lo esencial es la autonomía (autoreferencialidad) del sistema jurídico, Cfr. al respecto: TEUBNER, *Substantive & Reflexive Elements*, p. 279.

la comunicación social se tiene a ambos por responsables? ¿debería producirse una restricción de derechos laborales sobre los inmigrantes si en la comunicación social se percibe como necesario? Aparte de lo intangible que es la propia comunicación social, que en una sociedad plural y compleja no es un fenómeno unitario, parece evidente que aquí existe una confusión entre el plano del «ser» –lo que “se dice” en la comunicación social– con el plano del «deber ser» –qué decisión jurídica es correcta desde un punto de vista normativo–.

En relación a la culpabilidad colectiva, este modo de entender la adscripción, como proceso que realiza el sistema jurídico según distinciones internas y de modo independiente de la realidad, resulta una premisa teórica clave. A la argumentación funcionalista, que ha incidido en la necesidad funcional de resolver el problema de la “irresponsabilidad organizada” en las empresas, todavía le falta argumentar, entre otras cosas, dónde reside la capacidad de éstas de dominar fácticamente el resultado que se les imputa, o dónde la de comprender el contenido comunicativo de la norma penal. Si bien estas preguntas serán tratadas en profundidad en la parte II, en lo que sigue se demostrará de qué modo la remisión a la comunicación social es insuficiente para fundamentar, desde un punto de vista normativo, una culpabilidad penal colectiva.

b.2. Crítica al concepto de sujeto en la teoría de sistemas

Una de las principales razones, si no la principal, por la que el constructivismo se ha tomado como fundamento para la culpabilidad colectiva es su apertura en lo que a la construcción del concepto de sujeto se refiere. Así, autores como BOTTKE, GÓMEZ-JARA o BACIGALUPO se han servido del concepto de autopoiesis, utilizándolo como base no sólo descriptiva sino además constitutiva del concepto de sujeto penal. Para estos autores, tanto individuo como organización compleja son sistemas autopoieticos, razón por la cual ambos tienen plena competencia jurídico-penal y se relacionan de modo equivalente frente a las normas penales. En la medida en que ello supone un cambio radical en el modo de concebir el derecho penal, no sólo porque supone la introducción en el mismo de sujetos colectivos, sino también en lo que respecta a la concepción del sujeto individual, dicho cambio revela una serie de aspectos problemáticos que se analizarán a continuación.

b.2.1. La autopoiesis como dato normativamente irrelevante

La teoría de sistemas se ha presentado a menudo como una teoría que huye del dogmatismo de los humanismos⁴¹⁰ y, más en concreto, que está liberada de la problemática de la libertad humana. Una crítica recurrente a la fundamentación de la culpabilidad en la libertad individual es que ésta tiene un carácter indemostrable y que, en resumidas cuentas, es una petición de principio⁴¹¹. Lo sorprendente es, llegados a este punto, que la teoría de sistemas, que ofrece ventajas en otros ámbitos, no proporciona mayor certeza en su fundamento, es decir, en la «autorreferencialidad» o «autopoiesis» del sujeto. En primer lugar, y según ha afirmado el propio LUHMANN, porque el concepto de autopoiesis no aclara nada en el plano empírico⁴¹²; además de que, como afirma también GÓMEZ-JARA, “se define de una manera extremadamente formal, por lo que deja abierta la cuestión de la operación material”⁴¹³.

La razón de ese poco valor explicativo o empírico se halla en que, como ha destacado TEUBNER: “los discursos sociales aprenden de manera ‘ciega’ aquellos modos operacionales que resultan válidos para adaptarse a un entorno al cual no tienen acceso directo”⁴¹⁴. La idea es retomada por el propio GÓMEZ-JARA, quien afirma que, a pesar de que la atribución de la condición de persona no se produce “de manera aleatoria y arbitraria” sino “de forma muy selectiva”, “los sistemas sociales *no tienen acceso* a la autorreferencialidad interna de los artefactos comunicativos”. Por ejemplo, cuando el derecho penal atenúa la pena por arrepentimiento, lo hace porque tiene “buenas razones” para ello –la manifestación pública y externa del mismo–, pero en ningún caso porque haya accedido a “lo interno” del sujeto para comprobar si dicho arrepentimiento es real. Según se vio, “para las empresas esto supone que pueden llegar a convertirse en personas en Derecho penal cuando el sistema jurídico-penal tiene buenas razones para creer en su autorreferencialidad ‘sin poder verla’”⁴¹⁵. De ello se desprende que el presupuesto fundamental de la equivalencia funcional entre individuo y empresa –su mutuo carácter

⁴¹⁰ Cfr. LUHMANN, *Complejidad y modernidad*, pp. 217 y ss.

⁴¹¹ GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 132, nota 262.

⁴¹² LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, p. 45, nota 15.

⁴¹³ GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, pp. 269, nota 683.

⁴¹⁴ TEUBNER, *Derecho como sujeto epistémico*, p. 547; TEUBNER/HUTTER, *Homo Oeconomicus*, p. 574.

⁴¹⁵ GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 156, nota 360 (con mayor profundidad, pp. 155 y ss.). Con anterioridad, de modo similar: BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, p. 206.

autopoiético— es en realidad una ficción, cuya coincidencia con la realidad resulta indiferente⁴¹⁶.

A ello se le añade que la autopoiesis, como concepto tomado de la biología y aplicado a determinados sistemas, no es más que una “constatación descriptiva”, que opera en el terreno de la biología o la sociología, pero que nada dice aún de la capacidad del sujeto autopoiético de posicionarse frente a la norma o ser capaz de culpabilidad⁴¹⁷. Parece entonces que la autopoiesis, sustento teórico de la fundamentación de la culpabilidad empresarial, constituye un presupuesto tan indemostrable en el plano teórico puro como lo es para estos autores la libertad⁴¹⁸. Si, como afirma el propio LUHMANN, “la autopoiesis no sirve para aclarar qué programas normativos son los que se construirán en el sistema”⁴¹⁹, sería necesario replantearse si es conveniente re-describir la teoría del delito según este nuevo paradigma, cuando el nivel de certeza que aporta a la dogmática

⁴¹⁶ TEUBNER/HUTTER, *Homo Oeconomicus*, pp. 574: “Gracias a sus operaciones los sistemas sociales producen actores ficticios en su realidad social autónoma. Esta realidad social no es idéntica con la realidad psíquica de las motivaciones y las acciones de las personas, como tampoco está conectada con ellas con simples relaciones causales”. De momento, esta misma crítica ha sido vertida ya por GIMÉNEZ ALCOVER, *Niklas Luhmann*, p. 78: “Junto a la definición de vida, la teoría de la autopoiesis encierra una teoría epistemológica. (...) La cuestión central es la de determinar cómo puede un observador externo observar la circularidad de la organización autopoiético si está cerrada. La respuesta a esta cuestión es la parte más débil de esta teoría que se ve abocada a elaborar una epistemología, a la que solo califica como «imaginabilis»”.

⁴¹⁷ FRISCH, *Punibilidad*, p. 836: “La persona jurídica no adquiere tampoco la calidad específica que le falta como destinatario idóneo de desaprobación por inobservancia propia del Derecho porque se le reconozca a ella o a la empresa la calidad de sistema autorreferencial autopoiético. Tal autorreferencialidad, al margen de paralelos más superficiales, en cuanto mero hecho sociológico, es en último término algo totalmente diferente de la capacidad de la persona, necesaria para dirigirle un reproche, de comprender contenidos con sentido y decidirse ella misma por lo correcto”. Igualmente, en un sentido genérico respecto a justificaciones sociológicas: NEUMANN, *Verbänden*, p. 16; SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmen*, p. 140.

⁴¹⁸ KANT, *Metaphysik der Sitten*, Einleitung, XVIII: “El concepto de libertad es un concepto puro de la razón que, precisamente por ello, es transcendente para la filosofía teórica, es decir, es un concepto tal que no puede ofrecerse para él ningún ejemplo adecuado en cualquier experiencia posible”. Que no sea demostrable en el plano de la experiencia no obsta para que, en el plano de la moralidad y de la razón práctica (precisamente el que corresponde al derecho), sea demostrable según “principios prácticos”. Es decir, las leyes prácticas o morales presuponen un sujeto capaz de determinarse a favor de la razón, lo que significa, para KANT, ser un sujeto libre. Al respecto de la libertad en KANT: AICHELE, *Persona physica und persona moralis*, pp. 18 y ss.

⁴¹⁹ LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, p. 44: “Lo que es desconcertante en el concepto de autopoiesis —y esto dará pie a una discusión crítica— es que el efecto revolucionario del concepto se encuentra en una relación inversamente proporcional a su valor de aclaración. (...) La autopoiesis, por consiguiente, no dice nada sobre el tipo de estructuras que deban llevarse a cabo en los efectos mutuos de los acoplamientos estructurales entre sistema y entorno”. Críticamente, HABERMAS, *Discurso filosófico de la modernidad*, p. 452. Se ha de remitir aquí a la crítica metodológica anterior, en tanto la debilidad del dato de la autopoiesis de cara al derecho es una consecuencia de la clausura autopoiética de los sistemas respecto a su entorno. En tanto los sistemas están cerrados los unos para los otros, su información recíproca se reduce a la cuantificación de la complejidad, sin que los códigos sistema/entorno puedan traducirse, por ejemplo, en distinciones cualitativas como justo/injusto, valorado/desvalorado, bueno/malo, libre/no libre, que son las que más interesarían al discurso jurídico.

jurídica es aún menor que el que tenía la dogmática tradicional respecto a la libertad humana.

Incluso desde una perspectiva de orientar decisiones prácticas, el término de autopoiesis aporta muy poco. Por ejemplo, en relación a la determinación de qué sujetos excluimos del derecho penal, como por ejemplo sucede con los enfermos mentales o los niños, difícilmente podemos encontrar en la “autopoiesis” un baremo con el que calibrar dicha selección: el niño y el loco son sujetos autopoieticos tanto como el adulto o la persona en plenas facultades mentales. Más aún: tanto como lo puede ser un ordenador complejo, un robot o el propio sistema jurídico, sin que por ello vayamos a considerarlos a todos ellos sujetos del derecho penal. En definitiva, el concepto de autopoiesis no sólo es un dato descriptivo que opera en el ámbito biológico o sociológico, sino que además es un dato descriptivo cuya aportación al derecho penal es significativamente débil. Sobre la pregunta elemental –¿puede el sujeto relacionarse e infringir una norma penal de modo relevante?– el concepto de autopoiesis tiene un rendimiento analítico muy bajo.

b.2.2. Constructivismo y ocultación del agente: la comunicación sin sujetos

Por otra parte, el constructivismo, al concebir la identidad “real” del sujeto individual como un dato irrelevante en la construcción del propio concepto de sujeto, constituye una ocultación de la problemática del agente en los procesos de acción/imputación, similar a la que se analizó en relación a DAVIDSON. Ello se manifiesta en dos sentidos: en primer lugar, en tanto se convierte al agente humano en un “punto más” en el proceso de la comunicación social⁴²⁰, esto es, en «portador sin iniciativa»; en segundo lugar, porque se oculta el papel de la conciencia en el análisis jurídico de la acción, término que queda devaluado a favor de la propia comunicación⁴²¹.

⁴²⁰ TEUBNER, *Enterprise Corporatism*, p. 7: “las dinámicas propias del substrato de la persona legal puede ser entendida de mejor modo observando el substrato como un proceso comunicativo autónomo, con personas reales siendo simplemente tratadas como parte del entorno de dicho proceso”.

⁴²¹ Claramente: LUHMANN, *Sistemas sociales*, p. 147; MÜSSIG, *Zurechnungsformen*, p. 423: “la subjetividad no se puede tomar ya ni como la base de estructuras de sentido epistemológicas, ni como una garantía de identidad desde una perspectiva de teoría del conocimiento”. En mi opinión, la subjetividad no es el punto de partida de las operaciones conceptuales del derecho penal (no se pena al sujeto en función de lo que piense el juez, la víctima o el propio autor del proceso), pero también se descarta lo contrario, es decir, que el derecho penal pueda prescindir por completo de aquello que piensa, vive, o siente el sujeto al que se dirige. Sobre ello: IZUZQUIZA, *Sociedad sin hombres*, p. 230; en relación a la responsabilidad empresarial: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmen*, pp. 135 y s.; la misma,

En este planteamiento la conciencia queda, como fenómeno externo al sistema e interno al individuo, diluida en el concepto de comunicación, abriéndose ésta a otros sistemas que no se distinguen por actuar sino por acoger “eventos comunicativos”, como sucede con el sujeto colectivo. Esta indiferencia ante la constitución del sujeto que comunica, obviamente diferente en el caso del individuo y el colectivo, permite equiparar ambas comunicaciones en lo que al sistema penal respecta: ambos sujetos son capaces de comunicar falta de fidelidad al derecho y, por tanto, de delinquir. Pero esa indiferencia denota también que la propia comunicación, que construye a los sujetos según sus propios parámetros, se autonomiza respecto de los agentes individuales (que son entorno), volviéndose tendencialmente una «comunicación sin sujetos»⁴²²; o, en palabras de VON BEYME, “una escolástica de procesos sin individuos”⁴²³.

Esta devaluación de la acción individual se debe a que, para el constructivismo, la realidad social no es el resultado de la acción humana, ni siquiera cuando tiene lugar de forma colectiva, sino que es el resultado de la comunicación social⁴²⁴. Sin embargo, la principal crítica a este planteamiento es que en dicha comunicación el individuo no aparece ni como partícipe ni como «iniciador» del proceso comunicativo, sino tan sólo como “producto”, o a lo sumo como “portador”⁴²⁵. Esta concepción es criticable, en primer lugar, desde una perspectiva filosófica, en tanto toda acción humana implica, en palabras de ARENDT, “tomar una iniciativa, comenzar (...), poner algo en movimiento” por parte de un «alguien»⁴²⁶; de otro modo no sería posible distinguir la propia acción del movimiento de las cosas, de la mera producción fáctica de un acontecimiento. Pero dicho planteamiento es aún más criticable si se pone en contacto con el discurso normativo, pues sólo sobre la base de esta definición de acción como «originación» personal se puede legitimar la responsabilidad jurídica. Es decir, uno es responsable de aquella acción o comunicación que él mismo ha originado, y no de la que hayan

Unternehmenskriminalität, pp. 142 y s. Sobre la relevancia del sujeto y su libertad en los procesos de imputación, también con un estudio histórico: SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, pp. 23 y ss.

⁴²² Ello no tiene como consecuencia necesariamente la desaparición de todo sujeto, sino más bien algo todavía más extraño para el derecho penal: eliminado el sujeto “ontológico”, todo sistema autopoiético que sea indicado en la comunicación –sea un individuo, un colectivo, pero también un Estado o incluso determinadas máquinas– puede ser sujeto penal. vid. al respecto: VON FREIER, *Aufklärung*, p. 104.

⁴²³ VON BEYME, *Teoría política del siglo XX*, p. 254.

⁴²⁴ BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, pp. 360 y ss.

⁴²⁵ La importancia del proceso por encima del contenido es, en realidad, una característica de la teoría en general de LUHMANN, no solo en lo referido a la acción humana. En ese sentido, IZUZQUIZA, *Sociedad sin hombres*, p. 207. Acerca de este proceso en el contexto de la discusión de la culpabilidad colectiva: HAAS, *Organisierte Unverantwortlichkeit*, p. 140.

⁴²⁶ ARENDT, *Condición humana*, pp. 201 y s.

originado otros, o de lo que se haya originado de un modo impersonal. Esta capacidad del individuo de participar en la comunicación social es, desde el planteamiento constructivista, imposible de tematizar, en tanto “se deshace de la ingenua suposición realista de que los actores humanos, a través de sus acciones intencionales, configuran los elementos básicos de la sociedad”⁴²⁷.

Con este planteamiento, como ha afirmado KARGL, estaríamos “ante el peligro de que el mantenimiento del sistema comunicativo se valore más que la realización de los seres humanos que constituyen el sistema”⁴²⁸. El problema principal es que lo que puede funcionar como presupuesto de explicación sociológica en determinados ámbitos es difícilmente trasladable al derecho penal en su conjunto. Es decir, es difícil considerar a los individuos como meros “artefactos semánticos”⁴²⁹ sin capacidad de «iniciativa comunicativa» y, al tiempo, querer responsabilizarles de dicha comunicación. Y es que en el proceso de imputación en que se basa el derecho penal, al contrario que en la explicación sociológica constructivista, la persona no puede aparecer como una entidad «difuminada» en procesos de comunicación, sino que ha de poder constituirse de forma diferenciada⁴³⁰. Dicho de otro modo: si la persona no puede diferenciarse de los procesos naturales y de los procesos sociales, es decir, de las cosas, no puede constituir un centro de imputación⁴³¹. El concepto de acción consciente es precisamente el que permitía dicha diferenciación, precisamente porque en la acción es posible reconocer a un «actor» y, en esa medida, a un «responsable»⁴³². El concepto constructivista de comunicación no

⁴²⁷ TEUBNER, Derecho como sujeto epistémico, p. 537.

⁴²⁸ KARGL, Sociedad sin sujetos, p. 50.

⁴²⁹ TEUBNER, Derecho como sujeto epistémico, pp. 537 y s.; en el mismo sentido, KRAWIETZ, Sistemas jurídicos, p. 136: “es la comunicación la que comunica –y no sus originadores, personas o siquiera algún sujeto o individuo”.

⁴³⁰ Así, VON FREIER (Aufklärung, p. 106), afirma que la persona a la que se atribuye una culpabilidad no puede ser un “mero producto de una imputación unilateral y contingente”, como cree el objetivismo constructivista, sino que se requieren sujetos capaces de reconocimiento mutuo. En el mismo sentido: JAKOBS, Strafbarkeit, p. 561.

⁴³¹ KANT, *Metaphysik der Sitten*, Einleitung, XXII: “Persona es el sujeto, cuyas acciones son imputables. La personalidad moral, por tanto, no es sino la libertad de un ser racional sometido a leyes morales. (...) Una cosa es algo que no es susceptible de imputación. Todo objeto del libre arbitrio, carente él mismo de libertad, se llama, por tanto cosa”. La diferencia entre persona y cosa no la produce el proceso de imputación del sistema jurídico, sino la capacidad de libre arbitrio. Por ese motivo la tradición kantiana constituyó un importante escoyo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas: BACIGALUPO, ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, p. 81. En otro sentido, AICHELE, *Persona physica und persona moralis*, pp. 3-23.

⁴³² Ampliamente, ARENDT, *Condición humana*, pp. 201 y s.: “Mediante la acción y el discurso, las hombres muestran quiénes son, revelan activamente su única y personal identidad y hace aparición en el mundo humano. (...) el descubrimiento del «quién» en contradistinción al «qué» es alguien (...) que está implícito en todo lo que ese alguien dice y hace”; también, KARGL, Sociedad sin sujetos, p. 50, quien

permite dicha diferenciación, pues “sólo la comunicación comunica”, y detrás de todo ello no es posible hallar autor alguno más que mediante ficciones.

El constructivismo opera, por tanto, a la inversa de lo que corresponde a la lógica jurídico-penal: no es la capacidad deliberativa o de acción de la persona lo que permite la comunicación o la imputación, sino que es la imputación/comunicación lo que genera personas. En su fundamentación de la culpabilidad empresarial, S. BACIGALUPO lo expresa con claridad: “En la determinación del concepto de acción no sólo se trata de imputar una acción a un sujeto, sino que el concepto de acción define a su vez al sujeto”⁴³³. Se produce, por tanto, una ocultación del agente, que se coloca detrás, como reflejo, de lo relevante, que es el proceso de comunicación/adscripción del propio sistema⁴³⁴. Todo ello es, sin embargo, contra-intuitivo respecto al derecho penal: si todas las operaciones del sistema penal terminan en un sujeto –la pena se impone a un sujeto, la culpabilidad se atribuye a un sujeto, la norma se dirige a un sujeto–, su ocultación en el proceso comunicativo no facilita ni la explicación ni la justificación del fenómeno penal.

b.2.3. El error categorial: la falacia naturalista de la autopoiesis

El «error categorial», al que ya había aludido WELZEL en relación al causalismo naturalista⁴³⁵, es una crítica que se ha vertido a menudo contra el modo en que la teoría de sistemas concibe al sujeto. Dicha crítica se refiere concretamente a la “naturalización” que sufre el individuo al ser definido mediante el concepto de «autopoiesis»: se transponen las leyes y los conceptos de las ciencias naturales, especialmente la biología, a las ciencias sociales y al análisis del ser humano, subsumiendo en la misma categoría lo que tiene propiedades radicalmente diversas⁴³⁶. Lo que parecen asumir quienes

sostiene que el concepto de acción permite no sustraer a los individuos de la dinámica social, tal y como sucede en la teoría de sistemas.

⁴³³ BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, p. 31; en el mismo sentido: REYES ALVARADO, *Verbandshaftung*, pp. 417.

⁴³⁴ Críticamente: von FREIER, *Aufklärung*, pp. 102 y ss. También, en sentido parecido, HAAS, *Organisierte Unverantwortlichkeit*, p. 140: “El concepto de sistema se caracteriza por el hecho de que el actor humano permanece completamente oculto. Para el derecho penal, que se basa en la responsabilidad individual, ello es inapropiado”.

⁴³⁵ Vid. acerca del error consistente en la reducción de la realidad que interesa al derecho penal a las estructuras naturales de la realidad: WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, pp. 491 y ss. Cfr. al respecto, PÉREZ DEL VALLE, *Estudios*, pp. 119 y s.

⁴³⁶ En el mismo sentido, VON FREIER (*Aufklärung*, p. 106) critica la fundamentación constructivista de la culpabilidad colectiva por basarse en una “reducción naturalista del ciudadano a instrumento del orden social”. ARIAS EIBE (*Funcionalismo penal*, p. 12) describe el proceso como una “transposición de las

definen al individuo como sistema autopoiético es que la diferencia entre ser humano y organización colectiva es simplemente una cuestión de complejidad, esto es, una diferencia cuantitativa y no cualitativa⁴³⁷. Ello es, como ha destacado PÉREZ DEL VALLE, la tendencia propia de las ciencias naturales: “en realidad todas las ciencias naturales reducen el ser en lo esencial a aquellas estructuras que pueden ser expresadas cuantitativamente”⁴³⁸. En ese sentido, aplicar un baremo biológico como la autopoiesis conllevará necesariamente una diferencia relativa, pues se toma al ser humano, como sistema psico-físico, por lo que tiene en común con otros seres vivos, y no por lo que le distingue de ellos. Ello equivaldría, por ejemplo, a analizar la subjetividad en función del nivel de complejidad de los tejidos celulares, o con criterios de análisis neuronal.

Sin embargo, ninguna de las variantes puramente biológicas pueden, por sí mismas y en tanto carecen de contenido normativo, abarcar las estructuras de entendimiento necesarias para responder a las exigencias del derecho penal⁴³⁹. Esta reducción de lo social ha sido muy discutida, desde la propia biología que impulsó el término (MATURANA y VARELA⁴⁴⁰) hasta diversos científicos sociales, todos los cuales han destacado la dificultad de extender el término autopoiesis más allá del mundo

leyes naturales al mundo social”; HABERMAS (*Discurso filosófico de la modernidad*, p. 418, nota 8) habla de reducción del sujeto al nivel de lo empírico: “Las operaciones constituidoras del mundo de un sujeto trascendental, que ya no está sobre el mundo, sino que ha sido rebajado al nivel de los sujetos empíricos”. Una defensa de la teoría de sistemas contra estas críticas: KARGL, *Sociedad sin sujetos*, pp. 43 y ss.

⁴³⁷ En ese sentido, también: LUHMANN, *Ilustración sociológica*, p. 61: “La abstracción del criterio de comparación tiene la finalidad de posibilitar la equiparación de lo diverso. El tránsito del juicio cualitativo a la cuantificación es una expresión de esta tendencia. El fin del conocimiento ya no es la comprobación de la sustancia inmutable, semejante a sí misma en su esencia, sino el control sobre las alternativas”.

⁴³⁸ PÉREZ DEL VALLE, *Estudios*, p. 120, quien continúa en sentido crítico: “La realidad es la realidad de la vida práctica, que es mucho más rica que el ser que ofrecen las ciencias naturales y que posee estructuras que el mundo conceptual de las ciencias naturales no puede proporcionar y que no son menos reales que aquél” En cualquier caso, sí que se puede apreciar una diferenciación en los grados o niveles de sistemas autopoiéticos: el primer nivel, la autopoiesis a nivel molecular; el segundo nivel, los sistemas autopoiéticos pluricelulares; y en tercer lugar, los sistemas sociales. Habría que investigar si la diferencia es cualitativa o cuantitativa. Una breve contra-crítica al «error categorial», LUHMANN, *Complejidad y modernidad*, p. 217, nota 13.

⁴³⁹ Críticos con el biologiscismo en derecho penal: PÉREZ DEL VALLE, *Estudios*, p. 120; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, pp. 434 y ss.; PAWLIK, *Unrecht des Bürgers*, pp. 283 y s.

⁴⁴⁰ La crítica de MATURANA/VARELA (*Máquinas y seres vivos*, p. 19) afirma que “tampoco los sistemas sociales son sistemas autopoiéticos en otro dominio que no es el molecular. (...) Tampoco lo son, o podrían serlo, en un espacio de comunicaciones, como propone (...) Luhmann, porque en tal espacio los componentes de cualquier sistema serían comunicaciones, no seres vivos, y los fenómenos relacionales que implican el vivir de los seres vivos, que de hecho connotamos en la vida cotidiana al hablar de lo social, quedarían excluidos”; KARGL (*Sociedad sin sujetos*, pp. 43 y ss.) afirma, no obstante, que el concepto de autopoiesis que maneja Luhmann no se parece prácticamente en nada al que manejan los biólogos, de modo que la crítica tendría poco sentido.

biológico⁴⁴¹. Entre ellas destaca la de HEJL, quien describe a los individuos, de cara a salvaguardar su particularidad en relación a otras entidades naturales, con el término de “sistemas sin-referenciales”⁴⁴². En cualquier caso, y tomando una expresión de JAKOBS, una concepción tal que confunde los límites entre sociedad y naturaleza, fácilmente “concibe la naturaleza como algo que actúa como persona” y “a las personas como meros lugares por donde pasan procesos naturales”⁴⁴³. Esto es, se eleva el estatus de la organización al nivel de persona, y con ello se reduce el estatus de la persona física al nivel de organización.

En lo que a la culpabilidad colectiva respecta, el concepto de autopoiesis remite, como se vio, al concepto de «organismo» en GIERKE: ambos son conceptos biológicos e integran tanto a individuos como a colectivos con el pretexto de que, en sus esquemas referenciales, tienen características análogas⁴⁴⁴. Más allá del rendimiento que pueda tener el concepto de cara a la explicación de la comunicación social, el problema es, de nuevo, si un dato descriptivo-biológico puede servir de fundamento para la determinación de la personalidad jurídico-penal. Como se ha dicho alguna vez contra la teoría organicista de GIERKE, para la atribución jurídico-penal hace falta algo más que una constatación descriptiva, pues el mero concepto de organismo u autopoiesis, en el que además caben otros entes, no dice nada acerca de la capacidad del sujeto de posicionarse frente a la norma de forma autónoma⁴⁴⁵. En ese sentido y en lo que la derecho penal respecta, el concepto de autopoiesis es más criticable por su irrelevancia que por su biologicismo.

⁴⁴¹ Un resumen de las críticas, TEUBNER, *Law as an autopoietic system*, pp. 25-30. Críticamente, en el derecho penal: MIR PUIG (Límites del normativismo, pp. 11 y ss., especialmente nota 30); VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 136, nota 371; en la teoría política, VON BEYME, *Teoría política del siglo XX*, pp. 216; GÓMEZ-JARA (*Fundamentos*, pp. 269), por su parte, trata de distanciar el concepto social de autopoiesis de la variante biológica, en tanto para ésta la sociedad no está compuesta, como lo está para la teoría de sistemas, de comunicaciones. En cualquier caso, la argumentación no parece suficiente, en tanto se sigue sin responder a la pregunta de qué es lo que la autopoiesis aporta a la discusión de qué sujetos tienen capacidad para la comunicación jurídico-penal, siendo el caso de que numerosos sistemas autopoieticos quedan fuera del mismo (sistemas informáticos, otros sistemas sociales, etc.); también crítico con la crítica al biologicismo, KARGL, *Sociedad sin sujetos*, pp. 43 y ss.

⁴⁴² HEJL, *Towards a Theory of Social Systems*, pp. 60 y ss. Al respecto, vid. TEUBNER, *Law as an autopoietic system*, pp. 25-30; en el ámbito de la teoría política, VON BEYME, *Teoría política del siglo XX*, pp. 217 y ss. También desde la psicología se ha desautorizado esta reducción del individuo a sus funciones inferiores, como por ejemplo; JUNG, *Arquetipos e inconsciente colectivo*, p. 198: “La vida tiene en consecuencia una legalidad propia que no puede ser deducida de las leyes físico-naturales conocidas”. Un breve análisis de las aportaciones psicológicas al debate de la culpabilidad: I.3.a.

⁴⁴³ JAKOBS, *DP. PG.*, §1.4., nota 6.

⁴⁴⁴ En relación a GIERKE: BINDER, *Juristischen Persönlichkeit*, p. 12; LARENZ, *Juristischen Persönlichkeit*, p. 225 y s. ROTHENPIELER, *Kollektivschuld*, pp. 29 y s. BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, pp. 65 y ss.

⁴⁴⁵ JAKOBS, *Strafbarkeit*, p. 567.

Sorprende, por último, que en este punto sean autores marcadamente normativistas quienes, a la hora de dotar de materialidad conceptos como el de sujeto, se refieran a términos biológicos como el de autopoiesis, tratando de armonizar lenguajes que se han presentado de hecho como antagónicos. Es paradójico que autores que devalúan conceptos como el de conciencia o libertad de acción por ser datos “naturalísticos” (entorno del sistema), se remitan a la autopoiesis biológica ni más ni menos que para definir al ser humano⁴⁴⁶. Si la personalidad es pura atribución normativa, no se entiende qué necesidad existe de acudir a la biología para obtener referencias.

b.2.4. Propuesta alternativa desde el paradigma constructivista: la exclusión del sujeto colectivo de la «forma» del sujeto penal

Como se explicó, dentro de la teoría de sistemas, por la apertura e indeterminación de sus conceptos, existe un amplio espacio para la discusión sobre el contenido de las decisiones normativas. En lo que respecta al concepto de sujeto, ello significa, como ha destacado SCHULZ, que aquél no está suficientemente maduro como para fundamentar automáticamente una responsabilidad penal de la persona jurídica, pues la teoría de LUHMANN “sigue siendo demasiado vaga para adoptar decisiones normativas en derecho penal”⁴⁴⁷.

En ese sentido, es necesario recordar el carácter “relativo” y contextual del concepto de persona en la teoría de sistemas, suficientemente abierto como para que de ello no se derive ni la necesidad lógica de reducir el concepto a los seres humanos, ni la de incluir en él a las personas jurídicas. LUHMANN alude, al hablar de la construcción de la persona por parte del sistema, al concepto de «forma», definida como la marcación de un límite entre lo que se incluye como persona y lo que se excluye⁴⁴⁸. El siguiente paso, dado ese

⁴⁴⁶ Por ejemplo: REYES ALVARADO, *Verbandshaftung*, pp. 413 y ss.; GÓMEZ-JARA (*Fundamentos*, p. 145, nota 414), quien califica de naturalista la crítica a la “falta de hecho” de la persona jurídica.

⁴⁴⁷ SCHULZ, *Lebensverhältnisse*, p. 425, en relación al concepto de «sistema autopoietico», y en el contexto de una crítica a HEINE por fundamentar en dicho concepto la responsabilidad de la empresa: “Es cuestionable la aptitud de dicho macrosujeto para una imputación jurídico-penal. La nueva teoría de sistemas de LUHMANN conduce de hecho al carácter relacional de las acciones, pero sigue siendo sin embargo demasiado vaga para determinar decisiones normativas en derecho penal. Precisamente porque se exige como requisito penal la imputación subjetiva, para la punibilidad de la empresa el concepto de acción no es menos problemático que el concepto de culpabilidad”. En sentido parecido, afirma ORTIZ DE URBINA (*Personas jurídicas*, p. 493), también en relación a la culpabilidad de la empresa, que la teoría de sistemas no ha demostrado un rendimiento empírico suficiente como para justificarla. Además, su “alto grado de abstracción” la convierten en “un punto de apoyo endeble para construir cualquier tipo de política criminal”.

⁴⁴⁸ LUHMANN, *Soziologische Aufklärung* 6, p. 143.

esquema conceptual, es siempre una definición de contenidos que quedan dentro y otros que quedan fuera del concepto de persona (esto es: del límite indicado por la «forma»). Cada sistema jurídico realizará dicha operación en función de su identidad normativa. Como ha destacado VON FREIER, cualquier ente (“*Wesenheiten*”), ya sean “piedras, plantas, animales, personas o empresas”⁴⁴⁹, es candidato a convertirse en persona en un derecho penal sistémico, todo depende de la identidad normativa del sistema que observa. La justificación se traslada, entonces, a cuándo una determinada concepción de persona en derecho penal se ajusta mejor que otra al sistema social del que se trate⁴⁵⁰. La pregunta es, entonces, la de qué posición relativa ocupan individuo y organización colectiva en nuestra auto-comprensión social y en nuestra cultura jurídica.

En este punto es donde se da la divergencia fundamental entre el modelo inclusivo propuesto por S. BACIGALUPO o GÓMEZ-JARA y el modelo de JAKOBS y el aquí propuesto, según el cual al individuo y al colectivo les corresponden lugares diferenciados en lo que al derecho penal respecta. Los primeros entienden que “las organizaciones empresariales, conforme al entendimiento de la sociedad moderna, pueden ser destinatarias de comunicaciones jurídico-penales”⁴⁵¹; por el contrario, el modelo diferenciador entiende que tanto la sociedad contemporánea como nuestro discurso penal continental entienden que individuos y organizaciones no son equivalentes a la hora de comunicar al nivel que el derecho penal exige, lo cual se debe reflejar necesariamente en su diferente modo de responder penalmente⁴⁵².

Esta opción por la diferenciación sistémica entre sujeto colectivo e individual encontraría apoyos, además, en determinadas afirmaciones –aunque aisladas– del propio

⁴⁴⁹ VON FREIER, *Aufklärung*, p. 104. Por ello se afirmó ya que dicha teoría está vacía de contenido; esto es, que constituye un aparato formal cuyo “relleno” depende del contexto. En ese sentido: ALCÁ CER GUIRAO, *Facticidad y normatividad*, p. 217. También, SACHER, *Systemtheorie und Strafrecht*, p. 601: “La teoría de sistemas no se ocupa de la pregunta de qué es lo que el sistema jurídico selecciona”.

⁴⁵⁰ En lo que a la culpabilidad colectiva respecta, esta relatividad del concepto de persona jurídico-penal encontraría una prueba en las diferencias entre el sistema jurídico anglosajón y el continental: en el primero las personas jurídicas han tenido relativa facilidad para integrarse en el derecho penal, precisamente porque su cultura jurídica así lo permitiría; en el ámbito continental, al contrario, la discusión actual se pregunta precisamente si, según las reglas de autoobservación de nuestra cultura penal, individuo y colectivo aparecen como sujetos equivalentes o como diferenciados. La admisión de este tipo de responsabilidad en el derecho anglosajón se remonta ya a 1909, en la decisión *New York Central & Hudson River Railroad*, en EEUU. Su inclusión encontraría explicación igualmente en la fuerte orientación práctica de la ciencia jurídica norteamericana, mucho menos apegada a la elaboración dogmática que la ciencia jurídica continental. En sentido parecido: LAUFER, *Culpabilidad empresarial*, p. 74.

⁴⁵¹ GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 292.

⁴⁵² JAKOBS, *Strafbarkeit*, pp. 568 y s.

LUHMANN, donde la conciencia humana aparece como un dato diferenciado y relevante en el proceso de comunicación social. Así, por ejemplo, el sociólogo alemán afirma que “sin sistemas psíquicos apenas se da comunicación”⁴⁵³. En otro lugar, si bien afirma que “la forma de la persona sirve exclusivamente para la autoorganización del sistema social”, reconoce que “ello no quiere decir que ella sólo actúe como una ficción comunicativa y carezca de significado psíquico”, sino que significa que “sistemas psíquicos y sociales operan ciertamente, como sistemas separados y operativamente cerrados”⁴⁵⁴. También este argumento ha sido desarrollado por TEUBNER, cuando afirma que “las ficciones sociales de los actores, como ‘realidades virtuales’, están íntimamente ligadas con las dinámicas psíquicas intrínsecas a las personas involucradas”⁴⁵⁵.

Estas apreciaciones, que suelen pasar desapercibidas por quienes defienden la culpabilidad colectiva desde una perspectiva sistémica⁴⁵⁶, indicarían que el carácter ficticio del sujeto no lo es tanto, pues funciona “en conexión” con dinámicas que han de acontecer en la “realidad psíquica” del mismo. Así, por ejemplo, el concepto de dolo sería un artefacto comunicativo mediante el cual el sistema jurídico-penal trata de “reconstruir” el origen psíquico de los delitos; ahora bien, dicha reconstrucción sólo es fiable si “en la realidad” existen dichas dinámicas psíquicas. Lo mismo vale para la culpabilidad: el sistema jurídico construye la «ficción» de poder actuar de otro modo, o la capacidad de posicionamiento frente al derecho; pero dicha ficción funciona sólo si existen en paralelo ciertas capacidades subjetivas en quien se atribuyen, que hagan posible la operatividad del concepto. Siendo así, parecería que el planteamiento podría llevar a excluir a las personas jurídicas de la «forma persona», en la medida en que los conceptos con los que opera el sistema jurídico-penal –dolo, imprudencia, culpabilidad– carecerían de contacto con realidad psíquica alguna en el caso de la empresa. Dichos

⁴⁵³ LUHMANN, *Sociedad y sistema*, p. 58; en sentido parecido, LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 6*, p. 167: “es evidente que la comunicación sólo puede verificarse de un modo habitual y autorreproductivo si la conciencia coopera”; también, reconociendo el “acceso indirecto” de los sistemas a la conciencia: *Organización y decisión*, p. 149. Resaltando este hecho: MEUTER, *Narrative Identität*, pp. 210 y s.

⁴⁵⁴ LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 6*, p. 152; también, TEUBNER/HUTTER, *Homo Oeconomicus*, p. 570; BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, pp. 360.

⁴⁵⁵ TEUBNER/HUTTER, *Homo Oeconomicus*, p. 569. Más adelante: “el homo juridicus (...) está constituido por unas expectativas comunicativas construidas a partir del significado específico derivado de la tensión entre, por una parte, las motivaciones psíquicas y, por otra, su comportamiento social concreto” (p. 572). No obstante, luego obvia los datos psíquicos, al afirmar que “las organizaciones son tan reales como los individuos –o tan ficticias–. Ambos tienen idéntico estatus en el mundo social” (p. 579).

⁴⁵⁶ Las referencias de LUHMANN al papel específico de la conciencia en la comunicación sí que aparecen destacadas, por ejemplo, en JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 59, nota 70; o en PÉREZ DEL VALLE, *Imprudencia*, pp. 161 y s., nota 773.

conceptos serían, para el sujeto colectivo, una «ficción y nada más», pues en él no se dan los rendimientos psíquicos que permiten conectar al «sujeto real» con el sujeto del derecho penal⁴⁵⁷. En pocas palabras: las ficciones sólo funcionan si se parecen en alguna medida a la realidad que reconstruyen⁴⁵⁸, lo cual no se aprecia en las ficciones relativas a las personas jurídicas.

Por tanto, si sistema social –por ejemplo la organización– y sistema psíquico operan de modo diverso y separado⁴⁵⁹, parece contra-intuitivo incluirlos ambos en el mismo concepto de persona jurídico-penal. Asimismo, excluir a las personas jurídicas del concepto de culpabilidad no implicaría necesariamente obviar su relevancia de cara a solucionar los conflictos jurídico-penales, sino más bien lo contrario. Como advierte LUHMANN, el hecho de que se indique sólo un lado de la forma –el de la persona física en el caso de la culpabilidad– no implica la irrelevancia del lado excluido –el del sujeto colectivo–. Por el contrario, el observador “sólo puede ver la forma si la contempla como forma-con-dos-lados”⁴⁶⁰, lo cual quiere decir que nuestra comprensión del comportamiento del individuo –y su culpabilidad– es imposible sin tener en cuenta que está imbricado en estructuras y organizaciones sociales que pueden influir en él⁴⁶¹. En la perspectiva del derecho penal, como se ha de ver detenidamente, para explicar el delito individual es necesario observar “el otro lado”, el del sujeto colectivo en el que se integra, sea éste una empresa o la sociedad en general⁴⁶². Es decir, que el colectivo sea incapaz, por sí mismo, de delinquir y de ser culpable es perfectamente compatible con la afirmación de que las «estructuras colectivas» tienen influencia sobre la comisión y evitación de delitos individuales, lo que puede ser jurídicamente relevante.

⁴⁵⁷ En ese sentido: FRISCH, Punibilidad, p. 817.

⁴⁵⁸ Eso parecen decir también TEUBNER/HUTTER (*Homo Oeconomicus*, p. 572): “Los actores ficticios aseguran la conexión estructural entre las operaciones comunicativas de la economía y el derecho y las operaciones psíquicas que tienen lugar simultáneamente con ellas”.

⁴⁵⁹ En ese sentido, NASSEHI, Niklas Luhmann, p. 23.

⁴⁶⁰ LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 6*, p. 143.

⁴⁶¹ Ampliamente, de momento: KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, pp. 94 y ss.; Desde la lógica de la dialéctica hegeliana aplicada al concepto de persona, donde el individuo no se puede entender sin la referencia a la totalidad, y viceversa, vid.: LARENZ, *Juristischen Persönlichkeit*, pp. 199 y ss.

⁴⁶² Sobre dicha influencia, de momento: SEELMANN, *Kollektive Verantwortung*, pp. 13 y ss. Así lo expresa WEBER (*Economía y sociedad*, p. 13), metodológicamente antropocéntrico, al destacar la influencia de las personificaciones colectivas como “representaciones de algo que en parte existe y en parte se presente como un deber ser en la mente de hombres concretos (...), la acción de los cuales orientan realmente; y (...) poseen una poderosa, a menudo dominante significación causal en el desarrollo de la conducta humana concreta”. Cfr. TEUBNER, *Enterprise Corporativism*, p. 12. Más en §III, donde se indagará en la consecuencia jurídica de dicha influencia.

Habría aún dos razones más para pensar que la diferenciación en el ámbito jurídico-penal entre ser humano y organización es compatible con la lógica sistémica. Por un lado, el hecho de que la teoría de sistemas privilegia la diferencia sobre la unidad⁴⁶³, pues es ella la que mejor explica y reduce la complejidad. Por esa misma lógica, sería preferible para el sistema tratarlos de modo diferenciado –culpabilidad para el individuo y otro tipo de responsabilidad para el colectivo– que de modo unitario –culpabilidad funcional para ambos–. Ello coincide, además, con el hecho de que el individuo de la sociedad contemporánea se entiende a sí mismo, y es entendido en la comunicación social, de modo diferenciado respecto a las organizaciones colectivas, de modo que su trato jurídico-penal diferenciado sería coherente con su diferenciación en la comunicación social. Por otro lado, si la elección del contenido de la «forma persona» tiene como referencia la estabilidad y el cumplimiento de las expectativas en el propio sistema, el debate sobre la introducción de la culpabilidad colectiva se traslada a la justificación de su eficacia preventiva, esto es, a su necesidad político-criminal. Dicha justificación, por otro lado, está presente entre los defensores de la culpabilidad empresarial casi como petición de principio, ya que no se ha demostrado empíricamente todavía la conveniencia político-criminal de la culpabilidad penal empresarial⁴⁶⁴.

En resumen, los conceptos de «forma» y de «sujeto» en la teoría de sistemas tienen un carácter tan formal, contingente e indeterminado que de ellos no se pueden derivar conclusiones a modo de silogismo, ni en el sentido de incluir a las personas jurídicas ni en el sentido contrario. En el planteamiento de LUHMANN, si bien se tiende hacia la indiferenciación y la difuminación del dato de la conciencia en otros conceptos como «comunicación» o «autopoiesis», también es cierto que en no pocas ocasiones a la conciencia se le otorga un papel significativo en la comunicación. Un planteamiento sistémico basado en dicha diferenciación, como el de JAKOBS o como el que aquí se propone, evitaría gran parte de las críticas al constructivismo: en primer lugar, evitaría el problema de postular una «comunicación sin sujetos», pues al reconocer la especificidad de la conciencia humana los sujetos podrían emerger de los procesos sociales como entes diferenciados del «mundo de las cosas»; en segundo lugar, se evitaría caer en el error

⁴⁶³ Acerca de la situación del individuo, LUHMANN, Individuo, individualidad, individualismo, p. 97; Cfr. al respecto. IZUZQUIZA, *Sociedad sin hombres*, p. 79. Además, sistemas sociales y sistemas de conciencia permanecen operativamente cerrados entre sí, imposibles de fusionar, por lo que no parece lógico su unificación conceptual. Vid. sobre ello: SACHER, *Systemtheorie und Strafrecht*, p. 594.

⁴⁶⁴ En ese sentido: SILVA SÁNCHEZ, *Personas jurídicas*, p. 12; FEIJOO SÁNCHEZ, *Sujeto de imputación*, p. 53.

categorial de subsumir al individuo en un concepto tan débil para el derecho penal como el de «autopoiesis»; por último, permitiría al sistema jurídico salir de su encapsulamiento y a la adscripción constructivista de su normativismo, puesto que supondría el reconocimiento de que la comunicación jurídica –la de la pena o la de la culpabilidad– no es una construcción *ex nihilo*, sino que debe tener un correlato en el “ahí fuera” que supone la realidad psíquica del destinatario de la norma penal.

b.3. Las críticas a la teoría de las normas en el constructivismo: ¿quién garantiza el cumplimiento de la expectativa?

La argumentación constructivista a favor de la culpabilidad colectiva parte, como se explicó, de una teoría de las normas donde la comunicación entre el sistema penal y los sujetos penales –individuo y colectivo– tiene como punto nuclear el concepto de expectativa normativa. La organización colectiva podría, tanto como el individuo, defraudar la expectativa de fidelidad a la norma cuando se organiza en sus interacciones de modo lesivo para terceros. En la medida en que dicha falta de cumplimiento podría cuestionar la vigencia de la norma, el defecto organizativo convertiría a la organización en merecedora de pena, gracias a la cual se restauraría el orden jurídico quebrantado mediante el delito. Dicha teoría es, en la línea de un LUHMANN tardío, una variante de lo que se ha denominado «derecho reflexivo»: lo importante es asegurar la vigencia de las normas en el ámbito del sistema social, y no la conformación de actitudes ni de motivos internos.

La discusión acerca de la posibilidad de dirigir normas penales a las personas jurídicas ha transcurrido tradicionalmente en la disyuntiva entre quienes, por un lado, consideran función de aquéllas la orientación de conductas o la motivación de los sujetos, y, por otro lado, quienes consideran que sólo han de proteger el cumplimiento de la expectativa normativa. Sin embargo, la distinción entre ambas teorías tiene una relevancia relativa⁴⁶⁵. En lo que al problema del sujeto colectivo respecta, lo relevante es cómo se explica la vinculación entre el sistema normativo y el sujeto al que se dirige.

⁴⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ (*Normas y acciones*, pp. 26 y ss.) ha afirmado que ambas son, más bien, dos caras de la misma moneda: la expectativa hace referencia a terceros (víctimas potenciales o sujetos interesados en su seguridad), que esperan que la norma se cumpla; la conducta prescrita hace referencia al potencial autor del delito, que ha de hacer/dejar de hacer algo para que aquélla se cumpla.

La prueba de ello es que hay defensores y detractores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que parten tanto de una perspectiva como de la contraria⁴⁶⁶.

En ese sentido, es igualmente posible excluir a las personas jurídicas del derecho penal desde la teoría de las expectativas normativas, puesto que con ella se deja abierta la cuestión de qué sujetos son los que pueden defraudar dichas expectativas de un modo penalmente relevante –lo cual se suele responder en el plano de la culpabilidad–. Prueba de ello es el planteamiento de JAKOBS, quien, adhiriéndose a dicha teoría, reconoce implícitamente que la norma tiene exigencias en el plano subjetivo del sujeto al que va dirigida. Sólo así se explica su exclusión de las personas jurídicas en tanto su existencia es “meramente pasiva”⁴⁶⁷. JAKOBS afirma que, si bien las “expectativas normativas también afectan a una persona jurídica”, ésta “no puede desautorizar la norma: no puede desempeñar el rol de un autor penal por carecer de equipamiento suficiente”. Por ello, “la expectativa de que no se va a producir una desautorización afecta a la persona natural”⁴⁶⁸. En este punto como en los anteriores, la teoría de sistemas se mantiene abierta, puesto que la existencia de una expectativa sobre un sujeto no dice nada todavía acerca de su competencia penal. Es decir, en todos los ámbitos organizativos donde actúan personas existen expectativas normativas –en las empresas, pero también en una playa, en un vecindario, en una biblioteca–, sin que ello implique necesariamente considerar dichos ámbitos como “sujetos obligados” a cumplirlas.

En cierto sentido, la teoría de las expectativas normativas sí favorece la inclusión del sujeto colectivo si se limita a describir las normas penales como proposiciones cuya

⁴⁶⁶ Varias de las teorías de la responsabilidad penal empresarial parten de una teoría de las normas como orientación de conductas, como es el caso de TIEDEMANN (*Unternehmen*, p. 1172) quien considera a las empresas como posibles destinatarias en tanto pueden producir los efectos contenidos en las mismas. También DANNECKER, *Personas jurídicas*, p. 45; el mismo, *Sanktionen gegen Verbände*, p. 118, si bien reconoce que “los destinatarios ontológicos de las normas, también cuando éstas se dirigen de manera directa a la empresa, pueden ser exclusivamente las personas naturales en una empresa”. También: SCHROTH, *Unternehmen als Normadressaten*, pp. 21 y ss.; LAUFER/STRUDLER, (*Corporate Intentionality*, pp. 1294 y ss.) afirman además la necesidad de partir de la posibilidad de reconocimiento normativo por parte de la propia empresa. Para un detallado análisis de la teoría clásica de las normas en SCHROTH, TIEDEMANN o DANNECKER y su dificultad para fundamentar una culpabilidad empresarial adecuada por referirse continuamente a actuaciones de miembros de la empresa y no a la empresa misma, vid. GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, pp. 160-166.

⁴⁶⁷ JAKOBS, *Strafbarkeit*, p. 571: “Una personalidad de estas características no puede estar constituida como un mero centro en el que se conjuntan adaptaciones exitosas y no exitosas de la norma, es decir, una persona que sólo soporta la personalidad de manera pasiva”.

⁴⁶⁸ JAKOBS, *Strafbarkeit*, p. 571.

dimensión no trasciende el plano objetivo de las interacciones sociales⁴⁶⁹, cuando es reducida a técnica organizativa. Es decir, cuando su expresividad se mantiene hipercíclicamente en el sistema jurídico mismo, sin decir nada acerca de los sujetos a los que dicho sistema se dirige –esto es, cuando la reflexividad es pura–. Ese modo de concebir las normas, centrado en el qué –expectativa– y el cómo –pena–, deja fuera de la proposición principal el «quién» –el sujeto, al que no se tiene acceso⁴⁷⁰–. Sin embargo, la propia formulación de BOTTKE, por ejemplo, deja al descubierto algunas contradicciones que ponen en cuestión que detrás del «quién» pueda colocarse a una persona jurídica. Así es en la medida en que se afirma, por ejemplo, que “las normas jurídicas no fungen como un medio de conducción inmediata desde el exterior”, sino que “estimulan la autoconducción y la conformación de una correspondiente actitud subjetiva”⁴⁷¹; todo lo cual, sin embargo, se afirma sin aclarar cómo es posible para el colectivo la “conformación de una actitud subjetiva” si no es a través de sus miembros individuales, esto es, por medio de una «heteroconducción».

En segundo lugar, como ha criticado HABERMAS, una teoría que se mueve en un espacio interno al sistema jurídico, con indiferencia de la motivación racional de los sujetos a los que se dirige, manifiesta problemas a la hora de explicar dónde se encuentra el soporte cognitivo que permite la relación entre el sujeto y la expectativa a él dirigida⁴⁷². En relación a las personas jurídicas, se afirma que son capaces de defraudar la expectativa normativa, sin explicar dónde reside la capacidad para hacerlo en un sentido jurídico-penalmente relevante: ¿Quién recibe la comunicación que supone la norma, sino sus miembros individuales? ¿Quién realiza o deja de realizar algo, infringiendo con ello el deber objeto de dicha comunicación, sino aquéllos de nuevo? En ese sentido, la crítica de SCHÜNEMANN parece definitiva, cuando afirma que “las normas de prohibición de comportamientos” propias del derecho penal sólo pueden dirigirse al comportamiento humano, pues los “procesos sistémicos, como ocurre también con los

⁴⁶⁹ vid. FEIJOO SÁNCHEZ, *Culpabilidad*, p. 357.

⁴⁷⁰ En este punto: BOTTKE, *Assoziationsprävention*, p. 49 (nota 134).

⁴⁷¹ BOTTKE, *Assoziationsprävention*, p. 49 (nota 34).

⁴⁷² HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 114: “Decisiva es, finalmente, esa objetivación del derecho que lo convierte en un sistema autorregulado.(...) Con ello las normas jurídicas y las acciones jurídicas pierden toda conexión con la suposición de procesos de entendimiento racionalmente motivados de los miembros que constituyen la comunidad jurídica”. También QUECK (*Geltung*, pp. 98 y s.) se muestra crítica con estas concepciones, por “impersonales y objetivistas”.

procesos de causalidad natural, no pueden por sí mismos contradecir una norma de prohibición”⁴⁷³.

Mediante la ocultación del «nexo subjetivo» de la comunicación normativa solo se resuelve la mitad del problema: se producen explicaciones en abstracto del funcionamiento del sistema y sus procesos, pero poco se aclara sobre las condiciones específicas que convierten a un sujeto en destinatario de una norma penal. Ello se suma a la incapacidad del concepto de «autopoiesis» para explicar qué sujetos son capaces de establecer un diálogo penalmente relevante con la norma: tampoco con él se aclara qué soporte cognitivo comprende el mandato de la norma, ni se aclara cuál interioriza la amenaza de la pena, ni tampoco qué es lo que permite en la persona jurídica la comprensión del sentido del juicio de culpabilidad. En cualquier caso, esa falta de claridad y concreción explicativa es precisamente la que permite la inclusión de las organizaciones colectivas en un concepto de culpabilidad sumamente abstracto.

Por el contrario, la teoría de las normas como «orientación de conductas» presupone algún tipo de relación entre el ordenamiento jurídico-penal y el sustrato psíquico del sujeto al que se dirige; presupone, por tanto, un sujeto motivable capaz de interiorizar y reconocer el contenido del derecho. Está implícito aquí que el derecho no sólo se explica, en palabras de HABERMAS, por su «facticidad», sino que se debe explicar también en relación a su «validez jurídica». Es decir, se ha de hacer referencia a la posibilidad de que el destinatario de la norma pueda reconocer su contenido prescriptivo, y no sólo a su adecuación en un sentido técnico-objetivo⁴⁷⁴. En cualquier caso, esta concepción del derecho como sistema de normas que busca el reconocimiento valorativo del destinatario –que remite a WELZEL⁴⁷⁵– está actualmente en crisis, a pesar

⁴⁷³ SCHÜNEMANN, *Wirtschaftsunternehmen*, p. 437. También, acerca de la incompatibilidad de la empresa con la norma primaria: el mismo, *Legal Entities*, p. 231.

⁴⁷⁴ HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 187: “el derecho legítimo sólo es compatible con un modo de coerción jurídica que no destruya los motivos racionales de obediencia al derecho. (...) Lo cual significa que las normas jurídicas siempre han de poder ser seguidas por convicción”; sobre ello, FEIJOO SÁNCHEZ, *La normativización del derecho penal*, pp. 504 y ss.

⁴⁷⁵ La idea del reconocimiento de la norma por parte del destinatario remite a la finalidad socializadora del derecho, cuyo culmen se obtuvo desde el idealismo alemán hasta WELZEL (*Das Deutsche Strafrecht*, §1: “*Aufgabe des Strafrechts ist es, die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen*”), en la pretensión no del “mero” cumplimiento del derecho como sistema coactivo externo sino más bien de un cumplimiento comprensivo, orientado a la integración del individuo en los valores sociales. Una versión contemporánea de esta concepción: COFFEE JR., *Does “Unlawful” Mean “Criminal”?*, pp. 193 y ss.

de los últimos y paradójicos desarrollos éticos del derecho penal empresarial⁴⁷⁶, debido al descrédito generalizado que tiene toda consideración cercana al reconocimiento de una finalidad tal por parte del Estado⁴⁷⁷. Sin embargo, más allá del valor integrador y socializador que deban tener las normas, parece que cualquier teoría que no quiera reducir el fenómeno penal a un objetivismo radical debe partir de un mínimo equipamiento racional por parte de sus destinatarios, que les permita interiorizar el contenido de lo prohibido y comportarse con arreglo a dicho entendimiento. Desde esta perspectiva, la inclusión de las organizaciones empresariales se volvería muy problemática, pues si bien pueden cumplir objetivamente la expectativa –manteniéndose por debajo del riesgo permitido–, carecen, en palabras de ROXIN, de la «substancia psíquico-espiritual» suficiente para posicionarse frente a la norma y defraudar penalmente la expectativa⁴⁷⁸.

En conclusión, con una teoría de las expectativas normativas que renuncie a la búsqueda de capacidad conductiva y comprensiva del destinatario se podría incluir a las personas jurídicas como centro de imputación, pero ello se produciría a costa de reducir el sistema jurídico-penal a una «técnica de organización social»⁴⁷⁹ y de «distribución aséptica de riesgos y costes»⁴⁸⁰. La razón es sencilla: para integrar a organizaciones colectivas en el derecho penal es necesario describir un sistema de normas y de distribución de responsabilidad que prescinda o mitigue el aspecto subjetivo del cumplimiento normativo⁴⁸¹, pero ello supondría dinamitar el principio de culpabilidad y

⁴⁷⁶ Me refiero aquí a las formulaciones de la responsabilidad empresarial cuyo objetivo es fomentar valores éticos en las empresas, así como generar en ellas una cultura adecuada de cumplimiento del Derecho («compliance programs»), lo cual resulta paradójico desde un punto de vista funcionalista. De momento, vid. SCHÜNEMANN, *Wirtschaftsunternehmen?*, pp. 438 y s.

⁴⁷⁷ En ese sentido, COFFEE JR., *Does “Unlawful” Mean “Criminal”?*, p. 223.

⁴⁷⁸ ROXIN, *DP. PGI*, §55, p. 258. En esa misma línea, GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, p. 589; SILVA SÁNCHEZ, *Consecuencia accesorias*, p. 331; ROBLES PLANAS, *Pena y persona jurídica*, p. 4; GÓMEZ MARTÍN, *Falsa alarma*, p. 361; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Personas jurídicas*, p. 11; von FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 16; SEELMANN, *Punibilidad*, p. 361.

⁴⁷⁹ En ese sentido, respecto a la teoría de LUHMANN: DREIER, *Hans Kelsen und Niklas Luhmann*, pp. 456. A favor de un derecho penal como control social, no reducido a comportamientos culpables, y en el que caben penas a Empresas, DANNECKER, *Personas jurídicas*, p. 43.

⁴⁸⁰ En ese sentido, SÁNCHEZ-OSTIZ (*Imputación*, p. 340) describe algunas discusiones funcionales sobre el concepto de sujeto en el sentido de una búsqueda de nuevos centros de imputación según una lógica de re-distribución de cargas. Utilizo aquí “derecho distributivo” en el sentido de las normas distributivas según la terminología de Armin KAUFMANN (*Teoría de las normas*, p. 153, 169), que son aquellas que imponen consecuencias jurídicas, según criterios de justicia distributiva, con independencia de la capacidad de acción de quien soporta los costes de la imputación. Cfr. al respecto: GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, p. 603.

⁴⁸¹ Sobre la identidad meramente fáctica/objetiva de la persona jurídica ha insistido, ROBLES PLANAS, *Hecho propio*, p. 6: “Se trata de una identidad meramente fáctica, esto es, de un nexo de continuidad en el

adoptar un derecho penal basado en “presupuestos objetivos” o en el “puro resultado”⁴⁸². Parece entonces que, de nuevo como en relación al concepto de «sujeto», en lo que a la teoría de las expectativas respecta es necesario relativizar el carácter reflexivo del derecho, y admitir que la comunicación normativa no puede producirse con indiferencia del equipamiento subjetivo de unos destinatarios a los que, en caso de defraudación, se les va a atribuir una culpabilidad y a imponer una pena.

c) La crítica a la culpabilidad colectiva en el constructivismo: recapitulación y conclusiones

Sin perjuicio de que en la Parte II se profundizará en las razones por las que la organización colectiva debe ocupar respecto al sistema jurídico-penal un lugar diferenciado del individuo, en lo que sigue se recapitularán las principales críticas que se han ido vertiendo contra los diferentes aspectos de la fundamentación constructivista de la culpabilidad empresarial. Es necesario advertir, no obstante, que gran parte de ellas están dirigidas, no tanto a la teoría de sistemas directamente –pues a ésta no se le puede criticar más que su propia indeterminación en lo que a las cuestiones normativas respecta–, sino más bien contra su traslación al derecho penal y su utilización para la integración del sujeto colectivo en el mismo.

c.1. Crítica primera. La crítica metodológica: la teoría de sistemas frente al carácter normativo del derecho penal

En el fondo de gran parte de los problemas de acoplamiento entre el discurso constructivista y el derecho penal se encuentra el hecho de que, como discurso de carácter puramente descriptivo y que substituye “realidad por comunicación de la realidad”⁴⁸³, manifiesta significativos problemas para explicar un discurso normativo y

tiempo entre situaciones objetivas”; también, JAKOBS, *Strafbarkeit*, p. 569: “Esta vida propia es pura recepción pasiva ya que no puede ser aprehendida mediante reflexión por una autoconciencia en cuanto posibilidad propia”; en sentido parecido, QUECK, *Geltung*, pp. 98 y s: “no se ha de pasar por alto que la responsabilidad de la empresa, desde esta perspectiva, aparece como impersonal y objetivada”. En la Parte II se hará un análisis detallado de la identidad del sujeto colectivo, que desde el punto de vista aquí adoptado tampoco puede ser reducida a un “mero objeto” o “cosa”.

⁴⁸² SCHÜNEMANN, *Legal Entities*, p. 232, afirma, en relación al derecho reflexivo y la teoría de los sistemas autopoieticos: “a tenor del mismo la norma no exige un determinado comportamiento, sino la obtención de un determinado resultado”.

⁴⁸³ SCHÜNEMANN, *Strafrechtsschuld*, pp. 540 y ss., en el contexto, además, de una crítica a la culpabilidad colectiva similar a la que aquí se realiza. En otro lugar, El mismo, *Wirtschaftsunternehmen*, p. 437: “Acerca del concepto de comunicación mismo, debo señalar brevemente que mi opinión es que en un derecho penal que protege bienes jurídicos los conceptos de culpabilidad y pena deben de desarrollarse en el nivel objetivo de la prevención general intimidatoria, mientras que aquél opera mediante la denominada

con incidencia en la realidad social como el derecho penal. Si, tal y como afirma LUHMANN, la teoría de sistemas constituye un conjunto de descripciones sobre cómo funciona la sociedad, libre de juicios normativos o axiológicos, parece que su aportación a los problemas del derecho penal –y al de la culpabilidad colectiva en concreto– será necesariamente insuficiente. Esta insuficiencia se ve claramente en relación a la descripción del sujeto como sistema autopoiético: el carácter autopoiético de la organización empresarial, como dato biológico o sociológico, nada dice acerca de la capacidad de la empresa misma de posicionarse de modo autónomo respecto al derecho.

c.2. Crítica segunda. La insuficiencia de la comunicación social como fundamento de la culpabilidad colectiva

La principal razón por la que, desde la teoría de sistemas, se argumenta la conveniencia de integrar la culpabilidad empresarial en el derecho penal reside en la comunicación y la identidad social: en la medida en que las empresas son consideradas sujetos con capacidad de influir en el funcionamiento de la sociedad (en política, en la estabilidad económico-social, en la provisión de recursos, etc.), se argumenta que también han de ser hechas responsables cuando dicha influencia produzca resultados lesivos. Sin embargo, esta argumentación confunde dos planos –el “ser social” y el “deber-ser normativo”– que habrían de estar claramente diferenciados: que las organizaciones sean sujetos relevantes desde un punto de vista socio-económico no dice nada aún de su capacidad de ser sujetos para el derecho penal. Para poder recibir el reproche penal que supone la culpabilidad, a diferencia de otras ramas del ordenamiento jurídico, no basta con una capacidad genérica para realizar contratos o prestar servicios; por el contrario, es necesario justificar una capacidad de agencia que no depende de lo que “se dice” en la comunicación social, sino más bien de las capacidades subjetivas del sujeto al que se atribuye (capacidad de agencia, de comprensión, de raciocinio, etc.). Es decir, no basta con la argumentación de una “personalidad pasiva” (la empresa como sujeto pasivo de valoraciones e imputaciones sociales), sino que es necesaria la argumentación de una personalidad activa en relación a las normas, lo cual, como se ha de ver en la parte II, respecto a la empresa no se ha demostrado.

prevención general positiva en un meta-nivel”; El mismo, El propio sistema de la teoría del delito, , p. 10: “el segundo peligro consiste en que el fin de la norma, y de la conminación de la pena unida a ella, no se refieren más a la realidad”. En el mismo sentido, afirma BAUCCELLS (Penas previstas para la persona jurídica, p. 189) que la explicación preventivo-general de la pena a la empresa se queda en un plano simbólico con poca efectividad real.

Por otra parte, hacer depender la capacidad de culpabilidad organizativa del punto de vista social –qué expectativas sociales hay que asegurar, o si existe una alternativa social al conflicto– dinamita la función limitadora del concepto de culpabilidad⁴⁸⁴. La razón es que el fundamento de la culpabilidad por organización –dónde hay necesidad social de pena– coincide precisamente con aquello que la culpabilidad debería limitar, pues ésta protege al sujeto incluso cuando la pena sería socialmente útil⁴⁸⁵; en otras palabras, la culpabilidad se convierte en una variable dependiente de aquello a lo que debía servir de límite⁴⁸⁶. Con la empresa se ve claramente: si desde el punto de vista la culpabilidad “tradicional” se puede afirmar que “no se puede prevenir a costa de la empresa porque ésta no tiene capacidad de culpabilidad”, desde la prevención general comunicativa lo que se dice es “la empresa es considerada culpable porque la sociedad necesita prevenir a su costa, porque no tiene otra forma de solucionar el conflicto”⁴⁸⁷. A ese riesgo se le suma que la idea que toma dicho lugar central –la seguridad en las

⁴⁸⁴ Críticamente, en el mismo sentido: SCHÜNEMANN, Punibilidad, p. 587; HAAS, Organisierte Unverantwortlichkeit, p. 137; ALCÁCER GUIRAO, Facticidad y normatividad, p. 204 y s.; QUECK, *Geltung*, p. 99, quien afirma además que dichos conceptos obligan a “desacoplar” la culpabilidad de su carácter personalísimo; OTTO, *Strafbarkeit*, p. 17 y s., quien, además de criticar su circularidad, sostiene que ni siquiera el concepto social de culpabilidad escapa a la obligación de partir de la evitabilidad individual del autor, razón por lo que excluye a la persona jurídica del mismo. Crítico también con la circularidad de dicho concepto: GRACIA MARTÍN, Personas jurídicas, p. 601. KIRCH-HEIM, *Sanktionen*, p. 163, por su parte, afirma que dicha variante es la única posible, ante la imposibilidad de integrar a la empresa en un concepto ético-individual de culpabilidad.

⁴⁸⁵ VON FREIER, *Aufklärung*, p. 112; KELKER, *Strafbarkeit*, p. 245; MAIHOLD, *Strafe*, p. 8

⁴⁸⁶ MAIHOLD, *Strafe*, p. 8: “El concepto ‘funcional’ de culpabilidad, desde los años 70, ha despojado a la culpabilidad de su carácter de principio. Como función es ya tan sólo un medio dirigido a la función preventivo-general y ha perdido su valor propio”. También: LÜDERSSEN, *Funktionalismus*, pp. 883 y ss. En el mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ, Responsabilidad penal por el hecho de otro, p. 76. Recientemente, PÉREZ MANZANO, Fundamento y fines del Derecho penal, p. 18: “La prevención general carece de un elemento inherente de autorrestricción que obligue a la proporcionalidad de la pena (...). Todos ellos son límites externos a la propia prevención general, y, sin embargo, son límites vinculados a la idea de culpabilidad”..

⁴⁸⁷ Se percibe claramente en la descripción de BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, pp. 219, quien sostiene que la culpabilidad “es entendida en función de la prevención general positiva, con independencia del poder obrar de otra manera; es decir, no como «alternativa de acción» del sujeto, sino como alternativa de elaboración del conflicto social por parte de la sociedad”. Según este planteamiento, en una sociedad donde no exista la alternativa del tratamiento psiquiátrico, al “loco” habría que tratarle como un sujeto culpable, puesto que la sociedad no tendría otro camino por el que solucionar el conflicto. La pérdida de la función limitadora de la culpabilidad es evidente, pues su contenido se hace depender precisamente de aquella “necesidad social” que debería limitarse. Con ello el funcionalismo se expone a la crítica que había vertido el psicoanálisis al derecho penal, al que acusaba de “disfrazar” como culpabilidad la selección de “chivos expiatorios” a costa de los cuales satisfacer necesidades y pulsiones sociales, en ocasiones irracionales. vid. LUZÓN PEÑA, *Prevención general y psicoanálisis*, pp. 150 y ss.; MAIHOLD, *Strafe*, p. 6; BARATTA, *Criminología crítica*, pp. 50 y s. Sobre la relación entre el funcionalismo y el psicoanálisis: BARATTA, *Prevención-integración*, pp. 540 y ss. Habría que preguntarse si la tendencia a culpabilizar a la empresa de los delitos que cometen sus integrantes no se correspondería con esta última pulsión, en tanto la justificación suele venir dada por el argumento de la «irresponsabilidad organizada». Se dice que, en tanto es difícil o imposible encontrar a los responsables individuales de los delitos en organizaciones, una manera de tranquilizar a la sociedad en su percepción de dichos contextos sería la de castigar a la empresa misma.

interacciones⁴⁸⁸ – es, como ha destacado PAWLIK, siempre insuficiente, pues tiende por sí misma a avanzar *ad infinitum*⁴⁸⁹. El riesgo es aún mayor si, en consonancia con un constructivismo radical, lo que importa no es tanto la seguridad misma, sino la “comunicación” de la seguridad, la cual escapa todavía más a la posibilidad de determinación normativa. Retomando la distinción del anterior capítulo, estas variantes del concepto de culpabilidad suponen en realidad un “nominalismo de la culpabilidad”, pues lo que materialmente describen es un principio de responsabilidad en sentido amplio⁴⁹⁰.

c.3. Crítica tercera. La organización empresarial: entre el “sentido” y la “naturaleza”

Desde el punto de vista del funcionalismo, la pregunta relevante es si lo que ocurre en la empresa es considerado “naturaleza” o si es considerado “sentido”; en otras palabras, si lo que hace la empresa es atribuible a una libertad competente en la creación de sentido social, o si es simplemente el resultado del acontecer natural (como es la caída de un rayo o una inundación). En primer lugar, como distinción dual, es necesario advertir que sólo es útil en la medida en que admita graduaciones y matizaciones: lo que hace un loco o un niño, sin que se pueda interpretar como el comportamiento de un adulto con plenas facultades, tampoco se puede interpretar meramente como naturaleza, esto es, como expresión del mundo animal o medioambiental. Lo mismo sucede con la empresa, pues si bien parece claro que lo que ocurre en las organizaciones colectivas –sea un vertido, una estafa o una mala organización– no constituye un fenómeno natural sino hechos sociales con sentido, la pregunta relevante es a qué libertad son atribuibles

⁴⁸⁸ MUSSIG, Imputación objetiva, p. 212: “Presupuestos de la vigencia organizada del derecho: es presupuesto de todo ordenamiento jurídico la garantía organizada de seguridad «exterior» e «interior»”.

⁴⁸⁹ PAWLIK, *Unrecht des Bürgers*, p. 82, en su crítica a las teorías de la prevención: “Todos los esfuerzos preventivos tienen su origen en la necesidad de seguridad. Pero la seguridad es un objetivo inalcanzable (“*unerreichbares*”), pues cada nivel de seguridad puede ser siempre mejorado”. También, NEUMANN, Culpabilidad, p. 147: “Por lo que se refiere a la estabilización de las normas concretas, la reacción del Derecho penal es, conforme a un modelo funcional, tendencialmente desmedida”. SEELMANN (Punibilidad, pp. 362) sostiene la consecuencia paradójica de que, siendo la finalidad de la culpabilidad colectiva la prevención, dicha finalidad se ve debilitada en la medida en que se sustrae en su versión social precisamente lo que servía para dotar al reproche penal de su fuerza preventiva –esto es: su especial reprobación frente a otras ramas del ordenamiento–. A lo que añade que, “por la falta de un poder actuar de otro modo” en la empresa, “el reproche se hace circular y, por tanto, vacío”.

⁴⁹⁰ En ese sentido: MAIHOLD, *Strafe*, pp. 14 y s.; KLESCZEWSKI (Gewinnabschöpfung, p. 182) afirma que, en tanto no existe en la empresa la posibilidad de decidir frente al derecho, ni siquiera las fundamentaciones sistémicas de la culpabilidad empresarial pueden fundamentar una “verdadera culpabilidad”. También QUANTE (*Sanktionsmöglichkeiten*, pp. 147, 154) hace referencia a la sustitución del concepto de culpabilidad por uno de responsabilidad social en la empresa.

dichos fenómenos; es decir, si se explican como el producto de una libertad penalmente relevante de la propia empresa, o si son el resultado de la libertad (puesta en común) de sus administradores. Si bien ello se ha de responder en II.2.b., aquí se manifiesta que la argumentación que incide en que las empresas forman parte de las relaciones sociales del mismo modo que los individuos es insuficiente para afirmar su capacidad de culpabilidad: lo relevante es si ese “formar parte” cumple los requisitos de imputación jurídico-penal⁴⁹¹, y eso no se puede responder desde la óptica de la comunicación social. En otras palabras, no basta con argumentar un espacio de libertad en abstracto –como principio de auto-organización general–, sino que debe poder argumentarse una “libertad real y concreta puesta en el mundo”⁴⁹².

c.4. Crítica propositiva. La apertura de la teoría de sistemas y la posibilidad de cuestionar la culpabilidad colectiva desde sus presupuestos

En cualquier caso, si bien la teoría de sistemas es criticable por sus carencias en relación a explicar la racionalidad material y la dimensión normativa del derecho penal⁴⁹³, lo cierto es que estas carencias hacen que, en lo que al problema de la culpabilidad de la empresa respecta, la decisión quede precisamente abierta⁴⁹⁴. Es decir, en la medida en que los conceptos de la teoría de sistemas –«autopoiesis», «forma», «expectativa», «identidad social»– tienen un carácter sumamente formal y ambiguo, con ellos se puede tanto fundamentar la culpabilidad penal de la empresa como lo contrario. Todo depende de cómo se interprete algo tan intangible y abstracto como la comunicación social. La prueba de ello es que dos autores tan antagónicos en sus planteamientos como JAKOBS y SCHÜNEMANN, partiendo de determinadas premisas sistémicas, han negado ambos la posibilidad de una culpabilidad en la empresa. JAKOBS, por su parte, considera que para adquirir el estatus de sujeto jurídico-penal se requiere una conciencia capaz de reflejar la norma, razón por la cual la persona jurídica, que carece de dicha capacidad, debe

⁴⁹¹ Para evitar circularidades, la culpabilidad sólo puede estar referida a las capacidades subjetivas que la hacen posible: a un enfermo mental no se le excluye de la culpabilidad porque con su pena no se cumplan efectos preventivos (probablemente los cumplieren), sino simplemente porque no tiene las capacidades que la hacen posible. En ese sentido: NEUMANN, Culpabilidad, p. 141. De modo parecido: LAMPE, Systemrecht und Unrechtssysteme, p. 730.

⁴⁹² PAWLIK, Strafrechtswissenschaftstheorie, p. 483.

⁴⁹³ Id., VON FREIER, Aufklärung, p. 112; también, en relación al planteamiento de JAKOBS, FEIJOO SÁNCHEZ, Normativización del derecho penal, pp. 476 y s. En ese sentido, en lo que a la fundamentación de las personas jurídicas respecta: SEELMAN, *Kollektive Verantwortung*, pp. 16 y s. Sobre el normativismo en general, vid. MIR PUIG, Límites del normativismo. La oposición aquí empleada entre normatividad y normativismo se explicará en II.1.a.4.

⁴⁹⁴ En ese sentido SCHULZ, Lebensverhältnisse, p. 425; SCHMITT-LEONARDY (*Unternehmenskriminalität*, pp. 457 y s.

quedar fuera del concepto de culpabilidad penal⁴⁹⁵. Ese ha sido también el caso de SCHÜNEMANN, quien se acerca a la identidad de la empresa desde la teoría de los sistemas autopoieticos, pero descarta, debido a su falta de «nexo de comunicación con la norma», la posibilidad de fundamentar una culpabilidad colectiva⁴⁹⁶. Si bien ambos han sido criticados por ello desde autores más ortodoxamente constructivistas⁴⁹⁷, lo cierto es que la teoría de sistemas no es suficiente para tomar decisiones materiales en el ámbito de la culpabilidad penal; en todo caso, ese carácter abierto y abstracto de sus premisas es precisamente lo que ha permitido que, desde su planteamiento comunicativo y funcional de los problemas, la culpabilidad de la empresa aparezca como un fenómeno mucho menos problemático conceptual y dogmáticamente de lo que es en realidad.

§I. Conclusiones provisionales de la parte I

1. A pesar del rendimiento explicativo y didáctico que tiene la noción de culpabilidad colectiva en relación a determinados acontecimientos históricos, su traslación al derecho penal es altamente problemática. En el plano conceptual, por el error categorial que supone tratar con la misma categoría –culpabilidad– sujetos tan diversos como los integrantes de un colectivo y el colectivo mismo (GARZÓN VALDÉS); como también por la sinécdoque que ello supone, en el sentido de tomar el todo (colectivo) por la parte (individuos).

2. El análisis filosófico muestra, además, el problema de que la única vía para afirmar la existencia de un sujeto colectivo integrado y capaz de culpabilidad es precisamente la de diluir a los individuos en el sujeto colectivo mismo; es decir, la de entender lo que acontece en la empresa no como algo que obedece a la capacidad de iniciativa individual (de los directivos), sino como el producto de una iniciativa y voluntad colectiva. Si para que los colectivos se conviertan en agentes morales es necesaria la sumisión de los

⁴⁹⁵ JAKOBS, *Strafbarkeit*, pp. 568 y s.

⁴⁹⁶ SCHÜNEMANN (*Unternehmenskriminalität*, pp. 234 y ss.; *Responsabilidad penal*, pp. 27 y s.) propone, ante la imposibilidad de fundamentar una culpabilidad empresarial, un estado de necesidad del bien jurídico como fundamento de la sanción a la organización misma. En cualquier caso, la sanción no constituiría una auténtica pena sino más bien una «medida de seguridad».

⁴⁹⁷ Una crítica a SCHÜNEMANN por no aplicar coherentemente los presupuestos sistémicos, en GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 229; para una crítica a JAKOBS por la misma razón, SCHÜNEMANN, *Responsabilidad penal*, p. 24; *Wirtschaftsunternehmen*, pp. 434.

individuos que los integran (PETTIT), la intencionalidad colectiva sólo se puede conseguir a costa de la individual; sin embargo, ello funciona en sentido contrario del derecho penal, basado en el presupuesto de que respecto a determinados deberes básicos uno no puede renunciar a su responsabilidad a favor de una supuesta razón colectiva. También resulta problemática la variante lingüística de la intencionalidad colectiva (FRENCH), según la cual la organización sería un agente moral porque en el lenguaje ordinario le atribuimos deseos, razones e intenciones para hacer lo que hace. El motivo es que la capacidad de agencia penal no puede constituir un mero reflejo de la comunicación social, pues las exigencias de racionalidad de la ciencia penal, por ser un “saber” con consecuencias reales sobre las personas, son mucho más altas de las que rigen en las prácticas habituales de los hablantes, lo que se demuestra en que en sede social se atribuyen razones e intenciones a los menores, a algunos animales o a grupos de manifestantes, y no por ello se les reconoce capacidad penal.

3. Es acertado, sin embargo, el presupuesto de partida de que los individuos que operan en contextos complejos no lo hacen como sujetos aislados, sino influidos por poderosos factores estructurales (SEARLE), lo cual debería tener continuidad en las estructuras de responsabilidad. En ese sentido, la distinción conceptual entre culpabilidad y responsabilidad puede constituir la clave para la integración de determinados sujetos colectivos en el discurso jurídico. Ya desde el punto de vista filosófico, la culpabilidad está asociada a la infracción de deberes personalísimos e intransferibles y a un alto grado de individualización, mientras que la responsabilidad se abre a formas más abiertas y flexibles de entender la imputación –uno puede ser responsable de hechos ajenos, como también «compartir responsabilidad»– (ARENDR). En ese sentido, la influencia de determinadas estructuras colectivas en la comisión de delitos podría tener cabida, no tanto en la forma de una culpabilidad –pues la individualización siempre concluye en una persona individual–, como en un principio de responsabilidad diferenciado, tal y como se desarrollará en §III.

4. El intento, no obstante, de integrar a sujetos colectivos en el concepto de culpabilidad penal ha sido desarrollado en profundidad desde la teoría de sistemas. Según autores como BOTTKÉ, BACIGALUPO SAGGESE o GÓMEZ-JARA, el problema de la culpabilidad empresarial quedaría resuelto gracias al tratamiento de los delitos empresariales desde la

perspectiva de la «teoría de los sistemas autopoieticos» de LUHMANN. Este planteamiento permitiría, a priori, la inclusión de las empresas en el derecho penal por los siguientes motivos. En primer lugar, porque desde un punto de vista del principio teórico, substituye el «paradigma antropocéntrico» por el paradigma de los «sistemas sociales»; es decir, substituye la perspectiva kantiana del sujeto “en sí” por la del “sujeto desde el punto de vista del sistema social”. En ese sentido, la empresa no sería un sujeto antropológico, un sujeto “en sí”, pero sí podría ser un sujeto para la comunicación social. En segundo lugar, porque substituye el concepto de acción por el de comunicación, y la empresa no sería capaz de acción pero sí de comunicación penalmente relevante. En tercer lugar, porque substituye el concepto de conciencia por el de autopoiesis, y la empresa no sería un sujeto autoconsciente, pero sí un sistema autorreferencial o autopoietico; es decir, un sistema autónomo que mantiene su identidad con independencia del paso de diferentes miembros individuales. En cuarto lugar, porque substituye el concepto de norma como «orientación de conductas» por el de norma como «instauración de expectativas normativas», de modo que la empresa sí podría ser objeto de estas expectativas, pues la sociedad espera de ella una correcta organización. Por último, porque reemplaza el concepto de culpabilidad como reproche ético, de connotación personal, por el de culpabilidad como organización defectuosa, de connotación más social, y que sería, a su vez, aplicable a la organización colectiva.

5. A todo ello se le suma que, para el constructivismo, el derecho es un «sistema autorreferencial», que construye sus propios elementos comunicativos con independencia de la realidad externa y de sus destinatarios (LUHMANN/TEUBNER). Según este planteamiento, si para prevenir delitos económicos es conveniente castigar penalmente a la empresa, entonces el derecho penal puede construir un concepto de sujeto que abarque no sólo a individuos sino también a empresas. En este caso, la falta de interioridad de la empresa misma (por ejemplo en términos de comprensión de la norma) será tan poco relevante como lo es de hecho la interioridad del sujeto individual: ambos sujetos son, para el sistema jurídico-penal, construcciones o ficciones comunicativas, orientadas funcionalmente a la prevención. Siendo así, en la medida en que la empresa sería capaz además de cuestionar la vigencia del derecho cuando está mal organizada, se abre la puerta a que el derecho penal funcione con un concepto de sujeto penal y de culpabilidad

que abarque tanto a individuos como a organizaciones (BACIGALUPO SAGGESE/GÓMEZ-JARA).

6. Esta propuesta de culpabilidad empresarial no constituye, como a veces se hace creer, una derivación lógica de la teoría de sistemas: según admite el propio LUHMANN, los conceptos sistémicos operan en un plano sociológico-descriptivo y no sirven para aclarar programa normativo alguno. Es decir, entre la descripción sociológica y el derecho penal hay un salto argumentativo que la teoría de sistemas, como descripción libre de apreciaciones normativas, no permite realizar. La teoría de sistemas deja abierta, por tanto, la cuestión de si es normativamente posible o deseable abrir el concepto de culpabilidad a sujetos colectivos, lo que dependerá principalmente de la interpretación que se realice de la identidad de la sociedad y de la posición de dichos sujetos en la comunicación social.

7. Dirigiendo ya la crítica contra quienes han utilizado la teoría de sistemas para la inclusión de la empresa en el derecho penal (BOTTKE/BACIGALUPO SAGGESE/GÓMEZ-JARA), lo cierto es que el cambio de paradigma que proponen conduce, por un lado, a una normativización excesiva del discurso, y por otro, al distanciamiento progresivo de la realidad del conflicto penal. Así sucede con la construcción del sujeto penal a partir del concepto de «autopoiesis», el cual, como dato sociológico o biológico, dice poco acerca de la capacidad del sujeto de comprender el contenido del derecho y de posicionarse frente a él. Como reconoce el propio LUHMANN, la autopoiesis no sirve para aclarar cuestiones normativas ni tiene valor empírico alguno. En ese sentido, decir que la empresa es un sujeto autopoietico aporta muy poco para decidir sobre su capacidad de culpabilidad, pues también un loco, un niño o un *software* son sistemas autopoieticos y no por ello les consideramos sujetos culpables. Lo mismo sucede respecto al concepto de «expectativa», que por sí mismo nada dice acerca de quién tiene que hacer/dejar de hacer algo, y qué capacidades ha de tener, para que la expectativa se vea defraudada de un modo normativamente relevante. Estos autores no explican cómo se pueden dirigir expectativas normativas a la empresa misma, si lo que se espera de ella –una correcta organización– lo tienen que hacer otros por ella (en este caso los administradores). Tampoco se explica cómo la empresa puede infringir una norma cuyo contenido comunicativo no puede entender por sí misma. Lo mismo sucede con el concepto de

culpabilidad por organización, que al reducirse a una variable dependiente de la prevención general positiva y hacerse extensible a sujetos colectivos, pierde gran parte de su fuerza expresiva y limitadora, y queda diluido en un concepto de responsabilidad social un tanto difusa. Gran parte de las fundamentaciones de la culpabilidad empresarial así lo indican: la empresa debe responder, no porque por sí misma pueda evitar lo que se le imputa, sino porque es necesario solucionar el problema de la “irresponsabilidad organizada”. La misma normativización y abstracción se manifiesta, por último, respecto al concepto de pena, convertida en comunicación de la vigencia de la norma, a costa de dejar de explicar su carácter de restricción “muy real” para quien la sufre; restricción que, por otra parte, no puede ser interiorizada por la propia persona jurídica, ni como merecida ni como inmerecida.

8. En cualquier caso, en ese nivel abstracto e indeterminado, donde los problemas conceptuales quedan diluidos en complejas distinciones, la culpabilidad de la persona jurídica aparece como una construcción no problemática, como una posibilidad neutra entre otras. Se ha de ver, en cambio, si desde perspectivas material y valorativamente más comprensivas dicha construcción merece la consideración de legítima en el derecho penal contemporáneo.

Parte II: CULPABILIDAD PENAL E IDENTIDAD DE LA EMPRESA

Una vez enfocada la discusión sobre la culpabilidad colectiva en los diferentes discursos contemporáneos, así como analizada en profundidad la fundamentación constructivista y sus posibilidades para erigirse en teoría de lo penal, es momento de dilucidar qué es propiamente un sujeto colectivo (con especial mención a la organización empresarial) (§II), para determinar qué tipo de tratamiento jurídico diferenciado le corresponde (§III)⁴⁹⁸. Es necesario advertir que aquí no se trata “solamente” del análisis de la “persona jurídica” como ente jurídico-formal, en la medida en que por “persona jurídica” se entiende una personalidad que no da medida de identidad o subjetividad alguna (detrás de una persona jurídica puede existir tan sólo una persona física, como también sucesivas empresas). En ese sentido, el concepto de “persona jurídica” ha de ser complementado con el concepto de “organización”, con el objetivo de incidir también en el aspecto organizativo-material, que es a su vez lo que más interesa de cara a explicar la relación que pueden tener determinados sujetos colectivos con la comisión de delitos. Es decir, la persona jurídica, como ficción jurídica, no influye en la comisión de delitos; la organización, como estado de cosas o estructura material, sí que puede tener influencia en la actividad delictiva –sin perjuicio, claro está, de que dicho estado de cosas necesita una personalidad jurídica para ser un centro de imputación para el derecho⁴⁹⁹. Así, cuando en lo que sigue se utilice el término «persona jurídica» ha de entenderse, a no ser que se explicita lo contrario, como ente jurídico con un mínimo de

⁴⁹⁸ Se parte aquí de la misma premisa que DAN-COHN (Sanctioning Corporations, p. 15), en el sentido de que la cuestión de la responsabilidad colectiva supone la respuesta a una “pregunta ontológica” –qué son los entes colectivos– y a una “pregunta normativa” –cuál es su tratamiento jurídico justo o apropiado–. También, MAÑALICH, Organización delictiva, p. 280; SCHMITT-LEONARDY, Unternehmen, p. 115; HAAS, Organisierte Unverantwortlichkeit, p. 133. No es que se incurra aquí en la típica falacia naturalista de derivar el «deber ser» del «ser» mismo, lo normativo de lo ontológico, sino que se parte de que la construcción de lo normativo no puede ser indiferente a la realidad social con la que trata, pues tiene que tenerse en cuenta como parte de su espectro referencial. En ese sentido, ALCÁCER GUIRAO, Facticidad y normatividad. pp. 182 y s. También: GARZÓN VALDÉS, Consenso, racionalidad y legitimidad, p. 21: “es obvio que los juicios de corrección ética son de naturaleza normativa y que, por lo tanto, no pueden ser inferidos sin más de juicios que describan la realidad. Pero es también innegable que las normas morales son concebidas justamente para reglar una parte de la realidad, es decir, el comportamiento humano y, por lo tanto, no pueden prescindir de los datos reales, ya que todo deber ser o hacer implica poder ser o hacer”.

⁴⁹⁹ Aquí se analizará principalmente el caso paradigmático de la empresa económica, sin perjuicio de que lo que sigue sea aplicable igualmente a personas jurídicas orientadas a otros fines, sean éstos políticos (partidos políticos y sindicatos) o de otro tipo (fundaciones, asociaciones benéficas, etc.).

substrato organizativo⁵⁰⁰; del mismo modo que cuando se utilice el término «empresa» ha de entenderse como paradigma de un conjunto de organizaciones (partidos políticos, sindicatos, fundaciones, etc.) a las que se puede hacer extensible el análisis. En todo caso, aquí se discutirá la identidad y la responsabilidad de aquellas organizaciones colectivas que añaden “algo” a la identidad de sus miembros; es decir, lo que FRENCH había denominado “conglomerados” y PETTIT “integrados”⁵⁰¹.

En la presente parte se tratará, por tanto, de profundizar en los aspectos de la identidad de determinadas personas jurídicas que pueden tener relevancia de cara a determinar su lugar en el universo de la responsabilidad. La razón por la que aquí se otorga tanta relevancia a la identidad la proporciona el propio concepto de «imputabilidad», como “capacidad de imputación”, y que hace referencia al conjunto de características que permiten a un sujeto relacionarse con un deber jurídico-penal. En ese sentido, la identidad de dicho sujeto debe funcionar como punto de anclaje de los requisitos de imputación –lo que ha llamado von FREIER “principio de identidad”⁵⁰²–, lo cual no quiere decir que deba de ser un reflejo de ella⁵⁰³. Como se explicó en la primera parte, el sistema jurídico no puede ser completamente autorreferencial, precisamente porque sus intervenciones más significativas (la pena, la amenaza de sanción, la búsqueda de reconocimiento normativo) no operan sobre sí mismo (sobre el propio sistema), sino sobre unos sujetos cuya identidad y capacidades han de tenerse en cuenta en la construcción de la teoría del delito. Por ello, en lo que sigue se analizará la identidad del sujeto colectivo-empresarial de cara a analizar qué lugar debería ocupar, si es que debe ocupar alguno, en el sistema jurídico-penal.

⁵⁰⁰ Se excluirían del análisis, por tanto, “sociedades pantalla” o de pequeñas dimensiones, en la medida en que no añaden nada, a nivel material, a la organización individual de sus miembros. Ampliamente, sobre estas cuestiones: GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, pp. 313 y ss.

⁵⁰¹ vid. I.1.c.

⁵⁰² VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 115. Paradigmáticamente en este punto, Arthur KAUFMANN (*Das Schuldprinzip*, p. 201), para quien el principio de culpabilidad sólo puede ser comprendido y fundamentado a partir de la naturaleza del hombre. En la discusión sobre la empresa, el principio de identidad no se puede reducir, sin embargo, a una consideración acerca de “lo antropológico”, pues se ha de analizar la cuestión desde la perspectiva de la identidad de la propia organización, lo que requiere herramientas diversas.

⁵⁰³ Dicho en términos de KANT (*Metaphysik der Sitten*, Einleitung, XI): “Esto significa que una metafísica de las costumbres no puede fundamentarse en una antropología, pero sin embargo, puede aplicarse a ella”. Es decir, habrá características del sujeto que podrán ser indiferentes de cara a la imputación; lo que no puede haber es una teoría de la imputación construida de espaldas a las características del sujeto al que se aplica.

Capítulo 1. Derecho penal e identidad penal. Tres críticas metodológicas y el desafío ontológico de la identidad del sujeto colectivo

Antes de entrar a analizar los diferentes aspectos problemáticos de la relación entre identidad colectiva y culpabilidad penal, es necesario realizar una primera aproximación tanto al concepto de identidad en sentido general, como también a la identidad de la organización colectiva en concreto. El objetivo es explorar qué tipo de identidad se le atribuye al tipo de colectivos que denominamos organizaciones –paradigmáticamente: las empresas– (b). No obstante, con anterioridad es necesario realizar tres aclaraciones metodológicas, a través de las cuales se ordenarán determinadas ideas relacionadas con la actual discusión sobre la culpabilidad empresarial, y que servirán para sentar algunas bases de la posterior discusión (a).

a) Tres cuestiones metodológicas

a.1. El método funcional frente al método estructural

Como se ha explicado en el anterior capítulo, gran parte de las fundamentaciones de la culpabilidad empresarial se han realizado sobre la base de un método funcional: en tanto el sistema jurídico decide “en función” de sus propias necesidades organizativas, y si éstas así lo interpretan, tanto sujetos individuales como colectivos pueden ser reconstruidos y observados como si fueran “lo mismo”⁵⁰⁴. Como ficciones o construcciones que tienen su origen en los sistemas que observan, individuo o empresa son sujetos funcionalmente equivalentes para la comunicación social y, por tanto, ambos pueden ser parte de la comunicación jurídico-penal⁵⁰⁵. Incluso desde posiciones que no son abiertamente funcionalistas se sostienen opiniones similares, como por ejemplo cuando se afirma que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha de

⁵⁰⁴ TEUBNER/HUTTER, *Homo Oeconomicus*, p. 579; sobre la equivalencia funcional, LUHMANN, *Ilustración sociológica*, p. 35: “El método funcional de equivalencia necesita sólo un punto de vista abstracto, con relación al cual varios efectos pueden tener la misma función”; el mismo, *Soziologische Aufklärung I*, pp. 9-30; vid. al respecto, críticamente: GIMÉNEZ ALCOVER, *Niklas Luhmann*, pp. 53 y ss. En relación a la responsabilidad colectiva, DAN-COHEN (Sanctioning Corporations, p. 18) afirma que “las corporaciones son punibles si y solo si su punición se acercase o fuese equivalente a la punición de seres humanos individuales”, tras lo cual identifica dos tipos de teorías por las que se pretende justificar tal equivalencia, la vía «holística» y la «reduccionista».

⁵⁰⁵ Diferentes versiones de esta equiparación o analogía entre sujeto individual y colectivo se encuentran en: HEINE, *Modelos de responsabilidad*, p. 47; *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 271; *Plädoyer für ein Verbandsstrafrecht*, p. 103, quien habla de una “transposición analógico-funcional” de las categorías penales del primero al segundo; como también en HIRSCH (Responsabilidad penal de las asociaciones, p. 1112) quien habla de ambos en términos de “fenómenos paralelos”.

aceptar por razones político-criminales; esto es, por razones de funcionalidad en relación a determinados fines⁵⁰⁶. Ahora bien, como han afirmado MORGESON y HOFFMANN, el método funcional, por su carácter abstracto, obliga a renunciar al análisis de las diferencias en el plano lógico-estructural: “si bien un análisis de las funciones puede ayudar a integrar diferentes niveles, también conlleva un tipo de concepción menos diferenciada de los propios constructos”⁵⁰⁷. Es decir, en la medida en que dichos análisis funcionales “ignoran diferencias estructurales subyacentes”, se quedan en un “nivel superficial” donde no es necesario definir las partes constitutivas o estructuras del constructo, ni tampoco sus elementos, “lo que resulta en una pérdida de poder explicativo dependiendo de su aplicación”⁵⁰⁸. La idea central es que todo análisis funcionalista se define por facilitar la construcción de conceptos que operan a diferentes niveles y contextos, todo ello a costa de ignorar las diferencias estructurales de aquello que se esconde bajo dichas construcciones.

A partir de ahí, en relación a la responsabilidad en individuos y colectivos, el proceso es claro: el funcionalismo está en la base de casi todas las justificaciones de la culpabilidad colectiva porque permitiría equipararlos funcionalmente a costa de ignorar sus diferencias⁵⁰⁹. Por ejemplo: al recurrir al concepto transversal de comunicación, se ignora la diferencia en términos de conciencia entre individuo y organización; lo que ocurre también con el concepto de expectativa, con el que se consigue obviar que la organización, a diferencia del sujeto individual, no puede orientarse por el contenido de la norma. El principal problema que estas teorías presentan a la hora de aproximarse al derecho penal es, de nuevo, el de dónde se colocan los límites a dichas construcciones⁵¹⁰. O lo que es lo mismo, partiendo de «equivalencias funcionales», cuándo las diferencias estructurales son suficientemente significativas como para que

⁵⁰⁶ Por todos: ZUGALDÍA, *Responsabilidad*, pp. 17 y ss.

⁵⁰⁷ MORGESON/HOFMANN, *Collective Constructs*, p. 255.

⁵⁰⁸ MORGESON/HOFMANN, *Collective Constructs*, p. 255.

⁵⁰⁹ Así, HEINE (*Modelos de responsabilidad*, p. 49) para quien entre el derecho penal individual y el empresarial, “no se trata de fundamentar de manera novedosa dicha « semejanza », sino del cumplimiento de una función análoga”.

⁵¹⁰ El mismo LUHMANN (*Ilustración sociológica*, pp. 22 y s.) lo reconoce como problema, pero afirma que la crítica al “recurso al infinito” que supone el funcionalismo opera sólo “en relación con un pensamiento que se mueve dentro de las suposiciones especulativas ontológicas”. Por el contrario, “del método funcionalista no se espera de manera alguna tal fundamento para un criterio de referencia (...), el método funcionalista debe fundamentar precisamente la posibilidad de que algo puede ser y también no ser, de que algo es reemplazable”.

sean tenidas en cuenta como obstáculo en la búsqueda de nuevos centros de imputación. En la presente parte se indagará precisamente la cuestión que se acaba de formular.

Por otro lado, el método deviene problemático por sus consecuencias paradójicas. En relación a la culpabilidad empresarial, se sostiene que afirmar que empresa e individuo son funcionalmente equivalentes no quiere decir que sean idénticos, tampoco en su culpabilidad⁵¹¹. Sin embargo, la afirmación es paradójica cuando se realiza desde presupuestos funcionalistas por varios motivos. Por un lado, porque para dicha teoría, equivalencia funcional es necesariamente plena identidad, ya que lo observado se define precisamente por la función que cumple para el observador y nada más⁵¹²; a no ser que, de nuevo paradójicamente, se salga de la episteme sistémica para justificar diferencias desde el plano ontológico o fenoménico al cual se había renunciado de ante mano. Por otro lado, afirmar que ser humano y empresa son diferentes resulta no menos que una obviedad, a partir de la cual surge la pregunta de cómo el sistema jurídico puede reducir la complejidad tratando lo inidéntico como (funcionalmente) idéntico⁵¹³.

Por tanto, al método de la equivalencia funcional, útil en algunos aspectos, es necesario sumarle otras consideraciones metodológicas que permitan atender al fenómeno penal no sólo en el plano de las funciones sociales, sino también en el plano del objeto tratado; o dicho de otro modo, en los diferentes grupos de casos (*topoi*) en los que agrupamos los comportamientos relevantes para el derecho. Se han de analizar, por tanto, las diferencias estructurales entre sujeto individual y empresarial en aspectos de la

⁵¹¹ GÓMEZ-JARA, *Personas jurídicas*, p. 462; *Fundamentos*, p. 380, nota 1098; *Autorregulación*, p. 278.

⁵¹² REYES ALVARADO (*Verbandshaftung*, pp. 427) afirma que desde la perspectiva social, “el concepto de acción y el de culpabilidad son dogmáticamente idénticos tanto para la persona física como para la jurídica, lo cual a su vez conduce al reconocimiento de la responsabilidad empresarial”; también, GÓMEZ-JARA, *Personas jurídicas*, p. 462, cita 27: “Desde esta perspectiva resulta fundamental, por tanto, indicar qué función cumple el Derecho penal, puesto que será a partir de dicha función que se pueda considerar la equivalencia entre culpabilidad individual y culpabilidad empresarial”; en otro lugar, *Fundamentos*, p. 151: “La imputación de culpabilidad a un sistema autopoiético organizativo significaría lo mismo que la imputación de culpabilidad a un sistema autopoiético psíquico”. En ese sentido describe lo funcional SEARLE, *Construcción*, p. 33: “las funciones nunca son intrínsecas sino relativas al observador”.

⁵¹³ Algo así parece indicar JAKOBS (*Strafbarkeit*, p. 562) llevando el argumento al extremo: “Puesto de forma polémica, si persona equivaliera a ser persona, entonces la persona jurídica también tendría un derecho a no ser disuelta de forma arbitraria, o a no ser fusionada con otra, en general, a no ser mezclada entre los objetos del derecho de cosas (...). De forma más seria: de acuerdo con el artículo 19 párrafo 3 de la GG los derechos fundamentales también tienen vigencia para las personas jurídicas de dentro del país, pero sólo en la medida en que ‘su esencia les sea de aplicación’; evidentemente, todo lo que sirve para una persona natural no sirve para una persona jurídica”. También, críticamente, DAN-COHEN, *Sanctioning Corporations*, p. 17: “castigar a las corporaciones requiere forzarlas, conceptual y normativamente, a una pre-existente cama procrustiana (*Procrustean bed*) designada para acomodar a otro tipo de ocupante”.

identidad penalmente relevantes, como por ejemplo la «continuidad biográfica», el carácter compuesto del sujeto colectivo y el unitario del individual, la memoria, la identidad subjetiva, la ética moral o la política. Y ello no porque se considere que la ontología de ambos sujetos imponga límites infranqueables, sino más bien porque cuando dos realidades o fenómenos son muy diferentes entre sí, un tratamiento jurídico equivalente suele dar lugar, habitualmente y salvo prueba en contrario, a soluciones contradictorias. En cualquier caso, al poner de relieve esas diferencias se pretende investigar si, en este caso en concreto, la equivalencia funcional supera o no los límites a partir de los cuales el aparato conceptual del derecho penal deja de tener coherencia y racionalidad.

a.2. Una crítica a la pretensión de modernidad de la culpabilidad empresarial

Por otro lado, las fundamentaciones de la culpabilidad empresarial, especialmente la constructivista, parecen basarse en la idea de que el cambio de paradigma que proponen –por el que se sustituye la visión antropocéntrica por la sistémica o social– obedece a una necesidad de modernización del derecho. Según GÓMEZ-JARA, la introducción de la culpabilidad empresarial “da cuenta de la profunda transformación que ha sufrido la sociedad moderna”. En ese sentido, y según el “entendimiento de la sociedad moderna (...), la institucionalización de la responsabilidad penal empresarial podría constituir, por tanto, una suerte de “actualización” del Derecho penal”⁵¹⁴.

Se observa claramente cierta pretensión de modernidad como justificación del cambio de paradigma en las cuestiones centrales del derecho penal –esto es, de la sustitución del paradigma kantiano (por no volver más atrás) por el de la teoría de sistemas–. Se parte, en primer lugar, de una visión “evolucionista” del derecho: se afirma que la sociedad se ha diferenciado funcionalmente, desintegrándose en subsistemas cada uno con su propia racionalidad, lo que exige también una evolución paralela en el campo jurídico, tendente a una mayor reflexividad y desindividuación del mismo⁵¹⁵. Por otro lado, se afirma que la sociedad lo es cada vez menos de personas y más de organizaciones, en el sentido de

⁵¹⁴ GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 286; igualmente: BACIGALUPO SAGGESE, *Criterios de imputación*, p. 3. También, ENGELHART, *Unternehmen und Compliance*, pp. 658: “La extensión del derecho penal a las empresas conduce a la pregunta general: ¿qué derecho penal queremos para el siglo 21? Queremos el derecho penal fuerte, individualista (basado en el hombre como individuo) e idealista, diseñado en el código penal de 1871?”. De modo similar, ZUGALDÍA, *Responsabilidad*, pp. 13 y ss.

⁵¹⁵ TEUBNER, *Substantive & Reflexive Elements*, pp. 241 y ss.; vid. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung I*, pp. 137-153. Cfr. al respecto: GIMÉNEZ ALCOVER, *Niklas Luhmann*, pp. 131 y ss.; MÜSSIG, *Zurechnungsformen*, p. 425.

que las acciones y decisiones relevantes se producen en contextos organizativos (empresas, instituciones, etc.) y raramente en contextos individuales⁵¹⁶. Desde esta perspectiva, el discurso penal ha de responder a este cambio adaptándose al nuevo entendimiento organizativo y abriéndose a formas de imputación colectiva. Al mismo tiempo, se tienden a presentar las críticas a la culpabilidad empresarial como planteamientos deudores del idealismo, desfasados para los tiempos actuales y correspondientes a sociedades menos evolucionadas que la contemporánea⁵¹⁷, donde se pretendería nada menos que “castigar almas” o utilizar un derecho penal “ético-moralizante”⁵¹⁸. Se aduce en ocasiones, además, que detrás de todo ello se escondería una voluntad de reproducir relaciones de dominio injustas, en la medida en que al excluir a la persona jurídica del derecho penal se estaría excluyendo subrepticamente al “poderoso” –que suele actuar como persona jurídica–, y se estaría limitando el derecho penal al “*lower class crime*”⁵¹⁹.

Este tipo de juicios, por otra parte, corren en paralelo a las propias tesis de LUHMANN, cuya teoría de sistemas se ha presentado como una “ilustración sociológica” con una función liberadora de viejos dogmas y pretensiones del humanismo de la “vieja Europa”⁵²⁰. No es lugar aquí para demostrar lo cuestionable de esta visión de la sucesión histórica, como tampoco del reduccionismo de contraer la tradición del pensamiento jurídico a una tensión entre el idealismo alemán y la teoría de sistemas, entre lo “clásico” y lo “moderno”. Por otro lado, es un fenómeno constatable –y en eso tienen razón estos autores– que en el ámbito penal la incidencia de las organizaciones empresariales en los ámbitos de riesgo para bienes jurídico-penales es de gran calado⁵²¹. Ahora bien, el creciente protagonismo de las empresas en una sociedad del riesgo,

⁵¹⁶ En ese sentido: LENK/MARING, *Verantwortung*, p. 242; HETZER, *Schuldlose Sanktionssubjekte?*, p. 363.

⁵¹⁷ En ese sentido: ENGELHART, *Unternehmen und Compliance*, pp. 658. En sentido contrario, proclamando la actualidad de HEGEL (revisado desde una mirada contemporánea): PAWLIK, *Libertad institucionalizada*, p. 7.

⁵¹⁸ ZUGALDÍA, *Responsabilidad*, pp. 14 y ss.

⁵¹⁹ En ese sentido, ZUGALDÍA, *Responsabilidad*, pp. 17 y ss.

⁵²⁰ LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 6*, p. 163. Un ejemplo claro, en el derecho penal, es MÜSSIG (*Zurechnungsformen*, pp. 423 y s.), que a pesar de la influencia de HEGEL, considera que el derecho penal moderno “ya no se puede fundamentar en la filosofía idealista del derecho”, sino que debe buscar su fundamento en “la comunicación como médium de la sociedad, como proceso reflexivo de diferenciación (...). Esa es la consecuencia metodológica de esa evolución histórica, (...) un proceso que no sólo disuelve las identidades tradicionales, sino que también va acompañada de una fragmentación de la racionalidad”.

⁵²¹ ROTSCHE, *Großunternehmen*, pp. 41 y ss.: Para una clara descripción, vid. GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, pp. 337-348; KIRCH-HEIM, *Sanktionen*, p. 39; ZUGALDÍA, *Responsabilidad*, pp. 12 y ss.

policéntrica y diferenciada funcionalmente como la contemporánea tiene un poder justificativo más limitado de lo que se pretende. Parece que hay acuerdo acerca de la necesidad de que el Estado controle los riesgos empresariales y fomente la autorregulación, lo que no justifica que dicha necesidad se cumpla a partir de una identificación entre individuo y empresa, que a su vez obligue a modificar toda la teoría del delito, con las consecuencias que ello puede tener para el principio de culpabilidad y las reglas de imputación penal⁵²². Tampoco es admisible pretender invalidar determinados principios fundadores del derecho a partir de una petición de principio como es la denominada «ilustración sociológica». Quien quiera negar, por ejemplo, la importancia de la libertad y la conciencia individual (aquella que sufre el castigo) en lo que a la justificación del derecho, la pena o la culpabilidad se refiere, deberá hacer un gran esfuerzo argumentativo para afirmar que aquellas tenían importancia en la sociedad del siglo XIX pero no ya en la sociedad actual. Cabe decir aquí, con DAMM, que “la sociedad del riesgo no es solamente la ‘sociedad de individuos’ o la ‘sociedad de organizaciones’, sino la ‘sociedad de organizaciones de individuos’”⁵²³.

Por otra parte, vuelve a producirse en el discurso la sinécdoque⁵²⁴ por la que se reduce el todo a una de sus partes: es cierto que el planteamiento sistémico de una individualidad cosificada y controlada por los procesos funcionales y organizativos, que se imponen por necesidades de racionalidad sistémica, describe bien ámbitos de la sociedad como el burocrático-administrativo o el económico⁵²⁵; la cuestión es, sin embargo, si ello sirve para explicar la sociedad entera, y mucho menos el ámbito jurídico. Esa es precisamente una de las críticas que se ha realizado a la teoría de sistemas de LUHMANN: la “cosificación total de las relaciones sociales no refleja la realidad, sino solo una inquietante tendencia de la sociedad actual”⁵²⁶. Dicha tendencia está poco presente en el ámbito jurídico-político debido al fuerte elemento individualizador que suponen los

⁵²² Se muestra preocupado en ese sentido: SEELMANN, Punibilidad, p. 367.

⁵²³ DAMM, *Neue risiken und neue Rechte*, p. 187.

⁵²⁴ El vocablo “sinécdoque” es una figura retórica mediante la cual se toma la parte por el todo.

⁵²⁵ El ámbito económico está altamente cosificado por el medio de regulación generalizado que es el dinero, mientras que la Administración lo está por las jerarquías de poder; en ambos casos el poder individual es circunstancial en relación a las normas de actuación que en ellos impera, vid. LÓPEZ DE LIZAGA, *Lenguaje y sistemas sociales*, pp. 18-24. El derecho y la política, en cambio, se rigen por criterios menos regularizados.

⁵²⁶ LÓPEZ DE LIZAGA, *Lenguaje y sistemas sociales*, p. 25, quien se refiere, además, a la crítica de HABERMAS.

conceptos de «derecho subjetivo» y de «ciudadano» respectivamente. Éstos sirven, no sólo para hacer avanzar al sistema, sino también para proteger la esfera de libertad individual de una total “cosificación”. Es más, en lo que a las implicaciones políticas respecta, como se ha de ver en el Capítulo 6 de la presente parte, no está claro que la mejor solución para regular las organizaciones empresariales sea la de otorgarle el máximo estatus, de protección y garantías, que conoce el ordenamiento jurídico.

En definitiva, el entendimiento moderno de nuestra sociedad, por el que los sistemas organizativos serían los nuevos sujetos centrales de las relaciones sociales y los seres individuales serían como niños en la sociedad del riesgo⁵²⁷, afecta tendencialmente y sólo en algunos ámbitos⁵²⁸. Entre ellos no debe estar necesariamente el derecho penal, precisamente por su deber de protección del individuo y su dignidad frente al Estado o a terceros, y por su anclaje en el principio de culpabilidad⁵²⁹. La argumentación de la evolución social justificaría, en ese sentido, la intervención del Estado en lo que ocurre en las organizaciones empresariales; cuestión distinta es si ello es suficiente para afirmar que dicha intervención deba realizarse mediante la aceptación de una culpabilidad colectiva.

a. 3. ¿Es posible una crítica a la culpabilidad colectiva desde una perspectiva no naturalista/idealista?

En tercer lugar, es preciso abordar la opinión común de que sólo desde un derecho penal naturalista o desde el idealismo es posible objetar la inclusión de las personas jurídicas en el derecho penal. Dicha argumentación da por sentado que no existen argumentos puramente normativos o jurídicos para afirmar la difícil compatibilidad entre el sujeto colectivo y el concepto de culpabilidad. Por ese motivo, se critica a los autores que excluyen a la persona jurídica del derecho penal por utilizar conceptos de acción, hecho antijurídico, causalidad o culpabilidad demasiado apegados a la subjetividad individual –demasiado idealistas⁵³⁰– o a la realidad objetiva –demasiado naturalistas⁵³¹. Se

⁵²⁷ ROTSCHE, *Großunternehmen*, p. 40.

⁵²⁸ LÜDERSSEN (Aggregative Model, p. 91) advierte esta tendencia desde una perspectiva crítica y desde la perspectiva de la autorregulación empresarial.

⁵²⁹ Eso mismo indica JAKOBS (Strafbarkeit, p. 566) al afirmar que nuestro modo de entender el principio de culpabilidad y nuestro modo de entender la empresa implica la imposibilidad de considerar a ésta como sujeto jurídico-penal activo.

⁵³⁰ Críticos con la responsabilidad penal colectiva, desde una posición influenciada por el idealismo hegeliano: KÖSTLIN, *System*, §40 pp. 121 y ss.; ABBEG, *Lehrbuch*, §§ 70, 71; Sobre ello: VON FREIER, *Verbandsstrafe*, pp. 126 y ss. (cita 308); PAWLIK, *Unrecht des Bürgers*, pp. 290 y ss. En el planteamiento

propone, en cambio, su sustitución por conceptos comunicativos y, por tanto, más abiertos a su utilización respecto a organizaciones: así, aunque la persona jurídica se considere incapaz de llevar a cabo una acción empíricamente observable, sí que podría integrarse en un concepto comunicativo de delito, que para la persona jurídica describiría una organización defectuosa que comunica falta de fidelidad a la norma⁵³².

Ahora bien, afirmar que el sujeto al que se aplica la pena o la culpabilidad ha de tener algún reflejo interno en el sujeto (básicamente razón y voluntad), no significa adoptar una postura naturalista o idealista. Significa, por el contrario, considerar el derecho como un sistema que trata con «hechos institucionales» en el sentido de SEARLE, esto es: que funciona con unas estructuras conceptuales socialmente consolidadas sin las cuales el sistema mismo perdería su racionalidad como conjunto⁵³³. Así, un sistema penal que prescindiera del concepto de culpabilidad o de agencia, o que los transforme sustancialmente, podría perder racionalidad, por ejemplo si decidiese aplicarse a locos o a niños. El sistema jurídico no trata con meras realidades brutas o naturales, sino con «estructuras de entendimiento institucionalizadas»⁵³⁴, consolidadas en nuestra cultura jurídica, sin las cuales determinadas intervenciones perderían su fundamento racional.

En esa línea, aludir a las capacidades racionales o volitivas del sujeto penal no significa postular un naturalismo, sino que significa considerar como hecho institucional que el ciudadano, para poder ser sujeto pasivo de una pena, tiene que cumplir determinadas

de HEGEL, la persona jurídica aparece tan sólo en el momento de la “eticidad” (“*Sittlichkeit*”), pero no en el de la moralidad (“*Moralität*”), siendo precisamente este momento el que sirve de contexto para la imputación subjetiva en el derecho penal, cfr.: HEGEL, *Grundlinien*, p. 411, §250 y ss.

⁵³¹ Por ejemplo: REYES ALVARADO, *Verbandshaftung*, pp. 413 y ss. En sentido similar, en su defensa de la culpabilidad colectiva, KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, p. 299, 297: “el derecho y la ética no deben concluir en un biologicismo”. Por su parte, GÓMEZ-JARA (*Fundamentos*, pp. 148 y ss.), remite repetidamente, en sus críticas a quienes se oponen a la culpabilidad empresarial (JAKOBS, VON FREIER o KÖHLER), a la influencia del idealismo alemán. Califica, además, de “naturalista” la crítica a la “falta de hecho” de la persona jurídica: *Ídem*, p. 145, cita 414. También, BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, p. 100: “En este sentido, se verá más adelante como una normativización del concepto de sujeto debería permitir romper con el naturalismo que ha dominado desde Savigny en esta materia. Presupuesto de esta reorientación es la superación de la filosofía de la conciencia y reemplazo de la razón práctica por la razón comunicativa”. Acerca de la tensión entre normativismo y naturalismo en lo que a la pena a la persona jurídica respecta: v. FREIER, *Verbandsstrafe*, pp. 112 y ss.

⁵³² Respecto al concepto de acción: KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, p. 314; respecto al concepto de causalidad, por ejemplo: LÜBBE, *Verantwortung*, pp. 134 y ss.

⁵³³ SEARLE, *Construcción*, pp. 93 y ss. En sentido parecido, en contra del normativismo NEUMANN, *Verbänden*, p. 17: “Desde un punto de vista jurídico la acción no es natural, sino institucional, esto es, un hecho constituido desde patrones de interpretación jurídica y social”.

⁵³⁴ En esa línea: ALWART, *Collective Entities*, p. 146. “Las estructuras de responsabilidad constituyen una práctica común sobre las que no podemos disponer como queramos”. Habría que decir, de mejor modo, “sobre las que no se puede disponer arbitrariamente”.

características subjetivas, como tener capacidad de agencia o de comprensión de sentido. Al fin y al cabo, es el ciudadano, y no el sistema mismo, el que recibe el reproche penal⁵³⁵. Tampoco significa naturalismo reconocer que la estructura del concepto de culpabilidad está constituida sobre la capacidad de una decisión propia del sujeto culpable; significa simplemente que forma parte de nuestra cultura jurídica entender como castigo justo solo aquél que cumple determinados requisitos de imputación. En cualquier caso, no se parte aquí de una visión del ser humano como una realidad puramente natural (eso es el naturalismo⁵³⁶, como el que supone la definición del sujeto como «organismo» o «autopoiesis»⁵³⁷) sino desde una óptica más comprensiva, como ser racional, libre y co-responsable del ordenamiento jurídico. Tener en cuenta el modelos psicológicos del conocimiento para construir categorías como la culpabilidad o el dolo no es partir de una perspectiva excesivamente naturalista, es simplemente atender a las características del sujeto al que la teoría misma se aplica⁵³⁸.

En definitiva, desde el punto de vista aquí sostenido, la crítica al naturalismo o idealismo de la exclusión del sujeto colectivo del derecho penal es una crítica demasiado fácil, como lo sería tachar el planteamiento sistémico en su conjunto como falso o como irrelevante para el derecho penal. La perspectiva no debería ser, por tanto, si lo que se afirma se etiqueta como naturalismo, idealismo o constructivismo, sino si lo que dichas teorías afirman tiene como base distinciones y fenómenos relevantes desde un punto de vista normativo.

a.4. Una diferenciación entre “lo normativo” y “el normativismo”

Por último, en el debate sobre la culpabilidad colectiva es recurrente otro equívoco, que conviene resaltar, que hace referencia a la noción de “lo normativo”. Los mismos

⁵³⁵ Evidentemente, ello implica que en la definición de “sujeto penal”, en tanto se trata de sujetos también naturales, se tiene que hacer referencia a su condición como tales. Vid., al respecto HILGENDORF, *Naturalismus im (Straf-)Recht*, pp. 94 y s. Pero ello no pone de manifiesto una posición naturalista; tan sólo significa que no hay otro modo de construir un concepto que atendiendo a la realidad a la que está referido (en este caso se trata de la realidad humana como referencia del concepto de “hombre”; y en el caso de la empresa se podría tratar del concepto de lo “organizativo”).

⁵³⁶ Un repaso a las distintas fases y tipos de naturalismo en relación al derecho: HILGENDORF, *Naturalismus im (Straf-)Recht*, pp. 83-102

⁵³⁷ vid. I.2.b.2.3. Un análisis de planteamientos “sociobiológicos” distintos al de LUHMANN, y calificados como naturalistas: HILGENDORF, *Naturalismus im (Straf-)Recht*, pp. 90 y ss.

⁵³⁸ En palabras de SIMMEL, *Sociología I*, p. 31: “No cabe duda de que todos los acontecimientos e instintos sociales tienen su lugar en el alma”. Con ello sólo se quiere decir, para el caso que nos ocupa, que la declaración de culpabilidad o la imposición de una pena no son fenómenos que tengan efectos comunicativos en la sociedad, sino que los tiene primariamente sobre el sistema psicofísico concreto al que se refieren.

autores constructivistas que tratan de desautorizar a quienes excluyen a las personas jurídicas calificando sus planteamientos de “naturalismo” o “idealismo”, contraponen dichos planteamientos con lo que identifican como “normativo”. Por ejemplo, se plantea como “normativo” un concepto de sujeto penal independizado del sujeto ontológico, y reducido al hecho de ser «portador de derechos y deberes», o al concepto de «sistema autopoiético»⁵³⁹. En relación a la culpabilidad colectiva, se afirma muy a menudo que, si bien desde una óptica naturalista o psicológica la empresa carecería de capacidad de acción libre o de culpabilidad, no sucede así desde una óptica «normativa», pues desde ella es posible atribuirle normativamente tanto una capacidad de organización como una culpabilidad equivalentes a las del individuo⁵⁴⁰.

A lo largo de esta parte se ha de analizar si estos postulados, muy a menudo relacionados con la ya analizada premisa de la autorreferencialidad del sistema jurídico, se corresponden con esa presunta «normatividad» de la ciencia jurídica, o si son más bien una manifestación de lo que se ha conocido como “positivismo” y más recientemente como “normativismo”⁵⁴¹. Dicho de otro modo, una concepción normativa del derecho casaría mucho más como una definición del mismo como conjunto de selecciones o juicios –justo/injusto, culpable/inocente, capaz/incapaz, entre otros– orientados valorativa y normativamente⁵⁴², y no tanto con una visión en la que el derecho aparece como un sistema encapsulado en unas distinciones que se tienen como referencia a sí mismas. En cualquier caso, a pesar de que sus seguidores caen a menudo en esa identificación entre lo normativo y lo funcional o normativista, ello no es algo que se pueda encontrar en LUHMANN, quien deja muy claro, como se vio en la parte

⁵³⁹ Por ejemplo, REYES ALVARADO, *Verbandshaftung*, p. 426: “Una concepción normativa de la teoría del delito reconoce que el concepto de persona no es ontológico, sino aplicable a cada uno de los sujetos de derechos y deberes”.

⁵⁴⁰ GÓMEZ-JARA (*Fundamentos*, pp. 290 y ss.), se refiere al concepto de persona, que desde una “visión jurídica (normativa)”, se concibe como una construcción del propio sistema que observa. Sin embargo, el ejemplo más claro es el concepto de «hecho», en el que, según esa «concepción normativa», es posible integrar la configuración extendida en el tiempo que la persona jurídica hace de su propio ámbito de organización (p. 360). Sobre ello, vid. extensamente: II.3.c.

⁵⁴¹ FEIJOO SÁNCHEZ, *Normativización del derecho penal*, pp. 458 y ss., define normativismo como “un punto de partida metodológico ajeno a fundamentaciones de tipo ontológico o de tipo trascendental de acuerdo con el que se entiende que las reglas y los conceptos no están predeterminados al Derecho penal ni a la Ciencia del Derecho Penal –son contingentes y podrían ser de otra manera– sino que son creados autónomamente por sí mismos”.

⁵⁴² En ese sentido: SEELMANN, *Punibilidad*, p. 369. Crítico con el positivismo por desconocer el momento “normativo”, WELZEL, *Estudios*, p. 213. En sentido similar: MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, pp. 16 y s., 129 y ss.; NEUMANN, *Verbänden*, p. 14.

anterior, que los conceptos que maneja el funcionalismo sistémico están despojados de toda connotación normativa⁵⁴³.

b) Identidad y culpabilidad: esquema conceptual previo

Toda decisión acerca de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad de un sujeto suele plantear preguntas acerca de su identidad. Así, la exclusión de las personas con enfermedades mentales o de los niños del concepto de culpabilidad tiene que ver, además de con cuestiones de prevención, con ciertos déficits en la identidad de los mismos. La idea de fondo sería la siguiente: para que la imposición de una pena y la adscripción de una culpabilidad tengan sentido es necesario, en primer lugar, que dicho sujeto tenga las capacidades que justificarían su estatuto de agente moral; y, en segundo lugar, es necesario que el sujeto al que afectan sea «el mismo» que el que cometió el delito. Ello es necesario no sólo de cara a que el sujeto pueda interiorizar aquellas consecuencias como merecidas, relativas a un hecho que le pertenece como propio⁵⁴⁴, sino también por una cuestión de legitimidad. Es decir, la pena es legítima sólo si existe suficiente identidad entre la persona en el momento del delito (S1⁵⁴⁵) y en el momento en el que se declara culpable y se le impone una pena (S2), y por supuesto también a lo largo de su ejecución (S3)⁵⁴⁶. Dicha exigencia está directamente relacionada con el principio de culpabilidad en sentido amplio, así como con sus dos principales manifestaciones: la «responsabilidad por el hecho propio» y la «personalidad de las penas»⁵⁴⁷. En ese sentido, se vulnera el principio de culpabilidad cuando la pena recae sobre un sujeto que es distinto al que cometió el delito, sea porque se trata de un tercero respecto de aquél, o porque se trata del mismo «sujeto físico» que, sin embargo y por diversos motivos, ya no puede reconocerse a sí mismo en el sujeto que delinquiró.

⁵⁴³ LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, p. 45; en su crítica, también: HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 115.

⁵⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Identidad*, p. 676: “Para que pueda efectuarse una imposición de responsabilidad y pena merecidas por S en t-2 (y no meramente un anacrónico juicio de responsabilidad y pena merecidas por S en un t-1 ya pasado), es preciso, de entrada, que S en t-2 no constituya un mero objeto que «sufre» tales juicios como daños, sino también un sujeto que los «entiende» como reacciones con sentido a un «hecho propio» que asimismo expresaba sentido”. Igualmente: ARTAZA VARELA, *Empresa*, p. 221.

⁵⁴⁵ En adelante se hará referencia a estos tres momentos del siguiente modo: S1 (Sujeto-del-momento-del-hecho); S2 (Sujeto-al-que-se-declara-culpable) y S3 (Sujeto-de-la-ejecución-de-la-pena).

⁵⁴⁶ En ese sentido: JAKOBS, *Strafbarkeit*, p. 569; SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, p. 382.

⁵⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Identidad*, p. 662; consideran dicho principio como el principal impedimento para aceptar una auténtica responsabilidad penal en la empresa: MIR PUIG, *Bases constitucionales*, p. 127; de TOLEDO Y UBIETO, *¿Responsabilidad penal de los entes sociales?*, p. 150.

b.1. La conexión entre el principio de culpabilidad y el de identidad

Como se ha anunciado, el proceso de imputación penal tiene como uno de sus puntos de anclaje el propio sujeto imputado, esto es, su existencia como identidad diferenciada del mundo de las cosas y de los fenómenos naturales⁵⁴⁸. Por esa razón no existe la imputación penal de un resultado de daños a un proceso natural, como una inundación o un fuego, como tampoco se imputan unas lesiones a un macetero que cae sobre un sujeto. Todo ello vale también, de un modo o de otro, cuando lo que se discute es la culpabilidad de las organizaciones colectivas. Como ha destacado QU Aid: “La idea de una identidad diferenciada es el primer paso para el reconocimiento de las corporaciones como actores responsables”⁵⁴⁹.

Por otro lado, la importancia de la identidad se entiende también desde un concepto de culpabilidad jurídica que no sea una pura atribución normativa sino que, al contrario, sea en cierto modo dependiente del concepto de agencia moral⁵⁵⁰. Es decir, si bien la capacidad de agencia y culpa moral no son requisitos suficientes para la culpabilidad jurídica –se requieren también necesidades preventivas, pues un niño de 16 años puede sentirse culpable por algo sin que por ello el ordenamiento deba necesariamente considerable capaz penalmente–, sí que constituye un requisito necesario, en el sentido de que sólo pueden realizar una toma de posición frente al derecho quienes tienen una capacidad mínima de comprender, en general, el sentido de su interacción con el mundo que les rodea. Ello no implica, sin embargo, sostener un concepto de culpabilidad penal de contenido moral o psicológico, pues es posible separar los requisitos subjetivos, que en el caso del individuo podrían identificarse como psicológicos, del contenido

⁵⁴⁸ KANT, *Metaphysik der Sitten*, Einleitung, XXIII: “Una cosa es algo que no es susceptible de imputación. Todo objeto de libre arbitrio, carente él mismo de libertad, se llama, por tanto, cosa (res corporalis)”. Habría que ver si las personas jurídicas serían la excepción a este axioma, en tanto se situarían en un punto medio entre el mundo de los sujetos (plenamente) libres y el de las cosas.

⁵⁴⁹ QU Aid, *Corporate Criminal Liability*, p. 75. En términos de “esencia”, EIDAM, *Straftäter Unternehmen*, p. 104, 117: “Es la esencia específica de la persona jurídica la que, en mi opinión, marca el camino para su capacidad de culpabilidad”. También GÓMEZ-JARA (Personas jurídicas, p. 466), en relación a la conexión entre libertad, identidad y culpabilidad en la tradición jurídico-penal: “Obvia realizar aquí consideraciones sobre la importancia que la conciencia humana ha tenido no ya para la discusión jurídico-penal, sino para numerosos debates filosóficos, de entre los cuales destaca el relativo a la identidad de la persona”.

⁵⁵⁰ Aunque con discrepancias terminológicas, la idea de NINO (*Constructivismo ético*, p. 33) es la misma: “Tan importante como distinguir la moral positiva y la moral ideal es advertir sus puntos de contacto. Uno de esos puntos está dado por el hecho de que sin la formulación de juicios acerca de una moral ideal no habría moral positiva”.

normativo de dicho concepto⁵⁵¹. Es decir, es posible sostener un concepto normativo de culpabilidad –por tanto, no psicológico– y al mismo tiempo afirmar que para ser capaz de dicha culpabilidad es necesario ser acreedor de determinadas facultades –capacidad de comprensión de sentido– que justificarían la competencia penal⁵⁵². En otras palabras: no sólo es posible, sino además coherente, sostener un concepto de culpabilidad como “déficit de motivación jurídica”⁵⁵³ y, al mismo tiempo, exigir para su atribución precisamente esa capacidad de motivación. Lo anterior no conlleva situar la moralidad o lo psicológico como contenido de la culpabilidad penal, sino que, al contrario, supone reconocer como fundamento de todas ellas un determinado conjunto de cualidades del ser que denominamos identidad⁵⁵⁴.

Por otra parte, en términos filosóficos, la culpabilidad en general se puede interpretar como una ruptura en la identidad, como cierta discordancia del sujeto consigo mismo: una disfunción entre lo que el sujeto espera de sí y lo efectivamente realizado (conectada también a una dimensión social, cuando la disfunción se produce respecto a lo que esperan otros). En palabras de RICOEUR: la culpabilidad puede interpretarse una discordancia entre el “yo de los actos concretos” y el “yo primordial” que permanece “por encima o más allá de sus actos”⁵⁵⁵. Dicha discordancia está presente en todas las versiones del concepto: la culpabilidad moral se explica como una disfunción entre los actos y la conciencia moral; la culpabilidad social como una entre lo que el “yo” realiza y lo que la sociedad espera del mismo en referencia al hombre medio; la culpabilidad

⁵⁵¹ Sobre la necesidad de no equiparar o identificar en exceso culpabilidad penal y moral: HIRSCH, *Responsabilidad penal de las asociaciones*, pp. 1110 y s.

⁵⁵² En ese sentido, HART, *Punishment and Responsibility*, p. 215.

⁵⁵³ JAKOBS, *DP.PG.*, § 17/18, pp. 579 y ss.

⁵⁵⁴ La idea la ha desarrollado ampliamente HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, §58: “El ente cuyo ser es el cuidado no sólo puede cargar con una culpa de hecho, sino que es culpable, en el fondo de su ser y este ser-culpable constituye la condición ontológica para que el Dasein pueda llegar a ser culpable en su existir fáctico. Este modo esencial de ser culpable es cooriginariamente la condición existencial de posibilidad de lo ‘moralmente’ bueno y malo, es decir, de la moralidad en general y de la manera cómo ella se expresa fácticamente”. De estas consideraciones, que exceden en mucho el presente argumento, sólo interesa rescatar que tanto la culpabilidad como la capacidad moral son expresiones de ciertas capacidades originarias radicadas en lo que el filósofo alemán denomina “*Dasein*”, y que aquí se traduce a nuestro contexto como identidad. En resumen, tanto culpabilidad como moralidad son expresiones de una capacidad originaria, no reducibles a meros objetos de atribución social.

⁵⁵⁵ RICOEUR, *Finitud y culpabilidad*, p. 20. Esa misma discordancia posible del sujeto consigo mismo es advertida por ARENDT (*Responsabilidad colectiva*, p. 10) que cita a SÓCRATES: “Si despojamos a los imperativos morales de sus connotaciones y orígenes religiosos, nos queda la afirmación socrática: es mejor sufrir el mal que causarlo. Y nos queda su extraña justificación: ‘pues para mí es mejor estar a malas con el mundo que, siendo uno como soy, estar a malas conmigo mismo’”. En sentido similar, INNERARITY (*Convivir con la inidentidad*, p. 361) interpreta además el arrepentimiento, la decepción y el autoengaño como rupturas en la identidad.

funcionalista como una entre el “yo” y el rol socialmente asignado. Ahora bien, el sistema jurídico no puede imponer identidades y roles arbitrariamente –no podría, por ejemplo, obligar a ejercer de médico a un carpintero–. Por el contrario, lo hace por medio de una operación de reconocimiento tanto de pre-estructuras de posibilidad, en tanto sólo se puede obligar a lo que es posible hacer para el sujeto obligado⁵⁵⁶; como también de elecciones individuales⁵⁵⁷, en tanto la propia identidad tiene que ver igualmente con el proyecto de vida autónomo del sujeto⁵⁵⁸.

En definitiva, tal y como ha destacado (críticamente) FOUCAULT, el juicio penal no sólo funciona como una indagación sobre los hechos, sino que también supone una serie de preguntas sobre la identidad del acusado, sobre su estado mental en el momento del hecho y posteriormente, sobre los motivos o sobre su posibilidad de recordar lo ocurrido. En definitiva, se trata de trazar un hilo conductor que lleve del hecho al sujeto, lo que se manifiesta en la sentencia del magistrado con la que FOUCAULT ilustra su argumento: “Pero, finalmente: ¿quién es usted? ¿y cómo espera que le juzguemos, si no nos va a decir quien es usted?”⁵⁵⁹.

Pero no sólo la culpabilidad penal puede reconducirse a cuestiones de identidad, lo mismo sucede con el conocido fenómeno de la «irresponsabilidad organizada», base sobre la que se ha tratado de justificar político-criminalmente la atribución de culpabilidad a la empresa misma⁵⁶⁰. Dicho fenómeno, que ha condicionado tanto sistemas políticos totalitarios como el funcionamiento actual de grandes empresas, manifiesta también la relación entre identidad y responsabilidad. En la medida en que tener identidad supone responder por lo que uno hace, en determinados sucesos históricos se aprecia lo que se ha denominado como una «huida individual a la

⁵⁵⁶ JONAS, *Principio de responsabilidad*, p. 212. Para el autor el “deber de responsabilidad” viene precedido por el poder de acción, en el sentido de que uno sólo es responsable de lo que puede hacer o dejar de hacer; vid. también: SEARLE, *Construcción*, pp. 107 y ss.

⁵⁵⁷ Esta idea la ha expresado SIMMEL (*Sociología I*, p. 54) en relación a los roles o profesiones sociales: “Para que existan profesiones en general debe existir una especie de armonía entre la estructura y proceso vital de la sociedad, de un lado, y las cualidades e impulsos individuales, de otro”. En un sentido parecido, relacionándolo con la responsabilidad colectiva: GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, pp. 597 y ss.

⁵⁵⁸ En ese sentido, PAWLIK, *Unrecht des Bürgers*, pp. 99 y ss.

⁵⁵⁹ FOUCAULT, *Wrong-Doing, Truth-Telling*, p. 210.

⁵⁶⁰ HEINE, *Modelos de responsabilidad*, pp. 26 y ss.; también, incluso entre los que se muestran escépticos frente a la responsabilidad penal empresarial, SEELMANN, *Punibilidad*, p. 253

inimputabilidad»⁵⁶¹, esto es: operar en contextos complejos no como un sujeto autónomo (identidad diferenciada) sino como un mero objeto en manos de otros o del azar⁵⁶², renunciando a responder por lo que uno hace, a costa de renunciar a la propia individualidad. La cuestión a dilucidar está, por tanto, en si la sociedad puede llamar a la empresa a responder penalmente, o lo que es lo mismo, si se puede predicar de ella el tipo de identidad o de personalidad al que se le dirigen deberes jurídico-penales.

b.2. Teorías de la identidad: tipos y consecuencias para el problema de la culpabilidad colectiva

Si bien el concepto de identidad y el de culpabilidad parecen estar relacionados, lo cierto es que los dos son conceptos muy discutidos desde el punto de vista tanto filosófico como penal. En ese sentido, la influencia recíproca que tiene lugar entre ellos depende igualmente del significado que se les otorgue. Para la cuestión de la culpabilidad colectiva, la pregunta decisiva es si con el término «identidad» nos referimos a “construcciones sociales” o si, por el contrario, se trata de “realidades sustanciales”⁵⁶³. A continuación se expondrán brevemente las diferentes aproximaciones posibles, de cara a situar el contexto conceptual de la discusión sobre la organización colectiva. Las teorías acerca de la identidad, pasando por alto numerosos matices, podrían agruparse del siguiente modo:

(I) En primer lugar, se encuentran las «teorías reduccionistas» de la identidad. Con origen en el empirismo de HUME, se podrían describir como teorías “minimalistas” de la identidad subjetiva, que inciden especialmente en la discontinuidad de los aspectos

⁵⁶¹ INNERARITY, *Convivir con la inidentidad*, p. 368: “Tener una identidad significa poder ser atrapado, que se le asignen responsabilidades y ser juzgado. Donde esto es así, hay que esconderse en el anonimato. Como respuesta a la insoportable exposición surge en el mundo moderno una correspondiente necesidad de anonimato”; en el mismo sentido, CRUZ, *Malas pasadas*, p. 62.

⁵⁶² CRUZ, *Tiempo de narratividad*, p. 26: “Siempre existe alguna instancia –el Estado, el sistema, la ideología, el subconsciente– a la que atribuir como efecto necesario cualquier proyecto que cualquier sujeto se plantee”. El proceso penal histórico que relata estas operaciones de pérdida de identidad y de sentido de la responsabilidad a favor del azar o de la “obediencia” a instancias superiores es el de EICHMANN. Tal como relata ARENDT (*Eichmann en Jerusalén*, pp. 155 y ss., 218 y ss.), el partícipe del Holocausto había renunciado a sí mismo progresivamente a favor de un discurso dominado por clichés (por lo que otros dicen) y de una acción dominada por las órdenes de otros. Con ello había conseguido considerarse a sí mismo no como perpetrador de un crimen sino como “víctima de la mala suerte” (p. 406).

⁵⁶³ En ese sentido, respecto a la identidad en general, SILVA SÁNCHEZ, *Identidad*, p. 669: “El juicio jurisdiccional de atribución de responsabilidad e imposición de pena (de culpabilidad y condena si se quiere) exige libertad del sujeto histórico e identidad personal entre el sujeto procesal y aquél. Así, es razonable que tanto en la cuestión de la libertad como en la de la identidad personal se discuta si nos hallamos ante construcciones sociales cuyo contenido y alcance puede variar en función de cuál sea la teleología del sistema que constituya su contexto (lo que en Derecho penal significaría: conceptos puramente normativistas) o ante realidades sustanciales que pertenecen al plano ontológico”.

que definen al sujeto. Así, “a partir de la constatación de cambios físicos y mentales que los individuos van experimentando a lo largo de su existencia, niega la posibilidad de afirmar la persistencia en éstos de una identidad personal en sentido estricto a través del tiempo”⁵⁶⁴. A pesar de que una posición tal debería renunciar a toda forma de responsabilidad subjetiva –si «S2 (sujeto-declarado-culpable)» es distinto de «S1 (sujeto-en-momento-del-hecho)», no se le puede atribuir una culpabilidad⁵⁶⁵ –, se mantiene el principio de identidad y culpabilidad a modo de adscripción convencional por necesidades pragmático-funcionales⁵⁶⁶.

(II) En segundo lugar, se encuentran las «teorías metafísicas». Muy influidas por ARISTÓTELES⁵⁶⁷, describen la identidad de modo “maximalista”, como una permanencia esencial y substancial del sujeto en el tiempo, para la que todo cambio tiende a ser en realidad accidental⁵⁶⁸ (no relevante en términos de «identidad esencial»)⁵⁶⁹. En este

⁵⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Identidad*, p. 666; en un sentido parecido, INCIARTE (*Identidad del sujeto según Aristóteles*, p. 296), describiendo a QUINE: “el sujeto último de lo que afirmamos de las cosas no son substancias en el sentido aristotélico sino substancias en un estado determinado, aquél en que en cada caso se encuentren en un espacio de tiempo definido, si no de una manera completamente convencional, sí de acuerdo con nuestros propósitos en cada caso determinado o, a lo más, según el estado de desarrollo que el cuerpo total de la ciencia haya alcanzado en un momento dado; no las cosas mismas, que como tales no existirían, sino segmentos cuatridimensionales”. En cualquier caso, esta posición es característica de HUME: cfr. HAUSER, *Personale Identität*, pp. 97 y ss.

⁵⁶⁵ En ese sentido, la posición de HUME (*Treatise on Human Nature*, Libro II, Parte 3) es radical: “cuando una acción criminal o injuriosa excita esta pasión, lo hace tan sólo por su relación con la persona o conexión con ella. Sin embargo, según la doctrina de la libertad o del azar, esta conexión se reduce a nada y los hombres no son más responsables de las acciones que han emprendido y premeditado que de las más fortuitas y accidentales. Las acciones son, por su propia naturaleza, temporales y perecederas, (...) la acción misma puede ser censurable, puede ser contraria a todas las leyes de la moralidad y la religión, pero la persona no es responsable de ella; y puesto que no procede de nada en ella durable o constante y no deja tras sí nada de esta naturaleza, es imposible que aquélla, por este motivo, se convierta en el objeto del castigo o la venganza”. Por ese motivo, HAUSER (*Personale Identität*, p. 104) afirma la dificultad de afirmar concepto como “responsabilidad, imputabilidad o culpa” desde esta posición.

⁵⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Identidad*, p. 667; HAUSER, *Personale Identität*, pp. 103 y s.

⁵⁶⁷ Un resumen del concepto de identidad en el filósofo griego, INCIARTE, *Identidad del sujeto según Aristóteles*, pp. 289-302.

⁵⁶⁸ El término «accidente», de gran importancia tanto en la metafísica kantiana como la aristotélica, haría referencia aquí o bien a los diferentes modos en los que una «substancia» existe (por ejemplo, un mismo hombre –substancia– existe en diferentes modos –como niño, como joven, como adulto, etc.–); o bien a aquellas propiedades de un ser que no son consustanciales al mismo (por ejemplo, la mortalidad no es una cualidad accidental al hombre, sí lo es el color de pelo). Vid. sobre estas distinciones, cuya complejidad no se puede abarcar aquí: INCIARTE, *Tiempo, sustancia, lenguaje*, pp. 69 y ss.

⁵⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Identidad*, 667 y s. Un ejemplo de descripción en el sentido metafísico, a la vez que contemporáneo, de la identidad del sujeto como agente moral y penal es la de SÁNCHEZ-OSTIZ (*Imputación*, pp. 414-439). Dicho autor introduce varios requisitos de la identidad subjetiva. En primer lugar, la “permanencia”: entendida como “inmanencia del agente más allá de su propia acción”, lo cual le permite adueñarse del hecho pasado como propio. En segundo lugar, la “practicidad”: en el sentido de que el hombre siempre obra regido por pautas, reglas y normas, con las que se relaciona como ser racional, libre y consciente. Por último, la “reflexividad”: en el sentido de que toda acción repercute sobre el propio agente, en el cual permanece como hecho que le afecta y del que es el primer destinatario. El problema de esta concepción es su capacidad de explicar la condición del individuo pero no la del colectivo, en tanto éste carece del sustrato psíquico-espiritual en el que se basan sus explicaciones. Otro

planteamiento, la atribución de responsabilidad no suele ser un problema, siempre que sea plausible constatar una identidad tal entre «S2 (sujeto-en-momento-del-proceso)» y «S1 (sujeto-en-momento-del-hecho)»; al contrario, dicho planteamiento dificultaría fundamentar su exclusión, es decir, los casos en los que se daría una “inidentidad” suficiente para afirmar que S1 y S2 son sujetos distintos y, por tanto, su culpabilidad no extensible de uno a otro.

(III) En tercer lugar, habría todo un abanico de teorías intermedias de la identidad, que no son del todo reconducibles a la agrupación anterior, que han intentado superar los problemas de la versión metafísica y la reduccionista. Entre ellas destacan, especialmente para el tema que nos ocupa, las «teorías de la narratividad»⁵⁷⁰, concretamente por dos motivos: en primer lugar, porque permiten una aproximación tanto a los sujetos individuales como a los colectivos; en segundo lugar, porque inciden especialmente en el carácter “narrativo” de la identidad subjetiva, es decir, en el hecho de que las manifestaciones del “yo” no se producen de un modo estático o momentáneo, sino de un modo que permite concebir al sujeto como una «narración» o un «proyecto» que va formándose a lo largo del tiempo. En la medida en que, como se ha visto, los conceptos de responsabilidad y culpabilidad son también dinámicos –esto es, presuponen sujetos sobre los que opera también el «factor tiempo»–, estas teorías se postulan como adecuadas para ofrecer una visión complementaria del problema de la identidad de la persona jurídica.

b.2.1. La crítica a la teoría reduccionista de la identidad y su correlato en el constructivismo

Como ya se habrá podido intuir, las concepciones reduccionistas de la identidad corren en paralelo –o derivan en– visiones constructivistas y normativistas de los discursos del sujeto y la culpabilidad: si no hay modo de constatar la identidad del sujeto –dicho en términos sistémicos, si no se tiene acceso a su autorreferencialidad–, ésta ha de ser reconstruida por un sistema jurídico que, por razones pragmático-funcionales (prevención), necesita distribuir los costes de los conflictos bajo el título de responsabilidades convencionalmente establecidas. La identidad, que para HUME era

ejemplo, basado en ARISTÓTELES y Santo TOMÁS DE AQUINO, lo proporciona FINNIS, *Intention & Identity*, pp. 36 y ss.

⁵⁷⁰ De momento, un análisis comparativo de la narratividad (centrado en RICOEUR) y otra teorías de la identidad como la sistémica: MEUTER, *Narrative Identität*, pp. 122 y ss.

simplemente una ilusión sensorial⁵⁷¹, se convierte en el constructivismo en un principio (contingente) de organización social⁵⁷².

Gran parte de la problemática de la culpabilidad de la empresa se sitúa exactamente en este punto de la discusión. Es decir, desde una visión reduccionista de la identidad, la culpabilidad colectiva es tan problemática, o tan poco, como la individual, pues en ambos casos se trataría de sujetos cuya continuidad biográfica no está asegurada internamente, sino que viene producida por el sistema que observa. En otras palabras, desde un punto de vista social, el principio de identidad no viene dado por el propio sujeto –por su ontología o por su autocomprensión como tal–, sino que viene dado por una convención social, por el interés de la sociedad en que el sujeto sea percibido como una unidad de organización que se extiende a lo largo del tiempo. Así, si bien desde una perspectiva ontológica o subjetiva es problemático hablar de identidad en la persona jurídica, no lo es, como se ha visto en relación a la teoría de sistemas, desde una perspectiva de atribución social.

Estas teorías tienen ya su origen en la crítica de NIETZSCHE al sujeto cartesiano, al que oponía que el “yo” o la identidad no son algo de lo que tengamos certeza metafísica, sino tan sólo ficciones vitalmente necesarias⁵⁷³. Como se ha señalado anteriormente, el problema se sitúa en la pregunta por los límites de esas necesidades funcionales, esto es, en cuándo la construcción de identidades deja de estar justificada racionalmente en la búsqueda de nuevos centros de imputación de responsabilidad⁵⁷⁴. Desde el punto de vista aquí adoptado, tanto la pena como la culpabilidad deben tener un “reflejo de unidad interno” al propio sujeto, es decir, no pueden fundamentarse meramente en una atribución social externa. Esta concepción de una identidad subjetiva –presente tanto en

⁵⁷¹ HAUSER, *Personale Identität*, pp. 104 y s.

⁵⁷² En ese sentido, MÜSSIG, *Zurechnungsformen*, p. 424.

⁵⁷³ Sobre el problema de la conciencia y el yo como “necesidad vital” “falsa pese a todo”, como “invención poética”, como “ficción” y como “principio útil” en NIETZSCHE, vid. GALPARSORO, *El problema de la conciencia*, pp. 200 y s.

⁵⁷⁴ En ese sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Identidad*, pp. 672 y s.: “Quienes se sitúan en la tesis de la mera continuidad se ven, pese a todo, obligados a construir un concepto normativo de identidad personal, sobre bases funcionales, que permita formular el juicio jurisdiccional de imputación. Sin embargo, un concepto normativista de identidad personal plantea el problema –general de los conceptos normativistas– de que carece de la posibilidad de poner límites a las exigencias funcionales. De ahí que, implícitamente, incluso quienes lo proponen acaben introduciendo tales límites externos (¡incluso quienes hablan de S-1 y S-2 no tienen más remedio que utilizar S!)”. Acerca de cómo la ampliación irreflexiva de los centros de imputación puede tener importantes consecuencias negativas en la función protectora del derecho penal: VOLK, *Zur Bestrafung von Unternehmen*, pp. 429 y ss.

FOUCAULT⁵⁷⁵ como en LUHMANN⁵⁷⁶ – rinde explicativamente en ámbitos distintos del derecho penal, pues su institución fundamental, la pena, tiene sentido sólo sobre la base de una «identidad real» entre el sujeto del momento del hecho y el del momento de su imposición. Cuando esa identidad no existe, porque el sujeto en cuestión va convirtiéndose en algo distinto con el paso del tiempo –como sucede por causa del Alzheimer, la amnesia o la demencia–, entonces debe excluirse la posibilidad de atribuir una culpabilidad⁵⁷⁷. La razón de esta exclusión es que la pena, como también la culpabilidad que la fundamenta, debe poder ser justificada de cara al sujeto que la sufre: si este sujeto es objetivamente incapaz de reconocerse en el sujeto que cometió el delito, entonces su imposición sólo puede obtener una justificación utilitarista, insuficiente desde un punto de vista de justicia penal. En ese sentido, la concepción de la identidad como construcción social, en tanto no se interesa por que esa identidad se corresponda con un «sujeto real», parece insuficiente para explicar los discursos de responsabilidad penal y para aproximarse al problema de la persona jurídica.

b.2.2. La crítica a la teoría metafísica de la identidad y su insuficiencia de cara al sujeto colectivo

Del otro lado se encuentran las teorías metafísicas, que si bien no producen problemas a la hora de fundamentar continuidad en el tiempo y, por tanto, una culpabilidad por hechos del pasado, sí que estarían expuestas a las ya clásicas críticas de que se asientan en presupuestos ontológicos (existencia de la libertad humana, permanencia esencial en la identidad subjetiva) empíricamente indemostrables. Ninguna de estas carencias se resuelven, como se explicó con anterioridad, mediante el «cambio de paradigma» propuesto por los autores funcionalistas: en primer lugar, porque la teoría de sistemas también constituye un ontologismo, en su caso un “ontologismo social” o de los sistemas, ya que para ella los “sistemas son algo muy real”⁵⁷⁸; en segundo lugar, porque

⁵⁷⁵ cfr. FOUCAULT, *Estética, ética, y hermenéutica*, p. 223.

⁵⁷⁶ LUHMANN, *Ilustración sociológica*, p. 87, para quien la identidad se basaría “no en la certidumbre de que el ser sigue siendo el mismo en algunos rasgos esenciales, sino en la de que, dadas determinadas condiciones, no es necesario que el ser siga siendo el mismo”; de modo similar (*Individuo, individualidad, individualismo*, p. 117), define al individuo como “existencia consolidada fragmentariamente”. Ampliamente, sobre la idea de “reversibilidad” y cambio en la identidad en LUHMANN: MEUTER, *Narrative Identität*, pp. 100 y ss.

⁵⁷⁷ En la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 383, está recogida expresamente la “demencia sobrevenida” como causa por la que se archiva el sumario.

⁵⁷⁸ Vid. LUHMANN, *Soziale Systeme*, p. 30; al respecto: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, pp. 140. Un análisis crítico del ontologismo sistémico: NASSEHI, *Wie wirklich sind Systeme?*, pp. 43 y

la autopoiesis que sustituye como fundamento a la libertad individual es aún más indemostrable e inaccesible que ésta, de modo que nada se gana en certeza y lo que se critica del ontologismo se reproduce por igual, sólo que con otros términos⁵⁷⁹.

Más allá de estas críticas, en lo que a la cuestión del sujeto colectivo respecta, el problema es que la crítica metafísica a la culpabilidad colectiva deviene demasiado simple, y probablemente también reduccionista. Es decir, resulta evidente que las preguntas que se realizan desde esta perspectiva –a saber: preguntas por la «esencia», el «espíritu» o la «naturaleza» de la organización– son inidóneas respecto a las personas jurídicas, en tanto en ellas no es posible encontrar una permanencia subjetiva en el sentido metafísico o espiritual del término. Es más, desde los propios defensores de la culpabilidad empresarial se consideran superados los intentos de justificar una identidad colectiva desde posiciones metafísicas, tales como la tesis de BUSCH acerca del “espíritu normativo de la asociación” como justificación de su identidad⁵⁸⁰. Como se ha de ver, se considera que las nociones de “espíritu colectivo” o de “mente colectiva” producen una excesiva hipostatización de la persona jurídica⁵⁸¹, razón por la cual las nuevas versiones de la culpabilidad empresarial tratan de huir de estos conceptos, o bien recurriendo a la teoría de sistemas, o bien huyendo de la pregunta por la identidad y centrándose en el aspecto más pragmático del problema.

b. 3. La identidad colectiva en las teorías de la narratividad

El problema de la identidad del sujeto colectivo tiene difícil solución si se adopta exclusivamente una posición reduccionista, por sus déficits de fundamentación, o una posición metafísica, por no poder explicar suficientemente la identidad del sujeto colectivo (suponiendo que pueda explicar también la del individuo). Ello no implica, evidentemente, que muchos de sus argumentos no puedan ser útiles para establecer la relación entre la empresa y el derecho penal; lo que significa es que ambas requieren de un complemento que ni reduzca la identidad a una mera ficción ni se centre solamente en lo “espiritual” de los sujetos.

ss.; VON BEYME, *Teoría política del siglo XX*, pp. 198 y s. Una crítica a la hipostatización del sistema en el constructivismo: VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 125; LÜDERSEN, *Aggregative Model*, p. 94.

⁵⁷⁹ Vid. al respecto: I.2.b.3.1.

⁵⁸⁰ BUSCH, *Grundfragen*, pp. 114, 165, 185. Un análisis crítico: GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, pp. 192 y ss.

⁵⁸¹ En ese sentido, el propio KELSEN (*Reine Rechtslehre*, p. 182) había advertido de los riesgos de estas operaciones conceptuales.

La «visión narrativa» de la identidad se sitúa en un punto de equilibrio entre las visiones anteriormente descritas⁵⁸². Se podría interpretar, por su parte, como un intento de reivindicar una categoría de sujeto⁵⁸³ que, para superar las decisivas críticas que el estructuralismo había vertido al individualismo metodológico⁵⁸⁴, se separa de él mediante dos premisas: por un lado, mediante el rechazo a toda visión atomista de la individualidad⁵⁸⁵; y, por otro, mediante una fundamentación de la identidad menos metafísica y más fenoménica⁵⁸⁶. En ese sentido, la narratividad consigue un equilibrio entre el reconocimiento de un sujeto previo a lo social (dimensión subjetiva) y la afirmación de que sólo en sociedad dicho sujeto ve abiertas las vías para desarrollar su libre personalidad (dimensión intersubjetiva)⁵⁸⁷. La identidad no se describe, entonces, de modo metafísico, sino por la posibilidad de narrar una historia subjetiva a lo largo del tiempo y en un contexto socio-cultural determinado, esto es, en una «trama de las relaciones sociales»⁵⁸⁸. En palabras de RICOEUR: se trata de “la idea, propia del ámbito narrativo, de «ser enredado en historias»; de que la acción de cada uno (y su historia) está enredada no solamente en el transcurso físico de las cosas, sino en el transcurso social de la actividad humana”⁵⁸⁹.

⁵⁸² Lo que proponen es realizar una síntesis entre los dos extremos nombrados, considerando la realidad social como un mundo de sujetos (primera diferencia fundamental con el discurso sistémico) cuyo punto de partida no es el aislamiento (individualismo) sino la pertenencia a un sistema social en cuya trama construyen narrativamente –esto es: en un hilo de tiempo– su propia historia e identidad, vid.: CRUZ, *Tiempo de narratividad*, p. 28: “En esta perspectiva, ni un *positivismo absoluto* ni un *compresivismo absoluto* pueden resultar suficientes. Nuestra historia se halla entreverada de actos libres y comportamientos inexorables. La propuesta sólo puede ir en la dirección de anudar la dimensión comprensiva y explicativa”.

⁵⁸³ CRUZ, *Tiempo de narratividad*, p. 25: “Los hombres sí que se consideran sujetos de su propia realidad, y reclaman que esta condición se vea reflejada en el discurso (y por eso tienden a rechazar el discurso de la ciencia natural —y los discursos naturalistas por extensión— que es un discurso anónimo)”.

⁵⁸⁴ Según CRUZ (*Tiempo de narratividad*, p. 26) “no se trata, sin más, de una vuelta o una recuperación de la categoría de sujeto con todas sus (viejas) determinaciones, como si nada hubiera ocurrido entre tanto”, sino que se trata de reivindicar un concepto de sujeto que rompa “con todo género de individualismo”.

⁵⁸⁵ NINO, *Constructivismo ético*, pp. 137 y ss.

⁵⁸⁶ Si bien TAYLOR (*Fuentes del yo*, p. 48) sí que considera su teoría una “ontología moral”, su explicación encuentra anclaje sobre todo en la narración que lleva a cabo el sujeto al actuar y, en ese sentido, su teoría de la identidad sería, como él mismo reconoce, fenomenológica; por su parte, SCHECHTMAN (*Personal Identity*, p. 19) afirma que su concepción (narrativa) de la identidad como autocomprensión o “*perceiver-self*” está libre de peso metafísico, y se basta con justificaciones relacionadas con el instinto de supervivencia; en el caso de RICOEUR, su teoría de la identidad narrativa está basada en la concepción de la temporalidad de la narración. Cfr. al respecto: MEUTER, *Narrative Identität*, pp. 122 y s.

⁵⁸⁷ Un análisis de la relación entre estas cuestiones y el derecho penal: ALCÁCER GUIRAO, *Facticidad y normatividad*, pp. 201 y ss.

⁵⁸⁸ ARENDT, *Condición humana*, pp. 206 y ss. También: TAYLOR, *Fuentes del yo*, pp. 79 y ss.

⁵⁸⁹ RICOEUR, *Sí mismo como otro*, p. 98. En sentido parecido expresa ARENDT (*Condición humana*, p. 208) su concepto de acción: “las historias, resultados de la acción y el discurso, revelan un agente, pero este agente no es autor o productor. Alguien la comenzó y es su protagonista en el doble sentido de la palabra, o sea, su actor y paciente, pero nadie es su autor”. Por último, resalta también que “la acción, a

En ese sentido, la narratividad se basa en la insistencia en el carácter temporal de la identidad personal, que se manifiesta de cara al futuro en la capacidad de “prometer” – esto es: el compromiso de dominar en adelante los actos, a pesar de la imprevisibilidad del futuro, lo que hace posible a su vez el deber–; y de adelante hacia atrás la capacidad de “tener memoria” –es decir, de reconocerse a uno mismo en el sujeto que prometió a pesar de los cambios, lo que está en la base de la responsabilidad–⁵⁹⁰. Ese carácter dinámico y narrativo contrasta también con el “estatismo” de las teorías metafísicas, y con ello se explica mejor de qué modo, a pesar de las variaciones en la identidad, el sujeto organiza “sus interacciones en una narración vital irremplazable”⁵⁹¹.

También responde la narratividad a la tensión entre la visión reduccionista y la visión metafísica de la identidad, en tanto, como destaca claramente MACINTYRE, “lo fundamental para los seres humanos, en tanto que personajes de narraciones representadas, es que, poseyendo sólo los recursos de la continuidad psicológica, hemos de responder a la imputación de identidad estricta”⁵⁹². La cuestión central es cómo tratan estos autores de responder a esa tensión, de modo que sea posible rehabilitar una continuidad suficiente que permita hablar de identidad y de responsabilidad. Esa formación narrativa de la identidad se realiza, según MACINTYRE, sobre una serie de características del «agente» –a saber: intención, situación, creencias, inteligibilidad y conversación⁵⁹³ –, unidas a dos aspectos subjetivos fundamentales. En primer lugar, la «responsabilidad», ya que “ser tema de la narración que discurre desde el propio nacimiento hasta la muerte propia (...) es ser responsable de las acciones y experiencias que componen una vida narrable”⁵⁹⁴. En segundo lugar, la «explicabilidad», en el

diferencia de la fabricación, nunca es posible en aislamiento; estar aislado es lo mismo que carecer de la capacidad de actuar” (p. 211). En sentido parecido: MEUTER, *Narrative Identität*, pp. 245 y ss.

⁵⁹⁰ En ese sentido, ARENDT, *Condición humana*, pp. 262 y ss., quien sostiene que la posibilidad de contrarrestar la imprevisibilidad de los asuntos humanos, incluso las variaciones de la propia identidad, pasa por la fuerza de la “promesa mutua” y de los contratos. En otras palabras, la vida social no sería posible si no fuese sobre la confianza, en primer lugar, de que voy a cumplir aquello que prometí; y, en segundo, de que voy a responder por esa promesa. Sobre el concepto de tiempo y su relación con la identidad: MEUTER, *Narrative Identität*, p. 124. Desde una posición diversa, SEARLE (*Construcción*, p. 146) insiste también en el carácter narrativo de la experiencia humana.

⁵⁹¹ HABERMAS, *Rekonstruktion*, pp. 93,95.

⁵⁹² MACINTYRE, *Tras la virtud*, p. 267, y continúa: “Soy para siempre cualquier cosa que haya sido en cualquier momento para los demás, y puedo en cualquier momento ser llamado para responder de ello, no importando cuánto pueda haber cambiado. No hay forma de encontrar mi identidad –o mi carencia de ella– en la continuidad o discontinuidad psicológica del yo”.

⁵⁹³ MACINTYRE, *Tras la virtud*, pp. 255 y ss.

⁵⁹⁴ MACINTYRE, *Tras la virtud*, p. 268. Sobre la relación entre identidad y responsabilidad en la narratividad de RICOEUR: MEUTER, *Narrative Identität*, p. 140.

sentido de ser no sólo “alguien que tiene que dar cuentas, sino también alguien que puede pedir cuentas a los demás, que puede poner a los demás en cuestión”⁵⁹⁵. Todo ello está relacionado, además, con la conexión ampliamente desarrollada por Ch. TAYLOR entre identidad narrativa y capacidad moral, en el sentido de que “para tener una identidad, necesitamos una orientación al bien, lo que significa una cierta percepción de discriminación cualitativa”⁵⁹⁶. Es decir, para poder responder o exigir responsabilidad es necesario, como mínimo, tener capacidad de cuestionar las conductas propias y ajenas, en un sentido parecido al que ha desarrollado recientemente desde la teoría del discurso Klaus GÜNTHER⁵⁹⁷.

En el esquema conceptual de la narratividad existe la reivindicación del sujeto, con la que se distancia del constructivismo, en dos sentidos. En primer lugar, frente a la fragmentación antropológica en diferentes discursos epistémicos, se recurre a la unidad dinámica que deriva de la narración de la historia personal⁵⁹⁸, pues el «agente» se percibe a sí mismo como una unidad que se proyecta desde el presente al pasado y al futuro simultáneamente⁵⁹⁹. En segundo lugar, porque frente a la racionalidad sistémica opone el presupuesto de la racionalidad de las acciones individuales, necesaria para hacer inteligible la narración y con ella la identidad⁶⁰⁰.

⁵⁹⁵ MACINTYRE, *Tras la virtud*, p. 269. RICOEUR (*Sí mismo como otro*, pp. 109 y ss.), por su parte, argumenta la permanencia en el tiempo del sujeto a través del «carácter» y la «promesa».

⁵⁹⁶ TAYLOR, *Fuentes del yo*, p. 64.

⁵⁹⁷ GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, pp. 246 y ss., quien, en su concepto de culpabilidad asociado a una persona deliberativa, habla de la capacidad del sujeto de cuestionar las acciones y manifestaciones propias y ajenas. Ampliamente, II.5.

⁵⁹⁸ MACINTYRE, *Tras la virtud*, pp. 268 y s.: “Hablar de alguien que responde a una descripción (...) como de la misma persona que se caracteriza de otro modo completamente distinto (...) es precisamente decir que tiene sentido pedirle que nos dé un relato inteligible, mediante el cual entendamos cómo pudo ser la misma persona, y sin embargo tan diversamente caracterizada en lugares y momentos diferentes. Por tanto, la identidad personal es justamente el tipo de identidad presupuesta por la unidad del personaje que exige la unidad de una narración”; también, TAYLOR, *Fuentes del yo*, p. 67; también, CRUZ, *Malas pasadas*, p. 62. Por su parte, también LUHMANN (*Individuo, individualidad, individualismo*, p. 96) hace referencia a la unidad en relación al origen semántico del concepto individuo (in-divisible): “El individuo –sea cual sea el significado de esta palabra– es, por encima de todo, una unidad”. La unidad es, como se ha de ver, uno de los principales escollos del problema de la identidad en la empresa, cfr.. JAKOBS, *Strafbarkeit*, pp. 568 y s.

⁵⁹⁹ TAYLOR, *Fuentes del yo*, p. 64; TUGENDHAT, *Identidad personal*, p. 11, relaciona el problema de la identidad con la relación con la propia vida y la construcción del propio futuro. Ello da cuenta de que la identidad no es una substancia estática, sino que, al contrario, está en permanente revisión, es dinámica, Cfr. al respecto: MEUTER, *Narrative Identität*, pp. 248 y ss.

⁶⁰⁰ MACINTYRE, *Tras la virtud*, p. 318. Al contrario, LUHMANN, *Fin y racionalidad en los sistemas*, p. 16: “Ya no puede entenderse la racionalidad como despliegue inteligente y como observancia de un sentido previamente dado. Es, por encima de todo, reducción de la complejidad. Estas consideraciones remiten al sistema de sujetos, que aparece implícito en la representación de un compromiso basado en fines y al que ha de hacerse, ahora más explícitamente, tema de reflexión. Para ello habría que transformar el concepto

Pero, al mismo tiempo, supera las críticas estructuralistas al individualismo metodológico⁶⁰¹ –o lo que es lo mismo, se distancia de él– al introducir la influencia de lo «estructural» o «colectivo» en la narración, en dos aspectos: en conceptos como el de “situación”, con los que se indica que la acción de los sujetos se imbrica en historias institucionales, estructurales y/o colectivas ineludibles para comprender su sentido⁶⁰² – en lenguaje sistémico: el contexto–; por otra parte, por la importancia que otorga a la intersubjetividad, al lenguaje y a la comunicación social, razón por la cual estas teorías son anti-individualistas y contemporáneas⁶⁰³. Este contraste permite el punto de equilibrio entre la posibilidad de la subjetividad y la afirmación del carácter social de la misma⁶⁰⁴; es decir, si bien el sujeto tiene una consistencia propia que no es meramente una transferencia del sistema⁶⁰⁵, el papel de la comunicación social en la constitución de su identidad es crucial. En definitiva, lo que la narratividad permite es considerar al sujeto de un modo no individualista, esto es, como una narración que tiene lugar en el contexto de la comunicación social, sin caer en los excesos del constructivismo de considerarlo como una ficción de la propia comunicación.

b.4. Hipótesis provisional: La organización compleja como combinación de estructura (colectiva) y acciones (individuales)

Una vez descritos los términos en los que las teorías narrativas conciben la identidad, es necesario aclarar dónde se sitúan los sujetos colectivos en este esquema. La respuesta no

de lo racional de una simple racionalidad de acción, teleológicamente orientada, en una más compleja y comprensiva racionalidad sistémica”. También: *Ilustración sociológica*, p. 87. Sobre la racionalidad del sistema jurídico: TEUBNER/WILLKE, *Kontext und Autonomie*, pp. 19 y s. Críticamente con esa idea: GARZÓN VALDÉS, *Consenso, racionalidad y legitimidad*, p. 19; ALCÁCER GUIRAO, *Facticidad y normatividad*. pp. 193 y ss.

⁶⁰¹ En ese sentido, SCHMITT-LEONARDY (*Unternehmen*, p. 127) critica el individualismo metodológico por ignorar las fuertes «propiedades emergentes» de los contextos colectivos y su influencia en la acción individual. En sentido parecido: FRENCH, *Integrity, Intentions, and Corporations*, p. 141-152.

⁶⁰² MACINTYRE, *Tras la virtud*, p. 255; MEUTER, *Narrative Identität*, p. 190, 252; ARENDT, *Condición humana*, pp. 206 y ss. El vocablo “*situativ*” lo emplea de forma muy sugestiva LÜBBE (*Verantwortung*, p. 31), para caracterizar como debería de ser el análisis de acciones en contextos estructurales. Vid. III.1.b..

⁶⁰³ TAYLOR, *Fuentes del yo*, pp. 51 y s.: “Un lenguaje sólo existe y se mantiene en una comunidad lingüística. Y esto indica otra característica clave del yo. Uno es un yo sólo entre otros yos. El yo jamás se describe sin referencias a quienes lo rodean (...) Soy un yo sólo en relación con ciertos interlocutores (...), dentro de lo que denomino la «urdimbre de la interlocución»”. TAYLOR (pp. 240 y ss.) se acercaría al planteamiento de LUHMANN en su crítica al «yo desvinculado» propio de la Ilustración, al que se opone por constituir una reificación de la psicología humana y por individualista.

⁶⁰⁴ MACINTYRE, *Tras la virtud*, p. 272: “La historia de mi vida está siempre embebida en la de aquellas comunidades de las que derivo mi identidad”.

⁶⁰⁵ En MACINTYRE (*Tras la virtud*, p. 272), por ejemplo, se da un rechazo explícito al escapismo de la identidad y la responsabilidad individual al que conducen los estructuralismos: “La particularidad nunca puede ser dejada simplemente atrás o negada. La noción de escapar de ella hacia un dominio de máximas enteramente universales que pertenecen al hombre como tal, sea bajo su forma dieciochesca kantiana o como lo presentan algunas filosofías analíticas modernas, es una ilusión de consecuencias dolorosas”.

es sencilla, en tanto no hay pronunciamientos explícitos acerca de la posibilidad de predicar todas esas características de una organización colectiva en concreto, y en tanto por sujeto colectivo podríamos entender realidades tan diversas como la sociedad entera o una organización empresarial. A priori, las posibilidades de encaje de los sujetos colectivos serían tres: en primer lugar, se podría considerar que carecen de cualquier tipo de identidad narrativa, trasladándose al plano de los objetos; en segundo lugar, se podría afirmar que los sujetos colectivos (empresas, pero también otras formaciones sociales) lo que constituyen es precisamente el “contexto institucional o estructural” de las acciones individuales, pudiendo algunos de ellos tomar la forma de “identidades débiles o intermedias”, en la medida en que puedan ser identificadas con el paso del tiempo; por último, se podría sostener su “identidad narrativa plena” en el mismo sentido (equivalencia funcional) en que la atribuimos a seres humanos individuales.

En mi opinión, incluso si tomamos como referencia la identidad narrativa de la organización empresarial compleja (“conglomerada” o “integrada”), su equivalencia funcional con el individuo será difícil de sostener, pues lo característico de una identidad narrativa –unidad que se orienta al futuro y al pasado de modo consciente, racionalidad e inteligibilidad de su conducta, responsabilidad y explicabilidad, capacidad de discriminación valorativa– estaría presente en dicho sujeto colectivo sólo como una “prestación” de sus miembros individuales. De algún modo, las propiedades que constituyen la identidad estarían presentes, tal como se ha de analizar, de manera un tanto contingente y débil, mientras que en el individuo lo estarían de manera constitutiva⁶⁰⁶. Es decir, el modo de ser de la organización empresarial se explica menos como una entidad unitaria con capacidad agencia y comprensión propias, y más como una estructura relacional, contingente y compleja entre diferentes elementos (personas, pero también normas o recursos), que posee algunas de las propiedades que asociamos a la identidad (nombre, reconocimiento social, imagen) y que permiten su identificación a lo largo del tiempo; pero que, sin embargo, no tiene las capacidades que permitirían hablar de capacidad de agencia o de responsabilidad subjetiva⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ Un análisis esencialista de la diferencia entre identidad (predicable de personas) y constitución (predicable de cosas) en el que se utiliza también la distinción entre propiedades contingentes/necesarias: RUDDER BAKER, *Why Constitution is not Identity*, pp. 599 y ss. En ese sentido, desde una perspectiva más cercana a la concepción metafísica de la identidad: SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, p. 433.

⁶⁰⁷ RUDDER BAKER, *Unity Without Identity*, pp. 144-165.

Como se ha de ver, lo que dificulta sostener la equivalencia en términos narrativos es que la organización colectiva constituye un «meta-sujeto»⁶⁰⁸ –sujeto compuesto de múltiples sujetos–, de modo que para afirmar que éste posee las propiedades de un ser humano individual, como por ejemplo la unidad o la autonomía, habría necesariamente que anular conceptualmente la autonomía de los sujetos que lo integran. Es decir, habría que convertirlo en un ente unitario y continuo, ciego respecto de las voluntades de aquéllos. Como se vio en relación al planteamiento de PETTIT y FRENCH⁶⁰⁹, para el derecho penal ésta es una explicación del comportamiento organizativo muy problemática, en la medida en que supondría anular la individualidad y la responsabilidad de los individuos integrantes. Pero, además, ello constituye una descripción que no se corresponde con la realidad, pues, en palabras de SÁNCHEZ-OSTIZ, lo que sucede en la organización colectiva es también una “in-manencia” de las acciones de las personas físicas⁶¹⁰.

Sin embargo, lo que determinados planteamientos individualistas olvidan es que aquellas “inmanencias” operan también en sentido contrario: en la acción de las personas físicas hay también “inmanencias” de los contextos colectivos en las que viven integrados. En otras palabras, lo que la persona física realiza, por la influencia de factores colectivos, es también expresión del contexto estructurado (por ejemplo el de la organización empresarial) en el que aquélla está imbricada. Esa relación dialéctica entre estructura colectiva y acción individual explica de qué modo se producen resultados lesivos en contextos complejos: ellos constituyen la manifestación de una compleja combinación entre estructura (colectiva) y acciones (individuales), de modo que la primera no se manifiesta sin las segundas, y éstas, en ocasiones, no se explican

⁶⁰⁸ Identifica dicho carácter de meta-sujeto como razón de la “problemática de la persona jurídica”: LARENZ, *Juristischen Perönlichkeit*, p. 198.

⁶⁰⁹ vid. I.1.d.2.

⁶¹⁰ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, p. 433: “La persona jurídica puede ser el medio en el que precisamente se plasma esa in-manencia de la persona física (en cuanto que es expresión de la subjetividad humana plasmada en sus hechos, aquélla sería manifestación de la persona física y, por tanto, trasunto de ésta que sigue inmanente en sus hechos), no hace sino poner de relieve que son hechos de personas físicas”. También SCHÜNEMANN (*Punibilidad*, p. 571) sostiene que la actividad económica en contextos complejos “consiste en última instancia en la actividad de una persona natural que actúa para esta empresa, de modo que la imputación individualista de formas de comportamiento socialmente nocivas continúa siendo por supuesto ampliamente posible también en este ámbito”. Desde la sociología, en un sentido similar, ANDRADE, *Teoría de la estructuración*, p. 186: “Las estructuras son internas a la actividad, no operan independientemente de los motivos y las razones que los agentes tienen para hacer lo que hacen, en la medida en que no tienen una existencia independiente de la situación en que los agentes actúan, tampoco tienen una existencia continua y tangible, ni actúan sobre las gentes como fuerzas de la naturaleza”.

solamente por su origen individual, sino que es necesario referirse también al nivel grupal⁶¹¹. En cualquier caso, que determinadas organizaciones colectivas, en virtud de estas «propiedades emergentes» –esto es: hábitos y prácticas que emergen de las interacciones continuadas entre individuos que operan en un contexto estructural determinado– se conviertan en estructuras relativamente diferenciadas, no justifica todavía que lo que surge de ello sea un sujeto penalmente capaz, una identidad plena⁶¹². Pero tampoco conviene negar dicha influencia (como hace el individualismo metodológico), puesto que con ello se dejaría un espacio por cubrir en la explicación de la acción y la responsabilidad de los sujetos.

La cuestión es, en definitiva, la de analizar los diferentes aspectos de la identidad de las organizaciones empresariales, de cara a dilucidar en qué lugar entre los «meros objetos» –en lenguaje penal: los instrumentos– y los sujetos imputables se encuentran, lugar que variará en función de su grado de complejidad⁶¹³. Parece claro que, cuando se trata de formas de coautoría o de organizaciones muy jóvenes y de pequeño tamaño –lo que LAMPE ha denominado como “sistemas de injusto simple”⁶¹⁴–, el «colectivo» es tan débil que no constituye algo a lo que el derecho pueda remitir una imputación, pues lo

⁶¹¹ Ampliamente, JÄGER, *Kollektiven Verhaltung*, pp. 24-42, quien describe varias vías de influencia estructural en el comportamiento individual: dependencia del grupo por necesidades emocionales, conexión a normas y roles, presión grupal hacia la obediencia, mecanismos de liberación de inhibiciones (“*Mechanismen des Hemmungsabbbaus*”) y coordinación afectiva y reforzamiento (“*Verstärkung*”); LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, pp. 733; SCHUMACHER, *Gruppendynamik und Straftat*, pp. 1880 y ss.; NAGEL, *Unternehmen aus psychodynamischer Sicht*, pp. 153 y ss.; LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, pp. 691 y s. SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos*, pp. 206 y ss.; recientemente, en relación al «compliance»: ENGELHART, *Unternehmen und Compliance*, pp. 611 y ss.; KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, p. 305. Sobre la influencia recíproca, en relación a la asociación: ENGISCH, *Strabarkeit der juristischen Person*, p. E. 19. Vid. más: I.3.a.1.4.

⁶¹² KOHLHOFF (*Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, pp. 304 y ss.), por su parte, describe el mismo proceso, para afirmar la capacidad penal del nivel colectivo resultante.

⁶¹³ Sobre el grado de complejidad, y los criterios de los que se sirve la sociología o la psicología para analizar grupos: LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 294 (especialmente nota 42). Otro intento de justificar un tipo de identidad intermedia entre meros objetos y sujetos individuales lo constituye la tesis de DAN-COHEN (*Sanctioning Corporations*, pp. 24 y s.), que diferencia la identidad individual, capaz de constituir una “personalidad moral”, de la identidad colectiva, que queda en un nivel inferior al que denomina “personalidad práctica”. Ésta viene determinada por dos características: 1. Patrones de comportamiento y consecuencias; y 2. Posibilidad de cambiar dichos patrones mediante medidas coercitivas. Además, le reconoce la capacidad de racionalidad instrumental, en el sentido de poder perseguir sus propios objetivos. A pesar de constituir un logrado intento de fundamentación, por lo demás muy coincidente con la presente, falta por explicar cuál es el sustrato psíquico que sirve de base a dicha racionalidad. Por lo que aquí respecta, la racionalidad que impera en la empresa es la que brota de modo emergente de la de sus miembros individuales. En un sentido parecido en este punto, ARTAZA VARELA, *Empresa*, pp. 228 y s: “No puede ser tratada como una cosa (en sede de atribución de responsabilidad penal), porque no imputamos a éstas absolutamente nada. Pero tampoco se trata de reconocer a la empresa por sí misma como persona (lo que haría quien se adscribiera a la teoría de la personificación, propia del «holismo metodológico»)”.

⁶¹⁴ LAMPE, *Dogmática jurídico-penal*, pp. 97 y ss.; 103 y ss.

que sucede en él será totalmente explicable desde el nivel individual. La cuestión está menos clara cuando la organización, por haber desarrollado procesos de decisión, información y comunicación altamente complejos, se haya desvinculado relativamente de sus miembros individuales –lo que se conoce como «proceso de desindividuación»–, hasta el punto de que sus actos organizativos sean comprensibles como el producto de una combinación entre estructura (colectiva) y acciones (individuales)⁶¹⁵. Dichos casos se corresponderían con los “sistemas de injusto constituido”⁶¹⁶, que suponen una estructura –relativamente– diferenciada de sus miembros y a la que el derecho podría considerar sujeto de imputación. Estos sujetos organizativos son precisamente el objeto de discusión en lo que a la culpabilidad colectiva respecta. Es necesario analizar, en ese sentido, si en relación al derecho penal las organizaciones suficientemente complejas constituyen un auténtico sujeto penal (con capacidad de agencia y de culpabilidad); o si, por el contrario, se considera que no cumplen los requisitos de imputabilidad penal y deben tenerse en cuenta a efectos de una imputación diversa⁶¹⁷.

⁶¹⁵ En sentido parecido: KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, pp. 305 y ss.

⁶¹⁶ LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, pp. 693 y ss., entre los que cuenta a las organizaciones criminales, la empresas con tendencia criminal y los Estados y estructuras estatales criminalmente pervertidos. Ahora bien, habría que añadir a la distinción del autor que la mayoría de empresas no constituyen un sistema de injusto a título permanente (como por ej. en las organizaciones criminales), sino más bien sistemas de injusto eventuales. Desarrolla la tesis de LAMPE, de cara a fundamentar una culpabilidad colectiva: KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, pp. 294 y ss. En sentido parecido, en este caso para fundamentar una culpabilidad por el carácter en la empresa: MAÑALICH, *Organización delictiva*, p. 281.

⁶¹⁷ Cabe recordar lo que se dijo en la introducción acerca de la gramática del lenguaje jurídico-penal y la necesidad de que los colectivos se incorporen a él de modo sistemáticamente coherente. En la línea de lo que reclama ALWART (*Strafrechtliche Haftung*, pp. 764 y s.), la introducción del colectivo no debe realizarse de un modo casual, sino que debe producirse en aquellos espacios conceptuales en los que no suponga un ente extraño.

Capítulo 2. Identidad como continuidad biográfica y como unidad de acción en la empresa

Una vez tratada la relación entre identidad y derecho penal es posible profundizar en la identidad de la organización empresarial, así como ponerla en conexión con determinadas exigencias del derecho penal. En este mismo sentido se han producido ya algunas importantes aportaciones, tanto entre quienes argumentan una identidad penal suficiente como insuficiente en la empresa⁶¹⁸. En ambos casos, los diferentes análisis de la identidad subjetiva de la organización colectiva se podrían agrupar en dos aspectos que se presentan especialmente problemáticos de cara a la imputación penal:

a) Se trata, por un lado, del «aspecto temporal» de la identidad de la persona jurídica. Si bien en el ser humano, a excepción de casos de graves enfermedades mentales, suele existir una identidad suficiente entre S1 (Sujeto-del-momento-del-hecho) y S2 (Sujeto-declarado-culpable), parece que en relación al sujeto empresarial resulta muy difícil afirmar un grado de «mismidad»⁶¹⁹ suficiente con el transcurso del tiempo.

b) Por otro lado, otra cuestión problemática la constituye el carácter compuesto de la misma, esto es, el hecho ya enunciado de que la organización constituye un «meta-sujeto». Siendo el ser humano una identidad indivisible (no hay discusión de que no se puede culpar a “una parte” de un ser humano por un delito), la composición de la empresa en órganos e individuos libres y autorresponsables genera problemas cuando lo que se trata es de adscribir una culpabilidad al sujeto colectivo como totalidad. Se ha de

⁶¹⁸ En sus críticas a la culpabilidad colectiva, tratan aspectos relacionados con la identidad de la empresa: VON FREIER, *Verbandsstrafe*, pp. 56 y ss., 120 y ss.; El mismo, *Aufklärung*, pp. 98 y ss.; KÖHLER, *AT*, p. 562; STRATENWERTH, *Strafrechtliche Unternehmenshaftung?*, p. 302; JAKOBS, *Strafbarkeit*, pp. 559 y ss.; VAN WEEZEL, *Personas jurídicas. Recientemente, un análisis de las distintas teorías de la identidad de la empresa*: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, pp. 103 y ss.; la misma, *Unternehmen*, pp. 114 y ss. Por otra parte, en su argumentación a favor de la culpabilidad colectiva: KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, pp. 299 y ss. Ello se añade a las ya citadas fundamentaciones de SAVIGNY (*System*, pp. 236 y ss.) y de GIERKE (*Verbände*, pp. 9 y ss.). Un estudio también muy temprano, en términos de identidad: BUSCH, *Grundfragen*, pp. 77 y ss. En contra de la relevancia de la cuestión de la identidad (“*Wesen*”) de la persona jurídica, y afirmando que al respecto el legislador tiene libertad para decidir: HETZER, *Schuldlose Sanktionssubjekte?*, p. 365

⁶¹⁹ El concepto de «mismidad» se emplea en filosofía en contraposición al de «ipseidad»: el primero haría referencia a la dimensión estructural del sujeto que permanece a lo largo del tiempo, mientras que el segundo haría referencia a la condición unitaria que se adquiere con la temporalidad, precisamente con la narración histórica. Cfr. RICOEUR, *Si mismo como otro*, XI y ss., pp. 106 y ss.; HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, § 64. En lo que aquí respecta el término «mismidad» se utilizará de un modo que comprende también al de «ipseidad», precisamente porque lo que se quiere analizar no es sólo la identidad de la empresa en el sentido estructural (mismidad) sino también en el sentido narrativo (lo que se acercaría más a la noción de ipseidad).

analizar, por tanto, si ello es obstáculo para predicar de la organización colectiva la unidad subjetiva suficiente como para serle atribuida una culpabilidad penal.

a) Identidad y temporalidad: el problema de la continuidad biográfica en la empresa

Las teorías de la narratividad, entre otras cosas, han sostenido que la identidad plena sólo se consigue a partir de lo que TAYLOR llama “profundidad temporal”, esto es: continuidad de la identidad narrativa a lo largo del tiempo⁶²⁰. Ello se manifiesta, en primer lugar, en la «capacidad de memoria», que permite al sujeto proyectarse hacia el pasado y reconocerse como “el mismo”; y en la «capacidad de promesa», que permite al sujeto comprometerse a realizar algo, a cumplir un contrato o un deber, en el futuro⁶²¹. Ello tiene una relevancia jurídico-penal evidente: la culpabilidad y la pena tienen sentido sólo si el sujeto al que se atribuyen es capaz de identificarse, en términos de «mismidad», con el sujeto que realizó la acción delictiva⁶²².

Parece evidente que el tiempo produce cambios en los sujetos, y que nada es absolutamente igual en el presente respecto a cómo era en el pasado y a cómo será en el futuro. No sólo en los sujetos colectivos se da esta permanente variación, sino que también los seres humanos individuales están sujetos a cierta indeterminación y a una “identidad siempre insuficiente”⁶²³. La pregunta relevante es, entonces, cuándo la

⁶²⁰ TAYLOR, *Fuentes del yo*, p. 83: “El sentido que tengo de mí mismo es el de un ser que crece y deviene. Por la propia naturaleza de las cosas, esto no puede ser instantáneo. La comprensión que tengo de mí mismo necesariamente tiene una profundidad temporal e incorpora la narrativa”. En sentido parecido, sobre la relación entre la identidad como narración y la dimensión temporal: RICOEUR, *Sí mismo como otro*, pp. 108 y ss. En palabras de SÁNCHEZ-OSTIZ (*Imputación*, p. 425) quien alude a este fenómeno como «permanencia»: “Para poder afirmar que una persona ha obrado, que un hecho pertenece a su agente más allá de su acción, es preciso poder afirmar que el agente permanece”. También desde la filosofía analítica de SEARLE (*Construcción*, p. 146) se ha insistido en este aspecto, en lo que él denomina carácter narrativo o dramático de las experiencias. Al respecto, en relación al individuo: KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, p. 302. Desde un punto de vista psicológico, citando a ERIKSON, HAÜBER, *Identitätspsychologie*, p. 28: “identidad significa ‘la posibilidad de experimentar el ‘yo’ como algo que tiene continuidad, que se mantiene igual, y que puede actuar en consecuencia con ello”.

⁶²¹ ARENDT, *Condición humana*, pp. 262 y ss. La cuestión de la memoria será, no obstante, tratada en el Capítulo 3 de la presente parte.

⁶²² Así, HAUSER, *Personale Identität*, p. 104: “Conceptos como *responsabilidad, imputabilidad, culpabilidad*, etc. son expresiones que sólo tiene sentido utilizar cuando la acción del sujeto presupone la idea de una continuidad (moral) del sujeto en el tiempo”; VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 115: “el principio de identidad entre el autor y el penado debe constituir la principal limitación de la imputación jurídico-penal”.

⁶²³ INNERARITY, *Convivir con la inidentidad*, p. 362; también, ARENDT, *Condición humana*, p. 263. Sobre el aspecto “dinámico” de la identidad, desde la óptica de la narratividad: MEUTER, *Narrative Identität*, p. 248; TAYLOR, *Fuentes del yo*, p. 79. También: LUHMANN, *Individuo, individualidad, individualismo*, p.

diferencia o falta de identidad entre S1 (sujeto-del-momento-del-hecho) y S2 (sujeto-declarado-culpable) hace imposible reprochar al sujeto del segundo momento algo hecho en el primero. En ese sentido, si se parte de que, como mínimo para justificar la pena frente al sujeto que la sufre, es necesario que éste tenga la posibilidad de reconocerse como el «mismo sujeto» que cometió el delito, la existencia de cambios sustanciales a lo largo del tiempo debería convertirse en una causa de exclusión de la culpabilidad. Si se plantea desde la perspectiva contraria, la pregunta es cuándo se considera que un sujeto tiene la suficiente capacidad de prometer que, llegado cierto momento del futuro, va a ser capaz de cumplir el deber que se le dirige. Para el caso de la empresa, la cuestión a analizar es si su identidad tiene la «dimensión temporal» necesaria como para afirmar que se trata del mismo «sujeto colectivo» en el momento en que se cometió el delito y el momento en el que se le impone y se ejecuta la pena.

a.1. Intentos de fundamentar la continuidad temporal de la identidad empresarial

Varios han sido los argumentos por los que se ha tratado de justificar la continuidad de la identidad de la organización empresarial a lo largo del tiempo. Aparte de la teoría constructivista basada en la «autopoiesis empresarial» y en la memoria organizativa⁶²⁴, que se ha de ver en el capítulo siguiente, destacan también otras argumentaciones a favor de la identidad de la organización colectiva, a partir de las cuales se pretende derivar una culpabilidad penal separada de la de sus empleados y administradores:

(I) En primer lugar, algunas argumentaciones tratan de justificar la identidad de la empresa en su carácter de «unidad económico-social». En esa línea, se argumenta que los principales actores de la vida económica son personas jurídicas (particularmente empresas), y que éstas operan como un conjunto unitario y socialmente identificable, que permanece en el tiempo de forma independiente del cambio de sus miembros, realizando contratos, prestando servicios o generando una “imagen de marca”. Como unidad económica, también ellas pueden desarrollar una identidad desvalorada por el

117: “Debido a la definición circular del mundo por el yo y del yo por el mundo el individuo puede comprenderse a sí mismo solamente como proceso que ni está concluido ni puede concluir, como infinitud interior del deseo y del devenir”. No obstante, en el plano jurídico-penal, hay acuerdo en que respecto al individuo, si no presenta anomalías psíquicas significativas, se puede hablar de identidad en el sentido de mismidad a lo largo del tiempo, vid: LARENZ, *Juristischen Persönlichkeit*, p. 198.

⁶²⁴ De momento, ORCE, *Personas jurídicas*, p. 337: “el sustrato de la persona jurídica no consiste en un conjunto de personas, ni en una masa de recursos, ni en una estructura organizacional, no en una organización formal, sino en un actor corporativo, es decir, en una autodescripción de un sistema de acción. Esta autodescripción de una identidad colectiva quizás puede desempeñar la función equivalente a la conciencia de las personas físicas”.

derecho, esto es: podrían constituir un injusto o ser culpables de lo que sucede por su actividad económica⁶²⁵.

(II) Otra argumentación sostiene que la identidad de la empresa vendría constituida por sus «políticas» y su «filosofía empresarial». Es el caso de BUCY, quien agrupa estos fenómenos bajo lo que denomina “ethos empresarial”⁶²⁶, definido como “aquellas características de la empresa –sus políticas, sus estructuras y sus procedimientos– que provocan que los empleados delincan en nombre y representación de la empresa”⁶²⁷. Se refiere, principalmente, a las estructuras y disposiciones generalizadas, más o menos separables de los actores individuales, que pueden eventualmente promover la actividad delictiva en el seno de la empresa. En ello se pretende encontrar precisamente el fundamento de la culpabilidad y, en algunos autores, el injusto penal que constituiría la filosofía grupal criminógena⁶²⁸. En muchos casos, como el de LAMPE o HEINE, estos argumentos servirían para fundamentar explícitamente una culpabilidad por el carácter⁶²⁹. En cualquier caso, ese “ethos” o “filosofía de grupo” es lo que permitiría a la empresa adquirir una identidad que permanece (con variaciones) a lo largo del tiempo.

(III) En tercer lugar, se encuentra el argumento según el cual es la «estructura organizativa de la empresa» –sus reglas de reconocimiento de acciones como propias, su red de distribución de funciones– la que le proporciona la identidad diferenciada. Esta teoría, muy presente en la argumentación de FRENCH ya analizada (I.1.c.2), parte de que dicha estructura “subordina y sintetiza la intención y las acciones de varios agentes humanos (e incluso el comportamiento de las máquinas) en una acción

⁶²⁵ En ese sentido: BÖSE, *Strafbarkeit von Verbänden*, p. 20; HETZER, *Schuldlose Sanktionssubjekte?*, pp. 363, 367; HIRSCH, *Responsabilidad penal de las asociaciones*, pp. 1105 y s. En su defensa de la culpabilidad de la empresa, CUELLO CONTRERAS, *Significado de la acción*, p. 18: “El papel que juega la empresa en el ámbito económico es mucho mayor que el de la persona física, prácticamente inexistente en este ámbito. Se comprende que como consecuencia de ello, su regulación jurídica, la regulación jurídica de su constitución y funcionamiento, sea ingente y sus deberes paralelos a sus derechos”. Al respecto de la argumentación: QUANTE, *Sanktionsmöglichkeiten*, pp. 127; SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, pp. 134 y ss. En cualquier caso, en estas argumentaciones late la concepción de VON LISZT (*Lehrbuch*, § 28 I 2), según la cual quien puede realizar contratos, puede realizar también contratos fraudulentos y, por tanto, delinquir.

⁶²⁶ Principalmente, BUCY, *Corporate Ethos*, pp. 1095 y ss. Una descripción crítica del concepto, ARTAZA VARELA, *Empresa*, pp. 254 y ss.

⁶²⁷ LAUFER, *Culpabilidad empresarial*, p. 77; KREINER RAMIREZ, *Corporate Criminal Liability*, p. 940.

⁶²⁸ LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, pp. 715, 728 y s.; se podría citar también el precedente de BUSCH (*Grundfragen*, pp. 185 y ss.) para quien la organización ostentaba una identidad basada en un “espíritu normativo”. Al respecto de estas teorías: GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, p. 598.

⁶²⁹ Ampliamente sobre estos autores: II.3.c.

corporativa”⁶³⁰. Con ello se permite conceptualizar a la empresa no como un “mero agregado de individuos”, sino como un “conglomerado”⁶³¹: la estructura organizativa, más o menos estable a lo largo del tiempo, sería la base de la identidad y de una permanencia coherente consigo misma⁶³². Ella permite a la empresa distinguirse y sobreponerse al paso de los diferentes agentes individuales que se sitúan bajo su subordinación.

(IV). Otra fuente de identidad en la empresa sería la «colectivización de los procesos de decisión». Desarrollada ampliamente en la teoría del «dilema discursivo» de PETTIT, la organización adquiriría una identidad libre e individualizada de sus miembros mediante la colectivización de la razón⁶³³. Ésta implica, por un lado, que los procesos de decisión se toman con base en deliberaciones colectivas y no individuales; como también, por otro lado, que en dichas deliberaciones se impone a los individuos cierta disciplina colectiva, en el sentido de que lo que ellos “votan” debe respetar cierta coherencia y compatibilidad con la identidad del colectivo a lo largo del tiempo pasado⁶³⁴. Si se dan estos presupuestos, el colectivo adquiere una identidad que se extiende temporalmente y que no solo va más allá de la de sus integrantes individuales, sino que, además, “será la misma que en el caso individual”⁶³⁵.

Todas ellas podrían interpretarse, en la medida en que tratan de dotar de “realidad material” a la persona jurídica, como intentos de contrarrestar la tesis de la ficción de SAVIGNY, según la cual precisamente la falta de identidad material imposibilitaría a la persona jurídica su integración como sujeto del derecho penal⁶³⁶. Todas ellas, a su vez, tratan de justificar en la empresa una identidad suficientemente separada de la de sus miembros como para predicar de ella capacidad de responsabilidad propia.

⁶³⁰ FRENCH, *Integrity, Intentions, and Corporations*, p. 151; recoge el argumento DAN-COHEN, *Sanctioning Corporations*, p. 25, aunque para una tesis distinta.

⁶³¹ Un análisis del concepto y sus exigencias: QUAID, *Corporate Criminal Liability*, pp. 77 y ss.

⁶³² Desarrolla la idea de coherencia como fuente de identidad y agencia en la empresa a lo largo del tiempo: ARTAZA VARELA, *Empresa*, pp. 215 y ss.

⁶³³ PETTIT, *Teoría de la libertad*, p. 223.

⁶³⁴ PETTIT, *Teoría de la libertad*, pp. 199-233. Siguiendo esta teoría para fundamentar la culpabilidad empresarial en un sentido restringido, ARTAZA VARELA, *Empresa*, pp. 203 y ss., 295 y ss. No muy lejos de este planteamiento, GÓMEZ-JARA, *Autoorganización empresarial*, p. 7.

⁶³⁵ PETTIT, *Teoría de la libertad*, p. 223.

⁶³⁶ En ese sentido, ZUGALDÍA, *Responsabilidad*, pp. 18 y s., quien da por superada la teoría de ficción de SAVIGNY, en la medida en que la persona jurídica no sólo sería ya un actor social relevante, sino que además tendrían voluntad propia y personalidad ética.

a.2. Análisis crítico conjunto: ¿es posible una auténtica continuidad biográfica en la empresa?

Estas fundamentaciones, que dan cuenta de los procesos emergentes y de desindividuación que se han descrito con anterioridad, manifiestan que la empresa suficientemente compleja puede alcanzar una identidad significativa a lo largo del tiempo. O lo que es lo mismo, que la empresa también puede ser objeto, por parte del observador externo y del derecho, de una narración subjetiva. Cuestión distinta es, sin embargo, que esa continuidad sea relevante penalmente, esto es, que satisfaga las exigencias de la culpabilidad penal. Es decir, está claro que estas argumentaciones contrarrestan la tesis de la mera ficcionalidad de la persona jurídica; el salto cualitativo problemático se encuentra, sin embargo, en que esa continuidad generada por la cultura, la política empresarial o la estructura organizativa suponga un agente moral nuevo, capaz de orientarse y reconocer la validez de la norma penal de modo autónomo.

Así lo ha destacado, por ejemplo, VON FREIER, al negar en la organización la “continuidad en las reglas de acción” suficiente como para fundamentar un reproche penal⁶³⁷. La principal razón de esa discontinuidad es que entre el «ethos corporativo» o las políticas empresariales y el resultado lesivo que produce el delito existe una distancia tan grande –tiene que “pasar” por actuaciones de personas físicas– que imposibilitaría la conexión que exige el principio de culpabilidad por el hecho. Así sucede, por ejemplo, respecto a las exigencias de un mínimo de causalidad⁶³⁸ (ni siquiera cumpliría la cuasi-causalidad propia de la omisión, en tanto en ésta el que omite es el mismo sujeto que debió actuar, mientras que por la empresa siempre ha de actuar un “otro” cambiante). Es decir, que las políticas empresariales puedan favorecer la comisión del delito por parte de personas físicas –lo cual es evidente–, no supone título de imputación suficiente para hacer culpable a la empresa del resultado lesivo producido

⁶³⁷ VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 143. Si bien su crítica ha tenido considerable seguimiento en la dogmática alemana, también ha recibido críticas, principalmente por basarse en un concepto de persona y de libertad demasiado apegado al idealismo, incapaz de explicar suficientemente los fenómenos organizativos de la sociedad contemporánea. En ese sentido: GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 158; SCHÜNEMANN, *Wirtschaftsunternehmen*, p. 436, afirma que el planteamiento de v. FREIER pierde relevancia en tanto no es capaz de salir del “circulo lógico de la pena retributiva” propia del idealismo alemán; también se muestra crítico KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, p. 297 y s., quien desarrolla una teoría de la identidad en la empresa como un “híbrido entre asociación, empresa y titular/es de la empresa” (pp. 246 y ss.).

⁶³⁸ Acerca de la “debilidad” de la conexión entre esas políticas y hábitos corporativos y el hecho delictivo: ARTAZA VARELA, *Empresa*, pp. 256 y ss.; ROBLES PLANAS, *¿Delitos de personas jurídicas?*, p. 17.

por sus integrantes, en el sentido de considerarlo como propio y originado por ella⁶³⁹. En otras palabras, la relación entre el ethos corporativo y el resultado lesivo no tiene la estructura de «sujeto causa culpablemente un resultado», sino más bien la de «contexto proporciona las condiciones para que un resultado sea causado (por alguien capaz)». Sobre el problema de la originación de la acción empresarial se ha de volver en seguida.

En el sujeto individual, por su parte, la falta de continuidad está presente en casos excepcionales, ya que sólo algunas enfermedades mentales suponen un cambio tan sustancial en la constitución psicofísica del sujeto como para afirmar que éste ya no es el mismo que el que cometió el delito, y que por tanto la pena no sirve a los fines que tiene asignados⁶⁴⁰. En esos casos el sistema jurídico deja de tener razones para reprochar al sujeto un hecho pasado, y en ellos ocurre que el sujeto pierde la capacidad de interiorizar dicha carga como merecida. Si un sujeto, por el contrario, no ha sufrido alteración psicofísica alguna y puede entenderse a sí mismo como una unidad que permanece en el tiempo, todo indica que reunirá las condiciones de identidad requeridas por el principio de culpabilidad.

Ciertamente, esa continuidad ha sido discutida incluso para la persona individual⁶⁴¹; sin embargo, la discusión acerca de la identificación temporal del sujeto empresarial trae consigo, comparativamente, una especial dificultad. Ello se debe, en primer lugar, a que tanto su naturaleza compleja como el hecho de que está a disposición de terceros (administradores o socios) hacen que su identidad en el tiempo sea una cuestión de azar. Es decir, todo aquello que constituye materialmente una organización –los órganos, los recursos, las personas, la actividad–, son elementos altamente contingentes y volubles, suficientemente inestables como para construir a partir de ellos una identidad narrativa fuerte. En segundo lugar, los elementos de identidad que permanecen a lo largo de su

⁶³⁹ Se podría decir, no obstante, que ello excluye la «autoría» pero no la «participación». Sin embargo, la “falta de iniciativa”, que se ha de analizar más adelante, también obsta poder hablar de participación en sentido estricto de la persona jurídica, pues la participación requiere un comportamiento respecto al cual la propia persona jurídica no tiene dominio alguno.

⁶⁴⁰ En ese sentido, TAYLOR, *Fuentes del yo*, p. 47.

⁶⁴¹ En ese sentido, desde la criminología crítica, BARATTA, Laboratorio del Derecho, pp. 278 y s.: “Respecto al autor del delito, se ha destacado la gran distancia que puede mediar, también desde el punto de vista temporal, entre el autor implicado en el conflicto real y el procesado y el condenado, en el papel que el proceso le asigna. La pena ha sido juzgada como un instrumento inútil e innecesario, impuesto a un hombre que es «otro» en relación con el que ha cometido el delito”.

biografía son, o bien formales⁶⁴² –como la constitución, los estatutos o el nombre, esto es, su personalidad jurídica–, o bien una cuestión de percepción social –como la imagen, la marca social o la reputación–, o bien dependientes de terceros, según se ha de ver en seguida⁶⁴³. En definitiva, ni la política empresarial, ni la cultura organizativa ni la estructura de decisión pueden generar una identidad temporal continua, no solamente porque son cambiantes, sino precisamente porque cambian en función de la voluntad de terceros (particularmente los directivos y administradores).

Tal y como sostiene PÉREZ DEL VALLE, el hecho de que la continuidad biográfica de la empresa no esté asegurada internamente dificulta la atribución de una auténtica culpabilidad, pues no es legítimo restablecer el derecho a costa de un sujeto distinto del que lo quebrantó⁶⁴⁴. En la medida en que la empresa actúa, no sólo en el sentido

⁶⁴² En ese sentido, críticamente: v. FREIER, *Verbandsstrafe*, pp. 56 y ss.; también JAKOBS (*Strafbarkeit*, p. 569), antes de negar la posibilidad de una verdadera culpabilidad empresarial por falta de conciencia y de continuidad estable: “La identidad de la persona jurídica, a diferencia de la persona natural, no se determina a partir de la conciencia sino a partir de la unidad de su constitución”. Así, la definición de LAMPE (*Systemrecht und Unrechtssysteme*, pp. 693): “La organización funcional de un sistema de injusto puede adquirir su configuración institucional duradera mediante una constitución (o unos estatutos). (...) En consecuencia, se le define como ‘sistema formal’”. Sobre la existencia del colectivo como libertad objetiva, los autores hegelianos: ABEGG, *Lehrbuch*, §§ 70, 71; KÖSTLIN, *System*, §40 pp. 121 y ss.; sobre el carácter formal de la identidad de la persona jurídica en la filosofía de PUFENDORF, vid. AICHELE, *Persona physica und persona moralis*, p. 10; así también, la conocida teoría de la ficción de SAVIGNY, *System*, pp. 236 y ss.; recientemente: DAN-COHEN, *Sanctioning Corporations*, p. 15. Ello no quiere decir que las empresas no sean “reales”, sino más bien que, en términos de SEARLE (*Construcción*, pp. 31 y ss.) son esencialmente “personas institucionales”, esto es, que su continuidad biográfica no es intrínseca (como la del individuo) sino extrínseca, dependiente del reconocimiento que de ella hagan las reglas y convenciones de determinado contexto social. En ese sentido: MAÑALICH, *Organización delictiva*, p. 304.

⁶⁴³ ORTIZ DE URBINA (*Personas jurídicas*, p. 495), por ejemplo, afirma que la coherencia y la repetición de patrones de la que habla PETTIT, que puede observarse en la actividad de la empresa a lo largo del tiempo, no sería tan deudora de una racionalidad del propio sistema organizativo como del hecho de que los “sucesivos integrantes (y no una suerte de «espíritu colectivo») deciden imitar (o no) la conducta anterior”.

⁶⁴⁴ PÉREZ DEL VALLE, *DP.PG.*, §2.II.B: “No es posible la elaboración subjetiva de una continuidad biográfica en una persona jurídica; no se discute la estabilidad de la persona jurídica en sentido estricto (que existe en el derecho privado o en el derecho sancionatorio), sino su identidad como continuidad, pues carece de estabilidad autónoma: los actos de creación y desaparición de la persona jurídica están sometidos, finalmente, a personas físicas que adoptan la decisión, y los actos que constituyen su biografía son, a su vez, parte de la continuidad biográfica de quienes los adoptan. Sin esta estabilidad no puede predicarse la continuidad biográfica en la identidad que hace posible la culpabilidad penal y, por tanto, la retribución. Por ese motivo, la sanción penal de las personas jurídicas no sólo no reduce, sino que eleva considerablemente la complejidad del sistema jurídico”. En el mismo sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, *Autorregulación*, p. 218: “Mientras que la persona individual tiene un centro de orientación vital, el cerebro, en el que se basa (desde una perspectiva subjetiva) su identidad, su continuidad como persona y su unidad de actuación, al tiempo que permite procesar de forma unitaria el conjunto de conocimientos, representaciones y experiencias que tiene a su alcance, la empresa carece de dichas condiciones para desarrollar una teoría de la responsabilidad”; también SCHMITT-LEONARDY (*Unternehmenskriminalität*, p. 448), en relación a la identidad biográfica del sujeto individual: “La posibilidad del sujeto de conducir su

naturalista de producir cambios relevantes en el mundo exterior, sino también en el sentido normativo de dominar su esfera de organización, a través de sus órganos y sus representantes, el hecho de que estos últimos estén en permanente variación hace que cualquier intento de vinculación entre sujeto presente y sujeto pasado tenga un sentido muy limitado⁶⁴⁵. Es difícil, en ese sentido, justificar la continuidad de una empresa que ha cambiado su consejo de administración, o sus accionistas, o a gran parte de la plantilla, a través de los cuales cometió el delito en el pasado. Como afirma WELLS, tendría poco sentido castigar penalmente a una empresa en el presente por un injusto de organización que emergió por la actuación de determinados individuos (porque no se crea sólo) en un momento del pasado⁶⁴⁶. Siendo así, lo que un consejo de administración realice permanecerá como obra de sus integrantes en la esfera de organización de la empresa. De ese modo, ante el cambio de dichos miembros, aquellos que ocupen su lugar no podrán entender lo que sucedió en el pasado de la empresa como propio, sino precisamente como la acción de aquellos miembros del consejo que sigue teniendo consecuencias sobre esferas de organización ajenas.

Además, ya en términos pragmático-procesales, las dilaciones en los procesos que atañen a empresas (debido al tiempo que el delito tarda en manifestarse y por la complejidad del material probatorio) hacen virtualmente imposible que, transcurridos probablemente años o décadas, la pena recaiga sobre un sujeto empresarial suficientemente identificable con el que cometió el delito. En ese sentido, una empresa no puede entender la pena como justa, y si fuera capaz, no la entendería si constituye la

vida, de desarrollar una identidad biográfica, es la esencia de la persona natural, sobre la cual debería basarse el derecho penal”.

⁶⁴⁵ En ese sentido JAKOBS (*Strafbarkeit*, p. 569) sostiene que, a efectos de culpabilidad, la empresa no supera la prueba de su propia continuidad, especialmente teniendo en cuenta que quien actúa por ella es siempre el órgano y su continuidad en el tiempo es puro azar; también, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, pp. 143 y ss.; ORTIZ DE URBINA, *Personas jurídicas*, p. 495; LÜDERSEN, *Aggregative Model*, p. 99. Probablemente ello había llevado a HEGEL (*Grundlinien*, § 279, pp. 445 y s.) a afirmar que la identidad subjetiva de toda persona moral se manifiesta sólo en el presente, como momento, y no en una existencia continuada: “Una llamada persona moral, la sociedad, la comunidad, la familia, por muy concreta que sea en sí misma, tiene la personalidad sólo como momento, sólo de un modo abstracto; no ha alcanzado en ella la verdad de su existencia” (el autor exceptúa, no obstante, al Estado). Desarrollan esta tesis, posteriormente: KÖSTLIN, *System*, §40 pp. 120 y s.; y ABEGG, *Lehrbuch*, § 70.

⁶⁴⁶ WELLS, *Corporations and criminal responsibility*, p. 93: “últimamente existe una dificultad irresoluble con el mantenimiento de la existencia de la persona jurídica para los efectos de la administración de justicia penal. Si se fuerza a la empresa a dejar de existir, no puede ser, en cambio, forzada a no retomar su actividad; si intenta reconstituirse a sí misma, con diferentes directores y miembros, ¿entonces es la misma entidad? En otras palabras, qué es la entidad –su nombre de marca, su capital o sus directores y miembros? La responsabilidad penal sólo tiene sentido si la empresa retiene o bien su nombre o sus directores, pero una vez ello se ha perdido entonces es difícil decir qué es lo que la compañía es”.

consecuencia de la administración de unos sujetos individuales cuyo comportamiento lesivo se produjo largo tiempo atrás. Como ha afirmado JAKOBS, la conciencia de quien se sienta en el banquillo “es la de un sucesor de una conciencia culpable”, y “el conocimiento de tener que responder por la culpabilidad de otro y el conocimiento de tener que responder por la propia culpabilidad son dos cosas distintas”⁶⁴⁷.

Un ejemplo: imaginemos a un administrador que sucede a otro en una empresa, constata la comisión de fraudes fiscales por parte del administrador precedente, denuncia o realiza una regularización fiscal e implementa un adecuado «compliance». Pues bien, si nos tomásemos en serio la continuidad biográfica de la empresa y su culpabilidad, ello equivaldría a una especie de auto-confesión de la empresa, la cual generaría algo tan extraño como un proceso en el que como representante de la misma debería sentarse en el banquillo el mismo sujeto que denunció, para responder por el delito del denunciado. Como se puede observar, el hecho de que la identidad de la empresa sea en gran parte una prestación de sus administradores genera un tipo de situaciones del todo incompatibles con el principio de culpabilidad.

En definitiva, la continuidad biográfica entre la organización en el momento del delito y en la declaración de culpabilidad no está de ningún modo asegurada internamente, y sólo podría construirse como una ficción normativa, demasiado alejada de la realidad en la mayor parte de los casos.

a.3. Otras cuestiones relevantes en la identidad temporal de la empresa: la “muerte” y la “mayoría de edad” empresarial

En relación a la identidad temporal de la organización colectiva existen todavía dos cuestiones más que tienen relevancia de cara a una posible imputación jurídico-penal: se trata, por un lado, con la cuestión de la “muerte” o “disolución” de la persona jurídica; y, por otro, de la mayoría de edad penal. La pena tiene, como todo acontecimiento sujeto a la temporalidad, un sentido radicalmente diverso para la persona física y para la jurídica, tan pronto como se tenga en cuenta la diferencia en el modo en que ambas personas dejan de existir para el derecho⁶⁴⁸. La razón principal es que la “muerte” de la

⁶⁴⁷ JAKOBS, *Strafbarkeit*, p. 569, antes de lo cual afirma que, “tratándose de personas jurídicas, es puro azar si un órgano que delinque es aún órgano en el momento de la sentencia; cuanto más célebre sea el caso objeto del procedimiento penal más excepcional será que se dé ese caso. Se puede sentar el sucesor en el banquillo de los acusados, si bien éste no puede establecer una continuidad con su antecesor a partir de una conciencia idéntica, sino sólo a partir de la constitución”. En ese sentido, LÜDERSEN, *Aggregative Model*, p. 99.

⁶⁴⁸ Todo lo que acontece en la vida de un sujeto individual tiene un contenido simbólico determinado por el hecho de que el tiempo está limitado por la muerte. No es casualidad que, especialmente a partir de la noción de “ser-para-la-muerte” de HEIDEGGER (*Sein und Zeit*, § 46 y ss.), se haya vinculado la continuidad y la identidad autoconsciente y reflexiva del ser humano al hecho de que uno percibe la realidad, también los fenómenos penales como la culpabilidad y la pena, teniendo como referencia tanto el horizonte temporal como la posibilidad de la muerte. En ese sentido: TUGENDHAT, *Autoconciencia y autodeterminación*, p. 185. En relación al análisis de la identidad individual, KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, p. 302: “el hombre basa su identidad natural en su existencia física, que alcanza desde

persona jurídica, a diferencia de la de la persona física, depende de algo tan trivial como el acuerdo entre sus integrantes, que pueden producir legítimamente su disolución sin apenas límites legales –lo mismo se podría decir de su “nacimiento” o “constitución”⁶⁴⁹. En ese sentido, la persona jurídica es una realidad instrumental y absolutamente disponible, cuya equivalencia funcional con el ser humano individual es, ya sólo por ello, más que cuestionable.

También hay enormes diferencias respecto al carácter simbólico de la pena para ambos sujetos. El ordenamiento jurídico, al imponer una pena –especialmente la pena de prisión– ha de tener en cuenta la finitud temporal del ser humano al que se le aplica, precisamente porque el carácter simbólico de la pena proviene de la gravedad de estar temporalmente privado de libertad siendo la vida algo finito (y ese tiempo se calcula también en función de la esperanza media de vida en cada momento histórico). Para la empresa, en cambio, el carácter simbólico de la sanción penal es radicalmente diverso, y su carga comunicativa mucho menor: obviamente, porque la pena de prisión no le afecta, pero también porque las otras sanciones (multas, intervención judicial, la suspensión, la inhabilitación) suponen una afectación comparativamente leve, dirigida a un “sujeto” cuya relación con lo temporal se desconoce por completo, pues no se sabe si la empresa desaparecerá tras ella o podrá alargar su existencia indefinidamente. En ese sentido, la sanción a la empresa, tanto en su contenido aflictivo como en el comunicativo, no admite comparación alguna con las penas individuales⁶⁵⁰.

el nacimiento hasta la muerte”. Al respecto, en relación a HEIDEGGER, también: Arthur KAUFMANN, *Schuldprinzip*, p. 106.

⁶⁴⁹ En ese sentido, JAKOBS (Strafbarkeit, p. 570): “el concepto de culpabilidad, que ha sido desarrollado para las personas naturales y que construye la identidad de éstas a partir de la uniformidad de la conciencia atribuida, no puede alargarse o deformarse para abarcar también a personas jurídicas cuya identidad se garantiza por medio de su constitución. Para aclarar esto: tras la muerte de una persona natural que ha delinquido no se dicta ninguna sentencia. De manera correspondiente, ¿puede la persona jurídica, a la que se quiere imponer una multa, eludir la sentencia a través de su disolución?”; también, ORTIZ DE URBINA, *Personas jurídicas*, pp. 498 y s.: “A diferencia de las personas físicas, las jurídicas no nacen sino que se hacen. Asimismo, el grado de libertad de decisión de la persona física a la hora de constituir o integrarse en una persona jurídica es comparablemente superior al grado de libertad que tuvo a la hora de escoger las circunstancias de su nacimiento y el entorno en el que creció hasta hacerse un sujeto penalmente responsable”.

⁶⁵⁰ En el mismo sentido, en sentencia de la Corte Suprema de Canadá en *R.v. Wholesale Travel Group*, citada en QUAID, *Corporate Criminal Liability*, p. 85: “en mi opinión, cuando se aplica el derecho penal a la corporación, pierde gran parte de su naturaleza criminal y se convierte, en esencia, en una forma vigorosa de derecho administrativo. Con la posibilidad de la prisión eliminada, y el estigma que lleva asociado la condena reducido a la pérdida de dinero, la corporación se encuentra en una situación totalmente diferente de la del individuo”. En sentido parecido: KREINER RAMIREZ, *Corporate Criminal Liability*, p. 985. En relación a la pena de multa, HUSS, *Strafbarkeit juristischer Personen*, p. 240: “Por ello la pena de multa significa para la persona jurídica mucho menos que para los seres humanos con

Otra de las cuestiones relevantes para el derecho penal, relacionada con la temporalidad de los sujetos imputables, es la de la «mayoría de edad penal»⁶⁵¹. Un sujeto es imputable a partir del momento en su transcurso vital en el que, estando capacitado para comprender el alcance de su comportamiento, ha podido interiorizar suficientemente el contenido de las normas y, por tanto, también cuestionar su vigencia⁶⁵². El límite de edad a partir del cual un individuo adquiere esa capacidad de cuestionar de modo relevante las normas penales tiene un carácter normativo, que va variando históricamente y que depende del modo en que cada sociedad entiende la “madurez moral”; se trata, en cualquier caso, de encontrar aquel momento a partir del cual, con una inevitable generalización, el sujeto ha obtenido ya suficiente experiencia en su interacción con la sociedad y con el mundo como para conocer el alcance y el sentido de sus acciones. Todo ello, además, parte de la base de un mínimo de homogeneidad y uniformidad en el momento en que todos los sujetos (en este caso seres humanos) alcanzan dichas condiciones, razón por la cual la mayoría de edad penal en ocasiones se relaciona con el principio de igualdad jurídica⁶⁵³.

En la empresa, por su parte, el límite de la imputabilidad, uno de los grandes problemas aún por desarrollar, se determinaría, siguiendo a GÓMEZ-JARA, no sobre el substrato psíquico sino sobre el substrato organizativo. Para ello, constituye un indicio decisivo de la imputabilidad de la empresa “la constitución de un substrato de organización formal”, de modo que “el acento no se pone ni en la personalidad jurídica, ni en la configuración económica, sino en el sistema organizativo que subyace”⁶⁵⁴. El momento en que el sujeto empresarial se convierte en penalmente imputable coincide supuestamente con la obtención de un grado de complejidad y recursividad suficiente. Sin embargo, en este punto vuelve a surgir el problema de la falta de concreción de estos planteamientos, pues en ellos todavía no se ha explicado cómo es posible

capacidad de sentir (“*fühlenden Menschen*”).

⁶⁵¹ Así lo reconoce, por ejemplo, GÓMEZ-JARA, *Personas jurídicas*, pp. 471 y s.

⁶⁵² Más allá de las diferencias, no muy significativas, entre los diferentes ordenamientos, la determinación de la mayoría de edad tendría en cuenta dos factores: uno subjetivo, que analiza si el sujeto es normativamente asequible; y otro preventivo, que analiza si el sujeto es capaz de cuestionar la vigencia de la norma mediante su delito. Cfr. ROXIN, *DP.PG.*, § 20/49, pp. 848 y ss.

⁶⁵³ En ese sentido, JAKOBS, *DP, PG*, 18:1, p. 629: “la ley presume que los niños (personas menores de catorce años) son inimputables. Fundamento de la presunción es la experiencia de que los niños no se pueden definir como iguales, careciendo por ello de competencia para cuestionar la validez de la norma”.

⁶⁵⁴ GÓMEZ-JARA, *Antecrítica*, p. 472; Sobre el concepto de complejidad, desde varias perspectivas: LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, pp. 694, cita 42.

determinar que una organización ha adquirido la complejidad suficiente para ser capaz de cuestionar de forma autónoma el derecho⁶⁵⁵. Lo máximo que se afirma es la exclusión de la imputabilidad de sociedades pantalla, y la inclusión de sociedades cotizadas; en relación al resto de casos dudosos se remiten a una decisión de carácter normativo, la cual ha de tener en cuenta la complejidad interna de la empresa y no tanto su personalidad jurídica⁶⁵⁶. Sin embargo, la determinación es tan complicada como que cada empresa se vuelve compleja “a su modo”, o bien a través de la tecnología, a través de sus empleados, de su capital o a través de su diferenciación en departamentos. Todo ello dificulta considerablemente la delimitación de cuál es la complejidad mínima a partir de la cual la empresa puede llevar a cabo un comportamiento culpable.

Ante la falta de respuestas claras, los ordenamientos jurídicos han avanzado en esta cuestión tomando en consideración, por ejemplo, el número de empleados de la empresa, o que ésta tenga personalidad jurídica⁶⁵⁷, si bien podría haberse escogido su facturación, su complejidad tecnológica o cualquier otro aspecto que proporcione una medida de complejidad en la organización. Lo que parece claro es que ninguna de estas condiciones permiten establecer el límite a partir del que la organización establece una relación autónoma con la norma penal; más bien resulta, lo cual parece además difícil de evitar, una forma pragmática y convencional de determinar qué empresas se han de intervenir para realizar determinados fines preventivos y cuáles no.

Todo ello manifiesta, por tanto, que tampoco en este punto es posible construir una equivalencia funcional respecto a los seres humanos individuales. En primer lugar,

⁶⁵⁵ En contra de esta opinión, GÓMEZ-JARA (*Fundamentos*, pp. 292, 317 y ss.) afirma que el sistema jurídico tiene herramientas para ser “altamente selectivo” a la hora de determinar qué empresas pueden ser sujetos penales y cuáles no. El autor se refiere concretamente a la teoría de TEUBNER del “hiperciclo”, según la cual la mayoría de edad empresarial se produciría a través de la vinculación hipercíclica de los componentes del sistema. En definitiva, se considerarían mayores de edad a aquellas organizaciones cuyo funcionamiento está suficientemente autonomizado respecto a sus miembros individuales, razón por la cual se habrían convertido en sujetos autónomos. Más allá de lo cuestionable de esta desindividuación, que ha de ser analizada más adelante, lo que no se encuentra (de momento) es una concreción de cuándo y cómo esa acumulación de círculos autorreferenciales justifica en la organización una capacidad de posicionarse frente al derecho penal.

⁶⁵⁶ GÓMEZ-JARA, *Antecrítica*, p. 472, quien reconoce asimismo la dificultad de la cuestión.

⁶⁵⁷ El tamaño de la empresa es tenido en cuenta, por ejemplo, en la regulación de las Sentencing Guidelines, que varían el baremo de la culpabilidad (“*culpability score*”) en función del número de empleados de la empresa enjuiciada: *Guidelines Manual, Chapter 8 – Sentencing of Organizations*, November 1, 2013, pp. 508 y s. En el proyecto de reforma español, por su parte, las personas jurídicas excluidas serían aquellas que carecerían de personalidad jurídica, que no recibirían una «pena» sino una «consecuencia accesoria». Está claro que en ninguno de los casos e está teniendo en cuenta la recursividad de la organización empresarial.

porque, si bien para éstos la mayoría de edad en términos jurídicos y de entendimiento es “indisponible” (la complejidad psíquica se adquiere de forma “natural”, y uno no puede decidir mantenerse como inimputable⁶⁵⁸), las organizaciones empresariales disponen de su propia complejidad, pudiendo sus administradores mantenerla por debajo de los estándares de imputabilidad. Evidentemente, estas diferencias no son por sí mismas relevantes para determinar que la empresa pueda o no responder penalmente; lo que demuestran es, sin embargo, que el hecho de que la organización esté totalmente a disposición de voluntades individuales, también en lo que a la disolución o a la “mayoría de edad” respecta, dificulta considerablemente hablar de una verdadera equivalencia funcional con el individuo.

b) Problemas derivados del aspecto complejo de la identidad empresarial: la cuestión del todo y las partes

Tras el análisis de los problemas sobre la falta de continuidad temporal en la organización, el segundo aspecto problemático se encuentra en su carácter compuesto, es decir, en el hecho de que toda organización está constituida por individuos libres y autorresponsables, distribuidos en órganos de representación (“metasujeto”). En este segundo nivel, aparte del conocido problema de justicia material propio de toda pena colectiva –esto es: que afecta a inocentes (vid. II.4.b.3.2)–, existen otras cuestiones problemáticas derivadas del hecho de que la empresa sea un ente compuesto, todo lo cual dificultaría su consideración como sujeto equivalente al individuo mismo. Muchos de estos problemas están tratados ya en la doctrina como relativos a la incapacidad de acción propia de la persona jurídica⁶⁵⁹, o dicho de otro modo, a la necesidad de manifestarse a través de personas naturales. A continuación se realizará una revisión de dichas críticas, de cara a avanzar en el análisis de la posible identidad jurídico-penal del colectivo.

⁶⁵⁸ Además, en relación a la interpretación de GÓMEZ-JARA (Antecrítica, p. 457), la imputabilidad de la persona física no depende tanto de su “complejidad psicológica” como de su capacidad de comprensión de las normas y de los actos propios (lo cual, sin duda, está relacionado con lo anterior); en otras palabras, un “enfermo mental” puede tener una complejidad psíquica probablemente mayor que el resto de personas, pero la razón por la que no se le considera imputable es la falta de asequibilidad normativa. Esa falta de asequibilidad normativa es precisamente la que excluye a las personas jurídicas, incluso a las más complejas, del derecho penal, pues lo relevante es que ninguna de ellas es capaz de comprender el contenido comunicativo del derecho ni el alcance de sus “acciones”.

⁶⁵⁹ De momento, SCHÜNEMANN, Responsabilidad penal, pp. 28 y ss.

b.1. El problema del “todo y las partes” en la organización colectiva y los modelos de «culpabilidad por el hecho propio» y de «culpabilidad por transferencia»

Los problemas a los que se acaba de hacer referencia se podrían reconducir a la recurrente discusión, en derecho penal como también en otros ámbitos, sobre la tensión entre el todo, en este caso la empresa, y las partes, en este caso sus miembros individuales⁶⁶⁰. Esa tensión se traduce, para el derecho penal, en la pregunta de si es posible considerar a la empresa como una unidad de imputación, teniendo en cuenta que en realidad se constituye como una multiplicidad de órganos y sujetos individuales (“metasujeto”) a su vez imputables.

De algún modo, los diferentes modelos de culpabilidad empresarial se podrían interpretar como dos diferentes formas de tratar con este carácter complejo y múltiple de la empresa. El modelo de «culpabilidad por el hecho propio», que parte de que a la organización se le imputa un hecho antijurídico –falta de organización– propio e independiente del comportamiento de sus miembros, supondría un intento de superar este problema tratando a la empresa como un “todo unitario”. En él se parte de que, de cara a la imputación colectiva, que la empresa actúe a través de una multiplicidad de personas devendría normativamente irrelevante, pues aquélla estaría siendo observada por el sistema jurídico como una «unidad de organización autónoma» que ha infringido un deber propio⁶⁶¹. Por otra parte, el modelo de «culpabilidad por transferencia» (también denominado «modelo de imputación» o vicarial), parte de que la empresa es culpable por un hecho de los representantes/administradores que se le transfiere, siempre que sea reconducible de algún modo al ente colectivo (esto es, se haya hecho en su nombre o por su cuenta y haya generado un beneficio empresarial)⁶⁶². Este modelo reconoce el carácter complejo de la empresa, de modo que traduce su constitución como

⁶⁶⁰ Ésta es una problemática de la que se sustrae la teoría de sistemas analizada en Parte I, en la medida en que su análisis de los sistemas no parte del análisis de “el todo y las partes” sino de la distinción sistema/entorno, vid. LUHMANN, *Ilustración sociológica*, p. 113. Al respecto, SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmen*, pp. 127 y s..

⁶⁶¹ Por todos: GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, pp. 296 y ss.

⁶⁶² Sostienen «modelos de heterorresponsabilidad», entre otros: SCHROTH (*Unternehmen als Normadressaten*, pp. 184 y ss.), para quien la culpabilidad del órgano es funcionalmente la culpabilidad organizativa de la persona jurídica; también, HIRSCH, *Responsabilidad penal de las asociaciones*, p. 1123; el mismo, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 293. Recientemente, SIEBER, *Unternehmensstrafrecht*, p. 458: “Una concepción que está ganando más seguidores, basándose en la teoría clásica de los órganos sociales, imputa al ente colectivo la conducta contraria a la norma de un órgano o de un representante designado, y lo hace bajo la forma de la “autoría del órgano del ente colectivo” no como delincuencia ajena sino como delincuencia propia”.

sujeto que requiere representación y composición orgánica al propio «modelo de imputación», el cual constituye explícitamente una “heterorresponsabilidad”.

En cualquier caso, es ya un lugar común en la justificación de ambos modelos de culpabilidad empresarial, también entre sus críticos⁶⁶³, afirmar que el todo que forma la empresa es más que la suma de sus miembros individuales⁶⁶⁴, de modo que reconducir la responsabilidad exclusivamente a estos últimos dejaría un espacio por abarcar; precisamente el espacio que ocuparía la culpabilidad empresarial⁶⁶⁵. La empresa sería, por tanto, mucho más que la suma de accionistas, administradores, empleados y recursos, de modo que es funcionalmente aconsejable tratarla como una entidad diferenciada con capacidad propia de acción y de responsabilidad penal⁶⁶⁶; o al menos transferirle, bajo determinadas condiciones, el hecho de sus representantes.

Esta diferenciación entre la suma de voluntades/miembros individuales y la voluntad colectiva resultante se remonta ya a HAFTER⁶⁶⁷, aunque lo cierto es que todas ellas tienen ecos en la noción orgánica de comunidad política del contractualismo⁶⁶⁸. En cualquier

⁶⁶³ JAKOBS, *Strafbarkeit*, p. 571: “La persona jurídica, en esta medida, puede –*sit venia verbo*– llevar a cabo una vida propia dado que elabora su constitución interna de acuerdo a reglas; vida propia que, de cara a las personas naturales que actúan por ella, no se explica como una pura suma de actividades”; VAN WEEZEL, *Personas jurídicas*, p. 118: “Sociológica y económicamente hablando, no hay duda de que la empresa es más que la suma de sus activos y su personal”; del ROSAL BLASCO, *Hechos de conexión*, p. 49; SEELMANN, *Punibilidad*, p. 359; afirma la compatibilidad del individualismo metodológico y la afirmación misma: ORTIZ DE URBINA, *Personas jurídicas*, p. 493. Por supuesto, esta afirmación está también presente entre los partidarios de la responsabilidad penal empresarial: LAUFER, *Culpabilidad empresarial*, p. 73; HIRSCH, *Responsabilidad penal de las asociaciones*, p. 1111, *Id. Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 293; LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 693; EIDAM, *Straftäter Unternehmen*, p. 117.

⁶⁶⁴ También esto se debe a la influencia de la teoría de sistemas autopoieticos en la justificaciones de la culpabilidad colectiva, IZUZQUIZA, *Sociedad sin hombres*, pp. 174 y s.: “La teoría de sistemas supone una nueva perspectiva sobre el problema del todo y de las partes. (...) Un sistema constituye una unidad de tipo superior, diferente a la que puede resultar de la suma de sus partes”. En todo caso, esta afirmación se remonta ya a ARISTÓTELES, *Metafísica*, 1023b. También desde una perspectiva filosófica: SEARLE, *Construcción*, pp. 41 y ss.

⁶⁶⁵ Incluso entre los principales críticos de la responsabilidad colectiva se asume que existe algo que va más allá de lo individual y que pertenece al nivel colectivo. En ese sentido va la propuesta de ROBLES PLANAS (*Pena y persona jurídica*, p. 8): “debe partirse de la idea de que el hecho de la persona física produce una dimensión de injusto objetivo que permanece más allá de que a aquella persona física se le castigue por su hecho, esto es, que no logra ser compensada por su culpabilidad. Esa dimensión de injusto es la relativa al enriquecimiento derivado del hecho, que se perpetúa si no se combate. A partir de ahí es sencillo hallar el fundamento de la responsabilidad (en sentido amplio)”. La responsabilidad de la organización no es, para el autor, penal, ni está asociada a culpabilidad alguna, sino a una responsabilidad en sentido amplio por el riesgo.

⁶⁶⁶ *vid.* PRITTWITZ/GÜNTHER, *Kollektive Verantwortung*, p. 351.

⁶⁶⁷ Sobre ello, *vid.* GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, pp. 189 y ss.

⁶⁶⁸ Por ejemplo, en la distinción de ROUSSEAU (*Contrato social*, p. 52) entre la voluntad de todos, que no es más que la suma de las voluntades particulares, y la voluntad general, independiente de ellas y

caso, no deja de haber quienes, como por ejemplo LÜDERSEN, califican dicha consideración como un mito cuya consecuencia es la relativización de la idea de sujeto⁶⁶⁹. Dicha opinión es común en los “*aggregative approaches*”, los cuales atribuyen al colectivo cierta capacidad de agencia penal, si bien sobre el presupuesto de la adición de los actos, omisiones y estados mentales de los individuos, particularmente de los pertenecientes al nivel directivo (“*corporate officers*” y los “*senior managers*”)⁶⁷⁰.

b.1.1. La dependencia de la organización colectiva respecto de la decisión de sus miembros (y a la inversa: la influencia de aquélla sobre éstos)

Ahora bien, la crítica que aquí se realiza de la culpabilidad empresarial –particularmente al modelo del «hecho propio»– no cuestiona que el todo sea más que la suma de sus partes, lo que cuestiona es precisamente que sea equivalente o independiente de ellas. Dicho de otro modo: se afirma que ciertos sucesos no pueden ser comprendidos atendiendo exclusivamente a los individuos que componen la empresa. Ello es cierto, pero también es cierto lo inverso: todos los sucesos (también los delitos) son incomprensibles sin la referencia a los individuos que componen la empresa, lo cual choca con el intento de presentar el «hecho organizativo» como enteramente propio de la organización. Ello manifiesta, en todo caso, que el todo no es independiente de sus partes –lo cual sí es reconocido por el «modelo de transferencia»–; el corolario sería, sin embargo, que por eso mismo la empresa no puede ser culpable, claro está, según un concepto de culpabilidad que requiera un grado relevante de autonomía.

Por otro lado, a menudo se presentan las críticas a la culpabilidad empresarial –no sin cierta razón, en algún caso– como manifestaciones de una infravaloración de la dimensión sistémica o cultural del comportamiento social, también del delictivo. No se trata aquí de eso. Es evidente que el individuo que opera en contextos complejos lo hace bajo poderosas influencias que provienen de factores sistémicos, culturales y psicológicos, que en muchas ocasiones se pueden reconducir a una filosofía o actitud de grupo⁶⁷¹. Ello tiene como consecuencia que, muy a menudo, lo que los individuos no

encaminada al verdadero bien común; o en la noción de “*common-wealth*” de HOBBS, *Leviathan*, pp. 104 y ss.

⁶⁶⁹ En ese sentido, LÜDERSEN, *Funktionalismus*, pp. 884; El mismo, *Aggregative Model*, p. 81.

⁶⁷⁰ LÜDERSEN, *Aggregative Model*, p. 86; al respecto de estas teorías: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmen*, p. 124.

⁶⁷¹ Una descripción amplia y detallada de estos procesos: JÄGER, *Kollektiven Verhaltung*, pp. 19 y ss. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, pp. 22 y ss. Acerca de la acción humana como enmarcada en

harían “actuando solos” sí que lo harían en el contexto de un “nosotros”⁶⁷². Como han destacado también las teorías de la narratividad, ninguna acción es absolutamente aislable de las acciones que otros han desencadenado antes y de las interacciones sociales⁶⁷³, de modo que con la mera responsabilidad penal individual quedaría el espacio del “nosotros” fuera del cuadro. Puede ocurrir incluso, como ha destacado ROTSCH, que las acciones individuales sean por sí mismas tan irrelevantes en comparación con el conjunto de acciones acumuladas (“*Kummulationseffekte*”), como también en relación a la magnitud del resultado lesivo mismo, que en contextos excepcionales la responsabilidad individual quedaría sin efecto⁶⁷⁴. Así sucede, como se explicó en relación al “caso Megaupload”, con el fenómeno de las descargas individuales de portales de internet, ámbito delictivo en el que la acumulación de conductas es de tal dimensión que las acciones individuales tienen, en relación al daño global, muy poca relevancia normativa. Ahora bien, del hecho de que existan dichas dinámicas o condiciones estructurales no se puede derivar que lo que resulta de ellas sea un sujeto de imputación penal nuevo, ni por sí mismo, ni en virtud de una transferencia. En palabras de JÄGER: “los grupos están formados por autores, pero no son en sí mismos autores”⁶⁷⁵.

Por otra parte, la afirmación de que “los sistemas organizativos son independientes de los miembros concretos”⁶⁷⁶, que precisamente constituye el requisito de su agencia penal

“estructuras colectivas”: EIDAM, *Straftäter Unternehmen*, p. 117; KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, p. 95 y s.; KIRCH-HEIM, *Sanktionen*, pp. 46 y ss.; NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, pp. 38 y ss.; ORTIZ DE URBINA (Sanciones penales contra empresas, p. 270), por su parte, concreta la influencia de la empresa en el razonamiento individual, y lo hace con varios ejemplos de neutralización de los imperativos éticos a través de las necesidades de empresa, como por ejemplo: “Si cumpliera con todas esas normas tendría que cerrar”, “Si fuese el único que cumpliera me vería obligado a cerrar”, “peor sería cerrar la empresa y dejar a mis trabajadores en el paro”, “al fin y al cabo, sólo soy un pequeño eslabón en una gran cadena”.

⁶⁷² Ampliamente: SEARLE, *Construcción*, p. 41: “Ejemplos obvios los constituyen casos en los que yo hago algo sólo en tanto que parte de nuestro hacer algo”; al respecto, con referencias a SEARLE: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmen*, pp. 130 y ss.

⁶⁷³ Sobre todo: ARENDT, *Condición humana*, pp. 253 y ss.; Al respecto, LÜBBE, *Verantwortung*, pp. 128 y ss.; SEELMANN, *Punibilidad*, p. 359; ya en el ámbito de la responsabilidad penal: LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, pp. 686 y ss.

⁶⁷⁴ ROTSCH, *Großunternehmen*, pp. 85 y ss. (sobre los efectos de la acumulación de acciones: p. 102).

⁶⁷⁵ JÄGER, *Kollektiven Verhalten*, pp. 45; NAGEL, *Unternehmen aus psychodynamischer Sicht*, p. 172.

⁶⁷⁶ Claramente, GÓMEZ-JARA, *Autoorganización empresarial*, p. 7; WOLF, *Kollektive Verantwortung*, p. 132. “El individualismo metodológico falla ante la existencia de colectivos corporativos, cuya estructura de decisión y de establecimiento de objetivos es independiente de los intereses e intenciones de sus miembros”. LAMPE (*Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 693) no sólo afirma que el sistema de injusto es “más que la suma de las partes” sino que además es “independiente del cambio de sus partes”. Esta última afirmación es la que aquí se trata de cuestionar, ya que los cambios en determinadas partes del sistema producen necesariamente cambios en el sistema mismo. No obstante, en otros lugares realiza

para los defensores del modelo del «hecho propio», desmonta todo el sistema de prevención de delincuencia económica. Es decir, si la organización empresarial funciona de modo que las voluntades particulares (de los administradores) no influyen en el curso de la actividad empresarial, ello llevaría al absurdo de convertir en tentativa inidónea sus intentos de implantar las medidas preventivas necesarias para evitar delitos en la empresa, lo cual constituye precisamente el objetivo principal de la figura del «compliance». En ese sentido, estos mecanismos funcionan sólo sobre el presupuesto de que un determinado cambio originado desde el “*management* empresarial” puede reconducir la situación colectiva hacia la normalidad jurídica, como también desde la premisa de que los sistemas tienen una realidad objetiva que puede ser “diseñada y modelada” por ellos⁶⁷⁷. Sobre este problema se habrá de volver en el siguiente capítulo.

Por otra parte, si analizamos la cuestión de la empresa y sus integrantes desde el argumento del “entendimiento moderno de la sociedad”, también es cuestionable la visión de las organizaciones como entes independientes de la voluntad de sus gestores. Nadie imagina, en ese sentido, a la organización por sí misma haciendo algo en contra de lo que deciden sus órganos directivos⁶⁷⁸, como tampoco se puede afirmar que, en la comunicación social, los administradores de las grandes empresas sean desconocidos o queden siempre “a la sombra” de la empresa como conjunto⁶⁷⁹. La independencia de la

afirmaciones que presuponen la influencia individual en la organización (p. 698: “los miembros aportan a la empresa, en el proceso de negociación, sus fines como exigencias”; p. 733: “son responsables aquellos miembros de la empresa que, en virtud de su posición en la Empresa, estaban llamados a conformar el espíritu de la empresa y, en caso de necesidad, a imponerlo ...frente a ciertas resistencias”). También en esa línea: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmen*, p. 124: “En el nivel del nosotros existen también intenciones que son independientes de las intenciones individuales”. La contradicción es evidente: si el espíritu empresarial es independiente de los cambios particulares, entonces no hay nada que los miembros individuales puedan hacer para cambiarlo. En el mismo sentido, SCHÜNEMANN, *Responsabilidad penal*, p. 13., cita el caso de EEUU como paradigma de cómo “pequeños cambios” son capaces de cambiar la más grande y poderosa organización.

⁶⁷⁷ NAGEL (*Unternehmen aus psychodynamischer Sicht*, pp. 169 y s.), desde una perspectiva tanto psicológica como sistémica: “Los managers como agentes de un sistema son autónomos y pueden actuar individualmente. Ello a su vez implica que el sistema tiene una realidad objetiva y que la realidad del sistema puede ser modelada y diseñada, de modo que los *managers* pueden controlar estos procesos”. En efecto, los estudios empíricos sobre «compliance» demuestran que la presunta cultura corporativa no es un fenómeno impersonal que surja del propio colectivo, sino que trae cuenta de la voluntad de los propios directivos. Cfr. con numerosas referencias: KREINER RAMIREZ, *Corporate Criminal Liability*, p. 965; GRUNER, *Corporate criminal liability*, p. 21.

⁶⁷⁸ ROBLES PLANAS, *Pena y persona jurídica*, p. 4. “La persona jurídica no puede impedir lo que las personas físicas quieran hacer, de modo que castigarla supone hacerle responder por unos hechos que nunca pudo evitar”. Una argumentación en ese sentido: PETTIT, *Teoría de la libertad*, pp. 216 y s.

⁶⁷⁹ En el mismo sentido, VAN WEEZEL, *Personas jurídicas*, p. 119: “Basta revisar someramente la prensa y los demás medios masivos especializados en negocios y actividad financiera para advertir la relevancia que el mercado asigna a la identidad de las personas naturales que pierden o asumen el control de determinadas empresas”.

empresa respecto a sus miembros no puede pasar de ser una metáfora con objetivos didáctico-descriptivos, pero no el fundamento de imputación penal alguna. En definitiva, “una metáfora no es filosofía”⁶⁸⁰.

También se hace a menudo referencia al prejuicio antropocéntrico o individualista que ha impregnado la teoría del delito, especialmente desde KANT, y al que se acogerían quienes reducen el derecho penal a individuos y excluyen a organizaciones⁶⁸¹. Pero si el prejuicio antropocéntrico resulta de pensar el fenómeno jurídico-penal en términos humanos y no sistémicos, también lo adoptan quienes utilizan conceptos propios del comportamiento humano –culpabilidad, memoria, conocimiento, intencionalidad– para describir el funcionamiento de organizaciones⁶⁸². Si bien las últimas personificaciones no son tan explícitas como lo fue la de GIERKE⁶⁸³, no por ello dejan de caer en el error categorial que se ha descrito en la parte primera. Como han afirmado MORGESON y HOFFMAN, las explicaciones de fenómenos colectivos en clave individual corren siempre el riesgo de “reificar” (“*reifying*”) y “antropomorfizar” (“*antropomorphizing*”) a las entidades colectivas mismas⁶⁸⁴, entendiéndolas como si fuesen un “cuerpo unitario”⁶⁸⁵. El modo de operar verdaderamente no antropocéntrico consistiría, por

⁶⁸⁰ FEUERBACH, *Revision*, p. 3. En el mismo sentido, sobre la crítica de VELASQUEZ a FRENCH, vid. ARTAZA VARELA, *Empresa*, p. 200.

⁶⁸¹ El propio BINDER (*Juristischen Persönlichkeit*, pp. 11 y ss.) hacía ya referencia al carácter individualista de la teoría kantiana. Acerca del prejuicio antropocéntrico: FRENCH, *Integrity, Intentions and Corporations*, pp. 141-152; GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 153; WOLF, *Kollektive Verantwortung*, p. 132; LAUFER, *Culpabilidad empresarial*, p. 70. Una prueba en sentido contrario la proporciona DAN-COHEN (*Sanctioning corporations*, pp. 32 y ss.) quien realiza una fundamentación de la responsabilidad penal colectiva desde una posición explícitamente kantiana en lo antropológico y lo penal.

⁶⁸² Además de mostrar dicho prejuicio, esas operaciones son conceptualmente erróneas. En ese sentido, LUCENA CID, *Intencionalidad colectiva*, pp. 13 y s.; BAJO FERNÁNDEZ, *Responsabilidad penal por el hecho de otro*, p. 75. Por el contrario, a favor de la personificación: PETTIT, *Teoría de la libertad*, p. 219.

⁶⁸³ Sobre el antropomorfismo de GIERKE: LARENZ, *Juristischen Persönlichkeit*, p. 212. HAAS, *Organisierte Unverantwortlichkeit*, p. 130 y s.

⁶⁸⁴ MORGESON/HOFMANN, *Collective Constructs*, p. 251; en el mismo sentido, WALSH/UNGSON (*Organizational Memory*, pp. 59 y s.) en el contexto del análisis de la memoria organizativa, hacen referencia al “antropomorfismo” y a “extensiones antropomórficas”; también, DAN-COHEN, *Sanctioning Corporations*, p. 16, 19; HAAS, *Organisierte Unverantwortlichkeit*, pp. 138; LAMPE (*Systemunrecht und Unrechtssysteme*, pp. 687 y s.) afirma que los sujetos colectivos sólo pueden ser persona en un sentido metafórico, y que la diferencia entre persona y organización colectiva no debe allanarse (p. 723). El propio KELSEN (*Reine Rechtslehre*, p. 182) había advertido de cómo estas operaciones conceptuales (que califica como “ficciones”, “metáforas antropomórficas” e “hipóstasis” de la persona jurídica) no hacen sino oscurecer el problema con el que se trata. GRUNER, (*Corporate criminal liability*, p. 3, cita 3) habla de antropomorfismo “más engañoso que provechoso”; también: FINNIS, *Intention & Identity*, pp. 28 y s.

⁶⁸⁵ VELASQUEZ, *Corporations*, p. 118: “Esta similitud es engañosa, pues un grupo, a diferencia de un cuerpo, está formado por individuos autónomos. Estos individuos que forman la organización son autónomos en el sentido de que cada individuo puede decidir no llevar a cabo un movimiento corporal directo necesario para hacer surgir el acto corporativo. Y esta autonomía se debe al hecho de que el cuerpo de cada miembro está sometido a un control directo por parte de cada individuo y no de la

tanto, en la utilización de un lenguaje no referido a lo humano –lo individual, la parte–, como ya se está realizando en ámbitos jurídicos menos individualizadores, donde se ha pasado de teorías de la «falta» o la «culpa» a teorías del «riesgo», el «peligro» y demás conceptos de corte más impersonal⁶⁸⁶.

Por último, la argumentación a favor de la supuesta “unidad corporativa” obvia que las empresas, especialmente las de gran tamaño (que son las que se suelen tomar en consideración como candidatas al reproche de culpabilidad), no sólo están compuestas por seres autodeterminados, sino que tienen también sus propios subsistemas en forma de departamentos. En términos sistémicos, también la organización como sistema complejo está internamente diferenciada⁶⁸⁷, de modo que aceptar la culpabilidad para sistemas sociales va mucho más allá en complejidad que la mera atribución a la empresa misma. En ese sentido, si la decisión que ha conducido al delito ha surgido de un departamento concreto, también éste, o el departamento de riesgos, o cualquier otro, podría ser candidato alternativo a la culpabilidad penal si tiene la complejidad suficiente. En cualquier caso, parece que una vez el sistema jurídico salta la primera posible prohibición de regreso –la del individuo que origina el delito– en busca de “culpables”, la no resulta clara la cuestión de dónde colocar la barrera a partir de la cual no se puede seguir avanzando, de modo que el avance mismo se inserta en una

corporación”. Claramente, también, ARLEN/KRAAKMAN, *Controlling Corporate Misconduct*, p. 95: “es crucial entender tanto lo que las firmas son -organizaciones en las que los agentes a veces realizan conductas desviadas- como lo que no son -entidades autónomas que controlan totalmente a sus agentes-”. Incluso entre quienes afirman, como COPP (*Collective entities*, p. 221), la posibilidad de que el colectivo sea un agente intencional autónomo, se admite que éstos “no son ‘agentes independientes’; no pueden actuar ‘por sí mismos’. Son capaces de actuar gracias a que las personas individuales realizan acciones que, en determinadas circunstancias, constituyen sus acciones”. Sobre ello, ARTAZA VARELA, *Empresa*, p. 190.

⁶⁸⁶ En ese sentido, RICOEUR (*Lo justo*, pp. 63 y ss.) se refiere a esa transición desde una responsabilidad por la falta a “una responsabilidad sin falta, bajo la presión de conceptos tales como los de solidaridad, seguridad y riesgo, que tienden a ocupar la idea de falta”. Sin embargo, en la medida en que se convierte la responsabilidad en algo impersonal, el autor advierte de la paradoja de generar mediante dicho proceso una “des-responsabilización de la acción”. Por su parte, TEUBNER, *Law as an autopoietic system*, p. 149, afirma también esa necesidad de categorías no antropocéntricas para las corporaciones: “Las corporaciones (“*Group Enterprise*”) han de ser re-descritas como sujetos de derecho, pero de un tipo particular que difiera de los sujetos legales tradicionales, particularmente las personas naturales y las jurídicas. La corporación como red sobrepasa los conceptos antropomórficos tradicionales de la persona jurídica y el actor corporativo en dos aspectos: (1) la imputación unitaria conduce a la imputación múltiple; (2) la personificación conduce a la autonomización”. A esta necesidad lógica sí ha atendido, por ejemplo, LAMPE (*Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 704), en su distinción entre injusto personal e injusto sistémico: “el injusto del sistema está delimitado y limitado al injusto impersonal, conforme a roles, de sus miembros”; también: “A las personas jurídicas se refieren, sin duda, los deberes abstractos, impersonales...”; en sentido parecido, GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, p. 605.

⁶⁸⁷ Acerca de la diferenciación interna de los sistemas: LUHMANN, *Ilustración sociológica*, pp. 165 y ss.

pendiente resbaladiza que podría llegar al sujeto-Estado o al propio derecho⁶⁸⁸, que también son sistemas complejos con incidencia en los delitos, o incluso más allá.

b.2. El argumento de JAKOBS ¿culpabilidad de la empresa o culpabilidad del órgano?

Estos problemas, relacionados con el error conceptual de tomar el todo por la parte y que afectan de diverso modo a ambos modelos de imputación colectiva, han recibido un tratamiento específico principalmente por parte de JAKOBS. Entre otras razones, JAKOBS rechaza la posibilidad de una acción y de una culpabilidad empresarial en la medida en que la organización actúa necesariamente a través de un órgano que la representa⁶⁸⁹, y que es a su vez imputable.

Para JAKOBS, si bien en el ámbito del cumplimiento de deberes las esferas organizativas se solapan –esto es, el órgano puede (y debe) actuar en la esfera jurídica ajena de la persona jurídica, por ejemplo, realizando contratos en su nombre–, en el ámbito de la infracción de deberes “nada se reparte”, pues el órgano “tiene que responder de forma plena por su propia culpabilidad”⁶⁹⁰. En ese sentido, si “todos los hechos culpables son hechos propios de los que en ello participan” y “no hay una culpabilidad penal que pueda ser transferida”, la persona jurídica no puede ser considerada “persona penal activa”, pues su culpabilidad sólo puede ser la del órgano y éste no puede transferírsela⁶⁹¹. En ese sentido, incluso si quisiéramos admitir la transferencia, lo cual chocaría con el principio de responsabilidad subjetiva, de ello se seguiría la obligación de liberar de responsabilidad a las personas naturales que constituyen el órgano, pues si estamos ante un hecho que es realizado por ellas, “lo que debe serle atribuido a una persona jurídica debe, en primer lugar, poder serle amortizado al órgano”⁶⁹².

⁶⁸⁸ Sobre el derecho como sujeto o sistema complejo: TEUBNER, *Derecho como sujeto epistémico*, pp. 533 y ss.

⁶⁸⁹ Ello, no obstante, en contra de la primera opinión en su manual (JAKOBS, *DP. PG.*, §6/45, pp. 183 y ss.) donde afirmaba que el hecho de que la empresa se constituya internamente en “estatutos y órganos” era normativamente irrelevante. Críticamente, comparando las dos tomas de posición de JAKOBS: SCHÜNEMANN, *Wirtschaftsunternehmen?*, pp. 434 y ss.

⁶⁹⁰ JAKOBS, *Strafbarkeit*, p. 564.

⁶⁹¹ Así, JAKOBS, *Strafbarkeit*, pp. 564 y ss. Recogen este argumento: BÖSE, *Strafbarkeit von Verbänden*, p. 21; KLESCZEWSKI, *Gewinnabschöpfung*, p. 183; HAAS, *Organisierte Unverantwortlichkeit*, pp. 134 y s. Igualmente, ARTAZA VARELA, *Empresa*, p. 283: “La conducta es una sola, y por tanto no puede considerarse dos veces”. En el plano filosófico, llegando a la misma conclusión que JAKOBS: PETTIT, *Teoría de la libertad*, p. 229 (vid. I.I.c.4).

⁶⁹² JAKOBS, *Strafbarkeit*, pp. 564 y ss.; con anterioridad, ALWART, *Strafrechtliche Haftung*, p. 757; también, VAN WEEZEL, *Personas jurídicas*, p. 131: “El dilema de la responsabilidad radica en que no

La razón por la que lo que está permitido en el nivel de la responsabilidad en general – actuar y responder en esferas ajenas– está prohibido en el nivel de culpabilidad radica en que el topos conceptual de esta última está cargado de individualización: se responde en términos de culpabilidad por la infracción de los deberes que son propios, por mucho que dichos deberes estén relacionados con actuaciones en esferas ajenas, como sucede en la relación órgano-persona jurídica, o en las posiciones de garantía. Por esa razón transferencia y culpabilidad son dos términos incompatibles, de modo que o es culpable el órgano y, por tanto, sus personas naturales, o es culpable la persona jurídica⁶⁹³, si ello fuera posible; cualquier otra posibilidad –culpabilidades compartidas, duplicadas, transferidas o mediatas⁶⁹⁴– supondría desnaturalizar el concepto de culpabilidad y aligerar los presupuestos de imputación⁶⁹⁵.

La crítica de JAKOBS afecta, por razones obvias, especialmente al «modelo de transferencia»: si la culpabilidad hace referencia a deberes personalísimos, de ello se sigue que no se puede transferir del órgano a la persona jurídica; en segundo lugar, aunque ello sucediera, habría que aceptar la irresponsabilidad de las personas naturales, porque ya no se les podría imputar aquello que han transferido; por último, aunque se quisiera responsabilizar a la persona jurídica y al órgano simultáneamente, habría que aceptar que un mismo hecho genera dos culpabilidades, lo cual parece conceptualmente imposible⁶⁹⁶. En definitiva, dicho modelo fricciona de modo significativo con los

existe una opción intermedia o de compromiso que permita tomar realmente en serio a la persona jurídica como sujeto penal, pues ello significa liberar de responsabilidad a la persona natural que encarna el órgano, o bien estar dispuesto a echar por la borda el principio de responsabilidad”.

⁶⁹³ JAKOBS, *Strafbarkeit*, p. 567: “Si la persona jurídica tiene que reconocer jurídicamente como culpa propia la culpa del órgano, entonces esta culpa es su propia culpa, y ya no cabe hablar de un resto de culpa individual. O bien la culpabilidad es una culpabilidad de una parte integrante de la persona jurídica y, con ello, culpabilidad de la propia persona jurídica, o bien es culpabilidad de una persona natural, o bien lo es parcialmente de uno y parcialmente de otro”. También, PÉREZ MANZANO, *Personas jurídicas*, p. 21; MAÑALICH, *Organización delictiva*, p. 299.

⁶⁹⁴ Así, hablando de «culpabilidad mediata» de la persona jurídica: CUELLO CONTRERAS, *Significado de la acción*, p. 17.

⁶⁹⁵ En ese sentido, SEELMANN, *Punibilidad*, p. 367. HAAS, (*Organisierte Unverantwortlichkeit*, pp. 138), quien alerta acerca del carácter altamente individualizador de la culpabilidad (“*Höchstpersönliche Schuld*”) y de los problemas que ello introduce en la culpabilidad colectiva; QUANTE, *Sanktionsmöglichkeiten*, pp. 156; QUECK, *Geltung*, p. 85; WOLF, *Kollektive Verantwortung*, p. 170: “la culpabilidad no es transmisible de una persona a otra”.

⁶⁹⁶ Estos problemas se ven en las propias formulaciones. Por ejemplo, SIEBER (*Unternehmensstrafrecht*, p. 458), afirma que en esta concepción se “imputa al ente colectivo la conducta contraria a la norma de un órgano o de un representante designado, y lo hace bajo la forma de la ‘autoría del órgano del ente colectivo’ no como delincuencia ajena sino como *delincuencia propia*”. Ahora bien, si la responsabilidad del colectivo nace de la acción del órgano, parece claro que se trata de una delincuencia ajena y no una propia. También se percibe en la argumentación de HIRSCH (*Responsabilidad penal de las asociaciones*, pp. 1105 y s.): “Y dado que la corporación como tal actúa hacia fuera mediante acciones humanas de sus órganos, estas acciones son, al mismo tiempo, también las suyas propias. De lo que se trata aquí, en

principios de responsabilidad por el hecho propio y, en el caso de que se quisiera imputar a ambos sujetos, con el *non bis in ídem*⁶⁹⁷.

Sin embargo, aunque en ocasiones se haya negado⁶⁹⁸, la crítica de JAKOBS también afecta al modelo de «culpabilidad por el hecho propio» de la persona jurídica. Desde posiciones radicalmente sistémicas, independizar a la organización de sus órganos es conceptualmente sencillo, gracias a dos operaciones teóricas. Por una parte, como afirma GÓMEZ-JARA, por la consideración de que las personas naturales que los ocupan son entorno para la propia empresa, un “constructo del propio sistema, es decir, un «relleno» de la heterorreferencia del sistema”⁶⁹⁹. En dicho “relleno” se “incluye igualmente a los managers y empleados de la empresa”, los cuales “pertenecen al entorno (interno) de la organización empresarial, no al sistema”; ellos son, por tanto, algo que la propia empresa experimenta como “irritación, ruido, perturbación”⁷⁰⁰. En segundo lugar, la separación entre persona jurídica y órgano es posible conceptualmente al eliminar el concepto de acción y sustituirlo por el de “eventos comunicativos”: con ello se escapa del elemento esencialista y enfocado a la intención que tiene toda teoría de la acción, poniéndose el foco en la reconstrucción que hace el sistema social de los

consecuencia, es de una forma de actuar propio por medio de otro, condicionada por la estructura de la corporación. Por tanto, las asociaciones de personas son, por sí mismas, capaces de acción”. Es muy problemático, en ese sentido, afirmar que una acción es propia si se lleva a cabo por medio de otro (persona natural), siendo este otro no reductible a instrumento. Crítico con el planteamiento de HIRSCH: SCHÜNEMANN, *Wirtschaftsunternehmen?*, p. 432;

⁶⁹⁷ En ese sentido, SILVA SÁNCHEZ (Consecuencias accesorias, pp. 323 y s.) detecta el mismo problema: “Este modelo abona, a mi entender, sistemas de responsabilidad alternativa más que acumulativa. Y, en esta medida, no fundamenta satisfactoriamente la posibilidad de sancionar tanto al órgano como a la persona jurídica: en realidad desde la perspectiva que propone habría que afirmar que existe un único hecho de un único sujeto, el del órgano, de modo que la doble sanción incurriría en un *bis in ídem*”.

⁶⁹⁸ GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 136.

⁶⁹⁹ GÓMEZ-JARA, *Autoorganización empresarial*, p. 12. Según SCHÜNEMANN (*Wirtschaftsunternehmen*, p. 440) esta operación permite también desvincular a la empresa de sus socios y trabajadores, lo cual impide explicar adecuadamente cómo afecta la sanción penal empresarial a estos sujetos no responsables del delito. Una explicación menos compleja se puede encontrar en REYES ALVARADO (*Die Verbandshaftung*, p. 424), quien afirma que la «acción compleja empresarial» tiene un significado social añadido y diferenciado al del comportamiento de los miembros o el órgano empresarial. Al respecto, críticamente: LÜDERSSEN, *Aggregative Model*, pp. 86 y s.

⁷⁰⁰ GÓMEZ-JARA, *Autoorganización empresarial*, p. 12. Además, el propio autor pasaría por alto el problema en tanto en su planteamiento sistémico, a diferencia de lo que ocurre con la autopoiesis biológica, la autopoiesis social permite la existencia de sistemas autopoieticos dentro de sistemas autopoieticos mayores, vid. GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 270. Sin embargo, en mi opinión, ello sigue sin resolver el problema concreto de quién debe responder por un evento, si el sistema absorbente o el absorbido. No sucede así, sin embargo, en otros planteamientos también de corte sistémico como el de LAMPE (*Systemunrecht und Unrechtssysteme*, pp. 687 y ss.), para quien los individuos sí son elementos de lo que denomina “sistemas de injusto”.

eventos comunicativos del sistema organizativo⁷⁰¹. De este modo se posibilita, en palabras de CUELLO CONTRERAS, “cortar por lo sano (...) la premisa dogmática del naturalismo que identifica al sujeto de la acción con el sujeto de la imputación (normativa)”⁷⁰². Es decir, se hace posible que el sistema jurídico reconstruya funcionalmente la acción de la persona física “como si” fuese propia de la persona jurídica. En ese sentido, no importa tanto el “hecho” como “ahí fuera”, sino la interpretación funcional del evento comunicativo “desde dentro” del sistema jurídico⁷⁰³. En este planteamiento, no existe transferencia en la medida en que existen dos eventos que, desde la óptica del sistema que observa, pertenecen a sujetos distintos: el hecho del órgano directivo es observado (e imputado) como producto de la autonomía de las personas naturales; y el hecho (organizativo) de la empresa es observado (e imputado) como producto de su autoorganización como tal⁷⁰⁴. Por esa razón GÓMEZ-JARA considera que la crítica decisiva de JAKOBS –falta de continuidad en el órgano– sólo afecta a un modelo –heterorresponsabilidad– en el que la identidad de la empresa se construye a partir de la conciencia del órgano⁷⁰⁵.

No obstante, si bien se podría argumentar el carácter independiente de la empresa respecto a los empleados subalternos⁷⁰⁶, el argumento no sirve en relación al órgano de administración, pues la empresa, si no es a través del órgano, es incapaz de expresar nada con sentido: la empresa sin órgano no puede ni organizarse a sí misma, ni realizar contratos, ni realizar compra-ventas, ni implementar un «compliance». Y si es incapaz de organizarse por sí misma, también es incapaz de delinquir, lo que demuestra que el órgano de administración no es en modo alguno “entorno” para la persona jurídica; es, pro el contrario, la condición misma de su existencia como sujeto social. Siendo así, parece que la dependencia de la organización respecto de su órgano es más relevante normativamente de lo que sugiere el planteamiento.

⁷⁰¹ GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 270, cita 688. Coincidentes en este punto con GÓMEZ-JARA, en la consideración de lo que ocurre en la empresa como “eventos” y no tanto como “acciones”: MORGESON/HOFMANN, *Collective Constructs*, p. 257.

⁷⁰² CUELLO CONTRERAS, *Significado de la acción*, p. 11, quien reconoce que ello sólo es posible desde una dogmática funcionalista. También, sobre la acción como “imputación”: QUANTE, *Sanktionsmöglichkeiten*, pp. 116 y ss.

⁷⁰³ Claramente, LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 81: “El concepto de diferencia sustituye al concepto de hecho, el cual ya no existe gracias al supuesto de que, en general, los sistema reaccionan sólo a las diferencias que ellos mismos distinguen”.

⁷⁰⁴ Críticamente, von FREIER, *Aufklärung*, p. 112.

⁷⁰⁵ GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 150.

⁷⁰⁶ En ese sentido: MORGESON/HOFMANN, *Collective Constructs*, p. 257.

En otras palabras, parece que el argumento de la autorreferencialidad no es suficiente, y en dicho planteamiento queda todavía por justificar, en primer lugar, en qué posición queda el órgano, siendo él quien actúa necesariamente en nombre de la organización “culpable”; y, en segundo lugar, cómo ambos pueden ser culpables simultáneamente del resultado lesivo que aquél origina.

b.3. El problema de la «originación»⁷⁰⁷ del acto empresarial: una revisión de los problemas de falta de acción y evitabilidad en el sujeto colectivo

Si bien el «modelo de transferencia» tiene el inconveniente de su incompatibilidad, incluso semántica, con la noción de culpabilidad, el modelo de «culpabilidad por el hecho propio», que tiene múltiples versiones⁷⁰⁸, tiene el problema de que la “acción” de la empresa pasa ineludiblemente por esferas de organización de sujetos autónomos normalmente imputables: sus órganos y sus representantes⁷⁰⁹. Aún más: como afirma

⁷⁰⁷ El término “originación” está relacionado con lo que MOLINA FERNÁNDEZ (*Responsabilidad jurídica y libertad*, pp. 169 y s.) denomina «responsabilidad por originación», que hace referencia a aquella responsabilidad que no es meramente el producto de una imputación de consecuencias negativas, sino que se corresponde con una acción que tiene al sujeto como “origen”, esto es, que le pertenece como propia en el sentido que se explicará a lo largo de este punto.

⁷⁰⁸ Encontramos la acción de la empresa como “acción social”, como “autoorganización” y como “dominio funcional”, Cfr. al respecto de los diferentes modelos: QUANTE, *Sanktionsmöglichkeiten*, pp. 125 y ss.

⁷⁰⁹ JESCHECK, *AT*, § 23, VII. También: JAKOBS, *Strafbarkeit*, p. 567: “en todo caso, la voluntad común, per se, no puede delinquir, pues primero debe pasar por la cabeza del órgano para mover su mano”; OTTO, *Strafbarkeit*, pp. 5 y s., 15; SCHÜNEMANN, *Punibilidad*, p. 582: “Puesto que una persona jurídica no actúa como tal, sino mediante órganos...”; SEELMANN, *Punibilidad*, p. 358; GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, pp. 586 y s.; PÉREZ MANZANO, *Personas jurídicas*, p. 22; HUSS, *Strafbarkeit juristischer Personen*, pp. 242 y s.; WOHLERS, *Strafbarkeit des Unternehmens*, p. 384; BÖSE (*Strafbarkeit von Verbänden*, p. 20) si bien afirma que ello no implica la violación del principio de culpabilidad (p. 25); KREKELER, *Unternehmensstrafrecht*, p. 643; KUDLICH, *Punibilidad de asociaciones*, p. 286; FRISCH, *Punibilidad*, pp. 822 y s.; SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, p. 406; FEJOO SÁNCHEZ, *Autorregulación*, p. 220; BOLDOVA, *Introducción*, pp. 228: “Al carecer la persona jurídica de facultades psicológicas no puede actuar u omitir, y tendrá que construirse un concepto independiente de comportamiento o prescindirse de él, pues la persona jurídica no realiza comportamientos, sino que presenta un estado de cosas, una situación fáctica”. En su defensa de la responsabilidad empresarial, QAID (*Corporate Criminal Liability*, p. 90) considera “la pregunta más difícil” la de “determinar la acción corporativa positiva”, en tanto “las corporaciones sólo pueden actuar a través de sus agentes”; También CUELLO CONTRERAS (*Significado de la acción*, p. 10), aunque mantiene que ello no es relevante a efectos de la capacidad de acción de la persona jurídica. Ya el propio KELSEN (*Reine Rechtslehre*, p. 180) se había hecho eco de la problemática: “Dado que las obligaciones y los derechos subjetivos sólo pueden tener por contenido conducta humana, el orden jurídico sólo puede imponer obligaciones o conceder derechos a seres humanos. Con la afirmación de que la asociación, como persona jurídica, es sujeto de obligaciones y derechos, se describen obligaciones y derechos que siempre son obligaciones y derechos de determinados hombres”. Un panorama de las distintas críticas a la capacidad de acción de la persona jurídica –a saber: falta de voluntad libre, de substrato ontológico, de obligación de vaciar el concepto mismo, de su carácter ficticio, su dependencia de los miembros individuales–, se puede encontrar en: QUANTE, *Sanktionsmöglichkeiten*, pp. 121 y ss., 133; LÜTOLF, *Strafbarkeit*, pp. 116 y ss. Por otra parte, en las *Sentencing Guidelines* estadounidenses, que tantas veces se proponen como modelo a seguir de cara a construir una culpabilidad propia: “las organizaciones pueden actuar sólo a través de sus miembros y, bajo el derecho penal federal, generalmente son vicarialmente responsables de los delitos

LAMPE, ésa es la única razón por la cual se puede considerar relevante penalmente la estructura eventualmente criminógena de la empresa: “el que un sistema social pueda, en general, adquirir el carácter de injusto, se fundamenta de hecho en que éste puede entrar en contacto con el mundo social a través de sus miembros”⁷¹⁰. Para apreciar este fenómeno no hace falta haber adoptado previamente perspectiva ontológica o naturalista alguna, basta atender a cualquier descripción de la “acción empresarial”, Ello sucede, por ejemplo, en el «modelo de autorresponsabilidad» definido por LAUFER: “para determinar si concurre o no una acción penal empresarial” se debe tomar en cuenta, entre otras cosas: “el estatus del agente que ha actuado y el ámbito de su competencia”; “la relación agente/entidad”, si “las acciones del agente son una construcción de las acciones de la empresa”; o si “aquellos agentes a los cuales se les asigna, mediante delegación, la autoridad suficiente para desempeñar sus deberes con una cierta potestad y responsabilidad, actúan por la organización, en beneficio de la organización, y tomando en cuenta los objetivos y los fines de la organización”⁷¹¹.

La continua referencia a “agentes individuales” evidencia que los modelos de «culpabilidad por el hecho propio empresarial» no definen sino una «heteroresponsabilidad» muy similar a la del «modelo de transferencia», de algún modo refinada o encubierta bajo la capa de categorías de injusto o culpabilidad construidas *ad hoc*⁷¹². Lo que se demuestra es que, tanto en términos naturalísticos como en términos simbólico-comunicativos, la acción voluntaria –que es la única punible⁷¹³– no sólo pasa sino que se “origina” en dichas esferas individuales⁷¹⁴ –por mucho que efectivamente en

cometidos por sus agentes. Al mismo tiempo, los agentes individuales son responsables por su propio comportamiento criminal”. (November 1, 2013. Chapter 8, p. 489).

⁷¹⁰ LAMPE, Systemunrecht und Unrechtssysteme, p. 703.

⁷¹¹ LAUFER, Culpabilidad empresarial, p. 93.

⁷¹² En ese sentido, ROBLES PLANAS, Pena y persona jurídica, p. 10: “El modelo de la «culpabilidad propia» de la persona jurídica no es más que una variante refinada del modelo de la transferencia o de la atribución. En este último se reconoce, en cambio, abiertamente que la persona jurídica no actúa, sino que solo lo pueden hacer sus órganos. El primero oculta que la organización de la persona jurídica solo puede llevarse a cabo por los actos de personas físicas”; también: SCHÜNEMANN, Punibilidad, p. 588; SILVA SÁNCHEZ, Consecuencias accesorias, p. 328; FRISCH, Punibilidad, pp. 833 y s.

⁷¹³ Se parte, por tanto, de una visión aristotélica tanto de la acción, según la cual sólo los actos voluntarios pueden ser injustos: ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, pp. 109 y ss. (§ 1115a). Sobre ello, en el mismo sentido: PÉREZ DEL VALLE, Teoría penal en Aristóteles, p. 2.

⁷¹⁴ Claramente, SCHÜNEMANN, Responsabilidad penal, p. 29: “La culpabilidad por organización remite finalmente a actos incorrectos de organización de sujetos individuales y conduce, en esa medida, a un regreso infinito, pero no a un reproche de culpabilidad, es decir, de evitabilidad, que afecte directamente a la persona jurídica”; el mismo, Punibilidad, p. 582; ampliamente, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 190; LEIPOLD, Plädoyer, p. 382; VELASQUEZ, Debunking, p. 79. Ello es reconocido también entre quienes defienden una culpabilidad empresarial: KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, p. 316; ARTAZA VARELA, *Empresa*, p. 311. También, desde posiciones sistémicas, LAMPE (Systemunrecht und

ellas influyan factores colectivos—. Por ello no es posible hablar, por ejemplo, de “espontaneidad”⁷¹⁵ por parte de la persona jurídica, en el sentido de originar un hecho “que no se puede imputar a fuerzas externas o internas al propio infractor”⁷¹⁶. Es decir, en la empresa falta, en palabras de RICOEUR, “el estrato primitivo de un poder-hacer”; falta, por tanto, capacidad de “iniciativa”⁷¹⁷.

Por la misma razón no existe evitabilidad por parte de la empresa: si es incapaz de originar una acción, es también incapaz de su evitación. En otras palabras, la empresa ni puede ejercer control ni puede evitar lo que acuerda su consejo de administración, por lo que es, para el derecho penal, un ente heterodirigido⁷¹⁸. En cualquier caso, se toma aquí el término «acción» en un sentido que no se puede reducir a una mera imputación funcional, en la medida en que se refiere a un proceso por el cual un agente da comienzo a una serie de cambios en el mundo de los que se convierte en “autor”, en “dueño”, cuyos efectos se le pueden imputar; por el contrario, imputar los efectos de acciones ajenas no permite justificar un reproche tan grave como el de culpabilidad⁷¹⁹. No es

Unrechtssysteme, p. 703) afirma, en relación a los miembros de la empresa: “como funcionarios, sus miembros introducen el entorno en el sistema, por un lado, y, por otro, llevan al entorno el mundo interno del sistema”.

⁷¹⁵ Al respecto, RICOEUR (*Sí mismo como otro*, p. 93 y s.) afirma que la noción de “espontaneidad de la acción” como “fundamento mismo de la imputabilidad de esta acción” está presente paradigmáticamente en KANT.

⁷¹⁶ BAJO FERNÁNDEZ, Vigencia, p. 42.

⁷¹⁷ RICOEUR, *Sí mismo como otro*, pp. 93 y s., comentando a KANT: “buena razón teníamos para buscar en la imputación, en el sentido moral y jurídico del término, el estrato primitivo de un poder-hacer”. Se trata, continúa RICOEUR, de lo que en filosofía analítica se denomina “acciones de base”, es decir: “acciones que no necesitan de ninguna otra acción intermedia que fuese preciso realizar para poder hacer esto o aquello”. Ello está relacionado, por otra parte, con la capacidad de iniciativa, de “intervención del agente de la acción en el transcurso del mundo, intervención que causa, efectivamente, cambios en el mundo” (p. 101).

⁷¹⁸ SCHÜNEMANN, Punibilidad, p. 582; STRATENWERTH, *Strafrechtliche Unternehmenshaftung*, p. 299: “No puede decidir en otro sentido, pues la responsabilidad de la empresa está medida por la responsabilidad de los directivos (“*Geschäftshern*”)”. También: OTTO, *Strafbarkeit*, p. 16. En sentido contrario, ERHARDT (*Unternehmensdelinquenz*, pp. 192 y ss.) afirma evitabilidad en la empresa en tanto tiene capacidad de motivar a sus miembros a través de la cultura corporativa. También se podría hablar de “evitabilidad a través del órgano”, como parece sugerir BÖSE (*Strafbarkeit von Verbänden*, p. 21). Por su parte, CUELLO CONTRERAS (*Significado de la acción*, p. 19) construye un concepto de evitabilidad “funcional” para la empresa, referido al hecho de otro (el representante). Sin embargo, parece poco plausible, como sucede con la culpabilidad misma, hablar de transferencia de la “evitabilidad”.

⁷¹⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, p. 4: “imputar significa, en primer término, comprender el suceso como organizado en un sujeto humano en cuanto tal, como no-naturaleza. O bien, más aún, comprenderlo como obra de un sujeto, su artífice (Urheber, causa libera, expresiones que emplearía Kant...)”. La expresión original de KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Einleitung, XXIX: “*Zurechnung (imputatio) in moralischer Bedeutung ist das Urteil, wodurch jemand als Urheber (causa libera) einer Handlung...*”. También, expresando la acción en términos de “Urheber” desde un planteamiento hegeliano: ABEGG, *Lehrbuch*, §§ 73; Ya anteriormente ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, p. 109 (§1115a): “de las acciones somos dueños nosotros de principio a fin...”. Al respecto, RICOEUR (*Sí mismo como otro*, p. 82) afirma que en ARISTÓTELES el sujeto se convierte en “padre de sus acciones” a través tanto del concepto de “pre-

posible, por tanto, atribuir una culpabilidad a un sujeto sobre la base de la acción u omisión de otros, ni tampoco es adecuado reducir la acción a imputación⁷²⁰.

Desde este planteamiento, la empresa interacciona con su entorno, o produce efectos sociales, de un modo totalmente diverso al individuo. Se verá claramente con un ejemplo: quien firma la autorización de un vertido o de un contrato fraudulento es siempre un órgano formado por personas naturales, las cuales llevan la iniciativa en lo que respecta a interpretar y materializar el interés empresarial de realizar el comportamiento, ya que la empresa, como tal, no puede manifestar sus preferencias (incluso en el caso de que éstas fuesen independientes de los accionistas, del órgano o del consejo de administración)⁷²¹. Una solución alternativa es la defendida por LAMPE, según el cual el injusto de sistema “no precisa de ninguna manifestación externa en sí a través de acciones: (...) la empresa económica con tendencia criminal es un sistema de injusto en sí ya sólo por su filosofía criminal”⁷²². Como se ha indicado ya, la propuesta del autor tiene la ventaja de diferenciar coherentemente el injusto individual y el sistémico⁷²³ –tal y como aquí se propone–, pero la desventaja de abrazar un tipo de culpabilidad por el carácter, una pura “predisposición”, difícilmente armonizable con el principio de responsabilidad por el hecho.

deliberación” y el de “dominio”. Una visión contemporánea: ARENDT, *Condición humana*, p. 201; RICOEUR, *Sí mismo como otro*, p. 101; mediante el concepto de “*Ursprungszentrum*”, también con referencias a ARENDT (p. 213), GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, p. 248; el mismo, *Communicative Freedom*, p. 243. En un sentido similar, CRUZ (*Malas pasadas*, p. 24): “No basta con disponer de un hipotético agente a quien endosarle la autoría de lo ocurrido: eso equivaldría a convertir el discurso ético en un ciego mecanismo de atribución de responsabilidades. Se precisa asimismo que haya alguien dispuesto a reclamar ese acto como suyo, a hacerse cargo de él”; Todo ello conlleva, tomando la distinción de MOLINA FERNÁNDEZ (*Responsabilidad jurídica y libertad*, pp. 169 y s.), que la responsabilidad jurídico-subjetiva (que llamamos culpabilidad) no puede estar totalmente desprendida de la responsabilidad como originación, precisamente aquella de la que carece la empresa.

⁷²⁰ En ese sentido, GRACIA MARTÍN (*Personas jurídicas*, p. 586) distingue acertadamente entre sujetos de acción y sujetos de imputación, facultades que “pueden coincidir, aunque no es necesario que así sea, en el caso de la persona natural, pues ésta posee, precisamente, las cualidades existenciales de producir por sí y para sí misma los efectos que luego le pueden ser jurídicamente imputados. En el caso de las personas jurídicas, en cambio, sujeto de imputación y sujeto de acción tienen que ser siempre irremediabilmente distintos, pues aquéllas sólo pueden actuar a través de sus órganos y representantes, es decir, de personas físicas (sujetos de acción)”. La capacidad de acción de la persona jurídica, por tanto, sólo se puede producir gracias a una imputación que, como se ha demostrado, es problemática desde la lógica jurídico-penal.

⁷²¹ Otros ejemplos, en WOHLERS (*Strafbarkeit des Unternehmens*, p. 385).

⁷²² LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 715. Aún así, LAMPE (p. 716) sostiene que, aunque el injusto sistémico no requiera de manifestaciones externas, la empresa no se convierte en merecedora de pena hasta que la situación criminógena se manifieste en acciones de una peligrosidad social insoportable.

⁷²³ LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, pp. 722 y s.: “En el ámbito de la responsabilidad debería dejarse claro que este injusto (sistémico) es muy diferente al injusto de comportamiento, no debería difuminarse ni siquiera por querer las ventajas de una fundamentación ontológica unitaria”.

Incluso desde el «paradigma de la organización», que pretende desprenderse del contenido naturalista del concepto de acción, es difícil resolver el problema: como destaca SCHÜNEMANN, la empresa “tampoco se puede organizar como tal; es decir, ella siempre depende de personas naturales que actúan por ella”⁷²⁴, al tiempo que “una empresa no tiene dominio sobre su órgano (más bien al revés), y no puede evitar lo que éste desea hacer”⁷²⁵. Así lo expresa también LAMPE, al definir el injusto sistémico (de la persona jurídica, por ejemplo) como derivado de su capacidad organizativa de acciones ajenas (“*Organisationsvermögen fremder Handlungsfähigkeit*”)⁷²⁶. Y así lo reconocen también autores como HIRSCH, quienes se remiten al órgano que actúa por ella para encontrar el elemento subjetivo idóneo que permite hablar de capacidad de evitar la conducta delictiva⁷²⁷.

Se podría objetar, mediante la referencia a los delitos en comisión por omisión, que en ellos el sujeto se caracteriza precisamente por la ausencia de acción y de cambios en el mundo exterior. En ese sentido, algunos autores han tratado de argumentar a favor de la capacidad de acción penal de la persona jurídica afirmando que, también en personas físicas, se fundamenta la culpabilidad en un deber jurídico (posición de garantía) y no en una originación causal de un resultado⁷²⁸. Si bien respecto a la omisión la capacidad de la empresa ha sido históricamente menos problemática en tanto nada se origina con ella⁷²⁹, no se puede admitir fácilmente que la empresa pueda ser culpable de omitir. La razón es sencilla: una omisión es penalmente imputable, y por tanto capaz de originar

⁷²⁴ SCHÜNEMANN, Punibilidad, p. 588; también, RANSIEK, Unternehmen, p. 47: “se puede hablar de actitud empresarial criminal o de culpabilidad por organización –son siempre personas naturales quienes determinan esa actitud o las que la organizan mal”.

⁷²⁵ SCHÜNEMANN, Wirtschaftsunternehmen, p. 431.

⁷²⁶ LAMPE, Ontologischen Struktur, p. 94. En el plano filosófico: VON WRIGHT, *Norma y acción*, p. 54: “Siempre que varios hombres ejecuten una acción colectivamente (uniendo sus esfuerzos), cada hombre hace algo individualmente”.

⁷²⁷ HIRSCH, Strafrechtliche Verantwortlichkeit, p. 314; también: EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz*, p. 194. Una crítica a esa concepción de la responsabilidad colectiva como “una forma de actuar propio mediante otro”, en SCHÜNEMANN, Wirtschaftsunternehmen, pp. 432 y s. También: GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, pp. 217 y ss.; QUECK, *Geltung* p. 93; VON FREIER (*Verbandsstrafe*, p. 109), quien afirma que ello obliga a un regreso infinito, además de ser contra-intuitivo con el concepto de culpabilidad.

⁷²⁸ REYES ALVARADO, *Die Verbandshaftung*, pp. 417; CUELLO CONTRERAS (El significado de la acción, p. 7), afirma que la omisión sería un ejemplo de un caso en el que el derecho penal imputa a un sujeto (el que omite) conductas de otro sujeto (el que actúa por falta de control de aquél), lo cual sería análogo a la responsabilidad de la empresa por lo que hacen sus representantes.

⁷²⁹ Por ejemplo, WEISSMAN/NEWMAN (Rethinking Criminal Corporate Liability, pp. 419) sostienen que la responsabilidad corporativa en su origen, según la forma de “*respondeat superior*”, fue más fácil respecto a omisiones que respecto a acciones ante la falta del elemento físico en la empresa. En ese sentido: del ROSAL BLASCO, *Hechos de conexión*, p. 46.

culpabilidad penal, sólo si el sujeto tenía la posibilidad y el deber de actuar⁷³⁰. Se puede discutir acerca del deber –en tanto la empresa sí es sujeto de deberes jurídicos (no personalísimos)⁷³¹–, pero lo que está claro es que carece de la posibilidad de actuar por sí misma, y sólo puede omitir el deber de actuar quien puede actuar.

La diferencia entre ambos tipos de acciones es evidente: la acción individual puede responder a una “voluntad originaria” –los casos de hetero-decisión, como la coacción o las acciones de inimputables, no dan lugar a culpabilidad–, mientras que la acción organizativa, por su carácter compuesto y por ser un cúmulo de acciones ajenas organizadas y estructuradas, es significativamente más compleja⁷³². Los actos colectivos, por pertenecer a “personas” que requieren representación, son siempre acciones secundarias o derivadas, en la medida en que tienen su origen en actos de otros agentes (individuales o entes colegiados)⁷³³. Desde un punto de vista lógico, las acciones secundarias, en tanto no existen sin las acciones primarias, no pueden ser equivalentes a ellas⁷³⁴. Todo ello implica, en conclusión y como ha expresado acertadamente SILVA SÁNCHEZ, que “los intentos de configurar un modelo de responsabilidad por el hecho propio, acabarían en la imputación de un hecho ajeno”⁷³⁵; es decir, en un modelo de

⁷³⁰ Por todos, FRISCH, Punibilidad, p. 822: “Pues sólo se puede hablar de omisión, y (especialmente) de la infracción de deberes implícita en ella, si el que no ha actuado tuvo una alternativa de acción, es decir, si hubiera podido realizar la acción jurídicamente esperada. Pero eso no lo puede la persona jurídica por sí misma, sino sólo a través de las personas naturales que actúan por ella”.

⁷³¹ vid. LAMPE, Systemunrecht und Unrechtssysteme, p. 685.

⁷³² Claramente, LAMPE, Systemunrecht und Unrechtssysteme, pp. 728. “la oración ‘ésta (la persona jurídica) toma parte en la vida jurídica de manera equivalente a las personas naturales’, sólo es cierta en parte. Pues la participación activa de una persona natural en la vida jurídica únicamente se encuentra condicionada por su capacidad negocial. Por el contrario, la participación activa de la persona jurídica se encuentra condicionada, adicionalmente, por la existencia de un representante como ‘órgano’”.

⁷³³ En ese sentido, en relación a la teoría de la persona colectiva en HOBBS: COPP, *Collective actions*, p. 581; también, MAÑALICH, Organización delictiva, p. 303. Desde una óptica hegeliana, LARENZ (*Juristischen Persönlichkeit*, p. 237) afirma que la libertad de la asociación sólo puede concretarse a través de los actos de sus representantes; también, FINNIS, *Intention & Identity*, pp. 94 y ss. SCHROTH (*Unternehmen als Normadressaten*, pp. 177 y ss.) habla de la acción de la organización como acción derivada o secundaria (“*abgeleitete Handlungsfähigkeit*”) constitutiva de un «modelo de heteroresponsabilidad».

⁷³⁴ En el mismo sentido, al respecto de la acción de sujetos colectivos, LENK/MARING, *Verantwortung*, pp. 245: “Las acciones secundarias no pueden ser igualmente consideradas con las acciones primarias, pues aquéllas no tendrían lugar sin las acciones primarias”; también, LAMPE, Systemunrecht und Unrechtssysteme, p. 731: “es contradictorio imputar a un sujeto incapaz de acción las acciones ajenas ‘como propias’. La responsabilidad de las empresas económicas no puede apoyarse en el injusto de acción ajeno, sino en el injusto de sistema propio”. Lo que no consigue argumentar LAMPE, como se ha visto, es que sea posible argumentar un injusto de sistema enteramente propio.

⁷³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Consecuencias accesorias, p. 328; igualmente, MIR PUIG (Límites del normativismo, p. 17) señala que la culpabilidad de la empresa es siempre o culpabilidad por hecho ajeno o culpabilidad de quien no puede “ni actuar ni querer por sí mismo”; en ese sentido: SEELMANN, Punibilidad, p. 359; SCHÜNEMANN, Punibilidad, p. 587: “a una entidad colectiva siempre se le hace responsable por la culpa

hetero-responsabilidad “refinado”⁷³⁶. Si la empresa no origina actos, imputarle las consecuencias es transferirle el hecho de otro. Siendo así, las críticas al modelo de transferencia son, en realidad, extensibles al modelo de «culpabilidad por el hecho propio», igualmente vulnerable ante la objeción de que la culpabilidad empresarial presupone, en cualquier caso, la imputación de una acción o de un cúmulo de acciones ajenas.

b.4. Posibilidades de armonización

Aparte de los dos modelos de culpabilidad ya analizados, varios han sido los intentos de sistematizar, en el plano concreto, la difícil relación entre la organización misma y sus miembros en términos de acción y culpabilidad. A continuación se analizarán, para concluir el capítulo, las principales propuestas de solución.

b.4.1. Modelo 1: Culpabilidad empresarial e inimputabilidad individual

El primer modelo, apuntado por ROTSCH, sostiene que, especialmente en empresas altamente estructuradas y complejas, en la medida en que los riesgos están organizados colectivamente y el individuo carece de control sobre los mismos, lo adecuado sería atribuir responsabilidad por los delitos sólo al sistema mismo y no a los individuos, al fin y al cabo meros transmisores⁷³⁷. Los delitos se explicarían, desde este planteamiento, como el resultado de procesos sistémicos y dinámicas organizativas que han instaurado una tendencia en la empresa a infringir las normas. De este modo, la responsabilidad penal tiene que recaer en el nivel de dichos procesos (nivel organizativo) y no en el nivel de quienes son meros ejecutores sin capacidad relevante de decisión (nivel individual)⁷³⁸. Los problemas de causalidad –¿cómo se explica que el resultado sea la concreción de dichos procesos?– se salvan mediante fórmulas funcionales (teoría del

de otra persona”; el propio KELSEN (*Reine Rechtslehre*, p. 189): “...no se trata de responsabilidad de la agrupación por un delito propio, es decir, atribuible a ella, sino de una responsabilidad por delito ajeno, esto es: responsabilidad por el delito en que ha incurrido un individuo determinado por el estatuto para cumplir esa obligación”.

⁷³⁶ ROBLES PLANAS, Pena y persona jurídica, p. 4.

⁷³⁷ ROTSCH, Unternehmen, Umwelt und Strafrecht, pp. 321 y ss.; el mismo, *Großunternehmen*, p. 131. Según el autor, los factores de influencia colectiva, el topos de la sociedad del riesgo y la estructura de las organizaciones formales suponen barreras insuperables para los clásicos requisitos de la imputabilidad individual –escollo que afecta al principio de causalidad, las reglas de autoría, la posición de garante y la intencionalidad (*Vorsatz*)– (pp. 83, 214 y ss.). Para llegar a distintas conclusiones que ROTSCH, algo parecido expresa QUAD, Corporate Criminal Liability, p. 83: “en esencia, la intención de los individuos es irrelevante; lo que importa es si las acciones son promovidas por la intencionalidad corporativa, tal como está expresada en la política corporativa”.

⁷³⁸ ROTSCH, *Großunternehmen*, p. 131.

dominio funcional del hecho o dominio de organización⁷³⁹). Estas teorías permitirían conceptualmente salvar la distancia que existe entre la cultura empresarial y el resultado lesivo, ya que los movimientos corporales de los individuos que ejecutan la acción quedan diluidos en la explicación funcional del resultado.

b.4.1.1. Crítica

Ahora bien, esta opción no sólo es problemática político-criminalmente, pues nadie aceptaría la inimputabilidad de los directivos y empleados en grandes empresas, sino también en términos conceptuales⁷⁴⁰. Es decir, supone considerar a los individuos no como agentes libres sino como instrumentos ciegos de procesos colectivos⁷⁴¹, como piezas del sistema; y el sistema mismo sufre un proceso de “reificación” y “personificación” que de ningún modo se corresponde con nuestro entendimiento social de los grupos organizados. Por último, una visión así sólo puede producir la disolución de la persona natural⁷⁴² en las esferas sociales donde actúa, y si lo que se pretende es reducir la “irresponsabilidad organizada” en el seno de las mismas, estos planteamientos generan precisamente lo contrario de lo que se proponen. Sobre los presupuestos teóricos de este planteamiento se ha de volver en el siguiente capítulo.

⁷³⁹ HEINE, Modelos de responsabilidad, p. 51. Aquí vuelve a estar presente la teoría de sistemas de LUHMANN, sobre la que se ha de volver en el capítulo siguiente, para la que la causalidad es sustituida –o mejor dicho abarcada– por el supra-concepto de función, vid. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung I*, pp. 9-30; vid. al respecto: GIMÉNEZ ALCOVER, Niklas Luhmann, pp. 50 y ss.

⁷⁴⁰ En la misma línea, FEIJOO SÁNCHEZ, Autorregulación, p. 226: “Desde el punto de vista de la responsabilidad individual, si autores como HEINE o GÓMEZ-JARA DÍEZ fueran consecuentes, deberían negar, en mi opinión, la posibilidad de responsabilidad jurídico-penal individual en el contexto de organizaciones complejas: quien carece de capacidad organizativa sólo puede infringir deberes inidóneos para afectar a la organización empresarial. Este paso de coherencia que nadie se atreve a dar, precisamente por el descontrol que generaría en el ámbito empresarial y la ineficacia preventivo-general de las normas a que daría lugar, demuestra la falsa radicalidad de algunas premisas”; también, DEL ROSAL BLASCO, Hechos de conexión, pp. 6, 9.

⁷⁴¹ QUAID, Corporate Criminal Liability, p. 97: “las consideraciones acerca de la autonomía y libertad individual no son relevantes en las corporaciones”. Una explicación filosófica del proceso, CRUZ, *Tiempo de narratividad*, p. 25: “Hay momentos en que la sociedad se comporta con la misma apariencia de necesidad que la naturaleza. Pero ello puede deberse a una variación en la escala: los productos humanos alcanzan tal complejidad que parecen autonomizarse, funcionar con completa independencia de la voluntad de sus creadores”.

⁷⁴² JAKOBS, Strafbarkeit, p. 567: “El órgano, que en esa medida se concibe a sí mismo como persona jurídica, no podría simultáneamente concebirse a sí mismo como persona independiente que asume la posición de órgano. El resultado sería que la persona natural se disuelve, ya que, dada la falta ulterior de existencia de personalidad del órgano, no puede responder por su parte del comportamiento culpable; sólo puede responder la persona jurídica”.

b.4.2. Otros modelos de compatibilización de culpabilidad empresarial y culpabilidad individual

Aparte del modelo que se acaba de analizar, varias han sido las alternativas que han aparecido en la doctrina reciente de cara a compatibilizar la culpabilidad de la propia empresa con la del órgano y la de sus miembros. Al respecto hay varias opciones. La primera opción sería que tanto empresa como el órgano/individuo sean culpables de un mismo hecho antijurídico. Esta opción supondría un tipo de fórmula de participación especial, en la que la empresa sería culpable de poner los medios –un contexto de desorganización o filosofía criminógena– para que el individuo vea allanado el camino del delito que él mismo ejecuta⁷⁴³. Pero esa argumentación no hace sino trasladar el problema: difícilmente la empresa en sí misma puede ser culpable de un resultado que le queda tan lejos como que hay varios individuos libres y autorresponsables entre medio. Digamos que la organización tiene conexión (estructural) con sus individuos/órganos, pero no con el resultado que éstos generan, de modo que el suyo debería de ser un «injusto de favorecimiento», pero no uno de cumplimiento del tipo⁷⁴⁴. Ni siquiera un concepto funcional laxo de causalidad podría soportar una distancia tan grande⁷⁴⁵. En resumen, respecto a la misma infracción no pueden ser ambos culpables, porque el dominio del delito no está compartido en el sentido que tiene toda participación. Como ha destacado SCHÜNEMANN, la empresa por sí misma no es dueña de su aportación al delito (lo son sus órganos), de modo que ello no puede justificar un título de participación culpable⁷⁴⁶. Esta opción es muy problemática en términos dogmático-

⁷⁴³ Claramente, GARCÍA CAVERO, Modelo de atribución, p. 66: “Considero que el defecto de organización de la persona jurídica no forma un injusto independiente del injusto de sus órganos o representantes, sino que se trata de una forma de intervención en un hecho común único”. Si bien LAMPE (Systemunrecht und Unrechtssysteme, p. 728) se acerca más al modelo siguiente, en ocasiones no consigue separar del todo los injustos del colectivo y el individuo. A veces habla de una “mera predisposición” o carácter colectivo como su injusto, mientras que en otros lugares afirma que la propia “filosofía empresarial ... produce o favorece los delitos de los que pertenecen a la empresa”, lo cual abarca cierto espacio del injusto individual. Así lo interpreta también SILVA SÁNCHEZ, Personas jurídicas, p. 33 (cita 49). Más clara es la falta de separación todavía en DANNECKER (Sanktionen gegen Verbänden, pp. 112 y s.) para quien la culpabilidad y el injusto de la empresa se concreta en una filosofía empresarial incorrectamente orientada en relación a los valores sociales, pero cuyo comportamiento se hace depender directamente de la motivación individual de sus miembros. Sobre las posibilidades de introducir a la empresa como sujeto de participación: LÜDERSEN, Aggregative Model, pp. 103 y s.; BOLDOVA, Introducción, p. 246, por su parte, habla de “participación sui generis”.

⁷⁴⁴ Por todos: ROBLES PLANAS, ¿Delitos de personas jurídicas?, pp. 16 y s.

⁷⁴⁵ Acerca del problema de la causalidad entre el defecto organizativo y el delito individual: SIEBER, Unternehmensstrafrecht, p. 467.

⁷⁴⁶ SCHÜNEMANN, Wirtschaftsunternehmen, pp. 433: “El partícipe es evidentemente responsable de su propia acción, a través de la cual tiene dominio de los acontecimientos, mientras que la persona jurídica no tiene por sí misma capacidad de acción”. En contra de la utilización de las reglas de autoría y participación en relación a la empresa, ARTAZA VARELA, *Empresa*, pp. 320 y s. También FRISCH,

conceptuales, además de que imposibilita independizar la responsabilidad de la empresa de la de sus miembros (esto es: sin culpable individual no podría haber partícipe colectivo).

Otra modalidad de participación sería la aplicación de la teoría de los aparatos de poder de ROXIN, siendo el “autor de atrás” la propia empresa (lo cual, según lamenta LAMPE, fue una posibilidad no explorada por el autor⁷⁴⁷). Sin embargo, esta teoría parece poco plausible, en tanto, como afirma FEIJOO SÁNCHEZ, “imaginarse a la persona jurídica instrumentalizando a sus órganos de decisión no es más que un dislate”⁷⁴⁸. El autor de atrás debe ser por sí mismo capaz de influir a través de su comportamiento, así que con ella no se resuelve sino que sólo se traslada de nuevo el problema de la falta de capacidad de acción de la empresa⁷⁴⁹.

La opción mayoritaria es la de considerar que individuo y empresa son culpables de infracciones de deberes diversos. Con ella se trata de separar los deberes de cada uno de los sujetos de cara a justificar una culpabilidad propia por sus respectivas infracciones: el individuo por el delito que él mismo ha originado y la empresa por su defecto de organización o filosofía criminógena⁷⁵⁰. En cualquier caso, esta opción no sería posible sin aislar una posición de garantía de la empresa y crear un nuevo tipo de «injusto de peligro» para ella⁷⁵¹; de otro modo su injusto será siempre aquél que completa la persona física. En ese caso, ¿podría el ordenamiento jurídico perseguir ese estado de desorganización, aunque no se haya materializado en un delito? Si fuese verdaderamente independiente de la infracción individual, la respuesta debería ser

Punibilidad, p. 817: “la persona jurídica no domina como persona realmente responsable un suceso que ella realice mediante una persona (el representante) no responsable o con claros déficits de responsabilidad. Asimismo, sería una pura ficción presentar el delito cometido por el representante como la realización del injusto típico mediante un actuar conjunto, con división del trabajo y de acuerdo con una decisión común, de la persona jurídica y de la persona natural”.

⁷⁴⁷ LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, pp. 721 y s.

⁷⁴⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, ¿Culpabilidad y punición de personas jurídicas?, p. 361.

⁷⁴⁹ SCHÜNEMANN, *Legal Entities*, p. 230; BOLDOVA, *Introducción*, p. 246, por su parte, descarta cualquier opción de participación para la persona jurídica.

⁷⁵⁰ Ésa es la opción, por ejemplo, de LAMPE (*Systemunrecht und Unrechtssysteme*, pp. 703; 734): el colectivo carga con el injusto sistémico y los miembros individuales con su propio injusto de resultado, si bien ambos están relacionados entre sí, pues el primero no es punible si no se ha expresado mediante el segundo (p. 715); un análisis: GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, pp. 236 y ss.

⁷⁵¹ Eso mismo indica, acertadamente, ROBLES PLANAS, *Pena y persona jurídica*, p. 5.

afirmativa, lo cual supondría un adelanto de las barreras de punición excesivo⁷⁵². Por el contrario, si se responde negativamente es sobre el presupuesto de su dependencia de la infracción individual (injustos relacionados⁷⁵³), ante lo cual cabría preguntarse si no estaríamos aquí ante una prohibición de regreso, pues podría no ser legítimo retroceder en la búsqueda de un injusto culpable en la empresa cuando un individuo ya se ha hecho cargo del mismo. Un grupo importante de autores –destacadamente HEINE y GÓMEZ-JARA–, responde afirmativamente, e indican que el delito individual es simplemente una condición objetiva de punibilidad⁷⁵⁴. En cualquier caso, la viabilidad de un tipo penal que es de peligro abstracto, en el que se castiga un estado de desorganización (no propiamente un hecho) y que además necesita de un tercero autorresponsable para manifestarse en lesiones de bienes jurídicos es más que cuestionable⁷⁵⁵. Todo ello sobre el supuesto, aquí no admitido, de que la empresa pudiese ser penalmente culpable de una infracción normativa. Como indica JAKOBS, el hecho de que la empresa tenga deberes conectados a la protección de bienes jurídico-penales no quiere decir que su infracción se haga bajo el título de una culpabilidad penal de la que no es capaz⁷⁵⁶.

La última opción, por la que aquí se aboga, explica el delito llevado a cabo en contextos complejos como una combinación entre estructura (colectiva) y acción/es (individual/es). La relación entre ambos niveles se ha de explicar en la tercera parte.

⁷⁵² Crítico en este punto, especialmente en referencia al planteamiento de LAMPE: ROBLES PLANAS, ¿Delitos de personas jurídicas?, pp. 16 y s.; Pena y persona jurídica, p. 5 y s. También: BOLDOVA, Introducción, p. 232.

⁷⁵³ LAMPE, Systemunrecht und Unrechtssysteme, p. 703: “el injusto del sistema y el injusto de relación interaccionan entre sí”.

⁷⁵⁴ HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 292; GÓMEZ-JARA, Personas jurídicas, p. 129; 136.

⁷⁵⁵ ROBLES PLANAS, Pena y persona jurídica, p. 6.

⁷⁵⁶ JAKOBS, Strafbarkeit, p. 566: “Ciertamente, también una persona jurídica tiene el deber de evitar homicidios, lesiones, injurias, etc., pero no puede infringir este deber con la consecuencia de una culpabilidad penal, porque toda persona, aunque por lo demás también pueda actuar como órgano de la persona jurídica, hasta ahora, es decir, en lo que se refiere a comportamientos delictivos, está constituida de forma necesaria como alguien que actúa para sí misma”.

Capítulo 3. La identidad de la empresa en la teoría de sistemas: autopoiesis, memoria y cultura organizativa

Un estudio aparte merece, debido a su complejidad y su influencia en la discusión penal, la fundamentación constructivista de la identidad empresarial⁷⁵⁷, la cual funciona como soporte teórico de la culpabilidad organizativa analizada en la parte primera. A diferencia de otras justificaciones de la identidad empresarial, basadas en razones prácticas o de prevención, autores como BOTTKE o GÓMEZ-JARA sostienen también que la teoría de sistemas autopoieticos permite afirmar la plena identidad (identidad narrativa fuerte) de la empresa⁷⁵⁸, no sólo en un sentido formal sino también como identidad material. Desde este planteamiento se afirma que la identidad de la empresa, como sujeto autopoietico, supera la prueba de los requisitos de la culpabilidad penal – principalmente la continuidad biográfica y la autonomía–, razón por la cual podría integrarse junto al individuo entre los sujetos del derecho penal.

Sin perjuicio de lo dicho ya en la primera parte, a continuación se tratará dicha fundamentación para analizar si lo que describe es una verdadera identidad penal. El análisis de la argumentación se ha de desarrollar según el siguiente esquema: en primer lugar, se ha de analizar el argumento de que la empresa, de igual modo que el individuo, constituye una máquina histórica y no trivial; en segundo lugar, se ha de analizar en qué sentido se producen las operaciones de «memoria organizativa» en la empresa, y si ellas garantizan una continuidad biográfica y una autonomía suficientes; por último, se ha de analizar en qué sentido la «cultura empresarial» constituye una verdadera identidad en la empresa, y si ello puede ser relevante de cara a la construcción de una culpabilidad para la empresa.

⁷⁵⁷ La principal obra de LUHMANN sobre la identidad de la empresa es *Organización y decisión*. Un análisis comparativo entre la identidad según LUHMANN y según la narratividad (en este caso la de RICOEUR): MEUTER, *Narrative Identität*, pp. 200-260. Ampliamente: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmen*, pp. 133-138.

⁷⁵⁸ GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 241.

a) Primera equivalencia funcional: el sujeto empresarial como sujeto autónomo y como máquina histórica (de nuevo sobre la autopoiesis)

a.1. Exposición

La fundamentación de LUHMANN de la identidad de la organización colectiva parte, en primer lugar, de una renuncia a todo tipo de «explicación esencialista»⁷⁵⁹, en el sentido por ejemplo de las teorías organicistas (GIERKE) o “espiritualistas” de la organización (BUSCH). Al contrario, a partir de una distinción de VON FOERSTER, LUHMANN toma como relevante para fundamentar la identidad de la organización colectiva la diferencia entre lo que denomina «máquinas históricas», entre las que se encontrarían las personas individuales y las organizaciones, y «máquinas triviales», entre las que se encontrarían todas aquellas entidades que, por su falta de complejidad y recursividad, tienen un comportamiento predecible y carecen de individualidad.

Las «máquinas históricas o no triviales» se caracterizan por generar una alta dosis de incertidumbre en el sistema, pues, cuando reciben un *input* de su entorno, el *output* que producen no puede ser previsto con precisión, ya que entre ambos media el “estado momentáneo/histórico” en el que se encuentra la máquina en cuestión (lo que se conoce como “*black boxes*”⁷⁶⁰). En ese sentido, según LUHMANN, del mismo modo que el individuo reacciona y actúa en función de su estado de ánimo o su planificación vital⁷⁶¹, las organizaciones empresariales también se comportan en función de su estado momentáneo y su modo de referirse a sí mismas⁷⁶². Sujeto individual y colectivo funcionarían, por tanto, como máquinas históricas precisamente por disponer de ese “*medium*” o estado momentáneo característico de los sistemas autopoieticos. Lo que sucede en dichos sistemas no podrá ser reducido a una explicación mecánica, sino que, en el caso organizativo, se ha de referir a las políticas empresariales, a la planificación

⁷⁵⁹ LUHMANN, *Organización y decisión*, pp. 61, 68 y s.

⁷⁶⁰ LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 53.

⁷⁶¹ LUHMANN, *Introducción*, p. 107, en lo que al individuo respecta, las “preguntas del tipo quién soy, en qué disposición de ánimo me encuentro, qué he hecho, cómo llevo adelante mis intereses, son las que regulan el llevar a efecto el *output*”.

⁷⁶² LUHMANN, *Introducción*, p. 107; en el mismo sentido, en *Organización y decisión*, p. 42: “Con Heinz von Foerster se podría decir que el grupo es una máquina no trivial, una máquina histórica, que no trabaja sobre la base de reglas fijas (esto es lo que debería asegurar la organización formal), sino que se orienta según el estado en el cual en cada momento se encuentra”; p. 270: “las organizaciones son máquinas históricas, sistemas no triviales, que se van continuamente ubicando en un estado concreto determinado, al cual se deben referir cuando desean decidir cómo hay que seguir”.

realizada en el pasado o a la propia cultura organizativa⁷⁶³. En ese sentido, los mismos *inputs* no producirán siempre los mismos *outputs*, como sucede en las máquinas triviales, pues la reacción de la «máquina histórica» depende del estado en el que se encuentre “por dentro”. Siendo así, si un individuo interactúa con la organización empresarial (*input*), el *output* que salga de ella no será del todo previsible, puesto que el proceso estará condicionado por la autonomía de la propia organización: el socio que tiene acciones en la empresa no sabe si la empresa va a distribuir dividendos o no en el año presente, pues ello dependerá de la política económica de la empresa; como también el cliente que realiza una reclamación por un producto defectuoso no sabe si la empresa se lo devolverá fácilmente o con dificultades, pues dependerá de la política de devolución o de imagen que quiera desarrollar en ese momento la organización.

Por otra parte, la autorreferencialidad necesaria para constituir «máquinas históricas» se produce gracias a la recursividad de las operaciones de cada sujeto (individual y colectivo). En el caso de la organización, esa recursividad se produce gracias a que “todas las decisiones del sistema pueden ser remitidas a otras decisiones del sistema”⁷⁶⁴. De ese modo, se genera una reflexividad suficiente en la comunicación de dichas decisiones como para que un observador entienda lo que ocurre en la organización como el producto de su autopoiesis, y no como el producto del azar, o de la voluntad de algún individuo, por ejemplo. En otras palabras, ambos sujetos no sólo actúan o deciden (“operación simple o de primer orden”), sino que deciden también sobre las premisas a partir de las que deciden (“operación de segundo orden”)⁷⁶⁵. Las decisiones pasadas condicionan las presentes, y éstas condicionan a su vez las decisiones futuras, reduciendo con ello la incertidumbre en las operaciones y generando una identidad empresarial con cierta continuidad a lo largo del tiempo. Por ejemplo, cuando una empresa decide en determinado momento internacionalizar su actividad, dicha decisión

⁷⁶³ LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 99, sobre la planificación y la cultura organizativa se ha de volver en seguida.

⁷⁶⁴ LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 88. GÓMEZ-JARA, *Autoorganización empresarial*, p. 9.

⁷⁶⁵ Ampliamente, LUHMANN, *Organización y decisión*, pp. 269 y ss.: “Las premisas de decisión se orientan a otras premisas de decisión, a un nivel más abstracto de coordinación organizadora. (...) En ese sentido se puede coordinar las premisas de decisión entre sí, para lo cual puede, a su vez, haber programas y personas que se han de responsabilizar de ello”. También, p. 70: “la variabilidad del “sí mismo”, que es introducido cada vez como punto fijo, es garantizada por el hecho de que la organización se observa observando”.

condiciona a su vez la política de marketing o la contratación del personal, y ello condiciona igualmente la cultura de empresa, y así sucesivamente⁷⁶⁶.

En ese sentido, para el sistema social la empresa es un sujeto que ofrece idéntica complejidad e incertidumbre en sus interacciones que el individuo, puesto que lo que ella haga dependerá del estado de sus comunicaciones internas y de sus decisiones autónomas. Como afirma LUHMANN, de nuevo recurriendo a argumentaciones circulares, “una organización es un sistema que se produce a sí mismo como organización”⁷⁶⁷. Ello tiene diversas consecuencias relevantes para el plano jurídico-penal. En primer lugar, la postulación de la organización como máquina histórica supondría la afirmación de su «autonomía»: la empresa tiene capacidad de “autoorganización”, de modo que “deben ser tratadas (por sí mismas y por otros observadores) como si pudiesen elegir libremente”⁷⁶⁸. Es decir, dada la “complejidad incalculable” de todo sistema organizativo, un observador externo sólo puede resolver dicha complejidad, en el plano teórico-descriptivo, tratando al sistema como libre, de otro modo habrían de analizarse las infinitas dependencias que ocurren en su “interior”. En segundo lugar, la argumentación de la identidad de la empresa, adquirida gracias a la recursividad de sus propias decisiones autónomas, permitiría argumentar a favor de su continuidad biográfica: la vida organizativa de la empresa se podría entender, por tanto, como una identidad temporal que se va formando a través de “decisiones sobre decisiones”. No se trataría, evidentemente, de una continuidad ontológica o “esencial”, sino de una continuidad organizativa.

Otro aspecto nuclear de la descripción de LUHMANN de la organización colectiva, relacionada con la cuestión de su autonomía, es el lugar que otorga a los miembros individuales en la actividad y las decisiones empresariales. En primer lugar, la teoría de sistemas, al partir del concepto de autopoiesis, “obliga a practicar una clara separación entre las operaciones y estructuras de los sistemas psíquicos y las operaciones y

⁷⁶⁶ Aún hay más, para LUHMANN (*Organización y decisión*, pp. 206 y ss.), la decisión es lo que marca el tiempo de la propia organización, en la medida en que traza la distinción entre pasado y futuro. Ello se ve claramente en el hecho de que las organizaciones recuerdan su pasado no tanto en función de fechas sino especialmente en función de eventos o decisiones, como el cambio de un administrador o la adopción de una determinada política empresarial; vid. también, GÓMEZ-JARA, *Autoorganización empresarial*, p. 7.

⁷⁶⁷ LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 68.

⁷⁶⁸ LUHMANN, *Organización y decisión*, pp. 75, 99.

estructuras de los sistemas sociales”⁷⁶⁹. La razón por la que los sistemas psíquicos que operan en la organización no son relevantes de cara a la explicación de la autopoiesis organizativa es que el contenido de lo psíquico, por estar imbricado en una conciencia inaccesible al observador, no es relevante de cara a la comunicación⁷⁷⁰. Lo que pasa en la organización, por tanto, se deja de explicar desde el concepto de conciencia (“qué es lo que los directivos o los empleados piensan”) y desde el concepto de acción (“qué es lo que hacen”), para explicarse desde el concepto de comunicación: lo importante es cómo se comunican los objetivos, las políticas y los acontecimientos⁷⁷¹. Así, en la medida en que las decisiones se explican por necesidades comunicativas de la propia organización y no como producto de la voluntad individual de los directivos, en realidad la premisa de que dichos directivos “controlan” o “deciden” sobre dichas decisiones se interpreta como una “mistificación”: “el supuesto de que el decisor es quien decide lleva a mitos que se conectan, en parte, con expectativas, en parte, con fundamentaciones y justificaciones”⁷⁷². La mistificación más importante sería, en ese sentido, “que las decisiones serían, al menos intencionalmente, racionales”⁷⁷³. Así, la imputación de una decisión a un individuo –por ejemplo la interpretación de una determinada política empresarial como la “ocurrencia” de un directivo– es en realidad una construcción comunicativa, que permite el “engaño” o la “ilusión” de que los acontecimientos obedecen a motivos controlables y cognoscibles⁷⁷⁴; esto es, permite neutralizar la paradoja de la arbitrariedad de la decisión. En definitiva, “el aporte personal al proceso de decisión es, en la praxis, más bien sobrevalorado”⁷⁷⁵.

Si bien LUHMANN, como se ha de ver en la crítica, otorga a los miembros de la organización más relevancia de lo que parece, lo cierto es que en su planteamiento la organización tiene múltiples mecanismos a través de los cuales diluir su individualidad

⁷⁶⁹ LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 107.

⁷⁷⁰ LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 107.

⁷⁷¹ LUHMANN, *Organización y decisión*, pp. 172 y s.: “Sea lo que ‘sea’ una decisión, al interior de los sistemas organizacionales sólo se realiza como comunicación. (...) La decisión es un suceso comunicativo y no algo que tiene lugar en la cabeza del individuo”. La crítica a la explicación de la organización desde el concepto de acción y de motivación: pp. 154 y ss.

⁷⁷² LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 167.

⁷⁷³ LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 167.

⁷⁷⁴ LUHMANN, (*Organización y decisión*, p. 167) habla de dicha conexión entre decisión y decisor como un “valor propio de la organización”, que permite continuar en la práctica recursiva de las decisiones.

⁷⁷⁵ LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 332.

en la comunicación social de la propia empresa⁷⁷⁶. Ello ocurre, en primer lugar, gracias de nuevo al concepto sistémico de “persona”: los individuos que operan en la empresa no aparecen como individuos (con sus pensamientos, intereses, sus vicios y sus virtudes), sino como “personas” o como “miembros”, esto es, como centros de imputación de expectativas que permiten al sistema organizativo ir avanzando⁷⁷⁷. El ejemplo del *curriculum vitae* ilustrará dicho argumento: en él el individuo no se presenta tal como es (no dice cuáles son sus gustos, o lo que de verdad piensa de la empresa), sino que se presenta lo más próximo posible a la expectativa de la propia organización. Es decir, no se presenta como individuo, sino como “persona”, y con ello se postula ya como “miembro”; en otras palabras, la organización comienza a imponer una personalidad concreta a sus miembros incluso antes de que se integren como tales en ella. Por ello afirma LUHMANN que “la unidad de individuo y persona” solo es una “ficción operativa”, pues lo relevante es la persona como “símbolo de los comportamientos propios de los sistemas sociales”⁷⁷⁸. Para ello sirven, además, toda una serie de elementos de gran carga simbólica en la propia organización, como por ejemplo el empleo de una vestimenta corporativa, la nomenclatura de los puestos, las tarjetas de visita o la propia arquitectura de las oficinas. Todo ello está destinado a recordar a los individuos que en la actividad laboral actúan como miembros de la empresa, como un rol que cumplir, y no como expresión de una individualidad⁷⁷⁹.

Junto a esa transformación del individuo en “persona” está también la idea de LUHMANN según la cual, en una organización compleja, la noción de “poder” se debilita: “en un sistema complejo, interconectado circularmente, autorreferencial, hay demasiadas reciprocidades en juego como para que se pueda ejercer el poder sin auto-

⁷⁷⁶ La tesis de LUHMANN (*Organización y decisión*, pp. 334 y ss.) es que una empresa que acentuase demasiado la individualidad correría el riesgo de ejercer “una enorme presión sobre el proceso decisional”, pues obligaría al sistema organizativo a estar permanentemente indagando en los motivos y las preferencias de sus miembros, lo cual entorpecería permanentemente la actividad empresarial. La gestión del personal es mucho más sencilla y eficaz sobre la base de “puestos”, de expectativas, regularidades y esquematizaciones.

⁷⁷⁷ LUHMANN, *Organización y decisión*, pp. 116 y ss.

⁷⁷⁸ LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 117. Tal y como expresó Daniel BELL (*Las contradicciones culturales del capitalismo*, p. 24) en relación al orden tecno-económico: “la autoridad es inherente a la posición, no al individuo”, de modo que “el intercambio social es una relación entre roles”.

⁷⁷⁹ BELL (*Las contradicciones culturales del capitalismo*, p. 48) interpreta este fenómeno como nocivo culturalmente, en tanto genera permanentes bifurcaciones de la personalidad, por la contradicción entre lo que el individuo es “fuera del trabajo” y lo que es “en el trabajo”; o dicho en términos más generales, entre lo que se espera del individuo en el tiempo de personal y lo que se espera de él en el tiempo laboral.

dañarse”⁷⁸⁰. Las relaciones de poder en la empresa son, por tanto, algo más complejas de lo que el tradicional concepto de poder puede abarcar; se parecerían más a lo que FOUCAULT ha descrito como “micro-poderes”, es decir, la multiplicidad de relaciones de poder que se dan en las relaciones sociales y que escapan a la clásica explicación del poder jerárquico que se ejerce “de arriba abajo”⁷⁸¹. A excepción de momentos de crisis⁷⁸², o cuando se trata de individuos carismáticos en la dirección⁷⁸³, en situación normales probablemente un directivo que desee ejercer su poder de cara a cambiar determinados elementos de la organización encontrará graves resistencias, especialmente si dichos elementos forman parte de aquello que permite la autopoiesis de la empresa; o, dicho de modo más sencillo, si aquello que desea cambiar está interiorizado por la propia organización como un hábito, una necesidad o una rutina⁷⁸⁴. En definitiva, la organización empresarial es tan compleja que el movimiento de una pieza desencadena una serie de transformaciones tan importantes que obliga a la propia organización a generar resistencias, o lo que es lo mismo, a disminuir su dependencia respecto a las voluntades individuales.

En resumen: para la teoría de sistemas, del mismo modo que el individuo se reproduce sobre hechos psíquicos, la empresa como sistema se reproduce a través del material organizativo y comunicativo que generan sus propias decisiones, gracias a lo cual se constituye como un ente unitario, autónomo respecto a sus miembros individuales y reconocible a lo largo del tiempo⁷⁸⁵.

⁷⁸⁰ LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 239.

⁷⁸¹ Vid. sobre ello: FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, pp. 142 y ss., 178: “pienso que no hay un poder, sino que, dentro de una sociedad, existen relaciones de poder extraordinariamente numerosas y múltiples, colocadas en diferentes niveles, apoyándose unas sobre otras y cuestionándose mutuamente. Relaciones de poder muy diferentes se actualizan en el interior de una institución”. Este carácter múltiple y complejo del funcionamiento del poder, en lo que a la empresa respecta, se traduce en la extraordinaria dificultad de localizar la persona o el puesto del que depende una decisión (poder) y, por extensión, de localizar a la persona que debe responder por ella (responsabilidad).

⁷⁸² Según afirma el propio LUHMANN (*Organización y decisión*, p. 240), en momentos de crisis es más sencillo ejercer poder sobre la organización, así como distinguir por parte de un observador externo “donde está el poder”. En el mismo sentido, NEUHÄUSER, *Unternehmen als moralische Akteure*, p. 157.

⁷⁸³ LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 168: “Indiscutiblemente hay individuos que se compenetran, mejor que otros, con el misterio del decidir. Entonces, en referencia a Max Weber, se habla de carisma”:

⁷⁸⁴ En ese sentido, LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 240: “con el uso del poder, a lo sumo, se pueden transformar zonas marginales del sistema, mientras fracasan los intentos por lograr efectos más profundos en más o menos todas las estructuras del sistema, porque encuentran resistencia o son dejados a lentos procesos de adaptación, en los cuales el contrapoder, fundamentalmente latente, desvía el impulso transformador por vías que estima aceptables”. Sobre las rutinas cognitivas de la empresa: LUHMANN, *Organización y decisión*, pp. 291 y ss.

⁷⁸⁵ KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, p. 309; SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmen*, p. 133.

a.2. Crítica

En primer lugar, la distinción entre «máquinas históricas» y «máquinas triviales», tomada de la cibernética, produce en el discurso penal los mismos problemas de acoplamiento que se analizaron respecto a la «autopoiesis». Los problemas provienen de la adopción de una antropología mecanicista como la que constituye la reducción del ser humano a una «máquina» en la que convergen *inputs* y *outputs*, lo que ya había hecho NIETZSCHE⁷⁸⁶. Si lo que desea expresar LUHMANN es que el sistema psíquico, como también la organización, es un sujeto libre, capaz de elaborar contenidos comunicativos, y por tanto que no es reductible a un complejo de reacciones mecánicas (a una máquina trivial), lo lógico sería abandonar el concepto mismo de «máquina», demasiado reducido como para abarcar una medida tan amplia de subjetividad⁷⁸⁷. Tal y como se explicó en relación al concepto de autopoiesis, cualquier naturalización del discurso acerca del sujeto penal nada aporta, aparte de abrir la puerta a sujetos colectivos, de cara a decidir qué sujetos responden por sus acciones y de qué modo deberían hacerlo. Es decir, términos como «complejidad» o «autorreferencialidad» no indican una cualidad del sujeto –no responden a las preguntas de si puede comprender o de si puede querer una determinada acción–, razón por la cual no aportan gran cosa de cara a determinar que capacidades convierten a un determinado sujeto, individual o empresarial, en capaz de culpabilidad penal.

Por todo ello, la distinción de VON FOERSTER es útil para la cibernética pero poco aporta al debate jurídico-penal sobre la culpabilidad, pues ésta exige no sólo un mínimo nivel de complejidad interna, sino además la capacidad del sujeto de entender la norma y

⁷⁸⁶ Según GALPARSORO (Problema de la conciencia, pp. 206 y ss.), éste era un punto que ponía parcialmente de acuerdo a NIETZSCHE con DESCARTES, ya que este último había descrito la parte inferior del alma humana como una máquina de la que sólo excluía a la conciencia (de ahí el dualismo). En ese sentido, afirma NIETZSCHE, *El Anticristo*, §14, p. 43: “En lo que se refiere a los animales, Descartes fue el primero que, con una audacia digna de respeto, osó el pensamiento de concebir el animal como una machina: (..) Nosotros, lógicamente, no ponemos aparte tampoco al hombre, como todavía hizo Descartes: lo que hoy se ha llegado a entender del hombre llega exactamente hasta donde se lo ha entendido como una máquina”. Sobre la teoría de VON FOERSTER y el concepto de identidad de LUHMANN: MEUTER, *Narrative Identität*, p. 41. En sentido contrario, sobre la obligación del derecho penal de contemplar la dimensión comprensiva del sujeto individual, vid. MIR PUIG, *Límites del normativismo*, p. 12. Crítico con la consideración del cerebro como máquina, con numerosos ejemplos históricos: DELGADO GARCÍA, *Neurofisiología de la libertad*, p. 12.

⁷⁸⁷ En realidad ello revela un error conceptual de asociar dos términos, “máquina” e “histórica”, aparentemente contrapuestos, pues si un ente –en este caso un «ser humano»– es considerado histórico en el sentido que afirma LUHMANN, difícilmente puede seguir siendo definido como máquina, pues la “máquina” se define precisamente por suponer una complejidad que se ofrece a terceros que disponen de ella. En ese sentido, una máquina no sería tanto un «sujeto complejo» como un «objeto complejo».

posicionarse frente a ella. Por ejemplo, un loco, –o más aún: un grupo de locos– puede ser mucho más imprevisible y complejo que un sujeto individual estándar, pues depende más de su “estado momentáneo”, pero no por ello le vamos a considerar un sujeto capaz de culpabilidad. Tampoco se podría afirmar, en esa línea, que el sistema jurídico –que según LUHMANN “es también una máquina histórica, puesto que cada operación autopoietica modifica el sistema”⁷⁸⁸– pueda ser un sujeto con capacidad de agencia y culpabilidad, lo que vuelve a demostrar que la medida sistémica de complejidad es insuficiente. En el fondo, esta insuficiencia proviene, en primer lugar, del error categorial de tratar al ser humano con categorías propias de la cibernética, lo cual no permite realizar afirmaciones que funcionen en el plano normativo; y, en segundo lugar y tal como afirma el propio LUHMANN, proviene de que el único objetivo de la teoría de sistemas es describir el funcionamiento de la organización, y no tomar partido en el sentido normativo o en el sentido de una delimitación de responsabilidades⁷⁸⁹.

Por otra parte, es necesario destacar también que, en la argumentación de la autorreferencialidad de la «máquina histórica», se oculta de nuevo la problemática de la conciencia en la determinación de la identidad penal. Se equipara al sujeto individual y a la empresa sobre la base de que los dos tienen idéntica complejidad, pero se pasa por alto que la reflexividad de la conciencia humana es, en términos de identidad, muy distinta de la autorreferencialidad del sistema⁷⁹⁰. En palabras de HABERMAS, de esas decisiones recursivas del sistema “no surge ningún centro en que el sistema en conjunto se torne presente a sí mismo en forma de autoconciencia”⁷⁹¹; sino que surge, por decirlo de algún modo, una identidad disgregada o descentralizada⁷⁹². En otras palabras, la reflexividad de la empresa, a diferencia de lo que ocurre gracias a la conciencia

⁷⁸⁸ LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, p. 58.

⁷⁸⁹ En ese sentido, claramente, LUHMANN, *Organización y decisión*, pp. 206 y s.: “No queremos saber como se *explica* la decisión para sostener una mirada crítica y eventualmente provocar decisiones acerca de la responsabilidad de la decisión en una organización que se presume racional. Queremos saber *cómo* se toma la decisión”.

⁷⁹⁰ Como ha destacado HABERMAS (*Discurso filosófico de la modernidad*, p. 435) la razón es que “el «self» del sistema se distingue del sujeto en que no se adensa hasta convertirse en el «yo» del «yo pienso» aperceptivo”, razón por la cual, para establecer la equiparación entre individuo y sistema organizativo, “la teoría de sistemas ha de borrar de la relación del sujeto-sistema consigo mismo toda connotación de una identidad de la autoconciencia, obtenida por operaciones sintéticas”. En el mismo sentido, y recurriendo a la misma cita, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 137. En sentido contrario, KOHLHOFF (*Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, p. 309) compara ambos tipos de reflexividad de cara a fundamentar un concepto unitario de culpabilidad.

⁷⁹¹ HABERMAS, *Discurso filosófico de la modernidad*, p. 435

⁷⁹² En ese sentido: VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 29.

individual, no permite a la propia organización saber de sí misma, no permite saber que ella es quien es, o que ella es quien decide lo que decide. Ello implica, en el caso de que se considere que el sujeto penal debe poder saber de sí mismo –es decir, saber que es él quien cometió el delito, o que es él quien merece soportar la pena–, que la reflexividad de la empresa no produce una identidad equivalente a la del individuo en términos normativos. En otras palabras, que ambos sistemas (psico-físico y organizativo) funcionen de modo reflexivo no quiere decir que por dicho camino lleguen al mismo lugar, ni tampoco a un lugar equivalente en términos de identidad penal⁷⁹³.

Por otra parte, tampoco el argumento de la autonomía de la organización resulta convincente desde un punto de vista jurídico-penal. Es cierto que desde un punto de vista socio-económico u organizativo la empresa tiene capacidad de autoorganización y decisión propia. Es más, el propio sistema social interpreta lo que ocurre en ella como un producto de su “voluntad social”, sin indagar en si dicha voluntad se ha producido por una iniciativa individual, por un acuerdo unánime o por una mayoría determinada en el consejo de administración. Sin embargo, desde la perspectiva penal la cuestión es bien distinta, principalmente porque lo que ocurre en la organización es imputado como delito (cuando se cumplen los requisitos de imputación) a los miembros individuales, lo que implica que desde un punto de vista normativo éstos sí tienen poder de decisión y de organización en la empresa. Es decir, respecto a los deberes jurídico-penales, el miembro de la empresa no puede inhibir su responsabilidad a favor de la organización colectiva, no puede defenderse como “esclavo” de una autopoiesis empresarial contra la que no sería capaz de oponer un rechazo. Especialmente en lo que a los directivos respecta, la hipótesis de que no existe capacidad de decisión individual en la empresa parece poco realista, pues las decisiones que condicionan la vida organizativa son casi siempre interpretables como el producto de su voluntad como administradores.

Por último, si, tal como afirma LUHMANN, en momentos de crisis sí que es posible mostrar “donde está el poder”⁷⁹⁴, entonces la incapacidad de influencia de los directivos pierde el carácter de imposibilidad absoluta que parecía tener y parece convertirse en algo circunstancial. Es decir, podría decirse que en circunstancias normales la empresa

⁷⁹³ En el mismo sentido, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 137; también, sin la referencia a HABERMAS, ROBLES PLANAS, *Pena y persona jurídica*, p. 4.

⁷⁹⁴ LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 240.

funciona sin reparar en quién o quiénes han tomado determinada decisión, pues ello retrasaría el avance; sin embargo, ello no es válido en momentos de crisis –como puede ser, por cierto, el momento de un proceso penal dirigido contra la empresa–, pues en ese punto debe ser posible rastrear de dónde vienen las decisiones que han facilitado el delito, y quién tiene el poder de evitar las condiciones que lo hicieron surgir. En definitiva, cuando se trata de la delimitación de responsabilidad penal, la capacidad de decisión de determinados directivos es, desde un punto de vista normativo, algo más que una “mistificación”, y si fuera una mistificación no se les podría imputar nada⁷⁹⁵.

b) Segunda equivalencia funcional: memoria cerebral y memoria organizativa

b.1. Exposición

La equivalencia funcional entre empresa e individuo, aparte de justificarse gracias a la reflexividad de ambos sujetos, se concreta también en la equiparación entre memoria cerebral y memoria organizativa. Del mismo modo que el ser humano se proyecta a sí mismo en términos de pasado-presente-futuro a través de la memoria⁷⁹⁶, lo cual constituye un requisito del principio de culpabilidad, la empresa comunica su continuidad en el tiempo (a sí misma y a su entorno) a través de su propia memoria organizativa. La memoria de la organización, que tiene como soporte la escritura (los “papeles” de la empresa, como por ejemplo los informes)⁷⁹⁷, tiene como función principal la distinción entre lo relevante –lo que se “recuerda” de determinada decisión– y lo irrelevante –lo que se “olvida”–⁷⁹⁸. En ese sentido, la memoria organizativa no sólo decide qué recuerda –esto es: qué es relevante para la comunicación futura– sino también qué olvida –esto es: qué “inconsistencias” han de limpiarse de cara a reducir la

⁷⁹⁵ Evidentemente no se trata aquí de afirmar que los directivos pueden controlarlo todo en la empresa, ni que de un día para otro puedan modificar según su criterio toda la estructura de la actividad empresarial. Es cierto que existen numerosas rutinas y hábitos no individualizables que operan como resistencia a los cambios sugeridos desde el *management*, y que no toda actividad delictiva podrá ser reconducida a la decisión individual; sin embargo, negar como principio la efectividad de la influencia de los directivos en las organizaciones chocaría con todo el sistema de prevención jurídico-penal, que precisamente se basa en la posibilidad de que aquellos adapten la empresa a lo exigido por el derecho.

⁷⁹⁶ El origen de la idea está ya en LOCKE, vid.: MEUTER, *Narrative Identität*, p. 9. Más en II.4.a.

⁷⁹⁷ LUHMAN, *Recht der Gesellschaft*, p. 177. Sobre los “lugares” de la memoria colectiva (museos, librerías, archivos, monumentos, etc.): BLUSTEIN, *Moral demands of memory*, pp. 185 y ss.

⁷⁹⁸ LUHMANN, *Organización y decisión*, pp. 191, 229: “La memoria sirve, más bien, para discriminar continuamente entre olvido y recuerdo, entre liberar capacidades operativas y construir identidades para su uso reiterado. En esta función selectiva, la memoria es co-utilizada con cada operación de observación y, al mismo tiempo, sigue siendo escrita”. No sirve, en cambio, “para la conservación de la mayor cantidad posible de ‘datos’ del pasado” (p. 320).

complejidad y permitir el avance de la propia organización⁷⁹⁹-. Según LUHMANN, la memoria “retiene, grosso modo (...) sólo lo que es considerado como premisa decisional en las decisiones siguientes”⁸⁰⁰, lo que implica también que tiene una naturaleza totalmente funcional⁸⁰¹.

Así, la distinción entre lo relevante y lo irrelevante genera a su vez la “experiencia” de la empresa, al tiempo que facilita el aprendizaje, reduce la incertidumbre y da seguridad de cara a futuras decisiones⁸⁰². Se puede decir, por tanto, que en tanto la memoria hace posible la “separación” entre futuro y pasado, pero también su “reconexión”, permite a la empresa establecer un hilo temporal entre sus decisiones⁸⁰³. En ese sentido, como advierte LUHMANN, decisión y memoria “se condicionan recíprocamente”, pues “como presente que se refiere a sí mismo, la decisión sólo se puede realizar sobre la base de recursividades que presuponen la memoria”⁸⁰⁴. Por todo ello, respecto a la identidad empresarial, la memoria no sólo tiene un sentido “técnico-auxiliar” sino también “constitutivo”: permite aquella recursividad que hace de la empresa una máquina histórica. Al contrario, sin la memoria organizativa la vida empresarial sería una sucesión de estados o de decisiones inconexas, una multiplicidad de “identidades fugaces” que aparecen y desaparecen con cada decisión. Para evitarlo, las empresas se equipan de toda una «tecnología del recuerdo», de cara a tener a disposición determinada información de los eventos pasados para poder orientar adecuadamente las decisiones presentes y futuras: los informes, las actas de reuniones, los protocolos, los presupuestos y memorias anuales, las auditorías externas o el correo informático son ejemplos de la necesidad de comunicar al presente el pasado de la organización⁸⁰⁵. De lo contrario, la empresa no podrá aprovechar los rendimientos de su propia actividad, no

⁷⁹⁹ Así: LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 229. En ese sentido, la memoria organizativa tenderá a reconstruir los eventos según convenga a su reproducción futura: por ejemplo, no recordará el despido de determinados empleados como algo motivado por desavenencias personales con algún directivo, sino que lo reconstruirá mediante un lenguaje legal o económico. En ese sentido, lo que la memoria organizativa recuerda produce simultáneamente un cierto olvido, seguramente un olvido “funcional”.

⁸⁰⁰ LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 230, 319.

⁸⁰¹ LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 84: “La función de memoria (...) no se refiere a hechos del mundo exterior (aunque así le parezca al sistema), sino siempre sólo a estados propios del sistema. Un sistema, en otras palabras, sólo puede acordarse de sí mismo”.

⁸⁰² LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 101. Sobre la seguridad que proporciona la planificación y la memoria, p. 271: “Por planificación habitualmente se entiende dar forma al futuro anticipadamente. Pero, aunque se planifique, el futuro es y permanece desconocido. Se busca una especie de seguridad, que el futuro no puede ofrecer, en la complejidad de las planificaciones”.

⁸⁰³ LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 190; también, BLUSTEIN, *Moral demands of memory*, p. 188.

⁸⁰⁴ LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 192.

⁸⁰⁵ LUHMANN, *Organización y decisión*, pp. 194 y ss.

sólo de cara a mejorar sus resultados, sino también de cara a evitar equivocaciones o actividades delictivas en su interior.

La capacidad de memoria de la organización permite igualmente la existencia de los «programas de decisión», pues sólo se puede programar lo que opera con cierta continuidad temporal asegurada precisamente por la memoria⁸⁰⁶; al tiempo que la memoria cumple su función sólo cuando es programada, es decir, cuando opera de modo sintonizado con la propia comunicación y los objetivos del sistema⁸⁰⁷. En otras palabras, los programas de decisión, que constituirían una suerte de «banco estructurado de memoria de la empresa», permite a la desviación ser calificada como desviación (cuando el programa fracasa), y al éxito ser calificado como éxito (cuando el programa se cumple)⁸⁰⁸. En la medida en que hila pasado, presente y futuro, la memoria permite a la empresa observarse a sí misma como sistema que planifica lo que quiere ser a lo largo del tiempo⁸⁰⁹; más aún, permite interpretar lo que ocurre en ella no como producto del azar o como naturaleza, sino como producto de su libertad de planificación⁸¹⁰. Utilizando la terminología de JAKOBS, permite a la empresa distanciarse de la “naturaleza” e incorporarse al mundo del “sentido”.

De este modo, la organización es capaz, mediante sus sistemas de gestión de información (bases de datos filtradas, programas informáticos avanzados, entre otros), de convertir lo que en un principio es «conocimiento agregado» –la suma del de cada uno de sus integrantes⁸¹¹– en «conocimiento organizativo», fruto de la selección que el propio sistema hace de la información relevante que proviene del entorno. Dicha

⁸⁰⁶ LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 321: “La función de la memoria se hace disponible gracias a la programación de decisiones mediante decisiones”.

⁸⁰⁷ LUHMANN, *Organización y decisión*, pp. 321 y ss. Por otra parte, “los programas de decisión tienen principalmente la forma de criterios para evaluar proyectos complejos” (p. 301).

⁸⁰⁸ GÓMEZ-JARA, *Autoorganización empresarial*, p. 10; SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmen*, p. 136.

⁸⁰⁹ GÓMEZ-JARA, *Autoorganización empresarial*, p. 10; también, SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmens-kriminalität*, pp. 147 y s. En un sentido similar, sin la carga sistémico-organizativa, PETTIT (*Teoría de la libertad*, pp. 199-233) habla de la “coherencia” con la planificación pasada como requisito de identidad colectiva; en ese sentido, ARTAZA VARELA, *Empresa*, p. 223.

⁸¹⁰ Ello parece expresar: LUHMANN, *Organización y decisión*, pp. 322 y s.

⁸¹¹ Sobre el conocimiento agregado: COFFEE, *Corporate Criminality Liability*, pp. 25 y ss. Éste, como suma de conocimientos individuales, está sometido a la crítica de la «heterorresponsabilidad», en la medida en que el tipo subjetivo se transfiere vicariamente desde sus integrantes. LUHMANN (*Organización y decisión*, p. 321), por su parte, rechaza explícitamente esta forma de entender la memoria organizativa, pues “no se podría comprobar por la vía de la comunicación (o solamente en casos muy excepcionales)”. En el mismo sentido, BLUSTEIN (*Moral demands of memory*, pp. 186 y s.) rechaza la idea que la memoria colectiva sea un mero agregado de memorias individuales.

información proporcionará la base sobre la que la organización tomará las decisiones, de modo que lo que se producirá serán en realidad decisiones tomadas sobre decisiones previas, generándose así la recursividad necesaria para que el sistema sea considerado complejo y, por tanto, capaz de culpabilidad penal. Por el contrario, la empresa que no implemente dichos programas y no genere una memoria organizativa suficiente quedará en un nivel de complejidad menor (también de inimputabilidad), lo que significa que dependerá mucho más de sus actores individuales, generando mayor tendencia a cometer errores ya cometidos debido a la falta de procesamiento informativo⁸¹².

b.2. Críticas

b.2.1. Crítica primera: la memoria organizativa y su dependencia de las memorias individuales

Desde una perspectiva crítica, las diferencias estructurales que encontramos entre la memoria organizativa y la individual, que en la explicación funcional quedan diluidas, podrían tener cierta relevancia jurídico-penal. Es cierto que, al igual que sucede con las organizaciones, la memoria biológica no es en modo alguno un hecho puramente natural o bruto, en el sentido de que lo que recoge y selecciona de la experiencia pasada depende de factores muy diversos (culturales, psicológicos o sociales)⁸¹³. En ese sentido, se podría afirmar que su equivalencia con la memoria organizativa radica en su mutua artificialidad o carácter constructivo: ni la empresa ni el individuo recuerdan lo que ambos estrictamente han sido, sino lo que seleccionan de cara a mejorar oportunidades futuras (supervivencia, adaptación al entorno, bienestar)⁸¹⁴.

Ahora bien, existe una significativa diferencia en cuanto a la disponibilidad y autonomía del proceso memorístico se refiere, diferencia que podría ser relevante en términos de identidad penal y de autonomía. Recogiendo la distinción de MORGESON/HOFMANN, si bien la «función» de ambas memorias es equivalente –recoger eventos pasados para poder ser reactualizados en el futuro, o construir un centro de orientación decisional–,

⁸¹² En ese sentido, GLAZER, *Measuring The Knower*, p. 184: “las organizaciones sin mecanismos prácticos para recordar qué ha funcionado y porqué tenderán a repetir sus errores y a redescubrir las fórmulas exitosas una y otra vez”.

⁸¹³ Al respecto, BLUSTEIN, *Moral demands of memory*, pp. 182 y ss., quien insiste en la influencia de los factores colectivos en la memoria de los individuos: “Sea lo que sea lo que los individuos recuerden, los miembros de un grupo *recuerdan juntos*”.

⁸¹⁴ En relación a la empresa: LUHMANN, *Organización y decisión*, pp. 230, 319.

las diferencias en cuanto a «estructura» son decisivas⁸¹⁵. La memoria organizativa, en tanto su soporte es precisamente la «escritura»⁸¹⁶, se caracteriza por su “disponibilidad” de cara a terceros y, por tanto, por su dependencia. Es decir, la empresa construye su identidad recogiendo en soportes escritos como la memoria de resultados y actividades o los programas de decisión, lo cuales tienen “la ventaja de mantener disponible, de manera no obligatoria, el conocimiento para situaciones imprevisibles”⁸¹⁷. Ahora bien, en la medida en que quien recoge una información en la memoria en determinado momento está a partir de entonces ausente, y quien la “reactualiza” en el momento recordatorio para tomar nuevas decisiones lo hace desde su propia subjetividad⁸¹⁸, se producen como mínimo dos “saltos de continuidad” que no encontramos en la memoria cerebral. Por ejemplo, el administrador o el empleado al que se exige recordar en un proceso penal seguramente no coincide con el que recogió la información en el pasado, de modo que cuando se exige recordar a la propia empresa lo que se está pidiendo es un complejo proceso por el que un sujeto individual ha de recordar, o más bien interpretar, lo que otro recogió en su momento según su propia observación y subjetividad, y según sus intereses⁸¹⁹. Como afirma LUHMANN: “la organización permanece dependiente de la memoria individual de los participantes, cosa que a menudo conduce a informaciones muy diversas”⁸²⁰, además de que “los miembros de la organización, principalmente el personal directivo, pueden ayudar con su memoria personal, cuya evaluación es naturalmente subjetiva (...) y en una forma que puede ser

⁸¹⁵ MORGESON/HOFMANN, *Collective Constructs*, p. 260.

⁸¹⁶ LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 177; el mismo, *Organización y decisión*, p. 193.

⁸¹⁷ LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, p. 245.

⁸¹⁸ Según afirman ACKERMAN/HALVERSON (*Reexamining Organizational Memory*, pp. 58-65), existen estudios empíricos que muestran que la memoria organizativa no opera de modo independiente a las personas físicas, sino que afecta a las mismas en su toma (individual) de decisiones. En el mismo sentido, OLIVEIRA (*Organizational Memory*, p. 11) afirma que “la estructura de la memoria es dinámica e interactiva”, pues “la actividad de los operadores se fundamenta en la memoria individual, de grupo y organizativa”, de modo que el operador individual “re-contextualiza el conocimiento de la memoria organizativa y puede consiguientemente descontextualizarlo”. También, BLUSTEIN, *Moral demands of memory*, p. 182: “Si existe algo así como una memoria colectiva, ella reside en las mentes de los individuos, y no en una misteriosa entidad mental que exista independientemente de las mentes individuales”. Más adelante (p. 186): “las experiencias y memorias individuales colorean la memoria compartida con otros”.

⁸¹⁹ WALSH/UNGSON, *Organizational Memory*, p. 63: “los individuos en una organización retienen la información basada en sus propias experiencias y observaciones”. Por eso aconsejan (p. 78) que la organización mantenga “un vínculo continuo con sus antiguos miembros para asegurar la adecuada adquisición de memoria organizativa y el control de los procesos de rememoración”.

⁸²⁰ LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 187. La dependencia de los actores individuales es aún mayor cuanto más informal es la memoria de la organización, por ejemplo si se basa en “la chismografía y los rumores” (p. 231).

difícilmente objetivada”⁸²¹. En definitiva, este proceso parece poco comparable al de la memoria individual, donde quien recuerda es el mismo sujeto afectado por el suceso recordado.

De todo ello se sigue que tanto en la empresa como en el individuo la intensidad de la memoria es inversamente proporcional al paso del tiempo. Sin embargo, en el individuo al menos quien recuerda información en el presente es el mismo que la recogió en el pasado, de modo que la «continuidad biográfica» es plausible; mientras que en la empresa quien recoge información en el pasado está ausente en el momento de recordar (podría incluso no estar ya en la empresa, o haber fallecido)⁸²². Todo ello produce una ruptura en la continuidad temporal y, por tanto, una identidad más débil⁸²³. Esa dependencia, reconocida tanto por LUHMANN⁸²⁴ como por diversos autores del ámbito de la sociología de la organización⁸²⁵, pone en cuestión la equivalencia funcional entre la memoria organizativa y la memoria individual. Si bien para fines explicativos o sociológicos se puede hablar de una memoria propia de la organización, probablemente para el derecho penal no sea irrelevante el hecho de que dicha memoria depende y emerge de las actividades cognitivas de los miembros. En definitiva, una identidad basada en una memoria dependiente ha de reputarse necesariamente como una identidad dependiente y, por tanto, no autónoma.

⁸²¹ LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 113, y continúa: “la organización aprovecha tanto el olvido como los recuerdos de sus miembros, y esto en una forma que puede ser difícilmente objetivada. Una de las tareas más importantes del ‘management’ debería ser, entonces, la de transformar una memoria personal en una memoria organizacional, esto es, archivarla”.

⁸²² También LUHMANN (*Organización y decisión*, p. 319) reconoce que hay una parte de la memoria, “la memoria del personal directivo”, que “se pierde cuando los miembros abandonan la organización”.

⁸²³ Eso mismo indica VAN WEEZEL, *Personas jurídicas*, pp. 123 y ss.

⁸²⁴ LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 187.

⁸²⁵ Por ejemplo MORGESON/HOFFMAN (*Collective Constructs*, p. 252), quienes afirman que las “organizaciones, por sí mismas, no recuerdan como respondieron a una crisis en el pasado”, sino que “son los miembros de la organización quienes recogen qué comportamientos fueron llevados a cabo en previos tiempos de crisis”. y continúan: “interactuando, probando sus memorias, y utilizando sistemas de información organizativos, los miembros de la organización se comprometen en las actividades de producción de sentido que proporciona una comprensión de las crisis; determinan si el evento presente es similar al evento pasado; y recuerdan (...) cómo la organización respondió en el pasado, particularmente cuando hay algún grado de incertidumbre o de equívoco”. Como también WALSH/UNGSON (*Organizational Memory*, p. 78), quienes sostienen que para comprender la memoria organizativa es clave entender “la naturaleza de los individuos que componen la organización”, pues no sólo son ellos “la fuente de la información retenida, sino también porque ellos determinan significativamente qué información será adquirida y cuál recuperada” desde la memoria. Más adelante: “Ello pone el foco en las actividades cognitivas individuales como el elemento central de la adquisición de información por parte de la organización” (p. 63).

Pero aún hay más: partiendo de que es siempre un miembro de la organización el que origina el acto recordatorio, es muy difícil asegurar que dicho miembro, ya sea el que recoge la información o el que la recuerda, tenga la capacidad de representación o dirección suficiente como para considerar su “recuerdo individual” representativo de la memoria empresarial. Como solución, habría que excluir a los miembros no directivos de la empresa de los procesos memorísticos organizativos, lo cual presupondría un *modus operandi* que nada tiene que ver con la práctica empresarial habitual, en la que, muy a menudo, la labor de recogida de información la suelen realizar empleados subalternos. Otra posible solución es también poco alentadora: podrían establecerse mecanismos organizativos de memoria tan elaborados y potentes que permitieran reducir al mínimo la capacidad de los individuos de re-interpretar u oscurecer el pasado empresarial. Sin embargo, ello sería poco realista y también poco deseable desde un punto de vista socio-político, pues supondría reducir a los empleados a meras piezas de una mecánica funcional. Como han destacado también WALSH/UNGSON, el abuso de la memoria organizativa “puede promover la dominación en extremo”⁸²⁶, pues puede generar en los miembros la conciencia de que de ellos no se espera iniciativa alguna, produciendo en la organización una incapacidad de gestionar las crisis⁸²⁷.

En definitiva, la total independización de la memoria empresarial de los integrantes de la organización ni es posible ni tan siquiera deseable desde el punto de vista político-criminal. La memoria organizativa es, en realidad, un fenómeno complejo, que comprende una dimensión organizativa –lo que se recoge es la vida de un sujeto colectivo y según unos objetivos determinados–, junto con una dimensión individual –quienes lo recogen son siempre personas individuales que añaden su propia complejidad al proceso memorístico–⁸²⁸. Esa dependencia estructural dificulta la afirmación de que la memoria organizativa produce un sujeto autónomo: en la medida en la memoria está a disposición de terceros, lo cierto es que lo que resulta de ella es un sujeto heterónimo.

⁸²⁶ WALSH/HUNGSON, *Organizational Memory*, p. 77,

⁸²⁷ MORGESON/HOFMANN (*Collective constructs*, p. 253) ponen un ejemplo muy ilustrativo de un accidente aéreo de una compañía cuyas rutinas y dinámicas empresariales eran tan fuertes que sus empleados no supieron llevar a cabo las operaciones no-rutinarias necesarias para evitar el accidente.

⁸²⁸ La tesis de WALSH/UNGSON (*Organizational Memory*, pp. 61 y ss.) es que la memoria organizativa está compuesta por diferentes soportes operativos –individuos, cultura organizativa, transformaciones, estructuras, ecología y archivos externos–, no reductibles a una explicación antropomórfica como la que equipararía la memoria organizativa con la individual.

b.2.2. Crítica segunda. Tipo subjetivo e intelectualismo moral: ¿dónde están los elementos volitivos?

Por último, cabría otra crítica a la culpabilidad empresarial derivada del modelo de sujeto penal, y paralelamente del modelo de tipo subjetivo que se desprende de la teoría de la memoria organizativa. En ese sentido, probablemente la sobrevaloración de la memoria organizativa (ligada a la cultura empresarial que se toma como base de la culpabilidad) responde a la necesidad de compensar la falta de voluntad propia de la organización, es decir, su dependencia de terceros en la interacción con su entorno. Se observa muy claramente en la siguiente afirmación de GÓMEZ-JARA, cuando afirma que los “programas de decisión pueden concebirse como condiciones reguladoras del decidir correcto (o defectuoso); es decir, limita las posibilidades de comunicación a si una decisión es correcta o no”. En ese sentido, continúa retomando textualmente a LUHMANN, “resulta totalmente inadecuado concebir a las organizaciones como las administraciones de ejecución de un poder central: la memoria del sistema controla todos los impulsos volitivos y trabaja con el mecanismo de inhibición/desinhibición”⁸²⁹.

En la medida en que la organización en sí misma no dispone de voluntad propia⁸³⁰, se presenta la memoria y el conocimiento colectivo como fuente inmediata de las decisiones, produciéndose (de modo forzoso) un “intelectualismo moral” respecto a la empresa similar al que se producía en la filosofía platónica respecto al individuo⁸³¹. En realidad, este reduccionismo tiene que ver con que la búsqueda de una “voluntad decisoria” en el sujeto colectivo conduce necesariamente a actores individuales, de modo que es preciso evitar la pregunta para no manifestar que, como se dijo, cualquier intento de responsabilidad empresarial implica un cierto grado de heteroresponsabilidad.

⁸²⁹ GÓMEZ-JARA, Autoorganización empresarial, p. 10; LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 322.

⁸³⁰ ROBLES PLANAS, Pena y persona jurídica, p. 4: “La permanencia en el tiempo de la persona jurídica, con sus características, no ofrece ningún contenido positivo de su voluntad en relación con las normas y valores jurídico-penales, sino solo de quienes la integran o la han integrado”.

⁸³¹ El intelectualismo moral hace referencia a la tesis de la filosofía de SÓCRATES y PLATÓN, según la cual el obrar correctamente estaba directamente relacionado con el conocimiento de lo justo, dejando un espacio marginal o inexistente para la voluntad, esto es, para los casos en que el sujeto conoce lo justo pero elige (voluntad) lo injusto. Sobre la separación de ambos elementos, cfr. PÉREZ DEL VALLE, *Imprudencia*, p. 158: “el entendimiento puede mover a la voluntad al comportamiento correcto, pero la voluntad no está determinada por el acto de entendimiento”. En ese sentido, la falta de voluntad propia de la empresa hace que en la teoría de sistemas se conecte directamente lo cognitivo (la memoria del sistema) con lo volitivo (los mecanismos de inhibición/desinhibición), lo cual supone un salto conceptual difícil de explicar, y que se explica porque en dicho salto se encuentran los individuos.

Por tanto, más allá de posibles equiparaciones en el plano abstracto, la operatividad de la memoria de cada uno de los sujetos demuestra que la identidad que de ellas resulta es significativamente diferente. Si el concepto de culpabilidad exige un sujeto que se reconozca como “el mismo” que el que cometió el delito, parece que su relación con la empresa es altamente problemática si se tiene en cuenta que no es ella misma, sino otros que van variando a lo largo del tiempo, quienes recuerdan por ella.

c) Tercera equivalencia funcional: la cultura/filosofía empresarial como fundamento de la culpabilidad (GÓMEZ-JARA, LAMPE Y HEINE)

c.1. Exposición

En último lugar, la «cultura empresarial» aparece como pieza fundamental de la teoría de la identidad y la culpabilidad empresarial, aunque también de otras fundamentaciones. GÓMEZ-JARA, retomando de nuevo la terminología de LUHMANN⁸³², define la cultura empresarial como el “complejo de premisas de decisión no decidibles en una organización empresarial”⁸³³, en las cuales encuentra la genuina identidad que le permite “diferenciarse de los sistemas de su entorno y otorgarse una individualidad distintiva”⁸³⁴. En ese sentido, para LUHMANN, la cultura organizativa se encuentra en “la forma de valores, coloreados y apoyados por la historia del sistema”; y dichos valores funcionan también con independencia de su capacidad de movilización de las conciencias individuales, pues “la eficacia comunicativa de la cultura no depende de que los individuos concuerden en sus opiniones”, “sino más bien de que en la comunicación se proceda como si fuera efectivamente así”⁸³⁵. Por ejemplo, un empleado de la industria cárnica puede ser vegetariano y tener las opiniones que quiera acerca de la política y cultura de la organización en su trato con los animales; lo único relevante es que ello no trascienda a la comunicación, es decir, que actúe según la expectativa social que se le dirige como miembro. En definitiva, la cultura organizativa haría referencia a todas aquellas presunciones básicas, valores compartidos (no necesariamente de modo consciente) y demás presupuestos latentes de la

⁸³² LUHMANN, *Organización y decisión*, pp. 280 y ss., quien a su vez toma su concepto de cultura organizativa de Darío RODRÍGUEZ (*Gestión organizacional: Elementos para su estudio*).

⁸³³ GÓMEZ-JARA, *Autoorganización empresarial*, p. 14; El mismo, *Fundamentos*, p. 352.

⁸³⁴ GÓMEZ-JARA, *Autoorganización empresarial*, p. 14.

⁸³⁵ LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 285.

comunicación⁸³⁶, que permiten a la organización identificarse a sí misma como historia y como identidad diferenciada del entorno.

Por otra parte, el origen de dicha cultura no se puede encontrar en decisiones concretas, atribuibles individualmente, sino que, en palabras de LUHMANN, la “cultura organizacional nace como por sí misma”, de modo que “las comunicaciones que la originan son más bien adjudicables al ámbito de los chismes y del entretenimiento”⁸³⁷. Es decir, la cultura organizativa –o más bien las culturas organizativas, pues en una misma organización pueden converger varias⁸³⁸–, es un fenómeno que emerge como reflejo o redundancia de la propia comunicación, de la *praxis* de la empresa. En ese sentido, no se puede reputar como “obra de alguien”, ni siquiera de los fundadores o de los directivos; y una vez instaurada, la cultura organizativa puede cambiar, “pero el cambio no puede ser introducido como una modificación intencional, no puede dictaminarse por decreto”⁸³⁹. Lo que es más importante: de las palabras de LUHMANN se desprende que, en circunstancias normales, ni siquiera la propia organización puede decidir modificar su cultura organizativa, pues de algún modo ella “es lo que es” y no se puede cambiar intencionalmente lo que ha emergido de la comunicación pasada⁸⁴⁰.

Ya en el plano jurídico-penal, esa cultura empresarial constituiría, para GÓMEZ-JARA, el fundamento de la culpabilidad de la empresa –el «injusto» lo constituiría, por su parte, el defecto de organización⁸⁴¹–, siempre que los valores que promueva sean capaces de

⁸³⁶ LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 284.

⁸³⁷ LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 283.

⁸³⁸ LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 282.

⁸³⁹ LUHMANN, *Organización y decisión*, pp. 286, y continúa: “la cultura organizacional no es parte constitutiva de los estatutos del sistema. Hoy es considerada el obstáculo más importante a las innovaciones planificadas, porque únicamente quien actúa en el sentido de la costumbre del momento puede partir de la base de que encontrará consenso (...). Pueden fracasar por esto incluso los esfuerzos tras una mayor participación de los miembros en planificaciones y racionalizaciones”.

⁸⁴⁰ LUHMANN, *Organización y decisión*, p. 287, donde afirma, en cambio, que “un cambio en la cultura organizacional es frecuentemente inducido por un cambio de valores en la sociedad”. Al contrario, GÓMEZ-JARA (*Autoorganización empresarial*, p. 14) parece obviar esta tesis concreta de LUHMANN, y en este punto no asume la radicalidad de las premisas del sociólogo alemán: “Dado que dichas premisas de decisión no se establecen a través de una decisión, se plantea el problema del «quién» controla dichas premisas de decisión. La respuesta sólo puede ser la propia organización empresarial. En efecto, se trata de premisas de decisión específicas de la organización, pero no decidibles”. La cuestión, que se analizará en la crítica, es cómo pueden existir “premisas indecidibles” que sean a su vez controlables por la organización.

⁸⁴¹ GÓMEZ-JARA, *Injusto típico*, p. 136.

cuestionar la vigencia del ordenamiento jurídico⁸⁴². Así, cuando una cultura empresarial fomente delitos por parte de sus integrantes, estará manifestando una falta de fidelidad a la norma penal y, en ese sentido, se le podrá atribuir una culpabilidad. Dicha cultura empresarial sería, por tanto, la “dimensión más interna de la persona jurídica: su disposición al cumplimiento de la legalidad”⁸⁴³. Un modelo similar, y de hecho anterior, lo proporciona HEINE⁸⁴⁴, que busca el fundamento de la culpa colectiva en la errónea conformación de la vida anterior de la empresa; o, en otras versiones, en la formación de un carácter contrario a la norma. Cobra especial importancia, por tanto, la dimensión temporal del injusto empresarial, el cual no se reduce a un periodo de tiempo delimitable –como lo está el hecho individual– sino que se extiende retrospectivamente de forma indefinida, en busca de “un déficit de muchos años en la prevención de riesgos empresariales”⁸⁴⁵. HEINE reconoce abiertamente que su modelo supone una culpabilidad por el carácter, modelo que separa claramente de la culpabilidad individual por el hecho, en un sistema estructurado como una doble vía⁸⁴⁶. Otro autor que pone el foco de la culpabilidad –mejor dicho: el injusto– empresarial en su “modo de ser” es LAMPE, cuyo modelo se fundamenta tanto en la «filosofía empresarial» criminógena como en la «estructura de la organización», siempre que ésta favorezca el delito⁸⁴⁷, o que su mera existencia presuponga un peligro suficiente para merecer una pena⁸⁴⁸. En dicho modelo el equivalente al hecho antijurídico sería la filosofía criminógena, identificada como el

⁸⁴² GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 352. En sentido similar, en términos de filosofía empresarial criminógena: LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, pp. 728 y ss.; críticamente, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, pp. 142 y ss.

⁸⁴³ GÓMEZ-JARA, *Injusto típico*, p. 136.

⁸⁴⁴ HEINE, *Modelos de responsabilidad*, p. 47: “Aplicado a las categorías conceptuales de la clásica dogmática de la culpabilidad: en el Derecho penal empresarial no se da una culpabilidad por el hecho concreto; más bien se da una situación culpabilística que podría denominarse una suerte de «culpabilidad por la conducción de la vida empresarial»”. No obstante, el autor aboga por una clara distinción entre el derecho penal individual y la responsabilidad empresarial, cuyos requisitos son un “defectuoso *management* de riesgos”, al que se une una “realización del peligro” típicamente empresarial (p. 50).

⁸⁴⁵ HEINE, *Modelos de responsabilidad*, p. 47; Acerca del aspecto temporal indeterminado de la culpabilidad empresarial: HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 159, 265. Un análisis: GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, pp. 247 y ss.; QUECK, *Geltung*, pp. 96 y s.; Críticamente: SCHULZ, *Lebensverhältnisse*, p. 424.

⁸⁴⁶ HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 266. Un detallado resumen crítico: FEIJOO SÁNCHEZ, *Autorregulación*, p. 210-216.

⁸⁴⁷ LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, pp. 728 y ss.; críticamente, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, 142 y ss.; QUECK, *Geltung*, pp. 97 y s.

⁸⁴⁸ LAMPE, *Strafphilosophie*, p. 48; KOHLHOFF (*Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, pp. 293 y ss.) desarrolla un concepto de acción y de culpabilidad empresarial complejo, basado tanto en un concepto normativo de culpabilidad como en la teoría de “*Tatherrschaft kraft sozialer Macht*” y el “injusto sistémico” de LAMPE. Según el autor, los colectivos adquieren suficiente identidad, como estructuras que pueden generar fallos organizativos y culturas criminógenas penalmente relevantes, como para que les sea atribuida una culpabilidad y una sanción penal.

«sistema de injusto», en un modelo de «culpabilidad por el carácter», que en el caso de la empresa sería un carácter social⁸⁴⁹.

c.2. Críticas

c.2.1. Crítica primera. Cultura o filosofía empresarial como fundamento de una culpabilidad por el carácter. Una crítica al modelo de HEINE y de LAMPE

La principal crítica que se ha vertido contra la identificación de la culpabilidad empresarial en su cultura organizativa es que supone castigar a un sujeto por su “modo de ser”, decisión que se reputa como difícilmente compatible con los principios básicos de nuestro discurso penal continental⁸⁵⁰. La necesidad de referirse a un modo de ser en la empresa proviene de la dificultad de encontrar, por un lado, el «hecho antijurídico» imputable y, por otro, la supuesta voluntad colectiva que lo habría originado. Esa dificultad ha movido a algunos autores, como se explicó, o bien a adoptar un «modelo de responsabilidad vicarial», donde se atribuiría a la empresa el hecho de sus integrantes⁸⁵¹; o bien, como han hecho HEINE y LAMPE, a renunciar a la búsqueda de un «hecho», y admitir que lo que se atribuye a la empresa es un modo de ser, un carácter contrario a la norma⁸⁵².

En primer lugar, es necesario advertir que todos estos conceptos son paradójicos cuando quienes los defienden parten del funcionalismo o la teoría de sistemas, pues no parece clara la compatibilidad entre un planteamiento basado en objetivos funcionales, operativamente cerrado a las aportaciones de la moral, y la afirmación de que el derecho penal sirve para fomentar «buenos ciudadanos» (corporativos) y «modos de ser» y «valores» conformes a derecho⁸⁵³. En mi opinión, no sería descartable afirmar que el derecho penal, al menos como objetivo accesorio, pueda integrar la finalidad de

⁸⁴⁹ LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 723: “La pena persigue la mejora del carácter. Y esto se puede conseguir no sólo en los individuos en cuanto a sus acciones (...), sino también en los sistemas sociales en cuanto a sus fines y su organización”; el mismo, *Strafphilosophie*, p. 74, nota 88.

⁸⁵⁰ Por todos, ROBLES PLANAS, *Pena y persona jurídica*, pp. 1 y s.

⁸⁵¹ Crítico con el modelo vicarial estadounidense, y por extensión con autores como HIRSCH, SCHROTH o EHRHARDT: SCHÜNEMANN, *Wirtschaftsunternehmen?*, pp. 432 y s.

⁸⁵² Críticamente, DÍEZ RIPOLLÉS, *Personas jurídicas*, p. 8: “Los dos últimos criterios, el de cultura corporativa defectuosa y el de reacción defectuosa al delito, configuran un derecho penal de autor, desligado del hecho delictivo concreto y, por ello, opuesto al principio de responsabilidad por el hecho concreto”.

⁸⁵³ Claramente, SCHÜNEMANN, *Wirtschaftsunternehmen*, p. 439, afirma que tanto la figura del “buen ciudadano corporativo” y del “corporate ethos” como la propia teoría de sistemas tienen en común su falta de “conmensurabilidad”, lo cual implica la necesidad de separar la idea de culpabilidad y de pena para individuos y para organizaciones. En sentido parecido, ROBLES PLANAS, *Pena y persona jurídica*, p. 2; FEIJOO SÁNCHEZ, *Autorregulación*, p. 223.

fomentar o socializar a los sujetos a los que se dirige en la idea de un mínimo ético –por ejemplo en el sentido de WELZEL⁸⁵⁴–; la cuestión es, como se ha de ver en el capítulo quinto, cómo se determina la relación de la empresa con el universo ético.

Por otro lado, es discutible que esta cultura empresarial o filosofía colectiva exista con independencia de las acciones e interacciones de los miembros individuales de la empresa, cuando son precisamente éstos los que generan, mediante sus acciones y decisiones concretas, aquellas propiedades emergentes que configuran los “estados de ser colectivos”⁸⁵⁵. Ello es reconocido, al menos parcialmente, por el propio LAMPE, cuando afirma que “la responsabilidad jurídico-penal también debe afectar, además de a la empresa económica, a aquellos que pertenecen a la empresa y cuya actuación ha impregnado criminalmente la filosofía empresarial en general o en algunas “actitudes” empresariales”⁸⁵⁶. Ello afecta especialmente a “aquellos miembros de la empresa que, en virtud de su posición, estaban llamados a conformar el espíritu de la empresa y, en caso de necesidad, a imponerlo (...) es decir, a protegerlo de la infiltración criminal (‘responsabilidad por el garante’)”⁸⁵⁷.

En el fondo, en todos estos modelos de culpabilidad la infracción de las normas penales no es consecuencia de “hecho” o “acto empresarial” alguno, sino de un determinado estado de desorganización, concretado, o bien en hábitos criminógenos generalizados, o bien en una estructura deficitaria en términos de control de riesgos penales⁸⁵⁸. Se puede

⁸⁵⁴ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, §1.

⁸⁵⁵ Claramente, SHEPPARD, *Corporate Moral Person*, p. 156: “Si la corporación es una persona moral, es sólo porque sus representantes han creado una cultura corporativa en la que determinado tipo de acciones son consideradas correctas y aceptables y otras son consideradas como erróneas e inaceptables”. En términos filosóficos SÁNCHEZ-OSTIZ (*Imputación*, p. 433), habla de que los hechos de las personas físicas están siempre inmanentes en la persona jurídica. El mismo SCHÜNEMANN (*Unternehmenskriminalität*, p. 22) define la “actitud criminal de la empresa” como una “deficiente orientación puesta en marcha por el portador de la empresa”.

⁸⁵⁶ LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 733.

⁸⁵⁷ LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 733. Se refiere concretamente tanto al “órgano acreditado para la representación de una persona jurídica” como al “*brain area*”. Si bien reconoce también que el “espíritu supra-individual” puede apoderarse de los propios colaboradores, estando más allá de su capacidad de modificación.

⁸⁵⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, *Autorregulación*, p. 224: “Se puede percibir como, a pesar de la insistencia en las equivalencias funcionales, en realidad no existe dicha equivalencia: las personas físicas reciben una pena por cometer un hecho contrario a la norma penal y las personas jurídicas en realidad recibirían una sanción por no haber desarrollado correctamente instrumentos de control internos, o por no haber implementado estrategias y programas para la prevención y descubrimiento de delitos”; en el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Ilícitos medioambientales*, p. 165: “Está claro que las personas jurídicas pueden ir configurando con el tiempo, y sin que ello sea atribuible a nadie en particular, una realidad objetivamente favorecedora de la comisión de ilícitos por parte de sus integrantes (organizándose de

discutir si, para el caso de sujetos sin dignidad propia como las empresas, estos modelos de «culpabilidad por el carácter» son constitucionalmente aceptables; lo que es indiscutible es que de lo que se está hablando es de un discurso jurídico totalmente diverso al de la culpabilidad de las personas físicas⁸⁵⁹.

c.2.2. Culpabilidad por el hecho empresarial: la normativización del hecho en GÓMEZ-JARA

La tesis de GÓMEZ-JARA difiere de las anteriores en la medida en que no reconoce su modelo de culpabilidad empresarial como una «culpabilidad por el carácter» o «por la conducción de la vida». De nuevo, el autor se ha servido de la flexibilidad conceptual del constructivismo de cara a armonizar las exigencias de la culpabilidad por el hecho, dominante en la doctrina, con la construcción de una culpabilidad empresarial. GÓMEZ-JARA sostiene que el “hecho empresarial” al que se refiere la culpabilidad, desde un punto de vista normativo, se define como “la configuración de un ámbito organizativo propio –siempre, claro está, respetando los límites de la tentativa y la consumación–”⁸⁶⁰. Reconoce, igualmente, que para las personas jurídicas “el tiempo en el que se va configurando el marco organizativo previo es, desde el punto de vista *naturalístico*, mayor que el tiempo de la estricta ejecución”⁸⁶¹ de la persona física.

Según el autor, con lo anterior se superaría la crítica que asocia toda responsabilidad empresarial a una culpabilidad por el carácter, pues el hecho empresarial sería tan identificable normativamente como el individual. Mediante esta maniobra conceptual, intenta reconducir aquello que habíamos calificado como “modo de ser” –una serie de actos de organización distribuidos a lo largo del tiempo y que generan determinado

modo defectuoso). Ello no constituye un acto en sentido estricto, sino un ‘estado de cosas’ que puede ser considerado objetivamente antijurídico”.

⁸⁵⁹ En ese sentido, MAÑALICH (Organización delictiva, p. 303), quien sostiene un «modelo de culpabilidad por el carácter» para las personas jurídicas: “tratándose de una persona jurídica, parece posible entender su carácter ya no como base, sino como objeto de responsabilidad personal. (...) Siendo la identidad de una persona jurídica ‘en un cien por cien funcional’, ella carece de dignidad intrínseca, de manera tal que no hay obstáculo alguno a que pueda dirigírsele un reproche referido a su modo de ser, esto es, a su carácter”.

⁸⁶⁰ GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 380, nota 1098; el mismo, *Autorregulación*, p. 290; el mismo, *Injusto típico*, p. 140 “Lo que la persona jurídica «hace», es organizarse”. No obstante, en referencia al sustrato de la culpabilidad empresarial –la cultura organizativa– la referencia a modos de ser es más clara, vid. GÓMEZ-JARA, *Autoorganización empresarial*, p. 15: “En consecuencia, reducida la cultura organizativa a sus últimos componentes, puede observarse que éstos son los valores de la organización acuñados por la historia del sistema organizativo. Los valores son puntos de referencia en la comunicación que no son directamente comunicados”.

⁸⁶¹ GÓMEZ-JARA, *Autoría y participación*, p. 230.

estado de cosas colectivo—, a lo que denomina hecho empresarial, que deviene antijurídico cuando adquiere una vigencia contraria a la del propio ordenamiento jurídico.

Desde una perspectiva crítica, lo primero que hay que advertir es que el concepto de cultura organizativa que maneja LUHMANN, y que toma GÓMEZ-JARA como base, no encaja con la idea de una culpabilidad por el hecho, pues aquél la asocia a aquellos “valores indecibles” que se han ido haciendo presentes en la historia de la organización, y por tanto inevitables para la propia empresa⁸⁶². En esa medida, parece que LUHMANN se refiere con “valores” más bien a un carácter del sujeto colectivo, que además, según se desprende de la expresión “indecible”, poco tiene que ver con la idea de “evitabilidad” que opera en el derecho penal. Y es que, en realidad, que en un sujeto colectivo emerjan ciertas dinámicas criminógenas —o actitudes o valores colectivos— se parece mucho más a lo que conocemos como un “modo de ser” y un “carácter” que a lo que se entiende por “hecho lesivo concreto”⁸⁶³.

Por otra parte, normativizar el “hecho” consiste aquí en vaciar el término de contenido externo y concreto, convirtiéndolo en una serie indeterminada de “actos” (¡si se determinan vuelven a ser de individuos!) configurativos de una esfera de organización colectiva. En ese sentido, si el “hecho” puede ser definido como configuración del ámbito propio a lo largo del tiempo, entonces la distinción entre culpabilidad por el hecho y por el carácter se desdibuja, ya que el hecho se abre a una definición que es la propia del carácter⁸⁶⁴. En definitiva, la culpabilidad por el hecho se comería todo el espacio del carácter, de modo que todo podría ser interpretado normativamente como “hecho”. Por ello, aunque la culpabilidad por organización constituya un “regreso infinito”⁸⁶⁵ en los hechos de sus integrantes, como había destacado SCHÜNEMANN, la

⁸⁶² LUHMANN, *Organización y decisión*, pp. 284 y s.

⁸⁶³ En ese sentido: BOLDOVA, Introducción, pp. 232; también, WOLF, *Kollektive Verantwortung*, p. 130: “Es de hecho posible y razonable atribuir responsabilidad moral colectiva. (...) La política de una empresa puede ser tratada como el carácter de un individuo”. KOHLHOFF (*Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, pp. 294 y ss.) habla en términos de atmósfera, como también de “*Verbandgeist*” en referencia a la cultura empresarial. Críticamente: VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 110, quien afirma que la “*Verbandsattitüde*” supone el único resto de subjetividad posible en la empresa, si bien no es suficiente para fundamentar una auténtica culpabilidad. SILVA SÁNCHEZ (Personas jurídicas, p. 35), por su parte, niega la posibilidad de una equivalencia funcional entre la culpabilidad por el hecho y la culpabilidad por la cultura empresarial.

⁸⁶⁴ En sentido parecido: PEGLAU, *Strafbarkeit von Personenverbänden*, p. 608.

⁸⁶⁵ SCHÜNEMANN, *Wirtschaftsunternehmen*, p. 437.

normativización del concepto permite equipararlo al hecho típico individual⁸⁶⁶. La cuestión que hay que aclarar es precisamente dónde empezaría el hecho típico de la empresa, y si es posible realizar dicha precisión sin referirse a la aportación de los individuos al mismo. Por ejemplo, si se considera que el “hecho organizativo” de la empresa en un delito medioambiental es el de facilitar la comisión del mismo por una falta de organización y control, la determinación de dónde comienza dicha falta de organización es posible sólo mediante la remisión al deber de los administradores (presentes y/o pasados) de establecer dicho mecanismo de control. Se podría decir, por ejemplo, que el deber surge en el momento en que se decide ampliar la actividad de la empresa a un ámbito donde se pueden producir riesgos medioambientales; y esa decisión, sin embargo, pertenece al ámbito del consejo de administración y no a la empresa como totalidad. En definitiva, la definición espacio-temporal del hecho organizativo sólo se puede realizar en referencia a aquellos miembros individuales que lo realizan o lo realizaron en el pasado (sea la firma de un acuerdo en el consejo de administración, o la omisión de un deber de control por parte de un directivo), lo cual hace imposible hablar de un «hecho propio» de la organización colectiva.

Por último, si atendemos a la función garantista, de limitación del *ius puniendi*, que cumple el principio de culpabilidad por el hecho –entendiendo por hecho un comportamiento evitable, activo u omisivo, que tiene un efecto configurador del mundo externo⁸⁶⁷–, parece poco conveniente flexibilizar dicho concepto por el mero objetivo de sancionar a las personas jurídicas. Si el concepto de hecho se puede normativizar hasta que integre aquello que desee el legislador por razones preventivas, probablemente cuando se quiera utilizar dicha garantía para evitar la punición de “modos de ser” individuales ya no servirá, pues por hecho se habrá pasado a entender también las configuraciones espacio-temporalmente indeterminadas. Siguiendo a BARATTA, existen tres principios que han servido a la teoría del delito para limitar el castigo y asegurar la intervención penal mínima, a saber: “a) *el principio de responsabilidad personal* (que

⁸⁶⁶ Igualmente, MAÑALICH (Organización delictiva, p. 300) refiriéndose a la definición de hecho empresarial de GÓMEZ-JARA: “todo el esfuerzo conceptual para construir una culpabilidad por el hecho que sea predicable de la persona jurídica se traduce en una absoluta disolución del hecho al cual tendría que referirse la culpabilidad. (...) Mas si es la capacidad de autoorganización reflexiva de la organización empresarial lo que fundamenta su capacidad de culpabilidad, entonces es difícil ver cómo la definición del ‘hecho’ al cual tendría que referirse esa culpabilidad no termine siendo estrictamente circular, y en tal medida vacía”.

⁸⁶⁷ Por todos, JAKOBS, *DP. PG.*, § 6/29 y ss.

excluye la responsabilidad objetiva y colectiva); b) *el principio de responsabilidad por el hecho* (que excluye los criterios de responsabilidad basados en las características de la persona, como la llamada «peligrosidad»); c) *el principio de la exigibilidad social del comportamiento conforme con la ley*⁸⁶⁸. Pues bien, la introducción de la culpabilidad empresarial debilita, de entrada, los dos primeros, precisamente porque por “persona” y por “hecho” se pasa a entender precisamente aquello que se quería mantener excluido⁸⁶⁹.

En resumen, si por responsabilidad subjetiva o culpabilidad se entiende la capacidad de un sujeto de evitar su propio hecho antijurídico, parece que la cultura empresarial –que efectivamente existe–, no permite presuponer ni objetivar en la empresa dicha capacidad. Todos los aspectos problemáticos tratados pueden reconducirse al hecho de que el sujeto colectivo constituye un “metasujeto”, lo cual implica que los individuos libres y autorresponsables que lo integran generan permanentemente discontinuidades e irritaciones en los intentos de reconducir a la organización a una identidad penalmente relevante. En ese sentido, cualquier intento de describir un hecho antijurídico o una culpabilidad empresarial acaba redundando en una remisión a los miembros individuales, especialmente directivos y administradores, cuyo comportamiento es decisivo a la hora de explicar la identidad de la empresa. Así, como sujeto heteroconducido, la empresa difícilmente puede pasar la prueba de su autonomía y de su continuidad biográfica en un sentido jurídico-penal, razón por la cual debe ser excluida del concepto de culpabilidad.

⁸⁶⁸ BARATTA, Laboratorio del derecho, p. 284.

⁸⁶⁹ En ese sentido: MIR PUIG, Límites del normativismo, p. 3; KELKER, Strafbarkeit juristischen Personen, p. 247.

Capítulo 4. Empresa, identidad subjetiva y los fines del derecho penal

Otra de las principales fuentes de problemas en lo que a respecta a posible identidad penal de la empresa se encuentra en la cuestión de la identidad subjetiva. Es decir, en la búsqueda en la organización de un soporte equivalente a lo que en el individuo se describe como conciencia penalmente competente. Ya desde LOCKE la atribución de una conciencia al sujeto era requisito necesario para poder predicar una identidad plena y, por tanto, responsabilidad por los hechos pasados⁸⁷⁰. Junto a la idea de autonomía, podría considerarse la conciencia como el otro gran paradigma en el que se han anclado tanto la responsabilidad como la individualidad a lo largo de la modernidad⁸⁷¹. Más allá del análisis que hemos hecho de la teoría de sistemas y la sustitución de la conciencia por la autopoiesis (I.2.b), es necesario tratar la cuestión de si la falta de conciencia subjetiva en la empresa supone algún tipo de impedimento en lo que a los fines del derecho penal respecta.

a) Introducción: la relación entre el problema de la conciencia en el derecho penal y la culpabilidad empresarial

Como se ha descrito anteriormente, el hecho de que la empresa funcione necesariamente a través de agentes libres y autoconscientes condiciona significativamente su acoplamiento al discurso penal. En términos subjetivos, ello supone que, a diferencia del individuo, en cuyo acto reflexivo no hay nadie que se interponga⁸⁷², la empresa, por su naturaleza compuesta, pasa en sus actos reflexivos (y también en su comportamiento observable y externo) por los seres autoconscientes que la constituyen como miembros; o lo que es lo mismo, tiene una “reflexividad (o autorreferencialidad) mediata”⁸⁷³.

⁸⁷⁰ HAUSER, *Personale Identität*, pp. 39 y ss., 51 y ss. En ese sentido, FRENCH (Collective Responsibility, p. 134), quien argumenta que, a pesar de ello, es posible defender la capacidad de responsabilidad de la corporación. Con referencias a LOCKE: JAKOBS, *Strafbarkeit*, p. 569; LOTTER, *Scham, Schuld, Verantwortung*, pp. 65 y ss.; críticamente, FINNIS, *Intention & Identity*, p. 43.

⁸⁷¹ cfr: LOTTER, *Scham, Schuld, Verantwortung*, pp. 19 y ss.; PAWLIK, *Unerlabute Verhalten*, pp. 18 y ss.

⁸⁷² En ese sentido, TUGENDHAT, *Identidad personal*, p. 9: “Lo que nos distingue (...) no es que tengamos una vida interior (autopoiesis, J.C.) sino que cada uno de nosotros tiene - como lo ha demostrado Heidegger- una relación primaria hacia su ser, hacia la vida que le toca vivir”; en este punto el autor explica fenomenológicamente lo que había dicho ya HEGEL (*Grundlinien*, § 7) respecto a la individualidad como identidad que se vuelve hacia sí.

⁸⁷³ Sobre la falta de reflexividad en la empresa: von FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 120; LEIPOLD, *Plädoyer*, p. 383; al respecto del Estado, LARENZ, *Juristischen Persönlichkeit*, p. 212: “Mientras la personalidad del individuo se realiza inmediatamente en su obrar voluntario, el Estado se realiza sólo a través de los hombres como sus miembros y órganos”. Sobre la asociación en concreto, LARENZ afirma que su modo de integrarse como voluntad, tanto hacia dentro como hacia fuera, es a través de la representación (p. 237). BÖSE, (*Strafbarkeit von Verbänden*, p. 18, 23), por su parte, se expresa en términos de falta de

Incluso entre quienes argumentan para la empresa una especie de réplica de la autoconsciencia –como la “colectivización de la razón” y la existencia de un punto de vista de un «nosotros colectivo» (PETTIT)⁸⁷⁴– se acaban reconociendo diferencias decisivas entre ambos sujetos como la falta de «espontaneidad»⁸⁷⁵. Según se ha observado en el análisis previo, el modo en el que opera la memoria organizativa, así como el problema de la originación, demuestran esa falta de inmediatez en el “volver sobre sí” de la empresa. En términos prácticos, ello supone que la empresa no tiene la capacidad de “saber de sí misma”, y ello podría ser relevante de cara a decidir si, por ejemplo, la empresa merece un castigo por un delito, o si es posible dirigírsele un deber jurídico-penal.

El argumento de la falta de conciencia competente en la empresa está, en primer lugar, presente en la crítica de JAKOBS contra la culpabilidad empresarial. Para JAKOBS la culpabilidad requiere “una conciencia que se represente en el plano de la comunicación como capaz de aprehender el significado de la norma y hacer la norma parte de uno mismo, o, por el contrario, errarla –de forma imputable–. (...) No basta con cualquier conciencia sino la que sin solución de continuidad es idéntica”⁸⁷⁶. Para el autor, una identidad subjetiva así no se puede predicar de la empresa, y en ese sentido “el concepto de culpabilidad, que ha sido desarrollado para las personas naturales y que construye la identidad de éstas a partir de la uniformidad de la conciencia atribuida, no puede alargarse o deformarse para abarcar también a las personas jurídicas cuya identidad se

“interioridad” y de conciencia en la empresa; en sentido simular, HUSS, *Strafbarkeit juristischer Personen*, p. 239; PEGLAU, *Unbeantwortete Fragen*, p. 407. Claramente, NEUHÄUSER, *Unternehmen als moralische Akteure*, p. 123: “las empresas son agentes conscientes y morales, porque sus integrantes son agentes conscientes y morales”. Desde una óptica filosófica, MILLER/MAKELA (*Collective Moral Responsibility*, p. 648) afirman que “los únicos procesos de racionalidad que tienen lugar son procesos de racionalidad individual en las cabezas de los trabajadores individuales; no hay proceso de racionalidad colectiva que tenga lugar”. En sentido contrario: KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, pp. 308 y ss.

⁸⁷⁴ Destaca en este sentido el planteamiento de ARTAZA VARELA, (*Empresa*, p. 377) quien, siguiendo a PETTIT, argumenta la posibilidad de libertad en el colectivo, así como de autoconsciencia en la medida en que, como equivalente de la «yoidad» del individuo, el sujeto colectivo es reconocido como un «nosotros» en las relaciones discursivas; esa la razón por la cual se convierte en candidato a ser sujeto en las relaciones de responsabilidad en una sociedad que lo “toma en serio”. También, hablando de un “*Wir Gefühl*”, LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 714.

⁸⁷⁵ PETTIT, *Teoría de la libertad*, p. 224, afirma sobre los sujetos colectivos que “carecen de centros de percepción, memoria o sentimiento; conciben ideas colectivas sólo acerca de un limitado número de cuestiones, relacionadas con el objetivo que se hayan propuesto conseguir; y son criaturas artificiales, cuyas respuestas pueden guiarse por la razón, sólo de forma laboriosa, y no con la espontaneidad característica de los seres humanos individuales”; en sentido parecido, ARTAZA VARELA, *Empresa*, p. 222. A pesar de ello estos autores reconocen en los colectivos la capacidad de responsabilidad, en el caso de ARTAZA, también de responsabilidad penal.

⁸⁷⁶ JAKOBS, *Strafbarkeit*, pp. 566 y ss.

garantiza por medio de su constitución”⁸⁷⁷. En esa misma línea se han pronunciado, entre otros, tanto KÖHLER como VON FREIER: la empresa, dicen, carece de la conciencia necesaria para co-constituir la vigencia de la norma y respetar el derecho como derecho⁸⁷⁸, de modo que su inclusión como sujeto con capacidad de culpabilidad estaría injustificada.

Como es de esperar, desde posiciones constructivistas más ortodoxas se ha criticado esta argumento por constituir el ya citado prejuicio antropocéntrico. En el caso de JAKOBS, la exigencia de conciencia también se ha criticado por suponer un “elemento altamente distorsionador” en su teoría del derecho penal⁸⁷⁹. Autores como ORCE o GÓMEZ-JARA afirman, contra el planteamiento de JAKOBS, que la conciencia no sólo pierde su privilegio en el derecho penal, sino que además es rechazada como fuente de comunicaciones jurídicas relevantes⁸⁸⁰. Así, en la medida en que el sistema jurídico es

⁸⁷⁷ JAKOBS, *Strafbarkeit*, p. 566 y ss. En sentido parecido, OTTO (*Strafbarkeit*, p. 17) afirma que a la empresa no se le puede elevar un reproche de culpabilidad porque le falta la dignidad personal propia del individuo, derivada de una capacidad de autodeterminación racional y volitiva que no se encuentra en la persona jurídica. En sentido similar, WOHLERS, *Strafbarkeit des Unternehmens*, p. 385.

⁸⁷⁸ KÖHLER, *AT*, p. 562; VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 120; SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, pp. 463, 456 y ss.: “las empresas no pueden alcanzar el nivel penalmente relevante de comunicación (...); no pueden infringir la norma penal con su comportamiento del mismo modo que un ser humano”. En el mismo sentido, KLESCZEWSKI (*Gewinnabschöpfung*, p. 182), en su crítica a la fundamentación sistémica, niega que los sistemas organizativos tengan algo equivalente a los procesos de conciencia, al tiempo que niega la capacidad de la empresa de “decidirse frente al derecho” y, por tanto, de ser culpable. Crítico con estos autores se manifiesta KOHLHOFF (*Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, pp. 298 y ss.), quien afirma que parten de un planteamiento demasiado individualista, incapaz de aprehender el momento colectivo de la constitución del derecho. No obstante, también desde otras concepciones del derecho, menos cercanas al idealismo, se ha dicho algo similar, por ejemplo: SCHÜNEMANN, *Wirtschaftsunternehmen*, p. 439; QUECK, *Geltung*, p. 98. También, desde una perspectiva narrativa –por ejemplo, TAYLOR, *Human agency and language*, pp. 103 y ss.–, se aprecia como toda concepción fuerte de la identidad humana pasa por una concepción de la conciencia que implica la capacidad de posicionamiento autónomo respecto a lo que denomina “evaluaciones morales fuertes”.

⁸⁷⁹ SCHÜNEMANN, *Wirtschaftsunternehmen*, pp. 434 y s.; GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, pp. 153 y s., cita 345. Es cierto que desde su perspectiva la conciencia es una imputación del sistema jurídico que observa, pero en este punto JAKOBS vuelve a manifestar un normativismo relativamente moderado: no toda imputación de conciencia es válida en términos de estructuras sociales estables, sino que sólo lo será aquella imputación que se corresponda con un determinado funcionamiento y entendimiento social de las normas penales. En otras palabras, imputación o atribución no significa una absoluta autorreferencialidad del sistema jurídico; significa, por el contrario, que el sistema jurídico imputa resultados condicionado por las estructuras del entendimiento social, según las cuales la empresa, por el momento, no tiene “competencia directa” para reconocer e infringir normas jurídico-penales.

⁸⁸⁰ LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, p. 48; GÓMEZ-JARA, *Retribución comunicativa*, p. 5: “Es evidente que la conciencia no comunica, sino que, más bien, ciertos procesos sociales componen comunicaciones acerca de la conciencia, que pueden consistir en atribuirle a una determinada ‘conciencia’ un contenido o incluso pueden atribuir competencia o responsabilidad sin necesidad de que esa conciencia tenga un contenido determinado”; también, ORCE, *Personas jurídicas*, p. 371. Sin embargo, es necesario recordar que, si bien LUHMANN es la fuente teórica de esta posición respecto a la conciencia, como se vio (I.2.b.3.4) algunos extractos de su obra permiten diferentes interpretaciones, por ejemplo en LUHMANN, *Sociedad y sistema*, p. 58: “En el campo de los sistemas sociales siempre intervienen ambos, sistema y entorno, por el mero hecho de que sin conciencia de sistemas psíquicos apenas se da comunicación”.

autorreferencial, la imputación jurídica de una conciencia es una “pura construcción jurídica”, realizada con independencia de la existencia de la conciencia misma⁸⁸¹, y en todo caso con independencia de sus motivos de acción⁸⁸². En definitiva, el derecho penal no se puede basar en la conciencia porque ésta “no proporciona ningún tipo de información” aprovechable⁸⁸³; al contrario, la comunicación la proporciona el propio sistema social, y para éste, como se vio, individuo y empresa tienen idéntica capacidad de comunicar una disposición antijurídica penalmente relevante.

En todo caso, aparte de la crítica que se realizó en la primera parte contra estos planteamientos, en la medida en que el derecho opera necesariamente por medio del lenguaje, incluso aquellos que se postulan como fieles a la ortodoxia sistémica hablan de conciencia cuando hablan de “motivación antijurídica” o de “posicionamiento frente a las normas”. Con ello incurren, en el caso del individuo, necesariamente en contradicción, ya que “se da por cognoscible lo que la teoría sistémica afirma que el sistema no puede ver en su específica configuración: la conciencia”⁸⁸⁴. Lo mismo ocurre, en el caso de la empresa, con la cultura organizativa que constituía su “interioridad”⁸⁸⁵, con el problema de que, siendo inaccesible al sistema jurídico, es a su vez fundamento de la culpabilidad empresarial. Pero esas operaciones no son del todo criticables, pues suponen el reconocimiento de que la teoría de sistemas es por sí misma

Críticamente en este punto: ALCÁCER GUIRAO, Facticidad y normatividad, p. 197. En este punto se encuentra en la teoría de sistemas un eco de NIETZSCHE (*Die fröhliche Wissenschaft*, § 354, en *Werke III*, p. 592), para quien la comunicación es anterior a la conciencia, es su origen: “El hombre, como toda criatura viva, piensa sin cesar, pero no lo sabe; en pensamiento que se torna consciente es solo la parte menor, decimos: la parte más superficial, la peor –sólo este pensamiento consciente es el que se traduce en palabras, es decir, en signos de comunicación, en lo cual se descubre el origen de la conciencia”. Un análisis de la cuestión, en GALPARSORO, Problema de la conciencia, pp. 198 y ss. También esta incapacidad del individuo tiene su origen también en DURKHEIM (*División del trabajo social*, p. 135): “Es preciso no olvidar que, si el contrato tiene el poder de ligar a las partes, es la sociedad quien le comunica ese poder”.

⁸⁸¹ ORCE, Personas jurídicas, pp. 372, 374 y s.: “ni la conciencia del juez comunica, ni la conciencia del autor determina la comunicación, sino que es el sistema, independientemente de la existencia de conciencias, quien comunica. (...) Los sucesos comunicativos no son reducibles a individuos”; en el mismo sentido, GÓMEZ-JARA, Retribución comunicativa, p. 9: “la persona nunca comunica; sino que a la persona se le imputa o atribuye una comunicación (...) Formulada de manera un tanto tradicional, si se observa el sistema jurídico, la persona nunca actúa, sino que a la persona se le imputa una acción”. En mi opinión, este modo de presentar de forma radical determinadas premisas sólo sirve para oscurecer la explicación del proceso de imputación, que es justamente la contraria: a la persona se le imputa una acción precisamente porque la persona actúa.

⁸⁸² GÜNTHER, Communicative Freedom, p. 251.

⁸⁸³ GÓMEZ-JARA, Retribución comunicativa, p. 8.

⁸⁸⁴ GARCÍA AMADO, ¿Dogmática penal sistémica?, pp. 253.

⁸⁸⁵ GÓMEZ-JARA, Injusto típico, p. 136.

insuficiente para explicar el fenómeno penal, y que tiene que salir se sus propios presupuestos para hacerlo.

a.1. ¿Porqué es necesaria una conciencia competente para la atribución de culpabilidad penal?

Ahora bien, la cuestión es justificar por qué razón es importante la conciencia –o la búsqueda de un equivalente en la empresa– como requisito para la culpabilidad penal. Antes de responder a ello, conviene hacer una distinción ulterior. No es cierto que la conciencia, al menos en un sentido cognitivo, sea totalmente inaccesible al derecho: la conciencia es accesible al sistema jurídico en sus características estandarizadas tanto por la experiencia científica como por la experiencia común intersubjetiva. En otras palabras, el sistema jurídico tiene suficiente información sobre los rendimientos y capacidades de la conciencia humana estándar (qué es posible conocer, cómo se manifiesta el conocimiento, cómo actúa normalmente un sujeto que conoce las consecuencias de su comportamiento, etc.). Sólo la referencia comparativa a esa información explica la exclusión de enfermos mentales, niños y demás sujetos a los que no se reconoce una conciencia competente⁸⁸⁶; como también explica instituciones como el error de prohibición, producto dogmáticamente refinado de la clásica “conciencia errónea”⁸⁸⁷. Parece claro, entonces, que el sistema jurídico sí tiene un acceso genérico a la conciencia individual y sus rendimientos. Eso mismo es reconocido, desde un constructivismo moderado, por TEUBNER/HUTTER, quienes no excluyen que el derecho pueda “asegurarse un acceso indirecto pero efectivo a las capacidades de las personas a través de un vínculo estructural con la conciencia”⁸⁸⁸.

Ahora bien, donde no tiene acceso –y en ello tiene razón el constructivismo radical, aunque no originalidad⁸⁸⁹– es al contenido concreto de esas conciencias en el momento concreto del delito o con posterioridad: en ese sentido la conciencia es un “*black*

⁸⁸⁶ En el mismo sentido, MIR PUIG, *Límites del normativismo*, p. 23.

⁸⁸⁷ Sobre la conciencia errónea, WELZEL, *Estudios*, pp. 231 y s.

⁸⁸⁸ TEUBNER/HUTTER, *Homo Oeconomicus*, pp. 575 y s.

⁸⁸⁹ También, desde la teoría del discurso de HABERMAS, GÜNTHER, *Communicative Freedom*, pp. 250 y ss. En realidad, ello podría reconducirse a la distinción entre lo interno y lo externo en la filosofía moral kantiana, esto es, según afirma CORTINA ORTS (Estudio preliminar, XL) a la “exclusión de la posibilidad de que el Estado pueda legislar en el interior de los ciudadanos”. De modo parecido, acerca de la inaccesibilidad del núcleo de la individualidad, SIMMEL, *Sociología I*, p. 43: “Parece como si cada hombre tuviese en sí un punto profundo de individualidad que no pudiera ser imaginado interiormente por ningún otro, cuyo centro individual es cualitativamente diverso”.

box”⁸⁹⁰. Ello quiere decir que no se puede indagar empíricamente en el contenido psíquico de una conciencia en una situación espacio-temporal concreta; es decir, no es posible introducirse en el cerebro de una persona para saber qué piensa o qué desea en el momento del delito⁸⁹¹. También esa falta de acceso concreto a la conciencia impide al sistema coaccionar a los sujetos para que cumplan las normas de un modo motivado racionalmente, de modo que sólo puede presuponer y operar con el objetivo de que así sea; como tampoco puede penetrar en la conciencia del sujeto para discernir si ha actuado con «dolo» o con «imprudencia», sino que tiene que producir estándares de evitabilidad a partir de la información que su comportamiento externo proporciona⁸⁹².

En ese sentido es útil la distinción de PÉREZ DEL VALLE entre lo “interno”, contenido de la conciencia inaccesible para el sistema jurídico, y lo “subjetivo”, atribución jurídica y tipológica producida en función del comportamiento tal como éste aparece en el proceso y, por tanto, accesible al sistema jurídico⁸⁹³. Siendo así, que el contenido momentáneo de la conciencia no sea accesible no implica que la conciencia sea en sí penalmente irrelevante, de modo que tampoco es asumible que pueda considerarse penalmente competente a un sujeto que no es capaz de comprender el significado de su acción. Al contrario, el derecho penal debe partir, a la hora de seleccionar a qué sujetos se dirige, de una serie de capacidades cognitivas –comprensión de la ilicitud del comportamiento, comprensión del contenido de la norma y de la pena– que en el caso del individuo

⁸⁹⁰ Como se ha visto en el anterior capítulo, LUHMANN (*Sistemas sociales*, p. 118) define tanto al sistema psíquico como al social como “*black boxes*”, en el sentido de que lo que se observa de ellos es sólo una reducción o un reflejo de las operaciones autorreferenciales complejas que acontecen en su interior.

⁸⁹¹ Así parece indicarlo también HEGEL (*Grundlinien*, § 137), al hablar de la “ambigüedad de la conciencia moral” y diferenciar entre conciencia moral formal y conciencia moral verdadera: “El Estado no puede reconocer a la conciencia moral en su forma propia, es decir, como saber subjetivo, del mismo modo como en la ciencia no tiene validez la opinión subjetiva y la afirmación y apelación a la opinión subjetiva. Lo que en la verdadera conciencia moral no está separado es, sin embargo, separable, y es la subjetividad determinante del saber y del querer que puede separarse del verdadero contenido, ponerse por sí y rebajar aquél a forma y apariencia”.

⁸⁹² Sólo en ese sentido podría aceptarse la afirmación de MÜSSIG (*Zurechnungsformen*, p. 432) de que la imputación subjetiva sigue un esquema objetivo.

⁸⁹³ PÉREZ DEL VALLE, *Imprudencia*, pp. 140 y ss. El hecho de que al sistema jurídico no le importe (en la imputación) lo interno no quiere decir que el aspecto subjetivo del individuo sea irrelevante a la hora de construir el concepto de culpabilidad. Ello sería más bien absurdo, especialmente por cuanto la culpabilidad está precisamente definida como la subjetivación de la responsabilidad, esto es, su adecuación al sujeto concreto en el momento de la comisión de su hecho. En el plano sociológico, SIMMEL (*Sociología I*, p. 31) proporciona una clara alternativa a LUHMANN: “la producción histórica de cada caso individual sólo puede comprenderse merced a formas psicológicas acertadas, merced a interpretación de lo exteriormente constatable por medio de categorías psicológicas”. Más adelante, p. 44: “para conocer al hombre no le vemos en su individualidad pura, sino sostenido, elevado o, a veces también, rebajado por el tipo general en el que le ponemos”.

tienen lugar en manifestaciones de lo que se denomina conciencia⁸⁹⁴. Esta exigencia de un soporte cognitivo no es el resultado de una toma de postura metafísica u ontológica, es simplemente la respuesta a una exigencia normativa del principio de culpabilidad⁸⁹⁵: el sujeto al que se castiga ha de haber tenido la capacidad de comprender, en primer lugar, el contenido del deber cuya infracción se le imputa; y, en segundo lugar, ha de poder comprender tanto el sentido de sus manifestaciones propias⁸⁹⁶, como de las comunicaciones que el derecho dirige hacia él (la sentencia de culpabilidad y la pena).

La cuestión a analizar es si, en el caso de la empresa, se ha justificado la existencia de un equivalente funcional que sirva de soporte al que el derecho penal pueda dirigirse. A continuación se analizará, en relación a los diferentes fines del derecho penal (de las normas y de la pena), si se puede predicar de la organización un equivalente funcional al soporte cognitivo del ser humano individual; o lo que es lo mismo, si se puede afirmar que la organización tiene la capacidad de comunicarse con el derecho penal de un modo suficientemente relevante.

b. La empresa y los fines del derecho penal: ¿A quién se dirigen las normas y la pena?

Como se dijo, en lo que al problema de la culpabilidad colectiva respecta, la distinción acerca de la normas como dirección de conductas o como instauración de expectativas normativas es poco relevante, pues ambas se refieren a dos momentos diferenciados de la comunicación normativa. Lo importante es quiénes son los receptores de la comunicación que contiene la norma, y quiénes son los sujetos que tienen que comportarse de determinado modo para que la expectativa se vea cumplida. Por otro lado, se parte de que la capacidad de ser destinatario de normas y de ser destinatario de una pena están relacionadas entre sí: sólo puede ser castigado por la infracción de una norma aquel sujeto que previamente ha podido recibir o comprender lo que la norma comunica como comportamiento esperado. La exigencia opera, como ha expresado

⁸⁹⁴ En este punto, claramente, WELZEL, *Estudios*, p. 244: “la ley toma en cuenta en este caso al configurar el deber jurídico, la situación de la conciencia del individuo”.

⁸⁹⁵ En referencia al artículo 20 CP, que define la imputabilidad como la capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión, BOLDOVA (Introducción, pp. 228 y s.) afirma que, para la persona jurídica, ello supone una “quimera” de “imposible aplicación”.

⁸⁹⁶ En sentido parecido, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, p. 399: “Esta libertad (la que exige la imputación) exige, al menos, que el agente sea consciente de su obrar, y de que éste se rija por pautas de conducta. En su interioridad, en lo que se denomina generalmente ‘conciencia’, el agente se re-presenta las pautas de conducta”.

claramente JAKOBS, en los diferentes momentos de la comunicación penal: “un derecho penal que parte de un concepto normativo de culpabilidad, debe entender los hechos punibles como manifestaciones de personas a quienes les ha sido atribuida una conciencia, no sólo en el momento del hecho sino también en el momento de la sentencia y en el momento del procedimiento de ejecución”⁸⁹⁷. En otras palabras, la norma debe ser recibida y comprendida por el sujeto al que se dirige, del mismo modo que la pena debe poder ser comprendida por el sujeto al que se impone en concreto.

b.1. Empresa y prevención: el “nexo de comunicación” entre sujeto y norma

Entre las finalidades de las normas penales, como también de la pena misma, la más recurrente para justificar la culpabilidad empresarial es la prevención: la imposibilidad de encontrar responsables individuales en la empresa, por su opacidad y a menudo su «irresponsabilidad organizada», lleva consigo la necesidad de castigar a la organización misma por lo que ocurre en ella; de lo contrario, la impunidad penal se extendería en gran parte de la delincuencia económica, lo cual resultaría inaceptable en términos preventivos⁸⁹⁸. Se dice, por tanto, que “si se impone una sanción dineraria en contra de una asociación, el efecto frente a las demás asociaciones es totalmente comparable al que se produce frente a una multa impuesta a una persona individual ante las demás personas naturales”⁸⁹⁹. El argumento no trata la cuestión del merecimiento mismo de la sanción a la empresa, sino que está pragmáticamente orientado a la necesidad de motivar a las organizaciones para que se comporten conforme a las normas⁹⁰⁰.

⁸⁹⁷ JAKOBS, *Strafbarkeit*, p. 569.

⁸⁹⁸ OSTERMEYER, *Kollektivschuld im Strafrecht*, pp. 76; en ese sentido, GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, pp. 595 y s.; un resumen de los principales argumentos político-criminales para defender la responsabilidad penal de las personas jurídicas: SILVA SÁNCHEZ, *Consecuencias accesorias*, pp. 313 y s.; el mismo, *Reforma*, p. 9; PÉREZ MANZANO, *Personas jurídicas*, pp. 23 y s.; ARTAZA VARELA, *Empresa*, pp. 43 y ss. ARLEN/KRAAKMAN (*Controlling Corporate Misconduct*, pp. 11 y ss.) afirman las razones preventivas como las únicas adecuadas para justificar la responsabilidad corporativa (todo a pesar de su incapacidad de delinquir). No obstante, algunos autores como OTTO (*Strafbarkeit*, p. 8), no sin cierta razón, han advertido también que la “irresponsabilidad organizada” puede adquirir el carácter de petición de principio o de dogma, pues sigue estando pendiente de demostración empírica, al tiempo que propone no dramatizar la situación; LEIPOLD (*Plädoyer*, p. 381), por su parte, pone en duda los efectos preventivos que se le supone a la introducción de las personas jurídicas en el derecho penal.

⁸⁹⁹ HIRSCH, *Responsabilidad penal de las asociaciones*, p. 1113; PÉREZ MANZANO, *Personas jurídicas*, p. 18; EIDAM, *Straftäter Unternehmen*, p. 119; QUANTE, *Sanktionsmöglichkeiten*, p. 90.

⁹⁰⁰ LEIPOLD, *Plädoyer*, p. 380. Claramente también, ORTIZ DE URBINA, *Sanciones penales contra empresas*, p. 271: “en el ámbito de las sanciones a empresas se pretende menos la responsabilidad conforme al merecimiento de los hechos pasados que el establecimiento de incentivos adecuados para la conducta futura”; al contrario, LAMPE (*Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 733) habla de la sanción a la empresa en términos de expiación del injusto con fines preventivos.

Ahora bien, una mirada atenta a las teorías de la prevención general demuestra que en ambos casos la comunicación normativa presupone necesariamente como destinatarios a sujetos motivables⁹⁰¹, también en el caso de delitos relacionados con el mundo empresarial. Esta afirmación, que ya había sido advertida por KELSEN⁹⁰², la han recogido autores como SILVA SÁNCHEZ al cuestionar el carácter preventivo de dichas sanciones colectivas, en la medida en que “las alusiones a una supuesta voluntad colectiva no hacen sino esconder que, en realidad, es la voluntad de concretas personas individuales –las que realmente controlan– la que rige los destinos de la sociedad y eventualmente, da lugar a la comisión de delitos”. En ese sentido, “a estas personas individuales –y no al caparazón que las protege– es a quienes prioritariamente debe dirigirse la intervención jurídico-penal, con penas privativas de libertad eficaces”⁹⁰³.

Parece entonces que la empresa no es un destinatario directo de las normas, puesto que no es alguien que pueda recibir lo que ella comunica, ni tampoco exteriorizar directamente un comportamiento conforme a ella. Y es que, como también ha destacado SCHÜNEMANN, las normas penales, como normas de prohibición de conductas, regulan comportamientos humanos y no procesos sistémicos u organizativos⁹⁰⁴. Con la culpabilidad por organización, a la que se alude para justificar la sanción colectiva, “se describe un estado de la organización, pero no una infracción de la norma, por lo que la equiparación proclamada acaba desde el punto de vista lógico en un doble círculo vicioso”. En opinión del autor, la falta de presupuestos lógico-materiales de la

⁹⁰¹ MIR PUIG, *Límites del normativismo*, pp. 18:22 y s. Todo ello está ya anticipado en la crítica de RICOEUR (*Sí mismo como otro*, p. 65) a DAVIDSON, analizada en I.1.c.2.2, en la que afirma que la explicación de la acción por su finalidad (explicación teleológica) la explicación fenomenológica añade “la experiencia humana de una orientación consciente por un agente capaz de reconocerse como sujeto de sus actos”.

⁹⁰² KELSEN, *Teoría pura del derecho* (1ª ed. 1934), pp. 59 y s.: “La finalidad del ordenamiento es, por tanto, motivar a los individuos, a través de la representación mental que estos puedan hacerse del mal que les amenaza en caso de que se conduzcan de cierta manera”. Sobre la incapacidad de motivación en la empresa misma, pero su capacidad de motivación heterónoma (a través de los individuos): NEUHÄUSER, *Unternehmen als moralische Akteure*, pp. 122 y s. Sobre la incompatibilidad entre la culpabilidad como “normal motivabilidad” y el estatus del ente colectivo: ORTIZ DE URBINA, *Personas jurídicas*, p. 476.

⁹⁰³ SILVA SÁNCHEZ, *Responsabilidad penal de las empresas*, p. 365; también, SEELMANN, *Punibilidad*, p. 363, quien incide en las paradojas que conlleva sostener finalidades preventivas en relación a la empresa misma; igualmente, DAN-COHEN (*Sanctioning Corporations*, p. 29), aunque se muestra más optimista respecto a su eficacia: “a pesar de los efectos no distributivos de las sanciones corporativas, tanto la disuasión directa o indirecta proporcionan estrategias viables para influenciar a algunos individuos indeterminados como forma de afectar al comportamiento corporativo”.

⁹⁰⁴ SCHÜNEMANN (*Punibilidad*, p. 571) lo denomina como “nexo psicológico de comunicación”, esto es: “la relación entre norma e individuo imprescindible para la eficacia del Derecho”. El mismo, *Wirtschaftsunternehmen*, p. 437. A ello había aludido ya WELZEL, *Deutsche Strafrecht*, § 8, p. 59: “Las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones o los mandatos del Derecho, no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino sólo a acciones, que tienen la capacidad de configurar finalmente el futuro”.

culpabilidad empresarial obliga siempre a un “regreso al infinito”, ya que todas las decisiones remiten finalmente a decisiones individuales⁹⁰⁵. En ese sentido, si por pena se entiende la consecuencia jurídico-penal que se impone al sujeto por no haberse comportado conforme a lo indicado por el deber jurídico-penal contenido en la norma, parece claro que en el caso de la empresa falta el principal presupuesto. Estas dificultades se manifiestan en las dos principales modalidades de la teoría de la prevención general, como se analizará a continuación.

b.1. Empresa y prevención general negativa

Si una de las finalidades de las normas penales es la intimidación que supone la amenaza de pena, parece claro que dicho efecto requiere un soporte que se represente dicha amenaza para sí y se motive en función de ella⁹⁰⁶. En el caso de las sanciones para empresas, quienes la interiorizan como amenaza, y quienes han de conducirse conforme a la norma para evitar sus efectos coactivos, son siempre agentes individuales – directivos, representantes, empleados– distintos del sujeto sancionado⁹⁰⁷. En pocas palabras, la intimidación requiere un sujeto capaz de intimidación, y la autoreferencialidad de la propia organización carece del soporte cognitivo y sensitivo que hace dicho efecto posible⁹⁰⁸. Esta finalidad se cumple, por tanto, a través de los

⁹⁰⁵ SCHÜNEMANN, Responsabilidad penal, pp. 28 y s.; crítica la circularidad, también: KÖHLER, AT, p. 562; en el mismo sentido, SEELMANN (Punibilidad, p. 362) califica estas operaciones conceptuales de “circulares” y “vacías”; también, KREINER RAMIREZ, Corporate Criminal Liability, p. 938; STRATENWERTH, Strafrechtliche Unternehmenshaftung?, pp. 304 y s., quien incide en la falta de personalidad ética y de capacidad de motivación de la empresa.

⁹⁰⁶ Paradigmáticamente: FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 16 y ss. Para quien, además, la persona jurídica no podía delinquir, vid. § 28: “*Nur ein Individuum ist mögliches Subject eines Verbrechens; nie eine moralische Person (Gesellschaft, universitas oder Collegium)*”. En ese sentido, PÉREZ DEL VALLE (*Estudios*, p. 93) interpreta que en FEUERBACH se “acentuaba el hecho de que toda imputación lo era a un sujeto con una determinada realidad psicológica”.

⁹⁰⁷ Acerca de la importancia, a efectos disuasorios, de involucrar a los directivos en los procesos por delitos corporativos, vid. BARNARD, Reintegrative Shaming, pp. 995 y ss.; sobre el objetivo de la “pena de muerte empresarial”, KREINER RAMIREZ, Corporate Criminal Liability, p. 975: “El objetivo único de la pena de muerte empresarial es disuadir a los managers de utilizar su control para involucrar en patrones de comportamiento criminal”. También, ROBLES PLANAS, Pena y persona jurídica, p. 7: “tales exigencias de prevención y colaboración, en realidad, se dirigirían en última instancia a los titulares de las personas jurídicas (en una sociedad: a los titulares del capital social) en tanto son ellas las que poseen la potestad de designar a las personas que deben gestionar de un determinado modo la sociedad y vigilar la actuación del resto de personas a ellos subordinadas”; SEELMANN, Punibilidad, p. 361; VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 16 y ss., 240 y ss.; habla de una disuasión indirecta: ARTAZA VARELA, *Empresa*, pp. 43 y ss.

⁹⁰⁸ En el mismo sentido, ampliamente: V. FREIER, *Verbandsstrafe*, pp. 136 y ss.; KELKER, Strafbarekeit juristischen Personen, p. 235; TOLEDO Y UBIETO, ¿Responsabilidad penal de los entes sociales?, p. 148: “El carácter preventivo general de esas «penas», en cuanto tales, supondría una amenaza que en realidad no puede ser captada por las entidades, cuya naturaleza impide que sean susceptibles de resultar intimidadas per se. Esta función sobre quienes podría producir efectos es sobre las personas físicas que las representan o dirigen o las que trabajan para ellas”; BAUCCELLS, Penas previstas para la persona jurídica,

miembros individuales de la organización⁹⁰⁹. En este punto se ve claramente que no se trata de una pena personal, puesto que la persona a costa de la cual se disuade (persona jurídica) no es la misma que la persona que delinquiró y que debe modificar su comportamiento (administradores). No obstante, algunos autores, como por ejemplo ENGELHART, a pesar de reconocer este hecho⁹¹⁰, consideran dicho dato sobre-estimado en comparación con el efecto preventivo añadido que tiene la sanción a la empresa. Ahora bien, el hecho (también reconocido por el autor) de que el sujeto intimidado no coincida con el sujeto sancionado parece suficiente, en mi opinión, para determinar que no se está hablando de culpabilidad en sentido estricto sino de alguna otra cosa.

b.1.2. Empresa y prevención general positiva

Por otro lado, si lo que buscan las normas penales es la definición de qué expectativas están protegidas por normas, del mismo modo que la pena sirve como medio de restablecer la confianza en su cumplimiento, la cuestión del destinatario queda aplazada a ulteriores consideraciones. Si para dicho restablecimiento se exige que el sujeto destinatario de la norma y de la eventual pena sea capaz de reconocimiento valorativo de lo que ellas comunican, entonces quienes se sitúan en el punto de mira son sujetos individuales⁹¹¹. La empresa no es capaz de tomar postura frente a las normas, en la medida en que su autorreferencialidad no permite tal cosa, y porque su código funcional no es el de justo e injusto sino el de beneficio o pérdida⁹¹². El reconocimiento del derecho como válido sólo se puede producir a través de la representación y actuación de sus representantes o empleados, de modo que su relación con el derecho penal vuelve a ser mediata⁹¹³. Por el contrario, si redujésemos la finalidad preventivo general a la

pp. 176 y s. También, en relación a la teoría de la prevención de FEUERBACH o BINDING, BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, p. 82.

⁹⁰⁹ WOHLERS, *Unternehmensstrafrecht*, p. 242. En ese sentido se mueven las teorías del “modelo económico”, que defienden la capacidad preventivo-negativa de las sanciones a empresas, en tanto conseguirían dichos efectos poniendo peso en el saldo negativo a la hora de calcular los costes/beneficios del delito. vid. al respecto: BAUCCELLS, *Penas previstas para la persona jurídica*, p. 179. No obstante, tanto von FREIER (*Verbandsstrafe*, pp. 241 y s.) como SCHMITT-LEONARDY (*Unternehmenskriminalität*, pp. 463 y ss.) se muestran críticos con el hecho de que la pena a la empresa supone castigar a un sujeto para motivar a terceros.

⁹¹⁰ ENGELHART, *Unternehmen und Compliance*, p. 611: “La empresa no puede, por sí misma, ser disuadida, más que a través de las personas que actúan en ella”. Defiende también el cumplimiento de dicho objetivo en la empresa: QUANTE, *Sanktionsmöglichkeiten*, p. 90.

⁹¹¹ En sentido contrario, KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, p. 309.

⁹¹² SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, pp. 455, 534, quien afirma que la empresa es incompatible con el tipo de representación que exige el derecho penal, y por ello también con la finalidad preventivo-positiva; también, FIRSCH, *Strafbarkeit juristischer Personen*, p. 351. Vid. II.5.

⁹¹³ El propio KELSEN (*Teoría pura del derecho*, 1ª ed. 1934, pp. 77 y s.) a pesar de su concepción muy normativizada de las relaciones jurídicas, así lo reconoce: “De acuerdo con lo expuesto, los deberes y

afirmación del orden vigente mediante el mero cumplimiento objetivo, independiente de la capacidad de posicionamiento subjetivo del autor, la introducción de la empresa sería menos problemática⁹¹⁴. Es decir, la empresa sí es capaz de externalizar en el plano objetivo falta de fidelidad al derecho (por ejemplo, mediante una mala organización); y en cierto sentido el ordenamiento podría re-afirmarse también mediante la sanción de una empresa mal organizada.

En todo caso, desde el punto de vista aquí sostenido, el derecho penal no busca solamente que la situación objetiva que la norma protege deba ser alcanzada a costa de cualquier centro de imputación; por el contrario, sólo se puede prevenir “a costa” de quien ha tenido la oportunidad de comprender el contenido comunicativo de la norma cuya infracción se le imputa, razón por la cual no todo sujeto puede constituir una oportunidad de prevención para la sociedad. En definitiva, queda claro que para regular el comportamiento de las corporaciones de cara a su adecuación a las normas penales sólo existe la vía indirecta o mediata de motivar a aquellos que actúan por ella⁹¹⁵. Ello no significa que una determinada sanción a la empresa no cumpla fines preventivos, pues obviamente los cumple; significa, por el contrario y como se verá en la parte III, que los cumple porque supone un factor coadyuvante en la orientación de las conductas de las personas físicas encargadas de su dirección. En todo caso, ello implica, como ha destacado VON FREIER, la paradoja de que castigar a la empresa supone necesariamente separar al sujeto al que se dirigen las normas (individuos) del sujeto castigado por su

derechos de una persona jurídica serán siempre deberes y derechos de individuos por tratarse de deberes y derechos relativos a la conducta humana”. Coincidente en este punto: SCHROTH, *Unternehmen als Normadressaten*, pp. 23 y ss.

⁹¹⁴ BAJO FERNÁNDEZ, Responsabilidad penal por el hecho de otro, p. 75: “Si el fin del Derecho y de la pena es la prevención general positiva en el sentido de restablecimiento del Derecho, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no queda impedida por la inexistencia de una libertad o de una voluntad en realidad no requerida”; también, ENGELHART, *Unternehmen und Compliance*, p. 661; EIDAM, *Straftäter Unternehmen*, p. 119; KIRCH-HEIM, *Sanktionen*, p. 174; WOHLERS, *Unternehmensstrafrecht*, p. 245; BÖSE, *Strafbarkeit von Verbänden*, pp. 16 y ss., quien hace referencia a esa opción, aunque advirtiendo de la falta de “interioridad” (“*Innerlichkeit*”) de la empresa.

⁹¹⁵ En el mismo sentido, sobre la prevención mediata o indirecta que supone la sanción a la empresa: SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 328. También, KUDLICH, Punibilidad de las asociaciones, p. 289: “puede decirse entonces que la asequibilidad jurídico-penal o la influencia sobre el «comportamiento» de la asociación, en definitiva, solo puede conseguirse indirectamente, esto es, a través de las personas que actúan (órganos de la asociación)” (lo cual no implica, según el autor, que el derecho penal de las asociaciones sea un “sinsentido”). En profundidad, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, pp. 235 y ss. Sobre ello se ha de volver en III.1.b.2.

incumplimiento (empresa)⁹¹⁶; y ello debería tener, como se ha de ver, alguna consecuencia en la decisión de dónde colocamos a la empresa dentro del discurso penal.

b.2. Empresa y prevención especial

Cuestión distinta sucede con la relación posible entre la organización misma y la pena si tomamos como finalidad la prevención especial. El hecho de que la empresa encaje mucho más en los presupuestos necesarios para convertirse en destinatario de la prevención especial⁹¹⁷ –entendida como inocuización del peligro que constituye la estructura empresarial de cara a la comisión de futuros delitos– demuestra, una vez más, su diferente estatus jurídico-penal respecto al individuo, para el que dicha finalidad es una medida excepcional. Más aún: se ha afirmado que dicha medida funciona considerablemente mejor en las personas jurídicas que en las personas naturales⁹¹⁸, al tiempo que destacados autores, principalmente OTTO y STRATENWERTH, han construido un modelo de responsabilidad colectiva restringido a la finalidad preventivo-especial⁹¹⁹.

La finalidad preventivo-especial de las normas se caracteriza, en contraste con el resto, por tomar al sujeto no tanto en su faceta motivacional o valorativa sino principalmente por su «peligrosidad futura». Además, cuando se impone una pena por necesidades preventivo-especiales, no se hace tanto por un hecho antijurídico y culpable cometido en el pasado, sino por la previsión de que dicho sujeto supone una fuente de peligro para la sociedad en el futuro⁹²⁰. Precisamente por esa razón la empresa, cuya falta de agencia

⁹¹⁶ VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 235. Esa separación se hace muy evidente, por ejemplo, en el planteamiento de ARTAZA VARELA (*Empresa*, pp. 225 y ss.) quien reconoce explícitamente que el hecho de que la correcta organización del colectivo dependa de sus miembros individuales (que actúan como colectivo) no es obstáculo para convertir al sujeto colectivo mismo en un centro de imputación de responsabilidad penal; ya recogía dicha posibilidad, KELSEN, *Reine Rechtslehre*, p. 191.

⁹¹⁷ En ese sentido: HIRSCH, Responsabilidad penal de las asociaciones, p. 1113; LEIPOLD, Plädoyer, p. 384; EIDAM, *Straftäter Unternehmen*, p. 120; BAUCCELLS, Penas previstas para la persona jurídica, p. 182; KIRCH-HEIM, *Sanktionen*, p. 173. Con ciertas reservas, especialmente en lo que a la resocialización se refiere: SEELMAN, Punibilidad, p. 363; matizando que no todas las teorías de la prevención especial se adaptan a las personas jurídicas, BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, p. 82; y, por último, contrario al encaje de la persona en el juicio de peligrosidad y, por tanto, negando también la posibilidad de serle atribuidas medidas de seguridad de carácter penal: GRACIA MARTÍN, Personas jurídicas, pp. 589 y s.

⁹¹⁸ ENGELHART, *Unternehmen und Compliance*, pp. 663.

⁹¹⁹ Paradigmáticamente: OTTO, *Strafbarkeit*, pp. 25 y ss.; STRATENWERTH (*Strafrechtliche Unternehmenshaftung?*, pp. 302 y s.), quien, tras afirmar que a la persona jurídica le falta el “substrato para una pena”, propone la solución por la vía preventivo-especial de las medidas; WOHLERS, *Strafbarkeit des Unternehmens*, pp. 387 y s.

⁹²⁰ Por todos: JAKOBS, DP.PG., § 1/38, p. 30; PÉREZ-MANZANO, Fundamento y fines del Derecho penal, p. 23: “Un derecho penal orientado a la prevención especial tiene como punto de mira el delincuente y no el delito, las características personales del autor y no las que configuran el hecho”.

penal impide hablar de merecimiento pero no, en cambio, de peligrosidad, se postula menos problemáticamente como objeto de prevención especial. De hecho, cuando una estructura organizativa se vuelve criminógena, la estrategia preventiva más viable es precisamente la de una intervención preventivo-especial en la misma. En esa línea se enmarcan las propuestas de SCHÜNEMANN en relación a la curatela de la empresa⁹²¹; las versiones de la llamada “*reactive fault*”, claramente orientada a la reacción presente y futura de la empresa tras la comisión del delito; o, entre nosotros, la propuesta de FEIJOO SÁNCHEZ en relación a las sanciones post-delictuales en función de la peligrosidad instrumental y organizativa⁹²².

Si bien lo anterior es cierto, no faltan quienes ponen en duda la efectividad de sanciones preventivo-especiales para la empresa misma, puesto que ello no evita que los individuos que llevaron a cabo las conductas peligrosas reincidan instrumentalizando para sus fines a otras entidades⁹²³. En cualquier caso, la fácil compatibilización entre empresa y prevención especial demuestra que aquí tratamos con un fenómeno diferenciado de la delincuencia individual, pues la prevención especial contra la peligrosidad no pertenece al terreno propio de la teoría de la “pena”⁹²⁴.

b.3. Empresa y retribución

La última finalidad del derecho penal que queda por analizar, la retribución, vuelve a mostrar, al igual que la prevención general positiva (no objetivista), un difícil acoplamiento con la empresa⁹²⁵. Ello se debe, en parte, a que ambas finalidades están relacionadas: sólo se previene adecuadamente si la pena es retributiva y no desproporcionada, ya que la imposición de penas altamente desproporcionadas, aunque pueda intimidar a la población, tenderá a generar desconfianza hacia el derecho y, por

⁹²¹ SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, pp. 234 y ss.

⁹²² FEIJOO SÁNCHEZ, *Autorregulación*, p. 234.

⁹²³ SILVA SÁNCHEZ, *Responsabilidad penal de las Empresas*, p. 365. LEWIS (Collective Responsibility, p. 24), por su parte, indica el efecto preventivo disminuido que tienen las sanciones colectivas por el mero hecho de no discriminar en relación a las partes de las que se compone el colectivo mismo.

⁹²⁴ De ahí la afirmación de PAWLIK (*Libertad institucionalizada*, p. 102): “Quien quiera dedicarse a combatir peligros no debería emplear para ello la forma jurídica del Derecho penal”.

⁹²⁵ En ese sentido, ampliamente: von FREIER, *Verbandsstrafe*, pp. 120 y ss.; negando dicha compatibilidad por su insuficiente capacidad de autodeterminación: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, pp. 445 y ss.; PÉREZ MANZANO, *Personas jurídicas*, p. 18; WOHLERS, *Unternehmensstrafrecht*, pp. 246 y s. Distinguiendo entre una retribución de corte kantiana, respecto a la cual la empresa no tendría cabida, y una de corte “expresivo”, en la que sí podría integrarse: FRIEDMAN, *Corporate Criminal Liability*, p. 845.

tanto, efectos perversos a nivel preventivo⁹²⁶. La relación se manifiesta en los múltiples aspectos retributivos que manifiesta la prevención general positiva en sus últimas formulaciones⁹²⁷. Si bien la retribución ha adoptado múltiples variantes –desde la del idealismo alemán⁹²⁸ a las últimas versiones del ideal retributivo en formas variadas⁹²⁹–, aquí podríamos caracterizarla esencialmente como aquella restitución que se le exige al autor de un delito, proporcionada a la medida de su culpabilidad, como corresponsable del orden jurídico que ha quebrantado mediante el mismo. La pena retribuye porque con ella el sujeto penado restaura su compromiso con el derecho que había dañado.

El ideal retributivo se cumple, no obstante y en mi opinión, sólo si se dan dos requisitos: que la retribución se ajuste a la medida de la culpabilidad del autor (de lo contrario sería venganza); y que el autor tenga la capacidad de comprender la pena como justa consecuencia de su hecho antijurídico⁹³⁰, y como oportunidad que se le brinda para

⁹²⁶ En ese sentido: NEUMANN, Culpabilidad, p. 146.

⁹²⁷ Como ha destacado HIRSCH (Responsabilidad penal de las asociaciones, pp. 1113 y s.), las últimas teorías de la prevención general positiva introducen “por la puerta de atrás” los elementos retributivos del castigo y en esa misma medida dificulta para el derecho penal la equiparación entre Empresa –incapaz de valoración autónoma– e individuo racional. Si bien su tesis, como se sabe, es que la persona jurídica si es capaz de cumplir las finalidades del derecho penales.

⁹²⁸ La retribución en el idealismo: KANT, *Metaphysik der Sitten*, pp. 196 y ss.; HEGEL, *Grundlinien*, § 101.

⁹²⁹ Destacadamente: PAWLIK, *Unrecht des Bürgers*, pp. 82 y ss.; el mismo, *La libertad institucionalizada*, p. 78 (cita 16). El autor concibe el delito como una lesión de los deberes de colaboración en el mantenimiento del orden jurídico por parte del autor, que como ciudadano debe soportar la pena como condición para la restitución del orden social que su delito quebrantó. Respecto a la persona jurídica, según ha resaltado SCHMITT-LEONARDY (*Unternehmenskriminalität*, p. 446 y s.), la cuestión reside en si puede considerarse corresponsable del proyecto de libertad que constituye el orden jurídico, al menos hasta el punto de considerarse un ciudadano (*Bürger*) y ser culpable de la lesión. Según la interpretación que la autora hace de PAWLIK, la empresa sería incompatible con esta concepción de la retribución, en tanto el concepto de libertad que presuponen tanto el concepto de persona como el de ciudadano está dotado de una materialidad de la que aquélla carece: “Libertad no significa libertad en las actividades económicas, sino libertad de conducir la propia vida de modo autodeterminado. Un actuar autodeterminado en la empresa, por todo lo dicho, no es posible” (p. 448). No obstante, a pesar de que PAWLIK (*Unrecht des Bürgers*, p. 149) entiende el concepto de persona en derecho, tanto en su forma jurídica (haz de derechos y deberes) como en su materialidad, según el sentido hegeliano de la libertad del “*Dasein*”, el propio autor abre la puerta a la traslación de dicha libertad a la persona jurídica (p. 151, nota 876: “*Die Ausführungen Hegels sind ersichtlich zugeschnitten auf physische (‘natürliche’) Personen. Sie lassen sich aber unschwer erweitern auf nicht-körperliche (‘juristische’) Personen*”). Cabe preguntarse, sin embargo, si esta traslación sólo es posible renunciando a gran parte del contenido del concepto de libertad que emplea HEGEL.

⁹³⁰ Muy tempranamente: ABEGG, *Lehrbuch*, § 70. Que tenga la capacidad de comprender la pena como justa no implica que lo haga efectivamente y de inmediato, pues la pena justa a un sujeto que no la reconoce como tal sigue siendo retributiva. En otras palabras: que sea retributiva no depende del entendimiento del sujeto penado, pero sí de que sea como mínimo posible. No lo es, en cambio, la pena a un sujeto con capacidades psíquicas disminuidas, pues ni siquiera tendría la oportunidad de entender la pena como consecuencia adecuada a su culpabilidad y a la exigencia de restitución del derecho.

adquirir conciencia de sus deberes como persona y como ciudadano⁹³¹ (de lo contrario no se podría justificar la medida de cara al autor). Ello implica que la retribución está estrechamente conectada con el principio de identidad del sujeto individual, en la medida en que la pena se le impone como ser libre y racional⁹³², capaz de comprender su corresponsabilidad con el orden jurídico, y no meramente como un peligro a combatir. A continuación se analizarán algunos de intentos de armonizar retribución y empresa, poniendo el foco en las siguientes cuestiones problemáticas: en los problemas derivados de la empresa como «metasujeto» (la distinción entre culpabilidad colectiva y organizativa); en la cuestión de la afectación de la sanción colectiva a los socios y trabajadores; en la cuestión de la incapacidad de reconocimiento autónomo en la empresa; y en la cuestión de la dimensión fáctica de la pena.

b.3.1. La empresa como «metasujeto»: ¿es suficiente la distinción entre culpabilidad colectiva y culpabilidad organizativa?

Algunas argumentaciones favorables a la responsabilidad de la empresa parten recurrentemente de la diferenciación entre «culpabilidad colectiva» y «culpabilidad empresarial», cuestión que se mueve en torno a la problemática del carácter compuesto de la misma. Como se vio, se afirma que la organización colectiva no es la suma de sus miembros individuales, sino que es algo completamente independiente de ellos, un sujeto autónomo con una identidad propia y diferenciada. En esa misma medida, y según autores como GÓMEZ-JARA o HIRSCH, la culpabilidad de la empresa no sería necesariamente una culpabilidad colectiva⁹³³, es decir, una culpabilidad que afectase al

⁹³¹ En sentido parecido, van WEEZEL, *Personas jurídicas*, p. 124 “la pena es ‘prevención retributiva’ porque es una oportunidad que se ofrece al delincuente para una toma de conciencia, no de su ‘maldad’, sino de su rol como ciudadano”.

⁹³² En ese sentido: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, pp. 445, 533. De momento, acerca del debate sobre el libre albedrío y su relación con el concepto de pena y de culpabilidad, basta advertir que aquí se parte de que no hay pena ni culpabilidad racionales que no estén fundadas en la libre determinación del sujeto a que se imputan. En la medida en que ambas surgen de la infracción de un deber, y “no hay deber sin libertad” (JONAS, *Principio de responsabilidad*, p. 18), el planteamiento de la imposición penal sobre un sujeto que no es libre no parece sino absurda. Una teoría de la legitimación de la pena basada en la libertad de la persona, en diferentes versiones: PAWLIK, *Unrecht des Bürgers*, pp. 90 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, pp. 82 y ss.; HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 111; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, pp. 24 y s. El argumento es reconocido incluso entre quienes defienden la culpabilidad colectiva, como FRIEDMAN (*Corporate Criminal Liability*, p. 845), quien afirma que el ideal retributivo kantiano es difícilmente aplicable a las corporaciones, en tanto está basado en una determinada concepción de delincuente –como ser racional, “igual al resto de individuos” y “poseedor de una dignidad inherente”– cuya aplicación a la corporación constituiría un antropomorfismo.

⁹³³ La distinción está ya en ROTHENPIELER (*Kollektivschuld*, p. 18), sólo que para él ambos tipos son subsumidos bajo el concepto mismo de culpabilidad colectiva. En cualquier caso, los términos “pena

conjunto formado por los miembros de la empresa. En ese sentido, para estos autores la culpabilidad empresarial –por el injusto propio de la empresa– no es colectiva sino individual, pues se atribuye al agente moral-empresa y nada dice acerca de sus componentes individuales⁹³⁴. Con esta distinción conceptual tratan, además, de evitar el reproche de que una sanción a la empresa, añadida a la de sus administradores, constituiría una lesión del *ne bis in ídem*, en tanto el hecho individual estaría siendo sujeto a una doble sanción⁹³⁵. En este planteamiento, el injusto colectivo está tan separado del individual como lo está la empresa misma de sus miembros, de modo que no se está produciendo doble sanción alguna⁹³⁶. La doble sanción sería inevitable, no obstante, en personas jurídicas detrás de las cuales se escondería una sociedad unipersonal o de pequeñas dimensiones; es decir, en aquellas donde no se ha producido una diferenciación suficiente del colectivo como para predicar la existencia de un sujeto nuevo y separado de quienes lo constituyen como miembros. Para estos casos los autores descartan la posibilidad de atribuir una culpabilidad a la empresa.

Estos argumentos tratan de justificar una separación entre el colectivo mismo y sus integrantes que desde la perspectiva normativa no está clara. En un sentido terminológico básico, la culpabilidad empresarial es una culpabilidad que se atribuye a una empresa, y si la empresa es un colectivo (formado por personas, recursos, etc.), parece evidente que la culpabilidad que se le atribuya será una culpabilidad colectiva. Por otra parte, si la identidad de la organización es dependiente de sus integrantes, parece que es difícil afirmar que una sanción al colectivo no afectaría de ningún modo a

colectiva” y “culpabilidad colectiva” son cada vez menos usados: las últimas versiones de la culpabilidad empresarial evitan tal formulación sustituyéndola por culpabilidad corporativa y organizativa. Admitiendo una culpabilidad colectiva, de forma paradigmática y sobre el pretexto de que todos los miembros de la asociación son de algún modo responsables de su “espíritu normativo”: BUSCH, *Grundfragen*, pp. 185 y ss.

⁹³⁴ HIRSCH, Responsabilidad penal de las asociaciones, pp. 1115 y ss.: “Una culpabilidad colectiva, una culpabilidad sumaria de los socios individuales no es lo que se deriva, por tanto, de la culpabilidad de la asociación. Únicamente es posible una responsabilidad colectiva, de forma que los perjuicios que se derivan de la culpabilidad de la asociación para una corporación, sean también perceptibles mediatamente para sus miembros”; el mismo, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, p. 293; GÓMEZ-JARA (*Fundamentos*, p. 393; *Autorregulación*, pp. 282 y s.), por su parte, lo relaciona con la premisa sistémica de que los miembros de la empresa son entorno para la misma, de modo que una sanción al colectivo sólo afecta a éste como sistema cerrado e independiente de las personas que lo integran. Sobre la distinción: EIDAM, *Straftäter Unternehmen*, p. 126. Desde una perspectiva filosófica: WOLF, *Kollektive Verantwortung*, pp. 130 y ss. Críticamente con esta separación, en lo que al argumento de la punición de inocentes mediante la pena a la empresa se refiere: VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 259.

⁹³⁵ Paradigmáticamente: VON FREIER, *Verbandsstrafe*, pp. 258 y ss.

⁹³⁶ EHRHARDT, *Unternehmenslelinquenz und Unternehmensstrafe*, p. 214; KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, pp. 329 y s.

los miembros individuales, cuando es precisamente en ellos en quienes pretende motivar una reacción⁹³⁷. En otras palabras, toda culpabilidad empresarial es en buena medida una culpabilidad colectiva. Por último, aunque pudiésemos aislar a la organización del colectivo de personas que la forma –sus decisiones, sus prácticas, sus relaciones recíprocas, sus políticas–, lo que obtendríamos como “resto” sería precisamente la mera “forma jurídica”, de modo que ello no permitiría hablar de retribución. Es decir, en la medida en que se pretenda hablar en términos de “merecimiento” y “retribución”, habrá de hacerse referencia a la actuación conjunta de los miembros de la empresa; y en la medida en que no se quiera aludir a esa “existencia a través de otros”, lo que encontraremos será una forma jurídica sin la consistencia subjetiva que permitiría afirmar una capacidad de reconocer el castigo como justo⁹³⁸.

b.3.2. La afectación de la sanción penal a los socios y el principio de personalidad de las penas

Por otro lado, si para explicar el delito respondemos a la necesidad de vincularlo a los actores individuales que han actuado por ella –lo que es inevitable–, lo que encontramos es que efectivamente son éstos los que merecerían la imposición de una pena⁹³⁹. Sin embargo, no es plausible presuponer que todos los miembros individuales de la empresa han contribuido a la realización del delito, y, por tanto, que sea razonable que a todos ellos afecte –como sugirió en su día BUSCH⁹⁴⁰–. En ese sentido, lo que se acabaría aceptando mediante la pena a la empresa sería que todos –incluidos aquellos que nada tienen que ver con la gestión colectiva, como los accionistas– sean fácticamente responsables del comportamiento lesivo de algunos –seguramente los

⁹³⁷ Así lo reconoce: HIRSCH, Responsabilidad penal de las asociaciones, p. 1114. No obstante, su tesis manifiesta una contradicción: si la culpabilidad no es colectiva porque no se distribuye por los miembros, no se entiende por qué se acepta a renglón seguido que la misma sea perceptible mediatamente por ellos.

⁹³⁸ El argumento de que la empresa merece el castigo por sus fallos organizativos siempre incurre en el regreso al infinito del que se hablo anteriormente, ya que esos fallos sólo explican (parcialmente) el delito cuando sujetos individuales los aprovechan de cara a originar el acto lesivo. Esa dependencia se ve muy claramente, por ejemplo, en la defensa del carácter retributivo de la pena a la empresa en: WEISSMAN/NEWMAN, Rethinking Criminal Corporate Liability, pp. 427-433, quienes se refieren continuamente a los miembros de la empresa.

⁹³⁹ En la misma línea, MIR PUIG, Tercera vía, p. 9 “imponer una pena a una persona jurídica o a una empresa es extender el grave reproche de la condena penal a quien no puede reprochársele el hecho como autor o partícipe culpable del mismo. Es evidente que una persona jurídica es una creación del Derecho incapaz de actuar por sí misma, carente de conciencia y de cualquier sentido de responsabilidad. ¿Cómo podría reprocharse a una pura creación jurídica un hecho que no puede haber decidido ni realizado ni evitado? La persona jurídica necesita de alguna persona física que actúe en su nombre”; VON FREIER, *Verbandsstrafe*, pp. 236 y ss.; MAIHOLD, *Strafe*, pp. 19 y s.; PEGLAU, *Unbeantwortete Fragen*, p. 408.

⁹⁴⁰ BUSCH, *Grundfragen*, p. 177; críticamente, GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 195.

administradores⁹⁴¹. A todo ello hay que añadirle los problemas relacionados con la falta de continuidad de la empresa en el tiempo; esto es, la improbabilidad de que quienes sufran las consecuencias de la pena en t2 (sentencia) y en t3 (ejecución) sean los mismos que participaron en el delito en t1⁹⁴².

En relación al primer aspecto, y atendiendo a la distribución de funciones y responsabilidad en las organizaciones, es una cuestión pacífica la admisión de que los garantes del buen funcionamiento empresarial son los miembros del consejo de administración, en quienes los accionistas han depositado la confianza para conseguir lícitamente los fines de la entidad. En esa medida, si una organización es sancionada penalmente por un delito surgido del comportamiento negligente de los administradores, la cuestión problemática es si la sanción penal afecta o no a los accionistas de modo decisivo, cuya posición de garantía respecto a aquellos es todavía dudosa⁹⁴³. Son muchos los autores que responden afirmativamente, sobre la base de que si la sanción afecta negativamente a unos por el comportamiento de otros se estaría vulnerando el principio de personalidad de las penas⁹⁴⁴. En contra de esta crítica se ha dicho, en primer lugar, que el perjuicio que sufren los accionistas forma parte de los riesgos típicos de la actividad empresarial, y que, como contrapartida a las ventajas de las que se benefician,

⁹⁴¹ Paradigmática es la crítica de ENGISCH (Strabarkeit der juristischen Person, E 7 y ss.) a la culpabilidad colectiva, precisamente por su falta de discriminación en relación a los sujetos a los que afecta (y relacionándolo indirectamente con los sucesos políticos acaecidos poco antes de su intervención en 1953). Su argumentación parte de un hecho incontestable, y es que los sujetos se ven afectados no por la medida de su culpabilidad sino por la medida de su participación financiera. vid. al respecto de la discusión, HIRSCH, La responsabilidad penal de las asociaciones, pp. 1115 y ss.; EIDAM, *Straftäter Unternehmen*, p. 94; JAKOBS, *Strafbarkeit*, p. 573: “La cuestión es más acuciante cuanto más distanciado esté el administrador de la persona jurídica o del patrimonio administrado”.

⁹⁴² En ese sentido: LÜDERSSEN, *Aggregative Model*, p. 99. Más en: II.2.a.

⁹⁴³ La cuestión de la posición de garantía de los socios, infratratada en la dogmática de la responsabilidad empresarial, es de enorme relevancia para el problema que nos ocupa, en la medida en que sistematizar los deberes de vigilancia de la junta de accionistas, por muy débiles que sean, podría suponer un principio de justificación de su afectación por medio de la sanción a la empresa. Acerca de la falta de acuerdo acerca de este punto: SILVA SÁNCHEZ, *Deberes de vigilancia*, p. 80. Por ejemplo, GARCÍA CAVERO (Posición de garantía del empresario, pp. 381 y ss., 390 y ss.) sostiene que la responsabilidad de los accionistas, debido al principio de personalidad de las penas, debería quedar reducida a “la adecuada constitución de la empresa y por las líneas generales de orientación de la actividad empresarial, así como por las decisiones generales reservadas a órganos como la junta general de accionistas en el caso de sociedades anónimas”. Sin embargo, lo que está en juego aquí no es su responsabilidad personal, que evidentemente debe respetar dicho principio, sino la justificación de que tengan que soportar en su patrimonio las consecuencias de la lesión jurídico-penal de los administradores. En otras palabras, si su estatus de socio fundamenta una especie de corresponsabilidad. En ese sentido, hablando de “*Mithaftung*”: JAKOBS, *Strafbarkeit*, p. 573.

⁹⁴⁴ MIR PUIG, *Bases constitucionales*, p. 127; ampliamente, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, pp. 230 y ss.; PEGLAU, *Unbeantwortete Fragen*, p. 408; KELKER, *Strafbarkeit juristischen Personen*, pp. 234 y s.; LEWIS/PARKER, *Strafbarkeit*, p. 137: “Por ello se produce la pena a la empresa *a costa* del carácter *personalísimo* de la culpabilidad y de la pena”.

existen desventajas como la de una sanción penal para el caso de que no hayan elegido convenientemente unos órganos confiables⁹⁴⁵. Se ha de volver sobre este argumento más adelante.

Por otro lado, si bien es cierto que, al igual que la pena a la empresa, toda pena afecta a terceros inocentes (a la familia del penado, por ejemplo)⁹⁴⁶, ello no puede suponer una carta blanca del legislador para la imposición de penas colectivas. Como ha destacado SEELMANN, el hecho de que el perjuicio indirecto de terceros constituya una consecuencia accesoria en determinados casos individuales, no alcanza a justificar la legitimidad de una pena cuyos principales perjudicados son necesariamente personas individuales que no han participado del delito –accionistas o eventualmente empleados, cuyo comportamiento ni siquiera ha sido objeto de juicio–⁹⁴⁷. No es siquiera un caso análogo, pues la sanción a la empresa para motivar a los administradores no equivale a la sanción a un padre que afecta al resto de familiares⁹⁴⁸; equivale, más bien, a una sanción de la familia para motivar al padre.

En mi opinión, no habría una vulneración del «principio de personalidad de las penas» porque con la sanción a la empresa no estamos ante verdaderas penas, sino ante una intervención jurídica que obedece a principios diversos⁹⁴⁹; en segundo lugar, como ha destacado DAN-COHEN, lo característico de la sanción penal (el reproche personal) no llega a afectar a los accionistas o trabajadores inocentes como reproche de culpabilidad, por mucho que puedan verse afectados en términos efectivos y monetarios por la

⁹⁴⁵ HIRSCH, Responsabilidad penal de las asociaciones, p. 1116; al respecto: VON FREIER, *Verbandsstrafe*, pp. 251 y ss.

⁹⁴⁶ En ese sentido: EIDAM, *Straftäter Unternehmen*, p. 128; KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, p. 327; QUANTE, *Sanktionsmöglichkeiten*, p. 170.

⁹⁴⁷ SEELMAN, Punibilidad, p. 365: “En la sanción a la empresa, este trasfondo reside en el hecho de que los que llevan financieramente la empresa –por ejemplo en la sociedad anónima los accionistas, aunque también los empleados de la empresa– son fácilmente sobre quienes recaen las desventajas de la sanción, de manera que son ellos realmente los ‘penados’. Esto, en principio, no es un efecto secundario indeseado de una pena, como lo sería por ejemplo, si se afecta a la familia de un condenado, sino que forma parte del objetivo de la pena a la empresa. (...) ¿No se va en contra de los derechos de libertad y propiedad de terceros (los socios) cuando éstos, debido a la sanción penal contra la empresa, tienen que cargar mediatamente con las consecuencias de una intervención jurídico-penal, aunque no sabían nada del hecho, de ninguna manera pudieron saberlo y/o, en todo caso, no pudieron impedir tal hecho?”; en el mismo sentido, ROBLES PLANAS, Pena y persona jurídica p. 8; SCHÜNEMANN, Punibilidad, p. 582; VON FREIER, *Verbandsstrafe*, pp. 254 y s.

⁹⁴⁸ Crítico con el ejemplo, también: VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 244.

⁹⁴⁹ En profundidad: III.3.c.

sanción⁹⁵⁰. Lo anterior no va en perjuicio de que una pena a la empresa que afecte desproporcionadamente a estos sujetos pueda ser calificada de injusta y eventualmente inconstitucional⁹⁵¹. En cualquier caso, parece razonable, por el “principio de ocasionamiento” (“*Veranlassungsprinzip*”)⁹⁵², que los socios puedan verse perjudicados cuando la empresa de la que participan constituya un contexto delictivo, lo que se discute es que ello tenga que ver con la lógica de la culpabilidad penal. Por el contrario, según una lógica distributiva (como la que impera en el ámbito económico-empresarial), la sanción a la empresa aparece como razonable también de cara a los socios, pues en toda estructura social los participantes de la misma se ven necesariamente afectados (para bien o para mal) de las decisiones que toman quienes tienen el poder de representación⁹⁵³. Cuestión distinta es si afecta a los trabajadores, razón por la cual entre las penas existentes deberá escogerse la menos lesiva para ellos, e incluso deberá ser suspendida en caso de que pueda poner en riesgo sus puestos de trabajo. En todo caso, todo ello demuestra que no se trata ni de retribución ni de culpabilidad, sino que la atribución de responsabilidad a la organización colectiva, por la especial identidad que se ha analizado aquí, obedece a otros principios jurídicos. No hay, por tanto,

⁹⁵⁰ DAN-COHEN, *Sanctioning Corporations*, p. 41; en el mismo sentido: FISSE, *Corporate Criminal Law*, p. 1175; EIDAM, *Straftäter Unternehmen*, p. 127; QUANTE, *Sanktionsmöglichkeiten*, p. 171; ORTIZ DE URBINA (Personas jurídicas, p. 477) distingue, a partir de jurisprudencia constitucional, entre “los efectos propios de la pena”, que no afectan a los socios, y los “efectos externos”, que no entran en lo protegido por el principio de personalidad de las penas.

⁹⁵¹ Parece que el legislador español ha tenido esto en cuenta en la última reforma LO 5/2010, especialmente por cuanto al *art. 66 bis b* se refiere, que estipula que en la aplicación de la sanción al colectivo deben tenerse en cuenta “sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores”. Es más, en la medida en que nada parecido está establecido en relación a las personas físicas con la pena de privación de libertad, ni siquiera cuando puede afectar gravemente a terceros (hijos menores de edad, por ej.), se está probando que la pena tiene un sentido muy diverso en función del sujeto (individual o colectivo) al que afecta.

⁹⁵² SCHÜNEMANN, *Punibilidad*, pp. 589 y ss.; el mismo, *Unternehmenskriminalität*, p. 250. al respecto: OTTO, *Strafbarkeit*, p. 24.

⁹⁵³ En el mismo sentido, JAKOBS (*Strafbarkeit*, p. 573) califica dicha situación como “consustancial a la administración de patrimonios ajenos”, la cual está, según el autor, alejada de la lógica de la culpabilidad. También: GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, p. 604. Por otro lado, SCHÜNEMANN (*Unternehmenskriminalität*, p. 241; *Wirtschaftsunternehmen*, p. 440), entiende que es justo cargar a los miembros de la asociación con los costes del conflicto por la vía de un estado de necesidad, pero no por una culpabilidad de la que no es capaz. Al respecto y crítico con SCHÜNEMANN: LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 731. Acerca de la razonabilidad de los efectos que la “pena de muerte empresarial” tiene para los socios: KREINER RAMIREZ, *Corporate Criminal Liability*, p. 991 y s.; un buen resumen de las lógicas económicas que justificarían la pena a la empresa (no desde la tesis aquí defendida): ARTAZA VARELA, *Empresa*, pp. 67 y ss. Desde una perspectiva política: VOEGELIN, *Hitler and the Germans*, p. 75, quien afirma que, en tanto “todos vivimos en sociedad, y toda sociedad actúa a través de representantes (...) si éstos no funcionan, todos los miembros de la sociedad, incluso aquellos que nada tiene que ver con los fallos de los representantes, han de cargar consigo las consecuencias de aquellos fallos, sean culpables o no. (...) Pero todo ello nada tiene que ver con la culpabilidad personal” También: JOERDEN, *Zurechnungsprobleme bei Gruppen und Kollektiven*, p. 138; FISSE, *Corporate Criminal Law*, p. 1175. Sobre el argumento de la «comunidad de riesgo»: KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, p. 328.

vulneración del principio de culpabilidad porque en la sanción a la empresa nos movemos fuera de su ámbito⁹⁵⁴.

b.3.3. Capacidad de orientación autónoma como presupuesto de la retribución

Más problemática es la inclusión de la persona jurídica si se considera que la retribución presupone que los destinatarios de la pena tengan la capacidad de motivarse autónomamente conforme a juicios valorativos, tanto en el momento previo de su relación con la norma, como en el momento de la imposición de la pena. En defensa de la capacidad de la empresa de ser culpable y de retribuir un daño se han pronunciado, por ejemplo, LAUFER/STUDLER. Estos autores sostienen que el reproche penal a la empresa se ha de llevar a cabo en atención a su merecimiento como «sujeto moral autónomo» que ha cometido un delito; es decir, no como reproche a las acciones de los representantes, sino a la intencionalidad empresarial que se manifiesta en las políticas y objetivos comunes. En caso contrario, es decir, sancionándola por razones puramente preventivas, se la estaría instrumentalizando en beneficio de la sociedad⁹⁵⁵. Si el derecho no sólo debe imponerse por la disuasión que provoca, sino también por razones morales y de merecimiento, ello debe regir también respecto a la empresa.

Otro intento significativo de introducir a la empresa en la lógica retributiva es el de FRIEDMAN, quien concibe a la empresa como sujeto diferenciado de sus miembros, capaz de realizar juicios morales en la discusión pública, y, por tanto, de encajar en la finalidad retributiva del castigo⁹⁵⁶. La base la encuentra, no en la teoría clásica de la retribución –demasiado apegada a la dimensión racional del sujeto–, sino en las «teorías expresivas del castigo», las cuales parten de una concepción de sujeto relativamente débil (“*thin conception of the wrongdoer*”), y están basadas principalmente en el contenido expresivo o comunicativo de la conducta personal⁹⁵⁷. En una concepción así, las corporaciones podrían ser capaces de retribución gracias a su potencial expresivo⁹⁵⁸. En ese sentido, FRIEDMAN pone el énfasis de la retribución –lo cual la emparenta con el

⁹⁵⁴ SCHÜNEMANN, Punibilidad, p. 582.

⁹⁵⁵ LAUFER/STRUDLER, Corporate Intentionality, pp. 1290 y ss.

⁹⁵⁶ FRIEDMAN, Corporate Criminal Liability, pp. 847 y s.

⁹⁵⁷ FRIEDMAN, Corporate Criminal Liability, p. 845.

⁹⁵⁸ FRIEDMAN, Corporate Criminal Liability, p. 845. Sobre otras teorías que inciden en el carácter expresivo de la pena: HÖRNLE, Gegenwärtige Strafbegründungstheorien, p. 23. Contra la versión expresiva de la retribución se ha criticado, por ejemplo por parte de BLACKBURN (Group Minds and Expressive Harm, pp. 467 y ss.), su tendencia intrínseca a la “estigmatización”, así como su incidencia en lo sentimental en perjuicio de lo racional.

funcionalismo y la retribución comunicativa⁹⁵⁹—, no en la capacidad subjetiva del autor del delito, sino en su aspecto expresivo-comunicativo.

Desde una perspectiva crítica, en relación al planteamiento de LAUFER/STUDLER, cabe objetar que en su argumentación vuelve a producirse una constante referencia a los agentes individuales⁹⁶⁰, lo que implica que la supuesta autonomía moral de la empresa dejaría de ser tal. En definitiva, siempre que se habla de motivación jurídica se vuelve a manifestar la necesidad de remitir la organización la empresa a conciencias individuales, que son las únicas capaces de interiorizar el componente retributivo y valorativo de la pena. Como ha destacado NEUHÄUSER: “las empresas son actores capaces de racionalidad y moralidad, porque sus trabajadores son actores racionales y morales”; en otras palabras, su relación con el aspecto moral del derecho vuelve a ser mediata⁹⁶¹. Respecto al planteamiento de FRIEDMAN, aparte de la crítica que ya se realizó a las versiones comunicativas del derecho penal (vid. I.2.c), lo cierto es que argumentar la capacidad moral de la empresa desde una perspectiva expresiva o comunicativa no resuelve el problema de su falta de autonomía valorativa y volitiva sino que simplemente lo oculta, una vez más, bajo el recurso al meta-nivel de la comunicación social⁹⁶². Desde la perspectiva aquí adoptada, una teoría de la retribución sólo se puede construir desde la identidad del sujeto al que se impone una pena, el cual ha de ser capaz de comprender las consecuencias penales de sus actos como merecidas o inmerecidas en su “realidad”, y no sólo en función de lo que se tenga por válido en la comunicación social. En ese sentido, el contenido retributivo de la pena no se puede construir desde una “concepción débil” de sujeto como la que defiende FRIEDMAN; al contrario, el sujeto al que se impone la pena ha de ser capaz de reconocer el castigo como justa compensación a una infracción del deber propia y evitable, todo lo cual no opera, como se ha venido afirmando, respecto a la empresa⁹⁶³.

⁹⁵⁹ Sobre dicha relación: GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 384, cita 1113.

⁹⁶⁰ Muy claramente, LAUFER/STUDLER, *Corporate Intentionality*, pp. 1309.

⁹⁶¹ NEUHÄUSER, *Unternehmen als moralische Akteure*, p. 123; VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 59, 236.

⁹⁶² En ese sentido: SCHÜNEMANN, *Strafrechtsschuld*, pp. 540 y ss.

⁹⁶³ v. FREIER, *Verbandsstrafe*, pp. 58 y ss. En ese sentido, aunque defendiendo una postura diversa, ENGELHART, *Unternehmen und Compliance*, pp. 611: “A la empresa se le puede aplicar el enfoque de la retribución, si por retribución no se requiere que el autor la deba sentir y percibir como un mal experimentable”.

En mi opinión, lo más parecido a la retribución que tendría lugar en la empresa sería la búsqueda de cierta «justicia proporcional» entre el fallo estructural que facilitó el delito y la pérdida que supone la sanción⁹⁶⁴; si bien ésta como tal no podrá ser comprendida por el sujeto castigado (la empresa), sino que sería una retribución valorable como tal por terceros, en este caso las víctimas, la propia sociedad o los miembros de la empresa⁹⁶⁵. Sobre esta posibilidad se hablará en la Parte III. En cualquier caso, en tanto el sujeto al que se impone la sanción no coincide con quienes generaron el defecto organizativo que se castiga, y en tanto el sujeto no tiene la capacidad de comprender el sentido del reproche, parece poro razonable hablar de retribución en sentido estricto⁹⁶⁶.

b.3.4. La «realidad» de la pena: la falta de soporte receptivo en la empresa

En relación a la finalidad retributiva de la pena encontramos otro aspecto de gran importancia –también muy discutido– que afecta a la cuestión de la culpabilidad colectiva, a saber: la cuestión de la realidad de la pena como un «mal» que se impone al autor del delito. No se trata de que la capacidad de sufrir un mal sea lo relevante a la hora de definir el concepto de pena⁹⁶⁷ –pues la pena tiene otra significación, como oportunidad de mejora y de toma de conciencia que se ofrece al autor del delito⁹⁶⁸–; se trata, en cambio, de que cualquiera de los objetivos asociados a la retribución exige como mínimo la capacidad del sujeto de interiorizar la pena tal como es “en realidad”, esto es, como una restricción de sus derechos ajustada a su culpabilidad. En ese sentido, entre las críticas más frecuentes a la culpabilidad empresarial destaca la de la falta de un “soporte sensitivo” en la organización, que interiorice y comprenda la pena como un

⁹⁶⁴ Defiende dicho concepto para la empresa, ENGELHART, *Unternehmen und Compliance*, pp. 611: “La posibilidad de la pérdida de derechos como un mal impuesto puede en este caso comensar la culpabilidad”.

⁹⁶⁵ En ese sentido, ya MERKEL (*Lehrbuch*, § 18) admitía la posibilidad “conceptual” (“*begrifflich*”), si bien reconoce que la afectación sólo se puede llevar a cabo de un modo indirecto, sobre los intereses de los miembros que componen la persona colectiva.

⁹⁶⁶ En un interesante análisis, KAM C. WONG (*Retribution and Corporate Crime*, pp. 397 y ss.) excluye la posibilidad de justificar la culpabilidad en la empresa mediante teorías retributivas por su falta de mente propia, de voluntad autónoma que se represente a sí misma, y porque no puede “sufrir” la pena por su falta de conciencia. Por ello, propone partir de principios utilitarios no vinculados a la idea de merecimiento y culpabilidad, precisamente porque son éstos los que mejor encajan con la naturaleza de la empresa. En mi opinión, y como se ha de desarrollar en la siguiente parte, la exclusión de la retribución no implica necesariamente que se tenga que acudir a principios utilitarios, pues existen otras formas de justicia distintas de la retributiva.

⁹⁶⁷ En ese sentido, BENTHAM, *Principles of Morals and legislation*, p. 283: “la cuestión no es, ¿pueden razonar? Ni tampoco ¿pueden hablar?, sino ¿pueden sufrir?”. En sentido contrario, desconectando la capacidad de sufrimiento de la capacidad moral de un sujeto: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, p. 431; QUANTE, *Sanktionsmöglichkeiten*, pp. 165 y s.

⁹⁶⁸ En ese sentido: JUNG, *Civilización en transición*, p. 207.

mal que ha de soportar como compensación al mal que ha constituido el delito⁹⁶⁹. Según la conocida frase, la empresa no tiene “alma que condenar, ni cuerpo que golpear” (“*no soul to damm, no body to kick*”)⁹⁷⁰. En términos hegelianos, la negación (pena, antítesis) de la negación (delito, tesis) sólo afirma la identidad social (síntesis) si la primera se produce sobre un sujeto competente, es decir, sobre un sujeto que cumpla dos requisitos: la capacidad de relación valorativo-racional con la norma; y, en segundo lugar, y para quienes no se hayan motivado conforme a la norma, un substrato sensitivo capaz de interiorizar la pena como un mal, en el sentido de percibir sus consecuencias restrictivas. En ese sentido, se afirma que la empresa no es capaz de soportar la pena –la negación del delito– porque en ella no concurren estos requisitos subjetivos⁹⁷¹.

Esta problemática se ha intentado soslayar, desde quienes se posicionan a favor de la culpabilidad empresarial, recurriendo de nuevo al paradigma de la comunicación. Al contrario que JAKOBS, que en este punto parece haber dado un “giro fáctico” a su teoría de la pena⁹⁷², la solución de GÓMEZ-JARA es la de considerar tanto el “dolor penal” como el “estar en prisión” como meras “comunicaciones sociales”⁹⁷³. El argumento

⁹⁶⁹ Destacadamente, Josef KÖHLER, *Leiftaden des deutesches Strafrechts*, pp. 163 y ss.; el mismo, *Straffähigkeit der juristischen Person*, pp. 503 y ss.; JESCHECK, *Personenverbände*, p. 213; el mismo, *Zur Frage der Strafbarkeit der Personenverbänden*, p. 542; PEGLAU, *Strafbarkeit von Personenverbänden*, p. 609; hablando en términos de falta de “*Innerlichkeit*” y de “*Höchpersönlichkeit*”: BÖSE, *Strafbarkeit von Verbänden*, p. 18; LEIPOLD, *Plädoyer*, pp. 383 y s.: “la persona jurídica, que no es de carne y hueso, carece de la capacidad de sentir sufrimiento”. También: von FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 59; KIRCH-HEIM, *Sanktionen*, p. 175; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Personas jurídicas*, p. 14: “La persona jurídica carece, finalmente, de capacidad de pena, porque no puede percibir la función motivadora y preventiva de la conminación penal ni conocer el sentido de la pena en su aplicación”; BAUCCELLS, *Penas previstas para la persona jurídica*, p. 176: “El debate arranca al pretender sancionar a un ente que no dispone ni de capacidad de sentir dolor, ni de capacidad de razonar, ni de capacidad de culpabilidad”; Sobre estas críticas: QUANTE, *Sanktionsmöglichkeiten*, pp. 165. En el mismo sentido, NEUHÄUSER (*Unternehmern als moralische Akteure*, p. 114) lo que no le impide sostener la capacidad de “responsabilidad práctica” de la empresa. En un plano filosófico, PETTIT, *Teoría de la libertad*, p. 224: “Así como los colectivos integrados son persona y yoes, en virtud de que son interlocutores válidos y entes responsables de sus juicios, intenciones y acciones, son también personas y yoes insensibles, limitados y burdamente robotizados”. Crítico con el planteamiento: GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 380; *Autorregulación*, p. 275, quien considera que lo relevante de la pena es el «contenido comunicativo», no el sufrimiento como dato naturalístico.

⁹⁷⁰ La cita da título al artículo de COFFEE, *No Soul to Damm, No Body to Kick*, pp. 386 y ss. Sin embargo, la cita original se debe a FIRST BARON THURLOW (1731-1806): “Habéis esperado de la corporación una conciencia, sino tiene un alma que condenar, ni un cuerpo que golpear?”.

⁹⁷¹ Ampliamente: von FREIER, *Verbandsstrafe*, pp. 57 y ss.

⁹⁷² Así lo interpreta SILVA SÁNCHEZ (*Del derecho abstracto al derecho “real”*, p. 2), quien entiende que JAKOBS, en su obra *La pena estatal: significado y finalidad*, realiza un “giro fáctico” e integra una explicación de la pena que no se contenta con el plano de la comunicación –como parecía hasta entonces–, sino que integra una dimensión fáctica donde se trata de explicar el “dolor penal” como socialmente necesario y materialmente justo; también, al respecto, ROBLES PLANAS, *Introducción*, p. 40.

⁹⁷³ GÓMEZ-JARA, *Retribución comunicativa*, pp. 13 y ss.; BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, pp. 204 y ss.: “la teoría de la comunicación rompe o pone en crisis la idea de la pena como un mal”. Crítico,

vuelve a referirse a la conciencia: como “el sistema jurídico no tiene acceso al interior de la psique humana”, el autor afirma que “el dolor (psicologista) per se –es decir: los mecanismos internos de la conciencia que transmiten los estímulos del dolor– no juegan un papel por sí mismos”⁹⁷⁴. Por el contrario, “el dolor aparece como un constructo normativo que lleva aparejado determinados estados –normativos– de conciencia y organización”, por lo que “sólo forma parte del concepto de la pena en la medida en que la *comunicación sobre el dolor* –no el dolor en sí– sea considerado, normativamente, como relevante”⁹⁷⁵. Siendo así, es irrelevante si detrás de la comunicación se esconde un dolor biológico de un sujeto físico (pena de prisión), o un perjuicio monetario de un sujeto colectivo (multa), pues ambos serán equivalentes en el plano de la comunicación y del concepto de pena.

Ahora bien, a la ya problemática justificación de la necesidad de imponer una pena de tales características (en la que no se entrará aquí⁹⁷⁶), las fundamentaciones comunicativas de la culpabilidad empresarial tienen aquí una dificultad añadida, pues a costa de elevar en abstracción los conceptos jurídico-penales para poder introducir a la empresa como sujeto culpable, se pierde toda capacidad de explicar dichos conceptos en su facticidad⁹⁷⁷. En la línea de otros conceptos jurídico-penales, para este tipo de

PEÑARANDA RAMOS, Funcionalismo, p. 313. desde una perspectiva filosófica, HEUBNER, (Genuine Collective Emotions, pp. 89-118) argumenta a favor de verdaderas emociones en aquellos colectivos de suficiente organización y complejidad.

⁹⁷⁴ GÓMEZ-JARA, Retribución comunicativa, p. 16.

⁹⁷⁵ GÓMEZ-JARA, La retribución comunicativa, p. 16.

⁹⁷⁶ La crítica clásica se recoge en el conocido pasaje de NIETZSCHE, *Genealogie der Moral*, pp. 305 y s.. “Durante el más largo tiempo de la historia humana se impusieron penas no porque al malhechor se le hiciese responsable de su acción, es decir, no bajo el presupuesto de que sólo al culpable se le deben imponer penas: –sino, más bien, a la manera como todavía hoy los padres castigan a sus hijos, por cólera de un perjuicio sufrido, la cual se desfoga sobre el causante, –pero esa cólera es mantenida dentro de unos límites y modificada por la idea de que todo perjuicio tiene en alguna parte su equivalente y puede ser realmente compensado, aunque sea con un dolor del causante del perjuicio. ¿De dónde ha sacado su fuerza esta idea antiquísima, profundamente arraigada y tal vez ya imposible de extirpar, la idea de una equivalencia entre perjuicio y dolor? Yo ya lo he adivinado: de la relación contractual entre acreedor y deudor”. El propio texto propone una contraposición interesante de cara a resolver progresivamente el problema. NIETZSCHE niega que la pena se imponga como consecuencia merecida por la realización de un *acto culpable* (“porque habría podido actual de otro modo” dice un poco antes) y afirma que, siendo así, la pena disfraza, mediante una regla de compensación, lo que en realidad constituye el derecho del acreedor a hacer sufrir al deudor que incumple (venganza). Despojando al razonamiento de la ironía nietzscheana concluimos que, a la inversa: la forma más racional (menos arcaica) de pena es precisamente la que se contrapone a la relación entre deudor y acreedor, y ésta es, a sensu contrario, la pena entendida como consecuencia merecida por un “acto lesivo culpable y libre”. Es decir, la única vía de justificar el dolor penal asociado a la pena es precisamente indagar y profundizar en el principio de culpabilidad, en la noción de merecimiento y en la explicación de por qué la pena no equivale al pago de una deuda, a un precio, sino que es *algo más*. Ese algo más es precisamente lo que constituye el contenido del concepto de culpabilidad, sin el cual, la pena constituye precisamente un precio.

⁹⁷⁷ SACHER, Systemtheorie und Strafrecht, p. 579.

planteamientos el dolor sólo es relevante en el plano comunicativo del sistema que lo observa (“el sistema habla y se contesta a sí mismo”⁹⁷⁸, afirma GÓMEZ-JARA), ya que, por sí mismo, es un dato irrelevante, perteneciente a un entorno biológico al que no se tiene acceso⁹⁷⁹. Desde un punto de vista crítico, el problema es que, en la medida en que el “dolor en sí” no sería relevante, parecería que la comunicación puede ir por un camino indiferente hacia lo que ocurre en la realidad. Sin embargo, ello no opera de tal forma en la comunicación penal, pues la propia “pena” sólo es efectiva en la comunicación social si se corresponde con una restricción que no opera ya en el nivel comunicativo, sino en el nivel de “lo real”; es decir, en el nivel donde se explica que un sujeto biológico de “carne y hueso”, que no es una mera ficción, entra en prisión o recibe una multa. Y si la comunicación penal no opera si no es gracias a la existencia de estos efectos reales, quiere decir que dicha realidad –la cual abarca también “lo biológico” y “lo natural”– no es, como sostiene GÓMEZ-JARA, irrelevante para el derecho penal⁹⁸⁰. El argumento es visible incluso desde el punto de vista de la necesaria limitación de dolor penal: sólo se puede limitar lo que se tiene por relevante, esto es, lo que no se reduce a “dato naturalístico irrelevante”⁹⁸¹. En palabras de SEARLE, existe una “primacía lógica de los hechos brutos sobre los hechos institucionales”⁹⁸²; y el hecho bruto (no sólo comunicativo) que supone también la pena ha de ser explicado y justificado de cara al autor del delito.

La manifestación de la pena a través de una afectación real del autor del delito (contenida en la propia etimología de la palabra⁹⁸³) no se explica sólo como un medio de amplificar los efectos de la prevención general negativa; se trata, en cambio, de una

⁹⁷⁸ GÓMEZ-JARA, *Retribución comunicativa*, p. 8.

⁹⁷⁹ Todo ello es, en realidad, el correlato de la indiferencia del concepto de persona respecto a lo biológico de los individuos, vid. al respecto: ARTAZA VARELA, *Empresa*, p. 193.

⁹⁸⁰ En ese sentido: MIR PUIG, *Límites del normativismo*, p. 15: “la función de la prevención (...) ha de estar limitada por los principios que garantizan el respeto que hoy consideramos debido al individuo en atención a su realidad psico-física: a su capacidad para sentir dolor, a su necesidad de seguridad...”.

⁹⁸¹ No obstante, aunque se conciba como un constructo comunicativo, GÓMEZ-JARA (*Retribución comunicativa*, p. 20) parece aludir, sin desarrollarlo, a lo que podría interpretarse como un límite a la imposición de dolor penal, esto es: el concepto de paridad entre la comunicación de dolor que lleva aparejada el delito y la que lleva aparejada la pena. En todo caso, si la “paridad” también es una construcción comunicativa, el problema no es resuelto sino trasladado; y si, por el contrario, ha de tener alguna correspondencia en la realidad, entonces es necesario salir de los presupuestos de los que parte. Un análisis crítico se encuentra en BARATTA (*Integración-Prevención*, pp. 545 y ss.) quien se pregunta porque no se utiliza el marco teórico comunicativo de la teoría de sistemas para buscar “alternativas radicales al sistema penal”.

⁹⁸² SEARLE, *Construcción*, p. 52.

⁹⁸³ En ese sentido, citando a FEUERBACH (*Revision*, pp. 3 y ss.): PAWLIK, *Libertad institucionalizada*, p. 79.

respuesta a la necesidad de “correspondencia” que proviene del carácter retributivo de la pena⁹⁸⁴. En palabras de PAWLIK: “para poder transmitir el mensaje de que el disfrute de la libertad y el cumplimiento del deber de colaboración son dos caras de la misma moneda es imprescindible disponer de medios coercitivos. Debe ser posible hacer ver al delincuente que quien no respeta la libertad ajena está renunciando a una parte de su propia libertad”⁹⁸⁵. No es éste el lugar para discutir si el sistema penal debe emplearse irremediabilmente de este modo; lo que parece claro es que, mientras así siga siendo, la pena tendrá una dimensión fáctica que no se puede reconducir a funciones comunicativo-simbólicas, y que, desde luego, la empresa o la desconoce por completo o bien la integra en su esquema de beneficios-pérdidas.

Por otra parte, tampoco queda claro que aquella tendencia del normativismo funcionalista sea coherente con las tesis de LUHMANN, para quien toda comunicación social, también la de la pena, requiere una presencia corporal –“el cuerpo vivo de los participantes”, lo que denomina «símbolo simbiótico– para contribuir al acontecimiento comunicativo⁹⁸⁶. En la medida en que el médium del derecho, como también del poder, esta integrado por la violencia física, parece imposible que la comunicación del mismo se pueda producir con independencia de la corporalidad del participante. En esa misma medida, parece imposible que el sujeto empresarial participe de modo equivalente al individuo en la comunicación penal, ya que, debido a su falta de corporalidad, el lenguaje de la violencia física asociado a la amenaza de pena le es extraño.

Más allá de la perspectiva comunicativa, parece que tanto la ausencia en la empresa de un soporte sensitivo –para percibir la «realidad» de la pena– como también de un soporte racional-valorativo –para comprenderla como merecida– imposibilitan el cumplimiento de la finalidad retributiva del derecho penal. Como ha expresado HIRSCH –aunque para llegar a conclusiones diversas a las aquí expresadas–, “la corporación no puede sentir la pena ella misma, le faltaría, por tanto, la receptividad de la pena (...)

⁹⁸⁴ Sobre estas cuestiones: ROBLES PLANAS, Introducción, p. 40; sobre la pena como medida jurídica dual (lesiva y reparadora al tiempo), vid. MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 38.

⁹⁸⁵ PAWLIK, *Libertad institucionalizada*, p. 103. Muy tempranamente, sobre la relación entre la afectación del sujeto a través de la pena como una exigencia de principios de justicia: ABEGG, *Lehrbuch*, § 114, 115.

⁹⁸⁶ LUHMANN, *Gesellschaft der Gesellschaft*, pp. 378 y s.: “Los medios simbólicamente generalizados operan — como toda comunicación— en acoplamiento estructural con la conciencia de aquellos sistemas psíquicos que participan en la comunicación. Este acoplamiento estructural implica incluso el cuerpo vivo de los participantes. En los sistemas de interacción, por ejemplo, deben estar presentes corporalmente para contribuir al acontecimiento comunicativo”. cfr. al respecto, LÓPEZ DE LIZAGA, *Lenguaje y sistemas sociales*, p. 113.

pero es una estructura que recibe vida a través de sus miembros cambiantes y de sus órganos. Por ello, la sanción penal impuesta produce reacciones dentro de la asociación⁹⁸⁷. A diferencia de lo que concluye el propio HIRSCH, su afirmación parece demostrar que la capacidad retributiva de la empresa misma es difícilmente sostenible, en la medida en que los efectos de la pena se dispersan en su interior a través de unos miembros que reciben el mensaje que ella misma no puede recibir (en ese sentido el colectivo sirve de *medium*). La pregunta es, entonces, si estamos dispuestos a llamar “retributiva” a una sanción que puede ser percibida como tal por todos excepto por el propio sujeto sancionado, y cuya restricción de derechos se produce sobre un sujeto (colectivo) distinto de quienes produjeron el hecho antijurídico (administradores). A estas preguntas, en mi opinión, se debe responder de modo negativo.

En resumen, la organización empresarial carece del soporte cognitivo (que en el caso individual es la conciencia) que permite el nexo de comunicación con las normas y la pena, razón por la cual no es posible un posicionamiento autónomo frente al derecho⁹⁸⁸. No se trata meramente de un problema de capacidad natural, sino de exigencias normativas: el sujeto penado ha de ser capaz de motivación autónoma y de reconocimiento valorativo frente al derecho, de modo que ni la pena ni la culpabilidad puede depender de lo que hagan otros, lo cual sucede necesariamente respecto a la empresa. El hecho de que tanto la norma como la pena se relacionen con la empresa de un modo complejo y reflexivo justifica su tratamiento en un lugar diferenciado de la culpabilidad, pues ésta presupone una identidad entre el sujeto en los tres momentos de

⁹⁸⁷ HIRSCH, Responsabilidad penal de las asociaciones, p. 1114. De modo muy parecido, SHEPPARD, Corporate Moral Person, p. 161 y s., en relación a la corporación: “Mientras que dicha personalidad parece carecer del ímpetu moral de una persona emocional, los directivos sirven también para proporcionar dicho recurso. Los directivos tienen que ejercer el rol del crecimiento moral de su equipo –la corporación. Si los directivos fallan a la hora de desarrollar una cultura corporativa que esté abierta a la discusión de cuestiones morales, entonces tienen que responsabilizarse de las consecuencias de dicho fallo”.

⁹⁸⁸ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 180; Kant, *Grundlegung*, p. 56: “Sólo un ser razonable tiene la capacidad de actuar según la representación de una ley o de principios, o sea voluntad”. También, DANNECKER, Sanktionen gegen Verbände, p. 118: “Los sistemas sociales carecen de la facultad de ser interpelados directa e inmediatamente por las normas penales. Solo los hombres, también como miembros de la empresa, pueden ser destinatarios ontológicos de las normas”; ROBLES PLANAS, Pena y persona jurídica, p. 4: “El Derecho penal opera con normas de conducta que regulan única y exclusivamente conductas de personas físicas. En cambio los meros procesos sistémicos o naturales no pueden ser objeto de sus normas”; GÓMEZ MARTÍN, Falsa alarma, p. 361. En el plano filosófico: HABERMAS, (*Facticidad y validez*, p. 178) comparte que no sólo las normas morales sino también las normas jurídicas tienen como destinatarios a sujetos individuales. A pesar de ello, y sin especificar el cómo, reconoce la posibilidad por parte del sistema jurídico de “establecer un sistema de asignación de obligaciones que no sólo se refiera a personas jurídicas naturales o físicas, sino también a sujetos jurídicos ficticios, como son organismos o institutos” (p. 182).

la comunicación penal: el momento de recibir el estímulo comunicativo de la norma, el momento de hacer o dejar de hacer algo para que la exigencia se vea cumplida, así como en el momento de soportar la pena. En la empresa los tres momentos son suficientemente dependientes de personas físicas autónomas como para considerar que los fines del derecho penal no se ven cumplidos en el sentido que presupone la idea de culpabilidad.

Capítulo 5. Empresa e identidad ético-moral: agencia moral y reproche en el sujeto colectivo

Una vez analizadas detalladamente las cuestiones dogmáticas problemáticas que subyacen a la fundamentación de la culpabilidad empresarial en cuanto a la identidad en sí misma, así como a la identidad subjetiva del sujeto penal, es necesario analizar si la empresa tiene la identidad ética necesaria como para postularse como sujeto capaz de culpabilidad penal. Es decir, se ha de analizar si la empresa se puede considerar como parte de la comunidad de sujetos éticamente orientados, en el sentido de tener “cierta percepción de discriminación cualitativa”⁹⁸⁹ entre lo justo y lo injusto.

a) Introducción: la relación entre el derecho penal, la ética y la cuestión de la culpabilidad de la empresa

La aceptación o no de la empresa como sujeto penal depende en buena medida del tipo de relación que se sostenga entre la propia norma penal y los mandatos éticos. Es decir, de si uno concibe el derecho penal (y el derecho en general) como algo que está conceptualmente ligado a la moral o si, por el contrario, sostiene que está completamente separado de ella; y más específicamente, si el reproche asociado a la atribución de culpabilidad tiene algo que ver con cuestiones ético-morales o no.

En ese sentido, para quienes parten de una concepción de derecho penal cuyo universo conceptual esté integrado o solapado con el universo de las cuestiones morales⁹⁹⁰, es más problemático justificar una culpabilidad empresarial, pues ello obligaría a responder a la pregunta de si la empresa como tal cumple los requisitos para ser un agente moral⁹⁹¹. En sentido contrario, bajo una concepción en la que la pena o las normas careciesen de connotaciones morales habría poco que objetar, en este punto, a la culpabilidad de la empresa, ya que la capacidad moral no se tomaría como relevante de

⁹⁸⁹ TAYLOR, *Fuentes del yo*, p. 64.

⁹⁹⁰ De momento, vid. GARZÓN VALDÉS, *Derecho y moral*, p. 118: “entre derecho y moral existe una relación conceptual, es decir, el sistema jurídico no puede existir sin la pretensión de corrección moral de su regla de reconocimiento”.

⁹⁹¹ HIRSCH, *Responsabilidad penal de las asociaciones*, p. 1108: “De esta vinculación entre culpabilidad y personalidad moral se sigue que sólo puede formularse un reproche de culpabilidad frente al hombre”. A pesar de lo cual seguidamente se muestra crítico con la exclusión de las personas jurídicas en tanto éstas son también “personas en el sentido ético, en forma suficiente como para poder ser destinatarias de la punición en caso de no cumplimiento de tales normas” (p. 1114). También sobre esta relación: HAAS, *Organisierte Unverantwortlichkeit*, pp. 139.

cara a la construcción del concepto de culpabilidad o de la teoría del sujeto⁹⁹². Desde esta perspectiva, aunque un sujeto no tuviera capacidad de agencia moral, podrían existir otras razones, como la seguridad en las interacciones o las necesidades preventivas, para considerarle sujeto del derecho penal. La relación entre estos dos planos no es nueva. Ya en la discusión posterior al idealismo alemán, tal y como se aprecia en BINDER, la cuestión de la naturaleza de la persona jurídica tenía que ver con la relación entre personalidad ética y personalidad jurídica⁹⁹³. Así, un concepto de sujeto que tuviese que aunar ambas debía excluir necesariamente al sujeto colectivo –que carecía de la primera–, mientras que una estricta separación, como a continuación se verá, abriría la puerta a la ampliación de dicho concepto a sujetos no individuales.

De las diferentes posiciones teóricas acerca del carácter deóntico de las normas, así como de sus consecuencias de cara a fundamentar una culpabilidad colectiva, se derivan las siguientes opciones:

(I). Por un lado, se encuentra la concepción según la cual a la norma jurídica no precede «norma primaria» alguna (de contenido prescriptivo), sino que se limita, mediante la norma secundaria, a asociar una «consecuencia negativa» (sanción) a un comportamiento objetivamente desvalorado⁹⁹⁴ –quedaría por determinar en función de qué se produce el desvalor–. En la medida en que se reduce el plano normativo a lo objetivo, dicha posición es –en este punto– aperturista respecto a las personas jurídicas, ya que su incapacidad para infringir una norma prescriptiva sería irrelevante de cara a fundamentar una pena, que en este caso estaría fundamentada en una desviación de

⁹⁹² Por ejemplo: GÓMEZ BENÍTEZ (Sobre lo interno y lo externo, p. 273) afirma que el requisito jurídico-penal de culpabilidad ha de ser suprimido de la teoría del delito, pues que “no existe ya un derecho objetivo y moral al reproche, y la consecuencia práctica es la objetivación utilitaria de la relación de la sociedad con el ‘delincuente’ o, más aún, la erradicación de juicios morales o éticos de desvalor”. Por su parte, HASSEMER (*Persona, mundo y responsabilidad*, p. 117) niega la posibilidad de un reproche de culpabilidad por parte del estado pero, en cambio, aboga por mantener las “misiones irrenunciables que se le han asignado: posibilidad de imputación subjetiva, exclusión de la responsabilidad por azar, diferenciar y valorar la participación interna en el suceso externo y garantizar la proporcionalidad...”.

⁹⁹³ BINDER, *Juristischen Persönlichkeit*, p. 13. Al respecto de esta discusión: BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad*, pp. 59 y ss., quien afirma que la crítica de SAVIGNY presupone la identificación entre personalidad jurídica y ética, presente en HEGEL y KANT, lo que tiene como consecuencia la exclusión de la persona jurídica. La dificultad de concebir a la persona jurídica como miembro de la comunidad moral ha sido especialmente desarrollada por los autores hegelianos, como por ejemplo KÖSTLIN, *System*, pp. 121 y ss. Recientemente, STRATENWERTH (*Strafrechtliche Unternehmenshaftung?*, p. 305) hace referencia a la falta de personalidad ética como razón de la exclusión de la persona jurídica.

⁹⁹⁴ Paradigmáticamente, KELSEN, *Teoría pura del Derecho (1º ed. 1934)*, pp. 54 y ss. (sobre la relación entre derecho y moral, pp. 48-52.). BACIGALUPO ZAPATER (*Compliance y Derecho penal*, p. 96), por su parte, hace referencia a LUHMANN, y a las normas de derecho penal y administrativo como “normas de programación condicional”, que como tales se pueden dirigir indistintamente a personas jurídicas y a personas físicas.

carácter objetivo. A la empresa se le castigaría porque su estado organizativo no coincidiría objetivamente con el descrito por la norma.

(II). En el otro extremo se encuentra la posición según la cual toda norma jurídica contiene una norma primaria de carácter deóntico –la intensidad del aspecto moral también varía según los planteamientos–, de modo que quien la infringe no sólo lo hace en un plano objetivo-descriptivo («ser») sino que además lo hace en el plano subjetivo-valorativo⁹⁹⁵ («deber ser»). La culpabilidad penal estaría, por tanto, conectada a la esfera de la moralidad; al tiempo que las normas penales tendrían también una función socializadora, una aspiración al reconocimiento valorativo por parte del destinatario⁹⁹⁶. Dentro de esta opción, habría quienes afirman que la falta de identidad moral de la empresa la excluiría de los sujetos capaces de cuestionar de modo moralmente relevante las normas en su aspecto prescriptivo; por otra parte, habría quienes, admitiendo cierto contenido ético en las normas penales, afirmarían que la empresa sí que es capaz de relacionarse con sus prescripciones de un modo suficiente como para ser consideradas agentes morales.

En relación a esto último y a la responsabilidad empresarial, la evolución del derecho penal ha ido en beneficio de posturas que, si bien no eliminan las connotaciones deónticas del concepto de norma y de reproche, sí que las han mitigado o sustituido por fórmulas menos intensas, como las fórmulas del concepto social y funcional de culpabilidad⁹⁹⁷. Utilizando la terminología que adoptamos al comienzo: entre las

⁹⁹⁵ Una explicación detallada en HABERMAS, Derecho y moral (1986), en *Facticidad y validez*, p. 535-587. El autor, tras realizar una crítica a la posición de la moral en la teoría del derecho sistémica (pp. 563 y ss.), sostiene que existe una relación interna del derecho con la moral, que no es identificación, similar a la que aquí se propone (“El derecho guarda una relación interna con la política, por un lado, y con la moral, por otro, la racionalidad del derecho no puede ser sólo un asunto del derecho”, pp. 570 y ss.). Desde postulados similares, GÜNTHER (*Schuld und kommunikative Freiheit*) propone un modelo de persona para el derecho penal basado tanto en su aspecto “moral” (pp. 232-243) como en el social y político (noción de persona deliberativa, pp. 245 y ss.). MOLINA FERNÁNDEZ, (*Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 72), por su parte, asocia la culpabilidad a la responsabilidad subjetiva o moral. Sobre la relación entre la moral y el concepto de pena: KÖHLER, *Begriff der Strafe*, pp. 67 y ss. Paradigmáticamente, KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, p. 201: “de la naturaleza ética de la culpabilidad se deriva la naturaleza ética de la pena”; LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 730: “la culpabilidad significa ‘echar cuentas’ y, por consiguiente, presupone como sustrato ético la capacidad de culpabilidad propia”. Desde una perspectiva utilitarista, WOLF, *Kollektive Verantwortung*, pp. 141 y s: “la imputación jurídica de responsabilidad sólo coincide parcialmente con la moral”.

⁹⁹⁶ Paradigmáticamente: WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, §1. Desde una perspectiva anglosajona: COFFEE JR., Does “Unlawful” Mean “Criminal”?, pp. 223 y ss.

⁹⁹⁷ SCHÜNEMANN, Punibilidad, p. 586: “Tiedemann se ha referido al denominado concepto social de culpabilidad, defendido recientemente con frecuencia en la doctrina penal, que integra sólo la permanencia del autor detrás de la capacidad de un hombre medio, lo que se podría comprobar también en relación con una colectividad”; también, SEELMANN, Punibilidad, p. 362; PÉREZ MANZANO, Personas

cuestiones en las que el concepto de culpabilidad ha perdido *intensio* (profundidad conceptual) en favor de su *extensio* (aplicabilidad) está también la cuestión de las exigencias morales, y sólo así se explica la relativa aceptación del sujeto empresarial como capaz de recibir un reproche jurídico-penal. Buena parte de la explicación de este fenómeno, que viene de KELSEN⁹⁹⁸, se encuentra en el auge del funcionalismo sistémico como teoría del delito y como base explicativa de la relación entre derecho y moral. La argumentación nos devuelve de nuevo a la «autorreferencialidad» del sistema jurídico: el derecho se reproduce sobre sus propios elementos comunicativos, hasta el punto de que sus operaciones (como la imputación) “se vuelven independientes respecto de la normatividad moral”⁹⁹⁹.

Sin embargo, y sin ánimo de repetir lo que se explicó en la primera parte, la autorreferencialidad del sistema jurídico no implica necesariamente una negación absoluta del papel de la moral en el mismo. Para el funcionalismo, las normas jurídicas pueden estar referidas a un contenido ético-valorativo u otro en función del contexto social –dependiendo de los códigos de aprecio/desprecio (moral), bueno/malo (ética)¹⁰⁰⁰ de la sociedad en que dichas normas operan–. Ello implica que las expectativas no están basadas en una “originaria oposición lógica entre «ser» y «deber ser»”, sino que el deber ser estará integrado en el sistema como “una función más” de un objetivo mayor: la integración y estabilización social¹⁰⁰¹. El problema, de nuevo, no queda resuelto sino

jurídicas, p. 21: “Se afirma que la incapacidad de culpabilidad de las personas jurídicas va unida a la concepción de ésta como juicio de reproche personal basado en el poder actuar de otro modo, de manera que si se opera con un concepto social de culpabilidad el problema desaparece. Concepto social de culpabilidad significa aquí que los parámetros de referencia del juicio de reproche no proceden de la moral individual, sino del contexto social”. A favor de un concepto tal para las personas jurídicas, LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 725; SCHROTH, *Unternehmen als Normadressaten*, p. 200. Crítico, MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 122: “Imputar un hecho a alguien basándose no en sus propias circunstancias sino en las de otro, aunque sea un hombre medio, contraviene de manera grave este principio (de individualidad de la imputación)”. Sobre la culpabilidad como un reproche jurídico, libre de connotaciones éticas: TORIO LÓPEZ, *Concepto individual de culpabilidad*, pp. 289 y ss.

⁹⁹⁸ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, pp. 60 y ss. Sobre la relación en este punto del funcionalismo sistémico y KELSEN, vid. MONTORO BALLESTEROS, *El funcionalismo en el Derecho*, p. 374; DREIER, Hans Kelsen und Niklas Luhmann, pp. 434 y s.

⁹⁹⁹ TEUBNER, *Derecho como sujeto epistémico*, p. 555; en relación a LUHMANN, DREIER, Hans Kelsen und Niklas Luhmann, p. 434: “La separación de derecho y moral no es solamente un postulado técnico-pragmático de la razón, sino el resultado de la capacidad funcional del sistema en su conjunto”.

¹⁰⁰⁰ Al respecto, vid. IZUZQUIZA, *Sociedad sin hombres*, p. 45.

¹⁰⁰¹ LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 44. Como se advirtió en I.2.a, el contenido material del sistema jurídico (y por tanto su moralidad) suele desplazarse al plano de la política, y el derecho queda con ello reducido a una herramienta técnica de ordenación social, como lo es para BOTKE o para KELSEN. Al respecto, MONTORO BALLESTEROS, *El funcionalismo en el Derecho*, p. 374: “Para Jakobs, como para Kelsen, los problemas axiológicos, éticos, son cuestiones que no competen al Derecho, sino a la Política”.

desplazado, y eso es precisamente lo que ocurre con el concepto social de culpabilidad: la posibilidad de reprochar algo a la empresa depende de si en la comunicación social se la considera un sujeto moral, esto es, si se interacciona con ella como si tuviera una relación éticamente relevante con su entorno.

b) La empresa como sujeto moral: propuestas de fundamentación

Ante la constatación de que el derecho opera de un modo u otro de modo conectado con reglas de racionalidad ético-valorativa, varios han sido los intentos de incluir a las empresas como destinatarias de normas ético-jurídicas:

(I) En la literatura penal norte-americana proliferan los análisis sobre la empresa como sujeto moral¹⁰⁰². En dicho ámbito la noción de culpabilidad jurídica está tan relacionada con la noción de culpabilidad moral que la única vía para considerar a la empresa como agente penal es justificar previamente su capacidad como agente moral¹⁰⁰³. En este punto destaca, de nuevo, la posición de FRENCH, para quien las “*CID Structures*” de las empresas proporcionan ese sustrato de identidad moral que permite afirmar que la propia organización tiene razones y deseos¹⁰⁰⁴ –más tarde los sustituirá por “planes e intenciones”¹⁰⁰⁵– para hacer lo que hace y, en esa medida, para ser moralmente responsable por ello.

(II). Por otro lado, encontramos autores, entre los que destacan DANNECKER, EHRHARDT o LAMPE, que no renuncian a la vinculación entre el derecho y el plano ético-moral, pero cuya fundamentación de la culpabilidad penal empresarial sustituye el

Una descripción crítica en ALCÁCER GUIRAO, *Facticidad y normatividad*, pp. 208. El autor sostiene una tesis según la cual el funcionalismo no solo no separa derecho y moral sino que los confunde claramente, puesto que la finalidad del derecho (en algunos casos) es servir mediante su aparato represivo a la integración social en los valores de la comunidad ética. Ello afectaría especialmente a DURKHEIM, pero no tanto a LUHMANN y JAKOBS, para quienes el derecho es autorreferencial respecto a la moral social, esto es, sólo persigue el cumplimiento externo de las expectativas normativas, con independencia de la convicción moral del agente. En cualquier caso, estos últimos acaban recurriendo a fórmulas tautológicas y circulares, pues si el derecho no protege bienes éticamente valorados, sólo le queda protegerse a sí mismo, lo cual constituye precisamente la teoría de las normas de corte sistémico: el derecho protege la vigencia de las normas, esto es, su propia vigencia (p. 211).

¹⁰⁰² FRENCH, *Corporation as a Moral Person*, pp. 207-215; NEUHÄUSER, *Unternehmen als moralische Akteure*, pp. 90 y ss.; LAUFER/STRUDLER, *Corporate Intentionality*, pp. 1292 y ss.. También, WOLF, *Kollektive Verantwortung*, p. 130, quien afirma que la política empresarial puede ser considerada como equivalente al carácter del individuo, razón por la cual puede ser objeto de responsabilidad.

¹⁰⁰³ LAUFER/STRUDLER, *Corporate Intentionality*, p. 1292: “La perspectiva normal del castigo implica esencialmente la expresión de un reproche y una condena moral”.

¹⁰⁰⁴ FRENCH, *Corporation as a Moral Person*, pp. 207-215.

¹⁰⁰⁵ FRENCH, *Integrity, Intentions, and Corporations*, pp. 141-155.

clásico reproche ético-individual por un reproche ético-social¹⁰⁰⁶. El hilo argumental es el mismo que el del denominado concepto social de culpabilidad, de contenido ético aminorado y anclado más en la consideración social del hecho punible¹⁰⁰⁷. Si se considera que la empresa es un sujeto con relevancia social –lo cual se verificaría, por ejemplo, en el concepto de “reputación” o “prestigio”¹⁰⁰⁸–, entonces también tiene la capacidad de recibir un reproche de carácter ético-social¹⁰⁰⁹.

(III). Otros intentos de superación del problema han pasado por buscar una solución intermedia en la teoría de las expectativas normativas, gracias a la cual, en un marco funcionalista, se trataría de eludir la problemática del carácter ético-moral de las normas. El planteamiento parte de que lo relevante es, tanto para la norma como para la pena, que ambas tienen en su horizonte inmediato no tanto la determinación de una conducta moral, sino especialmente el aseguramiento de las expectativas normativas. El contenido moral de dichas expectativas es indeterminado, funge en función, según JAKOBS, del “espíritu del tiempo” que encarna cada sistema social¹⁰¹⁰. Por tanto, las normas tendrán contenido moral en la medida en que la moral misma sea objeto de la comunicación social (no de la comunicación de la conciencia subjetiva)¹⁰¹¹, lo que equivale a afirmar que la comunicación es previa al orden normativo-valorativo. Este carácter indeterminado y contextual implica que la inclusión o no de las empresas en ese orden jurídico como destinatarias queda abierta: cuando la comunicación social exige

¹⁰⁰⁶ DANNECKER, *Personas jurídicas*, p. 48: “Cuando el legislador decide sancionar a las personas jurídicas, configura una sanción carente de reproche ético-individual y que contiene exclusivamente una censura ético-social, derivada de una deficiente filosofía-individual o una estructura organizativa incorrecta”; El mismo, *Sanktionen gegen Verbände*, p. 112; en sentido parecido, EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz*, pp. 189 y ss.; LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtsysteme*, p. 724: “la pena en el derecho penal depende tan poco del reproche ético individual como en las otras consecuencias jurídicas. Más bien, en el Derecho penal se trata de proteger bienes y valores ético-sociales hasta donde sea posible. Al sistema social también se le puede reprochar ético-socialmente la falta de rectitud”. (también en nota 124, donde distingue entre reproche ético individual y ético-social).

¹⁰⁰⁷ TIEDEMANN, *Unternehmen*, p. 1172; un análisis, en GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, p. 601.

¹⁰⁰⁸ En ese sentido, SEELMANN, *Punibilidad*, p. 360, quien afirma, no obstante, que ello no implica automáticamente que se deba operar respecto a los colectivos con los presupuestos de la culpabilidad.

¹⁰⁰⁹ ACKERMANN, *Strafbarkeit juristischer Personen*, pp. 229 y ss. Acerca de los modelos de culpabilidad colectiva como “reputación negativa” (“*negative Ehre*”), QUANTE, *Sanktionsmöglichkeiten*, pp. 146 y ss. (críticamente: p. 153).

¹⁰¹⁰ JAKOBS, *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, p. 346: “¿Cuándo estamos, entonces, ante fantasmas de normas más o menos maquillados y cuándo ante verdaderas normas? La respuesta debe consistir en la descripción del espíritu del tiempo sólido, con fuerza histórica: las normas que sean conformes a él son reales”.

¹⁰¹¹ Según el paradigma sistémico, el contenido moral de las normas jurídicas, y la moral misma, son relevantes sólo como objeto de la comunicación social (no como fuente en sí misma de normatividad). Así, LUHMANN, *Complejidad y modernidad*, p. 200: “Entiendo por moral un tipo específico de comunicación, el cual comporta referencias al aprecio o desprecio”. En esa línea, con influencias de HEGEL: JAKOBS, *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, p. 345; para un análisis crítico, vid. SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, pp. 28 y ss.

autoconciencia, como para JAKOBS, las empresas quedan excluidas¹⁰¹²; mientras que si se considera suficiente cierta complejidad organizativa, como para BOTKE o GÓMEZ-JARA¹⁰¹³, tanto personas individuales como colectivas se integran en dicho concreto orden jurídico-moral.

(IV). Por último, la argumentación más importante a favor del carácter ético de la empresa –y también de su inclusión como destinataria de normas de contenido ético– se encuentra en la nueva «semántica de la ética empresarial», concretada en conceptos como “responsabilidad social corporativa” (“*Corporate Social Responsibility*”), “gobierno corporativo” (“*Corporate Governance*”) y el “buen ciudadano corporativo” (“*Corporate Citizenship*”)¹⁰¹⁴. De origen principalmente norteamericano, estos conceptos van en la dirección de fomentar que las organizaciones empresariales integren como parte de sus objetivos y actividades tanto el cumplimiento del derecho («compliance») como el respeto al entorno ecológico y social en el que operan. El objetivo es el de motivar, también mediante instrumentos penales, a que las empresas se responsabilicen por su impacto en la sociedad. Todo ello es interpretado, además, como una prueba de que en la comunicación social la empresa comienza a ser, o es ya, un agente moral relevante en la sociedad¹⁰¹⁵.

c) Crítica a la fundamentación de la agencia moral de la empresa

Para responder a la pregunta acerca de la identidad ética de la empresa es necesario previamente analizar por qué al derecho penal le interesarían sólo aquellos sujetos con personalidad ética. Dicho de otro modo, es necesario explicar qué motivos fundamentan que los conceptos de “pena” o “culpabilidad” deban estar provistos de contenido ético-valorativo, sin que se puedan reducir a una técnica axiológicamente neutra de ordenación social.

¹⁰¹² Vid. II.4.a.

¹⁰¹³ BOTKE, *Assoziationsprävention*, p. 49; Sigue a BOTKE en este punto, GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, pp. 175 y ss.

¹⁰¹⁴ Una definición de estos conceptos, en relación a su presencia también en el ordenamiento comunitario: OTTO, *Ethik*, pp. 393 y ss. Igualmente, SIEBER, *Unternehmensstrafrecht*, pp. 451, quien profundiza en su relación con el «compliance». Muy temprano: TIEDEMANN, *Unternehmen*, pp. 1170 y ss. En la doctrina española: GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, pp. 322 y ss. En relación al contexto de la economía global de mercado: NEUHÄUSER, *Unternehmen als moralische Akteure*, pp. 264 y ss.

¹⁰¹⁵ BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, pp. 33 y ss.

c.1. Cuestión previa: el “momento moral” de la comunicación penal

Desde la perspectiva de la legitimación del derecho penal, es difícil sostener una concepción de las normas penales como normas secundarias sin contenido moral, así como un concepto de culpabilidad desprovisto de connotaciones éticas, sin entrar en una grave auto-contradicción. La razón es que si la imposición de una pena a un sujeto no se justifica con arreglo a valoraciones y a reglas de racionalidad material, esto es, con base en razones ético-morales, no parece posible encontrar otro tipo de razones que la liberen de suponer una imposición de poder. Incluso desde una perspectiva de sentido común, no es posible sostener que el sistema jurídico pueda obligar al ciudadano a ingresar en prisión, y sostener al mismo tiempo que no hay nada moralmente reprochable en su conducta.

Se puede sostener, como es conocido, una justificación utilitarista. Se puede tomar como ejemplo las palabras de GÓMEZ BENÍTEZ, para quien la relación entre sociedad y delincuente sólo puede ser utilitaria, pero no moral, razón por la cual defiende “un derecho penal estrictamente preventivo”, que permita “descansar de la angustiada reiteración histórica de la desigual lucha del bien contra el mal”¹⁰¹⁶. Sin embargo, es dudoso que dicha angustia pueda ser liberada mientras se siga castigando a sujetos, simplemente sustrayendo el reproche ético-jurídico que servía de legitimación a dicho castigo¹⁰¹⁷. Estas teorías conducen irremediamente a cierto «pesimismo penal»: sin esas razones, o prescindimos de la pena (como sugiere el abolicionismo), o el derecho penal se convierte en un puro fenómeno de poder y la pena en un «precio»¹⁰¹⁸. En el fondo, todas las concepciones de las normas y de la pena que se desprenden del contenido de reproche ético-moral sin renunciar a la pena caen en cierta hipocresía; como dice BARATTA, manifiestan “un progreso de las buenas intenciones” o de “la mala conciencia”, pero al no promover un cambio real en el sistema de penas convierten al

¹⁰¹⁶ GÓMEZ BENÍTEZ, *Sobre lo interno y lo externo*, p. 273. Sin embargo, esa es también una argumentación de algún modo moral, en la medida en que se valora como preferible una cosa (la prevención) sobre otra (la libertad del infractor).

¹⁰¹⁷ Para GÓMEZ BENÍTEZ (*Sobre lo interno y lo externo*, p. 274) la pena se justifica “conforme a criterios racionales de política criminal”.

¹⁰¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 20: “la renuncia a una interpretación deóntica del Derecho penal conlleva, asimismo, una renuncia al análisis de la racionalidad valorativa de los enunciados jurídico-penales concretos: el Derecho penal –el Derecho en su conjunto– se convierte en un puro fenómeno de poder. (...) La injerencia en los intereses de la víctima (en un sistema así no puede hablarse de derechos subjetivos) se convierte en una pura cuestión de precio”. LÜBBE (*Verantwortung*, p. 34), por su parte, alerta del riesgo de separar en exceso la responsabilidad ética de la responsabilidad jurídica. Una crítica clásica: KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, pp. 127 y ss.

sistema mismo en algo “todavía más irracional”¹⁰¹⁹. En resumen: se vacía de contenido expresivo el fundamento de la pena por considerarlo irracional, pero, sin embargo, se mantiene la consecuencia (la pena-sufrimiento) que se desprendía del propio fundamento; de modo que al final lo que queda es una consecuencia sin fundamento¹⁰²⁰. Por otro lado, con la supresión o el debilitamiento del reproche ético-moral se mitiga también el efecto preventivo de las normas penales: como ha destacado SEELMANN, un ordenamiento penal que tenga que convivir con la paradoja de castigar a sujetos a los que “no tiene nada que reprochar moralmente” perderá no sólo su racionalidad valorativa sino también su capacidad preventiva¹⁰²¹.

Ahora bien, lo cierto es que este planteamiento positivista pocas veces se da, con excepciones¹⁰²², en toda su radicalidad. Lo habitual es encontrar, también en las fundamentaciones de la culpabilidad empresarial, posturas acerca de la eticidad de las normas de carácter “débil” o “ecléctico”, como las mencionadas variantes ético-sociales del reproche. Y es que, como ha destacado GARZÓN VALDÉS, por mucho que se quiera depurar el lenguaje jurídico de cara a “deseticizarlo”, cualquier formulación racional de la naturaleza de las normas ha de remitirse, en mayor o menor medida, a alguno de los estándares de valoración, sean de racionalidad, de razonabilidad, morales, valorativos o contextuales¹⁰²³. Sin embargo, la variante social de la culpabilidad, donde se substituye el reproche ético-individual por un reproche social, tampoco responde adecuadamente al porqué del castigo. Como ha destacado SCHÜNEMANN, referir el contenido de la culpabilidad a promedios sociales no soluciona el problema principal –¿por qué castigamos al sujeto?– “sino que sólo lo encubre”. Ello se produce porque, “si se entiende como reproche jurídico tan sólo la imputación jurídica sin mención de los fundamentos de legitimación, entonces el concepto de culpabilidad se ha convertido abiertamente en circular, porque de culpabilidad se habla cuando se imputa culpabilidad”¹⁰²⁴. Ello se ve claramente en la variante funcionalista, por ejemplo de

¹⁰¹⁹ BARATTA, Laboratorio del Derecho, p. 282.

¹⁰²⁰ Lo que queda es, según lo expresa BARATTA (Laboratorio del Derecho, p. 283), “una pena-sufrimiento como dato natural (...) como un aspecto inevitable de la violencia institucional”.

¹⁰²¹ SEELMANN, Punibilidad, p. 363.

¹⁰²² Así, por ejemplo, los planteamientos de: KORIATH, *Grundlagen*, pp. 29 y ss., y de HOYER, *Strafrechtsdogmatik*, pp. 46 y ss. Críticamente: SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, p. 19.

¹⁰²³ En relación a esta cuestión en HART o KELSEN, vid. GARZÓN VALDÉS, Derecho y moral, pp. 111-130. Respecto al “ius positivismo” de HART, críticamente: BARATTA, Integración-Prevención, p. 542; reconoce cierto límite al positivismo hartiano: MONTORO BALLESTEROS, Derecho y moral, p. 129.

¹⁰²⁴ SCHÜNEMANN, Punibilidad, p. 587; También: OTTO, *Strafbarkeit*, p. 19.

GÓMEZ-JARA, cuando afirma que “el juicio jurídico-penal de culpabilidad se limita a que un tercero emite un juicio de culpabilidad sobre una persona según las reglas generales que resultan válidas para la atribución de responsabilidad”, y que por ello mismo “la culpabilidad penal es un juicio exclusivamente jurídico, sea el sujeto una persona física o jurídica”¹⁰²⁵. En dicha afirmación se aprecia claramente de qué modo el funcionalismo siempre incorpora, aunque sea encubiertamente, alguna medida de “validez”. En la medida en que la atribución de culpabilidad se debe producir según “reglas generales válidas”, el problema de la moral se dirime en el contenido de dicha “validez”: si con ello se refiere a validez procedimental, en el sentido que se analizó en relación a LUHMANN, entonces volvemos a estar ante un fenómeno de poder, y el concepto de validez queda disuelto en el de facticidad¹⁰²⁶; por el contrario, si se habla de validez en el sentido de reconocimiento racional y valorativo de que la norma está dirigida al bien común¹⁰²⁷, entonces volvemos al terreno de la ética, y su presunta separación con el derecho no es tanta¹⁰²⁸.

En definitiva, si bien la completa identificación entre derecho y moral no es adecuada para explicar el fenómeno penal, pues éste también se orienta por criterios prácticos y de utilidad no estrictamente morales, lo cierto es que tampoco pueden estar absolutamente separados, pues gran parte de las razones que justifican la existencia del derecho penal constituyen traducciones jurídicas de motivos que, en realidad, se fundamentan ético-moralmente¹⁰²⁹. Al hilo de lo anterior, si se sostiene que el derecho

¹⁰²⁵ GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 128, quien se refiere en este punto a GÜNTHER.

¹⁰²⁶ El propio GÓMEZ-JARA (*Fundamentos*, p. 129) así lo reconoce, al decir que este planteamiento está expuesto a la crítica de NEUMANN que a continuación se analizará.

¹⁰²⁷ HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 196 y s.

¹⁰²⁸ En realidad, en el planteamiento sistémico la radicalidad de las premisas –como la autorreferencialidad del derecho– es en ocasiones solo una apariencia, amortiguada por “pasos atrás” o contradicciones, como en este caso, la aceptación de que en el sistema jurídico “se reconocen referencias externas de la moral” si bien “como si estas referencias fueran parte de la operación del sistema jurídico mismo” LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, p. 89. Si se reconocen dichas referencias, entonces el sistema no es tan autorreferencial como se afirma, pues se asume que necesita de elementos externos para su auto-reproducción.

¹⁰²⁹ En ese sentido, afirma RICOEUR (*Ética y moral*, p. 248) que el único modo de oponerse a las múltiples figuras por las que un poder arbitrario se impone sobre otro es precisamente mediante prohibiciones que tienen su origen en la moral. En mi opinión, derecho y moral están conceptualmente ligados sin ser coincidentes. En sociedades más orgánicas y de menor complejidad, el derecho puede ser coincidente con la moral sin que se produzcan excesivas fricciones sociales, pues existe cierta identidad en los valores compartidos. En sociedades complejas como la contemporánea, funcionalmente diferenciada y plural en lo que a valores morales se refiere, sólo pueden defender la plena coincidencia del derecho penal y la moral quienes tienen la expectativa de que se legisle a favor de su moral particular. En la sociedad contemporánea, el estado sólo podrá evitar una exclusión masiva y sistemática si no se adscribe (en términos de máximos, claro está) a una moral concreta en lo que al derecho penal respecta; o dicho de

penal tiene que ver, aunque sea parcialmente, con criterios éticos, de ello se deriva que los sujetos a los que se dirige tienen que ser capaces de interactuar con el mundo de un modo éticamente significativo. Es decir, al enfermo mental o al niño no se les castiga, entre otras razones, porque se les presupone un déficit de orientación moral, en el sentido de que no son capaces de comprender, en términos éticos o de justicia, el significado de su propia conducta. La cuestión a analizar es, entonces, si la empresa es un sujeto capaz de comportarse de un modo éticamente reprochable (o loable) y, por tanto, ser capaz de culpabilidad jurídico-penal. Si bien algunas de las argumentaciones a favor de la capacidad moral de la empresa anteriormente descritas están ya sometidas a crítica anteriormente¹⁰³⁰, a continuación me limitaré a profundizar en otros aspectos que afectan a todas ellas.

c.2. La empresa como sujeto orientado al beneficio económico

El primer argumento en contra de la consideración de la empresa como parte de la comunidad de sujetos jurídico-morales se basa en que la organización, a diferencia del ser humano –cuya identidad, también en la comunicación social, está conectada al aspecto moral y a su orientación al bien¹⁰³¹–, está estrictamente orientada al beneficio económico (salvo las de carácter benéfico) de modo que el lenguaje ético-moral o de justo/injusto le resulta extraño¹⁰³². Así lo ha afirmado SCHÜNEMANN, quien sostiene que “la comunicación en la empresa, como subsistema del sistema económico –y como

otro modo, si lo que trata es de buscar la protección de los valores básicos, acaso un mínimo ético, sin los cuales la convivencia se vería seriamente debilitada.

¹⁰³⁰ La concepción de la empresa como sujeto moral gracias a las “*CID Structures*” está tratada en I.1.c.2.1; la teoría de las expectativas normativas como superación del problema lo está en I.2.b.4; y la crítica a la cultura/filosofía empresarial como fundamento de la culpabilidad está tratada en II.3.c.2.

¹⁰³¹ Por todos: TAYLOR, *Fuentes del yo*, pp. 19 y ss.

¹⁰³² Así, la crítica clásica FRIEDMAN, en el artículo publicado en el *New York Times Magazine*, en 1970. Titulado: “*The social responsibility of business is to increase its profit*”. En el mismo sentido, JESCHECK, *Personenverbände*, p. 213; KREINER RAMIREZ, *Corporate Criminal Liability*, pp. 933, 934 y s., 961 y s., quien describe de qué modo internalizan las corporaciones como coste la sanción penal; MIR PUIG, *Tercera vía*, p. 13; ROBLES PLANAS, *Pena y persona jurídica*, p. 4: “el Derecho es para la persona jurídica a lo sumo un elemento de perturbación de su programa, programa que no se orienta al código justo/injusto, sino al de beneficio/pérdida y, por consiguiente, es incapaz de reconocer el valor intrínseco del Derecho”; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases*, p. 316, quien se muestra, por ello, escéptica con la idea de autorregulación como fundamento de la responsabilidad; SCHÜNEMANN (*Punibilidad*, p. 580), partiendo de la orientación excesivamente económica de las empresas, argumenta a favor del paradigma económico de la teoría de la prevención general; LAMPE (*Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 699), aunque luego trata de compatibilizarlo con exigencias ético-sociales; STRATENWERTH, (*Strafrechtliche Unternehmenshaftung?*, p. 305), quien niega que la empresa sea una persona ética (“*sittliche Person*”); PEGLAU, *Unbeantwortete Fragen*, p. 407: “La asociación de personas no posee ninguna ‘madurez moral’ (“*sittliche Reife*”)”; BAUCCELLS, *Penas previstas para la persona jurídica*, p. 190. En sentido contrario, NEUHÄUSER, (*Unternehmen als moralische Akteure*, p. 105) considera a la empresa como un sujeto moral (a través de sus miembros) no reductible a la búsqueda de beneficio económico (un análisis del concepto de “*homo oeconomicus*” también en relación al individuo: 126 y ss.).

subsistema operativamente cerrado—, no está programada según el código de lícito/ilícito”, sino a través una secuencia de actos organizativos orientados “hacia el dinero”¹⁰³³. En ese sentido, y retomando aquí las palabras de LUHMANN y TEUBNER, el derecho es para la comunicación en la empresa a lo sumo “ruido” o “perturbación”¹⁰³⁴.

En todo caso, parece que lo correcto sería un punto de equilibrio: ni la empresa constituye necesariamente un ente despiadadamente competitivo (un “*zombie moral*”¹⁰³⁵) que no pueda integrar, aunque sea mediatamente, objetivos de carácter ético-social; ni podemos afirmar, al contrario, que sean ciudadanos éticamente conscientes con independencia de las personas físicas que la integran¹⁰³⁶. Es decir, no es cierto ni que la empresa esté fuera del universo de los derechos y deberes, ni tampoco que esté dentro de él en la misma medida que el ser humano —en lenguaje hegeliano, respetando el “derecho como derecho” o reconociendo “su valor intrínseco”¹⁰³⁷—. Por ello, y ello nos lleva al siguiente punto, la relación de la organización misma con el aspecto ético-moral del derecho se da al nivel que permite el hecho de que, en definitiva, la llamada de la norma jurídico-penal primaria se da a través de sus integrantes.

c.3. La empresa como sujeto moral heterónomo

Respecto al contenido ético-moral de las normas, la empresa funciona del modo que hemos descrito a lo largo de toda la presente parte: metafóricamente se puede hablar de una conducta ética de la empresa, pero a la hora de buscar el hecho que efectivamente contraviene algún precepto ético lo que encontramos es, de nuevo, la conducta de una persona física que actúa o en su seno o en su nombre (empresa como «metasujeto»)¹⁰³⁸.

¹⁰³³ SCHÜNEMANN, *Wirtschaftsunternehmen*, p. 438

¹⁰³⁴ SCHÜNEMANN, *Wirtschaftsunternehmen*, p. 438. En el mismo sentido, acerca de la empresa como orientada por el “*medium*” dinero: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmen*, p. 136; la misma, *Unternehmenskriminalität*, pp. 333, 460. También, BÖSE, *Strafbarkeit von Verbänden*, p. 17. Radical en este punto, LADD, *Collective and Individual Moral Responsibility*, p. 8: “El modelo de Hobbes se aplica muy fácilmente a la corporación, al menos en la concepción comúnmente aceptada de las corporaciones privadas como entidades propulsadas y guiadas hacia el poder, el beneficio y la gloria. (...) Es absurdo apelar a la ética, porque las corporaciones no son seres morales. El beneficio es lo que cuenta, de modo que la inseguridad debe ser traducida en pérdidas”

¹⁰³⁵ Vid. al respecto de estas tesis: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, p. 431.

¹⁰³⁶ Una perspectiva compatibilista la proporciona LAMPE (*Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 699), que entiende que la empresa se mueve mediada por las exigencias legales a la vez que por su persecución del beneficio.

¹⁰³⁷ SCHÜNEMANN, *Wirtschaftsunternehmen*, p. 438.

¹⁰³⁸ Ampliamente, NEUHÄUSER, *Unternehmen als moralische Akteure*, p. 123, quien concluye que la capacidad ética (también intelectual) de la empresa es una “prestación” que recibe de sus miembros.

Es imposible, en esa misma medida, hablar de reproche en un sentido análogo para ambos sujetos¹⁰³⁹. Por otra parte, vuelve aquí de nuevo el problema de la originación, destacado en el plano de la moral por RICOEUR: la identidad moral no la constituye sólo la capacidad de intencionalidad, tan defendida en la empresa, sino también “la capacidad de introducir cambios en el curso de la cosas, de comenzar algo en el mundo, dicho brevemente, la capacidad de iniciativa”¹⁰⁴⁰. Esta capacidad de originar cambios en el mundo, también los cambios que constituyen un evento reprochable, sólo se da a través de los seres humanos individuales, que son el *médium* de la empresa tanto con el entorno como también con el universo ético¹⁰⁴¹. Así, también autores que reconocen la posibilidad de dirigirse a la empresa un reproche ético-social, como por ejemplo ACKERMANN, reconocen explícitamente que la culpabilidad que precede a dicho reproche es en realidad una imputación del órgano¹⁰⁴². Por ejemplo, si los administradores de *Nike* deciden fabricar zapatillas por medio de la explotación infantil, en *Nike* se estarán infringiendo imperativos éticos; pero *Nike*, por sí misma, no podrá decidirse a favor de la conducta ética en contra de lo que decidan sus administradores, de modo que *Nike*, como las demás empresas, es un sujeto moralmente heterónomo, a la que no se puede reprochar nada directamente.

Así, y como han destacado importantes aportaciones sobre el «ethos corporativo»¹⁰⁴³, la empresa se convierte en un sujeto ético activo sólo a través de sus miembros individuales, principalmente de sus directivos, en un sentido mediato o transmitido¹⁰⁴⁴.

¹⁰³⁹ Vid. PÉREZ MANZANO, *Personas jurídicas*, p. 21.

¹⁰⁴⁰ RICOEUR, *Ética y moral*, p. 243; lo anterior está en relación con el concepto de originación descrito en el capítulo segundo.

¹⁰⁴¹ El mismo RICOEUR (*Finitud y culpabilidad*, p. 18) ha sostenido que la afirmación de que el espacio en el que se manifiesta la moral es necesariamente el “del hombre y de la libertad” no constituye un prejuicio o una “decisión arbitraria”, sino más bien algo “apropiado a la misma naturaleza del problema”. Ello no quiere decir, desde la óptica aquí sostenida, que no se manifieste también en el nivel organizativo; lo que quiere decir es que la “puerta de entrada” del universo ético no puede ser distinta de la del sujeto individual.

¹⁰⁴² ACKERMANN, *Strafbarkeit juristischer Personen*, p. 231.

¹⁰⁴³ Con numerosas referencias, BARNARD, *Reintegrative Shaming*, p. 976: “Los expertos coinciden en que son el ‘top management, y en particular el director ejecutivo, quienes configuran el tono ético corporativo’. (...) Sea en un sentido positivo o negativo, los valores y el rol que interpreta el director ejecutivo son importantes –a menudo esenciales– en la determinación de la receptividad de la corporación hacia el comportamiento criminal y desviado”; en el mismo sentido, SHEPPARD, *Corporate Moral Person*, pp. 161 y s.

¹⁰⁴⁴ FRISCH, *Punibilidad*, p. 824: “En un sentido mediato o transmitido, en último término también la persona jurídica posee la facultad de seguir normas. Así como (en la realidad) puede cumplir y cumple con sus obligaciones a través de sus órganos (...) también es capaz, a través de la facultad de seguir normas de sus órganos (dentro de su marco y con sus límites), de distinguir lo justo de lo injusto y de orientar su comportamiento hacia el Derecho”. También, NEUMANN, *Europäisches Strafrecht*, p. 80: “Las

Ella no puede evitar, por sí misma, lo que sus administradores quieran hacer, de modo que si lo que ella exterioriza no es evitable, tampoco puede ser éticamente reprochable. Empleando una analogía con las tipologías de comportamiento moral de los seres humanos, la empresa se asemejaría al individuo moralmente influenciado/heterónimo, cuyas decisiones están determinadas por las decisiones que los demás toman por él.

c.4. La pena como precio del comportamiento defectuoso

Si se parte de las dos anteriores consideraciones, y en la línea de la crítica que ha vertido NEUMANN, se podría afirmar que la inclusión de la persona jurídica en el reproche penal obligaría a la “deseticización” del mismo, lo que supone en términos materiales convertir la propia sanción en un precio asociado al comportamiento defectuoso¹⁰⁴⁵ (lo cual significaría, a su vez, capitular ante la crítica de NIETZSCHE¹⁰⁴⁶). Aquí se evidencia que la elaboración de una teoría de la culpabilidad aplicable a empresas obliga a reducir los estándares del derecho penal a un «mínimo común denominador» inadecuado. Es decir, habría que reducir el reproche penal hasta un punto en el que un sujeto heterónimo y orientado económicamente como la empresa pudiera ser integrado, lo que se traduciría en una mercantilización de las normas y de las penas. Y lo cierto es que se puede discutir si para la empresa la sanción es socialmente útil o conveniente en términos preventivos o distributivos, pero lo que resulta indiscutible es que para ella – por su incapacidad de soportar la pena o de hacer juicios valorativos de merecimiento–

normas morales, a diferencia de las reglas jurídicas, sólo pueden ser aplicadas a personas naturales”; KUDLICH, Punibilidad de las asociaciones, p. 289, especialmente nota 19, donde afirma que respecto a la persona jurídica “la característica específicamente penal del reproche ético-social precisamente no puede surtir efecto o, en el mejor de los casos, tiene efectos limitados sobre los destinatarios directos de la sanción”; también, HUSS, *Strafbarkeit juristischer Personen*, p. 239; PEGLAU (*Unbeantwortete Fragen*, p. 407), afirma que la relación de la empresa con la ética es siempre a través de una representación externa, de los órganos y personas naturales que la representan.

¹⁰⁴⁵ NEUMANN, *Europäisches Strafrecht*, p. 80 y s. En el mismo sentido, KAHAN (*Alternative Sanctions*, pp. 621 y s.), quien se muestra crítico con las “multas económicas” como medio para realizar la justicia retributiva en tanto, para los agentes económicos, son fácilmente perceptibles como “costes de negocio”. En sentido similar, LEWIS/PARKER (*Strafbarkeit*, p. 143), hablan de “desnaturalización” de la pena y la culpabilidad. La crítica de NEUMANN coincide con la que había vertido SILVA SÁNCHEZ contra la teoría de las normas como normas secundarias o de sanción, que al sustraer de ellas todo contenido prescriptivo, reduce el fenómeno normativo a una cuestión de poder y de precio.

¹⁰⁴⁶ Son varios pasajes en los que NIETZSCHE (*Zur Genealogie der Moral*, pp. 306 y ss.) asocia el origen de los conceptos de culpa y de pena a la relación entre acreedor y deudor: “«Toda cosa tiene su precio; todo puede ser pagado» –el más antiguo e ingenuo canon de la justicia”; o “El delincuente es un deudor que no sólo no devuelve las ventajas y anticipos que le dieron, sino que incluso atenta contra su acreedor”.

la pena constituye necesariamente un precio, una externalidad negativa en el balance económico-empresarial¹⁰⁴⁷.

No hace falta siquiera recurrir a una visión “moralista” de las normas penales para excluir a la empresa de sus destinatarios directos; para ello basta con una visión normativa. El propio TEUBNER, desde el constructivismo, proporciona la principal razón, al afirmar que el “mundo corporativo no observa las normas legales como mandatos normativos precisos que requieren obediencia”, sino que son percibidas “según la lógica interna del mercado concreto y de la organización concreta”¹⁰⁴⁸. En ese sentido, el mundo empresarial se caracteriza por “reconstruir las reglas de responsabilidad en una multiplicidad de formas: como meros factores de coste, como derechos de propiedad económica, como monedas de cambio, y solo raramente como cambio de preferencias”¹⁰⁴⁹. En definitiva, también desde una perspectiva comunicativa –ni ontológica ni moral– la empresa es observada como un sujeto que reconstruye el mundo jurídico según su propia lógica económica, imposibilitando así una toma de posición normativa frente al derecho penal.

Por otro lado, la confusión de los estándares jurídicos (de retribución y precio, de pena y de responsabilidad mercantil) podría tener un efecto distorsionador también de cara al comportamiento de los destinatarios. Como ha destacado COOTER, el destinatario de la norma es mucho más sensible a la llamada de las sanciones que constituyen una prohibición de comportamiento que a las que suponen un mero precio¹⁰⁵⁰. Siendo así, la reducción de los estándares jurídico-penales que se acaba de describir podría revertir a su vez en un debilitamiento del propio derecho penal, pues aquello que le proporciona una fuerza comunicativa superior respecto a otros ordenamientos –la especial reprobación ética– se habría vaciado de contenido o debilitado¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁷ De momento, HETZER, *Schuldlose Sanktionssubjekte?*, p. 367: “La vulneración de la moral económica (...) también va a su cuenta”; claramente, COFFEE JR. (*Does “Unlawful” Mean “Criminal”?*), p. 228), quien reconoce este hecho como una excepción para el derecho penal, que debe regirse por prohibiciones y no por precios.

¹⁰⁴⁸ TEUBNER, *Invisible Cupola*, p. 451.

¹⁰⁴⁹ TEUBNER, *Invisible Cupola*, p. 451.

¹⁰⁵⁰ COOTER, *Prices and Sanctions*, pp. 1523 y ss.

¹⁰⁵¹ En ese sentido, SEELMANN, *Punibilidad*, p. 362.

Como se profundizará en otro momento (III.3.a.3), el problema de las exigencias éticas del derecho penal tiene como explicación histórica el tipo de pena que se ha tomado clásicamente como referencia. Es decir, si el catálogo de penas posibles estuviese cubierto con penas de carácter económico (multas), el discurso penal no estaría tan apremiado a adoptar cierto contenido ético, pues al fin y al cabo sus consecuencias se podrían medir monetariamente. Pero lo cierto es que el concepto de culpabilidad se ha construido teniendo como referencia otro tipo de pena, la privación de libertad (o afectaciones más graves, como las penas corporales¹⁰⁵²), de modo que se han requerido justificaciones más intensas que la que el argumento del “precio” puede ofrecer, es decir, argumentaciones morales fuertes. Sin embargo, lo característico del derecho penal no es sólo la gravedad de las sanciones, sino también y especialmente la gravedad de las infracciones que sanciona, las cuales no se pueden hacer depender del juego de “lo que tiene un precio”, sino que pertenecen ya al “terreno de lo prohibido”¹⁰⁵³.

c.5. Las teorías del “buen ciudadano corporativo” y del “shaming” empresarial: la paradójica reentrada de la ética en el derecho penal

Por último, el desarrollo argumental a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas está estrechamente relacionado con el concepto de “buen ciudadano corporativo”. Éste, como el resto de conceptos asociados a la semántica de la responsabilidad empresarial, se toma como prueba de que “la empresa pasa de ser un mero actor económico basado en la lógica racional de los costes/beneficios a convertirse en una persona jurídico-penal orientada por el esquema derechos/deberes; es decir, constituye un verdadero ciudadano fiel al Derecho”¹⁰⁵⁴. En ese sentido, se dice que a la empresa se le responsabiliza del incumplimiento de los deberes jurídico-penales derivados de su estatus de ciudadano con derechos y obligaciones¹⁰⁵⁵.

No obstante, el concepto mismo, que para algunos es más una “burbuja teórica” que un fenómeno real en el sistema económico¹⁰⁵⁶, y que hace referencia al deber de las empresas de generar una cultura corporativa adecuada al derecho y ser socialmente

¹⁰⁵² Vid: SILVA SÁNCHEZ, *Expansión*, p. 151.

¹⁰⁵³ Una distinción muy clara, COFFEE JR., Does “Unlawful” Mean “Criminal”?, p. 194.

¹⁰⁵⁴ GÓMEZ-JARA, *Personas jurídicas*, p. 464.

¹⁰⁵⁵ BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, p. 98.

¹⁰⁵⁶ Destacadamente REICH, *Supercapitalism*, pp. 168 y ss., quien afirma que todo el discurso relacionado con la “*Corporate Social Responsibility*” ha tenido tanta repercusión mediática y académica como poca influencia en la realidad del sistema económico-empresarial.

responsables, muestra problemas de armonización con ciertos aspectos consolidados de la dogmática jurídico-penal continental. Algunos autores, como ROBLES PLANAS, han afirmado que “no resulta evidente que el Derecho penal pueda utilizarse con el fin de generar «culturas adecuadas» en las empresas, como no lo es que lo haga en otros colectivos, en las familias o en las personas físicas”¹⁰⁵⁷. Por otra parte sorprende, en cualquier caso, que los mayores intentos de realizar dicha armonización, introduciendo exigencias de carácter ético en el comportamiento empresarial penalmente relevante, provengan de quienes desde el funcionalismo abrazan postulados normativistas y objetivistas¹⁰⁵⁸. Se da la paradoja, por tanto, de que gran parte de lo que se ha rechazado como fundamento de la culpabilidad penal por considerar que pertenece al terreno de la moral –me refiero al progresivo abandono de la concepción welzeniana de la función ético-social del derecho penal¹⁰⁵⁹–, se acepte sin discusión para las personas jurídicas, cuando además se propone un derecho penal unitario.

En todo caso, la cuestión problemática, en mi opinión, no es tanto la posibilidad de que el derecho penal pueda servir a fines ético-empresariales –lo cual podría entenderse como una finalidad secundaria o accesorio en el derecho penal empresarial–, sino más bien la de cómo se pueden traducir a deberes jurídico-penales concretos los conceptos de «buen ciudadano corporativo» y de «cultura empresarial», como también cómo se puede atribuir su vulneración a la propia empresa. Es decir, en el razonamiento de los autores todavía faltan por explicar cuáles son los deberes jurídico-penales que ha de infringir la empresa para que pueda ser considerada un “mal ciudadano”, o para tener una cultura corporativa inadecuada. En ese sentido, la respuesta será tan dudosa como que a día de hoy no existen normas penales dirigidas a fomentar una cultura adecuada en la empresa –a lo sumo se encontrarán normas para una correcta organización–. Aún menos claro está que se pueda definir normativamente lo que es un “buen ciudadano corporativo”, cuando, como se verá en el siguiente capítulo, el propio concepto de ciudadanía empresarial es más que discutido y discutible. Si no se quiere caer de nuevo

¹⁰⁵⁷ ROBLES PLANAS, *Pena y persona jurídica*, p. 2; En sentido parecido, OTTO (*Ethik*, p. 405) afirma que respecto a la ética financiera y corporativa el derecho penal debe regir en lo que sea necesario siempre que no suponga su propia hipertrofia.

¹⁰⁵⁸ Crítico con GÓMEZ-JARA por tratar de armonizar teorías tan contrapuestas como la teoría de sistemas, profundamente desvinculada de las cuestiones éticas en lo que al subsistema jurídico respecta, y las teorías del “buen ciudadano corporativo” y el “*corporate ethos*”: SCHÜNEMANN, *Wirtschaftsunternehmen*, pp. 438 y s.

¹⁰⁵⁹ WELZEL, *Deutsche Strafrecht*, §1: “*Aufgabe des Strafrechts ist es, die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen*”.

en una culpabilidad por el carácter, que es a lo que apuntan estas ideas, los conceptos mencionados deberían concretarse en deberes penales concretos y atribuibles a la organización. Sin embargo, los deberes a los que habrían de referirse como expresión de dichos conceptos vuelven a ser deberes dirigidos a los administradores (deberes de vigilancia y control de los subordinados, de establecimiento de medidas preventivas, de cumplimiento de las normas sectoriales, etc.), y en esa medida el carácter “bueno o malo” de la ciudadanía o de la cultura empresarial será una manifestación de lo que hayan hecho ellos¹⁰⁶⁰, y no algo que se pueda atribuir a la empresa como fundamento de su culpabilidad.

Por otra parte, una manifestación más de la reentrada de la moral en el derecho penal empresarial serían los recientes desarrollos del concepto de “shaming” empresarial¹⁰⁶¹. Estas constituyen penas expresivo-simbólicas por las cuales el autor del delito – corporativo o individual– se muestra públicamente como tal, teniendo como consecuencia un perjuicio en su reputación social. En otras palabras, sería una forma de estigmatización social del delincuente, más o menos intensa dependiendo del planteamiento, cuyo efecto preventivo, en el ámbito corporativo, parece sostenerse sobre la importancia de la reputación y la “buena fama” en la relativamente pequeña comunidad empresarial¹⁰⁶². Ello demostraría, como ha sostenido por ejemplo GÓMEZ-JARA, que a las empresas también se les puede realizar un reproche ético-social, en la medida en que también tendrían un “honor” o una “dignidad” a la que afectar¹⁰⁶³.

Este tipo de penas, cuyo protagonismo es considerable en la discusión norteamericana, están sometidas, en primer lugar, a la crítica de que en realidad están dirigidas no a

¹⁰⁶⁰ SHEPPARD, *Corporate Moral Person*, p. 156: “Si la corporación es una persona moral, es porque sus representantes han creado una cultura corporativa en la que cierto tipo de acciones son consideradas correctas o aceptables y otras incorrectas o inaceptables”.

¹⁰⁶¹ “Shaming” significaría algo así como el acto de avergonzar, y “shaming punishments” serían “castigos avergonzantes”. vid. al respecto: BARNARD, *Reintegrative Shaming*, pp. 960 y ss.; SKEEL, *Shaming in Corporate Law*, pp. 1811 y ss.

¹⁰⁶² BARNARD, *Reintegrative Shaming*, pp. 966 y ss.; SKEEL, *Shaming in Corporate Law*, p. 1812. En el colectivo empresarial, según estas propuestas, se cumpliría más que en otros el famoso aforismo nietzscheano (*Die fröhliche Wissenschaft*, p. 416) de que “soportamos más fácilmente la mala conciencia que la mala reputación” (en original: “*man wird mit seinem schlechten Gewissen leichter fertig, als mit seinem schlechten Rufe*”). Existen, no obstante, planteamientos más moderados como el de BRAITHWAITE (*Crime, shame and reintegration*) quien en diferentes trabajos ha intentado construir un concepto reintegrativo de “shaming empresarial” libre de los peligros de la estigmatización, es decir, profundizando en los mecanismos educativos y de restauración del daño más que en sus sentimientos de vergüenza.

¹⁰⁶³ GÓMEZ-JARA, *Autorregulación*, p. 284, especialmente nota 101.

castigar un hecho concreto sino a configurar un carácter¹⁰⁶⁴, en ocasiones utilizando medios (estigmatización o “*tainting*”¹⁰⁶⁵) difícilmente trasladables a nuestra cultura jurídica continental¹⁰⁶⁶. Si, tal y como afirma FLETCHER, la diferencia entre vergüenza (“*shame*”) y culpabilidad es que “las personas sienten vergüenza por lo que son y por quiénes son, y culpabilidad por lo que han hecho”¹⁰⁶⁷, entonces parece claro que, mientras rija el principio de culpabilidad por el hecho, ambos conceptos no deberían confundirse.

Un contraargumento típico sería aceptar este tipo de sanciones sólo para el actor corporativo –por su falta de dignidad personal–, pero con ello sólo se estaría afirmando la tesis aquí defendida de separar la responsabilidad empresarial del concepto de culpabilidad penal. Una vez más, este tipo de “penas avergonzantes” a la empresa son criticables además en tanto ésta, por sí misma, no puede sentirse avergonzada más que a través de sus integrantes¹⁰⁶⁸. Como también han reconocido repetidamente quienes han desarrollado el concepto, la “sanción avergonzante” que recibe la corporación está dirigida en realidad a sus directivos, quienes tienen que ver en ella una motivación de cara a mejorar su gestión corporativa¹⁰⁶⁹. En ese sentido, este tipo de penas a la empresa acaba distribuyéndose, seguramente de modo muy arbitrario, a través de sus integrantes. Por ejemplo, si se impone una “pena avergonzante” a un banco –informando en periódicos sobre el delito y la pena, u obligando a la empresa a informar de ello en sus anuncios o contratos–, quienes se van a ver afectados por dicha sanción van a ser los

¹⁰⁶⁴ Se aprecia claramente en BRAITHWAITE, *Crime, Shame and Reintegration*, pp. 72 y s: “El ‘*shaming*’ está más impregnado de contenido simbólico que el castigo. El ‘*shaming*’ puede suponer la reafirmación de la moralidad del delincuente, expresando la decepción personal para que el delincuente haga algo respecto a su carácter, y si el ‘*shaming*’ es reintegrativo, expresando una satisfacción personal al ver el carácter del delincuente restaurado”. También SKEEL, *Shaming in Corporate Law*, p. 1814, define el ‘*shaming*’ como una pena que “se dirige a la reputación y la dignidad” del delincuente.

¹⁰⁶⁵ Con referencias: BARNARD, *Reintegrative Shaming*, p. 967.

¹⁰⁶⁶ Críticamente, DEL ROSAL BLASCO, *¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?*, p. 53, quien muestra una larga lista de prácticas que cumplen este patrón, tanto en EEUU como en España.

¹⁰⁶⁷ FLETCHER, *Collective Guilt*, p. 1558.

¹⁰⁶⁸ Claramente, KREINER RAMIREZ, *Corporate Criminal Liability*, p. 938: “Por la falta de emociones humanas, la corporación no puede ser avergonzada”.

¹⁰⁶⁹ SKEEL, *Shaming in Corporate Law*, p. 1830: “Siendo la ‘corporación’ simplemente una entidad intangible que por sí misma no puede comportarse erróneamente o cometer crímenes, las corporaciones sí que pueden ser hechas responsables por una gran variedad de delitos. Al responsabilizar a las corporaciones, los legisladores esperan motivar a los directivos a que vigilen adecuadamente el comportamiento de los empleados”; en el mismo sentido, BARNARD, *Reintegrative Shaming*, p. 964: “Recientes estudios criminológicos han reconocido que la vergüenza individual puede ser un poderoso motivador, especialmente cuando se aplica a altos ejecutivos, y puede tener un impacto preventivo significativo tanto en los propios ejecutivos como en las compañías que dirigen”.

comerciales y quienes estén de cara al público, pues son quienes se enfrentan diariamente a la imagen que tiene la población de la empresa a la que representan.

En definitiva, no se discute aquí la conveniencia de generar una cultura corporativa y una ética empresarial adecuada al ordenamiento jurídico y respetuosa con los valores sociales básicos; lo que se discute es que, a día de hoy, dicha finalidad se pueda traducir en deberes jurídico-penales cuya infracción sea imputable a un sujeto cuya relación con la norma, sea ésta ética o jurídica, se produce siempre a través de terceros.

Capítulo 6. Empresa e identidad política: ciudadanía y culpabilidad

El último aspecto problemático que se analizará en relación a la cuestión de la identidad penal de la empresa está relacionado con la cuestión de la identidad política, concretada en el concepto de «ciudadanía», con un protagonismo creciente en lo que a la fundamentación de la culpabilidad penal se refiere¹⁰⁷⁰. Con ello se dará por concluido el análisis de las posibilidades que la identidad del sujeto colectivo otorga a la elaboración de un concepto de culpabilidad para el mismo.

a) Aproximación a la relación entre ciudadanía política y culpabilidad penal

Las más recientes fundamentaciones de la culpabilidad penal están, en mayor o menor medida, fundamentadas a partir de la identidad política del sujeto al que se atribuye. Se parte, en ese sentido, de que el Estado sólo podría declarar culpable de un delito a quien ha podido participar –mediante el voto, la influencia en el debate público, la conformación de las normas– en la vida pública del mismo¹⁰⁷¹. El argumento viene ya del contractualismo (principalmente ROUSSEAU¹⁰⁷²), como también de KANT y el “principio de autolegislación”¹⁰⁷³: el sistema político está o debe estar configurado de tal modo que las leyes en él promulgadas puedan ser conceptualizadas –gracias a la participación ciudadana– como unas leyes que los ciudadanos se dan a sí mismos, gracias a lo cual están legalmente obligados por ellas. Como consecuencia, la atribución de culpabilidad será legítima si se realiza sobre la base de unas normas respecto a las cuales el ciudadano ha podido pronunciarse¹⁰⁷⁴; esto es, si existe el contexto adecuado

¹⁰⁷⁰ Por todos: GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, p. 250.

¹⁰⁷¹ Significativamente: GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, p. 250; KINDHÄUSER, *Fidelidad al derecho*, pp. 171-213.

¹⁰⁷² Así, la formulación clásica, ROUSSEAU, *Contrato social*, p. 38: “«Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por igual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede tan libre como antes.» Tal es el problema fundamental al que da solución el contrato social”.

¹⁰⁷³ cfr. KANT, *Fundamentación*, pp. 119 y ss.; vid. WELZEL, *Estudios*, pp. 320 y ss. Formulado de modo más contemporáneo, HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 95: “En la positividad del derecho no se expresa la facticidad de una voluntad arbitraria y absolutamente contingente, sino una voluntad dotada de legitimidad, que se debe a la autolegislación presuntamente racional de ciudadanos políticamente autónomos”.

¹⁰⁷⁴ Identificándolo como la piedra angular del sistema penal moderno, FOUCAULT, *Wrong-Doing, Truth-Telling*, p. 207: “cuando alguien comete un crimen, es él mismo quien se castiga –a través de la ley a la que él supuestamente ha dado su consentimiento o que supuestamente su apoyo por propia voluntad–, como también se castiga a sí mismo a través de las instituciones y tribunales que emiten la sentencia conforme a la ley que él mismo supuestamente ha querido”.

para el debate público. En sentido contrario, un Estado en el que están vedados los cauces de participación tiene muchos más problemas para justificar el reproche de culpabilidad, ya que las normas cuya infracción dan lugar a dicho reproche no están sujetas al «principio de autolegislación» sino al de «heterolegislación» (lo que se denomina en teoría política “imposición heterónoma” o “paternalismo”¹⁰⁷⁵). La pregunta respecto a las organizaciones es, entonces, si participan suficientemente en la conformación de las leyes y, en esa medida, si pueden recibir el mayor reproche que contempla el ordenamiento jurídico: el reproche penal. En otras palabras, si poseen la ciudadanía política que justifica el reproche de culpabilidad y la imposición de una pena.

En los últimos tiempos se han producido importantes aportaciones en relación a esta cuestión, en cuyo análisis nos detendremos brevemente, especialmente las que tienen relación con el planteamiento de RAWLS y con la teoría del discurso (HABERMAS y GÜNTHER).

a.1. La ambigüedad de la posición original de RAWLS y una interpretación posible

El primer contractualismo (HOBBS y ROUSSEAU) no contempla a las organizaciones como sujetos del pacto social: su naturaleza puramente jurídica las excluye del “estado de naturaleza” previo al pacto, por ser éste un mundo sin juridicidad –no hay derechos y obligaciones sino estado de guerra entre sujetos naturales–¹⁰⁷⁶. El fenómeno de las corporaciones debe situarse necesariamente en momentos posteriores al pacto social¹⁰⁷⁷, de modo que estos planteamientos explican la conformación de la sociedad y sus normas teniendo como referencia a seres humanos individuales¹⁰⁷⁸. En KANT, por su

¹⁰⁷⁵ cfr. GARZÓN VALDÉS, *Consenso, racionalidad y legitimidad*, pp. 22 y s.

¹⁰⁷⁶ ROUSSEAU, *Fundamentos de la desigualdad*, pp. 260 y ss., con el límite, no obstante, de la “piedad”, que aseguraría algo así como un mínimo de respeto intersubjetivo en el estado de naturaleza, sin lo cual “los hombres no habría sido otra cosa que monstruos”.

¹⁰⁷⁷ HOBBS, *Leviathan*, §16.82, pp. 99 y s. (En original: “*But things Inanimate, cannot be Authors, nor therefore give Authority to their Actors: Yet the Actors may have Authority to procure their maintenance, given them by those that are Owners, or Governours of those things. And therefore, such things cannot be Personated, before there be some state of Civil Government*”). Es decir, en la medida en que se parte del estado de naturaleza, y éste constituye un clima de intensa conflictividad y falta de derechos y obligaciones, no parece haber lugar para el corporativismo. El fenómeno de las corporaciones, por su carácter asociativo, debe situarse en los momentos posteriores al pacto, de modo que las organizaciones mismas no podrían ser sujetos del mismo.

¹⁰⁷⁸ Además, en ambos casos la explicación al surgimiento del contrato social se produce sobre la base de razones antropológicas, ya sea la disposición a la “autoconservación” en HOBBS (*Leviathan*, §17, pp. 85 y ss.) o el “egoísmo” y el “deseo de libertad civil” en ROUSSEAU (*Fundamentos de la desigualdad*, pp. 276 y ss.).

parte, la «ciudadanía» está ligada, en primer lugar, a la “libertad legal de no obedecer a ninguna otra ley más que a la que ha dado su consentimiento; la igualdad civil (...); la independencia civil, es decir, no agradecer la propia existencia y conservación al arbitrio de otro en el pueblo”. En segundo lugar, afirma que “sólo la capacidad de votar cualifica al ciudadano”¹⁰⁷⁹. Parece claro, en el esquema de KANT, que las organizaciones carecerían del tipo de ciudadanía que justifica el reproche de culpabilidad: si ellas no han participado en la creación de las normas sociales originarias tampoco puede serle atribuida una culpabilidad por su infracción; como tampoco se puede decir de ellas que sean autónomas, pues tanto su existencia como su disolución dependen del arbitrio de otro¹⁰⁸⁰.

Por otra parte, la versión contemporánea del contractualismo que encontramos en RAWLS es más ambigua respecto al papel de las corporaciones en la conformación de la sociedad y sus leyes. Como ha destacado FRENCH¹⁰⁸¹, RAWLS abonaría el “prejuicio antropocéntrico” (exclusión de las organizaciones) al describir a los sujetos en la posición original como racionales según “hechos generales de la psicología moral”¹⁰⁸², egoístas, y con necesidades, deseos y capacidades equivalentes; mientras que, por otro lado, permitiría su inclusión al introducir en la lista de sujetos del pacto no sólo a sujetos individuales sino también a «asociaciones» (estados, iglesias y otras corporaciones)¹⁰⁸³. En relación al problema de la identidad política de la empresa, la ambigüedad del planteamiento hace difícil distinguir si las corporaciones participan en la constitución de la sociedad y sus normas hasta tal punto que sea posible, cuando incumplen dichas normas, atribuirles un reproche de culpabilidad. En cualquier caso, el propio espíritu general del *Tratado de Justicia* de RAWLS avala una interpretación que, como mínimo, otorgaría cierta preeminencia a los intereses políticos individuales por encima de los corporativos, por cuanto todos los principios de justicia están referidos a

¹⁰⁷⁹ KANT, *Metaphysik der Sitten*, pp. 165 y ss. (§ 46). El autor reconoce, no obstante, un tipo de «ciudadanía pasiva» para sujetos que no tienen algunos de estos atributos (mujeres, menores de edad, etc.), pero ella se predica de ellos porque “esta dependencia con respecto a la voluntad de otros y esta desigualdad no se oponen en modo alguno a su libertad e igualdad como hombres, que juntos constituyen un pueblo”. Atendiendo a esta afirmación, por razones obvias, es problemática la inclusión de la persona jurídica también como ciudadano pasivo. En el mismo sentido, ARISTÓTELES, *Política*, §1275a, p. 117, quien reconoce una suerte de ciudadanía incompleta, respecto a los niños o los jubilados.

¹⁰⁸⁰ En el mismo sentido en lo que a la interpretación de KANT respecta, con otras referencias: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, p. 449 (especialmente nota 1315).

¹⁰⁸¹ FRENCH, *Corporation as a Moral Person*, pp. 134 y ss.

¹⁰⁸² RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 141.

¹⁰⁸³ RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 143.

aspiraciones individuales y no a fines organizativos. También avalarían dicha interpretación otras aportaciones suyas, como cuando afirma que “existe, quizás, una cierta prioridad lógica para el caso de los individuos humanos: sería posible analizar las acciones de las llamadas personas artificiales como construcciones lógicas de acciones de personas humanas”¹⁰⁸⁴. En ese sentido, se podría fundamentar la inclusión de las personas jurídicas como sujetos protegidos, con derechos, porque constituyen un medio adecuado para perseguir fines de justicia humanos. En otros términos, los fines organizativos no son, como los individuales, valiosos “por sí”, sino tan sólo como instrumento de aquéllos.

Además, si el pacto social entre individuos, así como la posición original y el velo de la ignorancia, constituyen hipótesis poco realistas para explicar el origen de lo social, parece que un pacto en el que las organizaciones también participan como interlocutoras sería no sólo poco realista sino inimaginable. Y ello principalmente porque lo que el pacto presupondría –la existencia de personas jurídicas o corporaciones–, es precisamente aquello que sólo se podría alcanzar mediante el pacto¹⁰⁸⁵. En definitiva, parece que la equiparación en este punto entre individuos y organizaciones es más que dudosa. Por todo ello, y en lo que al problema de la culpabilidad colectiva respecta, el modo más razonable –que no el único– de interpretar la teoría de la justicia de RAWLS supone entender que los individuos tienen un especial estatus en relación a las corporaciones, interpretación perfectamente compatible con la tesis aquí defendida: sólo el individuo, con posición original primaria, podría recibir el mayor reproche –la culpabilidad penal¹⁰⁸⁶– por parte de la sociedad que él mismo ha constituido junto con los demás, mientras que a las organizaciones, por su posición original secundaria o instrumental¹⁰⁸⁷, les correspondería un reproche diferenciado.

¹⁰⁸⁴ RAWLS, *Justice as Reciprocity*, pp. 244 y s.; también citado en FRENCH, *Corporation as a Moral Person*, p. 135.

¹⁰⁸⁵ Como destaca PAWLIK (*Libertad institucionalizada*, pp. 63 y s.) esa misma contradicción había constatado HEGEL respecto al sujeto individual pre- y post-pacto, cuando afirma que “lo que debe llegar a ser se da por supuesto”. Es decir, se quiere alcanzar una sociedad de sujetos que no miran por su propio interés sino por el común, pero el pacto que constituye dicha sociedad presupone que ya con anterioridad exista en los sujetos dicha disposición.

¹⁰⁸⁶ Además, RAWLS, *Tratado de Justicia*, p. 404, habla de la culpabilidad, normalmente en su acepción moral, como fenómeno que requiere de un soporte sensible humano.

¹⁰⁸⁷ Sobre el carácter instrumental de las organizaciones, cfr. DAN-COHEN, *Sanctioning Corporations*, p. 16. Incluso quienes tendencialmente aceptan una “*group dignity*”, como por ejemplo WALDRON (*Dignity of Groups*, p. 12) se refieren en realidad a una noción instrumental, lo cual no deja de sorprender, porque la noción de dignidad, en este contexto, supone precisamente no poder ser un “mero instrumento”. Desde una perspectiva hegeliana, LARENZ, *Juristischen Persönlichkeit*, p. 212: “Sólo el individuo y el Estado son

a.2. Teoría del discurso y ciudadanía: análisis de la culpabilidad y la libertad comunicativa en GÜNTHER

En los últimos años ha ido teniendo progresivo protagonismo en el fundamento del derecho penal y de la culpabilidad la teoría del discurso de HABERMAS y otros autores cercanos a ella, entre los que destaca Klaus GÜNTHER¹⁰⁸⁸. En lo relativo al sujeto colectivo, el análisis estaría centrado en dilucidar las exigencias subjetivas del «principio discursivo», formulado como sigue: “Válidas son aquellas normas (y solo aquellas normas) a las que todos los que pueden verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales”¹⁰⁸⁹. Respecto al alcance extensivo de “afectados”, HABERMAS considera como tales a “cualquiera a quien pueda concernir en sus intereses las consecuencias a que presumiblemente pueda dar lugar una práctica general regulada por normas”¹⁰⁹⁰. Hasta este punto, la referencia es tan amplia que no permite llegar a conclusiones, ya que son muchos los tipos de sujetos a quienes puedan afectar las normas y que son al tiempo incapaces de culpabilidad penal, tanto menores de edad, enfermos mentales como también sujetos colectivos. Cuando HABERMAS concreta un poco más, se llega al punto en el que describe a los “destinatarios de las normas jurídicas”, a los que describe como “miembros de una comunidad abstracta”, y a los que “sólo se le supone y exige la capacidad de tomar decisiones racionales con arreglo a fines, es decir, libertad de arbitrio”¹⁰⁹¹.

en este sentido fines absolutos en sí mismos –ello les coloca uno al lado de otro y en contraste con el resto de personas jurídicas. La persona jurídica del derecho privado no es un fin en sí misma, sino un medio para determinados fines”; FINNIS, *Intention & Identity*, pp. 30 y s.

¹⁰⁸⁸ Principalmente: GÜNTHER, *Schuld und Kommunikative Freiheit*, p. 255; un análisis completo de qué es lo que la teoría del discurso aporta al fenómeno penal, así como de sus principales receptores: FEIJOO SÁNCHEZ, *Normativización del derecho penal*, pp. 502 y ss.

¹⁰⁸⁹ HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 172. Lo desarrolla en el ámbito penal: KINDHAUSER, *Fidelidad al derecho*, pp. 171-213; con otros matices, FRISCH, *Futuro del derecho penal*, pp. 65 y ss.; entre nosotros, de modo destacado: FEIJOO SÁNCHEZ (*Normativización del derecho penal*, pp. 502, 514 y ss.; *Retribución y prevención general*, pp. 633 y ss.), quien sostiene una teoría comunicativa del derecho penal, que fusiona aspectos tanto de la teoría de sistemas de LUHMANN como de la teoría del discurso de HABERMAS, donde el autor encuentra una fundamentación del derecho penal adecuada al Estado democrático y de derecho.

¹⁰⁹⁰ HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 172.

¹⁰⁹¹ HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 178. La cita completa: “Las normas jurídicas (...) regulan relaciones interpersonales y conflictos interpersonales entre actores que se reconocen como miembros de una comunidad abstracta, a saber, de la comunidad que empieza siendo generada por esas mismas normas jurídicas. También ellas tienen como destinatarios sujetos individuales, pero a sujetos que ya no vienen individuados por su identidad personal desarrollada en términos biográficos sino por su capacidad de ocupar el lugar de miembros (definidos mediante rasgos sociales típicos) de una comunidad jurídica. Desde la perspectiva de los destinatarios, (...) sólo se les supone y exige la capacidad de tomar decisiones racionales con arreglo a fines, es decir, libertad de arbitrio”. Más adelante, HABERMAS introduce en la nota 36, una apreciación también muy significativa, en la medida en que alude claramente a

La formulación en términos de sujetos individuales y libertad de arbitrio parece suficiente como para excluir a las personas jurídicas del principio discursivo, al menos en lo relativo a constituirse como destinatarias de las normas. ¿Qué lugar ocupan entonces las corporaciones en la teoría de discurso de HABERMAS? En su planteamiento, el recurso a las organizaciones se produce como consecuencia de la incapacidad individual de alcanzar, por sí misma, determinados fines –particularmente las exigencias de la “moral racional universal” en relación a los deberes positivos¹⁰⁹²–. Ello genera una necesidad de reflexividad en el derecho¹⁰⁹³, gracias a la cual las organizaciones se convierten en punto de atribución de obligaciones.

El esquema normativo quedaría compuesto, pues, por dos niveles: el nivel individual, en el que se exige la libertad de arbitrio en la que se ha insistido; y el nivel organizativo, conectado al derecho reflexivo, y cuyo contenido queda más o menos abierto. Para analizar si la organización, como objeto del derecho reflexivo, participa plenamente en el principio de discurso se ha de analizar el contenido de lo que HABERMAS llama «libertad comunicativa», concepto que ha obtenido su mayor desarrollo también de la mano de GÜNTHER. Es decir, habría que dilucidar si la persona jurídica tiene dicha libertad, y, en su caso, si la tiene en un sentido equiparable a la del individuo.

Pues bien, en primer lugar, hay que destacar que la libertad comunicativa está conectada a “formas de comunicación y de procedimientos discursivos de deliberación y decisión”¹⁰⁹⁴; está, en un sentido parecido a los planteamientos sistémicos, más conectada a condiciones de la comunicación social que a condicionamientos ontológicos

características de la persona individual como aquello que se esconde detrás del concepto de “persona jurídica” (como persona en derecho) destinataria de las normas: “el status de persona jurídica protege la esfera en la que puede desarrollarse libremente una persona concreta, de forma moralmente responsable y conduciendo a la vez éticamente su vida. (...) ...la garantía jurídica de libertades subjetivas asegura una esfera para un modo de vida consciente y autónomo. El derecho actúa como una especie de «máscara protectora» (H. Arendt) ante la fisonomía de la persona individuada por su propia biografía, que quiere actuar con conciencia y vivir en autenticidad”.

¹⁰⁹² HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 182.

¹⁰⁹³ HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 182: “sólo el derecho es *de por sí* reflexivo en ese sentido; contiene reglas secundarias que sirven a la generación de normas primarias de regulación o control del comportamiento. Puede establecer competencias y fundar organizaciones, puede establecer un sistema de asignación de obligaciones que no sólo se refiera a personas jurídicas naturales o físicas, sino también a sujetos jurídicos ficticios, como son organismos e institutos”. Sobre el derecho reflexivo y la empresa, vid. III.1.b.2.

¹⁰⁹⁴ HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 193. Esta idea estaba ya presente en ARISTÓTELES, *Política*, § 1275b, p. 118: “Así que quién es el ciudadano, de lo anterior resulta claro aquél a quien le está permitido compartir el poder deliberativo y judicial”.

o metafísicos. En esa medida, la cuestión quedaría abierta: la atribución a la organización de plena ciudadanía y, por tanto, de culpabilidad depende de la posición que ella ocupe en la propia comunicación social. En segundo lugar, es necesario situar la libertad comunicativa en su contexto y en su función específica dentro de la propia teoría del discurso. En ese sentido, afirma HABERMAS que “los derechos de participación” están formulados de modo que “queda a discreción de los destinatarios el decidir si quieren o no activar y ejercer su voluntad racional libre, adoptar un cambio de perspectiva desde una actitud orientada a defender con éxito los propios intereses particulares (...) y hacer un uso público de su libertad comunicativa”¹⁰⁹⁵.

Partiendo del planteamiento de HABERMAS, parecería que la atribución de libertad comunicativa, y por tanto con capacidad de culpabilidad, a la organización es problemática por dos razones: por un lado, porque la formulación –no aislada¹⁰⁹⁶– en términos de “voluntad racional libre” excluye a la empresa –a no ser que, de nuevo, se fuerce el contenido de las palabras–; por otro lado, en tanto su dependencia de actores individuales (directivos, administradores, socios) dificulta también la afirmación de que la organización “por sí misma”, de manera autónoma, decide “si y cómo” ejerce sus derechos de participación, contando además con que está excluida del principal, el derecho al voto. En ese sentido, en la deliberación pública participan sus representantes, pero no ella misma¹⁰⁹⁷.

GÜNTHER, por su parte y en este punto de la mano de PRITTWITZ, ha profundizado más en lo que la teoría del discurso –o al menos su versión de la misma– tiene que decir acerca de las consecuencias que la libertad comunicativa tiene para la atribución de responsabilidad colectiva, si bien la cuestión no queda del todo cerrada. Ambos autores se han posicionado expresamente a favor de introducir la responsabilidad penal

¹⁰⁹⁵ HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 196. Antes de ello afirma: “los derechos de comunicación y participación tienen que estar formulados en un lenguaje que deje a discreción de los sujetos jurídicos autónomos el decidir si, y llegado el caso, cómo quieren hacer uso de ellos”.

¹⁰⁹⁶ En otro lugar, HABERMAS (“Ciudadanía e identidad nacional” (1990) en *Facticidad y validez*, p. 626) es también explícito: “El status de ciudadano fija en especial los derechos democráticos de los que el individuo puede hacer reflexivamente uso para cambiar su situación, posición o condición jurídica material”.

¹⁰⁹⁷ ¿Cómo podríamos sostener que determinada empresa se posiciona en el debate público en un sentido contrario al de sus administradores/socios? ¿A través de quién manifiesta esa opinión al foro público, si quien tiene el poder de representarla lo hace en sentido inverso? La posición de la empresa es reconducible siempre a decisiones colectivas a las que han llegado por acuerdo o votación los miembros del Consejo de Administración, pero en todo caso son esos miembros los que participan en su nombre y, por tanto, los que responden de las consecuencias.

colectiva como medio complementario a la individual para reconstruir la vigencia de la norma¹⁰⁹⁸. En ese sentido, consideran que, en una sociedad del riesgo como la contemporánea, reducir la imputación a conductas meramente individuales sería llevar la “tentación neo-individualista” demasiado lejos, de modo que en algunos ámbitos es necesario concebir un sistema que armonice responsabilidad penal individual y colectiva¹⁰⁹⁹. La criminalidad empresarial es uno de esos ámbitos, de modo que el derecho penal debe hacer uso de ambas imputaciones, una al lado de la otra, para minimizar los riesgos que dicha actividad supone y que la sola responsabilidad individual no puede neutralizar¹¹⁰⁰.

La cuestión vuelve a estar en el título por el que la organización colectiva responde: si se trata de una responsabilidad penal diferenciada, hipótesis que aquí se acepta, o si se trata de integrarla en el concepto de culpabilidad penal, lo que aquí se rechaza. En GÜNTHER, el criterio general para la imputación de culpabilidad es la capacidad (a cuyo ejercicio no se obliga¹¹⁰¹) de la «persona deliberativa» para la toma de posición crítica frente a las manifestaciones propias y ajenas, así como frente a las normas¹¹⁰². A la persona se le puede atribuir una culpabilidad porque con anterioridad fue capaz de posicionarse, acerca de las normas cuya infracción se le imputa, gracias a su libertad comunicativa como ciudadano¹¹⁰³.

La cuestión de si la empresa es capaz de dicha libertad comunicativa está lejos de ser, sin embargo, una cuestión pacífica. Por un lado, porque en la medida en que la libertad comunicativa es algo distinto de la libertad de acción o de voluntad¹¹⁰⁴, y no se basa en

¹⁰⁹⁸ PRITTWITZ/GÜNTHER, *Kollektive Verantwortung*, p. 334.

¹⁰⁹⁹ PRITTWITZ/GÜNTHER, *Kollektive Verantwortung*, pp. 344 y ss.

¹¹⁰⁰ PRITTWITZ/GÜNTHER, *Kollektive Verantwortung*, p. 351.

¹¹⁰¹ PRITTWITZ/GÜNTHER, *Kollektive Verantwortung*, p. 351.

¹¹⁰² GÜNTHER, *Schuld und Kommunikative Freiheit*, p. 250.

¹¹⁰² GÜNTHER, *Schuld und Kommunikative Freiheit*, p. 255; el mismo, *Personenbegriff*, pp. 83 y ss. En un sentido similar: PETTIT, *Reality of Group Agents*, p. 71. Un análisis en MAÑALICH, *Pena y ciudadanía*, pp. 66 y ss. Críticamente, FEJOO SÁNCHEZ, *Culpabilidad y neurociencias*, p. 242, por incidir demasiado en los aspectos políticos de la fundamentación de la culpabilidad. También: HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf?*, pp. 66 y s.

¹¹⁰³ GÜNTHER, *Personenbegriff*, pp. 99 y s. La dimensión comunicativa de la pena se manifiesta en que el individuo y el Estado se relacionan mediante un intercambio reglado de los roles de persona deliberativa (que toma al ciudadano como partícipe de la elaboración de normas) y persona en derecho (que lo toma como destinatario de dichas normas), vid. GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, p. 253.

¹¹⁰⁴ GÜNTHER, *Communicative Freedom*, p. 245: “El argumento de que el actor es reconocido como ‘causa sui’ de sus acciones no implica tesis ontológica alguna sobre la libertad de voluntad. La cuestión decisiva es la constitución comunicativa del rol de un actor que es un autor”.

argumentos metafísicos¹¹⁰⁵ sino en “el trasfondo comunicativo”, su atribución a la organización dependerá de la manera que tenga la sociedad de entenderse a sí misma (“*Selbstverständniss der Gesellschaft*”¹¹⁰⁶), como también del concepto de persona en derecho que en ella impere. En segundo lugar, porque si bien GÜNTHER otorga cierta relevancia a los “hechos psíquicos”, como material a interpretar de cara a construir el concepto de persona deliberativa¹¹⁰⁷, tampoco niega (ni afirma) que los datos organizativos la tengan. A ello se añade, en contra de la inclusión de las organizaciones como destinatarias de normas penales, que GÜNTHER considera que las normas jurídicas, como normas de prohibición o mandato de comportamientos, están necesariamente dirigidas en último término a individuos¹¹⁰⁸. Por último y en esta misma línea, los términos en los que describe la libertad comunicativa vuelven a remitir a comportamientos humano-individuales y no a actos de organización colectiva. Por ejemplo: cuando exige para ser “autor de una acción” la posesión de capacidades y disposiciones psíquicas y fisiológicas¹¹⁰⁹; o cuando afirma, en parte contradictoriamente, que la comunidad no puede asignar arbitrariamente roles de autor a sujetos como si fuesen marionetas (“*puppets*”), ya que el reconocimiento comunicativo como autor presupone la libertad comunicativa¹¹¹⁰. La contradicción viene de que, si la libertad es un mero producto de la comunicación, en ningún caso sirve de *límite* a la atribución, y si está más allá de la comunicación, vuelve a ser ontológica o metafísica, lo cual se negó de antemano al calificarla de “ficción”¹¹¹¹.

¹¹⁰⁵ GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, p. 2. Si bien, en realidad, la libertad comunicativa podría considerarse una versión “débil” de la metafísica, tal y como admite KINDHÄUSER (Rechtstreue als Schuldkatgorie, p. 716): “la adscripción recíproca de capacidad y voluntad para cumplir y mantener los compromisos adoptados se corresponde dentro de las teorías jurídico-comunicativas con el libre albedrío metafísico”. La versión no será tan diferente cuando, en el fondo, se vuelve a afirmar lo mismo.

¹¹⁰⁶ PRITTWITZ/GÜNTHER, *Kollektive Verantwortung*, p. 345; en un sentido parecido, ARTAZA VARELA, *Empresa*, p. 222, quien argumenta que en el discurso comunicativo determinadas sociedades complejas sí tienen la consideración de agentes libres.

¹¹⁰⁷ GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, p. 257; el mismo, *Personenbegriff*, pp. 102 y s. También, en relación al planteamiento del autor, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, p. 414, cita 71: “Los hechos psíquicos existen sin duda, pero no son lo más relevante”.

¹¹⁰⁸ PRITTWITZ/GÜNTHER, *Kollektive Verantwortung*, p. 345.

¹¹⁰⁹ GÜNTHER, *Communicative Freedom*, p. 245: “poseer un conjunto de capacidades y disposiciones fisiológicas y psíquicas que son requeridas para la formación de intenciones (objetivos), y para la realización de operaciones (p. ej. levantar un brazo), y por lo que un actor puede ser observado como la causa de un evento”; de modo similar en: *Schuld und kommunikative Freiheit*, pp. 246 y s.

¹¹¹⁰ GÜNTHER, *Communicative Freedom*, pp. 245 y s. En otro lugar (Desafío naturalista, p. 14): “La proporcionalidad entre hecho, culpabilidad y pena no puede fijarse sin echar al menos un vistazo sobre el grado de libertad y la participación del delincuente a lo interno en el hecho”.

¹¹¹¹ GÜNTHER, *Schuld und Kommunikative Freiheit*, p. 2: “La libertad de actuar de otro modo es también una ficción”. Crítico con esta circularidad: SÁNCHEZ-OSTIZ, *Recensión a Klaus Günther*, p. 7. En el planteamiento, igual que sucede en LUHMANN (vid. 1.3.b), se esconde cierta actitud objetivante hacia el individuo: en la medida en que se le toma por objeto de la comunicación, se ha de hacer la ficción de que

En conclusión, la tesis discursiva –especialmente en GÜNTHER– da argumentos para sostener tanto la inclusión como la exclusión de las organizaciones del concepto de culpabilidad, y de hecho lo hace en coherencia con sus presupuestos comunicativos: si en la comunicación social la empresa ocupa un lugar equivalente al individuo, entonces ambos serán personas deliberativas y personas en derecho con todo lo que ello supone (también de cara a la atribución de culpabilidad); si en la comunicación social ocupan lugares diferenciados, como aquí se sostiene, entonces les corresponderán estatus jurídicos también diferenciados. Desde la posición aquí defendida, ni siquiera desde este planteamiento es posible la equiparación de individuo y organización en términos de culpabilidad penal, pues si “con el concepto de culpabilidad se trata de la autocomprensión de los ciudadanos como personas en Derecho libres e iguales”¹¹¹², la organización a día de hoy no forma parte de la comunidad de sujetos en los que dicha autocomprensión opera.

b. El requisito de ciudadanía y la culpabilidad empresarial: ¿qué ciudadanía exige el concepto de culpabilidad?

b.1. Ciudadanía mínima *versus* ciudadanía máxima

Aparte de los análisis teóricos acerca del principio de participación y su relación con la culpabilidad penal, son varios los autores que han concretado más en lo que a la relación entre empresa, identidad política y culpabilidad se refiere. En cualquier caso, parece claro que el requisito de ciudadanía tiene cierta importancia a la hora de aceptar la atribución de culpabilidad: en mayor o menor medida se exige que, para que el Estado pueda legítimamente responsabilizar a los individuos por sus actos lesivos, éstos han de haber podido participar en la formación de las leyes cuyo incumplimiento se les imputa¹¹¹³.

Sobre la base de este presupuesto jurídico-político, quienes se han pronunciado sobre la relación de ciudadanía y culpabilidad en la empresa pueden agruparse en dos niveles. En primer lugar, encontramos a quienes, como FEIJOO SÁNCHEZ, exigen de cara a la

no lo es si se quiere entablar con él una comunicación. Por esa razón, tanto el sujeto como la libertad se convierten en funcionalmente necesarias, vid. al respecto, STRAWSON, *Libertad y resentimiento*, p. 47; MAÑALICH, *Pena y ciudadanía*, p. 74.

¹¹¹² GÜNTHER, *Schuld und Kommunikative Freiheit*, p. 255; El mismo, *Personenbegriff*, p. 103.

¹¹¹³ La conexión entre ciudadanía y participación viene ya de ARISTÓTELES, *Política*, § 1275a, p. 117: “El ciudadano sin más por ningún otro rasgo se define mejor que por su participación en la justicia y en el gobierno”.

atribución de culpabilidad la “plena competencia en los asuntos públicos”¹¹¹⁴, lo que podríamos denominar «ciudadanía máxima». Ésta vendría determinada no sólo por la participación en el debate público, sino también por la posibilidad de ejercitar las vías de efectiva influencia en el mismo, principalmente el «derecho de sufragio» activo y pasivo. En esa línea, las organizaciones quedarían fuera en la medida en que carecen de estos derechos de participación, de modo que no se les podría reprochar un comportamiento culpable.

En segundo lugar, encontramos a quienes, como GÓMEZ-JARA, defienden que la atribución de culpabilidad se puede fundamentar suficientemente con una «ciudadanía mínima» cuyos requisitos sí cumplirían las organizaciones. Ésta atendería no tanto a exigencias formales –titularidad de todos los derechos políticos– sino más bien a la materialidad de los mismos, a saber: a la “posibilidad de expresar juicios sobre la configuración de la sociedad”¹¹¹⁵. En ese sentido, el hecho de que las organizaciones empresariales no tengan derecho al voto, y a pesar de la íntima conexión entre éste y la noción de ciudadanía¹¹¹⁶, no obstaría para afirmar que, gracias a la titularidad de otros derechos políticos como la “libertad de expresión corporativa” (“*corporate free speech*”)¹¹¹⁷, la empresa tendría un estatus de ciudadano suficientemente relevante en el debate público como para poder recibir un reproche de culpabilidad.

b.2. La ciudadanía corporativa: un análisis crítico

En el fondo de todas estas consideraciones laten cuestiones filosófico-políticas acerca de la naturaleza de la democracia: en la primera opción se considera que la máxima expresión de la ciudadanía democrática, por razones de igualdad jurídica, es el derecho a voto; mientras que en la segunda opción lo que realmente cuenta es la discusión pública entre los ciudadanos¹¹¹⁸. En relación a la primera, se ha dicho que su “talón de

¹¹¹⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Autorregulación, p. 221: “De acuerdo con mi concepción de culpabilidad, no pueden ser definidos como sujetos de imputación jurídico-penal quienes no tengan reconocida plena competencia en asuntos públicos (derecho de sufragio activo y pasivo, posibilidad de ser miembro de un jurado, etc.) o, en todo caso, se les trate normativamente como los que detentan dicha competencia (extranjeros que son tratados en territorio español como ciudadanos)”.

¹¹¹⁵ GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 374.

¹¹¹⁶ GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 374.

¹¹¹⁷ En este punto siguiendo a FRIEDMAN, *Corporate Criminal Liability*, pp. 845 y ss. Es un derecho, además, reconocido por el Tribunal Constitucional español respecto a las personas jurídicas, vid. GÓMEZ MONTORO, *Derechos fundamentales*, p. 59.

¹¹¹⁸ GÓMEZ-JARA, *Autoorganización empresarial*, p. 20; también, GARCÍA CAVERO, *Personas jurídicas*, pp. 65 y s.

Aquiles” se encuentra en el problema de los “extranjeros, residentes o no, que no fueran titulares de dicho derecho”¹¹¹⁹ a voto, ya que según el requisito de «ciudadanía máxima» quedarían fuera del ámbito penal. Ahora bien, como se verá más adelante, si bien es cierto que los inmigrantes serían “como personas jurídicas” en lo político –esto es, sujetos sin derecho al tipo de participación máxima–, con ellos es mucho más fácil sostener una equivalencia funcional con el ciudadano nacional debido a su igualdad ontológica, operación que, por todas las razones expuestas, es mucho más problemática respecto a las personas jurídicas.

Respecto a la segunda opción cabrían otro tipo de consideraciones críticas. En primer lugar, y concretamente respecto a la posición de GÓMEZ-JARA o GARCÍA CAVERO, cabría una crítica de carácter metodológico, en tanto resulta contradictorio que en toda su fundamentación del sujeto y de la culpabilidad penales se haya prescindido de la exigencia de libertad individual en beneficio de consideraciones formales (ser titular de derechos y deberes) o de conceptos sistémicos («autopoiesis») y que, en este punto, se opte por una perspectiva material y trate de fundamentar la culpabilidad del ciudadano en su libertad para participar en los asuntos públicos. Si la libertad es una atribución normativa o formal, como parece ser en el constructivismo, ésta debería concretarse en derechos formales (como el derecho a voto), y no en la dimensión material de la participación de las empresas, como por ejemplo en el “papel relevante que tienen las empresas en las campañas electorales y en las decisiones del gobierno”¹¹²⁰. No parece coherente, en definitiva, rechazar el presupuesto de la libertad por indemostrable y al mismo tiempo abrazar la libertad política como relevante para la culpabilidad¹¹²¹.

En segundo lugar, parece muy aventurado afirmar que lo que cuenta en democracia es la posibilidad de participación en el debate público y no tanto el derecho al sufragio. En las democracias contemporáneas el enorme protagonismo de los partidos políticos (entre otras organizaciones) hace que la participación política de los ciudadanos, incluso de aquellos que ostentan la titularidad de todos los derechos políticos, tenga una influencia

¹¹¹⁹ GÓMEZ-JARA, *Incidencia*, p. 287.

¹¹²⁰ GARCÍA CAVERO, *Personas jurídicas*, pp. 65 y s.

¹¹²¹ En realidad éste es un problema común en los planteamientos comunicativos, que niegan una ontología o metafísica de la libertad, al tiempo que afirman una libertad comunicativa que se le parece mucho. Esta similitud se ve claramente en: KINDHÄUSER, *Rechtstreue als Schuld-kategorie*, p. 716.

efectiva muy débil¹¹²². Y si ello es así teniendo en cuenta tanto la libertad de expresión como el derecho al voto, lo es mucho más respecto a una ciudadanía basada meramente en la libertad de expresión pública. La ciudadanía mínima, basada puramente en el “*free speech*”, se podría interpretar fácilmente como una ciudadanía irrelevante¹¹²³.

Por otro lado, y como se ha de ver a continuación, lo que se ha de discutir es si es razonable predicar derechos constitucionales y garantías equivalentes para el sujeto colectivo y el individual. Ello se ha de analizar en dos niveles, poco atendidos desde la anterior perspectiva: en primer lugar, se ha de analizar si, en la medida en que los derechos fundamentales (también los políticos) tienen que ver con la noción de dignidad personal del sujeto, dicha dignidad es predicable en alguna medida de las organizaciones empresariales¹¹²⁴; se ha de analizar, además, sus consecuencias a nivel político y respecto al principio de igualdad, pues dado el creciente poder y protagonismo social de las organizaciones colectivas en las sociedades contemporáneas, es necesario plantearse si conviene entenderlas en términos de igualdad respecto del individuo, especialmente en tanto éste parte de una situación de inferioridad de cara a imponer su interés frente al de aquéllas¹¹²⁵.

c) Hacia un concepto de ciudadanía como expresión de la igualdad en el Estado democrático y de derecho

Más allá de la discusión acerca de qué derechos formales deben predicarse de un sujeto para poder alzarse contra él un reproche de culpabilidad, lo relevante ahora es el verdadero alcance del concepto de ciudadanía, su relación concreta con el concepto de culpabilidad y, por último, su relación con la organización empresarial. En ese sentido,

¹¹²² En ese sentido, en una crítica a la teoría del discurso: PAWLIK, *Libertad institucionalizada*, p. 86. Un análisis clásico de la cuestión desde la teoría política: VON BEYME, *La Clase Política en el Estado de Partidos*.

¹¹²³ Críticamente, SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, p. 448 y s., quien considera el concepto de “buen ciudadano corporativo” que utiliza GÓMEZ-JARA para justificar la culpabilidad empresarial como insuficiente para el derecho penal. Las razones que esgrime son las mismas que se abordarán en el siguiente punto.

¹¹²⁴ Acerca de la falta de dignidad de sujetos colectivos: AMELUNG, *Ehre als Kommunikationsvoraussetzung*, p. 53; también, BÖSE, *Strafbarkeit von Verbänden*, p. 19. En sentido contrario, WALDRON, *Dignity of Groups*, p. 12, aunque reconoce (paradójicamente) el carácter instrumental de la dignidad de los grupos.

¹¹²⁵ Estos conflictos se manifiestan, por ejemplo, en el seno de los procesos penales en los que están imputados tanto la persona jurídica como un miembro de la misma: en términos de acceso a la información necesaria para la defensa en el juicio, especialmente cuando tengan intereses contrapuestos, la empresa parte de una clara superioridad, pues normalmente la información está en su esfera de dominio y no en la del trabajador.

la noción de ciudadanía vendría determinada por el tipo de «igualdad» exigida en un Estado democrático de derecho¹¹²⁶. En otras palabras, a los individuos que componen el Estado se les otorga dicho título como garantía de su igualdad ante la ley, la cual se expresa en dos sentidos: en sentido positivo, en la oportunidad de intervenir con iguales oportunidades en los asuntos públicos¹¹²⁷, y, en sentido negativo, en la medida en que todos están igualmente sujetos a las leyes. Pues bien, en la medida en que la ciudadanía es expresión de este tipo de igualdad no puede fundamentarse “solamente” en la libertad de participación, ya que ésta varía ostensiblemente en función de la posición que ocupa cada ciudadano en el sistema social¹¹²⁸ –tanto más si se tiene en cuenta las corporaciones, algunas de las cuales tienen un poder mucho mayor¹¹²⁹–. A mi juicio, si se adopta como punto de partida un concepto de ciudadanía exclusivamente ligado al debate público, el principio de igualdad sería del todo irrealizable.

Por el contrario, en relación al derecho al voto la igualdad se hace efectiva gracias al principio de “una persona un voto”. Lo ha expresado claramente MAÑALICH, en su argumentación contra el concepto de culpabilidad empresarial basado en la ciudadanía¹¹³⁰. Según el autor, en la exclusión de la organización de los derechos políticos y de la ciudadanía se manifiesta el desiderátum democrático “de que la capacidad de incidencia política de cada cual no sea mayor ni menor que la de cualquiera de los demás, de modo tal que cada ciudadano pueda reclamar (igual) autoría respecto (a) la ‘declaración de la voluntad soberana’”. En ese sentido, prosigue, “si bien

¹¹²⁶ Según la clasificación entre tipos de derechos de HABERMAS (*Facticidad y validez*, pp. 188 y ss.) el grupo de los derechos políticos (4) funda “el estatus de ciudadanos libres e iguales”, lo cual se convierte, junto con el principio mismo del discurso, en condición de legitimidad del sistema. En el mismo sentido, GÜNTHER, *Personenbegriff*, p. 93.

¹¹²⁷ En relación a la igualdad y la legitimidad del sistema, HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 94.

¹¹²⁸ Si bien es cierto que todo ciudadano tiene el mismo derecho formal a la participación en el debate público, su ejercicio efectivo depende de una serie de variables que fácilmente ponen en cuestión que la igualdad se pueda expresar de forma real –no participa igual el presidente de la Asociación de Empresarios o de una multinacional que un asalariado, ni que decir hay de la comparación de éste con el dueño de la multinacional Zara en España–. HABERMAS (*Facticidad y validez*, p. 383) insiste en ese inconveniente en relación a su teoría discursiva: “Públicamente relevantes son en especial las cuestiones relativas a la desigual distribución de aquellos recursos de los que fácticamente depende el ejercicio de iguales derechos de comunicación y participación”.

¹¹²⁹ Sobre las corporaciones –y en contra de la atribución a las mismas de un exceso de ciudadanía– se ha llegado a decir que ellas no necesitan más protección del Estado del que éste ya les da “de facto”, vid. KRANNICH, *Corporate “Person”*, p. 104.

¹¹³⁰ MAÑALICH, *Organización delictiva*, p. 300: “El problema pasa, más bien, por la razón que justifica que no se reconozca derecho a voto a una organización empresarial. Y esta razón concierne un dato fundamental de cualquier régimen democrático: detrás del principio “un hombre (o una mujer), un voto” se esconde un principio elemental de no dominación recíproca entre quienes –supuestamente– practican el autogobierno”

sería particularmente ingenuo pensar que el procedimiento democrático en efecto logre realizar ese desiderátum, no es difícil advertir que un reconocimiento de ‘agencia política’ a las organizaciones empresariales tendría que contar como una desfachatada confesión de la renuncia a la realización de ese postulado de igual ciudadanía”¹¹³¹.

Por tanto, del mismo modo que sucede ante el juez¹¹³², ante las urnas todas las personas comparecen como iguales. Por ello, la posesión de una capacidad de participación política suficiente –que no deja de ser, como se ha indicado, más o menos supuesta debido a la importancia de los partidos políticos en las democracias contemporáneas¹¹³³– pasa necesariamente por la reunión de los dos requisitos: el derecho al voto y el derecho o libertad de expresión. Dicho esto, es necesario advertir que estos derechos, como se verá a continuación, no agotan la expresión de la culpabilidad y de la obligación que tienen los ciudadanos respecto a los deberes penales asociados a la ciudadanía.

Queda, no obstante, la cuestión de qué sucede con los extranjeros sin derecho a voto, ante la evidencia de que no se les puede excluir del principio de culpabilidad por los actos propios. Pues bien, este caso demuestra la debilidad de las teorías que fundamentan la culpabilidad exclusivamente en condicionamientos políticos y en la «persona deliberativa». Pero eso no sólo sucede con los extranjeros, sino que sucede también con los excluidos sociales o con las personas no motivadas políticamente¹¹³⁴. Estas teorías, como la de GÜNTHER, confunden el plano de la legitimidad política del Estado y sus normas, en el cual es de vital importancia el hecho de que los ciudadanos sujetos a ellas tengan las vías formales y materiales para censurarlas y manifestar su disenso, con el plano de la legitimación de la imposición de una pena a un sujeto, en cuyo fondo no sólo existen factores políticos condicionales –del tipo “si voto, entonces...” “si participo, entonces...”– sino también y especialmente el deber jurídico

¹¹³¹ MAÑALICH, Organización delictiva, p. 300.

¹¹³² ARENDT, Responsabilidad colectiva, p. 9: “La grandeza de los procedimientos de justicia estriba en que incluso el mero eslabón vuelve en ellos a ser una persona”.

¹¹³³ En un sentido similar lo expresa PAWLIK (*Libertad institucionalizada*, p. 86) en su crítica a GÜNTHER por su “sobreevaluación del hecho formal de la votación”: “desde el punto de vista de la libertad es mucho más importante la posibilidad de que cada individuo pueda vivir de forma segura y en paz entre dos citas electorales que el derecho a poder poner, cada cuatro años, una cruz en la papeleta electoral”.

¹¹³⁴ En ese sentido: PAWLIK, Der Bürger möchte bestraft werden (FAZ, 14.03.2005).

básico de respetar al otro como fin en sí mismo¹¹³⁵, como un igual¹¹³⁶. Si, como pretenden las teorías del discurso de corte contractualista, uno solo está sujeto a las leyes de cuyo Estado es “colegislador”, no estaría legitimada la imposición de una pena al extranjero sin derecho al voto¹¹³⁷, ni tampoco a quien haya renunciado a la participación política de antemano porque no reconoce al Estado como “propio”¹¹³⁸. La única manera de fundamentar la legitimidad del derecho penal respecto a “todos” (los capaces) es hacerlo sobre el deber jurídico-moral de respetar al otro como un fin en sí mismo, el cual opera como “fundamento trascendental” del derecho penal mismo: no sólo porque obliga a quien no es un igual políticamente hablando, sino porque también a él le brinda protección¹¹³⁹. Ello implica que, antes que la igualdad expresada (o no) política o comunicativamente, hay una igualdad pre-positiva –en el sentido de “constitutiva” del ser al que adscribimos una dignidad– que explica aquella parte de la culpabilidad penal que la igualdad política no es capaz de abarcar. Por todo ello, el concepto de ciudadanía aquí expuesto combina el aspecto político, concretado en los derechos de participación, con el fundamento trascendental del derecho que supone la dignidad de la persona, concretada en el deber de respetar al otro como igual¹¹⁴⁰.

¹¹³⁵ KANT, *Fundamentos*, pp. 144 y ss. Crítico respecto al planteamiento de GÜNTHER, en un sentido similar al aquí expresado: PAWLIK, *Der Bürger möchte bestraft werden* (FAZ, 14.03.2005). También SCHMITT-LEONARDY, (*Unternehmenskriminalität*, pp. 448 y s.) se muestra crítica con el concepto de “ciudadano corporativo” por prescindir tanto de la idea de dignidad humana como también del sujeto como fin en sí mismo.

¹¹³⁶ HEGEL, *Grundlinien*, § 36.

¹¹³⁷ Sin llegar a estas conclusiones, MAÑALICH, (Pena y ciudadanía, p. 69) reconoce que la exigencia de “lealtad comunicativa” de los extranjeros sin derecho a voto se ve reducida en la misma medida que su ciudadanía, por ejemplo mediante “la mayor viabilidad de la afirmación de un error de prohibición (directo) invencible que excluya la culpabilidad del sujeto en razón de su condición de extranjero”.

¹¹³⁸ Ejemplo de ello sería el terrorista, con quien sería imposible establecer un vínculo político que justificase la imposición de una pena. En estos casos, por ejemplo PAWLIK (*Unrecht des Bürgers*, pp. 120 y ss.) no tiene reparos en renunciar a calificar la respuesta del Estado como “pena” para pasar al terreno del “combate de peligros”.

¹¹³⁹ Es decir, al inmigrante, cuya falta de igualdad política es tan evidente como que no dispone de derecho al voto, se le considera un igual porque también a él el derecho penal le protege en su condición de persona. A veces incluso se le protege especialmente, como cuando se agrava la pena cuando existe discriminación por parte del autor del delito.

¹¹⁴⁰ En el mismo sentido, KANT (*Metaphysik der Sitten*, § 46, p. 167) afirma que por mucho que determinados ciudadanos (que llama pasivos) no tengan derecho a voto, esa “desigualdad no se opone en modo alguno a su libertad e igualdad como hombres, que juntos constituyen un pueblo”. En otras palabras, el concepto de ciudadanía no se agota en su aspecto político sino en una igualdad que trasciende los derechos formales. En un sentido similar, COFFEE JR. (Does “Unlawful” Mean “Criminal”?, p. 224) acentúa el servicio que realiza el derecho penal a la socialización de los individuos en la idea de igualdad. También SÁNCHEZ-OSTIZ (*Imputación*, pp. 428 y s.) sostiene una concepción del derecho en la que el elemento trascendental (también de la idea de imputación) es la dignidad personal.

c.1. Conclusión: El sujeto colectivo como un no-igual a las personas individuales

En base a las ideas que se acaban de exponer, se vuelve evidente lo problemático de la equiparación en términos de ciudadanía entre el individuo y la organización¹¹⁴¹, precisamente porque entre ambos la igualdad es en realidad una «ficción jurídica» (que, bien es cierto, en ocasiones sirve para la realización de determinados fines)¹¹⁴². Es más, los países que han adoptado sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas lo han realizado de un modo que no sólo presupone una falta de igualdad respecto a las personas físicas, sino además una falta de igualdad jurídica entre las propias personas jurídicas –se han excluido, en la mayoría de ocasiones, a las personas jurídicas de carácter público¹¹⁴³–. Por otra parte, si tomásemos dicha equivalencia en serio –lo cual no hace GÓMEZ-JARA, que defiende no una equiparación absoluta sino una equivalencia entre dos ciudadanía distintas (máxima y mínima)¹¹⁴⁴– el Estado debería arbitrar fórmulas que posibiliten en las organizaciones todos los derechos políticos ejercidos por los individuos.

¹¹⁴¹ En el mismo sentido, PASTOR, ¿Organizaciones culpables?, p. 15: “Y es que, aun cuando la empresa gozara de la capacidad de expresar juicios morales que le permitiera discrepar de las normas vigentes, lo cual es muy discutible, ¿sería tal capacidad un equivalente funcional de los mecanismos jurídicos que tiene a su alcance la persona física para cuestionar la vigencia de tales normas?, ¿permitiría esa capacidad fundamentar la culpabilidad de las empresas con la misma legitimidad que se fundamenta la culpabilidad de las personas físicas con derecho a voto? Es muy dudoso que pudiera afirmarse tal equivalencia”.

¹¹⁴² Es el caso, por ejemplo, del reconocimiento de la titularidad de «derechos fundamentales» a las personas jurídicas. La jurisprudencia que existe al respecto ha variado a lo largo del tiempo, en tanto se ha dicho tanto que dichos derechos son derechos personalistas, sólo aplicables a personas físicas (STC 107/1988; STC 51/1989; STC 121/1989), como también, más recientemente, que son aplicables también a personas jurídicas (STC 52/1995; STC 139/1995). Ahora bien, considero que el reconocimiento de determinados derechos fundamentales a las personas jurídicas tiene un carácter “funcional”, interpretable como una voluntad de protección de aquellos derechos individuales que se pueden manifestar colectivamente, y que en ningún caso suponen una igualdad con las personas individuales en lo que a su protección constitucional respecta. Ello se manifiesta, por ejemplo, en la STC 69/1999, que en relación al derecho al domicilio de la persona jurídica afirma que “...ello no implica que el mencionado derecho fundamental tenga un contenido enteramente idéntico con el que se predica de las personas físicas” (FJ 2º), para luego afirmar, que respecto a las personas jurídicas se da con “menor intensidad” (FJ 5º); como también, en la STC 117/1998, al tratar expresamente la cuestión de la igualdad entre personas físicas y jurídicas: “la distinta naturaleza y función de las personas físicas y las personas jurídicas (permite) afirmar que se trata de realidad diferentes que, por tanto, permiten y justifican un trato legal desigual” (FJ 8º); o, por último, en la STC 52/1995: “Si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas”. Cfr. al respecto: VIDAL MARÍN, Derecho al honor, personas jurídicas y Tribunal Constitucional, pp. 11 y ss.

¹¹⁴³ En es sentido: MIR PUIG, Tercera vía, pp. 10 y s.

¹¹⁴⁴ GÓMEZ-JARA (*Fundamentos*, p. 374) califica de “precipitada” una equiparación de ambos sujetos en términos de ciudadanía.

Lo irrazonable del planteamiento se manifiesta, por ejemplo, en el hecho de que en el país donde más se ha discutido la “personificación” de las corporaciones en términos de ciudadanía y derechos constitucionales, EEUU, lo que existe desde hace tiempo es una amplia corriente doctrinal que rema en sentido contrario. Ante el peligro de abuso que supondría añadir al considerable poder material de las corporaciones el poder añadido que suponen las garantías y derechos anexas a la condición de ciudadano pleno, se ha llegado a proponer la abolición de la “personalidad corporativa”¹¹⁴⁵. Como ha destacado también MAÑALICH, “el modo por el cual las organizaciones empresariales participan en la ‘producción común de sentido’ no se alejaría demasiado de la práctica que denominamos *lobby*, la cual no es en absoluto inocente en atención a la posibilidad de una sustancial erosión de la praxis democrática”¹¹⁴⁶. Parece más razonable, en ese sentido, distinguir claramente qué tipo de derechos constitucionales corresponden a la corporación en función de su posición propia en la sociedad democrática contemporánea; y parece igualmente razonable que dicha posición, como ha advertido también SCHMITT-LEONARDY, ni se corresponde ni se debe corresponder con la del estatus jurídico de «ciudadano»¹¹⁴⁷.

En resumen, el concepto de ciudadanía, del que las personas jurídicas no pueden participar de modo pleno por su falta de derecho al sufragio, no agota el contenido del concepto de culpabilidad penal. Éste, en su aspecto político, está asociado al principio de igualdad jurídica entre los ciudadanos, expresado principalmente en el derecho al sufragio, pero cuyo fundamento trascendental se encuentra en el deber de respetar al otro como igual en dignidad personal. En dicho esquema, los sujetos colectivos –como las organizaciones empresariales– no pueden colocarse como “sujetos iguales” a los

¹¹⁴⁵ En EEUU, desde algunos sectores doctrinales, se ha visto la tendencia de la personificación de las organizaciones empresariales –y la atribución de derechos fundamentales– como una forma de aumentar el poder empresarial en perjuicio de los individuos y la sociedad en su conjunto, vid. al respecto, LAUFER, *Corporate bodies and guilty minds*, pp. 52 y ss. Un análisis de la situación social y jurisprudencial reciente, KIM RIPKEN, *Corporate Personhood*, pp. 285 y ss. En la doctrina española, cfr. NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, pp. 104 y ss.

¹¹⁴⁶ MAÑALICH, *Organización delictiva*, p. 301.

¹¹⁴⁷ SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, p. 449: “Una participación tal de la empresa en los procesos democráticos como sujeto y ciudadano ni existe ni tan siquiera sería justificable de *lege ferenda*”. También KRANNICH (Corporate “Person”, p. 109), antes de realizar un repaso crítico por el tratamiento de las corporaciones por parte de la Corte Suprema, sostiene que éstas han de someterse a un test de aplicabilidad antes de serles atribuidos los derechos fundamentales pensados para individuos: “estos derechos no deben ser extendidos a las corporaciones sin antes averiguar que la entidad corporativa debe ser acreedora del derecho en cuestión por las mismas razones que la persona natural lo sería respecto a dichos derechos” (p. 100). De un modo similar, DAN-COHEN (Sanctioning Corporations, p. 21) aboga por un sistema distinto de garantías y derechos penales para las corporaciones.

individuos: en primer lugar, por una razón constitutiva, pues carecen de la dignidad personal que justificaría dicho estatus (son seres instrumentales, no fines en sí mismos); y, en segundo lugar, por una razón pragmático-funcional, en tanto equiparar políticamente a ambos sujetos supondría una amenaza o una debilitación de los principios democráticos del Estado. Ello no implica, claro está, que deban carecer de toda protección; significa, más bien, que les corresponde una protección jurídica acorde a su especial identidad y a su carácter instrumental¹¹⁴⁸.

§ II. Conclusiones provisionales de la Parte II

1. Partiendo de la base de que el derecho no es un sistema de ideas encapsulado, en tanto opera sobre una realidad social y unos sujetos que ha de tener en cuenta en sus operaciones de imputación, parece que la identidad del sujeto individual y del sujeto colectivo presentan diferencias muy relevantes desde un punto de vista normativo. A diferencia del sujeto individual estándar, con plenas facultades racionales y volitivas, y caracterizado por ser una unidad de acción constituida como una continuidad biográfica y como agente moral autónomo, el sujeto colectivo –incluso el más complejo– está constituido de un modo completamente diverso. Su identidad no se define tanto por su unidad como por su multiplicidad. La empresa constituye, en ese sentido, un «metasujeto», esto es: una estructura organizada compuesta por diferentes sujetos autónomos, no reductibles a meros elementos o instrumentos del “todo”. Si bien es cierto que, debido a determinadas dinámicas de «desindividuación» –esto es: de emergencia de procesos que se independizan “relativamente” de las personas individuales– puede adquirir, según el grado de complejidad, un tipo de identidad narrativa diferenciada, también lo es que dicha identidad es en cualquier caso relativa o débil. La principal razón es que, por su dependencia en sus manifestaciones y su relación con el entorno de individuos autónomos, la organización no puede llegar a constituir una unidad de acción independiente con una continuidad en el tiempo internamente asegurada.

¹¹⁴⁸ En el mismo sentido: DAN-COHEN, *Sanctioning Corporations*, p. 30; SILVA SÁNCHEZ, *Personas jurídicas*, p. 35; SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, p. 449, quien, citando a WIELAND, afirma que “cuando se habla de empresas como ‘ciudadanos colectivos’ se habla no tanto de un estatus jurídico como de un ‘concepto-de-ciudadanía-como-una-actividad-deseable’”.

2. El déficit de identidad en la empresa se manifiesta, en primer lugar, respecto a la exigencia de «continuidad biográfica» del sujeto imputado: para que la pena sea legítima, el sujeto debe ser el mismo en el momento de la comisión del delito, de la declaración de culpabilidad y de la ejecución de la pena. Sin embargo, ninguna de las teorías de la identidad empresarial –marca o posición social, estructura y política empresarial, autopoiesis, cultura/“ethos” empresarial– logran sobreponerse al hecho de que su identidad material es enteramente dependiente de unos integrantes que “van y vienen”. No sólo la conducción de la vida empresarial (su cultura organizativa, su política empresarial, sus objetivos, sus normas internas, su memoria y su planificación) depende de otros sujetos –empleados y administradores–, sino que, además, tanto el inicio de la misma (constitución) como también su “muerte” (disolución) depende de la mera firma de terceros, en este caso los socios. Por último, la cultura empresarial, tomada como principal argumento a favor de la identidad y culpabilidad de la empresa, no puede fundamentar una «culpabilidad por el hecho propio»: en primer término, porque no es un «hecho» sino un «modo de ser», lo que constituiría una culpabilidad por el carácter; en segundo lugar, porque tampoco es enteramente «propio», pues depende de las políticas de sus administradores y de los hábitos que emergen de las interacciones individuales. Prueba de ello es la figura del «compliance», que presupone la capacidad de los administradores que lo implantan de modificar el curso de la cultura y la estructura empresarial.

3. Un segundo grupo de manifestaciones de la insuficiente identidad de la empresa en relación a la culpabilidad está relacionado con su carácter de «metasujeto», esto es: el hecho de que está compuesta de sujetos individuales autónomos (como también de procesos de comunicación e información). Afirmar que el reproche típico de los miembros de una organización tomados individualmente –la culpabilidad– es aplicable por extensión a la organización misma –a sus miembros tomados como colectivo– supone una operación lógica incoherente en la que el todo no es considerado la suma de sus partes, sino algo igualmente cuestionable: equivalente a cada una de ellas. Varios son los problemas que se derivan de intentar atribuir una culpabilidad a un sujeto múltiple como la organización empresarial. El primero es la necesidad de buscar la infracción de la empresa en la actuación del órgano que la representa (sin el cual no puede “hacer realidad” la supuesta intencionalidad corporativa). Esa necesidad lleva, en primer lugar, a afirmar un modelo de «culpabilidad por transferencia», lo cual es una

contradictio in terminis, pues la culpabilidad es personalísima, y lo que es personalísimo no se puede transferir; y, en segundo lugar, lleva a concluir que lo que se imputa a la organización debe serle descargado al órgano y viceversa, pues contra un único hecho (el del órgano) no se pueden elevar dos culpabilidades.

4. Por otro lado, el modelo que trata de fundamentar una culpabilidad en el hecho propio de la empresa, con independencia del órgano, tiene el problema de que la acción empresarial se origina siempre en esferas de organización ajenas –consejo de administración, directivos– ocupadas por sujetos individuales cuya libertad y autorresponsabilidad no es indiferente en la producción del resultado lesivo. En otras palabras: la empresa no puede hacer o decir nada en contra de lo que su consejo de administración acuerde; lo que quiere decir que no puede hacer nada para evitar el delito y, por tanto, que no puede ser culpable del mismo. Así, la empresa podría ser desde un punto de vista de la sociología un ser «autorreferencial» o «autoorganizado»; pero desde el punto de vista del derecho penal es un ser hetero-administrado, pues lo que otros realizan por ella no es normativamente irrelevante, no es reductible a “un mero dato naturalístico”. Y no es normativamente irrelevante, en primer lugar, porque el hecho de que la empresa actúe a través de representantes es un fenómeno puramente jurídico: es, de hecho, el único modo de que la organización realice actos jurídicamente reconocibles (además de que la misma representación no es un hecho natural, sino una creación del derecho); y, en segundo lugar, porque lo que hacen los representantes en el ámbito de la persona jurídica puede ser atribuido en términos de culpabilidad individual también a ellos, y el derecho penal no puede interpretar simultáneamente dichos actos como propios de los administradores y propios de la empresa como totalidad.

5. La confusión conceptual se manifiesta en que se intenta explicar la acción empresarial, compuesta de una dialéctica compleja entre «estructura colectiva» y «acciones individuales», mediante los conceptos de la acción individual, de carácter unitario, simple y definible, a partir de una supuesta equivalencia funcional que en este sólo supone una abstracción de lo real. Siendo así, imputar estas acciones al colectivo no quiere decir otra cosa que transferirle las acciones del órgano, con lo que el modelo de «culpabilidad por el hecho propio» se manifiesta como un «modelo de transferencia» encubierto. En resumen: la falta de autonomía organizativa de la persona jurídica impide que se pueda hablar de ella en términos de culpabilidad por el hecho propio.

6. También en relación a la identidad subjetiva de la organización, puesta en conexión con los fines del derecho penal (prevención y retribución), se manifiestan dificultades para fundamentar su culpabilidad. La razón es que la organización empresarial carece del soporte (que en el caso individual es la conciencia) que permite el «nexo de comunicación» con la norma y con la pena, razón por la cual no es posible un posicionamiento autónomo del colectivo frente al derecho. A no ser que aceptemos los presupuestos del constructivismo, la capacidad de comunicación jurídico-penal requiere algo más que complejidad interna (por ejemplo en términos de «autopoiesis»). Se requiere, por el contrario, un soporte capaz de motivación autónoma y de reconocimiento valorativo de las normas, lo cual no se da en la empresa sino es a través de sus miembros individuales, esto es, de un modo «mediato».

7. Si tomamos la prevención general como finalidad, lo que obtendremos será la necesidad de una conciencia que interiorice la norma y que sea capaz de motivarse en relación a ella, ello tanto en su aspecto «negativo» –competencia para interiorizar el mal que constituye la pena como amenaza–, como en el «positivo» –competencia para reafirmar lo que la infracción negó, y no la constitución de un mero centro de afirmación social de la vigencia de las normas–. En ambos casos, incluso en la sanción a la empresa, quienes reciben dicho estímulo y quienes se encuentran al otro lado del nexo de comunicación normativa son sujetos individuales: la empresa ni se siente “intimidada”, ni es capaz de posicionarse frente a una norma cuyo contenido lingüístico no es capaz de interiorizar.

8. También la finalidad retributiva de la pena, por estar ésta tan asociada al merecimiento y a la idea de autonomía del sujeto, resulta problemática en relación a la empresa. En primer lugar, por su carácter de «metasujeto», pues la sanción necesariamente se distribuirá por la empresa con independencia del merecimiento de los sujetos individuales a quienes afecte (particularmente los accionistas, que sufren las consecuencias de lo que hacen los administradores, pero también los trabajadores). Además, es cuestionable el carácter retributivo de una sanción impuesta a un sujeto –el colectivo– por una desorganización generada por sus diferentes administradores a lo largo del tiempo. Por otra parte, su falta de soporte cognitivo o valorativo le impide ser sujeto pasivo del castigo, de modo que la pena a la empresa sería una comunicación jurídica dirigida a un destinatario que no puede constituirse como receptor de la misma.

El último escollo de la retribución a la culpabilidad colectiva es el carácter restrictivo (se dice «doloroso») de la pena. El hecho de que el individuo, como soporte no sólo racional sino también sensible, sufra el castigo penal también en su «realidad dolorosa» lleva consigo unas exigencias de explicación y justificación que no pueden satisfacerse con un concepto de culpabilidad (simbólico-comunicativo) que integre organizaciones, pues su falta de equipamiento subjetivo hace que la pena no sea para ellas un dolor sino un “precio”.

9. La prevención especial es, en cambio, la finalidad que más se ajusta a la identidad de la empresa, pues en ella se toma al sujeto no en su faceta motivacional sino de modo estratégico, como “fuente de peligro”. Sin perjuicio de que la empresa pueda ser “algo más” que un mero objeto de peligro, la intervención preventivo-especial resulta claramente idónea para contrarrestar el carácter criminógeno de determinadas organizaciones.

10. Otra dificultad para la integración del sujeto colectivo en el concepto de culpabilidad está relacionada con sus exigencias ético-morales. Ante la constatación de que un derecho penal totalmente desprendido de valoraciones éticas se convertiría fácilmente en un puro fenómeno de poder, varios han sido los intentos de integrar a la empresa en el universo de los sujetos con identidad moral. Frente a esos intentos se encuentra el hecho de que la identidad del sujeto empresarial se basa en la reconstrucción del entorno no en función de códigos éticos o normativos (bueno/malo; justo/injusto), sino en función de códigos económicos (beneficio/pérdida).

11. En todo caso, ni las empresas constituyen necesariamente un sujeto despiadadamente competitivo y amoral; ni se puede afirmar, al contrario, que sean ciudadanos éticamente conscientes con independencia de las personas físicas que la integran. Es decir, el contenido ético del derecho –por ejemplo de la norma penal primaria o de la pena– sólo puede afectar a la empresa de un modo mediato, una vez más a través de sus integrantes; y la empresa será para la ética aquello que sus integrantes quieran. Además, si bien es cierto que las empresas pueden desarrollar con el tiempo cierto «ethos corporativo», es decir, dinámicas y hábitos generalizados que pueden estar más o menos en correspondencia con los valores sociales, lo cierto es que ello no alcanza a fundamentar un reproche de culpabilidad penal, pues dicho «ethos» no

es un hecho que se pueda reconducir a una voluntad autónoma de la persona jurídica, sino un fenómeno que emerge espontáneamente de las interacciones individuales. En definitiva, la empresa está constituida para maximizar el beneficio, y no es ella sino unos administradores correctamente motivados quienes pueden evitar que ello se haga a costa del cumplimiento ético.

12. La última exigencia del principio de culpabilidad en cuanto a la identidad del sujeto tiene que ver con su aspecto político, concretado en la noción de ciudadanía, cuya idea principal reside en el «principio discursivo» (HABERMAS/GÜNTHER): el Estado sólo podría elevar un reproche de culpabilidad contra quienes han podido participar deliberativamente en la elaboración de las normas cuya infracción fundamenta la imputación. Al desprenderse de condicionamientos ontológicos o metafísicos, estas teorías contemporáneas hablan de persona deliberativa (HABERMAS) o de posición original (RAWLS) de un modo más o menos abierto tanto a personas individuales como colectivas, dependiendo en gran medida de las condiciones de la comunicación social.

13. Sin embargo, cuando estos planteamientos hablan de las capacidades requeridas para ostentar la condición de ciudadano partícipe, o para tener libertad comunicativa – por tanto, para ser destinatarios de normas jurídicas–, se refieren permanentemente a características humano-individuales (voluntad racional libre, motivaciones, disposiciones psíquicas y fisiológicas) y no a características organizativas. El propio lenguaje de la teoría del discurso avalaría, por tanto, la tesis de que en la comunicación social actual se coloca a las organizaciones y a los individuos en lugares claramente diferenciados, hecho que debería tener reflejo tanto en la mayor protección política del individuo, como también a la hora de decidir quiénes son los destinatarios del derecho penal.

14. La cuestión está, en el análisis desde el punto de vista político, en el tipo de ciudadanía que se exige para la atribución de culpabilidad: si se exige «ciudadanía máxima», es decir, ser titular del derecho al sufragio, la empresa quedaría excluida; si se exige, por el contrario, «ciudadanía mínima», reducida al derecho de participación en el debate público, la empresa podría recibir el reproche penal en tanto se la considere poseedora de aquél. En todo caso, desde el punto de vista de un concepto de ciudadanía más complejo, basado no sólo en una igualdad política –derechos políticos– sino

también en un aspecto pre-político o trascendental –la dignidad personal y el respecto del otro como igual–, la inclusión de la empresa sería mucho más problemática. La razón es que la empresa, como el resto de personas jurídicas, ni ostenta el principal derecho político y el único que materializa la igualdad –esto es: el derecho a voto–, ni tampoco puede (ni debe) considerarse un sujeto de la comunidad política de seres libres e iguales, pues no son un fin en sí mismo sino una realidad instrumental, disponible para sus socios.

15. En definitiva, el carácter complejo del sujeto colectivo, como «metasujeto» cuya vida organizativa se desarrolla como una dialéctica entre “estructura colectiva” y “acciones individuales”, imposibilita su integración en un concepto de culpabilidad que no quiera desnaturalizarse. Que la organización pueda tener una influencia estructural muy significativa en determinados delitos no la convierte por ello en un agente penal, precisamente porque le faltan las condiciones de identidad que lo hacen posible. Por esa razón, el discurso de la culpabilidad no puede servir de fundamento conjunto respecto a la imputación individual y la colectiva. Éste se ha de mantener, junto a la pena que tiene como correlato, como fundamento del derecho penal individual, pues sólo los individuos capaces cumplen las exigencias de imputabilidad –autonomía, unidad, continuidad biográfica, identidad subjetiva, ética y política–. En resumen: la relación de las organizaciones colectivas con los delitos no se explica mediante el principio de culpabilidad por el hecho, pues no estamos ante un sujeto que se relacione de modo autónomo con los “hechos” y con las normas; siendo así, su integración en el discurso penal sólo será posible si se encuentra un fundamento diverso, acorde a una identidad que no pertenece ni al “mundo de las cosas” ni al “mundo de los agentes”.

Parte III. TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD ESTRUCTURAL DE LA EMPRESA

Una vez se ha analizado, tanto en plano de los fundamentos (Parte I) como en el dogmático (Parte II), la dificultad de hablar de una auténtica culpabilidad en relación a la empresa, es necesario indagar en el tipo de responsabilidad que le podría corresponder como sujeto sin capacidad de agencia penal. A mi juicio, los problemas que producen los intentos de hacer extensible el sistema de imputación subjetivo-individual a la empresa, ya sean éstos conceptuales (error categorial, abstracción, antropomorfismo) o dogmáticos (normativización y desnaturalización de los conceptos para adaptarse a la identidad débil de la empresa), muestran la necesidad de separar la culpabilidad individual de cualquier otro sistema de responsabilidad aplicable a las organizaciones colectivas. En otras palabras, la culpabilidad no puede deformarse hasta el punto de servir simultáneamente de fundamento de la imputación del sujeto individual y del colectivo¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁹ Son mayoría en la doctrina quienes sostienen que el fundamento de la responsabilidad del sujeto colectivo no puede ser el mismo que de la individual. Así sucede, por ejemplo, entre quienes sostienen un derecho penal de medidas para la empresa, disociado de la culpabilidad: SCHÜNEMANN, *Wirtschaftsunternehmen*, p. 439; el mismo, *Punibilidad*, p. 588: “Para legitimar sanciones especiales no se debería debilitar y vaciar el concepto de culpabilidad penal en general, sino más bien buscar una legitimación especial para esta sanción penal”; también: STRATENWERTH, *Strafrechtliche Unternehmenshaftung?*, pp. 295 y ss.; WOHLERS, *Strafbarkeit des Unternehmens*, pp. 386 y s. Por otra parte, quienes niegan o cuestionan la posibilidad de integrar a la empresa en el derecho penal, y que en ocasiones defienden vías intermedias, hablan de la posibilidad de una «responsabilidad sui generis»: por ejemplo MIR PUIG (Tercera vía, p. 7); ROBLES PLANAS (Pena y persona jurídica, p. 8), tras negar la posibilidad de la culpabilidad colectiva, afirma que “ello no significa que, con independencia de la responsabilidad en sentido estricto por parte de personas físicas, no pueda hallarse una estructura de responsabilidad en sentido amplio que vincule a la organización”; de modo similar, SILVA SÁNCHEZ, *Personas jurídicas*, pp. 31 y s.; en un comentario a la aportación de NIETO MARTÍN, FEIJOO SÁNCHEZ (Autorregulación, pp. 229 y ss.): “El objeto de la responsabilidad de la persona jurídica no sería el hecho del autor individual, sino algo más genérico”...”se trataría de un modelo de responsabilidad sui generis”; también JAKOBS (*Strafbarkeit*, p. 575) parece aludir a la necesidad de una búsqueda intermedia: “Cuestión distinta es si cabe legitimar sanciones no penales, y no sólo en lo que concierne a personas jurídicas sino en lo que afecta a todos los patrimonios hetero-administrados. Entre otras cuestiones, debe ser objeto de discusión una corresponsabilidad; si bien, previo a un examen de este tipo de sanción, es necesario desvincularla de la pena”. Incluso entre quienes se muestran favorables a la responsabilidad penal colectiva se exige a veces cierta separación, por ejemplo, LAMPE (*Systemunrecht und Unrechtssysteme*, pp. 722 y s.): “En el ámbito de la responsabilidad debería dejarse claro que este injusto es muy diferente al injusto de comportamiento, no debería difuminarse ni siquiera por querer las ventajas de una fundamentación ontológica unitaria”. Destaca la necesidad de separación, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 179: “La pena a la empresa y al individuo no pueden ser fundadas en idéntico fundamento”; también, RANSIEK, *Unternehmen*, pp. 47 y s.; SCHULZ, *Lebensverhältnisse*, p. 424. Aboga por un sistema de imputación diferenciado: ALWART, *Strafrechtliche Haftung*, p. 769. En el mismo sentido, en el ámbito procesal-penal: ARZT, *Strafverfahren ohne Menschenrechte*, pp. 231 y s. Sobre la necesidad de separación, ya muy temprano: KÖSTLIN, *System*, § 40. En el plano filosófico, HUBIG, *Verantwortung und Hochtechnologie*, p. 108.

Por otra parte, en la medida en que el derecho penal se basa precisamente en la punición de sujetos culpables, parece claro que la sanción a la persona jurídica –empresa y otras–, por las razones que se han explicado, no podría interpretarse como penal en sentido estricto. Dicha sanción se corresponde mucho más con los principios del derecho administrativo o del derecho civil, y es en esos ámbitos donde debería desarrollarse una dogmática de su sanción¹¹⁵⁰.

Ahora bien, parece que la tendencia no apunta precisamente en esa dirección, en el sentido de que la mayor parte de ordenamientos jurídicos occidentales han incorporado ya, con múltiples matices, la responsabilidad de determinadas organizaciones colectivas en el sistema de derecho penal¹¹⁵¹. Una vez la responsabilidad colectiva existe como subsistema dentro del sistema penal¹¹⁵², en esta parte se tratará de investigar qué tipo de modelo aplicativo de responsabilidad puede adecuarse mejor a la naturaleza de la organización empresarial, como también qué sistema de imputación, legitimado de modo diverso, y claramente diferenciado de una auténtica responsabilidad penal que sólo sería atribuible a sujetos individuales¹¹⁵³. Así, se podría interpretar la existencia de la responsabilidad de determinadas personas jurídicas en el mismo sentido que existen en el sistema penal las medidas de seguridad, esto es: como un subsistema dentro del

¹¹⁵⁰ Un análisis de por qué es preferible a nivel preventivo la utilización para las empresas del derecho administrativo al derecho penal, sobre el argumento de su mayor probabilidad y celeridad de imposición de responsabilidad, habida cuenta de que el principal elemento distintivo –la pena privativa de libertad– no es aplicable a las personas jurídicas, en: ORTIZ DE URBINA, Sanciones penales contra empresas, pp. 273 y s.; también, BOLDOVA, Introducción, p. 263.

¹¹⁵¹ Una panorámica con amplio detalle: HAEUSERMANN, *Verband als Straftäter*, pp. 18 y ss., 387 y ss.

¹¹⁵² La explicación del sistema penal como un conjunto compuesto por diversos “subsistemas” se abordará con cierta profundidad más adelante (I.3.c.). De momento basta advertir que, pese a la coincidencia semántica con la teoría de sistemas, ésta se acoge solo como explicación parcial. Muy resumidamente, se podría decir que la diferencia principal es que aquí no se sostiene la autorreferencialidad de los distintos subsistemas del derecho penal; al contrario, tanto el subsistema de «medidas de seguridad», como el de «derecho penitenciario» o el de «responsabilidad de personas jurídicas» tienen una relación de coordinación y dependencia recíproca. En ese sentido, todos ellos tienen cosas en común entre sí y con el derecho penal en sentido estricto –por ello pertenecen al derecho penal–, pero se diferencian en su orientación funcional. Vid. más en: III.3.c.1.

¹¹⁵³ En ese sentido, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, § 23, VII: “Para la imputación penal del comportamiento corporativo se deben buscar otras reglas y categorías”. Paradigmático en este aspecto es el punto de partida del planteamiento de SCHÜNEMANN, Punibilidad, p. 588, cuyo planteamiento, similar en cuanto a los presupuestos, diverge del aquí expuesto en tanto su solución se encamina hacia una sanción a la empresa justificada por la vía del estado de necesidad del bien jurídico. También, FLETCHER, *Strafrecht ohne Straftäter*, p. 794: “El problema es, según entiendo, que no hemos creado una teoría de la acción colectiva para el derecho penal”; en el mismo sentido, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 179; STRATENWERTH, *Strafrechtliche Untemehmenshaftung?*, pp. 297 y s.; VOLK, *Zur Bestrafung von Unternehmen*, p. 435; recientemente: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, pp. 463 y ss. También, ESER (Criminality of organizations, pp. 237) quien opta por distinguir entre tres niveles, el individual, el de participación y el de responsabilidad colectiva, cada uno con sus reglas de imputación propias. También, KIRCH-HEIM, *Sanktionen*, p. 243.

sistema penal general que, a pesar de tener una naturaleza jurídica diferente a la que corresponde el concepto de «pena» y de «culpabilidad», se ha incorporado al mismo por razones prácticas o por necesidades de coherencia en la solución a determinados conflictos.

Por tanto, si se considera que la responsabilidad del sujeto colectivo debe canalizarse desde el derecho penal, parece claro que ello no puede llevarse a cabo desde una posición funcionalmente equivalente a la del individuo, por carecer aquél de la identidad penal suficiente (en términos temporales, subjetivos, morales y políticos) que justificaría el reproche de culpabilidad. Sin embargo, a favor de su integración en el derecho penal se puede afirmar que también está lejos de ser un mero instrumento, en la medida en que su identidad como «metasujeto» es más compleja que la que corresponde a los objetos instrumentales puros, pudiendo tener una identidad débil e influencia propia en la causación de delitos¹¹⁵⁴. Esa influencia, que puede concretarse en una falta de organización, en actitudes y hábitos criminógenos, o en incentivos generalizados de conductas delictivas, es la que deja sin abarcar el sistema de imputación individual¹¹⁵⁵. Por esa razón, se ha afirmado repetidamente su insuficiencia preventiva y la necesidad de imputación del colectivo mismo¹¹⁵⁶.

En mi opinión, los intentos de cubrir ese espacio de injusto con un sistema de imputación subjetiva antropomórfico –normativizando el hecho antijurídico, el dolo o la culpabilidad para hacerlos extensibles– no hacen sino debilitar el sistema penal en conjunto¹¹⁵⁷, de modo que el reto para la teoría penal debe ser ahora el de construir un

¹¹⁵⁴ Ello quiere decir que el axioma kantiano –todo lo que no tiene libertad es cosa, *res extensa* (KANT, *Metaphysik der Sitten*, Einleitung, XXII)– se queda incompleto, en tanto existen determinados colectivos que quedarían en un lugar intermedio. La razón es que, al estar integrados de sujetos libres, dichos sujetos colectivos tienen una entidad específica como resultado de la prestación de aquéllos y de sus propias dinámicas. Siguen siendo una realidad instrumental, en tanto está a disposición de sus socios; pero no es reductible a una mera cosa, en tanto tiene una subjetividad propia. En palabras de BOTTKE (*Wirtschaftskriminalrecht*, p. 249) no son “un destino ciego”.

¹¹⁵⁵ CONLEY/O’BARR, *Crime and Custom in Corporate Society*, p. 21, quien habla en términos de cultura: “regular el comportamiento corporativo es, después de todo, regular el comportamiento de las personas que componen las corporaciones. Cuando actúan en grupos, las personas (...) se constituyen a sí mismas como entes culturales y actúan de forma cultural. En consonancia, si aquellos que quieren incidir en el comportamiento corporativo quieren primero comprenderlo, su interés debe incluir una perspectiva cultural”; ampliamente, sobre los modos de influencia: SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos*, pp. 208 y ss.

¹¹⁵⁶ BARATTA, *Laboratorio del derecho*, pp. 291 y s.; HEINE, *Modelos de responsabilidad*, p. 29: “Se puede hablar de una suerte de excedente de responsabilidad colectiva que no puede ser aprehendido únicamente de la mano de la responsabilidad individual”; SCHÜNEMANN, *Punibilidad*, p. 581; QUECK, *Geltung*, p. 94.

¹¹⁵⁷ En el mismo sentido, SEELMAN, *Kollektive Verantwortung*, pp. 14, 16; el mismo, *Punibilidad*, p. 367; SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, pp. 380, 459; HEINE, *Strafrechtliche*

sistema de imputación adecuado a la naturaleza de esos factores colectivos¹¹⁵⁸. Así, si bien podría considerarse que la teoría de la imputación individual ha sido el gran reto para la dogmática del siglo XX¹¹⁵⁹, se podría aventurar que el desarrollo de una teoría de la imputación colectiva lo será para el siglo XXI¹¹⁶⁰. La ingente producción científica en dicho ámbito en la última década no hace sino confirmar esa intuición, y esta investigación está encaminada a realizar una aportación también en ese sentido.

En cualquier caso, en la medida en que la imputación de personas jurídicas es una novedad en nuestro sistema legislativo, así como en nuestra cultura jurídica continental en general, se parte de un nivel de desarrollo teórico relativamente bajo e incierto. Por otra parte, como se ha de ver, el acuerdo en la doctrina está tan lejos como que las aportaciones van desde intentar trasplantar la teoría del delito individual a las personas jurídicas a considerar que el sistema de responsabilidad empresarial es el de una responsabilidad puramente objetiva. En esta última parte de la tesis se esbozará un sistema de imputación de responsabilidad diferenciado, poniéndolo en relación con la reforma que se encuentra actualmente en proyecto y sus diferentes interpretaciones doctrinales (III.1). A ello se le sumará una interpretación de la influencia de los «compliance programs» en la responsabilidad colectivo-empresarial (III.2), para finalizar con un análisis de la naturaleza de la sanción a la empresa (III.3).

Verantwortlichkeit, pp. 149 y s., quien manifiesta “preocupación” por la ampliación de los límites de la imputación; Críticamente, KREKELER, *Unternehmensstrafrecht?*, p. 663, quien habla en términos de “afectación” de los presupuestos; WOHLERS, *Die Strafbarkeit des Unternehmens*, p. 382; QUECK, *Geltung*, p. 78; PEGLAU, *Unbeantwortete Fragen*, p. 407; KIRCH-HEIM, *Sanktionen*, p. 143. Sobre la crítica al vaciamiento (“*Sinnentleerung*”) del concepto de acción necesario para poder introducir a sujetos colectivos: QUANTE, *Sanktionsmöglichkeiten*, pp. 124. Igualmente, PÉREZ MANZANO, *Personas jurídicas*, p. 26: “si todavía tiene algún sentido mantener la culpabilidad como categoría individualizadora y altamente personal no debemos contribuir a erosionarla, haciendo de ella un concepto tan elástico que por ser capaz de abarcar juicios y fundamentaciones cuya similitud y parentesco con la culpabilidad de la persona física y sus funciones sean tan lejanos, acabe por explotar y arrastrar tras de sí otras instituciones que a la dogmática penal le ha costado muchos esfuerzos construir”; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases*, p. 293; OCTAVIO de TOLEDO Y UBIETO, *¿Responsabilidad de los entes sociales?*, pp. 142 y ss.; BOLDOVA, *Introducción*, pp. 227;.

¹¹⁵⁸ En el mismo sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, *Personas jurídicas*, p. 9: “En lugar de dedicarse a delimitar y dotar de sustantividad al sujeto de imputación, la persona jurídica, y a identificar las bases propias de su responsabilidad, ha centrado sus esfuerzos en encontrar equivalentes en la persona jurídica al injusto culpable de la persona física. Ello ha conducido a una fuerte e inmanejable normativización de conceptos propios de la imputación individual”; también, SCHÜNEMANN, *Punibilidad*, p. 588; HUBIG, *Verantwortung und Hochtechnologie*, pp. 108: “La responsabilidad institucional es categorialmente diferente de la responsabilidad individual”; en sentido parecido, NIETO MARTÍN, *Problemas fundamentales*, p. 31; ORTIZ DE URBINA, *Personas jurídicas*, p. 467.

¹¹⁵⁹ En ese sentido: CUELLO CONTRERAS, *Significado de la acción*, p. 2.

¹¹⁶⁰ LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 687: “¡La dogmática de las acciones de injusto precisa de un complemento a través de la dogmática de los sistemas de injusto!”. Idéntica reclamación, en el plano de los crímenes de guerra: GATTINI, *A historical perspective*, p. 126.

Capítulo 1. Teoría de la responsabilidad estructural de la empresa: un esbozo del sistema de imputación colectiva

a) Introducción: nueva realidad, ¿“viejos” conceptos?

Sin duda, el derecho penal está siendo sometido a una significativa irritación por parte de determinados fenómenos sociales, todos ellos relacionados con lo que se ha denominado como sociedad de las organizaciones o sociedad tecnológica y del riesgo¹¹⁶¹. Las acciones a través de organizaciones complejas, la acción colectiva y la difusión en red, las nuevas tecnologías, el terrorismo informático o el control estatal a través de internet, son fenómenos que, por su fisonomía colectiva y su origen disperso, casan mal con los presupuestos de la imputación penal, especialmente el principio de causalidad y de previsibilidad del riesgo¹¹⁶². Por otro lado, parece que frente a esa nueva realidad el derecho no dispone del lenguaje y las herramientas conceptuales adecuadas, porque las que tiene estaban concebidas para unos conflictos estructurados individualmente. Como ha admitido MAÑALICH en relación a la responsabilidad en organizaciones: “no contamos con el aparato conceptual adecuado para dar cuenta, satisfactoriamente, de los diferentes niveles en que el tema ‘criminalidad organizada’ impone preguntas que vuelven necesarias respuestas diferenciadas”¹¹⁶³.

La doctrina ha intentado, con raras excepciones¹¹⁶⁴ y en lo que a los delitos en organizaciones respecta, aplicar conceptos de corte individual a esta nueva realidad. Ha tratado de aplicar términos como “causalidad”, “culpabilidad”, “autoría” y “participación” en un ámbito en el que, o bien no encajan, o bien no pueden tener el mismo sentido que han tenido en la delincuencia de motivación exclusivamente individual¹¹⁶⁵. Ello ha derivado en una normativización de los conceptos –criticada aquí

¹¹⁶¹ LÜBBE, *Verantwortung*, pp. 27 y ss. Detalladamente, sobre los distintos ámbitos del derecho penal que se ven afectados: PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, pp. 199 y ss., 261 y ss.

¹¹⁶² Cfr. LÜBBE, *Verantwortung*, p. 128; KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, p. 72.

¹¹⁶³ MAÑALICH, Organización delictiva, p. 280.

¹¹⁶⁴ En este aspecto destaca LAMPE (*Systemunrecht und Unrechtssysteme*, pp. 683 y ss.), que sí ha tratado de explicar la responsabilidad colectiva desde conceptos innovadores, alrededor del topos del injusto sistémico (“*Systemunrecht*”). Desarrollando dicha tesis, en conjunto con un concepto de “autoría a través de poder social” (SCHILD) de la empresa: KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, pp. 294 y ss.; también, MAÑALICH, Organización delictiva, pp. 279 y ss. Dicho planteamiento, por lo demás poco acogido por la doctrina, tendrá una influencia significativa en la presente propuesta, que tratará de ser reconducida con matices al paradigma de la responsabilidad estructural.

¹¹⁶⁵ LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, pp. 685 y s.: “el quid de la cuestión radica en que, hasta ahora, la dogmática penal ha reaccionado frente a todo tipo de delincuencia sistémica con un instrumento

como desnaturalización o vaciamiento de contenido— para que puedan servir relativamente de explicación de la criminalidad organizada. Todo ello, eso sí, a costa de dejar de servir de explicación y fundamento del derecho penal en su conjunto. Por poner dos ejemplos concretos: la transformación de la culpabilidad como reproche que se dirige a un sujeto libre en culpabilidad como herramienta de organización y prevención social permite incluir a las empresas, eso sí, a costa de diluir el concepto de culpabilidad en un concepto de responsabilidad neutro e indistinguible del que impera en otras ramas del ordenamiento¹¹⁶⁶; por su parte, el concepto de pena, al transformarse en un evento simbólico-comunicativo dirigido al restablecimiento de la vigencia del orden jurídico, permite una relación funcional con la organización colectiva a costa de perder capacidad de explicar la pena en su «realidad».

Por el contrario, lo más lógico parece no tanto aplicar los conceptos clásicos del derecho penal individual a nuevas realidades, sino elaborar otros nuevos. Ello no dice nada en contra de conceptos como culpabilidad, causalidad o hecho antijurídico, que deben seguir vertebrando el discurso (con las necesarias evoluciones) en el ámbito para el que fueron elaborados. Se trata, ni más ni menos, de no hacerlos automáticamente extensibles a donde no encajan¹¹⁶⁷. En ese sentido, se parte de la idea de que la infracción y la pena individuales y la infracción y la sanción a la empresa son fenómenos tan sumamente diversos que explicarlos con los mismos conceptos no resulta ni razonable ni necesario. Por todo ello, lo que se exige es la elaboración de un sistema nuevo de imputación colectiva que permita como mínimo esbozar, dentro de los límites de la presente tesis, una línea a seguir en lo que al tratamiento de los conflictos en contextos complejos se refiere.

b) La responsabilidad estructural relativa: un sistema de imputación diferenciado para el sujeto colectivo.

Llegados a este punto es necesario explicar qué tipo de responsabilidad es la que corresponde a los colectivos una vez han sido integrados en el sistema penal como sujetos con responsabilidad, poniéndolo en relación con las conclusiones teóricas a las

hecho a medida del autor individual. Sus categorías fundamentales —acción individual, resultado social y la causalidad que los vincula— resultan sumamente simplistas en relación con la complejidad de los supuestos de hecho a enjuiciar”.

¹¹⁶⁶ Por todos: MAIHOLD, *Strafe*, pp. 13 y ss.

¹¹⁶⁷ WOHLERS, *Strafbarkeit des Unternehmens*, p. 382. En términos de KIRCH-HEIM (*Sanktionen*, p. 243): “Aquí se pretende trasplantar lo que no se puede trasplantar”.

que se ha ido llegando anteriormente. Lo cierto es que ni los modelos de culpabilidad por el hecho propio empresarial ni los de responsabilidad vicarial se muestran compatibles con la estructura del discurso penal continental¹¹⁶⁸. El primero porque parte de una concepción del derecho penal demasiado normativizada y erosiona conceptos de cuya integridad depende la racionalidad de la teoría del delito¹¹⁶⁹ –además de que en puridad dicho modelo no existe, pues la empresa siempre actúa a través de acciones de otros–. El segundo porque aboga por una responsabilidad objetiva de la empresa, en tanto es derivada automáticamente¹¹⁷⁰ de las acciones de otros (administradores o empleados), admitiendo como principio lo que en derecho penal estaría vedado¹¹⁷¹, al tiempo que político-criminalmente no parece eficaz para conseguir los objetivos preventivos que justifican la intervención¹¹⁷².

En ese sentido, se ha de buscar un modelo de responsabilidad que no constituya ni a una responsabilidad objetiva ni una responsabilidad subjetiva pura (culpabilidad), con sus propias reglas de imputación e individualización¹¹⁷³. De ello resultaría, por tanto, que el derecho penal incorpora, del mismo modo que hizo en su día con las medidas de seguridad, un nuevo subsistema de normas que se aplica a determinadas organizaciones colectivas, todavía en fase de desarrollo, y cuyo acoplamiento con el sistema de imputación individual ordinaria se ha de procurar del mejor modo posible¹¹⁷⁴.

¹¹⁶⁸ Por todos: VON FREIER, *Aufklärung*, p. 99.

¹¹⁶⁹ Por todos, SEELMAN, *Kollektive Verantwortung*, pp. 14, 16.

¹¹⁷⁰ Es importante el matiz de “automáticamente” porque toda responsabilidad de la propia empresa, en tanto ésta no tiene capacidad de producir resultados lesivos por sí misma, deriva o como mínimo presupone “actos ajenos”. La cuestión está, entonces, en que su responsabilidad no brote de modo automático, sino que esté sujeta a límites y dependa de factores que pertenezcan a la esfera jurídica del propio colectivo. En ese sentido, hay ya numerosos «modelos de heterorresponsabilidad» que se escapan a esa crítica, en tanto introducen factores propios de la empresa en su sistema de imputación. Vid. al respecto, en lo que el autor denomina “modelos de heterorresponsabilidad con tendencia a la autorresponsabilidad”: GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, Capítulo III.

¹¹⁷¹ Críticamente, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 105, quien califica dicho modelo como una pura “responsabilidad por el resultado”; también, HAAS, *Organisierte Unverantwortlichkeit*, p. 138. En ese sentido, LAUFER, *Culpabilidad empresarial*, p. 79, quien deriva una conclusión distinta de la aquí sostenida: “Después de todo, si debemos resignarnos a tener una responsabilidad penal de las empresas por imperativo legal, resulta realmente difícil no preferir el concepto de una genuina culpabilidad empresarial que el de una culpabilidad atribuida”. También, BOLDOVA, *Introducción*, p. 247. PEGLAU, *Unbeantwortete Fragen*, p. 407.

¹¹⁷² Ampliamente: ARLEN, *Corporate Criminal Liability*, pp. 173 y ss.

¹¹⁷³ En el sentido de buscar una categoría intermedia, en la que cabría la sanción a la empresa: JAKOBS, *Strafbarkeit*, p. 574.

¹¹⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Reforma*, p. 5.

b.1. Fundamento y Definición

El modelo que aquí se propone para la empresa se denomina «responsabilidad estructural relativa». Dicha responsabilidad se atribuye a aquellas estructuras organizativas en cuya esfera se ha cometido un delito que se explica, en mayor o menor medida, por la existencia en su seno de factores criminógenos, valorados negativamente por el derecho, que lo han facilitado o promovido, con independencia de si la persona individual ha sido hallada, y con independencia de su culpabilidad.

Definida negativamente, la responsabilidad estructural se opone a la «responsabilidad subjetiva pura» (culpabilidad) en tanto no supone una responsabilidad de un sujeto con identidad plena, con autodeterminación moral e intelectual y, por ello, capaz del reproche retributivo a ella asociado. Se trata, en definitiva, de una «responsabilidad sin agencia»¹¹⁷⁵. No supone el reconocimiento del sistema colectivo como un sujeto funcionalmente equivalente al individuo, con todo lo que ello supone: no se predicán de él “todos” los derechos fundamentales ni “todas” las garantías procesales¹¹⁷⁶, como tampoco se busca evitabilidad o tipo subjetivo en sentido estricto. Tampoco se reconoce en el colectivo la capacidad de originar un resultado lesivo por sí mismo, esto es, posibilidad de causación penal. Dicho modelo de responsabilidad es más flexible en términos de reglas de imputación que la culpabilidad individual: en primer lugar, porque la sanción más grave a la que da lugar (la multa) no tiene la gravedad que tiene la de la culpabilidad (privación de libertad); y, en segundo lugar, porque el ser al que se aplica no tiene dignidad personal.

Se opone también a la «responsabilidad objetiva pura» porque no brota automáticamente de la comisión del delito del miembro individual de la estructura empresarial (si bien se reconoce una relación estructural con él), sino que depende principalmente de factores que concurren en la propia estructura organizativa, a partir de los que se verifica la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la sanción¹¹⁷⁷. Ello

¹¹⁷⁵ En ese sentido, ORTIZ DE URBINA, *Personas jurídicas*, p. 499: “Del hecho de que se adscriba responsabilidad penal a las personas jurídicas, por tanto, no se siguen consecuencias materiales para la consideración de los entes colectivos como agentes”.

¹¹⁷⁶ Al respecto de su distinto estatus procesal: ARZT, *Strafverfahren ohne Menschenrechte*, pp. 221 y ss.; VON FREIER, *Selbstbelastungsfreiheit*, pp. 117 y ss.

¹¹⁷⁷ Según indican SALVADOR CORDECH/GAROUA/GÓMEZ LIGÜERRE (*Círculo de responsables*, pp. 15 y ss.), la responsabilidad objetiva se caracteriza por una delimitación del “círculo de responsables” en una decisión normativa *ex ante*: si se demuestra conexión objetiva suficiente entre el agente y el daño, aquella brota automáticamente. En la medida en que aquí se propone también una comprobación *ex post* de

implica que el hecho delictivo individual tiene una relación simplemente «sintomática» respecto al defecto estructural de la organización: en la medida en que éste es tan sólo una latencia, aquél constituye el síntoma a partir del cual se verifica si el delito tiene conexión además con factores estructurales (no basta entonces con aquél)¹¹⁷⁸. El fundamento de la responsabilidad estructural relativa es, en todo caso, el defecto en la estructura que co-explica la originación del delito, pero no el delito individual mismo¹¹⁷⁹.

b.1.1. ¿Por qué responsabilidad?

En este punto se retoma aquí la idea acerca de la diferenciación entre el universo semántico –la «gramática profunda»¹¹⁸⁰– de la culpabilidad y la responsabilidad¹¹⁸¹. La culpabilidad tiene un radio semántico reducido, precisamente por su marcado carácter individualizador y retrospectivo, así como por su contenido ético-moral (también en su acepción jurídica) y por su necesaria conexión con la noción de obligación jurídica¹¹⁸². Por el contrario, la responsabilidad tiene un carácter más polisémico, menos carga moral que la culpabilidad, una aplicabilidad temporal ambivalente (hacia el pasado y el futuro), y no está asociada necesariamente a reproches personalísimos, es decir, permite dejar más o menos abierta la cuestión del sujeto obligado¹¹⁸³. Al poner dicha

determinadas circunstancias de la propia empresa, la responsabilidad estructural aquí defendida no puede identificarse totalmente con una responsabilidad objetiva –en términos civilistas, se acercaría mucho más a una «responsabilidad por culpa», donde se requieren consideraciones *ex post* como la infracción del deber de precaución. También FRISCH (Punibilidad, p. 819) alude la relación del tipo de responsabilidad penal posible para la persona jurídica y algunas formas de imputación propias del derecho civil. El propio HASSEMER (*Persona, mundo y responsabilidad*, p. 181) reconoce que responsabilidad colectiva no es necesariamente sinónimo de responsabilidad sin restricciones: “Los procesos de responsabilidad colectiva pueden estar altamente formalizados y presentar numerosas exigencias. (...) ...puede reunir los requisitos empíricos y normativos que, desde nuestros criterios de racionalidad y justicia, son los presupuestos de una imputación correcta. Esta podría ser la respuesta necesaria y correcta del sistema jurídico a los cambios sociales”.

¹¹⁷⁸ La relación entre la responsabilidad estructural y el hecho individual es análoga a la que existe en la «prevención especial» entre el hecho que manifiesta la peligrosidad y la medida de seguridad. Sobre el hecho como “síntoma”, “motivo” y “ocasión” de la medida de seguridad: JAKOBS, *DP.PG.*, § 1/38 y ss.

¹¹⁷⁹ La misma relación estructural, aunque para sostener una responsabilidad por el carácter: MAÑALICH, *Organización delictiva*, p. 304.

¹¹⁸⁰ ALWART, *Unternehmensethik durch Sanktion?*, p. 76.

¹¹⁸¹ La distinción entre los conceptos de responsabilidad y de culpabilidad ha sido profundizada ya en I.1.B.

¹¹⁸² A diferencia de lo que sucede con la responsabilidad, sólo puede ser culpable de una infracción de una norma el sujeto que está obligado a obedecerla; dicho de otro modo, en los deberes asociados a la culpabilidad, el sujeto obligado ha de ser necesariamente el sujeto sancionado por la infracción, de modo que nadie puede ser culpable de un deber infringido por otro. vid. en profundidad: I.1.b.; II.2.b.

¹¹⁸³ Como destaca HART (*Punishment and Responsibility*, pp. 215), existe una variante del concepto de responsabilidad, que denomina “legal liability-responsibility”, en la que la propia responsabilidad (y por tanto la sanción) puede recaer en un sujeto distinto del obligado, cuando se cumplen determinados requisitos. Como ha afirmado igualmente Kelsen (*Teoría pura del derecho*, 1^o ed. de 1934, p. 78) toda

diferenciación en relación a la organización colectiva, por su falta de capacidad de agencia, se desprende claramente su mayor viabilidad dentro del campo semántico de la responsabilidad que de la culpabilidad¹¹⁸⁴. En ese sentido, podría hablarse de algo así como responsabilidad de la empresa (no estrictamente penal) de algún modo relacionada con hechos de otros, pero no se puede hablar de una culpabilidad por hechos de otros¹¹⁸⁵.

Además, el vocablo «responsabilidad estructural» está desprendido de la connotación estigmatizadora que asociamos a las versiones más “primitivas” de la culpabilidad colectiva, en tanto sugiere un sentido más neutro, con menos carga moral y, por tanto, potencialmente aceptable en nuestra cultura jurídica¹¹⁸⁶. Conviene recordar, además, que el concepto de responsabilidad ha tenido un amplio desarrollo en la filosofía del derecho contemporánea, desde H. JONAS hasta W. LÜBBE, proporcionando además el contexto en el que se ha discutido la ampliación a nuevas formas de imputación colectiva¹¹⁸⁷. Por otra parte, el concepto de responsabilidad estructural no sólo tiene un rendimiento de cara a estructuras organizativo-empresariales, sino que está abierto a desarrollos que se puedan realizar en el ámbito de la tecnología, de la política, la criminalidad de Estado y, en definitiva, a todo aquel contexto estructural que pueda tener una influencia significativa en el comportamiento de los individuos¹¹⁸⁸. En esa línea, se parte de que lo que se atribuye a la persona jurídica, cuando cumpla

responsabilidad que se predique de un sujeto colectivo cumple este patrón –esto es, se trata de una “responsabilidad indirecta”–, puesto que en su caso la responsabilidad y la sanción van a recaer necesariamente en un sujeto (el colectivo) distinto de quien estaba obligado al cumplimiento de la norma (los individuos que componen el órgano). cfr. sobre ello: SANZ ENCINAR, Concepto jurídico de responsabilidad, pp. 34 y ss.

¹¹⁸⁴ De momento, MAIHOLD, *Strafe*, p. 21, quien relata la evolución reciente desde el paradigma de la culpabilidad colectiva hacia la responsabilidad colectiva, si bien advierte que nada se ha aclarado acerca de los criterios de imputación que debería regir esta última. NECKEL, *Kollektiv und institutionelle Verantwortung*, p. 76, por su parte, destaca que “a diferencia de otras categorías”, la responsabilidad se caracteriza por ser un principio moral muy “contextual”, muy relacionado con las “características propias y situacionales” de los actores, razón por la cual “no sólo los individuos pueden ser sujetos de responsabilidad, sino también los colectivos”.

¹¹⁸⁵ En ese sentido: ARENDT, *Responsabilidad colectiva*, p. 8.

¹¹⁸⁶ En ese sentido, FLETCHER, *Collective Guilt*, pp. 1568: “El uso de responsabilidad colectiva parece evitar todo el bagaje asociado a la estigmatización y la purificación, las distorsiones del pecado original y de la sinceridad culpable” (sin embargo, ello sirve a FLETCHER para decantarse a favor de la culpabilidad colectiva). También, NOLLKAEMPER, *System Criminality*, p. 10: “las respuestas ubicadas en el nivel del sistema, particularmente si no implican responsabilidad criminal, no tienen por qué cargar con la connotación de la culpabilidad colectiva”.

¹¹⁸⁷ vid. I.1.b.2.

¹¹⁸⁸ En el ámbito de la responsabilidad en procesos tecnológicos complejos (tecnología informática, biomédica, de la información, etc.) dicha responsabilidad está siendo objeto de creciente sistematización y estudio, normalmente bajo el concepto de “*Systemverantwortung*”: cfr. LENK/MARING, *Verantwortung*, pp. 244 y ss. Sobre la relación entre “estructura” y “acción”: LÜBBE, *Verantwortung*, pp. 25 y ss.

determinados requisitos, es una responsabilidad y no una culpabilidad, precisamente porque la identidad débil de aquélla imposibilita hablar de un comportamiento culpable¹¹⁸⁹. El encaje en el sistema de derecho penal de un tipo de responsabilidad como ésta, disociada de la culpabilidad, será analizado más adelante.

b.1.2. ¿Por qué estructural?

Por otro lado, la responsabilidad es «estructural» y no subjetiva en la medida que la organización empresarial constituye una «estructura organizativa» compuesta tanto de diferentes sujetos individuales (esto es: un «metasujeto»), como también de tecnologías de la información y la comunicación¹¹⁹⁰; todo lo cual está, a su vez, constituido y ordenado por un sistema de normas, formales e informales, que regulan y distribuyen la actividad de los diferentes elementos. Dicha estructura se genera por las propiedades que emergen de las interacciones de los individuos que operan en ella, las cuales van dando forma a un “contexto organizativo”¹¹⁹¹, que puede manifestarse influyendo en los elementos que interaccionan en ella (especialmente en las personas)¹¹⁹². Los fenómenos en organizaciones complejas son, por tanto, una combinación entre estructura colectiva y acción individual. En la medida en que aquélla sigue estando relativamente a disposición de los individuos, que pueden modificarla e incluso disolverla, como también pueden actuar libre y responsablemente en su interior, dicha estructura no puede alcanzar la identidad subjetiva necesaria que se exige para hablar en términos de culpabilidad penal¹¹⁹³. No se trata, por tanto, de un sujeto penal en sentido estricto.

¹¹⁸⁹ SCHMITZ, *Bestrafung von Unternehmen*, p. 313: “la ‘culpabilidad’ que se puede atribuir a la propia empresa –como requisito de punibilidad–, debe ser algo distinto de la culpabilidad individual de la persona natural. Parece más razonable, por ello, no hablar de ‘culpabilidad’ sino ‘de responsabilidad’”.

¹¹⁹⁰ Como se explicó, este carácter de meta-sujeto de la organización colectiva es lo que dificultaría la compatibilización con los conceptos de imputación individual: WOHLERS, *Strafbarkeit des Unternehmens*, p. 382; VON FREIER, *Verbandsstrafe*, pp. 29 y ss.; LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 687.

¹¹⁹¹ También SCHMITT-LEONARDY (*Unternehmenskriminalität*, pp. 118 y ss., 272, 456), incide en la noción de empresa como contexto (“*Kontext für eine Gruppe von Individuen*”, “*Kontext der Tatgelegenheiten*”).

¹¹⁹² Una definición de estructura, en el ámbito sociológico, similar a la que aquí se propone la proporciona GIDDENS (*Constitución de la sociedad*, p. 396), quien la define como “reglas y recursos que recursivamente intervienen en la reproducción de los sistemas sociales”, que “existe sólo como huellas mnémicas, la base orgánica de un entendimiento humano, y actualizada en una acción”. Sobre la emergencia de dichos contextos estructurales: DENEULIN/NEBEL/SAGOVSKY, *Transforming unjust structures*, pp. 5 y ss. En sentido similar, con consecuencias diversas en el plano penal: KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, p. 305. Ampliamente, sobre la distinción entre estructura y acción, de nuevo, GIDDENS, *Constitución de la sociedad*, pp. 43 y ss.; 53 y ss.; LÜBBE, *Verantwortung*, pp. 25 y ss.

¹¹⁹³ También RANSIEK, *Unternehmensträgers*, p. 298, quien niega la posibilidad de integrarla en el derecho penal.

La estructura empresarial no tiene, por tanto, capacidad de agencia propia, sino que sólo puede proporcionar el contexto para acciones de terceros. Sí puede, en la medida en que constituya un “sujeto” diferenciado de su entorno al que se le reconozca una personalidad jurídica, tener una responsabilidad diferenciada, adecuada y proporcionada a su cuota de influencia en la comisión del delito por parte del individuo. Dicho brevemente: la organización colectiva responde por haber adquirido la forma de un contexto de oportunidad delictiva para los individuos que operan en ella¹¹⁹⁴, y responde porque constituye una realidad diferenciada del mundo de las cosas, y también (relativamente) de sus miembros individuales. Está relacionada, además, con la noción de “*Unrechtsysteme*” de LAMPE, quien la define como “estructura social con carácter criminógeno” (“*Sozialgebilde mit kriminogenem Charakter*”), la cual puede añadir algo al injusto personal de los individuos que podría ser penalmente relevante¹¹⁹⁵.

La noción de “estructura” no es, en todo caso, completamente nueva en lo que a los discursos de responsabilidad se refiere, donde ha aparecido recurrentemente, tanto en teología moral como en filosofía política¹¹⁹⁶, en referencia al conjunto de factores

¹¹⁹⁴ En una explicación cercana a la que se realiza aquí, aunque sin desarrollar consecuencias en el plano de la responsabilidad colectiva, FRISCH, Punibilidad, p. 818: “Lo que (a lo sumo) se le podría atribuir a la persona jurídica es que ha posibilitado o facilitado la comisión del delito de la persona natural mediante su existencia, mediante estructuras determinadas (incluso, en esa medida ciertos déficits) y mediante la falta de medidas de seguridad. Quizás también que (mediante déficits estructurales) ha creado incentivos para el delito. Con esto, el aporte de la persona jurídica se agota –en categorías de injusto clásicas– en el injusto de la participación (con lo cual, sin embargo, no se ha dicho que realmente se puedan fundar sus requisitos adicionales). Ahora bien, sin embargo, para el partícipe se reconoce de un modo específicamente pacífico que el injusto del verdadero autor y que él ha promovido (o tal vez incluso motivado) no se le pueda imputar como delito propio (y no se le puede castigar por ese delito)”. El mismo, *Strafbarkeit*, p. 356. También: ROBLES PLANAS, ¿Delitos de personas jurídicas?, pp. 7 y s. De modo similar, LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtsysteme*, p. 731: “La responsabilidad de la empresa económica no puede, por ello, apoyarse en un injusto ajeno de acción, sino solamente en su propio injusto de sistema”. PUNCH (Why Corporations Kill, p. 49), por su parte, basa el concepto de contexto criminógeno que puede constituir la empresa en que puede proporcionar lo que denomina “la santa Trinidad de la investigación criminal estándar –motivos, oportunidad y medios”.

¹¹⁹⁵ LAMPE, *Strafphilosophie*, p. 48: “Yo amplío el concepto de autor, en el sentido de que no entiendo solamente la acción (individual) como el posible origen de un resultado injusto (“*Unrechtserfolgs*”), sino que también entiendo que de la existencia sistémica de una estructura social (“*Sozialgebildes*”) –como por ejemplo una agrupación o una empresa–, también puede surgir un peligro de injusto”; también: El mismo, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 703. Las diferencias con la presente propuesta son dos: primero, que aquí no se fundamenta culpabilidad empresarial alguna, mientras que para LAMPE sí existe una culpabilidad (casi indistinguible del injusto) en la empresa, en forma de culpabilidad por el carácter o filosofía criminógena (p. 732); en segundo lugar, que en la definición de factores criminógenos se pone más énfasis en la desorganización estructural que en la filosofía criminógena, precisamente porque esta última es menos accesible al derecho. En palabras de VON FREIER (*Verbandsstrafe*, p. 144) se trataría de evitar caer en excesivos “misticismos”.

¹¹⁹⁶ Sobre la noción de “estructura de pecado” en la teología moral: NEBEL, *La categoría moral de pecado estructural*, pp. 310 y ss. En filosofía política, la explicación del carácter estructural o sistémico de determinados acontecimientos se puede rastrear en la obra de ARENDT: en primer lugar, en la idea (ya

sistémicos criminógenos que pueden radicar en determinadas organizaciones sociales, y que favorecen o incentivan comportamientos en sus integrantes¹¹⁹⁷. Ahora bien, partiendo de que el concepto de “estructura criminógena” –como el de “sistema” o el de “organización”– es significativamente amplio, es necesario advertir que, a efectos de responsabilidad jurídica, sólo interesan aquellos factores estructurales que puedan ser reconducibles a una “persona jurídica”, sea una empresa, un partido político u otras personas jurídicas análogas. En otras palabras, la influencia estructural –en términos de incentivos, favorecimiento o falta de control– sólo será imputable cuando surja de la persona jurídica en concreto (de su “estado de cosas” organizativo, sus normas internas, las prácticas institucionalizadas, etc.) y no, en cambio, del sistema social en general¹¹⁹⁸.

explicada en II.1.b.3) de que toda acción humana tiene una dimensión comunitaria o sistémica; en segundo lugar, en su análisis del nacionalsocialismo, que explica como la confluencia de determinados factores estructurales (antisemitismo, organización burocrática, individualismo) de los que se aprovecharon los dirigentes nazis (*Orígenes del totalitarismo*, pp. 510, 559 y ss.); y, especialmente, en su descripción de la burocracia como un “tiránico dominio de Nadie”, sin responsables, donde se genera un “estado de cosas” donde “hombres terriblemente normales” cometen “sus delitos en circunstancias que casi les impiden saber o intuir que realizan actos de maldad” (*Eichmann en Jerusalén*, p. 403; *Sobre la violencia*, p. 53). SIMPSON (Men and Abstract Entities, p. 94), por ejemplo, se refiere, además de a ARENDT, a la crítica de MARX a la “mente burocrática”. Sobre ello, en relación a ARENDT y RICOEUR: DENEULIN/NEBEL/SAGOVSKY, Transforming unjust structures, pp. 3 y ss.

¹¹⁹⁷ Muy temprano (1939), GOMPERZ, Social Responsibility, pp. 331 y s.: “a veces el grupo entero, o su estructura y organización, son hechos, al menos en parte, responsables o co-responsables de la conducta de sus miembros, y ello es lo que yo denomino responsabilidad social”. También, en términos de “*Structural Crime*”, en referencia a las corporaciones criminógenas: Yale, L. J., Vol. 89 (1979): pp. 355 y ss.. En sentido parecido: NECKEL, Kollektiv und institutionelle Verantwortung, p. 77, habla de la relación entre “el principio de responsabilidad” y la “estructura de los procesos económicos, sociales y políticos”; También, BARATTA, Laboratorio del derecho, p. 291, alerta del “carácter estructural de determinadas formas de corrupción”, al tiempo que afirma la insuficiencia de luchar contra ellas solamente con “la intervención represiva contra los comportamiento individuales de las personas físicas”; ROTH, *Kollektive Gewalt und Strafrecht*, p. 209; NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, pp. 38 y ss., quien describe el “delito de empresa como delito estructural”; KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, pp. 94 y ss., 320 y s. También, SILVA SÁNCHEZ, ¿Responsabilidad penal y/o responsabilidad estructural?, p. 1: “una vez establecidas, tales estructuras incentivan el comportamiento injusto creando un aura de normalidad y legitimidad. Con todo, una institución, una estructura o una sociedad no son por sí mismas sujetos de actos morales”. SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, p. 462, se expresa en términos de “*kriminogene Struktur*”. El ya mencionado LAMPE (Systemunrecht und Unrechtssysteme, p. 687) se refiere a “*soziale Gebilde*”, que puede traducirse tanto por “estructura” como por “construcción” o “formación social”; como también (p. 728) se refiere a “*Organisationsstruktur*”. Recientemente, BECK, S. (Notsandlage im Kollektiv, p. 680), ha realizado un análisis de cómo determinadas “estructuras colectivas” afectan al comportamiento y a la responsabilidad individual; también, SIMPSON (Men and Abstract Entities, p. 94) hace referencia concretamente a la noción de “responsabilidad estructural”, en relación a crímenes de guerra. Críticamente, H.D. LEWIS, Collective Responsibility, p. 28, afirma que una “estructura” no puede ser moralmente responsable más que en sentido metafórico, razón por la que tampoco puede ser jurídicamente responsable.

¹¹⁹⁸ Sin perjuicio de que todo ello deba tener un desarrollo ulterior, el objetivo es delimitar qué tipo de factores van a ser relevantes a efectos de imputación penal. Es decir, por “estructura criminógena” pueden entenderse desde condiciones fácticas (las dilaciones en los procesos penales pueden tener influencia estructural en la comisión de delitos económicos) a condiciones de psicología social (como por ejemplo el antisemitismo en la Alemania nacionalsocialista, o la disposición a la obediencia en las empresas contemporáneas); siendo así, el objetivo es imputar solo aquéllas situaciones que se deban a decisiones tomadas desde la propia persona jurídica (seguramente por administradores pasados), o bien a factores

Por otra parte, sólo serán jurídicamente relevantes aquellas estructuras organizativas (con personalidad jurídica) que hayan adquirido cierto grado de “desindividuación”, esto es, que gracias a su complejidad añadan algo a la individualidad de sus miembros. Se excluyen, por tanto, grupos pequeños y simples como familias, asociaciones vecinales o empresas de pequeño tamaño (lo que FRENCH había denominado “agregados”¹¹⁹⁹); como también meras agrupaciones informales o eventuales, como grupos de amigos, muchedumbres y demás grupos no organizados (lo que se ha denominado “*random collections*”¹²⁰⁰). El nivel de complejidad a partir del cual una estructura organizativa puede ser hecha responsable se ha de determinar normativamente, a partir de los conocimientos extraídos principalmente de la psicología grupal y de la sociología de la organización¹²⁰¹.

En resumen, el término “estructural” obedece, en primer lugar, a que la empresa a la que se atribuye una responsabilidad constituye una “estructura organizativa”; y, en segundo lugar, a la “influencia estructural” que es capaz de ejercer sobre el comportamiento de sus integrantes. A favor de la denominación juega el hecho, además, de que el topos de “lo estructural” está cada vez más integrado en el imaginario social, donde muy a menudo se pueden encontrar análisis de fenómenos como la corrupción o la criminalidad organizada que los identifican como problemas de carácter estructural y no sólo como una cuestión de disposición individual¹²⁰².

sociales cuya influencia la empresa debía haber evitado (en otras palabras: los administradores no se pueden escudar en argumentos como “todos los demás lo hacían” o “esto era una práctica social generalizada”)

¹¹⁹⁹ Al respecto: I.c.2.

¹²⁰⁰ Sobre ello: LÜBBE, *Verantwortung*, p. 23.

¹²⁰¹ En ese sentido, quien más ha desarrollado la cuestión es GÓMEZ-JARA (Antecrítica, p. 472; Personas jurídicas, pp. 471 y s.). Si bien el autor sostiene que el substrato organizativo sería lo relevante de cara a establecer la mayoría de edad empresarial y su capacidad de culpabilidad (lo cual se criticó en II.2.a.3.2), su idea es aprovechable también desde el planteamiento de la responsabilidad estructural. La razón es aquí se parte también de que no toda organización es viable de cara a una eventual responsabilidad, sino sólo aquellas que, en términos preventivos, constituyan una peligrosidad añadida a la de sus miembros individuales, manifestada en una influencia en el delito individual.

¹²⁰² Si se lleva a cabo una indagación en cualquier buscador online de noticias de periódico y de artículos científicos, por ejemplo con los términos de «corrupción» y «estructural», se dará con una serie ilimitada de análisis periodísticos que inciden en el aspecto “estructural” de estos fenómenos. cfr. por ejemplo: “La corrupción es estructural” (J. J. Millás, *El país*, 15.04.2013); “Justicia y corrupción” (Joan Ridao, *El país*, 18.01.204); “Estado de corrupción” (Lluís Foix, *La Vanguardia*, 08.05.2014). Otro ejemplo, en este caso del ámbito académico, se encuentra en el informe conjunto del INECIP y el CIPCE, titulado “La reforma procesal penal frente a la corrupción: obstáculos estructurales para la investigación y el juzgamiento de cualquier delito económico”, donde se demostraría en un análisis de casos el carácter “estructural” de los problemas relacionados con la criminalidad económico-política.

b.1.3. ¿Por qué relativa?

Por último, en relación a la definición, la responsabilidad estructural es “relativa” en dos sentidos. En primer lugar, es relativa en tanto no supone una responsabilidad penal en sentido estricto, entendida como aquella que justifica un reproche de culpabilidad y una pena dirigidos a un sujeto libre y auto-responsable, sino sólo “relativamente” penal, esto es: constituye un subsistema de imputación diferenciado que pertenece al sistema penal en un sentido formal, sin que ello permita hablar en términos de equivalencia con la imputación ordinaria de culpabilidad (individual) y con la pena que lleva consigo (vid. III.3.b).

En segundo lugar, es relativa en tanto “relacional”. La responsabilidad estructural presupone la relación de la estructura organizativa con sus miembros individuales, es decir: se reconoce que es dependiente de éstos tanto en un sentido ontológico (se manifiesta a través de ellos) como normativo (se comunica con el derecho a través de ellos). Además, se reconoce influencia en sentido inverso, en tanto la acción de los individuos puede ser también expresión del propio colectivo¹²⁰³. Ello supone también que, aunque la empresa constituya una estructura criminógena, ello no es suficiente para elevar contra ella una responsabilidad. Se ha de manifestar, por el contrario, en un delito individual cometido por su influencia, momento en el cual se puede ir contra la propia estructura como corresponsable por su cuota de influencia en el resultado lesivo¹²⁰⁴. En palabras de LAMPE: “el injusto del sistema y el injusto de relación interaccionan entre sí”¹²⁰⁵.

En ese sentido, uno de los aspectos más problemáticos es el tipo de relación que tiene la responsabilidad estructural con el delito del integrante de la empresa. Los modelos de culpabilidad por el hecho propio han tratado de justificar una conexión suficiente entre el fallo organizativo de la empresa y el resultado lesivo, obviando que “entre medio” hay, como mínimo, la voluntad de un sujeto libre y autorresponsable (el individuo que origina el acto lesivo). Por el contrario, el modelo aquí defendido conecta el defecto organizativo con el origen de la acción individual y no con el resultado. Es decir, la estructura empresarial, por sí misma, no explica (no es causa suficiente de) la

¹²⁰³ LAMPE, Systemunrecht und Unrechtssysteme, p. 703: “como funcionarios, sus miembros introducen el entorno en el sistema, por un lado, y, por otro, llevan al entorno el mundo interno del sistema. Si se produce el injusto, entonces se obtiene, además de un significado relacional, un significado ‘sistémico’”.

¹²⁰⁴ También: LAMPE, Systemunrecht und Unrechtssysteme, pp. 716, 731.

¹²⁰⁵ LAMPE, Systemunrecht und Unrechtssysteme, p. 731.

originación de un resultado lesivo, puesto que éste se origina siempre en una persona física (identificable o no)¹²⁰⁶. Ahora bien, la empresa sí que puede influir y facilitar dicha originación en caso de que tenga una estructura organizativa deficitaria, de modo que cuando ello sirva de co-explicación del delito será posible la imposición legítima de una sanción por su responsabilidad estructural. La imputación colectiva estará, por tanto, encaminada a determinar cuándo la acción individual está «suficientemente conectada» con los defectos de la estructura colectiva como para afirmar la co-responsabilidad de ésta.

Por otra parte, el hecho de que el individuo opere en el contexto de una estructura criminógena nada dice necesariamente acerca de su capacidad de responsabilidad individual. Ello deberá someterse a ulteriores análisis, dirigidos a determinar qué puesto tenía la persona individual en el seno de la estructura (cuanto más arriba esté en la escala jerárquica, más fácil será justificar su responsabilidad), qué nivel o intensidad tenía la influencia de los factores colectivos, qué grado de libertad tenía la persona individual de actuar correctamente, o qué consecuencias tendrían lugar si el individuo hubiese cumplido la ley en contra de la política empresarial eventualmente criminógena.

b.1.3.1. Tipología de estructuras

La diferente relación que puede existir entre la propia estructura que subyace a la persona jurídica y las conductas e interacciones de sus integrantes podría dar lugar a distinciones muy útiles, no sólo a nivel teórico sino especialmente de cara a la determinación de la responsabilidad empresarial. En ese sentido, no es equivalente en términos de influencia –y por tanto de responsabilidad–, una empresa donde se incentiva activamente la comisión de delitos que otra donde simplemente no se controle adecuadamente. Al respecto, la clasificación de los diferentes tipos de estructuras podría esbozarse del siguiente modo, de menor a mayor influencia en los delitos de sus integrantes:

(I) «Estructuras preventivas»: son aquéllas organizadas adecuadamente y de modo efectivo para la prevención de delitos, con políticas y procesos de formación dirigidos al favorecimiento activo del cumplimiento de la legalidad. En esa medida, los

¹²⁰⁶ La cuestión de la causalidad se ha tratado en II.2.b.3.

delitos cometidos en su seno tenderán a explicarse por una motivación de origen exclusivamente individual.

(II) «Estructuras neutras»: son aquellas en las que no se dan mecanismos activos de prevención y concienciación, pero donde se cumplen los mínimos requisitos de control, información y seguridad exigibles para la prevención de delitos. Se correspondería con el nivel estándar de exigencia de «compliance», razón por la cual la propia estructura tenderá igualmente a no tener responsabilidad. En tanto a los individuos ni se les presiona en exceso para el cumplimiento de la legalidad y los valores sociales ni tampoco en el sentido inverso, éstos tenderán a ser responsables de los delitos que cometan.

(III) «Estructuras no controladoras o facilitadoras»: son aquellas donde no se incentiva activamente a la comisión de delitos, pero donde tampoco existen los sistemas de control adecuados para la prevención de los mismos (lo cual podría interpretarse como un incentivo indirecto). En ese sentido, lo que hagan los individuos por dicha falta de control les será imputado a ellos, si bien se podrá considerar a la empresa corresponsable por haber servido de contexto facilitador.

(IV) «Estructuras incentivadoras»: son aquellas donde no sólo no se controla, sino que además se incentiva, mediante presión económica o psicológica sobre los empleados, la obtención de beneficios empresariales a costa de la comisión de ilícitos penales¹²⁰⁷ (por ej. aquellas empresas de “brokers” financieros, que obtenían una comisión por vender productos inflados de precio a personas no aptas). La empresa tendería a ser responsable por su influencia en las conductas individuales, y dependiendo de la presión psicológica que ejerciese sobre el individuo, la responsabilidad de éste podría ser atenuada, o el hecho considerado en el momento de la individualización de la pena.

(V) «Estructuras anuladoras»: constituyen el caso extremo, difícilmente constatable en la realidad, de estructuras con un nivel de organización y estructuración tan intenso que en ellas la individualidad queda virtualmente anulada, razón por la cual lo que ocurra en ellas será responsabilidad del propio contexto (p. ej.: estados totalitarios, una empresa “esclavista”, o en determinados clanes, en el que la no

¹²⁰⁷ Sobre las diferentes formas de “involucramiento activo” de los sistemas en los crímenes de los individuos, entre ellas el incentivo, adoctrinamiento, propaganda, deshumanización de las víctimas o las políticas y directivas colectivas: NOLLKAEMPER, *System Criminality*, p. 16.

realización de la conducta socialmente esperada puede acarrear la propia muerte¹²⁰⁸). Un caso verosímil podría constituirlo el de la anulación parcial, es decir, aquellas organizaciones donde se exige a sus empleados determinadas conductas sin proporcionarles formación e información alguna acerca de la actividad que están realizando, sin que puedan sospechar del significado antijurídico de su conducta. En esa conducta particular, los individuos son utilizados prácticamente como “herramientas ciegas”, de modo que quien esté en ese nivel “ejecutivo” difícilmente podrá ser hecho responsable del resultado lesivo. Todo lo anterior tendría lugar sin perjuicio de que en estas estructuras sí que se podrá responsabilizar a quienes estén en el nivel directivo, esto es, a quienes tengan el poder y la información suficiente acerca de la actividad que desarrolla la organización.

De la anterior se desprende que, en casos límite o extremos, cuando el sujeto halla obrado co-influido por presiones estructurales no se descarta una atenuación en lo que a su responsabilidad subjetiva respecta¹²⁰⁹. Si bien ello se debe determinar conforme a la circunstancias y es difícil establecer para ello una regla, la tendencia general será que cuanto más intenso sea el carácter criminógeno de la estructura más fácil será la constatación de una responsabilidad estructural y más tenderá a desplazarse la responsabilidad individual hacia los estratos jerárquicos superiores de la organización¹²¹⁰ (pues éstos son los responsables de que la organización no devenga peligrosa); al contrario, cuanto más correcto o neutro sea el estado estructural de la organización, menos probable será atribuir una responsabilidad estructural a la empresa y más fácil será sostener la plena responsabilidad individual por el comportamiento delictivo, con independencia del nivel jerárquico en que se encuentre.

b.1.4. Fundamento ontológico y normativo

Definida positivamente, la «responsabilidad estructural relativa» se atribuye a una estructura o sistema organizativo por haber influido, activa u omisivamente, en la

¹²⁰⁸ En ese sentido, recurriendo al ejemplo de clanes con una estructura jerárquica criminógena: BECK, S., *Notsandslage im Kollektiv*, pp. 660 y ss.

¹²⁰⁹ En ese sentido, por las mismas razones aquí expuestas: SILVA SÁNCHEZ, *Actuación*, pp. 1 y s.; el mismo, *Fundamentos*, p. 236. Eso mismo es apuntado por LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 683.

¹²¹⁰ En ese sentido: LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, pp. 732 y ss. Más adelante (pp. 744 y s.): “A los miembros de una empresa económica con tendencia criminal debe imputárseles responsabilidad sistémica siempre que, en la posición directiva (como miembros del “*brain area*”), sean competentes de la filosofía criminógena de la empresa y de los déficits de organización empresarial”.

comisión de un delito por parte de uno de sus integrantes. Su fundamento es doble. En primer lugar, a nivel ontológico, la empresa no es reductible necesariamente a una “mera cosa”, sino que constituye una estructura organizativa que pueda adquirir una “identidad narrativa débil”, relativamente dependiente de sus integrantes, pero que a su vez puede influir sobre ellos (incluso puede “sobrevivirles”), identificable por el derecho y capaz de soportar un nivel determinado de responsabilidad. En ese sentido, resulta razonable atribuirle determinadas consecuencias de lo que ocurre en el “contexto estructural” que ella proporciona.

En segundo lugar, a nivel normativo y en relación a los fines del derecho penal, se justifica por dos vías: primero, porque cumple fines preventivos, gracias a la denominada «prevención indirecta/reflexiva» que constituye la sanción a la propia empresa; segundo, porque cumple fines de «justicia distributiva», pues en la medida en que el delito se co-explique mediante el defecto estructural de la propia organización, resulta razonable que se le responsabilice de parte de la distribución de los costes del conflicto¹²¹¹ (ver III.3.c.2.1.). No está, por tanto, asociada a un reproche personal, sino a una situación (desorganización estructural) valorada negativamente por el ordenamiento jurídico en tanto constitutiva de un contexto de oportunidad delictiva¹²¹². La razón normativa por la que es necesario intervenir en la organización es, en definitiva, que su influencia en el delito manifestaría la existencia de un “injusto estructural” que es necesario combatir.

b.2. La responsabilidad estructural como derecho reflexivo o control del contexto

La responsabilidad estructural de la empresa, así como la sanción que tiene como consecuencia, pertenecen a lo que se conoce como «derecho reflexivo»: no se pretende

¹²¹¹ En ese sentido, aunque en una dirección argumentativa diversa: FRISCH, *Punibilidad*, p. 811: “Pero no se trata sólo de eficiencia y prevención. También consideraciones de justicia sugieren una tal apertura o extensión del derecho penal. No es extraño que los delitos de los empleados sean sólo la consecuencia de una determinada actitud fundamental característica de la empresa, en tanto que en otros casos éstos fueron y son hechos posibles por un control y vigilancia defectuosos”.

¹²¹² En palabras de SUTHERLAND, lo que se imputa a la empresa es el desarrollo y mantenimiento de “definiciones favorables al delito”, que tiene lugar cuando ésta proporciona un contexto de razones que en el balance individual inciden a favor de la comisión de delitos, como también la existencia de técnicas de neutralización de los mandatos éticos. Vid. al respecto: ORTIZ DE URBINA, *Sanciones penales contra empresas*, p. 269; NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, pp. 40 y ss. PUNCH, *Why Corporations Kill*, pp. 49 y s. LAMPE (*Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 709) por su parte, describe 4 condiciones para considerar un sistema como injusto: 1. El peligro potencial de la empresa; 2. La estructura deficitaria de la organización; 3. La filosofía empresarial criminógena; 4. La erosión del concepto de responsabilidad individual.

motivar al sujeto colectivo, ya que éste es incapaz de motivación ni razonamiento propio –falta el «nexo de comunicación» con la norma¹²¹³–, sino que la intervención se produce a modo de “control del contexto”¹²¹⁴; esto es, en las condiciones estructurales en las que los individuos operan y eventualmente delinquen (de ahí la responsabilidad estructural). Este modo reflexivo de operar había sido analizado críticamente en relación a la fundamentación sistémica de las normas penales, concebidas éstas como reflexivas en su conjunto¹²¹⁵. Si bien, como se puso de manifiesto en la crítica, la tesis de la reflexividad no explicaba suficientemente la relación de las normas penales con los sujetos individuales, en tanto aquéllas se dirigen directamente a la motivación de los mismos, sí que se adecúa perfectamente a los sujetos colectivos, a los que el derecho accede por vía refleja o indirecta¹²¹⁶.

Es decir, la norma dirigida al administrador de la empresa, y cuya infracción justifica una culpabilidad penal, es una norma orientadora de conductas: está dirigida a un sujeto del que se pretende una motivación conforme a derecho. Ese mecanismo de control, y según la distinción de DAN-COHEN, constituye una “disuasión directa”, en tanto el sujeto a quien se pretende influir es el mismo que aquél en quien recae la sanción¹²¹⁷. Por el contrario, los deberes jurídicos dirigidos a la empresa, así como su posterior responsabilidad, son intervenciones que se producen sobre un contexto estructural, un estado de cosas como es la organización –que puede llegar a tener una identidad narrativa débil, según se explicó–, con el objetivo de que otros, las personas físicas que

¹²¹³ Es decir, falta la posibilidad de la empresa de comprender los deberes estructurados lingüísticamente que forman el derecho: SCHÜNEMANN, Punibilidad, p. 571. Eso mismo ha expresado, derivando consecuencias distintas, HIRSCH, Responsabilidad penal de las asociaciones, pp. 1114 y s.

¹²¹⁴ TEUBNER/WILLKE, Kontext und Autonomie, pp. 32 y s.; WILLKE, Staatliche Intervention, pp. 214 y ss.

¹²¹⁵ En contra de convertir el derecho reflexivo en paradigma único de explicación del derecho contemporáneo: HABERMAS, Paradigms of Law, p. 20.

¹²¹⁶ En ese sentido, SCHÜNEMANN, Punibilidad, p. 571. También, HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 78 y s., se expresa en términos de “control indirecto y descentralizado de las condiciones del contexto”; LÜTOLF, *Strafbarkeit*, p. 35; VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 236; GRACIA MARTÍN, Personas jurídicas, p. 607; también, FEJOO SÁNCHEZ, Autorregulación, p. 232; CONLEY/O’BARR, Crime and Custom in Corporate Society, p. 21; QUANTE, *Sanktionsmöglichkeiten*, p. 167. El propio KELSEN (*Reine Rechtslehre*, pp. 182 y s.) había constatado esa relación mediata entre el derecho y la empresa. También, El mismo, *Teoría pura del derecho* (1º ed. de 1934), p. 78: “que una persona jurídica esté obligada o facultada a algo no significa que ningún individuo esté obligado o facultado, sino que se determinan de manera indirecta o mediata los individuos que lo están”. En 1889 ya había resaltado MERKEL, *Lehrbuch*, § 18, el carácter “indirecto” que tendría una eventual sanción penal a la empresa.

¹²¹⁷ DAN-COHEN, Sanctioning Corporations, pp. 29 y ss.

la integran –desconociéndose cuáles en concreto¹²¹⁸– intervengan sobre dicho contexto para adecuarlo a lo exigido por aquel deber jurídico. En tanto el objeto de sanción (la empresa) no coincide con el sujeto al que se pretende motivar (los individuos responsables, *ex ante* anónimos), la responsabilidad estructural constituye un tipo de “disuasión mediata”.

En el primer caso, el de las normas penales como motivación individual, no se trata de derecho reflexivo sino de «derecho directivo u orientador», basado en una “racionalidad legal substantiva”¹²¹⁹: está dirigido a una conciencia racional, que en el caso ideal ha de comprender y motivarse en la dirección que estipula la norma. Por el contrario, la “disuasión indirecta” como control del contexto empresarial constituye una forma de «derecho reflexivo»: es cierto que la norma tiene como finalidad última motivar comportamientos individuales (por ej.: que el administrador implante un sistema de prevención de riesgos penales), pero la responsabilidad se mantiene en un nivel previo, como condicionamiento de la estructura del sistema organizativo¹²²⁰. Así, disminuyendo el patrimonio de dicho sistema (multa), o interviniendo algunas de sus funciones (curatela), se pretende, como efecto reflejo, que aquellos que son responsables de la estructura la modifiquen, la ajusten a derecho, cumpliéndose así la función preventiva. La responsabilidad estructural tiene, por tanto, la forma de un refuerzo paralelo de la responsabilidad individual, con la que se pretende que los órganos interioricen que su comportamiento antijurídico no sólo puede tener consecuencias gravosas para sí mismos (pena individual), sino que además puede tenerlas para la persona jurídica en cuya representación actúan (sanción colectiva)¹²²¹. En cualquier caso, también dentro de esta intervención reflexiva existen dos variantes, según la conocida distinción entre «modelos económicos» y «modelos estructurales» de control¹²²². Los primeros

¹²¹⁸ HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 250. Es así precisamente porque, tal como expresa SILVA SÁNCHEZ (Personas jurídicas, p. 32), se desconoce cuáles de las personas físicas han contribuido a crear ese estado de cosas colectivo, organizativamente defectuoso, en el que se ha cometido el delito por parte de una persona física.

¹²¹⁹ TEUBNER, *Substantive & Reflexive Elements*, p. 274.

¹²²⁰ TEUBNER, *Substantive & Reflexive Elements*, p. 255: “Bajo un régimen de derecho reflexivo, el control de la acción social es indirecto y abstracto, pues el sistema legal sólo determina las premisas organizativas y procedimentales para futuras acciones”. Las teorías del derecho reflexivo como explicación de las sanciones a empresas ha sido ya analizada por HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 250; SCHÜNEMANN, *Legal Entities*, p. 232. Crítico respecto al planteamiento del primero, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, pp. 202, 238.

¹²²¹ En ese sentido: QUECK, *Geltung*, p. 30

¹²²² VOLK, *Zur Bestrafung von Unternehmen*, pp. 434 y ss.; Al respecto: EIDAM, *Straftäter Unternehmen*, p. 124; SILVA SÁNCHEZ, *Personas jurídicas*, p. 30.

consisten en un control interno, según el cual a la empresa se le impone una consecuencia negativa (paradigmáticamente una multa) para que ella, internamente, corrija el defecto organizativo de su estructura; el segundo consiste en un control externo, en tanto supone la intervención más directa sobre la estructura empresarial, lo que se asimila más a medidas de seguridad. En cualquier caso, desde la perspectiva de los sujetos que han de motivarse y hacer o dejar de hacer algo, ambos tipos de medidas son una forma de disuasión indirecta, en tanto en ambos casos los destinatarios últimos son los miembros individuales.

La razón por la que el sistema jurídico emplea estos mecanismos de control indirecto o reflexivo de la estructura, y no se contenta con influir en la motivación de los sujetos individuales, la han proporcionado repetidamente quienes han tratado de justificar la culpabilidad empresarial: se trata de combatir la “irresponsabilidad organizada”¹²²³. En términos preventivos, y en sistemas complejos y funcionalmente diferenciados, los mecanismos de motivación individual son o bien insuficientes, porque dejan un espacio sin cubrir¹²²⁴, o bien difíciles de realizar, en tanto los presupuestos de imputación (conocimiento, control y ejecución) están repartidos en diferentes sujetos. Esa es la principal razón por la que es necesario reforzar el sistema de imputación individual con una responsabilidad estructural.

b.3. El sistema de imputación colectiva

Una de las tareas más arduas en lo que a la construcción de una responsabilidad propia de las personas jurídicas se refiere ha sido la concreción del sistema de imputación. No tanto en lo que a la parte objetiva se refiere, que por su propia fisonomía es compatible con la persona jurídica, sino especialmente respecto al “aspecto subjetivo” y la culpabilidad. Las dificultades son obvias: cualquier teoría de la imputación subjetiva del individuo ha funcionado con base en conceptos (“conocimiento”, “representación”, “voluntad”, “previsibilidad”) que no tienen lugar en la propia persona jurídica, a veces

¹²²³ En ese sentido: ORTIZ DE URBINA, Sanciones penales contra empresas, p. 268: “Si las personas jurídicas fueran translúcidas, esto es, si se dispusiera de información perfecta sobre lo que ocurre dentro de ellas, siempre se podría intentar prevenir los delitos cometidos en su seno mediante la motivación de las personas físicas que las dirigen o que trabajan en ellas”.

¹²²⁴ Claramente expresado, DAN-COHEN, Sanctioning corporations, p. 28: “Los actos no-distributivos de la corporación indican la necesidad de medidas reforzadas dirigidas a la corporación, en tanto revelan un espacio entre el control que se ejerce con el castigo de las conductas particulares, por una parte, y la modificación de la conducta corporativa, por otra”. También, DROPPE, *Verbandsstrafe*, pp. 55 y ss.

ni tan siquiera con equivalentes funcionales¹²²⁵. Ello ha obligado a la parte de la doctrina favorable a la culpabilidad empresarial a dos operaciones de dudosos resultados: o bien a adoptar fórmulas como el “conocimiento colectivo/agregado”¹²²⁶ o el conocimiento organizativo¹²²⁷; o bien, como hacen los modelos de heteroresponsabilidad, a asumir la necesidad de remitir el dolo colectivo al dolo de sus integrantes¹²²⁸.

Lo más razonable parece reconocer –como señala NIETO MARTÍN– que la única analogía posible en este punto es la de ver en la parte subjetiva de la responsabilidad empresarial una «medida de la gravedad» del defecto estructural que ha facilitado el delito¹²²⁹. Es más, un sistema de imputación complejo en el que se distingue entre categorías como injusto, culpabilidad o tipo subjetivo responde “a las necesidades específicas de la responsabilidad individual”, por lo que “trasladar este complejo y refinado edificio a la responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta inadecuado”¹²³⁰.

A continuación se esbozará una propuesta de estructura de imputación sobre unos estándares que son distintos a la imputación individual, básicamente por dos motivos: porque la identidad del sujeto es también distinta, y porque la gravedad de la

¹²²⁵ ROBLES PLANAS, Pena y persona jurídica, pp. 5 y s.: “la responsabilidad (de la persona jurídica) no puede surgir con arreglo al sistema de imputación de la Parte General, sino, en su caso, creando un ‘injusto de desorganización’ específico”.

¹²²⁶ Al respecto del “conocimiento colectivo”: COFFEE, Corporate Criminality Liability, pp. 25 y ss.; HEINE (*Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 138) sostiene un conocimiento de la empresa como “conocimiento disperso a través de toda la organización”, desde una perspectiva no de “conocimiento real del autor” sino más bien desde una “concepción social”; ZUÑIGA (*Bases*, pp. 238 y ss.) sostiene un modelo donde el tipo subjetivo depende de la peligrosidad objetiva que denote la actuación empresarial de cara al bien jurídico. SCHMITT-LEONARDY (*Unternehmenskriminalität*, pp. 480 y s.), por su parte, establece un tipo subjetivo por analogías de los elementos cognitivos y volitivos en la empresa. En un sentido crítico: ROBLES PLANAS, Pena y persona jurídica, p. 11, quien afirma que una falta de organización, que es normalmente lo que se le imputaría a la empresa, no es de ningún modo reconducible a un “dolo empresarial por el riesgo”; además de que éste sería necesariamente el resultado de una remisión a los integrantes de la empresa y, por tanto, nunca un conocimiento propio del riesgo.

¹²²⁷ GÓMEZ-JARA (Autorresponsabilidad, pp. 141 y s.) sostiene un modelo de conocimiento organizativo, basado en la teoría de sistemas de WILLKE, según el cual el dolo empresarial no hace referencia a «conocimiento real» alguno, tampoco a elementos volitivos, sino que se trata de una “construcción normativa” que en el caso empresarial describiría algo así como vinculaciones y relaciones de los elementos de conocimiento que operan en la empresa. Lo criticable de este planteamiento es, de nuevo, la poca plausibilidad de los conceptos constructivistas, que se traduce en este caso en la dificultad de traducir estas consideraciones a un esquema normativo que pueda considerarse equivalente al dolo e imprudencia individuales.

¹²²⁸ En el mismo sentido crítico: ARTAZA VARELA, *Empresa*, p. 379.

¹²²⁹ NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, p. 160. De acuerdo también en la crítica al conocimiento colectivo, pp. 155 y ss.

¹²³⁰ NIETO MARTÍN, Problemas fundamentales, p. 31.

consecuencia jurídica impuesta (la más grave, afectación de la libertad individual y afectación del patrimonio colectivo) también es manifiestamente distinta¹²³¹.

b.3.1. La parte objetiva

La parte objetiva de la imputación de la empresa viene constituida por la infracción (no personal¹²³²) del deber de mantener una adecuada organización –concretamente en los niveles del riesgo permitido–, y su conexión con la acción individual constitutiva de delito. En otras palabras, la constatación principal para su surgimiento es la comprobación de cómo el contexto estructural ha promovido o favorecido la conducta delictiva individual¹²³³; y si dicho defecto estructural ha superado los niveles del «riesgo permitido». Al respecto, rigen los siguientes criterios:

(I) En primer lugar, el delito individual ha de ser surgir en la «esfera organizativa» de la empresa. En ese sentido, se exigen una serie de requisitos que pretenden justificar la dimensión colectiva de la actuación del miembro individual de la empresa: será un indicio de ello que el sujeto actúe “en nombre” o “por cuenta” de la misma, en el marco de sus funciones sociales y en su esfera de actividad, así como la obtención de “beneficio directo/indirecto”, inmediato o futuro, seguro o posible, por parte de la organización¹²³⁴. En otras palabras, debe manifestarse en la acción individual la dimensión colectiva que posibilita el plus de responsabilidad estructural que se ha descrito¹²³⁵. Ello excluye, en primer lugar, los «hechos de exceso», que son aquellos que

¹²³¹ NIETO MARTÍN (Problemas fundamentales, p. 32) añade otro motivo a tener en cuenta: el sistema de imputación clásico obedece a los principios de la dogmática alemana, presente también en otros tantos países. Sin embargo, en tanto la criminalidad económica tiene un carácter transversal y multinacional, es necesario idear un sistema de imputación menos complejo y aplicable a distintas tradiciones jurídicas. Sobre el carácter internacional y globalizado del fenómeno de la responsabilidad corporativa y el «compliance»: ENGELHART, *Paradigmenwechsel im Strafrecht*, p. 212.

¹²³² Es necesario insistir en que, por las razones que se han ido esgrimiendo, la “infracción del deber” no es cometida a título personal por la empresa misma, sino que es atribuible a una serie indeterminada de actos organizativos de sus miembros, los cuales han derivado en el estado organización defectuoso que se imputa a la empresa en conjunto. Se trata, como afirma LAMPE (*Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 704) de un deber “impersonal”.

¹²³³ En palabras de SILVA SÁNCHEZ (*Personas jurídicas*, p. 33): “Lo principal es que el delito (o, como mínimo, el hecho antijurídico) cometido por la persona física exprese un estado de defectuosa organización de la persona jurídica que permita prever una continuidad en la actividad delictiva, de no ser corregido”. Ampliamente, acerca del significado normativo de estos términos, ARTAZA VARELA, *Empresa*, pp. 332 y ss.; en sentido parecido al aquí referido: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, pp. 473 y s. En el ámbito filosófico, acerca de la acción individual como expresión del “nosotros”, vid. SEARLE, *Construcción*, pp. 31 y ss.

¹²³⁴ Ello excluye, por tanto, los delitos cuyo perjudicado directo es la propia empresa, como los delitos societarios, que no podrán generar responsabilidad de la misma..

¹²³⁵ ARTAZA VARELA, *Empresa*, pp. 214 y ss. En palabras de SCHÜNEMANN (*Punibilidad*, p. 592) hay que distinguir la conducta de individuos dirigida individualmente y la dirigida (yo diría: co-dirigida o condicionada) colectivamente.

realiza un empleado extralimitándose en las funciones que tiene autorizadas por la propia empresa¹²³⁶; y, en segundo lugar, excluye las acciones individuales ajenas al «radio de proximidad»¹²³⁷ de la persona jurídica. Por último, aunque la persona física que ha cometido el delito –que ha de existir necesariamente, porque la organización por sí misma sólo manifiesta su “latencia” o “disposiciones” a través de ella¹²³⁸– no haya sido individualizada u obre sin culpabilidad, la persona jurídica podrá responder igualmente por haber proporcionado el contexto en el que tuvo que cometerse el delito por aquélla¹²³⁹.

(II) En segundo lugar, ha de existir una conexión relevante entre el defecto estructural y el delito individual.

a. Para ello debe analizarse, en primer lugar, si el riesgo estructural ha superado los límites del «riesgo permitido»¹²⁴⁰. Este nivel es de gran importancia en la medida en que el desarrollo de la actividad empresarial, especialmente en determinados sectores de

¹²³⁶ En ese sentido, LAMPE (Systemunrecht und Unrechtssysteme, p. 304). Lo que suceda por dicha «extralimitación» de funciones sólo será imputable también a la empresa si el exceso estuviera conectado a un defecto de organización de la misma; es decir, si con una correcta organización se podría haber evitado el “hecho de exceso” mismo. Por ejemplo, si un sujeto aprovecha la falta de control en la empresa sobre sus propios recursos materiales para cometer un delito fuera de su función empresarial, sólo surgirá responsabilidad estructural si un sistema adecuado de control de sus recursos habría evitado dicha conducta, y sólo si dicho control era exigible según el «estándar de adecuado compliance» (por ejemplo, el control seguramente sería exigible si se trata de recursos peligrosos para los que se exige una autorización especial, y no lo será si se trata de recursos sin peligrosidad específica, que podría adquirir el trabajador por otras vías).

¹²³⁷ El «radio de proximidad» es relevante en la medida en que supone una limitación objetiva de la responsabilidad empresarial. La empresa debe, a través de sus administradores, establecer mecanismos de control en lo que a su propia «esfera de tráfico jurídico» se refiere: todo lo que quede dentro podría ser (si se cumplen el resto de requisitos) imputado también a ella en términos de responsabilidad; lo que quede fuera será exclusivamente imputable al sujeto que ha cometido el delito, por mucho que se hayan utilizado instrumentos obtenidos gracias a trabajar en el contexto de la propia empresa. Ello también es relevante en la relación entre las empresas matrices y las sucursales, de modo que en función de las características de estas últimas (su nivel de dependencia o autonomía, la formación de sus trabajadores, etc.) se determinará que lo que ocurra en ellas estará dentro o fuera del «radio de proximidad» de las primeras.

¹²³⁸ En ese sentido, aunque para sostener para la organización una culpabilidad por el carácter: MAÑALICH, Organización delictiva, p. 304.

¹²³⁹ Como es lógico, si la persona obró sin culpabilidad, o si no es posible dar con ella en el seno del proceso, será mucho más difícil probar la conexión entre el defecto de organización y la acción individual. En el primer caso, porque es difícil para la empresa influir en sujetos individuales estando éstos en los supuestos de “falta de culpabilidad”. Por ejemplo: si un empleado comete un delito de omisión del control por estar en estado de embriaguez absoluta (en principio: falta de culpabilidad), la empresa podrá responder sólo si se prueba que en ella era un hábito generalizado y consentido la ingesta de bebidas alcohólicas a lo largo de la jornada laboral. En el segundo caso, el de desconocimiento del individuo concreto, la prueba de la conexión entre defecto organizativo y acción individual será dificultosa en tanto se dispondrá de poca información de ésta última. En todo caso, la responsabilidad estructural de la empresa es independiente de la obtención del individuo culpable: mientras se pruebe que la empresa ha tenido una influencia criminógena en la comisión del delito se le podrá hacer responsable en los términos que se están explicando.

¹²⁴⁰ GÓMEZ-JARA, Injusto típico, pp. 141 y ss.; en el mismo sentido, ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases*, p. 325; ARTAZA VARELA, *Empresa*, pp. 329 y s.

especial riesgo, depende de que el ordenamiento jurídico permita a las empresas alcanzar determinados niveles de peligro. En esa medida, es necesario referirse a la regulación legislativa en cada uno de dichos sectores para verificar si el riesgo estructural que ha facilitado la acción delictiva se encontraba por debajo de las barreras de lo permitido o, por el contrario, las había excedido. Además, se excluirá la responsabilidad de la empresa cuando el delito se produzca por influencia de un riesgo en la estructura que estaba cubierto por un «permiso de actividad condicionado» de una administración competente (siempre, claro está, que se haya cumplido la condición impuesta).

b. En segundo lugar, el defecto estructural –que puede ser un defecto en el «compliance»–, ha de haber generado un «plus de peligrosidad» no imputable exclusivamente a la persona física que lo desencadenó, y conectado con su delito individual. Así, las preguntas que hay que realizar *ex ante* son las siguientes: ¿en la empresa se favorecen, mediante incentivos concretos, la política organizativa o mediante una falta de control, acciones como la que constituye el delito? ¿Con un sistema de prevención adecuado, hubiera sido significativamente más difícil para la persona física llevar a cabo la acción? La pregunta a realizar *ex post* es: ¿es la acción individual una concreción del riesgo generado en el contexto de la persona jurídica? Dicha conexión no es, evidentemente, en términos de causalidad (pues la persona física sigue siendo autónoma), sino en términos de influencia: la estructura no es causa ni de la acción del individuo ni del resultado lesivo, lo que ella “realiza” es una suerte de influencia mediante la creación de un riesgo jurídicamente desvalorado¹²⁴¹. En ese sentido, el defecto estructural ha de poder conectarse con la acción delictiva concreta, o como mínimo con la esfera jurídica individual que la originó, de modo que no basta con una infracción de deber empresarial en abstracto¹²⁴².

(III) El «compliance» como herramienta de exclusión de la tipicidad objetiva.
Supuestos:

a. «Compliance» bien implementado que neutraliza el fallo organizativo: en este caso, el «compliance» impedirá la imputación objetiva pues desactiva la conexión entre el fallo organizativo (que no sería tal) y el resultado lesivo.

¹²⁴¹ En sentido parecido, NIETO MARTÍN, Problemas fundamentales, p. 37.

¹²⁴² Por ejemplo, si se pretende imputar a la empresa un delito informático de uno de sus programadores se debe demostrar que aquella carecía de un sistema de control suficiente para detectar y controlar ese riesgo específicamente, mientras que otras deficiencias no relacionadas con dicho riesgo no podrán fundamentar la imputación objetiva de la facilitación del delito (sí una medida de seguridad).

b. «compliance» bien implementado que no ha podido neutralizar el fallo organizativo: este caso, diferente del anterior, también paraliza la imputación objetiva porque, en la medida en que los deberes jurídicos de la empresa se concretan en el «compliance», si éste ha sido bien implementado no existe una «infracción de deber» que atribuirle. El hecho de que no haya podido neutralizar el fallo organizativo deviene poco relevante, pues se parte de que, en la medida en que un sujeto colectivo puede ser un ente muy complejo, no toda la actividad empresarial es susceptible de un control absoluto por parte de la empresa, esto es, no todo es “programable”¹²⁴³. Se trata igualmente de evitar que el fallo organizativo (que también podría deberse a una negligencia del administrador) genere automáticamente la responsabilidad de la empresa, lo que se acercaría a un régimen de responsabilidad objetiva pura (en este caso, no obstante, podría imponerse una medida de seguridad).

b.3.2. La individualización de la responsabilidad estructural relativa

Partiendo de la base de que la función del tipo subjetivo es “personalizar” o “individualizar” la infracción de la norma¹²⁴⁴ –que ha sido calificada ya como “objetivamente relevante”–, lo cierto es que la responsabilidad estructural de la empresa no puede desconocer este momento del proceso de imputación. En ese sentido, del mismo modo que el «dolo» y la «imprudencia» son las formas en que la infracción individual del deber se concreta en cada caso y en cada sujeto particular, aquí se propone adecuar la sanción a la empresa a las características estructurales y contextuales de la misma, como también y especialmente a su grado de influencia en la acción delictiva. No se trata, por tanto, de trasladar las categorías del tipo subjetivo individual a la empresa, sino más bien de elaborar un sistema de “personalización de la infracción” que sea funcional de cara a la imputación de la persona jurídica. Los criterios de individualización de la responsabilidad estructural de la empresa determinarán, entonces, el grado de responsabilidad estructural (grave, atenuación y exclusión) de la empresa, y serían los siguientes:

(I). La «gravidad de la infracción de deber». Cuanto mas grave sea el deber de cuidado infringido por el fallo estructural de la empresa mayor será su responsabilidad,

¹²⁴³ En ese sentido, WEISSMANN/NEWMAN, *Criminal Corporate Liability*, p. 432: “una organización no puede controlar las acciones de sus empleados del mismo modo que un individuo puede habitualmente controlar sus propias acciones”; ARTAZA VARELA, *Empresa*, pp. 156, 350 y s; acerca de la evitabilidad de los riesgos empresariales, RANSIEK, *Unternehmen*, p. 50. Con ejemplos: NIETO MARTÍN, *Problemas fundamentales*, p. 45.

¹²⁴⁴ Por todos: PÉREZ DEL VALLE, *Imprudencia*, pp. 162 y s.

y viceversa¹²⁴⁵. Al respecto tiene una relevancia significativa el «aspecto temporal» del fallo organizativo relacionado con el delito: cuanto más se prolongue a lo largo del tiempo anterior al delito mayor será la responsabilidad, mientras que, en sentido contrario, la responsabilidad tenderá a ser menor cuanto más se trate de un fallo organizativo puntual¹²⁴⁶. Tendrá igual importancia el valor del bien jurídico al que afecta, lo cual implica que los defectos estructurales conectados a riesgos para la vida y la integridad de las personas serán considerados más graves¹²⁴⁷.

(II). Manifestación de la desorganización estructural en el significado normativo de la acción individual (si es conocida): no es lo mismo una acción dolosa y culpable de la persona física, a la que basta un defecto estructural leve para producir un resultado lesivo, que una acción por sí misma irrelevante, que al entrar en contacto con un contexto estructural gravemente desorganizado produce, en contacto con otras acciones irrelevantes, resultados lesivos¹²⁴⁸. En otras palabras: en principio manifiesta un defecto estructural más grave un delito cometido por un miembro de modo inculpable o imprudente que uno cometido de forma dolosa. Por otra parte, será mayor la responsabilidad de la empresa en delitos cometidos por sujetos que operan en ámbitos de especial riesgo (y, por tanto, donde existe un especial deber de control), y menor en otros más neutros, donde el deber es más débil.

(III). El tamaño y la complejidad de la empresa en relación al nivel de riesgo de la actividad. De forma análoga a la exigibilidad individual, esta exigencia obliga a graduar el deber de las organizaciones de invertir en prevención de riesgos en función de su capacidad estructural y patrimonial. Se parte de la base de que sería poco equitativo sancionar del mismo modo a una empresa que tiene más medios para controlar que a otra que tiene menos¹²⁴⁹.

¹²⁴⁵ BOLDOVA, Introducción, p. 255: “La duración y la gravedad de las penas aplicables a la misma tendrá que corresponderse, al menos en parte, con la clase o tipo de estado de desorganización que presentara en el momento de la comisión del delito”.

¹²⁴⁶ En el mismo sentido: NIETO MARTÍN, Problemas fundamentales, pp. 38 y ss.

¹²⁴⁷ Por ejemplo: la responsabilidad será mayor si el fallo estructural afecta a la integridad física de los trabajadores que si afecta a su privacidad; como también será mayor si dicho fallo existía desde hacía años que si lo hacía desde hacía un mes.

¹²⁴⁸ De modo similar: LAMPE, Systemunrecht und Unrechtssysteme, p. 708.

¹²⁴⁹ Por ejemplo: no es lo mismo la capacidad de inversión en seguridad de Google que la de una empresa informática pequeña, de modo que tampoco podrán ser los mismos los deberes asociados a su responsabilidad. En ese sentido, en el proyecto de código penal actualmente en marcha se recoge la obligación de graduar las obligaciones en función del tamaño y naturaleza de la organización (art. 31.bis.6 CP), al tiempo que las exigencias del «compliance» varían en función de si la empresa es de grandes o pequeñas dimensiones (será pequeña si puede presentar una cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, según el art. 31 bis.3 CP).

(IV). El «beneficio» o «enriquecimiento injusto» obtenido mediante el delito. Si bien la obtención de un beneficio¹²⁵⁰ no constituye una manifestación concluyente de la influencia de la empresa sobre el individuo que cometió el delito, sí que puede suponer un síntoma. Ello es así porque el beneficio empresarial es la principal razón por la que, aquello que los individuos no harían por sí mismos, sí que lo harían cuando reciben “presiones” o “incentivos” desde la propia empresa. En otras palabras, el beneficio es lo que convierte la desorganización en rentable, lo cual significa que cuando el delito es beneficioso para la empresa la acción delictiva tiene muchas probabilidades de deberse también a presiones u objetivos estructurales (“nosotros empresarial”) y no a un producto del “yo”, lo cual podrá constituir un baremo a tener en cuenta en la individualización de la sanción. Así, cuanto más inseguro sea el beneficio, o cuanto más difícil sea de identificar por parte de la empresa, menor será su grado de responsabilidad; al contrario, cuanto más seguro sea, y cuanto más difuminado esté con el patrimonio empresarial, en mayor medida funcionará el enriquecimiento injusto como indicador de la responsabilidad estructural.

(V) Regulación estatal contradictoria o confusa: la empresa no deberá responder, o lo hará atenuadamente según las circunstancias, en aquellos casos en que las reglas que regulan su ámbito de actividades sean claramente contradictorias (colisión de deberes), o no estén suficientemente claras¹²⁵¹.

(VI). Por último, aunque en parte englobando a los anteriores, la individualización de la sanción debe tener en cuenta el «grado de influencia» del defecto estructural en la acción individual; es decir: cuánto han aportado las condiciones estructurales al surgimiento del comportamiento delictivo. En este sentido, no es lo mismo, por ejemplo, una estructura que incentiva (influencia grave), que una que no controla (influencia leve); no es lo mismo una estructura donde delinquir es un hábito generalizado (grave), que una que simplemente no tiene un canal de denuncia (leve).

Por poner un ejemplo extremado, una influencia fuerte se produciría en aquellas empresas de “Brokers” típicas de los años 90 en las que había gran presión y hábitos generalizados destinados a estafar en masa, vendiendo productos a personas no cualificadas a un precio abultadamente superior al «real», a cambio de grandes comisiones. En esas estructuras empresariales, quien no aceptaba adoptar esos hábitos directamente no podía formar parte. Su influencia sobre las conductas individuales era muy fuerte, lo cual generaría, según el esquema indicado, una responsabilidad estructural grave. Comparativamente, la organización que no incentiva a sus trabajadores a estafar, sino que simplemente no dispone de mecanismos de control adecuados, no influye en la conducta de sus trabajadores del modo en que lo hace

¹²⁵⁰ También, en relación al enriquecimiento injusto de la empresa: ROBLES PLANAS, Pena y persona jurídica, p. 8.

¹²⁵¹ FISSE, Corporate Criminal Law, p. 1201; también: ARTAZA VARELA, *Empresa*, p. 390.

la empresa en el primer caso, razón por la cual su responsabilidad estructural deberá resultar menor tras el proceso de individualización.

(VII). Estado de necesidad económico: cuando el delito cometido sea exclusivamente de carácter económico (esto es: que no afecte a la integridad de las personas), la empresa no deberá responder cuando el mal causado sea inferior al daño económico que se habría producido de no haber tenido lugar la conducta delictiva (especialmente si se trató de evitar perjuicios a trabajadores y a proveedores); y responderá atenuadamente si el mal causado era equiparable o ligeramente superior al evitado¹²⁵².

b.3.3. El injusto de la organización como injusto estructural de carácter objetivo, accesorio e incompleto

Tal y como se adelantó ya, la atribución de responsabilidad estructural no exige la comprobación de la denominada culpabilidad colectiva en forma de cultura corporativa o “actitud o disposición personal” contraria al derecho. Con el injusto sucede, en cambio, algo diverso. Los factores estructurales criminógenos que se han explicado, en la medida en que pueden tener una “vigencia objetiva propia” e influir en la acción del individuo, formarían algo así como el «injusto estructural» (objetivo e impersonal) de la empresa¹²⁵³, sólo que desde la perspectiva jurídico-penal (actual) es un injusto por sí mismo incompleto o accesorio¹²⁵⁴, no perseguible. En la medida en que para materializarse en un resultado lesivo todavía necesita de acciones individuales de

¹²⁵² Por ejemplo, una empresa se encuentra en una situación económica crítica, posiblemente reversible en uno o dos meses cuando reciba determinados pagos de deudores, de modo que uno de sus contables, aprovechando que sobre sus operaciones no existe un control empresarial adecuado (defecto estructural), oculta unas facturas sobre las que debería tributar, incurriendo así en un delito fiscal. Si la empresa demuestra dicho estado de necesidad, así como el hecho de que tributando dichas facturas hubiera tenido que cerrar la empresa y despedir a determinados trabajadores, podrá ampararse en él para no responder por el delito que facilitó de su contable.

¹²⁵³ ROBLES PLANAS (Pena y persona jurídica, p. 8) habla de una dimensión de injusto objetivo que permanece más allá de la acción y la culpabilidad de la persona física, consistente en el enriquecimiento injusto de la persona jurídica que se perpetúa si no se combate. También: SILVA SÁNCHEZ, Personas jurídicas, p. 32: “Lo que sí puede afirmarse es que este *state of affairs* puede ser penalmente antijurídico – en sentido objetivo–, en la medida en que lesiona normas jurídico-penales de valoración. Sin embargo, ello no tiene nada que ver con un injusto personal. Se trata, más bien, de un estado de injusto (*Unrechtzustand*), que debe entenderse como injusto sistémico (*Systemunrecht*)”. En sentido parecido: KLESCZEWSKI, Gewinnabschöpfung, p. 190.

¹²⁵⁴ En ese sentido, FRISCH, Punibilidad, p. 829: “El injusto reprochable a la persona jurídica se agotaría más bien en haber posibilitado o no haber evitado, mediante precauciones insuficientes, un delito que se hubiera podido evitar con la adopción de las medidas que debía adoptar. En el fondo es un injusto secundario o accesorio, estructuralmente más cercano al injusto de participación”. En sentido contrario, LAMPE, Ontologischen Struktur, p. 101, quien defiende que las personas jurídicas pueden, en virtud de su “capacidad de organización de acciones ajenas”, producir injusto del mismo modo que las personas físicas, si bien en su caso es un injusto sistémico.

terceros (injustos personales), considerar que constituye por sí mismo un injusto penal sería adelantar las barreras de punición en exceso¹²⁵⁵. No es que el hecho de que dependa de sus miembros haga imposible hablar de un injusto en la estructura organizativa; es precisamente lo contrario, pues, según ha destacado LAMPE, “que un sistema social pueda, en general, adquirir el carácter de injusto, se fundamenta de hecho en que éste puede entrar en contacto con el mundo social a través de sus miembros”¹²⁵⁶. Es decir, la organización pone las condiciones estructurales del injusto –introduce un «plus de peligrosidad»–, pero no realiza ella misma un injusto personal. Por tanto, la mera desorganización empresarial, aquella que todavía no ha afectado a los intereses de terceros, es insuficiente para justificar un título de imputación penal. En resumen: el derecho penal sirve para exigir responsabilidad por conductas lesivas; para fomentar actitudes colectivas o combatir peligros sirven otras ramas del ordenamiento¹²⁵⁷, y por ello el “injusto estructural” de la empresa sólo es perseguible de modo accesorio al delito individual.

c) Aproximación al sistema de responsabilidad colectiva del 31 bis del Código penal (según el proyecto de reforma de 2014)

Una vez explicado el modelo de «responsabilidad estructural relativa», a continuación se pondrá brevemente en relación con la reforma del Código Penal que está actualmente en proyecto¹²⁵⁸, ubicable en la tendencia generalizada¹²⁵⁹ a introducir a las personas

¹²⁵⁵ Ello generaría casi un Estado policial, en la medida en que el Estado tendría potestad para perseguir en el seno de un proceso penal contextos antinormativos antes de que éstos se manifiesten a través de acciones individuales, en infracciones del deber concretas. Supondría, por ejemplo, autorizar al Estado a intervenir penalmente en una discoteca en la que no se producen controles específicos en relación al tráfico de drogas, mucho antes de que se pruebe efectivamente que éste se ha producido a través de alguien en concreto. Ello se corresponde más bien con un derecho de prevención de peligros, no con el derecho penal, ni siquiera en lo que a la responsabilidad estructural se refiere. Afirman que perseguir “injustos de desorganización” no pasaría la prueba del «principio de lesividad penal»: ROBLES PLANAS, *Pena y persona jurídica*, p. 5 y s. También: BOLDOVA, *Introducción*, p. 232; LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 716.

¹²⁵⁶ LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, p. 703.

¹²⁵⁷ En ese sentido, PAWLIK, *Libertad institucionalizada*, p. 102: “Quien quiera dedicarse a combatir peligros no debería de emplear para ello la forma jurídica del Derecho penal”.

¹²⁵⁸ Se trata del “Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal”, de 4 de Octubre de 2013.

¹²⁵⁹ De dicha tendencia se escapa, muy significativamente, Alemania, que mantiene las sanciones a las personas jurídicas en un nivel inferior al derecho penal, esto es, en el derecho de contravenciones (OWiG), si bien con posibilidad de imponer multas muy elevadas. cfr. sobre dicha tendencia: FROMM, *Verantwortlichkeit*, p. 279; von FREIER, *Aufklärung*, pp. 51 y ss. Una panorámica de las distintas opciones tomadas por los países del entorno Occidental: ESER/RETTERMAIER, *Criminality in Organizations*, pp. 228 y ss.

jurídicas en el sistema de derecho penal. Dicha reforma no se analizará aquí en su integridad de detalles, sino simplemente en lo necesario de cara a ponerla en conexión con la responsabilidad estructural aquí defendida.

Tras una evolución que ha ido desde la inexistencia de responsabilidad colectiva hasta las consecuencias accesorias aplicadas a personas jurídicas en derecho penal¹²⁶⁰, a partir de la LO 95/2010, cuya modificación está de nuevo actualmente en proyecto, parece claro que en el ordenamiento jurídico-penal español existe de hecho una responsabilidad “penal” de las personas jurídicas. Más allá de la necesidad o de las dudosas razones que ha aducido el legislador¹²⁶¹, el art. 31 bis 1 CP así lo expresa: “En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables...”. Las diferencias doctrinales, que son muchas y muy intensas en la actualidad, provienen de las diferentes interpretaciones acerca de la naturaleza y alcance de dicha responsabilidad. En mi opinión, como se ha adelantado, dicha responsabilidad sólo puede entenderse como “penal” en un sentido amplio, como consecuencia que se impone en el propio proceso penal por razones prácticas y de conveniencia procesal. No se trata, en cambio, de una responsabilidad penal en sentido estricto, precisamente porque no estamos ante un sujeto culpable.

La reforma que está en proyecto no modifica substancialmente la naturaleza del sistema de imputación recogido en 2010, que fue calificado como confuso, deficiente y poco razonado¹²⁶². La principal modificación, más allá de mejoras técnicas, es la importancia mayor que concede al sistema de prevención («compliance»), que pasa de ser una mera atenuante a poder también excluir la responsabilidad de la empresa.

¹²⁶⁰ Para una detallada descripción: cfr. BOLDOVA, Introducción, pp. 220 y ss.

¹²⁶¹ El legislador español ha justificado la reforma amparándose en una recomendación de la UE que no es tal, puesto que las citadas directivas urgían a adoptar sanciones contra personas jurídicas, pero no hacía referencia alguna a que éstas tuvieran que adoptar la forma penal. cfr. BOLDOVA, Introducción, pp. 223 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, Sujeto de imputación, p. 53; de TOLEDO Y UBIETO, ¿Responsabilidad penal de los entes sociales?, pp. 113 y ss.; LEIPOLD, Plädoyer, p. 381. Dando por válido, no obstante, el argumento del legislador: BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, p. 95.

¹²⁶² BACIGALUPO, Criterios de imputación, p. 2; DEL ROSAL BLASCO, Hechos de conexión, p. 44; RODRÍGUEZ MOURULLO, Personas jurídicas, p. 8, la califica como reforma “producida de modo abrupta”; también, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Reforma legislativa de 2010, p. 172. No obstante, parece que el legislador español no es una excepción, y que el resto de países europeos que han seguido esta tendencia también lo han hecho de forma inmadura y poco respetuosa con los principios dogmáticos, cfr. KELKER, *Strafbarkeit juristischen Personen*, p. 246.

c.1. Una breve aproximación descriptiva a la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras el proyecto de reforma de 2014

A continuación se analizarán los aspectos básicos que conforman la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma, de cara a proporcionar la base descriptiva sobre la que se han de llevar a cabo los juicios interpretativos.

c.1.1. ¿Qué sujetos colectivos?

Lo primero que hay que traer a colación en relación a la pregunta de qué personas jurídicas pueden ser hechas responsables es la distinción entre el concepto material de organización, vinculado al concepto de empresa como «unidad económica», y el concepto formal, como ente con personalidad jurídica¹²⁶³. En una decisión también criticada¹²⁶⁴, lo cierto es que el legislador ha optado por el concepto formal de persona jurídica, lo que a priori podría suponer que la sanción no podría subsistir en el caso de que la misma empresa adoptase una nueva personalidad jurídica, distinta de la que fue sancionada. Está claro, en cualquier caso, que es necesario articular excepciones y correcciones a los problemas derivados de la distinción entre la personalidad jurídica – cuya constatación es necesaria, pues la empresa aparece siempre como persona jurídica para el derecho–, y la empresa como unidad económica, que es el substrato material que se esconde tras aquella personalidad. De cualquier modo, y a pesar de la referencia expresa a “personas jurídicas”, este supuesto quedaría resuelto en tanto el artículo 130.2 CP (en la línea de las directivas europeas¹²⁶⁵) otorga cierta relevancia al aspecto material (unidad económica) del ente colectivo, al reconocer que la responsabilidad no se extingue por mucho que cambie de forma jurídica, a través de la transformación, fusión, absorción o escisión¹²⁶⁶. Los problemas se plantean especialmente para los casos de absorción o fusión, en la medida en que sancionar a la empresa absorbente por el delito cometido a través de la empresa anterior supondría una distribución de

¹²⁶³ SILVA SÁNCHEZ, *Personas jurídicas*, p. 9. Ya VAN WEEZEL (*Personas jurídicas*, p. 120) había alertado de las dificultades derivadas de castigar a la persona jurídica y no a la empresa: “Ocurre que la imputación de la culpabilidad de la empresa a una determinada persona jurídica –salvo en los casos triviales, que posiblemente desaparezcan tras la dictación de la Ley N° 20.393– no se puede realizar por falta de identidad entre empresa y persona jurídica. De modo que el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas no se basa sino en un espejismo, y en esto consiste la promesa incumplida: se afirma que se va a castigar a una organización culpable y en realidad se está castigando a una cáscara jurídica intercambiable, desechable y, si se asume la lógica de la ley, sobre todo inocente”; críticamente respecto a la decisión de la reforma: BACIGALUPO SAGGESE, *Criterios de imputación*, p. 2.

¹²⁶⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, *Sujeto de imputación*, p. 56.

¹²⁶⁵ HEINE, *Modelos de responsabilidad*, p. 60.

¹²⁶⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, *Personas jurídicas*, p. 12.

responsabilidad materialmente injusta. En todo caso y a pesar de esta excepción a favor de la materialidad, la regulación está marcada por un espíritu formalista, que incluye también a personas jurídicas sin sustrato organizativo (sin apenas materialidad) entre los sujetos responsables, como por ejemplo las personas jurídicas creadas instrumentalmente para la comisión de delitos (art. 66 bis CP)¹²⁶⁷.

Más allá de la cuestión acerca de la definición de personas jurídicas a efectos penales (no recogida en la reforma, y la cual debería tener un contenido funcional a los fines del derecho penal)¹²⁶⁸, la definición que realiza el Código Penal de los sujetos colectivos abarcados por el 31 bis es de carácter negativo: se excluye al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de Derecho Público, como también a otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas. La reforma de 2010 se modificó introduciendo también la responsabilidad de las «sociedades mercantiles estatales» que ejerzan potestades públicas o presten servicios de interés económico general, que sólo podrán recibir las sanciones de multa e intervención, a no ser que el juez aprecie que se trata de una forma jurídica adoptada con el propósito de eludir la responsabilidad, en cuyo caso se podrán imponer el resto de sanciones. Se mantiene, por tanto, la inclusión de los partidos políticos y sindicatos que se realizó en virtud de la LO 7/2012, que remediaba la difícilmente comprensible exclusión inicial¹²⁶⁹. Respecto a las «personas jurídicas extranjeras» que operen en territorio español a través de sucursales o centros de producción rige el «principio de ubicuidad», por lo que estarán sujetas a responsabilidad penal en tanto en ellas se realicen conductas o comportamientos relevantes para el derecho penal español¹²⁷⁰.

Todo ello supone que, para aquellas personas jurídicas no absorbidas por el 31 bis – entre ellas: empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas sin personalidad jurídica– regirá lo dispuesto en el art. 129, donde se regulan las consecuencias accesorias.

¹²⁶⁷ En ese sentido: FEIJOO SÁNCHEZ, Sujeto de imputación, p. 56.

¹²⁶⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, Personas jurídicas, p. 10.

¹²⁶⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, Personas jurídicas, p. 11.

¹²⁷⁰ Según afirma SILVA SÁNCHEZ (Personas jurídicas, p. 9), cabría incluso la imputación de matrices extranjeras de filiales españolas cuando éstas no tengan autonomía organizativa o incluso cuando algún directivo o empleado de la matriz se vea implicado e algún hecho cometido desde la filial; sobre el problema, vid. FEIJOO SÁNCHEZ, Sujeto de imputación, pp. 57 y s.

c.1.2. ¿Qué delitos?

El catálogo de delitos que pueden originar responsabilidad penal de las personas jurídicas constituye un sistema cerrado, de “*numerus clausus*”: sólo se aplica el 31 bis para los casos que el Código penal prevé específicamente¹²⁷¹. El objetivo general habría sido la introducción de aquellos delitos relacionados con ámbitos de actividad en los que el comportamiento típico suele producirse en contextos estructurales complejos, como por ejemplo en los delitos medio-ambientales, los informáticos, los delitos relacionados con la corrupción o la criminalidad de empresa. Extraña, en ese sentido, la exclusión de los delitos contra la vida y la salud de las personas en el curso de actividades o explotaciones peligrosas¹²⁷².

c.1.3. ¿Qué sanciones? La controvertida interpretación de la pena de multa

Las sanciones penales imponibles a personas jurídicas –cuya naturaleza genérica se analizará más adelante– tienen todas la consideración de “*graves*”, y están recogidas en el artículo 33.7 CP. Se encuentra, en primer lugar, la multa como pena básica y, en segundo lugar, una serie de penas interdictivas como la disolución, la suspensión de actividades, la clausura de locales y establecimientos, la prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito, inhabilitaciones administrativas o intervención judicial. En términos generales es necesario destacar, en primer lugar, el carácter flexible de la individualización judicial de estas sanciones, mucho mayor comparativamente de lo que sucede con las personas físicas¹²⁷³. Por otro

¹²⁷¹ Los delitos son los siguientes: tráfico ilegal de órganos (art. 156.bis.3 CP), trata de seres humanos (art. 177.bis.7 CP), delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores (art. 189. bis), delito de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197.8 CP), delito de estafa (art. 251.bis CP), delito de frustración del procedimiento de ejecución (art. 258.ter), insolvencias punibles (art. 261.bis), daños informáticos (art. 264.4 CP), delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (art. 288 CP), blanqueo de capitales (art. 302.2 CP), delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310.bis CP), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318.bis. 4.3.º CP), delitos contra la ordenación del territorio (art. 319.4 CP), delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 327 y 328.6 CP), exposición a radiaciones ionizantes (art. 343.3 CP), delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes (art. 348.3 CP), delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (art. 369.bis.3.º CP), delitos de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399.bis.1.3.º CP), cohecho (art. 427.2 CP), tráfico de influencias (art. 430.3.º CP), corrupción de funcionario público extranjero (art. 445.2 CP), delitos relacionados con las organizaciones y grupos criminales, delitos de discriminación (art. 510.ter), (art. 570.quáter.1 CP), delito de financiación del terrorismo (art. 576 bis.3 CP) y delito de contrabando (art. 2.6 de la LO 6/2011).

¹²⁷² Al respecto: BOLDOVA, Introducción, p. 249. Por su parte, PUNCH (Why Corporations Kill, pp. 54, 56 y ss.) sostiene que entre los delitos corporativos también se encuentran destacadamente delitos contra la vida.

¹²⁷³ FEIJOO SÁNCHEZ, Consecuencias jurídicas del delito, p. 236.

lado, salvo la pena de multa¹²⁷⁴, el catálogo reproduce las mismas que ya se contenían como consecuencias accesorias tras la reforma del CP de 1995.

En primer lugar, se encuentra la multa, única sanción obligatoria para el tribunal, que tiene la consideración de grave –no sucede así respecto a la multa a las personas físicas, consideradas “menos graves”– y respecto a la cual se prevén dos criterios de determinación: en primer lugar, el de la «multa proporcional», establecida atendiendo al “beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida” (52.4. CP); y, en segundo lugar, el de la «multa por cuotas», de extensión mínima de 10 días y máxima de 5 años (50.3), y cuota diaria mínima de 30 euros y máxima de 5000 (50.4), que se aplica cuando no sea posible calcular la multa según los anteriores criterios, y se determina según las circunstancias del caso (concretamente según la pena prevista para las personas físicas para los mismos delitos¹²⁷⁵).

La elección de un criterio u otro depende, además, del delito del que se trate¹²⁷⁶. Por otro lado, en la imposición de la multas a la persona jurídica es preceptivo evitar que con ella se ponga en peligro la supervivencia de la misma, con el consiguiente riesgo de pérdida de empleo de los trabajadores, de modo que en caso de que así se pruebe podrá acordarse el fraccionamiento del pago durante un periodo de 5 años (53.5), así como la intervención judicial en el caso de que no se produzca el pago voluntariamente o por vía de apremio. No constituye esta medida una pena, sino más bien un medio de aseguramiento del pago¹²⁷⁷. Por último, cuando se imponga una pena de multa a la persona física y a la persona jurídica por los mismos hechos, el tribunal deberá “modular las cuantías”, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación a la gravedad de aquellos (31.bis 2).

¹²⁷⁴ La pena de multa también tiene, sin embargo, un precedente para la persona jurídica en el artículo 369 añadido por la LO 15/2003, en la que se preveía para las organizaciones en cuyo seno se hubieran cometido delitos de tráfico de drogas, vid. al respecto: RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Reforma legislativa de 2010, p. 173.

¹²⁷⁵ Multa de dos a cinco años, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años; multa de uno a tres años, cuando la pena de prisión prevista sea de más de dos años y no esté incluida en el apartado anterior; y multa de seis meses a dos años en los casos restantes. (53.4 CP). vid. RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Reforma legislativa de 2010, p. 175.

¹²⁷⁶ Detalladamente: BAUCCELLS, Penas previstas para la persona jurídica, pp. 193 y ss.

¹²⁷⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Consecuencias jurídicas del delito, p. 243.

La multa es, de entre todas las medidas, la más discutida, precisamente por su relevancia de cara a interpretar qué sistema de imputación corresponde a los entes colectivos. Quienes son favorables a la culpabilidad empresarial interpretan la multa como una pena con fines preventivo-generales, que debería establecerse según la culpabilidad de la propia persona jurídica¹²⁷⁸. Parten, como se ha reiterado hasta ahora, de que la persona jurídica debe responder de su propio hecho antijurídico –el déficit organizativo–, de modo que, aunque en la regulación falten reglas de individualización de la pena de multa, la aplicación de la misma debe tener en cuenta la “medida de culpabilidad” de la propia organización. En su favor juega el hecho de que, a diferencia del resto de medidas sancionatorias, de claro carácter preventivo-especial, la pena de multa es la única que se refiere a consideraciones del pasado: la gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente (66.1.6º CP)¹²⁷⁹.

El sector contrario de la doctrina interpreta la multa como una “medida coactiva de control externo”, esto es: en la medida en que no es posible motivar a la persona jurídica –y, por tanto, por sí misma no cumple ni los fines preventivos ni los retributivos–, se trata de motivar mediante la multa a sus administradores para que la organicen correctamente¹²⁸⁰. La multa sería una afectación sobre el patrimonio colectivo, dirigida a motivar que en la empresa se corrijan los defectos organizativos que influyeron en la comisión del delito por parte del individuo (incluso aunque éste quede por determinar). De hecho, en esa dirección apunta también la previsión de la modulación¹²⁸¹ de las cuantías de las multas cuando éstas se imponen a una persona física y a una jurídica por los mismos hechos (31 bis 2). Lo que se está presuponiendo es que lo que se imputa a la persona jurídica debe serle descargado a la física, y viceversa, descartándose que lo que se imputa a aquélla sea un injusto organizativo distinto del individual¹²⁸². Si así fuese, la

¹²⁷⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER (Memento experto, p. 25) interpreta, por ejemplo, que la multa por cuotas se establece en atención “a las características del hecho y la culpabilidad del autor”; también, BACIGALUPO SAGGESE, Criterios de imputación, p. 11; FEIJOO SÁNCHEZ, Sujeto de imputación, p. 237. LAMPE, Systemunrecht und Unrechtssysteme, p. 733, interpreta la multa como modo de “expiación que corresponde al injusto” de la persona jurídica, “necesariamente preventiva”. BOTTKE, Wirtschaftskriminalrecht, p. 250, distingue entre sanciones por peligrosidad (“*gefahrpräventiv*”) y sanciones retributivas (“*schuldretributiv*”) a la empresa.

¹²⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, Personas jurídicas, p. 29.

¹²⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, Personas jurídicas, p. 30.

¹²⁸¹ No se han establecido criterios claros de dicha modulación, por lo que de nuevo se otorga cierta libertad al juez para determinar en qué casos puede concurrir la desproporcionalidad y de qué modo se ha de realizar la misma. Como criterio rector debería regir que a mayor identidad entre la persona física responsable del delito y la persona jurídica castigada mayor será la necesidad de modulación, y viceversa.

¹²⁸² Sobre el argumento, vid. II.2.b.2.

modulación no sería necesaria por no haber peligro de castigar a dos sujetos por un mismo hecho (“*ne bis in idem*”). Si bien este precepto es discutido, especialmente entre quienes abogan por un modelo de culpabilidad propia¹²⁸³, no lo es tanto en relación a empresas medianas o pequeñas, donde existe identidad patrimonial entre persona física y jurídica, ya que en ese caso el riesgo de incurrir en *bis in idem* o desproporcionalidad sería muy alto.

Respecto al resto de sanciones a la persona jurídica (33.7. CP, letras b-g) hay menos controversia, en la medida en que están claramente dirigidas a cumplir la finalidad preventivo-especial, básicamente la inocuización¹²⁸⁴. Todas ellas están orientadas al futuro (no están conectadas al hecho delictivo pasado, sino al momento de su imposición¹²⁸⁵), son facultativas (se admite la posibilidad de su no imposición en caso de ausencia de peligrosidad). Si bien respecto a la multa caben distintas interpretaciones, en lo que a estas medidas respecta no hay dudas de que no se trata, por tanto y de nuevo a pesar de la expresión del legislador¹²⁸⁶, de penas sino de medidas de seguridad¹²⁸⁷. Estas medidas tienen su propio sistema de determinación, distinto de la multa, establecidas en el 66 bis, basado en la necesidad preventiva (1ª a), las consecuencias económicas y sociales y para los trabajadores (b), y el puesto que ocupa la persona física/órgano que incumplió el deber de control (c). Se trata, en la línea de las consecuencias accesorias del CP 1995, de prevenir la continuidad de la actividad delictiva y de sus efectos¹²⁸⁸.

¹²⁸³ Críticamente, considerando errónea y contraproducente esta medida en tanto no existe identidad subjetiva ni tampoco comunicación en los diferentes patrimonios: ZUGALDÍA ESPINAR, *Societas delinquere potest*, pp. 10-11; FEIJOO SÁNCHEZ, *Sujeto de imputación*, p. 242.

¹²⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Personas jurídicas*, p. 29; FEIJOO SÁNCHEZ, *Sujeto de imputación*, p. 238: “Éstas, por tanto, sólo tienen de penas el nombre y se corresponden más bien con lo que en el Derecho Penal de personas físicas venimos denominando medidas de seguridad y corrección”

¹²⁸⁵ RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, *Reforma legislativa de 2010*, p. 186.

¹²⁸⁶ La calificación de “penas” por parte del legislador tiene, no obstante, determinadas consecuencias procesales relevantes y posiblemente contraproducentes. Según ha expuesto FEIJOO SÁNCHEZ, (*Consecuencias jurídicas del delito*, pp. 256 y s.) al ser denominadas “penas” por el legislador se dificulta que puedan ser modificadas en fase de ejecución, como sería lógico por su carácter de medidas, con la excepción de la intervención judicial, que sí podría acordarse con posterioridad por el Ministerio Fiscal (33.7.g) Tampoco se han regulado las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las medidas interdictivas por parte de la persona jurídica: respondería, en su caso, el administrador a través del art. 31 CP por quebrantamiento de condena del 468.1 CP. Por otro lado, tal y como establece el art. 33.7 CP, tanto la pena de intervención judicial como la clausura temporal de locales y establecimientos y la suspensión de actividades sociales pueden ser acordadas también por el juez instructor como medidas cautelares.

¹²⁸⁷ BOLDOVA, *Introducción*, pp. 261 y s.

¹²⁸⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, *Consecuencias jurídicas del delito*, pp. 245 y ss.

Por otra parte, el límite temporal de las penas de suspensión de actividades, clausura de locales y establecimientos, prohibición de realizar actividades, inhabilitación e intervención judicial no puede superar los dos años. Este límite se amplía a 5 años, para las medidas de disolución y clausura de los locales y establecimientos, en dos casos: en caso de reincidencia de la persona jurídica, y en caso de que sea un instrumento para la comisión de ilícitos penales –esto es: cuando su actividad ilegal supera la legal–. Por último, en casos de “multireincidencia”, y de nuevo en casos de utilización instrumental de la persona jurídica para cometer ilícitos penales, se podrá acordar la prohibición de actividades definitiva o temporal, así como la inhabilitación e intervención judicial por un plazo de hasta 15 años.

c.2. El sistema de «doble vía» de la responsabilidad colectiva: ¿responsabilidad por el hecho propio o por el hecho ajeno?

c.2.1. El sistema de imputación del 31 bis y el compliance como causa de exclusión de la RPPJ: una descripción

Antes de entrar en las diferentes interpretaciones que ha suscitado la reforma, es necesario detallar el sistema de «doble vía» que conforma el sistema de imputación de la persona jurídica, recogido en el art. 31 bis del Código Penal. En el primer inciso (a), las personas jurídicas son hechas penalmente responsables de los delitos cometidos por sus representantes legales¹²⁸⁹ o aquellos que tengan facultades de organización y control en la misma¹²⁹⁰, en nombre o por cuenta de las mismas¹²⁹¹, y en su beneficio directo o indirecto¹²⁹². En el segundo (b), lo serán por los delitos cometidos por empleados, en el

¹²⁸⁹ La discusión acerca del poder de representación es si debe ser general o si alguien con facultades restringidas puede derivar también responsabilidad de la persona jurídica. En mi opinión, el segundo caso también puede generar responsabilidad de la persona jurídica cuando dicha persona con poderes no generales (el director de una sucursal, o el gerente de un ámbito específico) sea funcionalmente responsable del ámbito en el que se cometió el delito. La solución contraria dificultaría considerablemente la imputación de la persona jurídica, especialmente en grandes y complejas empresas, en tanto habitualmente los apoderados generales tienen dominio directivo pero no funcional. A favor de la restricción a representantes generales, FEIJOO SÁNCHEZ, Sujeto de imputación, p. 94.

¹²⁹⁰ No se excluye que la persona administradora/representante sea una persona jurídica, con lo que el delito individual habrá que buscarlo en los administradores de ésta última, que generarían: responsabilidad en la persona jurídica administradora; y, como administradores de hecho de la persona jurídica administrada, generarían también responsabilidad en ésta última (en caso de que haya provecho en ambas, y se cumplieran el resto de requisitos), vid. SILVA SÁNCHEZ, Personas jurídicas, p. 16.

¹²⁹¹ Se excluye la responsabilidad de la persona jurídica, por tanto: cuando el delito se ha producido en beneficio de la persona jurídica pero sin actuar como administrador/representante legal, o cuando la actuación se ha correspondido con una extralimitación de sus funciones como tal o en contra de órdenes y políticas empresariales (hechos de exceso).

¹²⁹² La expresión “beneficio directo o indirecto” substituye al más confuso “en su provecho” de la reforma 95/2010. En primer lugar, ello excluye evidentemente delitos que perjudican a la propia persona jurídica. Más discutido es el caso de un beneficio colectivo accidental, esto es: cuando el individuo comete el

ejercicio de actividades sociales y por cuenta y beneficio directo o indirecto de las mismas, siempre que se hayan realizado por la falta de la debida vigilancia, supervisión y control de los sujetos del primer inciso sobre los mismos. En el primero se imputa a la persona jurídica el «hecho de sus representantes individuales», se entiende que miembros de la cúspide de la empresa; en el segundo se le imputa, de forma combinada, el «hecho de un empleado» y la «omisión del deber de control» de los superiores jerárquicos (cuya posición en la empresa influirá en la imposición y extensión de las penas: art. 66 bis 1ª c).

Por otro lado, la principal novedad de la reforma que está en proyecto es la introducción del “sistema de prevención” («compliance») como causa de exclusión de la responsabilidad de la empresa –si los requisitos se dan parcialmente dará lugar a una atenuación–¹²⁹³. Las exigencias para que el «compliance» opere como causa de exclusión varían en función de cuál de las vías de imputación genere la responsabilidad:

(I) Si el delito tiene lugar según se prevé en el primer inciso (a) del art. 31 bis –delitos de los representantes o directivos–, se excluirá la responsabilidad de la persona jurídica si se cumplen las siguientes condiciones: que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de prevención y control idóneos para prevenir delitos de la misma naturaleza; que el funcionamiento y cumplimiento de dicho modelo se haya confiado a un órgano de la persona jurídica con autonomía, y que éste haya ejercido dicho control y supervisión de modo suficiente; que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo el modelo de prevención. Al respecto, si las anteriores circunstancias sólo se acreditan de modo parcial cabrá una atenuación de la responsabilidad; al tiempo que, en las “personas jurídicas de pequeñas dimensiones” (aquellas que estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada), no se exigirá la existencia de un órgano de supervisión autónomo, de modo que sus funciones podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración.

delito en provecho propio pero que redundará también en beneficio de la persona jurídica. En este caso se debe analizar la capacidad de la persona jurídica para detectar el hecho y su beneficio: en caso de que fuera posible, que será lo habitual, y que la empresa carezca de un sistema de prevención adecuado que hubiera evitado el delito, se deberá generar la responsabilidad de la empresa; en caso de que el hecho o el provecho fueran casi imperceptibles (por ej. en casos de provecho en términos de imagen), difícilmente se podrá fundamentar su responsabilidad. GÓMEZ MARTÍN, Falsa alarma, p. 342.

¹²⁹³ BOLDOVA (Introducción, p. 232) interpreta que no se trata no de una causa de justificación ni de exculpación, pues “no hay culpabilidad que excluir”, sino que se trata simplemente de una “ausencia” del fundamento de la sanción.

(II) Si el delito tiene lugar según se prevé en el inciso segundo (b) –delitos de los empleados por falta de supervisión de los representantes o directivos–, rigen menores exigencias: con la existencia de un sistema de prevención eficaz anterior al delito es ya suficiente para excluir la responsabilidad, no exigiéndose, por tanto, el resto de requisitos.

Por otra parte, en ambos casos el sistema de prevención debe cumplir, para que excluya la responsabilidad, los siguientes requisitos (art. 31 bis 5 CP): ha de identificar las actividades donde existe riesgo de comisión de delitos; debe establecer los procedimientos de toma de decisión de la persona jurídica; debe imponer la obligación de informar sobre riesgos e incumplimientos al órgano autónomo encargado de la supervisión; y debe establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas recogidas en el sistema de prevención. El modelo se ha de adecuar a la naturaleza, tamaño y actividad propia de la organización, al tiempo que para ser considerado eficaz requiere, por un lado, de una verificación periódica y eventuales modificaciones en caso de detectarse infracciones o cambios relevantes en la organización, y, por otro lado, de un sistema disciplinario.

Sobre la cuestión del «compliance» y su incidencia en la imputación de la responsabilidad estructural se profundizará en el siguiente capítulo.

c.2.2. ¿Responsabilidad por el hecho ajeno?

En la reforma del 2010 hubo una parte de la doctrina (también la fiscalía¹²⁹⁴) que vio un «sistema de heteroresponsabilidad», esto es: una transferencia del hecho de la persona física a la jurídica¹²⁹⁵. El modelo ha recibido históricamente diversas denominaciones, desde «modelo vicarial», pasando por “alter ego doctrine” en la literatura anglosajona hasta «sistema de heteroresponsabilidad». De acuerdo con este planteamiento, se imputa a la persona jurídica el hecho de la persona física o «hecho de conexión» (su acción, su tipicidad objetiva/subjetiva y su culpabilidad), normalmente con dos restricciones: que el delito haya sido cometido por personas con poder de representación

¹²⁹⁴ La circular 1/2011 de la FGE así lo indica (p. 33).

¹²⁹⁵ Así, SILVA SÁNCHEZ, *Personas jurídicas*, p. 16; GÓMEZ MARTÍN, *Falsa alarma*; ROBLES PLANAS, *Pena y persona jurídica*, p. 10; DEL ROSAL BLASCO, *Hechos de conexión*, p. 52; DIEZ RIPOLLÉS, *Personas jurídicas*, p. 14; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Principios básicos*, p. 39; también entre los críticos de este modelo: BACIGALUPO SAGGESE, *Criterios de imputación*, p. 5; GÓMEZ-JARA, *Reforma*, p. 3; FEIJOO SÁNCHEZ, *Sujeto de imputación*, p. 86; de TOLEDO Y UBIETO, *¿Responsabilidad penal de los entes sociales?*, p. 149.

o administración en la persona jurídica; y que se haya producido en su nombre o por su cuenta, y en su provecho o beneficio. El modelo no exige buscar una culpabilidad propia en la persona jurídica, precisamente porque se suele aludir a que la imposibilidad de acción y culpabilidad de la misma es lo que “obliga” a tener que imputarle el hecho de sus integrantes, siempre que sea reconducible a las actividades empresariales. En otras palabras, siempre que haya un relación funcional suficiente para explicar la transferencia.

Lo cierto es que una interpretación literal del artículo 31 bis.1 CP, sin precomprensiones hermenéuticas¹²⁹⁶, no hace sino avalar dicha interpretación¹²⁹⁷. En el primer inciso (a), porque las personas jurídicas serán penalmente responsables por los delitos cometidos por sus representantes; mientras que en el segundo (b) lo serán por los delitos de quienes estén sometidos a la supervisión de los representantes o directivos, cuando hayan incumplido éstos su deber de control¹²⁹⁸. Es decir, se imputa una infracción del deber de control y vigilancia no de la propia persona jurídica sino de sus representantes legales (en el caso de que se pueda distinguir entre ambos). La empresa, por tanto, no delinque directamente (no realiza un tipo), sino que requiere que una persona física haya cometido un delito. En ese sentido –afirma BOLDOVA–, “esta regulación vendría en realidad a confirmar el axioma de que las personas jurídicas no pueden delinquir, ya que tienen que ser otras (las personas físicas) las que lo hagan por ella. Es decir, estamos ante un sistema de sistema de heterorresponsabilidad, de responsabilidad vicarial o por transferencia”¹²⁹⁹. Aparte de la propia literalidad, la obligación de modular las cuantías de la penas de multa de la persona física y de la jurídica en caso desproporcionalidad (31 bis. 2), apunta también a favor de una interpretación del 31 bis en términos del «modelo de transferencia». Ello constituiría una clara manifestación de que la persona jurídica no responde por un hecho y culpabilidad propios, sino por el hecho de la persona física (determinada o no) que

¹²⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Personas jurídicas, p. 16.

¹²⁹⁷ En ese sentido, SILVA SÁNCHEZ, Reforma, p. 12, aunque afirma que el sistema de transferencia “se entrecruza con elementos no irrelevantes del modelo de responsabilidad por el hecho propio”,

¹²⁹⁸ En el mismo sentido, BACIGALUPO SAGGESE, Criterios de imputación, p. 6; SILVA SÁNCHEZ, Personas jurídicas, p. 26; BOLDOVA, Introducción, p. 247; CUELLO CONTRERAS, Significado de la acción, p. 10: “la capacidad de acción de la persona jurídica se desarrolla a través del comportamiento activo u omisivo de su representante- persona física, siendo la norma del art. 31 bis la que permite fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica por la acción u omisión de su representante” (a pesar de lo cual no entiende que sea una responsabilidad por el hecho de otro: p. 12).

¹²⁹⁹ BOLDOVA, Introducción, p. 232; también, GÓMEZ MARTÍN, Falsa alarma, p. 342, quien afirma que la reforma no deroga el “*societas delinquere non potest*”.

cometió el delito¹³⁰⁰. Es decir, si cada sujeto (individual y colectivo) respondiese por hechos separados –como sostiene el modelo de «culpabilidad por el hecho propio»– no habría problema de *bis in idem* y esta regla tendría poco sentido.

Uno de los principales problemas del «modelo de heterorresponsabilidad» se da, por ejemplo, en relación a la transferencia del tipo subjetivo. En primer lugar, para delitos que sólo admiten la modalidad dolosa (que son la mayor parte de los que generan responsabilidad de la persona jurídica), para que se pueda transferir el tipo subjetivo a la persona jurídica debería concurrir “dolo”, lo cual sería posible respecto al inciso primero –delito cometido por los administradores–, pero poco verosímil respecto al segundo –delito por falta de supervisión de los mismos, normalmente imprudente–. La solución al segundo caso –por otro lado el más habitual–, pasaría por adoptar, en palabras de SILVA SÁNCHEZ, una estructura extraña si se quiere afirmar la responsabilidad de la persona jurídica: “(Hecho doloso del subordinado) + (omisión imprudente del superior jerárquico –administrador o representante) = responsabilidad penal (que en principio parece que debería reputarse dolosa, pues el delito por el que responde requiere –para las personas físicas– la imputación dolosa) de la persona jurídica”¹³⁰¹.

En definitiva, estos problemas están relacionados intrínsecamente con el «modelo de transferencia», que si bien podría encontrar vías de solución¹³⁰², no estarían presentes en un sistema de imputación propio y diferenciado de la persona jurídica. Son, además, una prueba más de la inoperancia de los modelos de responsabilidad colectiva antropomórficos: se trata de una responsabilidad distinta, en la que hablar de culpabilidad y tipo estrictamente subjetivo sólo dificulta las cosas.

¹³⁰⁰ Críticamente: BACIGALUPO SAGGESE, Criterios de imputación, p. 5.

¹³⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, Personas jurídicas, p. 22; similar argumento: DEL ROSAL BLASCO, Hechos de conexión, p. 48.

¹³⁰² Se puede restringir la responsabilidad de la persona jurídica a las omisiones del deber de vigilancia dolosas, o bien se podría decir que su responsabilidad no es ni dolosa ni imprudente, sino que obedece a una “imprudencia sui generis”; o bien que la responsabilidad penal de la empresa carece de imputación subjetiva, como creen ROBLES PLANAS, Pena y persona jurídica, pp. 23 y ss.; DEL ROSAL BLASCO, Hechos de conexión, pp. 92 y ss.; o bien simplemente que el tipo subjetivo de las personas físicas es indiferente para la constitución de la responsabilidad empresarial, vid. DIEZ RIPOLLÉS, Personas jurídicas, p. 24.

c.2.3. ¿Culpabilidad por el hecho propio?

Como se ha indicado ya, otro importante sector de la doctrina sostiene que la regulación recogida en la reforma introduce una culpabilidad de la persona jurídica por su hecho propio, a saber, por su propio defecto organizativo¹³⁰³. La introducción en 2013 del sistema de prevención como causa de exclusión (y no sólo de atenuación), en la medida en que manifestaría una capacidad de autorregulación de la empresa, introduciría un nuevo y significativo elemento a favor de dicha interpretación. El fundamento de la responsabilidad tendría que ver, entonces, con factores propios del colectivo –una organización adecuada–, y no con factores transferidos por parte de la persona física.

Esta posición doctrinal interpreta la regulación como «culpabilidad por el hecho empresarial» combinando dos niveles de argumentación hermenéutica: la interpretación literal-legal y la teleológica o “conforme a principios”. El primer argumento basado en el texto legal es que, si no hay pena sin culpabilidad (art. 5CP: “no hay pena sin dolo o imprudencia”), necesariamente la pena prevista por el legislador para la persona jurídica debe presuponer su culpabilidad¹³⁰⁴. Esta culpabilidad, diferenciada del injusto, debería ser la cultura empresarial, la disposición interna de la propia empresa contraria el derecho¹³⁰⁵. En segundo lugar, se afirma que las circunstancias modificativas de la responsabilidad de las personas físicas no afectan a la de la persona jurídica (31 bis 2), lo que se interpreta como una prueba contraria a la lógica de la transferencia: si no se transfieren las circunstancias modificativas de la responsabilidad es porque tampoco se transfiere la responsabilidad misma. La culpabilidad colectivo-empresarial sería, por tanto, independiente de la de las personas físicas integrantes¹³⁰⁶. En tercer lugar, el hecho de que la imposición de responsabilidad penal a la persona jurídica se imponga con independencia de que la persona física haya sido individualizada o no, haya fallecido o le falte culpabilidad (31.bis. 3), es vista como una prueba más de la independencia de la culpabilidad de la persona jurídica respecto a la de sus miembros¹³⁰⁷.

¹³⁰³ GÓMEZ-JARA, Culpabilidad penal (propia) de la persona jurídica, pp. 535 y ss.

¹³⁰⁴ GÓMEZ-JARA, Personas jurídicas, p. 130.

¹³⁰⁵ GÓMEZ-JARA, Culpabilidad de la persona jurídica, pp. 153 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas, p. 5.

¹³⁰⁶ GÓMEZ-JARA, Personas jurídicas, p. 130; ROSO CAÑADILLAS, Fuentes de imputación, p. 8.

¹³⁰⁷ No obstante el argumento de que en tanto no se exige individualización para atribuir la responsabilidad colectiva ésta sería independiente de las personas físicas y, por tanto, sería una autorresponsabilidad, tiene un salto lógico: que no se haya individualizado con éxito no obsta para afirmar, como de hecho hace la Ley, que el delito ha debido cometerse por parte de una persona física (no

Por último, se interpreta el 130.2 CP, que estipula la persistencia de la responsabilidad de la persona jurídica a lo largo de las transformaciones, fusiones, absorciones o escisiones que pueda haber experimentado tras la comisión del delito, como otro argumento a favor del principio de autorresponsabilidad. Parecería que aquí se toma como referencia el concepto material de empresa, y no tanto el de persona jurídica en sentido formal, puesto que el legislador presupone que a pesar de las transformaciones subsiste la identidad propia de la empresa, razón por la que la responsabilidad de la organización material permanece aunque adopte formas jurídicas diversas, y aunque cambie de administradores o representantes.

Por otra parte, existe otro grupo de argumentos a favor de interpretar la reforma como un modelo de «culpabilidad por el hecho propio» de la persona jurídica, que analizan el texto desde una pre-comprensión hermenéutica¹³⁰⁸. En la medida en que el «modelo de transferencia» se acercaría a lo que en derecho penal (continental) ha estado tradicionalmente vedado –a saber: responsabilidad vicarial¹³⁰⁹–, se considera necesario interpretar la reforma teleológicamente de cara a buscar en ella indicios de responsabilidad propia de la empresa, y construir un sistema de imputación a partir de ahí¹³¹⁰. Al mismo tiempo, se relativiza la importancia del hecho de conexión,

identificada) de la que se transfiere. En sentido similar: BACIGALUPO SAGGESE, Criterios de imputación, p. 5; RODRÍGUEZ MOURULLO, Personas jurídicas, p. 11; SILVA SÁNCHEZ, Personas jurídicas, p. 23. El indicio más claro a favor del «modelo del hecho propio» es que la persona jurídica puede ser responsable aun cuando no hay culpabilidad en la persona física. En este caso no se puede fundamentar la responsabilidad de la persona jurídica en una transferencia, porque si no hay injusto individual culpable no hay nada que transferir, lo que implica que la responsabilidad de la persona jurídica ha de surgir de otra parte. RODRÍGUEZ MOURULLO (Personas jurídicas, p. 14) interpreta, en cambio, que lo que ello supone no es más que la aceptación de una responsabilidad sin culpabilidad para la persona jurídica: “La persona jurídica carece, finalmente, de capacidad de pena, porque no puede percibir la función motivadora y preventiva de la conminación penal ni conocer el sentido de la pena en su aplicación”.

¹³⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, Personas jurídicas, p. 32: “La acogida de un modelo de hecho propio (incluso de un modelo de culpabilidad por el hecho propio) constituye (...) el intento de elaborar una interpretación del art. 31 bis 1 CP que resulte ‘conforme a la constitución’”. En sentido similar, DIEZ RIPOLLÉS, Personas jurídicas, p. 21.

¹³⁰⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, Sujeto de imputación, p. 53: “El modelo de responsabilidad vicarial (...) representa un modelo incompatible con el principio de culpabilidad como principio de rango constitucional, en la medida en la que acaba suponiendo el sufrimiento de la imposición de una pena por la culpabilidad de otro”; BACIGALUPO SAGGESE, Criterios de imputación, p. 8; GÓMEZ-JARA, Personas jurídicas, pp. 127 y ss.

¹³¹⁰ Esta postura ha sido adoptada también por algunos de los que han sido tradicionalmente críticos con la culpabilidad empresarial. Es el caso de BAJO FERNÁNDEZ o de FEIJOO SÁNCHEZ, antes de la reforma firmes críticos de la culpabilidad de la propia empresa, y que consideran que a partir de la misma es necesario buscar algo parecido a una “culpabilidad propia”. En la medida en que el legislador a introducido ya una verdadera responsabilidad penal de la persona jurídica, sostienen, es necesario interpretarla restrictivamente, para lo cual lo más adecuado es adoptar –con reservas puntuales– el modelo de culpabilidad de la propia empresa, vid. BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA, Prologo, pp. 15 y ss.

afirmandose que no es el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica, sino simplemente un «presupuesto objetivo de punibilidad»¹³¹¹. Se afirma, en primer lugar, que para que brote una verdadera responsabilidad penal de la persona jurídica es necesaria la constatación de algún elemento propio –diferenciado de la mera imputación objetiva de la actuación de las personas físicas integrantes– que sirva de título suficiente para justificar la imputación colectiva. Dicho elemento, lo constituye el defecto de organización¹³¹²: aparte del hecho de conexión, se ha de constatar que el delito ha sido cometido con ocasión de un defecto organizativo en el sistema de control y prevención de riesgos penales de la propia empresa, en todo caso no coincidente con la infracción individual del deber de vigilancia¹³¹³. En segundo lugar, y en tanto no puede haber pena sin culpabilidad, al injusto hay que sumarle una culpabilidad de la propia empresa, ya sea en términos de cultura o actitud interna frente al derecho. En cualquier caso: “la pena que se imponga a la persona jurídica sólo se puede legitimar dogmáticamente si el defecto organizativo puntual (...) puede conectarse con algún elemento que podríamos definir como «permanente» o del «carácter» de la persona jurídica”¹³¹⁴. En esa línea, por mucho que empleados o directivos hayan cometido un delito en nombre y beneficio de la propia empresa, ello no será suficiente a no ser que se constate su conexión con una “actitud personal” colectiva contraria a derecho. Por último, se intenta resaltar el carácter “garantista” del modelo: si el legislador ha decidido fomentar la autorregulación empresarial a través de verdaderas penas, ha de asumir también los estrictos criterios de imputación y las garantías penales que constituyen sus reglas del juego¹³¹⁵. Es decir, si el legislador quiere utilizar la fuerza expresiva del derecho penal, es necesario que asuma su exigencia más alta: la búsqueda de una culpabilidad en el sujeto al que quiere castigar.

c.2.4. Crítica conjunta a la interpretación del 31 bis conforme a los modelos de heteroresponsabilidad y culpabilidad por el hecho propio

Desde una perspectiva crítica, lo cierto es que las razones que han dado ambos modelos no hacen sino que se anulen recíprocamente, pues en ambos casos los argumentos son

¹³¹¹ HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 292; GÓMEZ-JARA, *Personas jurídicas*, pp. 129; 136. Al respecto: GARCÍA CAVERO, *Personas jurídicas*, p. 66.

¹³¹² BACIGALUPO SAGGESE, *Criterios de imputación*, p. 6.

¹³¹³ En ese sentido, BAJO FERNÁNDEZ, *Vigencia*, p. 22; BACIGALUPO ZAPATER, *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas*, p. 3.

¹³¹⁴ FEJOO SÁNCHEZ, *Sujeto de imputación*, pp. 81 y ss.; GÓMEZ-JARA, *Culpabilidad penal (propia) de la persona jurídica*, p. 535; El mismo, *Personas jurídicas*, p. 131.

¹³¹⁵ FEJOO SÁNCHEZ, *Sujeto de imputación*, pp. 81 y ss.; GÓMEZ-JARA, *Personas jurídicas*, p. 109.

parcialmente acertados. Y es que es difícil afirmar que lo que ha establecido el legislador se trata de uno u otro modelo en puridad, pues más bien se trata de una mezcla de ambos¹³¹⁶. No se trata de un «modelo de heterorresponsabilidad» puro, básicamente porque hace falta algo más que “un hecho ajeno” para que brote la responsabilidad de la persona jurídica. Es necesario que el delito sea expresión, además, del “nosotros” colectivo: ha de ser en el ámbito de actividades de la empresa, “en su nombre”, así como suponer un beneficio para la misma. Es decir, se ha de justificar que el delito no es expresión exclusivamente de una conducta individual. Además, el delito ha de manifestar un defecto de organización en la estructura empresarial, pues sólo brotará cuando no exista un adecuado sistema de cumplimiento, el cual radica en la propia esfera organizativa de la empresa y es independiente del sujeto que cometió el delito. Los intentos de explicar la responsabilidad de la persona jurídica desde el paradigma de transferencia chocan, por tanto, con el hecho de que ésta obedece también a factores que radican en la organización colectiva¹³¹⁷.

Sin embargo, el análisis del sistema de imputación del 31 bis tampoco revelaría la existencia de una verdadera «culpabilidad por el hecho propio» de la persona jurídica. Y es que el intento de fundamentar la responsabilidad colectiva en una incorrecta organización en la persona jurídica está más que justificado; lo cuestionable es, en cambio, que ello deba ocurrir necesariamente por la vía de una culpabilidad de la que no es capaz¹³¹⁸. Dicha incapacidad se manifiesta también en la propia reforma, en primer término, porque la responsabilidad de la persona jurídica brota por un delito que ha llevado a cabo uno de sus miembros. Es decir, se dice que “la empresa será responsable del delito de su representante, o del empleado cuando aquél no haya tomado las medidas de prevención adecuadas” y no se dice, en cambio, “la empresa será responsable penalmente cuando (ella) no haya implantado un sistema de prevención adecuado”. En

¹³¹⁶ DEL ROSAL BLASCO, *Hechos de conexión*, p. 50; SILVA SÁNCHEZ, *Reforma*, p. 12; BOLDOVA, *Introducción*, p. 233. Si bien más adelante afirma (p. 247), no sin cierta contradicción, que se trata de una responsabilidad objetiva, lo cual no puede ser en puridad, si mezcla elementos de “autorresponsabilidad”; CUELLO CONTRERAS, *Significado de la acción*, p. 24.

¹³¹⁷ Evidentemente, esta crítica parte de un dato –que el «compliance» excluye la responsabilidad de la persona jurídica, según la ley vigente– que quienes interpretaron la reforma de 2010 no tenían, puesto que en ella el sistema de prevención sólo operaba como atenuante. Por esa razón habría que analizar qué es lo que dichos autores afirman tras la última reforma para saber si la crítica aquí vertida es extensible a ellos o no.

¹³¹⁸ En ese sentido, BAUCCELLS, *Penas previstas para la persona jurídica*, pp. 176: “Nos situamos entre el sector doctrinal que, admitiendo el defecto de organización como fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no considera que pueda equivaler a la categoría dogmática de la culpabilidad, entendida como reproche diferenciado y añadido al juicio de antijuridicidad”.

definitiva, depende de algo que se sitúa en una esfera de actuación ajena (la del sujeto que delinque, conocido o no), de modo que ocultarlo bajo el recurso de convertirlo en un “presupuesto objetivo de punibilidad” no elimina la dosis de heteroresponsabilidad que ello supone.

Por otro lado, aunque existiese un delito enteramente propio de falta de organización de la empresa, la cuestión es que dicha organización no depende del sujeto colectivo como tal, sino que depende de lo que acuerden sus administradores, que son quienes la organizan correcta o incorrectamente¹³¹⁹. Lo cual implica que, si el requisito de la falta de culpabilidad de la empresa –sistema de prevención– depende de los administradores de la misma¹³²⁰, también depende de ellos su culpabilidad misma. Dicho de otro modo: la empresa no será culpable del delito si “otros” la han organizado bien con anterioridad al delito, y será culpable si “esos otros” la han organizado mal. Con ello nos encontramos aquí con una *contradictio in terminis*: una culpabilidad por un hecho que no depende del sujeto culpable no es culpabilidad¹³²¹, por lo que debe de ser alguna otra cosa, acaso una responsabilidad diferenciada como la que aquí se propone. La reforma no introduce, por tanto, una culpabilidad de la persona jurídica¹³²².

Lo mismo sucede con el resto de fenómenos relevantes para la imputación colectiva. Las atenuantes, por ejemplo y a diferencia de lo que ocurre con la persona física, dependen de la decisión de sus representantes legales, únicos que pueden decidir si confesar, colaborar, reparar, disminuir el daño o, de nuevo, establecer medidas de prevención con posterioridad al delito. Es decir, todas ellas son actuaciones que dependen de su iniciativa subjetiva, y no de una voluntad colectiva. Del mismo modo que resultaría extraño afirmar una atenuación de la culpabilidad individual por

¹³¹⁹ Por todos, SILVA SÁNCHEZ, *Deberes de vigilancia*, p. 100 y s: “la decisión sobre la implantación -o no- de un Compliance program y los términos de este acaba recayendo sobre el órgano de administración de la persona jurídica, es decir, sobre personas físicas. Igual que también recae sobre personas físicas la decisión de actualizarlo o no, velar por su efectividad, etc. (...) Por tanto, puede concluirse -con los matices indicados- que la implantación de un compliance program constituye un deber jurídico-penalmente reforzado dirigido a personas físicas”. Vid. más en: III.2.c.

¹³²⁰ Lo cual es reconocido por el propio articulado: “la persona jurídica quedará exenta si prueba que el órgano de administración ha adoptado...modelos de organización...”.

¹³²¹ QUECK, *Geltung*, p. 85: “La imputación de una culpabilidad ajena no supone culpabilidad alguna” (“*Die Zurechnung fremde Schuld ist eben keine Schuld*”). Acerca de la culpabilidad como la expresión del carácter personalísimo de los deberes jurídico-penales: I.1.b; II.2.b.3.

¹³²² BOLDOVA, *Introducción*, p. 262, por las mismas razones, afirma que las personas jurídicas pueden ser hechas responsables, pero nunca culpables de los delitos.

conductas realizadas por otros distintos del culpable, también lo es respecto a la propia persona jurídica.

En lo que respecta a la subsistencia de la responsabilidad de la empresa a pesar de la fusión, escisión, absorción o transformación de la persona jurídica (130.2 CP), interpretada como un dato a favor de la identidad penal de la empresa, lo cierto es que este precepto sólo se puede entender como una estrategia preventiva; es decir, como el mecanismo de evitar el fraude que tendría lugar si la empresa pudiese evadir su responsabilidad mediante un mero cambio formal¹³²³. En todo caso, especialmente en el caso de la fusión y absorción de la persona jurídica, responsabilizar a la empresa que ha sido absorbida, por ejemplo, por una empresa mayor, supondría “castigar” a un sujeto que ya no existe como tal, pues todo lo que lo definía –sus administradores, su cultura y política empresarial, sus recursos, su personalidad jurídica– se ha diluido en la nueva vida organizativa absorbente. Probablemente la responsabilidad debería persistir –es decir, tiene sentido hacer “cargar” a la empresa absorbente con lo que hizo la empresa absorbida–, pero estos problemas no demostrarían, en mi opinión, una “auténtica identidad” de la empresa que perdure en el tiempo, sino precisamente lo contrario: que tras una serie de simples operaciones societarias la empresa ya no es lo que era en el momento de la comisión del delito, y castigarla sólo puede obedecer a razones preventivas o distributivas, pero en ningún caso a la existencia de una culpabilidad¹³²⁴.

En definitiva, todos estos argumentos son manifestaciones concretas de la falta de identidad penal de la persona jurídica, lo que se ha intentado demostrar hasta ahora. En ese sentido, ni el paradigma de la transferencia ni el de la culpabilidad por el hecho propio proporcionan, en sus versiones puras¹³²⁵, un marco conceptual adecuado para explicar la responsabilidad de la empresa en general, y la reforma que se acaba de analizar en concreto. Ello se debe, no tanto a cuestiones específicas de la nueva legislación española, sino más bien a su incapacidad, como modelos que piensan en términos de personas físicas (antropomórficos), de comprender la complejidad del

¹³²³ FEJOO SÁNCHEZ, Sujeto de imputación, p. 56, quien sostiene que este precepto trata de solucionar el problema concreto de los posibles fraudes, pero que en ningún caso sirve para construir “una categoría y menos una teoría general sobre la persona jurídica como sujeto de imputación” en el ordenamiento español. Según el autor, la prueba de que en la reforma se consideran también sujetos de responsabilidad a personas jurídicas sin substrato organizativo es que se castiga a sociedades instrumentales (art. 66 bis).

¹³²⁴ Sobre los problemas de la continuidad en el tiempo de la persona jurídica, vid. II.2.a.

¹³²⁵ En ese sentido: BOLDOVA, Introducción, p. 233.

fenómeno de los delitos en organizaciones. Parece que ello sólo puede ser reconducido al derecho penal a partir de un paradigma que integre la parte de heteroresponsabilidad que necesariamente tiene la acción colectiva, como también la parte de autorresponsabilidad necesaria para que constituya una consecuencia adecuada a las características de la estructura empresarial.

c.3. El sistema de imputación del 31 bis desde el paradigma de la responsabilidad estructural: propuesta de interpretación

El paradigma de la responsabilidad estructural integra y combina, según se explicó, los dos aspectos principales de los anteriores modelos. Reconoce la relación estructural entre la estructura colectiva y las acciones individuales (“heteroresponsabilidad”), al tiempo que fundamenta la responsabilidad en factores propios del sujeto colectivo (“autorresponsabilidad”), como son el defecto de organización, el tamaño y complejidad de la empresa o su influencia en la acción que originó el delito. El modelo obedece, por tanto, al carácter complejo de todo fenómeno colectivo; esto es, a la explicación del delito como el resultado de la combinación recíproca entre estructura colectiva y acción individual. Obviar lo primero, como hace el «modelo de heteroresponsabilidad», o convertir lo segundo en presupuesto objetivo de punibilidad, como hace el «modelo de autorresponsabilidad», significa proporcionar una imagen incompleta del cuadro¹³²⁶.

En cualquier caso, parece que la reforma, mejorable desde muchos tipos de vista, parte de unos presupuestos cercanos a la «responsabilidad estructural» aquí analizada. En ella se reconoce el hecho de que la organización de la persona jurídica pasa necesariamente por esferas de sujetos individuales (empresa como «metasujeto»), pues tanto el presupuesto de punibilidad (las dos vías de imputación) como el de exclusión de la responsabilidad («compliance») presuponen conductas que llevan a cabo personas individuales (en muchas ocasiones indeterminadas) en el contexto estructural del «nosotros». Sin embargo, las características del contexto estructural tienen también su influencia en la imputación: el «sistema de prevención» o «compliance», por mucho que dependa su implantación del órgano de administración, no deja de ser un fenómeno relevante en el plano estructural de la empresa. Tanto sus características (31 bis 2, 3), como el hecho de que su exigencia varíe en función del tamaño, actividad y naturaleza

¹³²⁶ En el mismo sentido, ESER, *Criminality of Organizations*, pp. 235 y s., quien propone como solución adecuada la elaboración de un sistema de responsabilidad que integre elementos de ambos modelos.

de la organización (31 bis 6), como también las condiciones para su consideración como eficaz (31 bis 7), manifiestan características de la propia empresa y no son reconducibles exclusivamente al individuo que delinquiró.

Por otro lado, las consecuencias jurídicas también son interpretables conforme al paradigma de la responsabilidad estructural. En lo que a la multa respecta, en mi opinión dicha sanción no está dirigida a retribuir un hecho culpable de la empresa, sino que forma parte de lo que se ha denominado «derecho reflexivo»: se trata de intervenir en la «estructura organizativa» (disminuyendo el patrimonio colectivo en un grado proporcional al defecto organizativo) para motivar a quienes la administran (prevención especial), como también a quienes administran otras empresas (prevención general), para que modifiquen las organizaciones empresariales que rigen en beneficio del cumplimiento del derecho¹³²⁷. Ciertamente es que la regulación vigente de la determinación de la multa es deficiente y confusa, variable según los delitos y sin seguir aparentemente un patrón de razonamiento¹³²⁸. Y es cierto, además, que a los criterios existentes – beneficio obtenido, el valor del objeto, el perjuicio causado o la cantidad defraudada (52.4 CP)–, se deberían sumar otros criterios, especialmente la exigencia de proporcionalidad de la sanción en relación a la influencia del defecto estructural en el delito mismo¹³²⁹. La multa tiene, en cualquier caso, una finalidad preventiva indirecta, que se cumple a través de los administradores; como también una finalidad distributiva, que se cumple en tanto ha de determinarse conforme al grado de influencia del defecto organizativo en la comisión del delito.

Respecto al resto de sanciones, su interpretación no genera mayores problemas: todas ellas (intervención, inhabilitación, clausura y demás) suponen medidas aplicadas a la estructura empresarial para asegurar que deje de constituir un contexto delictivo, para la inocuidad de su peligrosidad. Como manifestaciones de lo que se ha conocido como modelo estructural, tienen una conexión incluso semántica con la tesis aquí defendida: cuando la multa no es suficiente, es necesario intervenir en la propia estructura para que

¹³²⁷ Ampliamente, sobre el cumplimiento de ambas finalidades a través de la multa: BAUCCELLS, *Penas previstas para la persona jurídica*, pp. 189 y ss.

¹³²⁸ En ese sentido: BAUCCELLS, *Penas previstas para la persona jurídica*, pp. 193 y ss.

¹³²⁹ En ese sentido, y aludiendo a otros criterios de determinación que el legislador ha pasado por alto: BAUCCELLS, *Penas previstas para la persona jurídica*, p. 198 (especialmente cita 60).

deje de constituir un contexto de oportunidad delictiva¹³³⁰. No obstante, de *lege ferenda*, dichas medidas deberían tener mayor protagonismo del que tienen en la regulación vigente, reducidas a medidas accesorias respecto a la multa. La razón es que una intervención en la propia estructura tiene también efectos preventivos¹³³¹, al tiempo que evita ciertos riesgos implícitos en la multa, como por ejemplo que pueda integrarse simplemente como una pérdida en el balance de la empresa, como también que pueda cumplirse a costa de intereses de terceros (particularmente trabajadores y acreedores).

En definitiva, más allá de las diferencias en el nivel de implementación del sistema de imputación –que aquí no se pueden abordar–, la reforma parte de determinados presupuestos que aquí se comparten. En primer lugar, considero adecuado que respecto a los delitos en organizaciones se pueda dar una suerte de «corresponsabilidad»¹³³² entre el colectivo, que proporciona el contexto delictivo, y el individuo (o individuos) que han cometido el delito. Por otra parte, de la reforma se extrae también que del hecho de que la empresa sea corresponsable no se deriva ni que se busque en ella una culpabilidad, en forma de cultura organizativa o de disposición contraria al derecho, ni que se le aplique un sistema de imputación «antropomórfico» en el que no tendría cabida¹³³³. Lo que ha introducido el legislador es, en la línea de lo que aquí se propone, una «responsabilidad penal sin culpabilidad»¹³³⁴ (vid. más: III.3.c). Además, la reforma confirma la tesis de que el «defecto organizativo» no tiene una conexión directa con el resultado lesivo (no se exige causalidad en ningún momento), sino que está simplemente relacionada con la conducta individual¹³³⁵, única capaz de originar de forma autónoma resultados lesivos. Por todo ello, y si bien son necesarias ulteriores depuraciones en las reglas de determinación de las sanciones y en la utilización de determinados conceptos por parte del legislador, parece que la línea que sigue no diverge mucho de la que aquí se ha esbozado bajo el paradigma de la responsabilidad estructural.

¹³³⁰ Ampliamente, sobre estas medidas, así como la relación con los “modelos estructurales” (particularmente el de SCHÜNEMANN): BAUCCELLS, *Penas previstas para la persona jurídica*, pp. 178, 202 y ss.

¹³³¹ Ampliamente, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, pp. 234 y ss.

¹³³² En ese sentido: BOLDOVA, *Introducción*, p. 236.

¹³³³ BOLDOVA, *Introducción*, pp. 227 y s., más adelante, en referencia a los requisitos de imputación: “Tales datos no integran en realidad una verdadera culpabilidad de la persona jurídica, sino que aparecerían como elementos fundaméntales de la tipicidad referida a esta clase de responsabilidad penal de los entes colectivos con personalidad jurídica” (p. 237); HETZER, *Schuldlose Sanktionssubjekte?*, p. 364, por su parte, califica de “cuadratura del círculo” el intento.

¹³³⁴ BOLDOVA, *Introducción*, p. 262.

¹³³⁵ BOLDOVA, *Introducción*, p. 238: “No hay hecho típico propio de la persona jurídica, únicamente entra en juego el hecho típico de la persona física en conexión con aquélla”.

Capítulo 2: Compliance e imputación colectiva

a) Aproximación al fenómeno del «compliance»: función y características

En los análisis de la responsabilidad colectiva hasta hace poco más de una década no aparecía, ni siquiera de pasada, la palabra «compliance»; hoy, en cambio, parecería que un análisis del tema en el ámbito jurídico-penal (como en muchos otros) quedaría incompleto si no tratase dicho fenómeno con cierta profundidad¹³³⁶. Ello pone de manifiesto, como mínimo, que algo ha cambiado en el transcurso de cierto tiempo: los «compliance programs» forman ya parte de la práctica empresarial, y cada vez van formando más parte de las preocupaciones dogmáticas y legislativas¹³³⁷. Como fenómeno más o menos reciente es también de muy difícil delimitación, y es complicado determinar su espacio respecto a otros conceptos como “códigos de conducta”, “códigos de integridad”, “códigos éticos”, “responsabilidad social” y otros, que no hacen sino florecer en la discusión acerca de la responsabilidad empresarial¹³³⁸. Todo ello indica, en cualquier caso, una tendencia que se ha ido acentuando con la crisis financiera que ha protagonizado el comienzo del siglo XXI, a saber: la preocupación de los Estados (como también de la población en general) por conseguir que las empresas desarrollen su actividad con el máximo respeto posible a su entorno social y ambiental, que se hagan cargo de las consecuencias del impacto social que puedan tener y que implementen políticas adecuadas a los valores sociales.

Se puede distinguir, a modo aclarativo, dos formas de hablar cuando se hace referencia al «compliance»: un concepto genérico, referido a toda aquella actividad empresarial destinada a fomentar los valores éticos en la empresa¹³³⁹, a llevar a cabo una actividad

¹³³⁶ Una panorámica general y reciente sobre los distintos problemas: KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA, *Compliance y teoría del Derecho penal*, 2013; SILVA/MONTANER, *Criminalidad de empresa y Compliance*.

¹³³⁷ Sobre su influencia en los diferentes sectores: KUHLEN, *Compliance y derecho penal*, p. 63; BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, p. 102.

¹³³⁸ NIETO MARTÍN, *Problemas fundamentales*, pp. 22 y s., afirma lo “vago” e “inexpresivo” del concepto mismo; BOCK, *Compliance-Diskussion*, p. 63, lo define como “ambiguo”. Sobre la relación entre los múltiples conceptos: SIEBER, *Unternehmensstrafrecht*, pp. 451 y ss. Sobre los códigos de conducta, detalladamente: BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, p. 115. REICH, *Supercapitalism*, pp. 168 y ss., por su parte, se muestra muy crítico respecto a la semántica del “*Corporate Social Responsibility*”, contrastando su inflación en el plano teórico-discursivo con su escasa incidencia en el plano económico-real.

¹³³⁹ Se muestra escéptica respecto a este objetivo: KREINER RAMÍREZ, *Corporate Criminal Liability*, p. 957.

sostenible, a establecer códigos internos de conducta y a fomentar la transparencia, relacionada prácticamente con todas las ramas del derecho (aunque especialmente con la administrativa); y, en segundo lugar, un sentido específicamente penal del término, que hace referencia al «compliance» como el intento de establecer un sistema de prevención, control y detección de riesgos penales, así como de adecuar la estructura empresarial a lo exigido por el ordenamiento jurídico¹³⁴⁰. Ello implica que, si bien el concepto de «compliance» abarca un gran número de fenómenos significativos en el mundo empresarial, no todos ellos serán penalmente relevantes¹³⁴¹; o lo serán de un modo indirecto, en el sentido de que una mejor disposición ética de los empleados disminuirá la probabilidad de delitos. Ello supone, por tanto, que es el segundo sentido, referido a las medidas de prevención dirigidas a conjurar riesgos penales, el que se tendrá como referencia a efectos de imputación de responsabilidad.

También el fenómeno del «compliance» se puede categorizar de dos maneras: según se entienda como aquellas medidas que se han de tomar de un modo permanente para la prevención criminal («compliance estructural»); o, en segundo lugar, como un conjunto transitorio de operaciones destinadas a re-programar una estructura organizativamente deficitaria de cara a adecuarla a las exigencias del ordenamiento penal, las cuales, una vez concluido dicho proceso, desaparecen («compliance transitorio»). La primera tenderá a ser la perspectiva de la propia empresa, que deberá mantener con cierta permanencia y por sí misma un sistema adecuado de control y prevención de riesgos, así como flujos de información y comunicación adecuados a tal fin; por el contrario, la segunda es más bien la perspectiva de aquel auditor externo al que eventualmente recurre la empresa para diagnosticar los potenciales riesgos e institucionalizar en ella patrones de comportamientos jurídicamente adecuados (formación de trabajadores, renovación de los sistemas informáticos de comunicación/información, implantación de nuevos sistemas de control). La relación entre lo estructural y lo transitorio debe tener, como se ha de ver a continuación, cierta incidencia en lo que a la imputación de responsabilidad respecta.

¹³⁴⁰ Se refiere específicamente a este segundo, por ejemplo: BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, p. 106. También: BOCK, *Compliance-Diskussion*, p. 63.

¹³⁴¹ Al respecto: ENGELHART, *Paradigmenwechsel im Strafrecht*, 209. Acerca del «compliance» como concepto genérico, en el que los deberes de vigilancia se integran como “especie”: SILVA SÁNCHEZ, *Deberes de vigilancia*, p. 100.

Por otro lado, si bien no es sencillo reconducir los distintos tipos de «compliance» a un patrón común, debido a su variedad en función del sector y del tipo de empresa, sí que es posible trazar los objetivos básicos que debería cumplir todo programa destinado a evitar la criminalidad en la empresa. Recogiendo las diversas aportaciones que se han producido sobre la cuestión¹³⁴², las características o funciones básicas serían las siguientes:

(I) Definición y comunicación de los valores y objetivos empresariales que deben ser respetados, análisis de los riesgos específicos correspondientes dentro de la empresa, así como el consecuente establecimiento y la publicidad de las disposiciones que deben respetarse y los procedimientos para las empresas y sus trabajadores;

(II) Distribución y delimitación de funciones y responsabilidades en el seno de la empresa: el «compliance» debe dejar claro las esferas de dominio correspondientes a cada órgano y a cada puesto, así como definir claramente las competencias y los medios de que cada uno de ellos dispone. Definición igualmente clara de la jerarquía empresarial y los diferentes niveles organizativos (ello está relacionado con la evitación de la conocida irresponsabilidad organizada). Ello vale especialmente para grandes empresas, con amplia división del trabajo¹³⁴³;

(III) Individualización de los riesgos y programas de formación: se debe analizar y acotar los principales riesgos penales relacionados con la actividad de la empresa, de cara especialmente a establecer programas de formación orientados a instruir a los trabajadores en los mecanismos de evitación y prevención;

(IV) Creación de un departamento especializado (Departamento de compliance/“*compliance officer*”¹³⁴⁴), provisto de la información, medios y la autonomía suficientes, encargado de la supervisión de los programas de cumplimiento, así como de su adecuación a las exigencias legales en el ámbito de actividad de la Empresa. Dicho órgano deberá velar, especialmente, por la correcta formación de los trabajadores en lo que al cumplimiento del programa mismo se refiere;

¹³⁴² Otras propuestas, todas ellas más o menos análogas: BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, p. 115. Con amplio nivel de detalle: DE LA MATA/BILBAO/ALGORTA, Instrumentos de prevención, pp. 6 y ss. Entre los distintos modelos útiles para desarrollar los requisitos que demostrarían su eficacia *ex ante*, destacan el Decreto Legislativo italiano n° 231, la Ley chilena 20393, art. 3°, como también las *Sentencing Guidelines* de los Estados Unidos. Un repaso detallado de estos modelos: BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, pp. 112 y ss.

¹³⁴³ BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, p. 120. Insistiendo en este punto: DE LA MATA/BILBAO/ALGORTA, Instrumentos de prevención, p. 9

¹³⁴⁴ BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, p. 103: “Sus funciones básicas son las de vigilancia, asesoramiento, advertencia y de evaluación de los riesgos legales de gestión”. Detalladamente, sobre su responsabilidad: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, pp. 254 y ss.

(V) Creación de sistemas de información para el descubrimiento y esclarecimiento de delitos: se deberá construir un sistema por el que los trabajadores podrán informar de cualquier eventual suceso indicativo de actividad delictiva, anónimo o confidencial, en cuyo canal de comunicación debe estar presente el «Departamento de compliance»¹³⁴⁵. Se deberá fomentar, a este respecto, una comunicación formal escrita, de modo que se facilite la posibilidad de probar y de verificar los hechos de los que se informa (lo cual sería imposible en la comunicación oral);

(VI) Facilitación el control periódico por parte de controladores externos, ya sea a través de auditorías de empresas especializadas, o de aquellas instituciones a las que el Estado conceda autorizaciones regulativas de determinados sectores (por ej., en el sector bancario, el Banco de España)¹³⁴⁶. Atender a las evaluaciones e recomendaciones que dichas instituciones puedan realizar;

(VII) Establecimiento de un sistema interno de medidas disciplinarias para aquellas infracciones no constitutivas de delito (en este caso debería ser comunicado a las autoridades públicas), proporcionales y compatibles con la legislación vigente. Es especialmente importante que dicho sistema, para evitar que se convierta en un “ordenamiento penal paralelo”, pase por la supervisión del «departamento de compliance» y por la institución pública correspondiente. Es necesario, además, elaborar un cuerpo doctrinal que desarrolle los límites de este fenómeno, en la medida en que puede suponer un peligro para los derechos fundamentales de los trabajadores.

a.1. Compliance y la idea de la autorregulación: ¿“derecho sin Estado”?

Dentro de la semántica del «compliance» se encuentra también la idea de “autorregulación”, especialmente la de “autorregulación regulada”¹³⁴⁷. Ésta haría referencia a un nuevo tipo de relación Estado-empresa¹³⁴⁸ por la que el primero, reconociendo la imposibilidad en cuanto a medios técnicos de conjurar mediante

¹³⁴⁵ NIETO MARTÍN (Problemas fundamentales, p. 34), al tratar la distinción entre los mecanismos de denuncia anónimos y los confidenciales, manifiesta su preferencia por los segundos, en tanto los primeros pueden inducir al abuso y están demasiado enfocados en el control.

¹³⁴⁶ NIETO MARTÍN, Problemas fundamentales, p. 43: “Un programa de cumplimiento sólo es creíble cuando es supervisado por personas externas a la empresa que representan además los intereses sociales que pone en peligro la actividad de la empresa”.

¹³⁴⁷ ORTIZ DE URBINA, Sanciones penales contra empresas, p. 263; ENGELHART, Paradigmenwechsel im Strafrecht, 211; Sobre el tema, desde distintos puntos de vista: ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (Dir.), *Autorregulación y sanciones*.

¹³⁴⁸ Si bien lo de “nueva” se puede también relativizar: situando su origen en las ideas de Keynes, LÜDERSSEN, *Aggregative Model*, pp. 89 y s.

intervenciones directas todos los riesgos empresariales¹³⁴⁹, delega en la empresa parte de las facultades de regulación de su actividad propia. Esta delegación comprende la creación de sus propios «compliance» o la posibilidad de resolver conflictos mediante códigos disciplinarios internos¹³⁵⁰. Ello no querría decir, en principio, que la empresa tenga plena libertad dentro de su esfera de dominio, puesto que el Estado se reserva la posibilidad de estímulos externos, de regulación a través de sistemas de licencias o permisos y, por supuesto, el recurso a la sanción en caso de que la autorregulación contravenga el derecho (es una autorregulación, pero es regulada)¹³⁵¹. Por otra parte, dicho principio es tanto una tendencia como algo todavía en formación, de modo que no define ningún estándar concreto de relación entre el Estado y las empresas. El espacio de autonomía de éstas oscilará según tenga lugar una “regulación estatal plena”, una “co-regulación” o un “autorregulación”, en función de si las facultades de las que dispone son reducidas o, por el contrario, amplias¹³⁵².

Ello no obsta, en cualquier caso, para considerar esta “transferencia” como un fenómeno muy problemático en lo que a su legitimidad respecta, puesto que implica necesariamente un aumento del poder de control de las propias empresas sobre los trabajadores a través de los programas de cumplimiento¹³⁵³. Será un tema problemático en el futuro, que escapa a las posibilidades de la presente tesis, la línea que divide los deberes legítimos de vigilancia sobre el cumplimiento de los trabajadores y la presión

¹³⁴⁹ Especialmente en comparación con la propia empresa, que tendría mayor conocimiento técnico del ámbito en el que ella opera: SIEBER, *Unternehmensstrafrecht*, p. 475.

¹³⁵⁰ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, p. 109. ROBLES PLANAS (Pena y persona jurídica, p. 6), por su parte, se muestra crítico por considerar que dicho objetivo no puede contarse entre los que integran el derecho penal: “la ubicua y aplaudida noción de «autorregulación» no debe ocultar su concreto significado: los programas de cumplimiento son, entre otras cosas y por lo que a la eventual responsabilidad de la persona jurídica se refiere, exigencias dirigidas a las empresas de colaboración con las funciones estatales de prevención de delitos. La sanción de la no adopción de tales medidas constituiría, efectivamente, una «nueva técnica de intervención» estatal («sistema policial empresarial») para garantizar una prevención eficaz”. ENGELHART (Paradigmenwechsel im Strafrecht, 210 y s.) habla al respecto en términos de “privatización”.

¹³⁵¹ SIEBER, *Unternehmensstrafrecht*, p. 476: “Si se transmiten a las empresas internacionales determinadas formas de “*self policing*”, esto no quiere decir necesariamente un “*laissez faire*”, sino, en muchos casos, consiste en la única posibilidad de recuperar una parte de control estatal bajo la forma de “autorregulación regulada” o de “*rule at a distance*”. Al respecto, WILLKE, *Staatliche Intervention*, pp. 219 y s., quien afirma, en relación al derecho reflexivo y al control del contexto, que el “control descentralizado” tiene más que ver con la complejidad de la sociedad post-moderna que con la diferenciación entre el modelo “liberal” y el “socialista”. No falta quien, como LÜDERSSEN (Aggregative Model, pp. 91 y ss.), ha interpretado estas ideas como parte del sistema de pensamiento favorable al capitalismo.

¹³⁵² SIEBER, *Unternehmensstrafrecht*, p. 458.

¹³⁵³ NIETO MARTÍN, *Problemas fundamentales*, pp. 21 y ss.

excesiva e ilegítima sobre ellos mediante una sobre-organización¹³⁵⁴. En otras palabras, habrá que evitar que la tendencia al cumplimiento no convierta a la empresa en un “panóptico”, en el sentido de FOUCAULT, que añadiría una constelación de controles privados sobre los individuos a los ya existentes por parte del poder público¹³⁵⁵.

Ahora bien, trayendo a colación una expresión de TEUBNER, que califica la situación de autorregulación en las empresas como “derecho sin Estado”¹³⁵⁶, es también cierto que la novedad o relevancia de este tipo de regulación es algo cuestionable¹³⁵⁷. En primer lugar, porque cualquier regulación jurídica que quiera evitar el totalitarismo se basa en la existencia del derecho, como orden jurídico, más allá de la intervención directa del Estado. Es decir, se basa tanto en el respecto a la autonomía de sus sujetos (también cuando éstos se asocian en sujetos colectivos), como en la exigencia de que respondan por las consecuencias de lo que hacen: lo primero hace referencia a la autorregulación, lo segundo al hecho de que es regulada. La calificación de la situación actual como “derecho sin Estado” es algo más bien relativo, puesto que por esa misma lógica también los individuos viven permanentemente conforme a ella: uno puede regular como desee su vida familiar (autorregulación), siempre que con ello no perjudique a terceros (regulada); uno puede conducir su coche a la velocidad que desee y por las vías que escoja (autorregulación), siempre que no exceda la velocidad permitida y que cumpla el resto de normas de tráfico (regulada); y, en definitiva, las empresas de los Estados de derecho han podido escoger normalmente el modo en que desarrollan su actividad, siempre que ésta no resulte lesiva para intereses de terceros y cumplan unos parámetros de seguridad¹³⁵⁸.

¹³⁵⁴ Ampliamente sobre esta cuestión: *Compliance y teoría del derecho penal* (Eds.: KUHLEN/MONTIEL/URBINA), Parte III (Concretamente los artículos de GÓMEZ MARTÍN y MASCHMANN).

¹³⁵⁵ Sobre la tendencia hacia una sociedad panóptica: FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, pp. 199 y ss. Con razón advierte NIETO MARTÍN (Problemas fundamentales, p. 33) del riesgo que supone el modelo de «compliance» como vigilancia, que contraponen al modelo de «compliance» como “orientado a los valores”. Aquél tiene serios riesgos de convertir a la empresa en una suerte “de panóptico que afecta seriamente a derechos fundamentales como la intimidad, secreto de las comunicaciones y el derecho a la protección de datos”. Sobre ello, también en referencia a FOUCAULT: ENGELHART, *Paradigmenwechsel im Strafrecht*, 211.

¹³⁵⁶ TEUBNER, *Multinationaler Unternehmen*, pp. 38 y ss.

¹³⁵⁷ KUHLEN, *Compliance y Derecho penal*, p. 70. También ORTIZ DE URBINA (Sanciones penales contra empresas, pp. 263 y ss.) sostiene que el término autorregulación debe de significar algo más que la facultad de autoorganización, pues ésta “nos acompaña desde hace siglos”. En cualquier caso, el autor concluye: “¿Qué añade esta noción de autorregulación regulada al tradicional análisis jurídico-penal? Poco, o nada”. Propone, sin embargo, la noción de “autorregulación” original de BRAITHWAITE, *Enforced Self-regulation: a New Strategy for Corporate Self Control* (1981-1982).

¹³⁵⁸ Igualmente, sobre la aplicación indistinta de la noción a personas físicas y a personas jurídicas: COCA VILA, *Programas de cumplimiento*, p. 70; ORTIZ DE URBINA, *Sanciones penales contra empresas*, p. 267.

No parece que esta forma de operar sea una capitulación del Estado. Más bien podría interpretarse de dos modos diversos. Se podría interpretar, en la línea que apuntó muy temprano FOUCAULT, que este tipo de ejercicio del poder es precisamente el propio del liberalismo contemporáneo, donde la intervención se produce no de modo directo (de modo “disciplinario”), sino sobre las condiciones ambientales o estructurales en las que los individuos operan¹³⁵⁹. Ello implica, ya desde una visión sistémica, que se concibe el espacio de autonomía de los actores sociales como una “concesión condicionada” que el sistema social (Estado) hace a sus sub-sistemas¹³⁶⁰. Otra forma de interpretarlo, probablemente complementaria, es la de que dicho espacio de autonomía de los actores es una emanación del «principio de subsidiariedad», en la medida en que el orden social no es una responsabilidad exclusiva del Estado, sino que también se materializa en la “autorregulación” que los agentes hacen de su propio ámbito de control, pues éstos son también co-responsables del orden social. El paradigma sería, más bien, el del “derecho sin intervención administrativa directa”.

En cualquier caso, si bien se está hablando mucho de la “novedad” que supone este paradigma de la “autorregulación regulada”, parece que lo realmente novedoso para el derecho penal es la creciente interrelación entre el ámbito público y el privado¹³⁶¹. En esa línea, la acción en contextos organizativos está siendo sujeta a una progresiva expansión de los deberes jurídicos impuestos a los actores (sean individuos o empresas), como también de una expansión de los criterios de imputación¹³⁶², de modo que lo que antes eran comportamientos empresariales penalmente irrelevantes, ahora pueden ser objeto de imputación. Y esta tendencia responde asimismo a otra realidad, a saber: la de

¹³⁵⁹ En ese sentido, FOUCAULT (*Nacimiento de la biopolítica*, pp. 302 y ss.) anunció ya en 1979 el progresivo abandono de la “sociedad exhaustivamente disciplinaria en la que la red legal aprisiona a los individuos” y donde operan mecanismos de “normalización general” y de “exclusión”, y su substitución por una sociedad en la que se produce una “optimización de los sistemas de diferencia, en la que se deja el campo libre a los procesos oscilatorios, en la que se concede tolerancia a los individuos y las prácticas minoritarias, en la que hay una acción no sobre los participantes del juego, sino sobre las reglas del juego, y, para terminar, en la que hay una intervención que no sea del tipo de la sujeción interna de los individuos, sino del tipo ambiental”. Esta idea, que no pudo ser desarrollada por el propio FOUCAULT, es la que se desarrolla desde la teoría de sistemas en torno al derecho reflexivo.

¹³⁶⁰ También ORTIZ DE URBINA (Sanciones penales contra empresas, p. 267) se muestra crítico respecto a esta forma de interpretar el fenómeno: “sólo los partidarios más acérrimos de la Teoría de Sistemas sostendrían que la existencia de ámbitos de libertad y la posibilidad de control posterior por el Estado permitan también en el caso de las personas físicas hablar de autorregulación regulada”.

¹³⁶¹ Se habla, por ejemplo, de “justicia de derecho privado” o “justicia de la empresa”, vid: KUHLEN, *Compliance y Derecho penal*, pp. 70 y s.

¹³⁶² Sobre la expansión de los criterios de imputación: LÜBBE, *Verantwortung*, pp. 20 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Expansión*, pp. 48 y ss. También KUHLEN (*Compliance y Derecho penal*, p. 70) destaca el “contexto de creciente juridificación de las relaciones sociales”.

que el sistema económico ha estado regulado de un modo proporcionalmente débil si se compara con su influencia en la realización de delitos. En otras palabras, se ha adquirido cierta conciencia de que determinados contextos económicos llevan mucho tiempo proporcionando las condiciones estructurales para la comisión de delitos, al tiempo que no se ha dispuesto de las herramientas necesarias para modificar dichas condiciones¹³⁶³. En la misma línea, lo que antes era un fenómeno propio de otras ramas del derecho, como el fomento administrativo del cumplimiento normativo en las empresas, ahora pasa también a constituir una parte del derecho penal¹³⁶⁴. Ésa es, por tanto, la principal novedad; lo que significa también, en definitiva, que el paradigma “autorregulación regulada” va venciendo por el peso de la regulación, también de la regulación penal.

b) Compliance e imputación colectiva

El «compliance» se ha tomado recurrentemente, tanto en determinados ordenamientos como en la doctrina, como una herramienta que puede fungir como causa de exclusión de la responsabilidad de la empresa¹³⁶⁵ (si bien puede tener también influencia en el nivel individual). Estos programas se relacionan con sus destinatarios de una forma compleja: los sujetos que han de estar jurídicamente motivados para el establecimiento de un «compliance» son sujetos individuales (los administradores), si bien su actuación implementadora no opera sobre su propio ámbito (o no directamente), sino sobre un ámbito ajeno, a saber: la esfera jurídica de la propia empresa cuya estructura se pretende regular¹³⁶⁶. En ese sentido se trata, como se vio, de “derecho reflexivo o indirecto”.

La relación entre el «compliance» y los sujetos destinatarios es compleja porque, en términos de responsabilidad penal, el establecimiento (o no) del mismo no sólo tiene efectos sobre quienes efectivamente han de implantarlo (es decir, sobre la imputación individual de los administradores¹³⁶⁷), sino que los tiene también sobre la estructura

¹³⁶³ En sentido parecido: PRITTWITZ, *Compliance officers*, pp. 208 y s.

¹³⁶⁴ Crítico con esa transformación en los objetivos jurídico-penales: ROBLES PLANAS, *Pena y persona*, p. 6.

¹³⁶⁵ Es el caso, por ejemplo, de la Ley italiana n° 321, artículo 6, como la Ley chilena num. 20393, art. 3°, en las que se excluye la responsabilidad de las personas jurídicas cuando éstas hayan cumplido las exigencias legales relativas a los modelos de prevención.

¹³⁶⁶ En ese sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Deberes de vigilancia*, p. 100 y s. En el mismo sentido: GRUNER, *Corporate criminal liability and prevention*, p. 4; KREINER RAMIREZ, *Corporate Criminal Liability*, p. 966; ROBLES PLANAS, *Pena y persona jurídica*, p. 6, 8.

¹³⁶⁷ Sobre los efectos que tiene en relación a la imputación individual, especialmente en lo que al establecimiento de las posiciones de garantía y los delitos de omisión se refiere: SIEBER,

empresarial en la cual incide (es decir, sobre la imputación colectiva). En la mayoría de las regulaciones, entre ellas la que está actualmente proyectada en la legislación española, la existencia de un adecuado programa de prevención excluye o atenúa dicha responsabilidad¹³⁶⁸.

En cualquier caso, la incidencia de los «compliance» en la imputación colectiva se da, *ex ante*, en tanto previene delitos, y, *ex post*, en tanto puede fungir como causa de exclusión de responsabilidad, en la medida en que puede ser la manifestación de una correcta organización en la empresa, inclinando al juez a determinar que el delito es simplemente la manifestación de una acción individual no relacionada con estructura criminógena alguna.

b.1. La distinta incidencia del «compliance» en el modelo de hetero-responsabilidad y el de culpabilidad por el hecho propio

En cualquier caso, la cuestión de su relevancia jurídico-penal varía considerablemente en función del modelo que se adopte. Según un «modelo de hetero-responsabilidad puro» –esto es: en el que el responsable individual origina automáticamente la responsabilidad colectiva– la relevancia del «compliance» está condicionada por el hecho de que solo importa el delito individual, lo cual despliega resultados paradójicos y contra-intuitivos. Principalmente, porque en casos en los que exista un «compliance» bien configurado y efectivo, el delito, que debería entenderse como una negligencia individual, activaría igualmente de forma automática la responsabilidad de la empresa. Es contradictorio y político-criminalmente inadecuado porque la organización sigue respondiendo aun habiendo instaurado un «compliance» adecuado¹³⁶⁹. En este punto se evidencia la inconveniencia de estos modelos, pues en el fondo se vuelve irrelevante la correcta organización en lo que a la determinación de la responsabilidad empresarial se refiere. Si bien no es cierto que este modelo elimine todo incentivo de autorregulación, pues a la empresa le sigue conviniendo prevenir delitos individuales que darían lugar

Unternehmensstrafrecht, pp. 463 y ss. También, en relación al «compliance officer», SILVA SÁNCHEZ, Deberes de vigilancia, p. 103.

¹³⁶⁸ También en las *Sentencing Guidelines* de EEUU: “Los dos factores que mitigan el castigo definitivo de una organización son: (i) la existencia de un compliance efectivo y de un programa ético; y (ii) la confesión, la cooperación o la aceptación de la responsabilidad” *Guidelines Manual, Chapter 8 – Sentencing of Organizations*, November 1, 2013, p. 489.

¹³⁶⁹ SIEBER, Unternehmensstrafrecht, p. 471.

también a su imputación, sí que supone un incentivo más débil que el del siguiente modelo.

Según el modelo de «culpabilidad por el hecho propio» –esto es: aquél que se fundamenta en factores propios de la empresa y que está diferenciado del delito individual– la relevancia del «compliance» se da tanto en conexión con los miembros individuales, que podrán ampararse en él para delimitar su esfera de organización dentro de la empresa y eventualmente desconectarla del resultado lesivo, como con el colectivo mismo, que podrá justificar su falta de culpabilidad en la existencia de un «compliance» efectivo e idóneo para evitar el resultado (que, por razones no imputables a ella, ha fallado). Así, si existe un fallo en el «compliance» que tenga conexión con el resultado lesivo, será posible la imputación de la empresa; por el contrario, no deberá responder siempre que respecto a los riesgos organizativos se hayan tomado las medidas idóneas para su evitación, puesto que el delito se explicará por razones distintas a defecto organizativo alguno. El problema de esta argumentación se ha analizado ya: entre el defecto organizativo del «compliance» y el resultado lesivo hay demasiada distancia como para cumplir las exigencias de causalidad del principio de culpabilidad. En otras palabras: el fallo organizativo nunca explica suficientemente el delito como para que la empresa responda por él a título de culpabilidad¹³⁷⁰; debería responder, eventualmente, de un tipo de delito abstracto consistente en la “organización defectuosa”, cuya legitimidad es más que cuestionable¹³⁷¹. A nivel político-criminal, sin embargo, esta posición es capaz de incentivar tanto a nivel individual como colectivo el cumplimiento del derecho, por lo que sería preferible al modelo anterior.

b.2. Compliance e imputación en el modelo de responsabilidad estructural

Según el modelo de «responsabilidad estructural relativa» aquí esbozado, la relevancia del «compliance» es similar al de la culpabilidad por el hecho, si bien el fundamento de la responsabilidad de la empresa y su imputación son diversas. Tal y como se afirmó, el «compliance» podría excluir la responsabilidad de la empresa en la medida en que manifestase que no hay infracción de un deber por parte de la empresa; es decir, neutralizaría la imputación objetiva. En ese sentido, se podrían distinguir dos casos diferenciados de exclusión de la imputación de la empresa. El supuesto principal es

¹³⁷⁰ NIETO MARTÍN, Problemas fundamentales, p. 37.

¹³⁷¹ ROBLES PLANAS, ¿Delitos de personas jurídicas?, p. 17; Pena y persona jurídica, p. 6.

aquél en que el «compliance» niega la existencia de defecto estructural alguno, razón por la cual se podrá interpretar la acción delictiva como un producto individual que ha ocurrido «a pesar de» la correcta organización colectiva. Sin embargo, habría todavía otro supuesto en el que también se excluiría la imputación, que tendría lugar en los casos en que, a pesar de existir un correcto «compliance» —es decir, uno que no haya consistido en un “mero maquillaje”¹³⁷²—, se ha producido igualmente un fallo estructural que ha influido en el delito. En este caso, sin embargo, se excluye también la imputación de la empresa en tanto ésta, en la medida en que había cumplido *ex ante* la expectativa de una correcta organización a través de un «compliance», no ha infringido ningún deber, de modo que el fallo organizativo sería en realidad un «riesgo permitido». Es decir, se considera que en la empresa se ha hecho todo lo posible, en términos estructurales, de cara a la prevención de delitos. El presupuesto de este segundo caso es que la empresa es un ente tan complejo que, en muchas ocasiones, ni siquiera el «compliance» puede garantizar la eliminación de todo defecto o riesgo estructural; por ello, sólo se le imputarán aquellos defectos organizativos asociados a una falta de mecanismos de prevención, o a un defecto relevante en los mismos, siempre que supere el riesgo permitido. A diferencia del primer supuesto, aquí debería ser posible la aplicación de una «medida de seguridad» a la propia empresa, siempre que el riesgo, aunque no pueda serle imputado, tenga posibilidades de subsistir y manifieste cierta peligrosidad para los derechos de terceros.

Un ejemplo del primer supuesto —«compliance» que neutraliza el defecto estructural— podría ser el siguiente: un empresa inmobiliaria detecta, mediante su sistema de control y su oficina de cumplimiento, que uno de sus directivos está manipulando las cuentas anuales y cometiendo un delito contra la Hacienda Pública. Mientras pone en marcha el proceso de investigación interna y las previsiones del código disciplinario, el delito es descubierto y se imputa tanto al directivo como a la empresa por el mismo. Pues bien, en este caso se debería excluir la imputación de la empresa, pues disponía de un «compliance» correctamente implementado, que además había detectado la infracción y se había puesto en marcha el proceso de aplicación de las medidas correspondientes.

Un ejemplo del segundo supuesto —«compliance» que, a pesar de estar bien implementado, no ha podido neutralizar el defecto organizativo—, sería el de la empresa cuyo informático, aprovechando la falta de conocimiento técnico del director de su departamento y del «compliance officer», comete un delito de daños informáticos contra un competidor que no ha sido ni previsto ni detectado por parte del sistema de «compliance». En este caso, mientras la empresa disponga de un «compliance» adecuado a las exigencias legales aplicables según sus características y su actividad, y aunque no haya podido neutralizar el riesgo, no se le imputará responsabilidad por el delito porque no habría infracción de deber alguno, de modo que dicho riesgo se interpretaría como algo que escapa a lo que la empresa pueda controlar mediante un sistema como el que se le exige. La cuestión está, entonces, en qué sistema de control se exige: en este caso, si los riesgos típicos a los que se enfrenta la empresa fuesen de carácter informático, probablemente

¹³⁷² En ese sentido, GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 303.

tanto el «compliance officer» como el director del departamento deberían tener conocimientos especiales en ese ámbito; por el contrario, si la empresa ejerce una actividad distinta, y los riesgos informáticos son accesorios o marginales, que el director o el «compliance officer» carezcan de conocimientos informáticos forma parte del riesgo permitido.

En resumen, y dicho en términos negativos, la responsabilidad se originaría sólo si se prueba que la falta de un adecuado «compliance» co-explica –en el sentido de que favorece o facilita– la conducta individual que originó el resultado típico, siempre que el fallo organizativo no forme parte de un «riesgo permitido» para la empresa en concreto. Siendo así, la relevancia del «compliance», en el caso de que esté mal configurado y/o sea ineficaz, sería la siguiente:

(I) Si el fallo concreto del «compliance» tiene conexión con el hecho individual que originó el resultado lesivo, la empresa deberá responder a título de responsabilidad estructural, cuando aquél «co-explique» la acción delictiva de un modo jurídicamente relevante. Dicho de otro modo: si habiéndose implementado las medidas de prevención oportunas se hubiera podido evitar el delito.

(II) Si el fallo organizativo del «compliance» no está conectado con el hecho individual que originó el resultado lesivo, entonces no podrá hablarse de responsabilidad estructural de la empresa (lo cual no va en perjuicio de la adopción de medidas de seguridad, si efectivamente el defecto estructural existe, aunque no haya tenido conexión con el delito objeto de juicio).

(III). La empresa podrá responder por un «compliance» ineficaz, sin hecho individual ni resultado lesivo originado por él, sólo si existe un tipo de peligro abstracto por falta de adecuado «compliance».

Por otra parte, si dispone de un «compliance» bien configurado y eficaz, pero sin “éxito” en la detección del delito, la empresa no deberá responder, a pesar de haberse producido un delito que no ha sido capaz de detectar, siempre que se hayan tomado las medidas idóneas *ex ante* para su evitación según el riesgo permitido. Si el «compliance» no ha conseguido evitar el delito, pero sí detectarlo o evitar la difuminación del beneficio obtenido por el mismo en su propio patrimonio, entonces la empresa no responderá en ningún caso. Por último, si el «compliance» está “formalmente” bien configurado pero es ineficaz –es decir, que en sus prácticas y operaciones habituales funciona con indiferencia total o parcial del mismo–, la empresa responderá cuando la acción esté conectada a la falta de dicha eficacia.

b.3. Imputación sin «compliance» formalizado

Una cuestión a plantear es, en la medida en que el «compliance» como tal no es para la empresa un deber jurídico tipificado sino un incentivo, qué sucede con aquellas empresas que no lo han implementado y si, siendo así, pueden darse en ellas “medidas eficaces para la prevención de delitos” en el sentido del 31 bis. Es decir, podría darse el caso de una empresa perfectamente organizada y estructurada para la evitación de delitos, sin que en ella exista un «compliance» formalmente establecido. Como ha destacado SILVA SÁNCHEZ, ello será más difícil de sostener cuanto mayor sea el tamaño de la empresa¹³⁷³, en tanto en ellas un debido control obliga a la estandarización y formalización de determinados procesos organizativos, recogidos todos ellos en algo análogo a lo que se denomina «compliance». En ese sentido, hasta que el «compliance» no sea un deber jurídico-penal establecido y detallado, respecto al que hay seguridad jurídica de los actores interesados, debería de regir un concepto laxo y material de “medidas de prevención y control”, de modo que también se pueda excluir la responsabilidad de personas jurídicas bien estructuradas materialmente de cara a la evitación de delitos, aunque no dispongan de un “compliance formalizado” (corriendo a su cargo, eso sí, cómo se prueba dicha correcta organización¹³⁷⁴). Lo importante es el sistema de prevención eficaz en un sentido material, no en el sentido de la obtención de un certificado¹³⁷⁵.

b.4. Imputación con «compliance» en transición

Entre los «casos difíciles» relacionados con la influencia del «compliance» en la imputación colectiva destaca aquél en el que la imputación se da en una empresa con sistema de prevención en transición. Es decir, el caso en el que el colectivo ha detectado defectos estructurales (t1), decide a través de sus administradores implementar un programa de «compliance» previsiblemente adecuado (t2) y en el intervalo de tiempo en

¹³⁷³ En ese sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Deberes de vigilancia*, p. 102: “La pregunta es, entonces, si cabe que exista «debido control» sin un Compliance program. En realidad, la pregunta más formulada ha sido la inversa: a saber, si la existencia de un compliance program conlleva la concurrencia de un debido control. Pero la primera parece igualmente justificada. De modo general, las respuestas deben ser las siguientes. Cabe, ciertamente, que en el seno de una persona jurídica se ejerza el debido control sobre los subordinados sin que formalmente exista un compliance program. Aunque ello será difícil cuando, por las dimensiones de la empresa, las necesidades de sistematización y procedimentalización hagan ineludible la implantación de un modelo de control”.

¹³⁷⁴ NIETO MARTÍN, *Problemas fundamentales*, p. 3.

¹³⁷⁵ Sobre el problema de la eficacia: GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 303.

el que se espera razonablemente que surta efecto (t3) la persona jurídica es imputada en un proceso penal por un delito cometido en su seno.

En primer lugar, lo primero que hay que tomar en consideración es que el «compliance» no es algo así como un “traje de fuerza” que imposibilite instantáneamente al sujeto colectivo “moverse por sí mismo”, y, por tanto, realizar conductas lesivas (o mejor dicho: permitir que otros las realicen). Es, por el contrario, un proceso dinámico y gradual que, en el mejor de los casos, tarda cierto tiempo en influir en los diferentes estratos de la organización hasta producir efectos. Es virtualmente imposible acelerar ese proceso –debido a los fuertes y consolidados que pueden llegar a los hábitos generalizados y las condiciones que se quieren modificar–, y prácticamente imposible esperar que fructifique inmediatamente. La imputación colectiva debe, por ello, tomar en consideración el carácter temporalmente dinámico que tiene la herramienta que constituye el «compliance».

A estos efectos, por tanto, cuando se produce un delito individual del que podría brotar una responsabilidad estructural, serán considerados equivalentes a efectos excluyentes de la responsabilidad un «compliance» ya instaurado y uno que esté en transición, siempre que se estén dando los pasos idóneos y adecuados para prevenir delitos como el que está siendo objeto de juicio, y siempre que haya comenzado a establecerse con anterioridad a la comisión del mismo. La razón es que, desde una perspectiva de justicia distributiva, no sería razonable responsabilizar a una empresa que, de facto y con anterioridad al momento de la imputación, está realizando esfuerzos por invertir aquellas dinámicas que han coadyuvado al delito. Si se considerase que, llegado el caso, todavía subsiste cierto peligro en relación al defecto estructural que influyó en el delito, a la empresa se le podría imponer una medida de seguridad destinada a asegurar que el proceso de implantación se lleve a cabo correctamente.

Por el contrario, si el «compliance» ha comenzado a implementarse entre la comisión del delito y el momento en que la empresa tiene conocimiento del procedimiento que se dirige contra ella, sólo podrá servir como atenuación de su responsabilidad, y sólo cuando éste se presente como idóneo para prevenir delitos de la misma naturaleza.

b.5. Ausencia de «compliance» como comportamiento típico del administrador (art. 286.7 CP de la reforma)

Todo lo anterior funciona, no obstante, a pesar de que el «compliance» no es todavía ni para la empresa ni para los administradores un deber jurídico-penal tipificado¹³⁷⁶. Como se ha podido observar, la empresa necesita de un hecho individual para que su deficiencia organizativa –que se puede concretar en una falta de adecuado «compliance»– se materialice en un delito concreto. Ello implica que el Estado no puede perseguir penalmente a una empresa por no tener implantado un programa de prevención; si bien dicha implantación puede, en forma de «incentivo premial», excluir o atenuar responsabilidad a la empresa en los supuestos del 31 bis.

Por otra parte, si bien en la reforma en proyecto no se tipifica todavía la ausencia del «compliance», sí que establece una novedad importante, en la línea del §130 de la OWiG alemana (éste estipula una infracción administrativa, no un delito¹³⁷⁷), como también de determinadas demandas de la doctrina¹³⁷⁸. Dicha novedad viene dada por el reformado art. 286.7 CP, que establece como delito la falta de adopción de medidas de vigilancia o control por parte del representante legal o administrador, siempre que se haya dado inicio al principio de ejecución de un delito que mediante aquéllas pudiera haber sido evitado o dificultado. Como medidas de vigilancia exigidas se incluyen la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis.

Este artículo es significativo porque, en primer lugar, reconoce el hecho de que el «compliance» tiene como destinatarios a personas físicas, administradores o representantes legales, de los que depende su implantación. Es a ellos, y no directamente a la persona jurídica, a quienes se impone un deber de garantía respecto al establecimiento de medidas de prevención de los delitos de sus subordinados¹³⁷⁹. En otro orden de cosas, es significativo el adelantamiento de las barreras de punición, en

¹³⁷⁶ A excepción, no obstante, de las sociedades cotizadas, quienes en virtud del Código de buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas y la Ley del Mercado de Valores tienen el deber de establecer determinadas medidas de control de riesgos. Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, pp. 106 y s.

¹³⁷⁷ El artículo 130 de la OWiG sanciona como infracción administrativa la falta de supervisión, dolosa o imprudente, del titular de la empresa, siempre que haya existido una contravención que hubiera sido evitada mediante una supervisión adecuada. vid. al respecto SIEBER, *Unternehmensstrafrecht*, pp. 465 y ss.

¹³⁷⁸ BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, p. 99.

¹³⁷⁹ Sobre la posición de garantía del administrador y su responsabilidad por incumplimiento de los deberes de vigilancia y supervisión: BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, pp. 115 y ss.

tanto no se exige un delito consumado, sino sólo el principio de ejecución del mismo. Por otra parte, la estructura del delito es algo compleja, pues entre sus presupuestos objetivos de punibilidad se encuentra un requisito que reside en una esfera de organización ajena: la del empleado que aprovecha la falta de medidas para dar principio a la ejecución del delito. Ello implica, por tanto, que para que la responsabilidad penal por ausencia de «compliance» del directivo brote, es necesario que ocurra algo que depende de un tercero —el empleado— en una estructura que se acercaría a la de los delitos de omisión. Podría interpretarse dicha estructura conforme a la teoría de las incumbencias (“*Obliegenheiten*”): al administrador no tiene un deber jurídico de «compliance», pero le «incumbe» que la empresa esté bien organizada, de modo que la actividad delictiva que surja de defectos organizativos que le incumbían podrá serle imputada también a él¹³⁸⁰. Por esa razón, para que no se convierta en una responsabilidad vicarial y objetiva, se deben desarrollar los requisitos a partir de los cuales se pruebe, por un lado, la conexión entre la omisión del debido «compliance» del directivo y el delito del empleado; y, por otro, que la actuación de éste se produjo en la esfera en la que aquél tiene cierto grado de dominio organizativo. En otras palabras: no basta con una posición de garantía formal.

c) Recapitulación: el «compliance» como deber reforzado del administrador

La importancia del «compliance» en la prevención de riesgos penales ha llegado hasta el punto, también en la regulación española, de que su incidencia en la responsabilidad penal es decisiva tanto para el sujeto individual como para el colectivo. En el primer caso, porque los administradores serán penalmente responsables de no haber tomado las medidas de prevención y control adecuadas, siempre que se de principio a la ejecución de un delito que podría haber sido evitado mediante las mismas (286.7 CP); en el segundo, porque la empresa sólo podrá evitar responder penalmente si, con anterioridad a la comisión del delito, tenía un sistema de prevención y control en los términos estipulados en el art. 31 bis CP. Ello quiere decir que constituye un deber jurídico-penal reforzado (por dos vías), cuya infracción es «condicionalmente» imputable, esto es, que

¹³⁸⁰ Al respecto, ROBLES PLANAS, *Pena y persona jurídica*, p. 7: “los titulares de la organización están especialmente interesados en no tener que responder con su organización por los ilícitos que se cometan en el despliegue de su actividad. Les «incumbe», pues, (sit venia verbo: «¡por la cuenta que les trae!») una estructura interna que proteja a su organización de tener que responder por el peligro —dispuesto al establecerla— de que sus órganos maximicen beneficios ilícitamente”; El mismo, *Hecho propio*, p. 10.

sólo genera responsabilidad penal, individual o colectiva, cuando existe un delito individual conectado a dicha infracción.

Ahora bien, en términos de estructura de la responsabilidad penal esto vuelve a ser conceptualmente problemático y, desde luego, novedoso en el derecho penal –a diferencia del derecho civil o el administrativo, donde la responsabilidad no es personalísima–. Ello es así porque, al reconocer que la implantación del «compliance» es competencia de los administradores (lo cual se afirma también en el 286.7 CP), se admite que tanto la imputación de la empresa (vía 31 bis) como la exclusión de su responsabilidad (vía 31bis 2) dependen de lo que haga el órgano de administración, que es quien en definitiva decide “sí” y “cómo” se implanta el «compliance»¹³⁸¹. Vuelve aquí a manifestarse uno de los argumentos ya mencionados: el carácter de «metasujeto» de la empresa la hace quedar a expensas, a efectos de responsabilidad, de aquellos que administran conjuntamente la esfera de organización de la propia empresa. Y ello no supone más que reconocer algo asumido en el mundo empresarial, a saber: que todo lo que le ocurre a la empresa –sea positivo o negativo– es una manifestación de cómo la gestionan el conjunto de personas que la componen; y no es, sin embargo y como ha afirmado ORTIZ DE URBINA, el resultado de “esotéricas facultades de autorregulación” de la empresa¹³⁸².

Por otra parte, esta dependencia explica por qué se prefiere aquí hablar de un paradigma de responsabilidad estructural, con reglas de imputación diversas, y no de culpabilidad. Si bien la regulación del 286.7 CP no deja de ser confusa, en tanto no se precisa de qué modo es posible compatibilizar que una misma cosa –el «compliance»– funcione como fundamento de responsabilidad para unos (los administradores) a la vez como posibilidad de exclusión para otro (la persona jurídica), parece claro que la lógica de imputación que subyace nada tiene que ver con el principio de culpabilidad por el hecho propio. Es decir, tan extraño es culpabilizar a la empresa por lo que no han hecho sus

¹³⁸¹ En el mismo sentido, razón por la cual, en opinión del autor, sólo debería de existir la vía directa de sancionar a los administradores: ROBLES PLANAS, *Pena y persona jurídica*, p. 6, p. 8: “Castigar a la persona jurídica en sí por no adoptarlos es no querer ver la realidad de las cosas: quienes no los adoptan son los que las gestionan”.

¹³⁸² Igualmente, ORTIZ DE URBINA, *Personas jurídicas*, p. 471, en relación a la noción de autorregulación: “Lo anterior no tiene por qué suponer la atribución a las personas jurídicas de esotéricas facultades de autorregulación que vayan más allá de las que pueden ejercer de forma individual o conjunta la/s persona/s física/s detrás de ellas. Lo que supone es reconocer que tal capacidad organizativa existe en las personas físicas con poder real de dirección de la persona jurídica”.

administradores como lo inverso, esto es, excluir dicha culpabilidad cuando sí lo han hecho (31 bis.2); como también es extraño para el lenguaje de la culpabilidad afirmar que el sujeto sancionado (la empresa) no puede hacer nada «por sí mismo» para evitar la sanción (la empresa no puede hacer nada en contra de la voluntad de sus administradores de no implantar un «compliance», lo cual significa que no puede hacer nada para evitar responder penalmente).

En definitiva, se trata de una estructura de responsabilidad tan novedosa como problemática, cuyo objetivo es establecer un deber de implantación de medidas preventivas reforzado para los administradores de personas jurídicas, y cuya omisión no sólo desencadenaría una responsabilidad penal propia, sino que también podría tener efectos sobre el sujeto colectivo que administran, en la medida en que omitiéndolas sustraerían a la empresa de toda posibilidad de evitación de su responsabilidad estructural. El objetivo final es, de nuevo, fomentar que las empresas no se conviertan en contextos de oportunidad delictiva y, por el contrario, que favorezcan un desarrollo de sus actividades conforme a derecho.

Capítulo 3: Sanción penal y sujeto colectivo

Tal y como ha expresado DAN-COHEN, el debate acerca de la relación de los sujetos colectivos y el derecho penal se podría reconducir a dos preguntas fundamentales, cuyos términos condicionan en realidad toda la discusión: la primera es la de qué son los entes colectivos para el derecho, lo que se ha tratado principalmente en la Parte II; la segunda es la de qué tratamiento jurídico les corresponde¹³⁸³. Una vez se ha explicado la responsabilidad estructural relativa que corresponde a la empresa como sujeto colectivo organizado, ha de abordarse el análisis de la consecuencia jurídica que dicha responsabilidad generaría.

a) Cuestiones previas a la delimitación del concepto de pena y su relación con la persona jurídica.

a.1. ¿Hay algo que añadir a lo que ha dispuesto el legislador?

En la doctrina española hay cierta tendencia, desde que el legislador ha decidido introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma de la LO 5/2010, a dar por zanjada la cuestión teórica de la responsabilidad de la persona jurídica en virtud de dicha decisión¹³⁸⁴. Se suelen adoptar posturas en el plano de la dogmática con el condicionamiento de la decisión legislativa, como si los conceptos de pena o de culpabilidad dependieran exclusivamente de la forma jurídica que el legislador le da en las leyes vigentes¹³⁸⁵. Es un argumento recurrente, por ejemplo, el de que una vez el legislador ha denominado como «pena» a la consecuencia que se le impone a la persona jurídica, entonces es labor de la dogmática fundamentar su culpabilidad y su tipo subjetivo propio, pues sin ellos no hay pena posible¹³⁸⁶. También parece apreciarse,

¹³⁸³ DAN-COHEN, *Sanctioning Corporations*, p. 15.

¹³⁸⁴ Un ejemplo claro, GÓMEZ-JARA, *Reforma*, p. 1, quien afirma que con la reforma “el trasnochado debate sobre si una persona jurídica puede ser penalmente responsable parece haber llegado a su fin”.

¹³⁸⁵ Como ha sostenido por ejemplo ENGELHART (*Unternehmen und Compliance*, p. 659) en relación a la culpabilidad colectiva, la pregunta por la imputabilidad de los sujetos colectivos debería dejar de tratarse como una cuestión de “estructuras dogmáticas”, para resolverse conceptualmente en el marco de la discusión acerca de su constitucionalidad. También HETZER (*Schuldlose Sanktionssubjekte*, p. 365) acepta respecto a las personas jurídicas la libertad del legislador de integrarlas como sujeto penal. De modo similar: BOTTKE, *Wirtschaftskriminalrecht*, p. 247 y s., aunque el autor advierte que ello puede tener consecuencias de cara a la función de la dogmática jurídico-penal.

¹³⁸⁶ Claramente, ZUGALDÍA, *Responsabilidad*, pp. 9 y s., quien sostiene que el debate político-criminal (el «debe») y el dogmático (el «puede») sobre la cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas está “superado” y además de modo “afirmativo”. Es el caso de BAJO/FEIJOO/GÓMEZ-JARA, (Prólogo, p. 16), quienes, en su obra conjunta, afirman que “si la culpabilidad por el hecho injusto es presupuesto de la pena, ésta sólo es posible si la organización de la persona jurídica es contraria a Derecho y si es posible

como ha destacado ORTIZ DE URBINA, un “efecto adaptación” en la doctrina, por el cual “antes de la reforma parecían ser mayoría los penalistas opuestos a la institución” de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mientras que tras la reforma “parece haberse conformado una nueva mayoría que la acepta”¹³⁸⁷. Sin embargo, esta práctica puede producir resultados contraproducentes. Ciertamente es necesario arrojar cierta luz y dar coherencia a la reforma legislativa, así como también explicar en qué medida encaja con los conceptos que maneja hoy en día la doctrina jurídico-penal. Ahora bien, no es menos cierto que conceptos como los que se han abordado hasta ahora – culpabilidad, pena, sujeto penal– y que llevan largo tiempo funcionando como elementos cardinales, no sólo del discurso, sino también de la propia práctica jurídico-penal¹³⁸⁸, deben definirse conforme a parámetros distintos de los que utiliza el legislador. En primer lugar, por una razón epistémica, pues la actividad del legislador y la del teórico obedecen a fines distintos¹³⁸⁹; pero también por una razón utilitaria, ya que sólo distinguiéndose funciona la relación dialéctica y de retroalimentación que sendos ámbitos mantienen. Lo dicho hasta ahora, y lo que se dirá más adelante, funciona por tanto a nivel conceptual con independencia de que el legislador haya denominado como «pena» a la consecuencia jurídica impuesta a la persona jurídica.

a.2. La heterogeneidad del fenómeno sancionador y la diferencia entre el fenómeno administrativo y el penal

Lo primero que hay que considerar a la hora de establecer la relación de los entes colectivos con el concepto de sanción penal es que aquello que designamos como “fenómeno sancionatorio” se caracteriza por su complejidad y heterogeneidad¹³⁹⁰. En el ámbito penal, el concepto legislativo de “sanción” abarca desde la privación de libertad de un individuo por unos años hasta –desde la entrada en vigor de la LO 5/2010– la

ser hecha «personalmente» responsable de dicha organización defectuosa (delito como «desorganización culpable»).

¹³⁸⁷ ORTIZ DE URBINA, *Personas jurídicas*, p. 467, cita 15.

¹³⁸⁸ En la línea de lo que ha destacado (muy críticamente) FOUCAULT (*La verdad y las formas jurídicas*, pp. 37 y ss.) la ciencia penal, como el resto de saberes jurídicos, forma parte de aquello que denomina como “saber-poder”. Es decir, las categorías y conceptos que utiliza el derecho penal no sólo funcionan en el plano académico o científico del “saber”, sino que funcionan también en el plano del “poder”, en el sentido de que tienen consecuencias prácticas sobre la sociedad y las personas. En ese sentido, palabras como «culpabilidad», «imputabilidad», «pena» o «peligrosidad» tienen un poder que va más allá de lo descriptivo, precisamente porque –tal como sostuvo ya AUSTIN en su obra *How to do things with words*–, son capaces de constituir enunciados performativos; es decir, son palabras “que hacen cosas”.

¹³⁸⁹ Sobre ello: ROBLES PLANAS, *¿Delitos de personas jurídicas?*, p. 5; El mismo, *Dogmática jurídico-penal*, pp. 134 y ss.

¹³⁹⁰ DAN-COHEN, *Sanctioning Corporations*, p. 17.

suspensión temporal de actividades de la persona jurídica. Ello conlleva, según la propia lógica, que el concepto mismo ha ido ampliando su *extensio*, su poder de abarcar fenómenos tan diferenciados, en detrimento de su *intensio*, de su profundidad en lo que define¹³⁹¹. También la conocida “expansión del derecho penal”, sobre el que se volverá más adelante, ha contribuido a la deformación del concepto de sanción, ya que fenómenos muy diferentes –desde acciones dolosas de peligro concreto hasta delitos imprudentes de peligro abstracto– generan consecuencias jurídicas equivalentes. Este fenómeno ha llevado a la doctrina a realizar distinciones ulteriores de cara a recuperar parte de esa profundidad conceptual perdida, como por ejemplo entre penas “propias” e “impropias”, la de penas en “sentido estricto” y penas en “sentido amplio”, o la de penas en “sentido material” y penas en “sentido formal”¹³⁹². Las primeras suelen ser coincidentes, refiriéndose a la pena como reproche de culpabilidad que recibe el individuo por un injusto personal evitable y por el que se le priva de libertad o de otros derechos; mientras que las segundas se suelen referir a diferentes consecuencias jurídicas que el legislador ha introducido en el contexto del proceso penal, y que comparten algunos de los rasgos de aquellas “penas propias” sin llegar, en cualquier caso, a coincidir con ellas. Fue el caso de la discusión acerca de las consecuencias accesorias¹³⁹³, y es el caso también actualmente de las sanciones a las personas jurídicas. La consecuencia de todo ello es que el concepto de «pena» que se desprende de la legalidad vigente se ha vuelto extraordinariamente laxo, y ya no se distingue tan fácilmente del supra-concepto de “sanción” o del de consecuencia jurídica –como sucedía ya claramente en KELSEN¹³⁹⁴.

Lo mismo sucede con la borrosa distinción entre el fenómeno administrativo sancionador y el penal, argumento que los defensores de la culpabilidad empresarial han utilizado recurrentemente. Según dicen, si se acepta sin mayores problemas la responsabilidad colectiva en el ámbito administrativo sancionador, no puede predicarse

¹³⁹¹ Sobre la imprecisión conceptual que supone integrar sanciones como la privación de libertad y las multas en el mismo concepto: KAHAN, *Alternative Sanctions*, p. 621.

¹³⁹² En el ámbito alemán, según RANSIEK (*Unternehmensträger*, p. 288), la discusión acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas ha traído a colación los términos de “*unechte Strafe*”, “*Quasi-Strafe*”, “*Para-Strafe*”.

¹³⁹³ Por todos: SILVA SÁNCHEZ, *Consecuencias accesorias*, pp. 307 y ss.

¹³⁹⁴ vid. al respecto: BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, p. 87. vid. también en p. 96, nota 262, cuando cita a LUHMANN, para quien tanto el subsistema administrativo como el penal funcionan con “normas de programación condicional (si p [presupuesto], entonces c [consecuencia])”, integrables en un concepto unitario.

otra cosa respecto al ámbito penal, ya que entre ambos solo media una diferencia cuantitativa¹³⁹⁵. Se afirma, además, que en derecho administrativo sancionador también rige el principio de culpabilidad, lo cual no ha sido obstáculo para su aplicación a las personas jurídicas. Sin embargo, la jurisprudencia ha admitido expresamente que ello debería regir, ante la falta de elementos volitivos de la empresa, de un modo separado para personas físicas y jurídicas¹³⁹⁶.

El fenómeno de la difuminación de fronteras entre las diferentes ramas del derecho, del que la responsabilidad penal colectiva es buena muestra, tiene también sus consecuencias a la hora de determinar qué se entiende por sanción penal. En mi opinión, el correcto tratamiento de estos conceptos no ha de seguir la tendencia unificadora de fenómenos tan diversos en “supra-conceptos”. Por el contrario, una de las funciones de la dogmática jurídica es la de trazar distinciones allá donde sean pertinentes, de modo que quien se aproxime al fenómeno penal con las herramientas que ella brinda tenga una visión comprensiva a la vez que matizada del conjunto. Por utilizar expresiones que han aparecido a lo largo del trabajo: no parece que se reduzca la complejidad del fenómeno penal tratando lo distinto como igual. En esa línea, aparte de que el derecho penal tiene un carácter jurisdiccional que el administrativo sancionador no tiene¹³⁹⁷, sólo con una diferencia bastaría para defender el salto cualitativo que existe entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, y es que este último impone habitualmente penas de prisión y aquél no.

¹³⁹⁵ Principalmente en este punto: EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz*, pp. 188 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, p. 96. Críticamente: MAIHOLD, *Strafe*, p. 18.

¹³⁹⁶ Así, por ejemplo: STC 246/1991: “Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado resulta inadmisibile en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa (STC 76/1990). (...) Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho Administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos”.

¹³⁹⁷ BACIGALUPO SAGGESE (*Responsabilidad*, p. 237) sostiene que esta diferencia formal no es suficiente, pues en lo esencial (la vigencia del principio de culpabilidad) la sanción administrativa y la penal sólo se diferencian en una dimensión cuantitativa.

a.3. Una constatación: la pena privativa de libertad como condicionante del concepto de pena

En la discusión acerca de la posibilidad de un concepto de culpabilidad y de pena que abarque a personas físicas y jurídicas indistintamente, algunos autores han resaltado como condicionante el hecho de que entre el elenco de penas que el ordenamiento jurídico prevé se encuentra la posibilidad de privación de libertad para seres humanos individuales. Así lo ha reconocido, también en el seno de la discusión sobre la responsabilidad empresarial, E. BACIGALIUPO, quien interpreta que “gran parte de la discusión sobre el sujeto del derecho penal podría estar ligada al sistema de penas” que se prevé, de modo que “si la pena de multa fuera la única pena del sistema del derecho penal, ¿se plantearía la cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas? La respuesta no es fácil”¹³⁹⁸. Esta problemática de los diferentes niveles de gravedad de las penas y de los diferentes estándares de justificación está presente también en HASSEMER, quien afirma que “en tanto el derecho penal dirige su ataque a la persona de forma individualizada, no se debería extender el concepto de imputación a los casos de responsabilidad colectiva”¹³⁹⁹. De este modo, prosigue, “una imputación que pretende justificarse como justa y adecuada, referida a un grupo de personas, pero en la que no se diferencia entre los individuos que componen el grupo, constituye una justificación demasiado débil de las consecuencias penales que afectan a la persona en particular”¹⁴⁰⁰.

Según este punto de vista, la posibilidad de una genuina culpabilidad de la persona jurídica estaría co-determinada tanto por el concepto de sujeto penal como por el concepto de pena¹⁴⁰¹, el cual está, a su vez, condicionado por el hecho de que la principal de ellas ha sido tradicionalmente la privación de libertad. Su carácter antropológico no se correspondería, como muchos han querido interpretar, con un “prejuicio individualista”¹⁴⁰², sino que más bien vendría dado por el simple hecho de que el concepto de pena se ha ido elaborando en atención a las características del sujeto al que eran aplicables las penas previstas, sea la privación de libertad, o en su génesis la

¹³⁹⁸ BACIGALIUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, p. 89.

¹³⁹⁹ HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, pp. 181 y s.

¹⁴⁰⁰ HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, pp. 181 y s.

¹⁴⁰¹ En ese sentido: VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 58.

¹⁴⁰² Acerca del prejuicio antropocéntrico de la teoría penal: FRENCH, *Integrity, Intentions, and Corporations*, p. 141-152; GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 153; WOLF, *Kollektive Verantwortung*, p. 132.

pena de muerte y las penas corporales¹⁴⁰³. Ello explica, además, los altísimos estándares tanto explicativos como justificativos del derecho penal en comparación con otras ramas del ordenamiento

Sin embargo, tampoco se puede reducir a la cuestión de “privación de libertad” las dificultades de construir un concepto de pena para las personas jurídicas. La razón es que la pena no es algo que indique simplemente una medida de gravedad de la consecuencia impuesta, sino que indica previa y principalmente una medida de gravedad de la infracción que la fundamenta. En ese sentido, como se ha analizado, el principal problema de afirmar la viabilidad de un “castigo penal” a la empresa es que ésta es incapaz, por carecer de las condiciones de identidad, de infringir una norma penal en el sentido que el derecho penal exige. En otras palabras, la persona jurídica no sería sujeto del derecho penal, no porque no pueda “entrar en la cárcel”, sino sobre todo porque no cumple las condiciones que harían posible dirigirle un reproche penal. Todo lo anterior da cuenta, en todo caso, de por qué la pena, en sus distintas finalidades, se ha asociado a un comportamiento con características propiamente humanas, pues se presupone que el sujeto al que se impone que ha de poseer determinadas capacidades – básicamente razón que comprenda el contenido de la norma penal y voluntad propia para conducirse conforme a ella–, y sólo cuando las posee la pena privativa de libertad, como también las otras penas, están justificadas como medio de prevención y de retribución¹⁴⁰⁴. La cuestión es, entonces, qué tipo de intervención jurídica es capaz de soportar la persona jurídica como identidad distinta de los sujetos penales individuales.

b) El concepto de pena desde la perspectiva de la finalidad del ordenamiento penal y de la teoría de las normas

El concepto de pena, si bien tiene un carácter transversal en el discurso penal, tiene un contenido dependiente de la finalidad que se contemple como la propia del derecho penal (prevención o retribución), así como de la posición que se tome acerca de las

¹⁴⁰³ En ese sentido: SILVA SÁNCHEZ, *Expansión*, p. 151: “La minuciosidad propia de la dogmática del delito así como la rigidez de los principios de garantía tradicionalmente vigentes en Derecho penal se hallarían en relación con el hecho de que sus consecuencias jurídicas fueron tradicionalmente las penas de muerte y corporales, y aun hoy una pena tan íntimamente vinculada al ser –y no al estar o al tener– de la persona como es la pena privativa de libertad”.

¹⁴⁰⁴ Por todos: HART, *Punishment and Responsibility*, p. 227, quien afirma que el concepto de responsabilidad, o al menos uno de sus usos, está conectado al de capacidad, “y que las capacidades en cuestión son las de comprensión, razonabilidad y control de la conducta”.

normas (dirección de conductas o estabilización de expectativas). A continuación se recapitularán algunas de las cuestiones mencionadas en el Capítulo cuarto de la Parte II, antes de concluir con la toma de posición en lo que al sujeto colectivo respecta.

b.1. El concepto de pena desde la perspectiva de su finalidad

En primer lugar, la posibilidad de integrar al colectivo en el concepto de pena dependerá de la finalidad que se le atribuya a ésta. Desde una perspectiva que conciba la pena “sólo” como un medio para la consecución de fines sociales (prevención, intimidación o represión) no cabría objeción alguna contra su uso también respecto a sujetos colectivos. Su integración dependería, entonces, de su funcionalidad (utilidad) respecto al fin que se persiga¹⁴⁰⁵. La crítica contra esta posición es demasiado evidente: no hay problemas para castigar al colectivo, como tampoco los hay para castigar a un padre por lo que ha hecho su hijo o, en general, para buscar “chivos expiatorios” del delito¹⁴⁰⁶. Parece que esta perspectiva no sugiere un derecho penal racional adecuado a los estándares del Estado de derecho.

Desde cualquier otro punto de vista, donde la pena integre elementos retributivos y el principio de culpabilidad (teorías absolutas de la pena o teorías de la unión), la respuesta es más compleja. La integración del colectivo como sujeto capaz de soportar una pena retributiva depende finalmente de dónde se ponga el peso del contenido de la imputación. Si el peso de la imputación se pone en la «sociedad» –sea en la «conciencia social» o «las expectativas sociales»–, la integración del sujeto colectivo dependerá de que en la comunicación social éste sea considerado capaz de retribuir el daño que el delito supuso (en la versión funcionalista: de re-estabilizar el orden social con la pena). Su pregunta es, entonces, la de qué concepto de culpabilidad funciona¹⁴⁰⁷. La respuesta es, consecuentemente, que tanto el colectivo como el individuo son capaces de hacer

¹⁴⁰⁵ Muy claramente, OSTERMEYER, *Kollektivschuld im Strafrecht*, pp. 76, desde un derecho penal orientado al resultado (“*Das Strafrecht ist am Erfolg orientiert*”): “La labor del derecho penal en una sociedad industrial es hacer dogmáticamente tangible la culpabilidad colectiva”. BOLDOVA (Introducción, pp. 225) afirma que son razones utilitaristas las que se emplean habitualmente para justificar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En ese sentido, también: FRISCH, *Punibilidad*, pp. 839 y s.; HIRSCH, *Responsabilidad penal de las asociaciones*, pp. 1112 y s., se remite a las últimas evoluciones de la pena como exclusivamente orientada a la prevención para sostener la capacidad de las personas jurídicas de soportarla. No obstante, en WOLF, *Kollektive Verantwortung*, pp. 181 y ss., se podría encontrar una teoría utilitarista de la pena no orientada exclusivamente a la prevención.

¹⁴⁰⁶ Un repaso a estas formas de castigo y su relación con justificaciones utilitaristas: MAIHOLD, *Strafe*, pp. 9 y ss.

¹⁴⁰⁷ SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmen*, p. 147, en relación a este planteamiento: “Lo decisivo es más bien la atribución normativa de responsabilidad que es funcional a la sociedad”.

funcionar determinados fines del derecho, si así ocurre en la comunicación social¹⁴⁰⁸. Por el contrario, si el peso de la imputación se coloca en las características del sujeto que recibe el castigo penal («principio de identidad»), la cuestión dependerá de si el sujeto colectivo es un ser capaz de interiorizar el significado de la pena y, por ello, retribuir el delito soportándola. Su pregunta es, por tanto, de qué características depende la capacidad de culpabilidad.

En mi opinión, ambas preguntas son respondidas negativamente para el sujeto colectivo. Desde un plano de comunicación social, sin embargo, la cuestión es muy discutible, puesto que las organizaciones empresariales tienen una incidencia cada vez mayor en la vida social contemporánea, especialmente en lo que al sistema económico se refiere¹⁴⁰⁹. A pesar de ello, en lo que a la comunicación jurídico-penal respecta, las organizaciones colectivas no ocupan un lugar funcionalmente equivalente al individuo singular –ni se debería pretender que así fuere–, precisamente porque el individuo, por su dignidad personal, debe ocupar necesariamente un lugar diferenciado en el sistema jurídico¹⁴¹⁰. Es más, como se vio en el II.6, si se tiene en cuenta el aspecto político de la culpabilidad, concretado en el concepto de ciudadanía, queda claro que desde un punto de vista de comunicación política la empresa no es un “igual”. La cuestión es aún más tangible desde la óptica del sujeto que recibe la pena («principio de identidad»), pues la organización carece de equivalentes funcionales que le permitan soportar el contenido de la pena y de la declaración de culpabilidad. Como se explicó, tanto la discontinuidad temporal de la identidad de la empresa como su dependencia respecto a terceros en las cuestiones normativas decisivas condicionan el estatus jurídico-penal de la organización.

Pero todo ello no implica que el derecho penal no pueda relacionarse de algún modo con los sujetos colectivos; lo que significa es precisamente que ha de relacionarse de un modo diferente a como lo hace con los sujetos individuales. Dicha relación, que se ha esbozado en torno al topos de la responsabilidad estructural, sí permite cumplir

¹⁴⁰⁸ En ese sentido, KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, p. 307: “El momento psicológico-colectivo de los individuos es necesario tanto para la validez del derecho como para la explicación de su ruptura. El derecho no sólo se determina y desarrolla a través de la autonomía individual sino también a través del momento colectivo”.

¹⁴⁰⁹ ROTSCH, *Großunternehmen*, pp. 41 y ss.; GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, pp. 337-348; KIRCH-HEIM, *Sanktionen*, p. 39.

¹⁴¹⁰ Cfr., LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, pp. 728: “el postulado ‘ésta (la persona jurídica) toma parte en la vida jurídica de manera equivalente a las personas naturales’, sólo es cierto en parte”.

determinados fines del derecho penal. La cuestión diferencial es que, respecto a la organización, la finalidad preventiva se cumple, en contra de la lógica del concepto de culpabilidad, a través de otros sujetos distintos de la organización misma; es decir, de modo indirecto o reflexivo. En la medida en que los fines del derecho penal tienen lugar en el sujeto colectivo de un modo mediato (a través de sus miembros individuales), distinto al carácter inmediato que tienen para el individuo, no parece adecuado afirmar que lo que recibe como consecuencia jurídica sea propiamente una pena. Dicha consecuencia debería de ser interpretada como alguna otra cosa, como se ha de ver en seguida.

b.2. El concepto de pena en la perspectiva de la estructura de las normas

Otra perspectiva desde la que analizar la relación entre el derecho penal y la organización es la correspondiente a la teoría de las normas¹⁴¹¹. La relación entre pena y norma es clara: si la pena es la consecuencia jurídica del incumplimiento de la norma, es necesario que entre el sujeto que la soporta y la norma misma exista una relación determinada. Ahora bien, también la relación exigida variará en función de qué posición se adopte. Desde una teoría de las normas como «instauración de expectativas normativas», en tanto éstas ponen el énfasis en la protección de aquellos que esperan que su expectativa se cumpla y no tanto en el sujeto que ha de cumplirla, la cuestión de “a través de quién” se asegura la expectativa queda más o menos abierta, puesto que también la sociedad podría esperar algo de las organizaciones colectivas –básicamente: que se organicen mejor–. Por el contrario, desde una teoría de las normas como «directivas de conducta», en tanto contienen un deber jurídico dirigido a un sujeto motivable jurídicamente (con capacidad de guiarse y posicionarse frente al derecho), los sujetos colectivos quedarían excluidos como destinatarios, pues no son por sí mismos capaces de motivación ni de posicionamiento autónomo.

Ahora bien, también se dijo que la distinción entre expectativas y directivas de conducta es un tanto relativa, pues ambas perspectivas describen momentos distintos de la comunicación normativa: la expectativa hace referencia al conjunto poblacional que espera que la norma se cumpla, incluida la víctima potencial (conducta esperada); mientras que el contenido de la obligación jurídica (conducta exigida) hace referencia a

¹⁴¹¹ I.2.b.4; I.4.b.1.

quién tiene que comportarse de determinado modo para que la expectativa se cumpla¹⁴¹². La pregunta, entonces, se traslada a si es relevante la capacidad de motivación jurídica del destinatario de la norma, o basta con que la expectativa de orden social se vea cumplida con independencia de aquélla. Desde una perspectiva objetivista, que entienda el derecho como una organización de contactos sociales más o menos asépticos, la capacidad motivacional del sujeto aparece como un dato secundario o irrelevante¹⁴¹³. En un esquema así, la pena aparecería simplemente como un factor de condicionamiento generalizado para el mantenimiento del orden normativo de la sociedad¹⁴¹⁴, descripción que se cumpliría también con la pena a la persona jurídica. Sin embargo, desde la perspectiva aquí adoptada, en la medida en que la norma es la base sobre la que se asienta la pena, aquélla no puede ser indiferente a la capacidad para motivarse conforme a ella del sujeto castigado. En definitiva, el destinatario de la norma ha de poder comprender su contenido y orientar sus interacciones sociales según los parámetros del deber que ella instaura. No bastan, en este punto, argumentaciones circulares como la de que el sujeto es penalmente capaz porque se le dirigen normas¹⁴¹⁵. Es necesario, por el contrario, un reflejo interno en el sujeto que justifique dicha capacidad. Dicho brevemente: el derecho penal, como sistema de normas lingüísticamente organizado, debe dirigirse a sujetos que puedan obedecerlas¹⁴¹⁶.

La cuestión es, entonces, dónde queda la empresa en este esquema. Aquí se reproduce lo que se dijo en relación al carácter reflexivo o indirecto, apreciado ya claramente por KELSEN¹⁴¹⁷, de la relación entre derecho y organización colectiva. Una cuestión es el

¹⁴¹² La distinción en: SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, pp. 26 y ss. vid. más en I.2.c.2.

¹⁴¹³ Principalmente en relación a BOTTKE, *Assoziationsprävention*, p. 49, nota 134. Vid. I.2.b.3.

¹⁴¹⁴ SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmen*, p. 148.

¹⁴¹⁵ Un ejemplo de circularidad se encuentra en HIRSCH, *Responsabilidad penal de las asociaciones*, p. 1114: “Pero si la corporación es destinataria de normas éticas, de modo tal que, como vimos, pueda serle formulado un reproche de culpabilidad por la lesión de la norma, entonces, con esto, ella también es persona en el sentido ético, en forma suficiente como para poder ser destinataria de la punición en caso del no cumplimiento de tales normas”.

¹⁴¹⁶ Vid. II.4.b.1.

¹⁴¹⁷ KELSEN, *Teoría pura del derecho* (1^o ed. 1934), p. 78. Lo ha desarrollado, en la misma línea aquí expuesta, SCHÜNEMANN, *Legal Entities*, p. 231 y ss., que lo expone como un problema de estructura de la norma. Si se considera que la norma penal está constituida principalmente por *normas primarias* (normas de comportamiento), entonces, por las razones que se acaban de apuntar, la integración de las personas jurídicas no es posible. Por el contrario, en un esquema de derecho reflexivo, las normas dirigidas a la persona jurídica no tienen este carácter primario (no exigen “directamente” un comportamiento a llevar a cabo por el sujeto al que se dirigen), sino que adoptan una «vía indirecta»: se exige un determinado resultado (una organización adecuada a derecho), para lo cual la determinación del quién y el cómo (norma primaria) se mantendría dentro del plano interno de la organización. A este carácter reflexivo de la relación con la norma le correspondería, desde la óptica aquí adoptada y la de el propio SCHÜNEMANN, una consecuencia diferente de una “pena”, que exige una relación de carácter primario.

objeto de la expectativa –en este caso la estructura empresarial, de las que se espera que esté correctamente organizada–, y otra es a quién se dirige el mandato y la directiva de conducta –en este caso, los dirigentes y empleados de la misma, únicos que pueden asimilar el contenido lingüístico de la norma y «hacer/dejar de hacer» algo para que la expectativa se cumpla–. La empresa no puede, en esta medida, realizar por sí misma una toma de postura frente a la norma¹⁴¹⁸, puesto que su organización conforme a derecho depende de otros sujetos, los cuales llevan la iniciativa en lo que al respeto del derecho respecta. Lo ha expresado claramente HIRSCH: “Si se la mira como una forma de organización abstracta, efectivamente no puede tener sentimientos. Pero es una estructura que recibe vida a través de su miembros cambiantes y de sus órganos. Por ello, la sanción penal impuesta produce reacciones dentro de la asociación”¹⁴¹⁹. Sin embargo, la consecuencia que extrae a continuación –“a partir del concepto de pena, no se derivan ficciones”–, es más que discutible. Esa diferencia sobre la relación entre sujeto y norma jurídica debería ser decisiva a la hora de determinar cuál es el tipo de sanción que recibe la empresa, puesto que el concepto de pena está por principio asociado a los casos en que el sujeto del que se espera algo, al que se dirige el mandato penal y el que soporta la pena sea en los tres casos el mismo, y sea, además, capaz de tomar posición frente al derecho. Los deberes jurídico-penales son, por principio, personalísimos¹⁴²⁰.

b.3. Conclusión: la exclusión del sujeto colectivo del concepto de pena

La pena es, por tanto, aquella consecuencia jurídica (que contiene un reproche ético-jurídico) impuesta al autor de un hecho antijurídico, evitable por él mismo, para la consecución de fines tanto preventivos como retributivos, justificada y limitada a la medida de su culpabilidad. Dicha consecuencia exige, por la gravedad tanto de la infracción como de la consecuencia que puede desencadenar, que el autor haya podido *ex ante* comprender el contenido de la norma cuya infracción se le imputa, como también que pueda *ex post* comprender el significado de la pena que se le impone. La definición integra, por un lado, tanto retribución como prevención y, por otro, una teoría

¹⁴¹⁸ Ahora sólo: FRISCH, *Strafbarkeit juristischer Personen*, p. 351; el mismo, *Punibilidad*, pp. 815 y ss. Más en: II.4.c.

¹⁴¹⁹ HIRSCH, *Responsabilidad penal de las asociaciones*, p. 1114. Al respecto: EIDAM, *Straftäter Unternehmen*, p. 123.

¹⁴²⁰ Por todos: QUANTE, *Sanktionsmöglichkeiten*, pp. 156: “La culpabilidad es en ese sentido algo personalísimo (“*Höchstpersönliches*”). Y ésta es finalmente la diferencia entre los individuos y las personas jurídicas”. Más en: II.2.b.2.

de las normas según la cual se exige que el destinatario sea capaz de comprender su contenido expresivo y guiarse conforme a ellas.

Por otra parte, dicho concepto de pena tiene como referencia principal su necesidad de legitimación¹⁴²¹, no sólo como institución jurídica vigente en el orden social en conjunto, sino también como medida que se ha de explicar de cara al autor del delito, que es quien ha de soportarla en definitiva. Debido a esta exigencia, el concepto de pena no se agota en una dimensión comunicativa: ella no es algo que opere meramente en el plano simbólico de la comunicación social, sino que además y primordialmente es algo que tiene efectos en la vida real y concreta de los sujetos¹⁴²². Es primordial porque, si no fuera así –esto es, si no tuviera efectos tan reales como el ingreso en prisión del culpable, o la afectación de sus derechos patrimoniales–, sus efectos comunicativos serían del todo irrelevantes, de modo que éstos son una variable dependiente de aquéllos¹⁴²³. Bastaría imaginar, por ejemplo, los nulos efectos preventivos y retributivos de una pena consistente en una mera declaración (comunicación) de sentencia de culpabilidad, tras la cual no hubiera ni afectación de la libertad ni del patrimonio del condenado. La pena supone necesariamente una afectación del sujeto penado, y ésta solo es legítima si tiene la posibilidad de comprender los motivos¹⁴²⁴. Por esa misma razón el concepto de pena debe estar estrictamente asociado al concepto de culpabilidad: la «realidad» de la pena como mal que se infringe al autor sólo es explicable sobre la base de la culpabilidad del sujeto que ha de soportarlo. También por ello no vale cualquier concepto de culpabilidad, como aquellas versiones donde la noción de la «evitabilidad subjetiva» es substituida por fórmulas que enfatizan en la culpabilidad como pura atribución social –me refiero aquí a la culpabilidad social y/o funcional¹⁴²⁵–. Como se vio en profundidad, no es posible compatibilizar la existencia

¹⁴²¹ Sobre la relación y diferenciación entre el concepto de pena y su legitimación: PAWLIK, *Unrecht des Bürgers*, p. 58.

¹⁴²² En la línea de lo expuesto por FOUCAULT (*La verdad y las formas jurídicas*, pp. 60 y s., 143) o por SEARLE (*Construcción*, pp. 68 y ss.) el concepto de pena, como parte de un “saber-poder” que es el derecho penal, no sólo tiene un carácter descriptivo sino también configurador de la realidad social; es, en ese sentido, performativo.

¹⁴²³ En este punto ya el propio DURKHEIM (*División del trabajo social*, p. 81) había caracterizado el derecho represivo como aquel cuyas sanciones consisten en “un dolor, o, cuando menos, en una disminución que se ocasiona al agente” -en contraste con el otro tipo de normas (civiles, mercantiles, administrativas), “que consisten tan sólo en poner las cosas en su sitio, en el restablecimiento de relaciones perturbadas bajo su forma normal”. El derecho penal no se puede reducir, por esa razón, a comunicación y nada más.

¹⁴²⁴ Cfr. Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 20 y s.

¹⁴²⁵ vid. I.2.a.2.3.

del dolor penal con una explicación de la culpabilidad que la describa como una ficción socialmente necesaria, hecha con independencia de la consideración acerca de la libertad del sujeto, así como de su capacidad de comprender y motivarse jurídicamente. Sólo un concepto de culpabilidad que tenga algún reflejo interior en el sujeto al que se atribuye es capaz de legitimar una medida como la pena, y dicho reflejo interior sólo existe en el sujeto individual, de modo que la organización queda excluida como destinataria de una pena propiamente hablando¹⁴²⁶.

c) Sanción penal y empresa: sanciones con culpabilidad (penas) y sanciones sin culpabilidad

c.1. Un sistema penal diferenciado en subsistemas: las diferentes funciones del juez penal

Un análisis atento a la situación y las evoluciones más recientes del derecho penal pondrá de relieve, casi como un *factum*, una transformación muy significativa: ya no se trata, como tal, de un cuerpo discursivo unitario y completamente dependiente del principio de culpabilidad, sino que ha ido incorporando progresivamente cuerpos más o menos “extraños”, que lo han convertido en algo más heterogéneo y complejo. Retomando la distinción filosófico-conceptual del inicio de la tesis: el derecho penal ya no coincide totalmente con el discurso de culpabilidad sino que va adquiriendo la forma de un «principio de responsabilidad»¹⁴²⁷ en el que se integran herramientas jurídicas diversas. Dicho fenómeno, que ha sido conocido como la “expansión del derecho penal”, no sólo hace referencia a las diferentes intervenciones que puede desencadenar el proceso penal –desde «medidas de seguridad» hasta «penas de prisión»–, sino también a la tendencia a integrar tanto tipos delictivos como herramientas de imputación cercanas a otras ramas del ordenamiento jurídico, o, al menos, conceptualmente alejados de lo que se ha conocido como “derecho penal nuclear”¹⁴²⁸.

Llegados a este punto, es necesario advertir que la argumentación que se está llevando a cabo en esta última parte de la tesis no se produce estrictamente en el plano del «deber ser»: es decir, no se entra en la cuestión de la conveniencia o no de que el derecho penal

¹⁴²⁶ En ese sentido, SCHMITT-LEONARDY. *Unternehmenskriminalität*, p. 454; LEWIS/PARKER, *Strafbarkeit*, p. 137; QUECK, *Geltung*, p. 27.

¹⁴²⁷ Acerca del fenómeno en estos términos: MAIHOLD, *Strafe*, pp. 12 y ss.

¹⁴²⁸ Ampliamente, en relación a la “administrativización” del derecho penal: SILVA SÁNCHEZ, *Expansión*, pp. 121 y ss.

integre dichos elementos disociados de la culpabilidad. La cuestión es, siendo ésta la evolución –lo cual es ya un dato perteneciente al plano del «ser»–, cómo se puede explicar de modo sistemático la integración de dichos elementos, y cómo se puede realizar siendo lo más respetuoso posible con el sistema de ideas que los acoge. Es decir, dentro de la perturbación del sistema que ello supone necesariamente, se trata de que sea lo menos intensa posible.

Más allá de dicha advertencia, entre esos cuerpos “extraños” que ha introducido la expansión del derecho penal destaca la introducción de los sujetos colectivos como centros de imputación¹⁴²⁹. Precisamente la integración de éstos en el nivel de la culpabilidad (derecho penal nuclear), trasplantando las categorías de la teoría del delito al nuevo sujeto, ha sido criticada aquí como un camino equivocado, en tanto supone la erosión de los fundamentos materiales del concepto de culpabilidad y la teoría del delito¹⁴³⁰. La responsabilidad penal de la persona jurídica ha de ser, por tanto, una «responsabilidad sin culpabilidad». A partir de dicha constatación, al sujeto colectivo, por su identidad narrativa débil y su carácter de «metasujeto», le corresponde otro lugar sistemático, acaso un subsistema diferenciado¹⁴³¹ del derecho penal nuclear, del mismo modo que existe el «subsistema de medidas de seguridad», o el «subsistema del derecho penal de menores»¹⁴³². Estos ámbitos, que desde un punto de vista material no son propiamente derecho penal, están conectados e integrados de algún modo en el sistema penal general cada uno por diferentes motivos. En cualquier caso, lo que pretende el ordenamiento jurídico al integrar estas intervenciones en el conjunto de facultades del juez penal, añadidas a la imposición de penas, es, en primer lugar, la evitación de soluciones contradictorias, y, en segundo, el aprovechamiento de la información que

¹⁴²⁹ En ese sentido: SILVA SÁNCHEZ, *Personas jurídicas*, p. 36; también, DAN-COHEN, *Sanctioning Corporations*, pp. 15 y ss.

¹⁴³⁰ VON FREIER, *Aufklärung*, p. 99; SEELMAN, *Kollektive Verantwortung*, p. 14, 16; PÉREZ MANZANO, *Personas jurídicas*, p. 26; FRISCH, *Punibilidad*, p. 835; WOHLERS, *Strafbarkeit des Unternehmens*, pp. 382 y s.; SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, p. 459.

¹⁴³¹ Tal como se advirtió, el empleo aquí de los términos “sistema” y “subsistema” no implica la aceptación de todos los presupuestos acerca de la teoría de sistema, principalmente el del carácter autopoietico de los mismos. En ese sentido, aquí se trata de describir determinados ámbitos como el derecho penal de menores, el derecho penitenciario, el derecho procesal penal o la responsabilidad de las personas jurídicas como áreas normativas cuya matriz de encuentra en el derecho penal, en el sentido de que participan en mayor o menor medida de sus principios o de sus finalidades, sin ser estricta o materialmente “penales”. Sin embargo, no se puede decir que entre ellos haya una relación de “encapsulamiento” o “autorreferencialidad mutua”, pues su modo de funcionar es precisamente mediante una continua interrelación e interdependencia. Sobre ello, vid. PÉREZ DEL VALLE, *DP.PG.*, § 1. A.

¹⁴³² Se mantiene, no obstante, que su lugar natural es el derecho administrativo –ahora sólo: ORTIZ DE URBINA, *Sanciones penales contra empresas*, pp. 273 y s–, y que las razones a favor de su integración en el proceso penal se reducen a razones pragmáticas y procesales.

proporciona el proceso penal de cara a la decisión acerca del resto de medidas. Por ejemplo, resulta conveniente la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas en el proceso penal en la medida en que, al juzgar el delito de un individuo en el seno de una empresa, se obtiene una información acerca de las circunstancias y la peligrosidad de dicha empresa que puede ser útil de cara a la imposición de responsabilidad estructural a la misma. Del mismo modo, en el delito de un menor de edad por falta de supervisión del padre, se pretende que la imputación penal del padre y la medida de seguridad que se le pueda aplicar al hijo sean coherentes entre sí y no presenten contradicciones. Todo lo anterior sería más complicado, además de más lento, si las decisiones acerca del menor de edad o de la empresa tuviesen que trasladarse al sistema administrativo, y precisamente por ello se considera adecuado que todo lo que rodea al delito y necesite respuesta por parte del ordenamiento jurídico se encauce a través del propio proceso penal.

Ahora bien, ello implica igualmente que el juez penal decide e interviene con base en lógicas y criterios diversos en función de cual sea el ámbito en el que tiene consecuencias su decisión. Dicho de otro modo, la comunicación penal obedece a finalidades diversas en función de si el interlocutor es un adulto con plenas facultades, un menor de edad, un enfermo mental o el representante de una empresa. Si bien lo común a todos esos casos es el objetivo de prevenir riesgos penales, a cada una de las diferentes intervenciones se le suman finalidades diversas –al enfermo mental y al menor se les quiere proteger, a este último se le quiere también re-orientar educativamente–, y esas finalidades no están directamente relacionadas ni con la retribución ni con la culpabilidad. En el caso del subsistema de la responsabilidad de las personas jurídicas, como se ha venido diciendo, el conjunto de criterios que orientan y justifican la intervención no son reconducibles a un principio de culpabilidad, sino a una responsabilidad diferenciada, donde no hay un reproche personalísimo, y donde las finalidades de la sanción se cumplen de modo diverso a la pena individual.

En cualquier caso, la idea de integrar el sistema de responsabilidad de personas jurídicas en un lugar apartado del sistema penal –es decir, no confundiéndolo con el derecho penal individual– ha tenido cierta presencia en las propuestas dogmáticas, recibiendo dicho lugar denominaciones diversas como “derecho penal de intervención”

(“*Interventionsstrafrecht*”¹⁴³³), “tercera vía” o “sistema de reacción para-penal” (“*parastrafrechtliche Reaktionssystem*”¹⁴³⁴). La idea común a estos planteamientos sería la de integrar ciertas formas de intervención del Estado –como la intervención en contextos colectivos–, en un apartado diferenciado del sistema penal, donde no se contemplan penas privativas de libertad, y donde el reproche personalísimo que supone la culpabilidad daría paso a un paradigma más abierto y flexible, alrededor del topos conceptual de la responsabilidad¹⁴³⁵.

Queda, antes de responder a la pregunta acerca del tipo de sanción, la cuestión de cuáles deberían ser las características de ese subsistema en el que se integran las personas jurídicas. En primer lugar, y en la medida en que la privación de libertad no se encuentra entre las posibles consecuencias, dicho subsistema se rige por reglas de imputación más flexibles que el principio de culpabilidad y causalidad clásicos¹⁴³⁶. Es lo que ROBLES PLANAS ha descrito como “efecto recíproco entre sanción e infracción”: a menor intensidad de la sanción, menores son las exigencias de imputación de la infracción que la origina¹⁴³⁷. Además, el propio modo de manifestarse del sujeto

¹⁴³³ HASSEMER (*Persona, mundo y responsabilidad*, pp. 181 y s.), propone una forma de intervención diferenciada, de carácter preventivo y “que, en cualquier caso, renunciara a un reproche personal y a la pena privativa de libertad”; en definitiva, un tipo de “derecho de intervención” que “podría integrar tipos de imputación colectiva”. La idea del derecho de intervención está también apuntada en LÜDERSSEN, *Interventionsrecht gegen Unternehmen?*, pp. 387 y ss.

¹⁴³⁴ En ese sentido se expresa SCHMITT-LEONARDY (*Unternehmenskriminalität*, pp. 463 y ss.), quien niega la posibilidad de considerar a la empresa como un sujeto jurídico-penal en sentido pleno y equivalente al individuo (“*Unternehmen als Täter sui generis*”), situándola, como contexto criminógeno, en un nivel inferior al derecho penal (“*parastrafrechtliche Reaktionssystem*”) que denomina “*Unternehmens-interventionsrecht*”. La empresa se integraría en un sistema de imputación diferenciado, al tiempo que su modo de responder jurídicamente no obedece a la lógica de la culpabilidad sino a lo que denomina responsabilidad por las consecuencias (“*Folgenverantwortungsdialog*”) (pp. 481 y ss.).

¹⁴³⁵ La idea de aprovechar el rendimiento conceptual del principio de responsabilidad de cara a la integración de sujetos colectivos está presente en varios autores, entre ellos: NECKEL, *Kollektiv und institutionelle Verantwortung*, p. 76 y s.; SCHMITZ, *Bestrafung von Unternehmen*, p. 313. Desde una perspectiva filosófica, WOLF (*Kollektive Verantwortung*, p. 144) apunta a la construcción de diferentes niveles de responsabilidad, en función tanto del rol que se infringe como de la consecuencia jurídica de la infracción.

¹⁴³⁶ Al respecto: SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, p. 471; en ese sentido, ORTIZ DE URBINA, *Sanciones penales contra empresas*, pp. 273 y s., si bien lo afirma para sostener su mejor tratamiento a través del derecho administrativo sancionador.

¹⁴³⁷ ROBLES PLANAS, *¿Delitos de personas jurídicas?*, p. 7: “A este fenómeno –poco advertido– de la teoría de la responsabilidad puede denominársele “el efecto recíproco entre sanción e infracción”. (...) La mayor o menor exigencia de vinculación subjetiva al hecho (en términos jurídico-penales clásicos: culpabilidad) y la mayor o menor exigencia de relevancia del hecho para el sistema normativo (en términos jurídico-penales clásicos: injusto) depende directamente, de la clase de sanción con que se cierra el círculo de la imputación. Dicho gráficamente: a mayor gravedad de la sanción, mayor será el nivel de exigencia de aquellos requisitos y a medida que la sanción vaya perdiendo intensidad también éstos podrán flexibilizarse, de manera que progresivamente irán adquiriendo el carácter de ‘infracción’ un mayor número de comportamientos”.

empresarial obliga a construir para él reglas de imputación más flexibles que las de la culpabilidad¹⁴³⁸: en tanto la empresa se organiza necesariamente a través de sus miembros, es necesario un sistema de imputación suficientemente laxo para asumir que el «hecho organizativo» no es enteramente propio¹⁴³⁹; es decir, de la empresa no se puede esperar una causalidad estricta en relación a los resultados lesivos, precisamente porque su modo propio de existir es la “latencia” o la “disposición pasiva”¹⁴⁴⁰. Por otra parte, en la medida en que la estructura empresarial carece de dignidad personal, el estándar de garantías penales es también menos riguroso, o, al menos, dependiente de la gravedad de la sanción impuesta. En ese sentido, no es necesaria la aplicación indiscriminada de todas las garantías penales, sino que bastan aquellas que le sean aplicables en función de su especial estatus jurídico¹⁴⁴¹.

c.2. Sanción colectiva (sin culpabilidad): “*Strafe ohne Schuld, aber nicht ohne Grund*”

Todo lo anterior conduce a la conclusión de que la responsabilidad estructural de la empresa tiene como correlato una consecuencia jurídica que constituye, desde el punto de vista conceptual, algo distinto de una «pena». Es decir, si la pena presupone culpabilidad¹⁴⁴², la consecuencia no es “hay que justificar una culpabilidad colectiva a toda costa”¹⁴⁴³, sino más bien que lo que recibe la empresa es algo distinto a una pena (por no tener capacidad de culpabilidad)¹⁴⁴⁴. Integrar la consecuencia jurídica impuesta

¹⁴³⁸ En ese sentido, en relación al derecho penal económico en conjunto: SILVA SÁNCHEZ, *Expansión*, pp. 160 y s.

¹⁴³⁹ FRISCH, Punibilidad, pp. 833 y ss.

¹⁴⁴⁰ MAÑALICH, Organización delictiva, p. 304.

¹⁴⁴¹ En ese sentido: SILVA SÁNCHEZ, Personas jurídicas, p. 36, cita 59: “No tienen por qué aplicárseles aquéllas que estén relacionadas de un modo intrínseco con la dignidad de la persona humana”. También: BAUCCELLS, Penas previstas para la persona jurídica, p. 186; BOLDOVA, Introducción, p. 262. Un análisis de las consecuencias procesales tanto de esa falta de dignidad como de capacidad de culpabilidad de la persona jurídica: ARZT, Strafverfahren ohne Menschenrechte, pp. 223; VON FREIER, Selbstbelastungsfreiheit, pp. 139 y ss.; DROPPE, *Verbandsstrafe*.

¹⁴⁴² Por todos: ROXIN, *ST. AT I*, § 19.

¹⁴⁴³ Eso parecen sugerir BAJO/FEIJOO/GÓMEZ-JARA (Prólogo, p. 16), que ante la disyuntiva consideran preferible buscar una culpabilidad de la persona jurídica, a pesar de los problemas conceptuales que ello supone. Ello vale para los dos primeros, críticos con la culpabilidad empresarial hasta la reforma, y que han aceptado tras ella la culpabilidad empresarial de cara a evitar que “se vean arbitrariamente alcanzadas por el sistema aquellas personas jurídicas que no merecen el castigo”(p. 15). En mi opinión, ello es posible sin que sea necesario fundamentar una culpabilidad en la empresa que no es tal.

¹⁴⁴⁴ JAKOBS, Strafbarkeit, pp. 573 y s.: “Si no cabe la posibilidad de imponer a la persona jurídica una pena basada en la culpabilidad, para evitar confusiones no debe caracterizarse como pena la, ciertamente legítima, eventual sanción que queda imponer (...) se trata de una sanción que no tiene el nivel de pena, con unos elementos más pobres que los de la pena”. También, DANNECKER, Sanktionen gegen Verbände, p. 108: “En las penas contra colectivos no se trata de las clásicas penas criminales que presupongan la libertad de la persona y solo pueden por ello imponerse a individuos, sino que se trata de consecuencias

al sujeto colectivo en el concepto de pena supondría la disolución del mismo: en tanto sería aplicable a sujetos con identidad penal insuficiente y sin capacidad de agencia, perdería su contenido de reproche ético-jurídico y se disolvería en conceptos como sanción o consecuencia jurídica, de modo que nada diría ya acerca de la especificidad del fenómeno penal¹⁴⁴⁵. Al respecto parecen suficientemente ilustrativas las palabras de RANSIEK, cuando afirma que si “existe una diferencia cualitativa entre la pena individual y la empresarial, no resulta comprensible por qué dicha diferencia debe difuminarse en una designación unitaria”¹⁴⁴⁶.

En ese sentido, la consecuencia jurídica a la que da lugar la responsabilidad estructural no tiene la consideración de pena. Se trata, entonces, de una sanción que forma parte del conjunto heterogéneo de intervenciones que se realizan en el seno de un proceso penal, lo cual implica, eso sí, que se aprovecha indirectamente de su fuerza simbólico-comunicativa¹⁴⁴⁷. La conclusión implica, en cualquier caso, la asunción de que el

jurídicas distintas en el derecho criminal”. En ese sentido, también: VON FREIER, *Verbandsstrafe*, pp. 55 y ss.; SEELMANN, *Punibilidad*, p. 363, por su parte, afirma también que con la indiferenciación se perdería el efecto preventivo. En sentido similar: BÖSE, *Strafbarkeit von Verbänden*, p. 25; FROMM, *Strafrechtlichen Verantwortlichkeit*, p. 286; LEWIS/PARKER, *Strafbarkeit*, pp. 137, 143; SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, p. 481. SILVA SÁNCHEZ (Personas jurídicas, p. 31) lo ha expresado mediante el siguiente silogismo: “a. La pena de la persona jurídica no es igual a la de la persona física; b. La pena de la persona física presupone culpabilidad de ésta; c. Luego la pena de la persona jurídica no tiene por qué presuponer la culpabilidad de ésta”. Por ello (p. 25): “Cabría, pues, sostener que cualquier consecuencia jurídica que imponga un juez penal a personas jurídica carecerá hasta tal punto de los presupuestos de la pena clásica que la propia denominación de pena será inconveniente”. ROBLES PLANAS, *Introducción*, p. 44, por su parte, se muestra crítico con hablar de pena para la persona jurídica, en tanto la infracción de deberes de colaboración por parte de la empresa no puede considerarse merecedora de tal cosa.

¹⁴⁴⁵ FRISCH, *Punibilidad*, p. 839: “Distinto es cuando la pena se concibe como reacción ante un suceso por el cual, con la pena, el penado es hecho personalmente responsable y se le reprocha por que él mismo podía haber hecho algo al respecto. El que tiene una imagen así calificada de la pena (...) solo puede ver en la extensión de la punibilidad a la persona jurídica una disolución de la pena y un debilitamiento de principios fundamentales del derecho penal, lo que no solo es objetable desde un punto de vista político-criminal, sino también constitucional” También: SEELMANN, *Punibilidad*, p. 363; NEUMANN, *Verbänden*, p. 20. En ese sentido, citando a ROBINSON: LEWIS/PARKER, *Strafbarkeit*, p. 146. También, muy crítico, KIRCH-HEIM, *Sanktionen*, p. 243: “Se quiere construir una culpabilidad para la empresa. Pero ¿A qué precio, para obtener qué beneficio? La autoridad moral es lo que distingue a la pena, y es lo que la diferencia del resto de instrumentos sancionatorios. ¿Qué significado moral puede tener la punición de una empresa? Aquí se quiere encajar lo que no tiene encaje alguno”.

¹⁴⁴⁶ RANSIEK, *Unternehmensträgers*, p. 290.

¹⁴⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ (Personas jurídicas, p. 31): “Es verdad que no se trata de penas en el sentido fuerte de la expresión; pero el plus de estigmatización que con la reforma penal pasan a experimentar las personas jurídicas debería conducir, como sinalagma, a que se le apliquen todas las garantías jurídico-penales que sea posible”. También: KIRCH-HEIM, *Sanktionen*, p. 243; en sentido similar, ROBLES PLANAS, *¿Delitos de personas jurídicas?*, p. 18: “el único sentido en que podría admitirse que al sistema de reglas y principios propios de la atribución de responsabilidad de la persona jurídicas se le denominara ‘penal’ sería en el de tener únicamente en común con la pena que se impone en un procedimiento penal”.

derecho penal no sólo impone penas en sentido estricto¹⁴⁴⁸; o dicho de otro modo y tal como han sostenido otros autores, que en el proceso penal se imponen sanciones –como la que recibe la persona jurídica– calificables a lo sumo como “penas en sentido amplio”, “penas en sentido formal”, “penas impropias”, “cuasi-penas” o “para-penas”¹⁴⁴⁹. Ello conlleva también, y en contra de la opinión de muchos¹⁴⁵⁰, aceptar la mayor, a saber: que el derecho penal funciona también donde no hay culpabilidad y, por tanto, pierde cierta unidad sistemática. No obstante, cualquier intento de incorporar al cuerpo jurídico-penal a sujetos colectivos, partiendo de la base de que su sanción “no tiene cabida en el derecho penal de culpabilidad”¹⁴⁵¹, implica necesariamente alguna renuncia¹⁴⁵²: o bien la del concepto de culpabilidad tal como lo entendemos, como la que suponen los intentos de construir un concepto extensivo de culpabilidad o modelos de hetero-responsabilidad; o bien renunciar a la unidad de fundamento del derecho

¹⁴⁴⁸ A la misma conclusión han llegado, aunque con matices o denominaciones distintas: SILVA SÁNCHEZ, *Personas jurídicas*, p. 36; ROBLES PLANAS, *Pena y persona jurídica*, p. 13, quien indica que no se trata de auténticas penas, sino que lo son sólo en un sentido “formal” en tanto se producen en el “contexto del proceso penal” y que, por “analogía parcial”, suponen un “uso impropio” del concepto (las denomina también “medidas disuasorias de derecho público” (p. 8); también, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, *Reforma legislativa de 2010*, p. 162. Ampliamente, DANNECKER, *Personas jurídicas*, p. 43, quien llega un poco más lejos de lo que aquí se propone al defender un derecho penal como “control social”. La distinción entre penas propias (con culpabilidad) e impropias (sin culpabilidad) estaba ya presente en la discusión de los juristas teólogos del s. XVI, vid. al respecto: MAIHOLD, *Strafe*, pp. 188 y s.

¹⁴⁴⁹ RANSIEK, *Unternehmensträgers*, pp. 288 y s.; FROMM, *Strafrechtlichen Verantwortlichkeit*, p. 283; GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, p. 589.

¹⁴⁵⁰ En contra: GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 78, quien considera que sólo una pena con base en la culpabilidad del sujeto al que se aplica re-establece la vigencia de la norma infringida, razón por la cual el autor trata con mucha profundidad de fundamentar la culpabilidad de la empresa. No deja de ser paradójico el contraste existente hoy en día en la doctrina entre la postura de quienes defienden la culpabilidad, hasta el punto de forzar el concepto para extenderlo a personas jurídicas, y quienes, como por ejemplo HÖRNLE (*Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf?*, pp. 49 y ss.), abogan por suprimirlo de la teoría del delito, también de la individual. En favor de la sistematicidad (no fragmentariedad) del discurso penal, entendida aquella como “unidad de fundamento”: ZACZYK, *Systematischen Strafrechts*, pp. 692 y ss.; al contrario, en favor de la fragmentariedad, para poder dar respuesta a los problemas que fenómenos como internet plantean: SCHMÖLZER, *Straftaten im Internet*, p. 736.

¹⁴⁵¹ JAKOBS, *Strafbarkeit*, p. 571: “El interés decisivo en el contexto de los actos no permitidos de los órganos que justifica la transposición a la persona jurídica, a saber, la ampliación de la masa de responsabilidad, no tiene cabida en el derecho penal de la culpabilidad”; “no cabe hallar una estructura de responsabilidad basada en la culpabilidad y, por consiguiente, jurídico-penal; pero sí es posible hallar una estructura de responsabilidad no basada en la culpabilidad y anclada en principios jurídicos extrapenales”; ROBLES PLANAS, *Pena y persona jurídica*, pp. 7 y s.

¹⁴⁵² Parece que a eso debía de referirse ALWART (*Collective Entities*, p. 152) al afirmar que “en referencia a la responsabilidad criminal de las entidades legales y colectivas, nos encontramos ante la elección entre dos males. De todas formas, estoy seguro de una cosa, que debemos de lidiar con todo este asunto sólo cuando estemos realmente seguros de qué estamos haciendo”. Se muestran más alarmados LEWIS/PARKER (*Strafbarkeit*, p. 145), quienes afirman que la introducción del cuerpo extraño que supone la punición de las personas jurídicas conlleva la “ruptura del sistema” (“*Systembruch*”) del derecho penal. También LAMPE (*Systemunrecht und Unrechtssysteme*, pp. 722 y ss.) reconoce que el injusto sistémico genera responsabilidad para el propio sistema a costa de que “la cualidad de persona no deba aceptarse a ciegas como premisa indispensable para la pena”, como también de que la pena no siempre debe prevenir un comportamiento defectuoso, sino que también puede hacerlo respecto a una organización defectuosa.

penal, lo cual está implícito en la aceptación de sanciones y sujetos sin culpabilidad¹⁴⁵³. Desde la perspectiva aquí adoptada, se ha preferido la segunda opción, pues permite que el derecho penal siga siendo lo que es allá donde el principio de culpabilidad es irrenunciable, esto es, en relación a las personas individuales; e implica también, como ha sugerido JAKOBS, que deben construirse sistemas de responsabilidad intermedios entre lo que constituye la culpabilidad (y su correlato en la pena) y la mera reparación del daño o la responsabilidad objetiva¹⁴⁵⁴. La responsabilidad estructural aquí esbozada va precisamente en esa línea. En cualquier caso, a partir de cierto grado de expansión se produce necesariamente una pérdida de sistematicidad¹⁴⁵⁵. La cuestión es, una vez más, una cuestión de límites.

Más allá de la cuestión nominal y sistemática, que no es poco importante, la cuestión central es si dicha sanción no estrictamente retributiva supone una cosificación ilegítima del sujeto colectivo. Aunque así fuese, en ningún caso dicha cosificación sería tan grave como la que hipotéticamente ocurriría respecto al individuo, porque la empresa en sí misma carece de la dignidad personal de aquél. Es decir, es un sujeto sustituible e instrumental¹⁴⁵⁶, de modo que la cosificación es un efecto a evitar principalmente respecto a sus integrantes. Además, como se verá a continuación, dicha sanción eminentemente preventiva no tiene efectos “cosificantes”: en primer lugar, porque obedece a principios de justicia distributiva; y, en segundo lugar, porque el sistema de imputación respeta la subjetividad débil que tiene la empresa, de modo que la responsabilidad estructural surge como consecuencia de una valoración que se realiza sobre la propia organización, y no de una mera transferencia.

c.2.1. El fundamento de la sanción colectiva: la distribución equitativa y la legitimación frente a los socios

Como se ha ido adelantando a lo largo de la presente parte, a la prevención se le suman diferentes razones legitimadoras para que la sanción no manifieste una instrumentalización arbitraria de la empresa. Es decir, para que la organización no se

¹⁴⁵³ Lo cierto es que contra ello no se pueda invocar la tradición jurídica, cuando la existencia excepcional de «penas sin culpabilidad» se ha admitido de forma constante desde los mismos albores de la dogmática jurídico-penal hasta nuestros días. Un panorama de la cuestión: MAIHOLD, *Strafe*, pp. 164 y ss.; 188 y ss.

¹⁴⁵⁴ Igualmente, sin desarrollarlo, JAKOBS, *Strafbarkeit*, p. 574.

¹⁴⁵⁵ Parece ir en esa línea: VORMBAUM, *Fragmentarisches Strafrecht*, p. 685.

¹⁴⁵⁶ Por todos, LARENZ, *Juristischen Persönlichkeit*, p. 212: “La persona jurídica del derecho privado no es un fin en sí mismo, sino un medio para determinados fines”.

convierta en un mero centro de imputación en el que descargar complejidad social, y que pueda predicarse de ella algún tipo de deber jurídico que justifique, según criterios de justicia, la imposición de la sanción. En mi opinión, dicho criterio no puede ser de justicia retributiva, por la falta de capacidad de la empresa en sí de interiorizar el sentido del castigo y de recibir un reproche personal. Ahora bien, que una sanción penal no encuentre justificación en el principio de culpabilidad no tiene como consecuencia lógica que no tenga justificación posible¹⁴⁵⁷ —“*Strafe ohne Schuld, aber nicht ohne Grund*”¹⁴⁵⁸—. En el planteamiento aquí defendido, el principio legitimante es la distribución equitativa de la responsabilidad por el conflicto. La sanción que genera la responsabilidad estructural es legítima sólo si, aparte de razones preventivas, obedece a razones de justicia distributiva¹⁴⁵⁹. Es decir, cuando la empresa ha proporcionado la estructura o contexto favorecedor del delito, aparece como justificado que cargue con la parte proporcional que le corresponde del conflicto penal, según el grado de influencia¹⁴⁶⁰. El topos distributivo es ampliamente conocido por el derecho penal, en

¹⁴⁵⁷ SCHÜNEMANN, Punibilidad, p. 589; En esa línea: WOHLERS, Unternehmensstrafrecht, p. 247; SCHMITZ, Bestrafung von Unternehmen, p. 313; Muy temprano (1933), BUSCH, *Grundfragen*, p. 184, quien afirma que el juicio de justicia sobre la sanción colectiva puede hacerse desde postulados distintos de la relación condicional entre culpabilidad y pena.

¹⁴⁵⁸ Traducido: “Pena sin culpabilidad pero no sin fundamento”. En relación a dicho principio, vid. MAIHOLD, *Strafe*, pp. 124 y ss., 134, 164, el cual estaba presente ya en la teoría de la responsabilidad de los Canonistas y Santo TOMÁS DE AQUINO.

¹⁴⁵⁹ ROBLES PLANAS, Pena y persona jurídica, p. 8: “No está de más advertir que una estructura de responsabilidad no basada en la culpabilidad no responde a principios de justicia conmutativa, sino en todo caso a principios de justicia distributiva. Se trata, pues, de hallar una (buena) razón asumida por los propios titulares de la persona jurídica al dar vida a la masa patrimonial en forma de organización administrada por otro u otros que justifique —por razones de justicia distributiva— que hayan de «hacerse cargo» de ciertos aspectos de la infracción de normas por parte de personas físicas”. En el mismo sentido, FISSE, *Corporate Criminal Law*, p. 1175, aunque integrando también elementos propios de la retribución: “La justicia como equidad (“*fairness*”) coloca a las corporaciones en el esquema de la justicia distributiva, mientras que el merecimiento individual es incapaz de hacerlo debido a su fijación individualista”. El propio RICOEUR (*Sí mismo como otro*, p. 98) ha afirmado que en contextos complejos atribución es distribución. Sobre la justicia distributiva, desde una perspectiva general: KÖHLER, *Iustitia distributiva*, pp. 457 y ss.

¹⁴⁶⁰ Al respecto de este tipo de justificación, ARTAZA VARELA (*Empresa*, p. 78) las describe como “vías alternativas de justificación de responsabilidad jurídico-penal que no entienden a la empresa como un eventual sujeto de imputación de responsabilidad en sentido estricto”. “El único camino para esta opción”, añade, “sería el de definir los criterios más adecuados de equidad para la decisión acerca de cuándo la empresa debe cargar con estos costes”. Los criterios concretos de medición de esa distribución de responsabilidad han de ser establecidos normativamente. En el fondo, más allá de las diferencias en el fundamento de la sanción, dichos criterios deberían tener en cuenta los desarrollos que han existido en la doctrina norteamericana de las *Sentencing Guidelines*, entre cuyos criterios encontramos los siguientes: “La culpabilidad generalmente será determinada por seis factores que deben ser considerador por la corte criminal. Los cuatro factores que incrementan el castigo definitivo de la organización son: (i) el involucramiento o tolerancia de la actividad criminal; (ii) la historia previa de la organización; (iii) la violación de una orden; y (iv) la obstrucción de la justicia. Existen dos factores que mitigan el castigo definitivo de la organización: (i) la existencia de un Compliance efectivo y un programa ético; y (ii) la confesión, la cooperación y la aceptación de la responsabilidad”. Si bien dichos desarrollos concretos son de gran utilidad, lo que salta a la vista es que estos baremos no tienen nada que ver con la culpabilidad

casos tan diversos como los de “corresponsabilidad de la víctima” en el delito¹⁴⁶¹, aunque lo cierto es que suele funcionar como principio corrector y no tanto como principio fundamentador de una sanción. Así, del mismo modo que los motivos que proporciona una persona mediante provocación del delito de otra pueden generar para ella una corresponsabilidad por el mismo (sin que sea culpable de él), lo mismo puede suceder cuando es una estructura la que proporciona, de un modo normativamente relevante, los incentivos o los medios.

Ahora bien: ¿por qué la lógica distributiva proporciona al sujeto colectivo un contexto conceptual más adecuado que la lógica retributiva para explicar la sanción? Su mayor adecuación a la idea de distribución se desprende de la propia naturaleza de los deberes distributivos, lo que se explicará en referencia a la teoría de las normas de Armin KAUFMANN¹⁴⁶². KAUFMANN, tomando la terminología de BINDING, contrapone dos tipos de deberes: los «deberes altamente personales», dirigidos a sujetos con capacidad de acción y culpabilidad; y otro tipo de deberes, basados en la función distributiva del derecho, que hacen referencia, no a un deber en sentido estrictamente personal (culpabilidad), sino a una situación valorada positivamente por el derecho como distribución justa¹⁴⁶³. En estos últimos puede darse, a diferencia de en los “altamente personales”, una disociación entre el destinatario del deber y el obligado por él. Ello se da en los casos en que el destinatario, por “falta de una concreta capacidad de acción”, es incapaz de cumplir el deber personalmente, de modo que “alguna otra persona está obligada a producir en lugar del obligado la situación jurídicamente aprobada”¹⁴⁶⁴.

por el hecho y la retribución (a pesar de que en ellas se toman como un baremo de la “*culpability*” de la organización). A dichos criterios habría que sumarle, no obstante, un modo de determinación de la gravedad del defecto estructural de la empresa, así como de la influencia del mismo en la acción individual.

¹⁴⁶¹ En ese sentido, aunque con conclusiones diversas: FLETCHER, *Collective Guilt*, p. 1538: “La noción de distribuir responsabilidad nos es familiar en el derecho de comparación de culpas. Cuando dos o más personas contribuyen causalmente a un daño, cada uno debe pagar de acuerdo con su grado de contribución causal. Una idea similar subyace a la ley de provocación en el homicidio en el ‘*common law*’”. Según el autor, de todo ello se extrae que la distribución de culpabilidad por un conflicto es no sólo posible sino además común en el derecho penal. El mismo JAKOBS (*Imputación jurídico-penal*, p. 195) entiende la idea de “imputación” como “distribución de competencia entre autor, víctima y terceras personas”.

¹⁴⁶² También tomando como referencia la teoría de las normas distributivas para explicar la relación entre las personas jurídicas y el derecho: GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, p. 603.

¹⁴⁶³ Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 153.

¹⁴⁶⁴ Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 355.

La relación de estas ideas sobre la justicia distributiva con la responsabilidad estructural aquí analizada salta a la vista. En primer lugar, porque a la organización colectiva en sí no se le pueden imponer «deberes altamente personales»; por el contrario, sí que se le puede dirigir a la empresa el deber genérico de mantenerse correctamente organizada, aunque su cumplimiento sea obligado para otros (sus administradores)¹⁴⁶⁵. Se podría decir, por tanto, que la empresa tiene un deber genérico sobre su propio ámbito¹⁴⁶⁶, el cual se expresa y se distribuye en obligaciones concretas de quienes actúan por ella, en algo parecido a una delegación forzosa (no constituye, por tanto, un deber personalísimo para ella).

Por otra parte, la sanción colectiva no tiene un sentido de reproche, por falta de infracción de un deber personal, sino re-distributivo: el derecho valora negativamente¹⁴⁶⁷ la situación estructuralmente deficitaria que ha facilitado el delito, e impone una sanción cuya finalidad es responsabilizar a la empresa con una parte de los costes del conflicto al que ella ha servido de contexto de oportunidad delictiva. La fundamentación distributiva permite resolver, además, el complejo problema de la afectación de la sanción a los socios. Como se explicó en profundidad (II.4.b.3.2), una de las razones por las que es difícil definir la sanción a la empresa como un reproche de culpabilidad, o como una pena en sentido estricto, es que con ella se afecta necesariamente a unos sujetos inculpables (los socios) por lo que han hecho otros (principalmente los administradores)¹⁴⁶⁸. La tesis aquí defendida es que ello no se puede explicar desde la lógica retributiva del merecimiento¹⁴⁶⁹, pues no se puede afirmar que la sanción penal acabe afectando estrictamente a quienes la merecen. Sí que se puede explicar, en cambio, desde la lógica distributiva. Es decir, si la organización empresarial de la que participan los socios ha adquirido la forma de una estructura criminógena, posibilitando mayores beneficios potenciales también para ellos, parece razonable que en la re-distribución de los costes del delito al que la empresa ha facilitado el contexto

¹⁴⁶⁵ GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, p. 605. La existencia de deberes jurídicos cuyos titulares son sujetos incapaces de imputabilidad ya había sido advertida tanto por MERKEL como por THON; si bien, eso sí, se ha de partir de un concepto de injusto como independiente del de culpabilidad: vid. al respecto: PAWLIK, *Libertad institucionalizada*, pp. 124 y s.

¹⁴⁶⁶ HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 250 y ss.

¹⁴⁶⁷ También, GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, p. 603: “A las personas jurídicas se refieren, sin duda, los deberes abstractos, impersonales, que se fundamentan en los juicios de valor determinantes de la norma distributiva, es decir, de la norma de valoración”.

¹⁴⁶⁸ Por todos, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, pp. 230 y ss.

¹⁴⁶⁹ De acuerdo en esto último: ORTIZ DE URBINA, *Sanciones penales contra empresas*, p. 271.

sufran un perjuicio patrimonial¹⁴⁷⁰ (constituiría una suerte de “corresponsabilidad”¹⁴⁷¹). La sanción aparece como comprensible ante los socios como parte de los riesgos empresariales típicos¹⁴⁷², lo cual puede tener además efectos político-económicos favorables, pues constituye un incentivo generalizado de cara a participar en empresas cumplidoras de la legalidad, y un desincentivo para hacerlo en aquellas que no proporcionen garantías de ello. Puede, además, tener un efecto didáctico favorable, en tanto comunica que uno no puede desentenderse absolutamente de qué es lo que se hace con los recursos que uno invierte. Se podría conceptualizar también, en términos negativos, como una “penalización” económica, en forma de aumento del riesgo, de la excesiva separación entre propiedad y control¹⁴⁷³: si se quiere invertir dinero sin tener ninguna responsabilidad sobre lo que se hace con él, al menos deben asumirse las consecuencias negativas (razonables) que deriven de su hetero-administración (especialmente en tanto el socio tiene alternativas: controlar más o retirar la participación¹⁴⁷⁴). En definitiva, los socios no se ven afectados por reproche de culpabilidad alguno, puesto que la sanción que recibe la empresa carece del mismo¹⁴⁷⁵; al tiempo que desde el principio de justicia distributiva parece justificado que se vean

¹⁴⁷⁰ La argumentación es desarrollada tempranamente por: SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 240 y ss. Al respecto: OTTO, *Strafbarkeit*, p. 24. También, ROBLES PLANAS, Pena y persona jurídica, p. 8, quien argumenta según una lógica distributiva para explicar la afectación a los socios. Igualmente, ARTAZA VARELA, *Empresa*, p. 100, apunta que el criterio distributivo permitiría superar el problema de los socios:.

¹⁴⁷¹ JAKOBS, *Strafbarkeit*, p. 573: “Una afectación del patrimonio heteroadministrado nada tiene que ver con una pena; ante todo se trata de mera corresponsabilidad (*‘Mithaftung’*)”. Al respecto: KIRCH-HEIM, *Sanktionen*, p. 39. Una justificación del perjuicio de la empresa a través del principio de responsabilidad, que no del de culpabilidad: NEUHÄUSER, *Unternehmen als moralische Akteure*, p. 173. La idea de la corresponsabilidad de los socios está arraigando hasta tal punto que ya existen propuestas a favor de multas que les afecten directamente a ellos, tales como la propuesta de “*Equity fine*” (COFFEE), que sugiere una multa que se concretaría en una reducción del valor nominativo de cada acción, o el “*Pass Through fine*” (KENNEDY) donde cada accionista es responsable civil de la parte alícuota de la multa, que se prorratea entre todos en relación a sus acciones. cfr. al respecto: BAUCCELLS, Penas previstas para la persona jurídica, p. 191.

¹⁴⁷² JAKOBS, *Strafbarkeit*, p. 573: “Esa asimetría entre la libertad de quien puede decidir por sí mismo y aquella que puede verse afectada mediante la punición es consubstancial a la administración de patrimonios ajenos”. Ampliamente desarrollado, bajo el principio de ocasionamiento (“*Veranlassungsprinzip*”): SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, pp. 240 y ss.

¹⁴⁷³ Al respecto: SILVA SÁNCHEZ, Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos, p. 365.

¹⁴⁷⁴ Como ha destacado ORTIZ DE URBINA (Sanciones penales contra empresas, p. 270) ello podría, además, impedir también la influencia nociva que eventualmente podrían tener los socios en los administradores, puesto que, en tanto no pueden ser personalmente imputados, podrían ejercer presión para la consecución de mejores resultados con indiferencia de cómo se consigan. Una sanción a la empresa podría implicar en una justa medida a los socios para que calibren sus elecciones en lo que a la empresa en la que participan respecta.

¹⁴⁷⁵ LÜDERSEN, *Aggregative Model*, p. 100, afirma que una responsabilidad sin culpabilidad para la empresa resolvería, al menos teóricamente, el problema. En sentido similar, FISSE, *Corporate Criminal Law*, p. 1175.

patrimonialmente perjudicados cuando la empresa en la que participan accionarialmente haya facilitado la comisión de delitos.

Contra la aplicación de criterios de justicia distributiva a la fundamentación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha esgrimido, principalmente, que suponen una lógica –distribución equitativa de costes– impropia del derecho penal¹⁴⁷⁶. Se afirma que el único modelo posible es la atribución de una culpabilidad, y que una sanción que suponga una compensación según la lógica del “coste/beneficio” es aceptable en otras ramas del ordenamiento jurídico (principalmente el derecho civil), pero no en el penal. En primer lugar, estas críticas adolecen de cierto “dogmatismo selectivo”: se niega de principio la posibilidad de que el derecho penal pueda integrar otras formas de responsabilidad distintas de la culpabilidad (bajo el dogma: “sólo hay sanción penal si hay culpabilidad y retribución”), pero no tienen problemas en renunciar a gran parte del contenido de determinados conceptos cruciales en nuestra cultura penal (culpabilidad, acción, causalidad, retribución, evitabilidad, etc.) para poder integrar en ellos a un sujeto que no tiene capacidad de agencia¹⁴⁷⁷. Por otra parte, en lo que a la responsabilidad estructural aquí diseñada respecta, ésta no se reduce a una compensación económica del beneficio obtenido por la empresa mediante el delito, pues la empresa puede ser responsable por su influencia aunque no haya existido beneficio alguno, y viceversa. Por el contrario, la sanción se determina principalmente en proporción a la medida de la influencia y gravedad del defecto estructural que facilitó el delito. Los criterios de justicia distributiva son, en cualquier caso, más complejos de lo que los críticos de su aplicación a sujetos colectivos suponen, pues en las razones de la distribución equitativa también caben factores propios de la estructura empresarial a la que se impone la sanción –esto es: factores que se integrarían en la retribución si dicho sujeto fuese capaz de ella¹⁴⁷⁸–.

¹⁴⁷⁶ GÓMEZ-JARA, *Fundamentos*, p. 188 y s.: “La lógica que late detrás de esta argumentación difícilmente puede considerarse una lógica jurídico-penal. Más bien parece tratarse de una compensación que sigue un esquema beneficios/pérdidas y que no pertenece al ámbito propio del Derecho penal”. En el mismo sentido, ARTAZA VARELA, *Empresa*, pp. 101 y s. También lo critica FRIEDMAN (Corporate Criminal Liability, pp. 845 y ss.), en su defensa del modelo retributivo para la sanción a la empresa, desde una perspectiva “expresiva” del castigo.

¹⁴⁷⁷ Por ejemplo: ARTAZA VARELA, *Empresa*, pp. 228 y ss., quien reconoce que los sujetos colectivos tendrían una autonomía o agencia “restringida o parcial”, pues al fin y al cabo quienes tienen que cumplir los deberes que se le imponen son sus administradores. Sin embargo, si ello es así, parece que se dificulta la posibilidad de hablar de “retribución”, y en ese sentido la justificación distributiva es la única posible.

¹⁴⁷⁸ Esto parece intuirse en el planteamiento de FISSE (Corporate Criminal Law, pp. 1169 y ss.). El propio BOTTKÉ (Wirtschaftskriminalrecht, p. 250), cuyo planteamiento sistémico se ha criticado con

La formulación quedaría, por tanto, así: es justo que en la distribución de responsabilidad por el conflicto jurídico-penal la empresa responda cuando su estructura haya tenido una influencia valorada negativamente por el derecho en la comisión del delito; es injusto, por el contrario, que responda cuando el delito se explique meramente por una infracción individual respecto a la cual la estructura empresarial haya constituido un contexto neutro o no-influente (aun cuando haya obtenido beneficio económico del mismo), o se haya mantenido dentro del riesgo permitido.

c.2.2. La sanción colectiva como adecuada a la identidad débil de la empresa: la compensación de la dimensión colectiva añadida al injusto personal

La segunda razón por la que la sanción penal colectiva no cosifica a la empresa es que la responsabilidad estructural que la origina se adecúa a sus características como “identidad narrativa débil”; esto es, respeta lo que tiene de “sujeto”, expresado como primera persona del plural (nosotros/«metasujeto»). En primer lugar, porque la responsabilidad estructural brota sólo en aquellos casos en los que el delito se co-explica, además de por una motivación individual antijurídica (como producto del “yo”), por un factor residido en el nivel del “nosotros...”¹⁴⁷⁹ (“... estamos mal organizados”, “...hemos adquirido hábitos criminógenos”, “...habíamos incentivado el delito”). De ese modo, una empresa con una estructura organizativa adecuada a derecho no responderá de los delitos que los individuos puedan cometer en su seno: aquellos se explicarán exclusivamente como producto de un “yo” singular, y nada más. El sujeto colectivo no es “cosificado” (reducido a “mera cosa”), en la medida en que se le considera como parte de las relaciones de distribución social de responsabilidad –lo que no se hace con los animales o con los objetos puramente instrumentales–.

Sin embargo, queda por explicar cuál es el espacio de injusto añadido que hay que sancionar, es decir, qué es lo que añade la estructura empresarial, en términos de injusto

anterioridad, reconoce que la sanción económica a la empresa, al sustraerle las ventajas del delito, restablece en cierto modo la equidad en las relaciones competitivas de producción (bajo el principio “*Crime does not pay*”), restableciendo con ello el ordenamiento jurídico que el delito quebrantó. Ello no impide al autor, a diferencia de lo que aquí se propone, hablar de retribución en lo que a la sanción empresarial respecta. La argumentación económica es, en realidad, intrínseca a cualquier tipo de sanción empresarial, precisamente por la razón que se esgrimió en II.5, a saber: que el código operativo de la empresa es el de beneficio/pérdida y no el de moral/inmoral o justo/injusto. También, KIRCH-HEIM, *Sanktionen*, p. 39, destaca dicha lógica: “Quien saca provecho, debe también cargar con el riesgo de consecuencias penales”.

¹⁴⁷⁹ Con consecuencias diversas: ARTAZA VARELA, *Empresa*, p. 221.

objetivo o desvalor, que no está absorbido por el delito del individuo. El injusto propio por el que se responsabiliza a la empresa lo constituye el defecto estructural que ha incentivado, facilitado o encubierto el delito por parte del individuo. En ese sentido, la estructura empresarial defectuosa puede añadir un “plus” de gravedad al delito, no reconducible al individuo que lo comete, y que forma el espacio de «injusto estructural objetivo» atribuido a la empresa. Dicho espacio de injusto se debe, en primer lugar, a que la organización que tolera o facilita un delito en su interior permite simultáneamente que surjan hábitos y dinámicas delictivas (por repetición e imitación de aquella) en los demás miembros; puede generar, además, un beneficio económico para la empresa¹⁴⁸⁰, lo cual podría suponer una perpetuación de los efectos del injusto más allá de la consumación. En segundo lugar, el injusto objetivo podría venir dado por la opacidad de la propia organización, la cual aumentaría las posibilidades de ocultación de cualquier delito cometido su seno, generando una situación de “irresponsabilidad organizada” valorada negativamente por el derecho. En tercer lugar, puede añadir desvalor al injusto de la empresa la dimensión añadida en términos de «peligrosidad», en tanto habitualmente lo que se puede hacer en el seno de una organización, por los medios de los que se dispone, es difícilmente posible hacerlo individualmente¹⁴⁸¹. Por último, añade gravedad el hecho de que el delito cometido en una estructura criminógena lesiona en mayor medida que el puramente individual el «principio de confianza» que impera en el sistema social, pues supone el síntoma de un fallo estructural y no meramente la existencia de una “oveja negra” en el sistema¹⁴⁸². En cualquier caso, como se dijo, esta dimensión del “injusto estructural” supone un injusto objetivo y no personal, pues no es reconducible a la culpabilidad del sujeto que lo puso en marcha, sino más bien al hecho de que “se puso en” marcha por una serie de sujetos indeterminados, a lo largo del tiempo, dando lugar a una estructura desorganizada que el derecho valora negativamente y que, por ello, puede dar lugar a una sanción en los términos que se ha explicado.

¹⁴⁸⁰ En sentido similar, ROBLES PLANAS, *Pena y persona jurídica*, p. 8; en el mismo sentido, FISSE, *Corporate Criminal Law*, p. 1171.

¹⁴⁸¹ GRUNER, *Corporate criminal liability*, p. 9: “las corporaciones son, en su máximo potencial, muy superiores a los individuos en numerosas capacidades”.

¹⁴⁸² Sobre la significación social específica de la criminalidad económica, fundamentada en la especial dependencia social respecto a las empresas como proveedoras de servicios básicos: GRUNER, *Corporate criminal liability*, p. 9. También en relación a las dificultades de descubrimiento, vid. p. 10.

En resumen, la consecuencia jurídica impuesta a la organización colectiva constituye una sanción impuesta en el contexto de un proceso jurídico-penal, en los casos en que su estructura deficientemente organizada haya co-influido en la originación de un delito, con el objetivo de cumplir determinados fines preventivos y legitimada por razones de justicia distributiva.

§ Conclusiones provisionales de la Parte III

1. Si bien la integración en el derecho penal de un sujeto incapaz de culpabilidad como la persona jurídica es cuestionable, especialmente frente a la posibilidad de otras ramas del ordenamiento para resolver el conflicto –particularmente la vía administrativa–, una vez el legislador ha llevado a cabo dicha integración, es labor de la dogmática jurídico-penal darle forma e interpretarla conforme a los principios básicos del sistema. Los intentos de llevarlo a cabo conforme al paradigma de la «heterorresponsabilidad pura» o de la «culpabilidad por el hecho propio» no logran –ambos por pensar lo colectivo en términos antropomórficos– captar la complejidad del fenómeno de la delincuencia en contextos organizativos, los cuales se definen por una combinación de estructura colectiva y acciones individuales.

2. Para superar estos problemas, se ha tratado de esbozar un sistema de imputación diverso, tanto en su fundamento como en su estructura, alrededor del topos de la «responsabilidad estructural relativa». Ésta se atribuye a aquellas organizaciones en cuyo seno se ha cometido un delito que se explica, en mayor o menor medida, por la existencia de factores estructurales criminógenos, valorados negativamente por el derecho, que lo han facilitado o promovido, con independencia de si la persona individual ha sido hallada, y con independencia de su culpabilidad.

3. Se parte de que la estructura misma no comete directamente delitos ni es capaz de culpabilidad, por necesitar de un tercero autorresponsable para exteriorizar lo que es en ella sólo latencia o disposición. Sí que puede, en cambio, proporcionar el contexto organizativo en el que delinquir, razón por la cual se puede justificar cierto grado de conexión entre el defecto estructural y la acción individual que originó el resultado lesivo, generándose así su responsabilidad. Por otro lado, dicha intervención jurídica

forma parte de lo que se conoce como derecho reflexivo: el Estado interviene en la estructura organizativa (mediante sanciones) con el objetivo de que, como efecto reflejo/indirecto, los administradores la modifiquen en beneficio del cumplimiento del derecho.

4. El derecho penal está formado, por tanto, por un sistema de imputación individual («derecho penal nuclear»), que se rige por los estándares clásicos de la culpabilidad; y por diversos subsistemas diferenciados, como el derecho penal penitenciario, las medidas de seguridad o la responsabilidad de las personas jurídicas, que pertenecen al sistema penal por razones procesales o de finalidad, pero que funcionan con sus propias lógicas y obedecen a fines relativamente diversos. Por su parte, la responsabilidad de las personas jurídicas, como ámbito diferenciado del derecho penal individual, funciona con sus propias reglas, alrededor del *topos*, más flexible, de la responsabilidad estructural. En ese sentido, el sistema de imputación de responsabilidad está compuesto por los siguientes niveles: en primer lugar, un tipo objetivo, donde se trata de justificar la conexión objetiva entre el peligro generado por el defecto estructural de la empresa y la acción delictiva, así como de analizar si el defecto estructural ha superado el riesgo permitido; en segundo lugar, una “individualización” de la responsabilidad, donde se trata ajustar la responsabilidad al grado de influencia que tuvo la estructura organizativa en la originación de la acción delictiva. Por último, a falta de culpabilidad, la estructura organizativa sí que puede constituir una suerte de «injusto estructural» (objetivo y no personal), consistente en poner las condiciones, incentivar o favorecer la realización de injustos personales. Dicho injusto, en tanto por sí mismo no cumple los requisitos de lesividad, sólo es perseguible cuando se materializa en injustos personales de los miembros de la empresa.

5. En relación a la responsabilidad estructural, cobra una importancia crucial la figura del «compliance». Se trata de sistemas de prevención cuyo objetivo es mantener a la organización dentro de los niveles de riesgo permitido, evitar que sirva de contexto delictivo, y fomentar el desarrollo de su actividad de modo respetuoso con la legalidad. En lo que al derecho penal respecta, estos sistemas de prevención son relevantes en tanto, en primer lugar, pueden constituir una herramienta de prevención de delitos; y, en segundo, porque pueden excluir o atenuar la responsabilidad de la empresa por un delito cometido en su seno, siempre que el «compliance» esté correctamente implementado y

sea efectivo. Como herramienta de derecho reflexivo, el «compliance» constituye un deber jurídico reforzado para los administradores, cuyo incumplimiento podría generar, delito individual mediante, responsabilidad tanto para sí mismos, cuando hayan incumplido los deberes específicos que tienen encomendados; como también para la propia empresa, cuando el incumplimiento sea expresión de un defecto estructural general. Esta estructura de responsabilidad novedosa, en la que tanto la sanción colectiva como su exclusión dependen de lo que hagan terceros (sus administradores), demuestra que no se está hablando aquí de la lógica de la culpabilidad, donde operan deberes personalísimos.

6. Según el modelo de responsabilidad estructural relativa, la influencia del «compliance» en la imputación del sujeto colectivo sería la siguiente: el «compliance» podrá excluir la tipicidad objetiva cuando, por un lado, sirva para negar la existencia de un defecto estructural, como también cuando sirva para demostrar que la empresa no incumplió deber jurídico alguno, pues hizo “todo lo exigible” para mantener su estructura en el riesgo permitido. Además, la empresa no responderá, habiéndose cometido un delito en su seno, en los siguientes supuestos: cuando efectivamente hay un fallo en el «compliance», aunque no conectado a la acción delictiva; cuando mediante el «compliance» la empresa haya conseguido, aunque sea posteriormente al delito, evitar la difuminación del beneficio económico en el patrimonio social; por último, cuando el «compliance» esté en proceso de implantación, siempre que se estén dando los pasos idóneos y adecuados para prevenir delitos como el que está siendo objeto de juicio, y siempre que haya comenzado a establecerse con anterioridad a la comisión del mismo. En estos casos, según las circunstancias, se podrán imponer medidas de seguridad si se considera que existen indicios de peligrosidad.

7. La diferente relación normativa de la empresa y el individuo respecto al derecho penal tiene su reflejo, además de en su diferente forma de responder, también en el tipo de consecuencia jurídica aplicable. Partiendo de la conexión entre el concepto de culpabilidad y el concepto de pena, el hecho de que lo que se atribuye a la empresa sea una «responsabilidad sin culpabilidad» convierte su sanción en algo distinto a una pena. En ese sentido, la sanción al sujeto colectivo se interpreta como una más entre las diversas intervenciones –penas, medidas de seguridad, medidas correctivas, etc.– que se realizan en el seno de un proceso penal. Siendo así, su introducción en el sistema

jurídico-penal pasa por asumir que éste ya no es plenamente coincidente con el concepto de culpabilidad, sino que también allí donde no hay un sujeto culpable puede el derecho penal perseguir determinados fines.

8. Ahora bien, que la sanción a la empresa no encuentre justificación por la vía de la culpabilidad no quiere decir que no tenga justificación posible. Así, el fundamento legitimante tanto de la responsabilidad estructural como de la sanción penal a la que da lugar se encuentra, además de en los fines preventivos que se consiguen, en dos razones diversas. En primer lugar, se justifica por razones de «justicia distributiva»: el derecho valora negativamente la situación estructuralmente deficitaria que ha facilitado el delito, e impone una sanción cuya finalidad es responsabilizar a la empresa por la parte proporcional a su influencia en el conflicto penal. Ello permite, además, hacerla explicable de cara a los socios: si la organización empresarial de la que participan ha adquirido la forma de una estructura criminógena, posibilitando mayores beneficios potenciales también para ellos, parece razonable que en la re-distribución de la responsabilidad del delito al que han proporcionado el contexto sufran un perjuicio patrimonial (más aún cuando tienen alternativas: controlar más, elegir mejor a quienes la administran o retirar su participación).

9. Por otra parte, el modelo de responsabilidad empresarial se adecúa a la “identidad narrativa débil” de la empresa, pues se corresponde con el hecho de que determinadas organizaciones colectivas pueden adquirir una identidad que se situaría entre las meras cosas y los seres humanos individuales. La sanción al colectivo es legítima porque su responsabilidad estructural no le «cosifica», sino que se adecua a su grado de “subjetividad débil”. En ese sentido, no se reduce a la empresa a un “mero objeto” en tanto se le tiene en cuenta como sujeto que participa de la distribución social de derechos y cargas; además, su responsabilidad no surge automáticamente del delito de uno de sus integrantes, sino que requiere la constatación de factores que concurren en la esfera de organización colectiva, destinados a justificar que la empresa ha añadido una dimensión colectiva o estructural al injusto individual.

§§ Conclusión final

El principal motivo por el que *a priori* interesan al derecho penal las estructuras organizativas no es sólo que en ellas sea muy difícil encontrar a un individuo responsable (“irresponsabilidad organizada”), como también que son ellas las que proporcionan a menudo el contexto de aquello que nos mueve a hablar de responsabilidad penal, esto es: los delitos. En otras palabras, aunque pudiésemos encontrar siempre al ejecutor material de la acción delictiva, a quien realizó la conducta normativamente decisiva para la realización del resultado, habría que seguir preguntándose qué hacer con aquellos contextos organizativos que favorecen estructuralmente aquellas acciones. Dicho aún de otro modo: si es verdad que las estructuras organizadas pueden favorecer la comisión de delitos, y eso nadie lo duda ya, apresando a los delincuentes individuales no se resuelve completamente el problema, pues éstos se irán pero a su puesto llegarán otros que deberán soportar la misma influencia.

En la presente tesis se ha argumentado que, en el dudoso caso de que sea el derecho penal el que tenga que operar sobre dichas organizaciones colectivas, éste no lo puede hacer sobre la base de los conceptos del derecho penal individual, particularmente con el de culpabilidad. Hacerlo conllevaría su desnaturalización, de modo que introducir a sujetos colectivos en el derecho penal de la culpabilidad sólo sería posible a costa de una pérdida de precisión y de racionalidad como conjunto. En el plano conceptual, por el error categorial que supone tratar con los mismos principios realidades tan sumamente diversas, que además se contienen una a la otra, como son la acción individual y los procesos colectivos; como también por el antropomorfismo que supone tratar lo colectivo/sistémico con atributos (acción, intención, culpabilidad) del ser humano individual.

Esos errores conceptuales serían irrelevantes si no manifestasen sucesivamente problemas de carácter normativo. Así ocurre en la argumentación de la culpabilidad empresarial con base en la intencionalidad colectiva, pues ésta es viable sólo considerando al sujeto colectivo como un ente tan sumamente integrado que en él los individuos deberían aparecer como autómatas; es decir, como no responsables por lo que sucede en la organización. Ello es, además de poco plausible en lo que respecta especialmente a los

administradores, contra-intuitivo respecto a la lógica jurídico-penal, pues ésta se basa precisamente en el presupuesto de que, respecto a determinados deberes básicos, uno no puede renunciar a su responsabilidad a favor de una supuesta razón colectiva.

Por otra parte, en la argumentación de corte sociológico-constructivista, el problema normativo se da en el exceso de abstracción y normativización necesario para integrar a los sujetos colectivos en el derecho penal. Para fundamentar una culpabilidad organizativa extensible a empresas es necesario elevar el discurso jurídico a un “meta-nivel” de comunicación –sujeto como ficción comunicativa, delito, pena, normas y culpabilidad como “artefactos comunicativos”– con elevados déficits tanto justificativos como explicativos de lo que es el derecho penal en «la realidad».

Así sucede con la construcción del concepto de sujeto, para lo cual se toma como relevante una «autopoiesis» que, como dato socio-biológico, nada dice acerca de la capacidad de posicionamiento autónomo del sujeto respecto al derecho; también respecto del concepto de expectativa, que no aclara quién tiene que hacer/dejar de hacer algo, y qué capacidades ha de tener, para que la expectativa se vea defraudada de un modo penalmente relevante; como también respecto al concepto de pena, convertida en comunicación de la vigencia de la norma, a costa de dejar de explicar su carácter de restricción “muy real” para quien la sufre. El argumento principal de estos autores es, no obstante, que la empresa ha de ser considerada culpable de su organización defectuosa porque en la comunicación social aparece como un sujeto autónomo que “dice y hace” cosas con sentido. Sin embargo, esta argumentación confunde dos planos –el “ser social” y el “deber-ser normativo”– que habrían de estar claramente diferenciados: que las organizaciones sean sujetos relevantes desde un punto de vista socio-económico no dice nada aún de su capacidad de ser sujetos para el derecho penal. En ese sentido, el derecho penal no puede ser un mero reflejo de la comunicación social –lo que sería un “ontologismo social”–, sino que debe funcionar en tensión con ella, pues muy a menudo lo que “se dice” en la comunicación social puede ir en sentido contrario de lo que es deseable desde un punto de vista normativo.

Todas estas deficiencias se deben, en realidad, a que la teoría de sistemas no tiene pretensiones normativas sino puramente descriptivas, razón por la cual cualquier traslación al derecho penal deja necesariamente aspectos –normativos y fácticos– por

explicar. En cualquier caso, su abstracción y apertura hacen que desde los presupuestos sistémicos se puedan adoptar, respecto a la culpabilidad empresarial, tanto una postura como la contraria, de modo que para dar una respuesta normativa al problema es necesario adoptar una perspectiva teórica más comprensiva.

Desde una perspectiva normativa, los problemas de extender el concepto de culpabilidad a sujetos colectivos pueden relacionarse todos ellos con déficits de identidad en la empresa. Partiendo de que la culpabilidad exige tanto identidad temporal –que el sujeto que recibe la pena sea sustancialmente el mismo que el que cometió el delito–, como también unidad para orientarse en los contactos sociales de forma autónoma, aquélla es difícilmente aplicable a la empresa misma. Su carácter de «metasujeto» –sujeto constituido por diferentes sujetos autónomos– hace que su continuidad en el tiempo sea muy inestable, en la medida en que los elementos de su identidad material –sus órganos y representantes, sus empleados, su estructura organizativa, su cultura o política empresarial– son por definición cambiantes. La continuidad biográfica de la empresa no está internamente asegurada, y por ello es difícil denominar como “pena” a una consecuencia jurídica que se impone a un sujeto colectivo cuya continuidad es una cuestión de azar y depende exclusivamente de terceros. La dependencia estructural de la empresa respecto de sus miembros individuales, capaces incluso de disolver la persona jurídica legítimamente, dificulta también la justificación de una autonomía penal: es cierto que la empresa puede proporcionar las condiciones fácticas que sirven de contexto delictivo, pero quienes realizan los actos organizativos y eventualmente originan resultados lesivos son siempre sus órganos y representantes. Dicho brevemente, la empresa no puede decir nada en contra de lo que acuerda su órgano de administración, luego la empresa no es un ser autónomo para el derecho penal.

Los mismos problemas se manifiestan en relación a la identidad como subjetividad, pues la empresa carece del soporte cognitivo que le permitiría tanto entender lo que sucede en ella como “expresiones con sentido”, como también constituirse como destinataria de la comunicación jurídico-penal –no puede participar en la conformación de la norma, ni puede interiorizar su contenido, ni tampoco soportar el reproche de culpabilidad–. Todo ello lo harían sus miembros por ella, de modo que, si bien desde un punto de vista sociológico o económico la empresa puede ser entendida como un ser que se autoorganiza, para el derecho penal constituye un ser heterónimo al que se accede sólo

de un modo mediato (a través de sus representantes). La misma dificultad de integración se produce por su falta de identidad ético-moral, en tanto la llamada ética del derecho sólo es capaz de incidir en los administradores, y no en un sujeto empresarial constituido en torno al código beneficio/pérdida; como también, por último, en relación a la identidad política, en la medida en que la empresa no puede considerarse un “igual” en el seno de la comunidad de personas libres e iguales, razón por la que tampoco se le puede otorgar el estatus de ciudadano que justificaría el reproche de culpabilidad.

Todas esas razones invitan a abandonar los intentos de integrar a las organizaciones colectivas en el derecho penal en torno al paradigma de la culpabilidad. Ahora bien, si es cierto lo que se dijo al principio, y una parte importante de los delitos se cometen por individuos que no actúan como sujetos aislados, sino influidos por fuertes factores estructurales, ello podría tener continuidad en las estructuras de responsabilidad. El topos conceptual adecuado para el sujeto colectivo es, entonces, el topos de la responsabilidad, concepto que ha tenido amplio desarrollo en la filosofía contemporánea, y cuyo contenido más flexible y menos individualizador que la culpabilidad permite una mejor fundamentación. El paradigma desarrollado para ello se ha denominado aquí «responsabilidad estructural relativa» de la empresa, atribuida a aquellas estructuras organizativas, suficientemente complejas, en cuyo contexto se ha cometido un delito que se co-explica por su influencia en la acción delictiva individual –en términos de incentivo, favorecimiento o falta de control–. Su fundamento ontológico reside en que determinadas organizaciones colectivas no son reductibles a “meras cosas”, sino que son entes identificables por el derecho como “personas jurídicas”, que pueden influir en las acciones de sus miembros y, por tanto, ser sujetos de un tipo de responsabilidad diferenciada. Su fundamento normativo, como también en términos de justicia y de cara a sus socios, es que resulta racional que, en la distribución de la responsabilidad por un conflicto penal, se responsabilice a la empresa por su parte de influencia en el mismo. Es decir, la influencia de la empresa en el delito manifestaría la existencia de un “injusto estructural” que es necesario combatir.

Así, al sistema penal se le suma un nuevo «subsistema», en este caso el de responsabilidad de las personas jurídicas, análogo al «subsistema de medidas de seguridad» o al de «derecho penal de menores», todos ellos diferenciados del «derecho penal nuclear». Por su parte, el sistema de imputación de las personas jurídicas tiene

como objetivo justificar que la empresa ha superado los límites del riesgo permitido, también la conexión entre el defecto estructural y la acción delictiva (tipo objetivo), al tiempo que trata de graduar la responsabilidad en función de los factores propios de la organización y de su influencia en el delito (individualización y exclusión de la responsabilidad). El derecho no reprocha nada a la estructura organizativa, pues ésta no tiene una autonomía que justifique el reproche; lo que hace es valorar como contrario a derecho («injusto objetivo») un determinado estado de desorganización, a lo cual se le añade una consecuencia jurídica/intervención para que, reflexivamente, los administradores vean reforzado su deber de ajustar las personas jurídicas a lo exigido por el derecho (prevención y fomento del «compliance»).

Todo ello conlleva admitir que el derecho penal es, de hecho, un fenómeno complejo que emplea mecanismos diversos, en el sentido de que funciona también allá donde no existe un sujeto culpable. Pero si se quiere introducir a este nuevo sujeto que es la persona jurídica en el derecho penal sólo hay dos opciones: o hacerlo en un espacio donde no encaja; o hacerlo en un lugar sistemático y conceptual distinto, creando un conjunto de reglas y un sistema de imputación acorde al carácter específico del problema que se quiere solucionar (lo que se ha denominado «responsabilidad estructural»). Aquí se ha abogado por lo segundo, en tanto el especial nivel de protección y de exigencias asociados a la culpabilidad sólo tiene sentido respecto al individuo, con dignidad personal y capaz de infringir personalmente normas penales; y no, en cambio, respecto a la persona jurídica, incapaz por sí misma de relacionarse con la norma, y a la que todo lo que puede hacer el derecho penal se hace ya desde hace mucho en el derecho administrativo, y respecto a la cual, como ser instrumental, la medida más lesiva (disolución) está de hecho a disposición de sus propios socios.

Con la presente tesis se ha intentado, en cualquier caso, responder a la tensión discursiva entre lo que es racional desde el punto de vista del discurso penal y lo que es necesario desde un punto de vista social y político-criminal. Dicho de otro modo, entre lo que se considera valioso de nuestras estructuras de entendimiento penal –básicamente la constelación de ideas que rodean al principio de culpabilidad (carácter personalísimo de la infracción, idea de autonomía, etc.)–, y las exigencias de la evolución social, donde se está manifestando la necesidad de articular nuevas respuestas al “componente estructural” de determinados ámbitos delictivos. Lo primero se ha manifestado en la crítica a la

culpabilidad colectiva, considerada inadecuada en relación a los principios que estructuran el discurso penal; lo segundo se ha manifestado en la propuesta de solución a través del paradigma diferenciado de la responsabilidad estructural, a partir del cual se ha esbozado una vía de intervención en contextos criminógenos. Al fin y al cabo, el derecho penal no es esclavo del espíritu del tiempo, pero tampoco puede operar en el aire.

§§§ Final conclusion

Organized collectives –such as corporations, political parties and other organizations– are relevant for criminal law not only because within them it is very difficult to find the responsible individuals (“organized irresponsibility”), but also because they often provide the context for criminal behaviors. In other words, even if we could always find the material executor of the criminal action, we would continue wondering what to do with those organizational contexts that structurally favor those actions. The reason is that by persecuting individual offenders we will not solve the problem completely, because they will leave their post, but others will come to bear the same influence.

In this dissertation it has been argued that, if criminal law should intervene on these collective organizations –which is doubtful–, this intervention couldn’t be based on the concepts of individual criminal law, particularly “guilt”. Doing so would imply its denature, since considering organizations as authentic penal agents would only be possible at the cost of a loss of accuracy and rationality in the system as a whole. Conceptually, that is due to the categorical mistake of treating with the same concept (guilt) very different realities, such as individual actions and collective processes; but also because treating collective or systemic situations with human individual attributes (action, intent, guilt) implies a high degree of anthropomorphism.

These “category mistakes” would be irrelevant if they didn’t also imply normative problems. The first one would be that corporate guilt based on “collective intentionality” (FRENCH/PETTIT) is only possible by considering the organization as a “strong integrated entity”, with its own will and rationality, where individuals appear as automata, as the “blind part” that the organization has to activate to achieve its objectives. That means, as a logical consequence, that individuals would be no longer responsible for what happens

in the organization. This approach is, however, counter-intuitive as regards to criminal law, whose objective is to communicate that, when it comes to the fulfillment of basic social obligations, anybody can reject their responsibility by shielding behind an alleged collective reason. This argument leads also to a “superficial” or “comfortable” analysis, where the observer can understand criminality in organizations as the result of certain collective dynamics or processes, without necessarily going into a deep understanding of the different degrees of involvement of individuals (ARENDR).

Moreover, in the sociological-constructivist approach (BOTTKÉ/BACIGALUPO/GÓMEZ-JARA), where the organizations can be held criminally responsible because in social communication they are considered “liable citizens”, capable of “self-governance”, the problem occurs with the excess of abstraction of its concepts. Anyway, this In support of corporate culpability, criminal theory needs to raise the legal discourse to a “meta-level” of communication –where subject, crime, punishment, law and guilt are “communicative constructs” (LUHMANN/TEUBNER)– with high deficits to explain criminal law as a normative discourse with a concrete influence on social and individual life.

That is the case, for example, with the construction of the concept of “penal subject”. The constructivist approach identifies organizations capability of agency in its “autopoietic character”: that means, in the fact that corporations self-reproduce by way of corporate decisions. However, as a socio-biological description, it’s not sufficient to explain how a corporation can decide, on its own and in a relevant way, towards compliance or against it –for example: computers, mentally ill persons or kids are also autopoietic agents, and that doesn’t imply penal capacity–. The same happens with the concept of “social expectation”, that says nothing about who has to carry out a behavior/avoid doing something, and what competences they should have, to understand that the expectation is frustrated in a normatively relevant way. The abstraction is also plausible on the concept of “punishment”, understood as the communication of the rule of law, at the expense of underestimating its character as a real and strong restriction of individual rights. Anyway, the main argument of this approach is that organizations must be held guilty because in social communication they’re considered autonomous agents capable of producing social effects. But this argument blurs the distinction between two levels –the social and the normative level– that must be clearly separated: criminal law shouldn’t be a “slave” of social communication, rather a limit for it (for example: in social communication people

of a certain race could be considered inferior to others, and it's clear that criminal law shouldn't give a normative value to that argument; on contrary, it may have to compensate it). In other words, what is in the level of social communication is not necessarily true for the normative level.

All these deficiencies can be explained as methodological differences between system theory and criminal law: since systems theory's objective is to explain how society works, without any normative or regulative claims (as recognized by LUHMANN), it is necessarily insufficient to explain some aspects of criminal law, especially those that refer to factual and normative properties of the social reality where it intervenes. Anyway, it's true that this point of view makes it easier to build up a concept of collective culpability, since all these concepts –autopoiesis, communication, expectation, social culpability– are open and abstract enough to argue for or against it, especially if we consider that systems theory doesn't have any normative implications and leaves open the question of the “actor”; on the contrary, criminal law demands require analyzing the question of collective guilt from a more comprehensive perspective.

From a philosophical and conceptual perspective, the problems of attributing culpability to collective organizations could be connected to “identity deficits”, at least if we considerer that culpability can not be the result of an arbitrary process of attribution, and that the subject who will abide by it should fulfill certain subjective requirements. First of all, if we consider that culpability requires “temporal identity” or “biographical continuity” –that means: that the “punished person” should be “the same” as whoever committed the crime–, the fact is that the corporation can't comply with this requirement (VON FREIER). The reason for this is that corporations material identity depends entirely on a couple of elements –especially the managers and directors, but also the employees, its memory processes, its structure, its politics or its “corporate ethos”– that are by definition variable and unstable (WELLS). This structural dependence on its individual members, who can in deed dissolve the juridical person on their own behalf, makes it difficult to speak about the corporation as an autonomous person. It's true that corporations can provide a criminological context to their members, but the truth is that the concrete criminal behaviors can always be identified as individual offences (known or unknown), especially of those who direct and control the corporation's activity.

Even if we define the crime of the corporation as a lack of organization and compliance, this situation could only be explained as the result of multiple acts and omissions of present and past managers (SCHÜNEMANN/SILVA SÁNCHEZ). In short: the corporation can't do anything against what its representatives decide on the board of directors, so the corporation itself is not an autonomous agent. It's true, from a sociological or an economical point of view, that the corporation can be seen as a "free subject" that decides how to carry out its activity for its own interest; but, for criminal law, corporations are heteronomous entities, especially if we consider that everything that it "does" from a normative point of view, is "done" through its representatives. In this regard, it's doubtful to say that the fact that corporations act through its representatives is irrelevant from the legal point of view: first of all, because representations is a legal (not natural) phenomena; but also because those acts are ascribed to individuals in terms of criminal responsibility. In this respect, the same act (individual) can't generate two different and equivalent culpabilities (individual and collective) (JAKOBS).

Similar problems are expressed in the lack of subjective or cognitive identity of the corporation. First of all, because corporations can't understand the social and moral meaning of its organizational activity; this implies that they are moral agents only in a socially-passive way (how they are considered by society), but not in an active way (in terms of expressing evaluative judgments, for example). If we understand criminal law – its norms, its punishments and its sentencing– as social institutions whose recipients should be able to comprehend what those communications express (intimidation, misjudgment, motivation, disapproval, etc.), it seems that the corporation itself can't be part of this process. In this case, again, the ones who receive those inputs are the individual members, and in that regard organizations can't be considered autonomous agents in criminal law.

As regards ethical identity, it's also problematic to consider the corporation as a fully-fledged member of the moral community. The main reason is that the operational code of corporations is not a fair/unfair or moral/immoral code, but an economical code of profit and loss (NEUMANN/TEUBNER). That means, however, that they are unable to recognize criminal law as a source of ethical orientation, but rather as a "price" or a "perturbation" in order to achieve its financial goals. In this case as in the others, the *medium* between the organization and the ethical world are again the administrators; and if the corporation

itself can't decide for an ethical claim against the will of those who decide for it, then it can't be morally responsible for the consequences that come from a decision that it couldn't avoid. Finally, if we consider that the State can impose a punishment only on those who had the opportunity to express themselves as political actors and members of the political community –for example: voting, participating in public debates, etc.–, it's again difficult to integrate corporations (FEIJOO SÁNCHEZ). The reason is that, since corporations lack personal dignity and the right to vote, it's not plausible to defend that they have a political citizenship or status equivalent to individuals. However, this is not only implausible nowadays, but also undesirable when we consider the future, since corporations –due to their factual “social” power– shouldn't be considered as political citizens because doing that would be dangerous for the equality principle as we understand it in our democratic systems (SCHMITT-LEONARDY).

So, if the ability to be held guilty for a crime requires all those subjective capacities –biographical continuity, unity of will, cognitive and comprehensive abilities, ethical and political agency–, then the attempt to understand corporations as “authentic penal agents” becomes problematic, at least in the sense of taking part of the culpability paradigm. Of course, there are always utilitarian reasons to do so, such as the difficulty to find individual perpetrators in the organizations, the need of providing social order and stability, etc.; but these legitimate objectives could be achieved without necessarily depriving the culpability principle of its content, and that means that achieving those goals will be possible only if we find a different basis for it.

In this regard, the impossibility to talk in terms of culpability and punishment for corporations doesn't imply a logical impossibility for the criminal system to carry out a different type of intervention on certain collectives, of course, with a different founding principle (SCHÜNEMANN). If it's true that organized contexts can have an important influence on the way individuals behave criminally –for example: by incentives, pressures, lack of control, criminogenic habits or behavioral patterns–, that could have continuity in other responsibility discourses different from criminal culpability. The conceptual frame for this intervention is, as I have argued, not related to the logic of “guilt/culpability” (because it refers to personal and non-transferable law violations), rather to the open concept of responsibility, as developed by contemporary philosophy (ARENDET/JONAS/LÜBBE), which is flexible enough (less “moralized” and less

“individualized”) to fit with the specific identity of collective entities. For example: if it is difficult to say that the USA is guilty for centuries of slavery, or that a political party is guilty due to the corruption of its administrator, but it makes more sense to affirm that those collectives are, to some extent, responsible for those events.

The paradigm that I have developed is called «structural relative responsibility», and it's attached to those organized structures (corporations, but also others such as political parties, ONG's, etc.) within which an individual committed a crime that could be co-explained because of the structural influence –in terms of incentive, favoring or lack of control– of the organization itself. Its ontological ground is that certain collectives (with sufficient complexity) are not reducible to “mere things” or “instruments”, since the law can identify them as “juridical persons”, and since they can have influence on how individuals behave in the context that they provide; so, as a consequence, they can be held (structurally, not personally) responsible for it. Its normative ground, as well as in terms of justice and concerning its shareholders, is that it's rational for the corporation, in the distribution of the responsibility for a criminal conflict, to be charged with its part of influence. The justification of the sanction is not, however, retributive but distributive justice. This kind of responsibility is “structural”, as opposed to personal responsibility (what we identify as “culpability”), and it means that the organization is responsible, not for personally committing a crime, but for providing the structural conditions for the crime of its member; and is “relative”, first of all, because it pertains to the criminal system only in a “relative” or “formal” way (it's not an “authentic criminal responsibility”), and also because it recognizes the structural linkage or relation between the organization and its members (the structural responsibility only emerges in relation to a crime carried out by a member of the organization).

So, this means that the penal system absorbs a new social function –preventing society from criminogenic collective structures–, and adds a new “subsystem”, in this case “the juridical persons responsibility”, analog to “juvenile offences system” or the “penitentiary system”, all of them differentiated from (at the same time related to) what we call “individual nuclear criminal law”. The requirements for imposing “structural responsibility” are, in resume, as follows: the corporation should have exceeded the “permitted risks” of its activity; a “structural connection” must be proven to exist between the organizational deficiency and the individual criminal action; finally,

responsibility should be graduated taking into account the characteristics of the organization (size, volume, riskiness of the activity, etc.) and the degree of influence in the crime (incentive and favor drives to a serious responsibility; lack of control to an ordinary responsibility; preventive or neutral organization to a exclusion of responsibility). In this process, there is no “blame” put on the organization itself (as it’s not considered a moral agent); on the contrary, criminal law judges the structural deficiencies of the organization as a dangerous and “objectively wrongful” state, that should give rise to a negative consequence (sanction) that is orientated to motivate the managers to adjust their organization to legal requirements (prevention and compliance). This model differs from «vicarious responsibility model» because corporative responsibility doesn’t emerge automatically from the acts of the representatives (it’s not a pure objective responsibility), and it’s necessary to prove several conditions that lie on the collective or structural level; and differs from “culpability model” because structural responsibility is not identified as a subjective responsibility.

All this means, however, that criminal law is no more exclusively connected to “guilty behaviors”, in the regard that it is a complex and diverse phenomena, which can also function without a “guilty” person. If the preferable option is to push this kind of intervention out of criminal law, for example to administrative or civil law, the fact is that, once collective subjects are part of criminal system, it’s necessary to find them the systematic place where they could fit better. Once we operate in a legislative reality where corporations responsibility belongs to criminal system, the preferable solution is, not to treat them as “capable of culpability”, rather to build a new conceptual paradigm, separated from individual guilt, with a set of rules specific enough to solve the problem of criminogenic structures. That is, in concrete, what I have tried building up a new model of responsibility for organizations, around the “structural responsibility” paradigm.

In summary, when we consider the possibility of introducing collective guilt beside individual guilt in criminal law, we have to deal with different type of questions: we have to figure out what exactly are the facts that we want to punish and prevent (ontological or social level); and we have to build a conceptual system in order to achieve a rational and fair explanation of why and how criminal law intervenes in those social conflicts (normative level). The problem is that the two situations that we would have to integrate in the same normative solution –the attribution of culpability– are too different: on one

hand, we have individuals who, through their own autonomous initiative and self-conscience, carried out an action that is qualified as “criminal” by a law that they themselves could comprehend and vote for. On the other hand, we have an organization (of individuals), which is sanctioned because some of its past or present members carried out a series of acts or omissions, generating a wrongful organizational situation that should be attributable to the organization itself. Since we are dealing with a heteronomous entity, the only way to “attribute” that situation to the organization as a whole is with a “normative fiction” (like in the constructivist approach) or transferring the responsibility from the member to the collective entity (like in the «vicarious responsibility model»). However, when we talk about culpability we can’t talk about “fictions”, because it refers to the set of real subjective capacities attributable to a moral agent that legitimate punishment, and those capacities must be real; in the same vein, we can’t talk about transference because culpability refers to a set of personal and non-transferable conditions that assure that the punishment falls upon the person who deserves it.

Throughout this thesis I’ve tried, however, to respond to the normative tension of what is rational from the point of view of criminal law discourses and what is necessary from a social and preventive perspective. In other words: between what we consider valuable from our penal thought structures –basically the constellation of ideas surrounding the concept of “culpability” (idea of autonomy, fairness of punishment, the personal character of the wrongdoing, etc.)– and the demands of social evolution, especially the need to find new solutions to the “structural factors” of certain types of criminality. The first has been expressed in the critic to collective guilt, considered incompatible with the “self-understanding” of continental criminal law theory; the second has been expressed through the proposal of the «structural responsibility» paradigm, which provides an optimal solution for the intervention on criminogenic structures. After all, criminal law can’t be a “mere reflection” of eventual social needs, but neither can operate with indifference towards them.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A., “Persona jurídica, ¿una ficción?”, en *Doxa* 3 (1986), pp. 85 y ss.
- ABBEG, J. F. H., *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*, Neustadt, 1836 (reed. ND Goldbach 1996).
- ACKERMANN, B., *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, Frankfurt am Main: Lang, 1984.
- ACKERMANN, M. S./HALVERSON, C. A., “Reexamining Organizational Memory. Association for Computing Machinery”, en *Communications of the ACM*, nº 43 (1), 2000, pp. 58 y ss.
- AICHELE, A., “**Persona physica und persona moralis**: Die Zurechnungsfähigkeit juristischer Personen nach Kant”, en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, bd. 16, nº. 78, 2008, pp. 3 y ss.
- ALCÁCER GUIRAO, R., “**Facticidad y normatividad**. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y derecho penal”, en *ADPCP*, 1999, pp. 177 y ss.
- ALWART, H., “**Strafrechtliche Haftung** des Unternehmens – von Unternehmenstäter zum Täterunternehmen”, en *ZStW* 105 (1993), pp. 768 y ss.
- “Unternehmensethik durch Sanktion?”, en: ALWART, H. (ed.), *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, München/Mering: Hampp, 1998, pp. 75 y ss.
- “Establishing a Basis for Criminal Responsibility of **Collective Entities**”, en ESER/HEINE/HUBER, (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, Freiburg: Ius Crim, 1999, pp. 143 y ss.
- AMELUNG, K., “El primer **Luhmann** y la imagen de la sociedad de los juristas alemanes. Una contribución a la historia del derecho alemán del siglo XX”, en *RPDJP*, nº3, 2002, pp. 33 y ss.
- *Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung. Studien zum Wirklichkeitsbezug des Ehrbegriffs und seiner Bedeutung im Strafrecht*, Baden-Baden: Nomos, 2002.
- ANDERS, G., *Más allá de los límites de la conciencia. Correspondencia entre el piloto de Hiroshima Claude Eatherly y Günther Anders*, Barcelona: Paidós, 2003.
- ANDRADE, A., “La fundamentación del núcleo conceptual de la **teoría de la estructuración**”, en *Sociológica*, nº 40, 1999, pp. 125 y ss.
- ARENDT, H., “Nazismo y responsabilidad colectiva”, en *Claves de Razón Práctica*, nº 95, 1999, pp. 4 y ss.

- “Responsabilidad colectiva”, en *Claves de Razón Práctica*, nº 95, 1999, pp. 8 y ss.
- “Franz Kafka”, en *La tradición oculta*, Barcelona: Paidós, 2004, pp. 89 y ss.
- *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid: Taurus, 2004.
- *Sobre la violencia*, Madrid: Alianza, 2005.
- *La condición humana*, Barcelona: Paidós, 2006.
- *Eichmann en Jerusalén*, Barcelona: DeBolsillo, 2010.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid: Alianza, 2001.
- *Metafísica*, Madrid: Alianza, 2008.
- *Política*, Madrid: Alianza, 2009.
- ARIAS EIBE, J. M., “Bases sociológicas del **funcionalismo penal** contemporáneo”, en: *Revista Electrónica de la Universidad de Friburgo* (Suiza): (http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_18.pdf (visitado: 16 de Enero de 2014)).
- ARLEN, J. H. “Economic Analysis of **Corporate Criminal Liability**: Theory and Evidence”, en *Research Handbook on Criminal Law*, 2012, pp. 144 y ss.
- ARLEN, J. H./KRAAKMAN, R. “**Controlling Corporate Misconduct**: An Analysis of Corporate Liability Regimes”, en *N. Y. U. L. Rev.*, nº 72, 1997, pp. 687 y ss.
- ARTAZA VARELA, O., *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- ARTZ, G., “**Strafverfahren ohne Menschenrechte** gegen juristische Personen”, en: GRAFL, C./MEDIGOVIC, U. (Hrsg.), *Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag*, Wien-Graz: Neue Wissenschaftlicher Verlag, 2004, pp. 221 y ss.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., “**Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas** y programas de «compliance» (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009)”, en: *Diario La Ley*, Versión electrónica, nº 7441/2010.
- *Compliance y Derecho penal*, Navarra: Aranzadi, 2011.
- BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona: Bosch, 1998.
- “La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto de Derecho penal”, en *CPC*, 1999, pp. 11 y ss.
- “Los **criterios de imputación** de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)”, en *La ley*, nº 7541, 2010.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., “De nuevo sobre la **responsabilidad criminal de las personas jurídicas**”, en *ADPCP*, 1981, pp. 371 y ss.

- “La vedada **responsabilidad penal por el hecho de otro**”, en DÍAZ-MAROTO, J. (Ed.), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid: Colex, 2006, pp. 69 y ss.
- “**Vigencia** de la RPPJ en el derecho sancionador español” en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra: Thomson Reuters, 2012, pp. 19 y ss.
- BAJO FERNÁNDEZ, M./FEIJOO SÁNCHEZ, B./GÓMEZ-JARA, C., “Prologo”, en: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra: Thomson Reuters, 2012, pp. 15 y ss.
- BARATTA, A., “**Integración-prevención**: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, en *CPC*, 24, 1983, pp. 533 y ss.
- *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México D.F./Buenos Aires: Siglo XXI, 2004 (1ª ed. 1986).
- “**La vida y el laboratorio del Derecho**. A propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal”, en *Doxa* 5 (1988), pp. 275 y ss.
- BARNARD, J. W., “**Reintegrative Shaming** in Corporate Sentencing”, en *S. Cal. L. Rev.* 72 (1999), pp. 959 y ss.
- BAUCELLS LLADÓS, J., “Las **penas previstas para la persona jurídica** en la reforma de 2010. Un análisis crítico”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII (2013), pp. 75 y ss.
- BAYERTZ, K., “Eine kurze Geschichte der **Herkunft der Verantwortung**”, en: BAYERTZ (Hrsg.), *Verantwortung. Prinzip oder Problem?*, Darmstadt: Wiss. Buchges, 1995, pp. 3 y ss.
- BAXTER, H., “**Autopoiesis** and the “Relative Autonomy” of Law”, en: *Cardozo L. Rev.*, nº 19, 1997-1998, pp. 1987 y ss.
- BECK, U., *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.
- BECK, S., “**Notstandslage im Kollektiv** – Führt der freiwillige Beitritt zu einer Minderung des Notstandsrechts?”, en *ZStW* 124 (2012), pp. 660 y ss.
- BELL, D., *Las contradicciones culturales del capitalismo*, Madrid: Alianza, 2004.
- BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, 1970.

VON BEYME, K., *Teoría política del siglo XX. De la modernidad a la postmodernidad*, Madrid: Alianza, 1994.

– *La Clase Política en el Estado de Partidos*, Madrid: Alianza, 1995.

BINDER, G., *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, Leipzig: Deichert, 1907.

BLACKBURN, S., “Group Minds and Expressive Harm”, en *60 Md. L. Rev.*, 2001, pp. 467 y ss.

BLUSTEIN, J., *The Moral demands of memory*, Cambridge University Press, 2008.

BOCK, D., “Stand der strafrechtswissenschaftlichen Compliance-Diskussion in Deutschland”, en: ROTSCH (Hrsg.), *Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion*, Baden-Baden: Nomos, 2012, pp. 63 y ss.

BOLDOVA, M. Á., “La **introducción** de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII (2013), pp. 219 y ss.

BOSCH, N., *Organisationsverschulden in Unternehmen*, Baden-Baden: Nomos, 2002.

BÖSE, M., “Die **Strafbarkeit von Verbänden** und das Schuldprinzip”, en: PAWLIK/ZACZYK (Hrsg.) *Festschrift für Günther Jakobs. zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Carl Heymanns Verlag, 2007, pp. 15 y ss.

BOTTKE, W., *Assoziationsprävention. Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke*, Berlin: Duncker & Humblot, 1995.

– “Standortvorteil **Wirtschaftskriminalrecht**: Müssen Unternehmen “strafmündig” werden? Bemerkungen zum Stand des Wirtschaftskriminalrechts in der Bundesrepublik Deutschland”, en *Wistra* 1997, pp. 241 y ss.

BRAITHWAITE, J., “**Enforced Self-regulation**: a New Strategy for Corporate Self Control”, en *Mich. L. Rev.* 80 (1982), pp. 1466 y ss.

– *Crime, shame and reintegration*, Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

BRANDT, S., “**Systemzeit** und Zeit sozialer Systeme. Zeitverständnis des Common sense als evidenzsichernde Größe?”, en: KRAWIETZ/WELKER (Hrsg.), *Kritik der Theorie sozialer Systeme*, Frankfurt am main: Suhrkamp, 1992, pp. 162 y ss.

BUCY, P., “**Corporate Ethos**: a Standard for Imposing Corporate Criminal Liability”, en *Minn. L. Rev.* 75 (1991), pp. 1095 y ss.

BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, Leipzig: Theodor Weicher, 1933.

CANDEUB, A., “Consciousness and Culpability”, en: *Alb. L. Rev.* 54 (2002), pp. 113 y ss.

COCA VILA, I., “¿**Programas de cumplimiento** como forma de autorregulación regulada?”, en SILVA/MONTANER (eds.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona: Atelier, 2013, pp. 43 y ss.

COFFEE JR., J. C., “**No soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment**”, en *Mich. L. Rev.* 79 (1981), pp. 386 y ss.

– “**Does “Unlawful” Mean “Criminal”?**: Reflections on the Disappearing Tort/crime Distinction in American Law”, en *B.U.L. Rev.*, n °71, 1991, pp. 193 y ss.

– “**Corporate Criminality Liability: An introduction and Comparative Survey**”, en: ESER/HEINE/HUBER, (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, Freiburg: Ius Crim, 1999, pp. 25 y ss.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, “Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal”, 4 de Octubre de 2013 [online: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF] (visitado: 17.06.2014)

CONLEY, J. M./O’BARR, W. M., “**Crime and Custom in Corporate Society: a Cultural Perspective on Corporate Misconduct**”, en *Law and contemporary problems*, Vol. 60, 1997, n° 3, pp. 5 y ss.

COOTER, R., “Prices and Sanctions”, en *84 Col. L. Rev.* (1984), pp. 1523 y ss.

CORTINA ORTS, A., “Estudio preliminar”, en KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, Madrid: Tecnos, 2ª ed. 2005 (4º reimp., 2008).

COPP, D., “Hobbes on Artificial Persons and **Collective Actions**”, en *Phil. Rev.*, LXXXIX, n° 4 (October 1980), pp. 579 y ss.

– “On the Agency of Certain **Collective Entities**: an Argument from ‘Normative Autonomy’”, en: *Midwest Studies in Philosophy*, XXX (2006), pp. 194 y ss.

CRESSEY, D. R., “The Poverty of Theory in **Corporate Crime Research**”, en LAUFER/ADLER (eds.), *Advances in Criminological Theory. Vol. I*, Transaction Publishers, 1989, pp. 31 y ss.

CUELLO CONTRERAS, J., “El **significado de la acción** (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica”, en: *RECPC* 15-03 (2013).

CRUZ, M., “**Tiempo de narratividad** (el sujeto, entre la memoria y el proyecto)”, en *Anàlisi*, n° 25 (2000), pp. 23 y ss.

– *Las malas pasadas del pasado. Responsabilidad, identidad, historia*, Barcelona: Anagrama, 2005.

DAMM, R., “**Neue Risiken und neue Rechte**. Subjektivierungstendenzen im Recht der Risikogesellschaft”, en: *ARSP* n° 79 (1993), pp. 159 y ss.

DAN-COHEN, M., “Sanctioning Corporations”, en: *J.L. & Pol'y*, n° 19 (2010), pp. 15 y ss.

DANNECKER, G., “Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher **Sanktionen gegen Verbände**. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts”, en: *GA* 2001, pp. 101 ss.

– “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las **personas jurídicas**”, en: *Revista Penal*, n° 7 (2001), pp. 40 y ss.

DAVIDSON, D., “Reply to Andreas Kemmerling”, en STOECKER (ed.), *Reflecting Davidson*, Berlin: Walter de Gruyter, 1993, pp. 117 y ss.

DELGADO GARCÍA, J. M., “Hacia una **neurofisiología de la libertad**”, en DEMETRIO CRESPO (Dir.) MAROTO CALATAYUD (Coord.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Madrid/Buenos Aires: Edisofer/BdF, 2013, pp. 3 y ss.

DENEULIN, S./NEBEL, M./SAGOVSKY, N., “**Tansforming unjust structures**. The capability approach”, en DENEULIN, S./NEBEL, M./SAGOVSKY, N. (eds.) *Tansforming unjust structures. The capability approach*, Dordrecht: Springer, 2006. pp. 1 y ss.

DIEZ RIPOLLÉS, J. L., “La responsabilidad penal de las **personas jurídicas**. Regulación española”, en: *InDret* 1/2012.

DISKANT, E. B., “Comparative **Corporate Criminal Liability**: Exploring the Unequally Doctrine through Comparative Criminal Procedure”, en *YALE L.J.* 118 (2008), pp. 126 y ss.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, en: ORTÍZ DE URBINA (coord.), *Memento experto. Reforma penal: Ley orgánica 5/2010*, Madrid: Francis Lefebvre, 2010, pp. 11 y ss.

DOSTOIEVSKY, F., *Los hermanos karamazov*, Madrid: Cátedra, 2008.

DÖRNER, D., “**Selbstreflexion** und Handlungsregulation. Die psychologischen Mechanismen und ihre Bedingungen”, en LÜBBE, W. (ed.), *Kausalität und Zurechnung. Über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, Berlin: De Gruyter, 2012, pp. 199 y ss.

- DREIER, R., “**Hans Kelsen und Niklas Luhmann: Positivität des Rechts aus rechtswissenschaftlicher und systemtheoretischer Perspektive**”, en *Rechtstheorie* 14 (1983), pp. 419 y ss.
- DROPPE, K., *Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe*, Berlin: Duncker & Humboldt, 2002.
- DRUMBL, M. A., “**Collective responsibility** and post-conflict justice”, en: *WASHINGTON & LEE Public Legal Studies*, Research Paper Series, Working Paper N° 20105. May 7, 2010.
- DURKHEIM, E., *La división del trabajo social*. Madrid: Akal, 2001.
– *Las reglas del método sociológico*, México: FCE, 1986.
- DZIEWAS, R., “**Der Mensch** –ein Konglomerat autopoietischer Systeme”, KRAWIETZ/WELKER (Hsgb.), *Kritik der Theorie sozialer Systeme*, Frankfurt am main: Suhrkamp, 1992, pp. 113 y ss.
- EHRHARDT, A., *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe: Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*, Berlin: Duncker & Humblot, 1994.
- EIDAM, G., *Straftäter Unternehmen*, München: Beck, 1997.
- ENGELHART, M., *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*, Berlin: Duncker & Humboldt, 2010.
– “**Paradigmenwechsel im Strafrecht: Die Notwendigkeit einer „Neuen Strafrechtswissenschaft“**”, en *RW*, 2013, pp. 208 - 215.
- ENGISCH, K., “Empfiehl es sich, die **Strafbarkeit der juristischen Person** vorzusehen?”, en *Verhandlungen des 40. DJT (1953) Bd. 2*, Tübingen, 1954.
- ESER, A./RETTENMAIER, F., “**Criminality of organizations: lessons from domestic law –a comparative perspective**”, en: NOLLKAEMPER, A./VAN DER WILT, H. (Eds.), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, 2009, pp. 222 y ss.
- FEINBERG, J., “Collective Responsibility”, en MAY, L./HOFFMAN, S. (eds.), *Collective Responsibility. Five decades of debate in theroetical and applied ethics*, Maryland: Rowman & Littlefield, 1991, pp. 53 y ss.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., “¿Culpabilidad y punición de personas jurídicas?”, en: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Ed.), *El Funcionalismo en Derecho penal, Libro homenaje a Günther Jakobs*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp.

349 y ss.

– “**La normativización del derecho penal**: ¿hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?”, en GÓMEZ-JARA, C. (Ed.) *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada: Comares, 2005, pp. 435 y ss.

– **Retribución y prevención general**. *Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*, Buenos Aires/Montevideo: BdF, 2007.

– “**Autorregulación** y derecho penal de la Empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual?”, en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (Dir.), *Autorregulación y sanciones*, Valladolid: Lex Nova, 2008, pp. 200 y ss.

– “La persona jurídica como **sujeto de imputación** jurídico-penal”, en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra: Thomson Reuters, 2012, pp. 49 y ss.

– “Las **consecuencias jurídicas del delito**”, en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra: Thomson Reuters, 2012, pp. 235 y ss.

FEUERBACH, L., *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts I*, Aalen, 1966.

– *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Scientie Verlag Aalen, 1986, (original, 1801).

FINNIS, J., *Intention & Identity. Collected Essays: Volume II*, Oxford University Press, 2011.

FISCHER, T., “Die Strafrechtliche Bewältigung der **Finanzkrise** am Beispiel der Untreue– Finanzkrise und Strafrecht”, en *ZStW* 123 (2011), pp. 816 y ss.

FISSE, B., “Reconstructing **Corporate Criminal Law**: Deterrence, Retribution, Fault and Sanction”, en *S. Cal. L. Rev.*, Vol. 56, 1982-1983, pp. 1141 y ss.

FISSE, B./BRAITHWAITE, J., “Corporations, Crime and Accountability”, Cambridge University Press, 1993.

FLETCHER, G. P., “The Storrs Lectures: Liberals and Romantics at War: the Problem of **Collective Guilt**”, en *Yale L. J.*, April 10, 2002, pp. 1499 y ss.

– “Strafrecht ohne Straftäter”, en: HEINRICH, M./JÄGER, Ch./ SCHÜNEMANN, B. (Hrsg.) *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlin/New York: De Gruyter, 2011, pp. 793 y ss.

- FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona: Gedisa, 1978.
- *Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas*, Méjico: Siglo Veintiuno, 1997.
 - *Estética, ética, y hermenéutica*, en *Obras esenciales, Vol. III*, Barcelona: Paidós, 1999.
 - *El orden del discurso*, Venezuela: Tusquets, 2004.
 - *El nacimiento de la biopolítica*, Buenos Aires: FCE, 2007.
 - *Vigilar y castigar*. 1ª ed. Madrid: Siglo XXI, 2009.
 - *Wrong-Doing, Truth-Telling. The function of avowal in Justice*, University of Chicago Press, 2014.
- FREIER, F. v., *Kritik der Verbandsstrafe*, Berlin: Duncker & Humblot, 1998.
- “Zurück hinter die **Aufklärung**: Zur Wiedereinführung von Verbandsstrafen”, en *GA* 2009, pp. 98 y ss.
 - “Selbstbelastungsfreiheit für Verbandspersonen”, en *ZStW* 122 (2010), pp. 117 y ss.
- FRENCH, P. A., “The **Corporation as a Moral Person**”, en: MAY, L./HOFFMAN, S. (eds.), *Collective Responsibility. Five decades of debate in theoretical and applied ethics*, Maryland: Rowman & Littlefield, 1991, pp. 133 y ss.
- “Integrity, Intentions, And Corporations”, en *Am. Bus. L. J.*, Vol. 34, 1996, pp. 141 y ss.
- FRIEDMAN, L., “In Defense of **Corporate Criminal Liability**”, en: *Harv. J. L. & Pub. Pol'y*, nº 23, 1999-2000, pp. 833 y ss.
- FRIEDMAN, M., “The social responsability of business is to increase its profit”, *New York Times*, Sept. 13, 1970.
- FRISCH, W., “Sobre el **futuro del derecho penal** de la culpabilidad”, en: FEIJOO SÁNCHEZ (Ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Navarra: Civitas/Thomson, 2012, pp. 19-64.
- “**Strafbarkeit juristischer Personen** und Zurechnung”, en: ZÖLLER, M.A./HILGER, H./KÜPER, W./ROXIN, C. (Hsgb.) *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Berlin: Duncker & Humbolt, 2013, pp. 349 y ss.
 - “¿Sobre la **punibilidad de las personas jurídicas?**”, en WEEZEL, V. (Ed.), *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2013, pp. 805 y ss.

- FROMM, I. E., “Auf dem Weg zur **strafrechtlichen Verantwortlichkeit** von Unternehmen/Unternehmensvereinigungen in Europa?”, en *ZIS* 2007, pp. 279 y ss.
- GALPARSORO, J. I., “El **problema de la conciencia** y sus implicaciones antropológicas en la crítica nietzscheana a Descartes”, en *Revista de Filosofía*, nº 26, 2001, pp. 187-211.
- GARCÍA AMADO, J. A., “**¿Dogmática penal sistémica?**: sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en *Doxa* 23 (2000), pp. 233 y ss.
- “**Sociología sistémica** y política legislativa”, en *AFD* 1988, pp. 254 y ss.
 - “Del **método jurídico** a las teorías de la argumentación”, en *AFD* 1986, pp. 151 y ss.
- GARCÍA CAVERO, P., “La **posición de garantía del empresario**: a propósito del caso Utopía”, en *Libro Homenaje al Prof. Rodríguez Mourullo*, Madrid: Civitas, 2005, pp. 381 y ss.
- “Esbozo de un **modelo de atribución** de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *REJ*, nº 16, 2012, pp. 55 y ss.
- GARZÓN VALDÉS, E., “Los **deberes positivos generales** y su fundamentación”, en *Doxa* 3 (1986), pp. 17 y ss.
- “Consenso, racionalidad y legitimidad”, en *Isegoría*, nº 2, 1990, pp. 13-28.
 - “Algo más acerca de la relación entre **derecho y moral**”, en *Doxa* 8 (1990), pp. 111-130.
 - “El **concepto de legitimidad** de Niklas Luhmann”, en: GARZÓN VALDÉS, E., *Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 509-517.
 - “El enunciado de responsabilidad”, en *Doxa* 19 (1996), pp. 259 y ss.
 - “Introducción” a JASPERS, K., *El problema de la culpa*, Barcelona: Paidós, 1998, pp. 9 y ss.
- GATTINI, A., “A **historical perspective**: from Collective to individual Responsibility and back”, en NOLLKAEMPER, A./VAN DER WILT, H. (Ed.), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, 2009, pp. 101 y ss.
- GIBSON, K., “Fictitious Persons and Real Responsibilities”, en: *J. Bus. Eth.*, 14, 1995, pp. 761 y ss.
- GIDDENS, A., *Las nuevas reglas del método sociológico*, Buenos Aires: Amorrortu, 1987.

– *La constitución de la sociedad. Bases para una teoría de la estructuración*, Buenos Aires: Amorrortu, 1995.

GIERKE, O. v., *Deutsche Genossenschaftsrecht III: Die Staats – und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, Berlin, 1881.

– *Das Wesen der menschlichen Verbände*, Berlin: Buchdruckerei von G. Schade (O. Francke), 1902.

GIMÉNEZ ALCOVER, P., *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Barcelona: Bosch, 1993.

GLAZER, R., “**Measuring the Knower**: Towards a Theory of Knowledge Equity”, en *Cal. M. Rev.*, Vol. 14, nº 3, 1998, pp. 175 y ss.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., “**Sobre lo interno y lo externo**, lo individual y lo colectivo en el concepto penal de culpabilidad”, en: SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (ed. española), *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona: J.M. Bosch, 1997, pp. 269 y ss.

GÓMEZ-JARA, C., “**Distinciones teóricas** en la observación del sistema jurídico-penal: breves apuntes sobre la teoría de reflexión del Derecho penal”, en MONTEALEGRE LYNETT, E. (Coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje a Günther Jakobs. Tomo II*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 15 y ss.

– “El modelo constructivista de **autorresponsabilidad** penal empresarial”, en GÓMEZ-JARA (Ed.), *Modelos de autorregulación empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Navarra: Aranzadi, 2006, pp. 93 y ss.

– “**Autoorganización empresarial** y autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *RECPC* nº 08-05, 2006.

– “El artículo 31.2 del Código penal: cuestiones de lege lata y de lege ferenda”, en: GÓMEZ-JARA (Ed.), *Modelos de autorregulación empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Navarra: Aranzadi, 2006, pp. 239 y ss.

– “La **retribución comunicativa** como teoría constructivista de la pena: ¿el dolor penal como constructo comunicativo?”, en: *InDret* 2/2008.

– “La incidencia e la **autorregulación** en el debate legislativo y doctrinal actual sobre las responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (Eds.), *Autorregulación y sanciones*, Valladolid: Lex Nova, 2008, pp. 279 y ss.

– *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial*, Lima: Ara, 2009.

- “¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una **anticrítica** al símil de la ameba acuñado por Alex van Weezel”, en *Política criminal*, Vol. 5, Nº 10 (Diciembre 2010), pp. 455 y ss.
 - “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la **reforma** de Código penal”, en *La Ley* 14962/2010.
 - “El **injusto típico** de la persona jurídica (tipicidad)”, en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra: Thomson Reuters, 2012, pp. 135 y ss.
 - “**Autoría y participación** en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra: Thomson Reuters, 2012, pp. 211 y ss.
 - “Fundamentos de la responsabilidad penal de las **personas jurídicas**”, en: BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra: Thomson Reuters, 2012, pp. 109 y ss.
 - “La **culpabilidad de la persona jurídica**”, en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra: Thomson Reuters, 2012, pp. 153 y ss.
 - “La **culpabilidad penal (propia) de la persona jurídica**: reto para la teoría, necesidad para la práctica”, en: LLINARES, M./SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (eds.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Barcelona: La ley, 2013, pp. 502 y ss.
- GÓMEZ MARTÍN, V., “**Falsa alarma**: o sobre por qué la ley orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*”, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dir.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 331 y ss.
- GOMPERZ, H., “Individual, Collective and **Social Responsibility**”, en *Ethics*, Vol. 49, No. 3 (Apr., 1939), pp. 329 y ss.
- GRACIA MARTÍN, L., “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias **personas jurídicas**”, *AP*, nº 39, 1993, pp. 583 y ss.
- GÓMEZ MONTORO, Á. J., “La **titularidad de los derechos fundamentales por personas jurídicas**, Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en: *Cuestiones Constitucionales*, Enero-junio, Nº 2, Universidad Autónoma de México, 2000, pp. 23 y ss.

GRUNER, R. S., *Corporate criminal liability and prevention*, Law Journal Press, New York, 2004.

GÜNTHER, K., “**Communicative Freedom**, Communicative Power, and Jurisgenesis”, en: *Card.L.Rev.* 17 (1996), pp. 1035 ss.

– “El **desafío naturalista** para el derecho penal de la culpabilidad”, en *Ciencias Penales*, n° 25, 1997.

– “Welchen **Personenbegriff** braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson”, en: BRUNKHORST, H./NIESEN, P. (eds.); *Das Recht der Republik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, pp. 83 y ss.

– *Schuld und Kommunikative Freiheit*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann (Juristische Abhandlungen, Band 45), 2005.

HAAS, V., “**Organisierte Unverantwortlichkeit** – Wie kann man Kollektive strafrechtlich zur Verantwortung ziehen?”, en KAUFFMANN/REZIKOWSKI (Hrsg.) *Zurechnung und Verantwortung. Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 22.–24. September 2010 in Halle (Saale)*, Baden-Baden: Nomos, 2012, pp. 125 y ss.

HABERMAS, J., *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976.

– *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid: Taurus, 1989 (3ª reimp. 1993).

– “Paradigms of Law”, en ROSENFELD/ARATO (Ed.), *Habermas on Law and Democracy. Critical Exchanges*, University of California Press, 1998, p. 13 y ss.

– *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 4ª ed. Madrid: Trotta, 2005.

HARSCH, H., *Das Schuldproblem in Theologie und Tiefenpsychologie*, Heidelberg: Quelle & Meyer, 1965.

HART, H. L. A., *The concept of law*, Oxford University Press, 1961.

– *Punishment and Responsibility. Essays in the philosophy of law*, Oxford University Press, 2008.

HASSEMER, W., *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HASSEMER, W./ELSCHEID, G., “**Strafe ohne Vorwurf** –Bemerkungen zum Grund der strafrechtlichen Haftung”, en LÜDERSEN/SACK (Hrsg.) *Seminar: Abweichendes Verhalten, Bd. II*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1975, pp. 266 y ss.

- HAUSER, Ch., *Selbstbewußtsein und personale Identität*, Stuttgart: Friedrich Fromann Verlag, 1994.
- HAUBER, K., *Identitätspsychologie*, Berlin: Springer Verlag, 1995.
- HEGEL, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000.
- HEIDBRINK, L., “Die Rolle des **Verantwortungsbegriffs** in der Wirtschaftsethik”, Center for Responsibility Research/Kulturwissenschaftliches Institut Essen, Working Paper Nr. 9/2010.
- HEIDEGGER, M., *Sein und Zeit*, Tübingen: Max Neiemeyer Verlag, 1967.
- HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen insbesondere bei Großrisiken*. Baden-Baden: Nomos, 1995.
- “**Plädoyer für ein Verbandsstrafrecht** als «zweite Spur»”, en ALWART, H. (ed.), *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, München/Mering: Rainer Hampp, 1998, pp. 90 y ss.
 - “**Modelos de responsabilidad** jurídico-penal originaria de la empresa”, en GÓMEZ-JARA (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Navarra: Aranzadi, 2006, pp. 25 y ss.
- HEIL, P., “**Towards a theory of social systems: self-organization and self-maintenance, self-reference and syn-reference**” en *Self-organization and management of social systems*, ULRICH, H./PROBST, G. (eds.) Berlin: Springer-Verlag, 1984, pp. 60 y ss.
- HELD, V., “Can a Random Collection be Responsible?”, en MAY, L./HOFFMAN, S., *Collective Responsibility. Five decades of debate in theoretical and applied ethics*, Maryland: Rowman & Littlefield, 1991, pp. 89 y ss.
- HERMAN, A., *La idea de decadencia en la historia occidental*, Santiago de Chile: Andrés Bello, 1998.
- HETZER, W., “**Schuldlose Sanktionssubjekte**. Unternehmenskriminalität und Verbandsstrafe”, en *Wistra* 1999, pp. 361 y ss.
- HEUBNER, B., “Genuine Collective Emotions”, en *EJPS*, January 2011, Vol. 1, Issue 1, pp. 89 y ss.
- HILGENDORF, E., “**Naturalismus im (Straf-)Recht**. Ein betrag zum Thema ‘Recht und Wissenschaft’”, en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Band 11 (2003), pp. 83-102
- HIRSCH, H. J., “La cuestión de la **responsabilidad penal de las asociaciones de personas**”, en *ADPCP*, 1993, pp. 1099 y ss.

- “Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen”, en: *ZStW* 107 (1995), pp. 285 ss.
- HOBBS, T., *Leviathan, Or the Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civill*, Yale University Press, 2010.
- HÖRNLE, T., “**Gegenwärtige Strafbegründungstheorien**: Die herkömmliche deutsche Diskussion”, en HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (Hrsg.), *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*, Baden-Baden: Nomos, 2011, pp. 11-30.
- *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf?. Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenlehre*, Baden-Baden: Nomos, 2013.
- HOYER, A., *Strafrecht dogmatik nach Armin Kaufmann. Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997.
- HUBIG, Ch., “Verantwortung und Hochtechnologie”, en BAYERTZ (Hrsg.), *Verantwortung. Prinzip oder Problem?*, Darmstadt: Wiss. Buchges, 1995, pp. 98 y ss.
- HUME, D., *A Treatise on Human Nature*, Oxford: Clarendon Press, 1896 (reemp. de L. A. Selby Bigge).
- HUSS, A., “Die Strafbarkeit juristischer Personen”, en *ZStW* 28 (1978), pp. 238 y ss.
- INCIARTE, F., “La identidad del sujeto según Aristóteles”, en *AF*, 1993 (6), pp. 289 y ss.
- *Tiempo, sustancia, lenguaje. Ensayos de metafísica*, Pamplona: ed. L. Flamarique, Eunsa, 2004.
- INNERARITY, D., “Convivir con la inidentidad”, en *AF*, 1993 (26), pp. 361 y ss.
- ISAACS, T., *Moral responsibility in collective contexts*, New York: Oxford University Press, 2011.
- IZUZQUIZA, I., *La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, Barcelona: Anthropos, 1990.
- JÄGER, H., *Individuellen Zurechnung Kollektiven Verhaltens. Zur strafrechtlich-kriminologischen Bedeutung der Gruppendynamik*, Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag, 1985.
- “Strafrecht und **psychoanalytische Theorie**”, en ROXIN, K. (Hrsg.), *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973*, Berlin: De Gruyter, 1974, pp. 125 y ss.
- JAKOBS, G., “Strafrecht zwischen **Funktionalismus** und «alteuropäischem» Prinzipiendenken”, en *ZStW* 107 (1995), pp. 843 y ss.

- *Sociedad, norma y persona en una teoría del Derecho penal funcional*. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- *Derecho penal. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2.ª ed. corregida, Madrid: Marcial Pons, 1997.
- “Sobre la génesis de la obligación jurídica” (traducción de Manuel Cancio Meliá), en *Doxa* 23 (2000), pp. 323 y ss.
- “**Strafbarkeit** juristischer Personen?”, en PRITTWITZ, C. (hrsg.); *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden: Nomos, 2002, pp. 559 y ss.
- “La **imputación jurídico-penal** y las condiciones de vigencia de la norma”, en GÓMEZ-JARA, C. (Ed.) *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada: Comares, 2005, pp. 177 y ss.
- “**Individuo y persona**. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica”, en FEIJOO SÁNCHEZ (Ed.) *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Navarra: Civitas/Thomson, 2012, pp. 169 y ss.
- JASPERS, K., *El problema de la culpa*, Barcelona: Paidós, 1998.
- *Philosophische Autobiographie*, Munich: Piper, 1977.
- JESCHECK, H. H., “Zur Frage der Strafbarkeit der Personenverbänden”, en *DÖV* 1953, pp. 539 y ss.
- “Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von **Personenverbände**”, en *ZStW* 65 (1953), pp. 210 y ss.
- *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. Berlin, 1988.
- JESCHECK, H.-H. /WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin: Duncker&Humbolt, 1996.
- JOERDEN, J. C., “Zurechnungsprobleme bei Gruppen und Kollektiven”, en KAUFMANN/RENIKOWSKY (Hrsg.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004, pp. 135 y ss.
- JONAS, H., *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona: Herder, 1995.
- JUNG, K. J., *Civilización en transición*, en *Obras Completas, Vol. 10*, Madrid: Trotta, 2001.
- KAFKA, F., *Der proceß*, Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch Verlag, 1976.
- KAHAN, D. M., “What do **Alternative Sanctions** Mean”, en: *U.Ch.L.Rev.* 63 (1996), pp. 591 y ss.

KANT, I., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Phillip Reclam Jun. Stuttgart, 1984 (citado también según la traducción española: *Fundamentos para una metafísica de las costumbres*, Madrid: Alianza, 2002).

– *Die Metaphysik der Sitten*, Königsberg: Nicolovius, 1979 (reeditado por: Harald Fischer, 1990) (citado también según la traducción española: *Metafísica de las costumbres*, Madrid: Tecnos, 2005).

KARGL, W., “¿**Sociedad sin sujetos** o sujetos sin sociedad? Una crítica a la crítica contra la concepción sociológica del derecho como sistema autopoiético”, en GÓMEZ-JARA, C. (Ed.) *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada: Comares, 2005, pp. 41 y ss.

KAUFMANN, Armin, *La teoría de las normas*, (Trad. Garzón Valdés, E./Bacigalupo, E.) Buenos Aires: DePalma, 1977.

KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1961.

KELKER, B., “Die **Strafbarkeit juristischen Personen** unter europäischem Konvergenzdruck”, en AMELUNG, K./GÜNTHER, H-L./KEINER, H-H., *Festschrift für Volker Krey Zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010*, Stuttgart: W. Kohlhammer, 2010, pp. 221 y ss.

KELSEN, H., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 2 Aufl., Tübingen, 1928.

– *Reine Rechtslehre*, Österreichische Staatsdruckerei Wien, 1992 (ed. 1960).

– *Teoría pura del derecho*, 1ª ed. De 1934, Madrid: Trotta, 2011.

KIM RIPKEN, S., “Citizens United, **Corporate Personhood**, and Corporate Power: the Tension Between Constitutional Law and Corporate Law”, en 6 *JLPP* (2012), Chapman University Law Research Paper n°. 12-10, pp. 285 y ss.

KINDHÄUSER, U., “La **fidelidad al derecho** como categoría de la culpabilidad”, en RPDJP (Lima, 2000), pp. 171 y ss.

– “Rechtstreue als Schuldkategorie”, en *ZStW* 107 (1995), pp. 701 y ss.

KIRCH-HEIM, C., *Sanktionen gegen Unternehmen. Rechtsinstrumente zur Bekämpfung unternehmensbezogener Straftaten*, Berlin: Duncker&Humbolt, 2007.

KLESCZEWSKI, D., “**Gewinnabschöpfung** mit Säumniszuschlag: Versuch über die Rechtsnatur der Verbandsgeldbuße (130 OWiG)”, en *Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag am 15. September 2008*, Berlin: De Gruyter, 2008, pp. 179 y ss.

- KOHLHOFF, Ch., *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, Berlin: Duncker & Humboldt, 2003.
- KOHLER, J., *Leitfaden des deutschen Strafrechts*, Leipzig: Deichert, 1912.
- “Die Straffähigkeit der juristischen Person”, en *GA* 64 (1917), pp. 499 y ss.
- KÖHLER, M., *Der Begriff der Strafe*, Heidelberg: Decker&Müller, 1986.
- “Iustitia distributiva”, en *ARSP* 79 (1993), pp. 457 y ss.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Berlín, Heidelberg, Nueva York: Springer, 1997.
- “La **imputación subjetiva**: Estado de la cuestión” (traducción de Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez), en: SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Ed.), *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Madrid: Civitas, 2000, pp. 71 y ss.
- KORIATH, H., *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1994.
- KORSGAARD, Ch., *Las fuentes de la normatividad*, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- KÖSTLIN, Ch. R., *System des deutschen Strafrechts*, 1855 (Neudruck 1978).
- Kubiciel, M., “**Shame Sanctions**. Ehrenstrafen im Lichte der Straftheorie”, en *ZStW* 118 (2006), pp. 45 y ss.
- KUDLICH, H. “Compliance mediante **punibilidad de asociaciones**”, en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA, *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 283 y ss.
- KUHLEN, L., “Cuestiones fundamentales de **Compliance y derecho penal**”, en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA, *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 51 y ss.
- KRANNICH, J. M., “The **Corporate “Person”**: a New Analytical Approach to a Flawed Method of Constitutional Interpretation”, en *Loy. U. Chi. L. J.*, vol. 37, 2005, pp. 61 y ss.
- KRAWIETZ, W., “**Theorie der Verantwortung** –neu oder alt? Zur normativen Verantwortungs-attribution mit Mitteln des Rechts”, en BAYERTZ (Hrgb.), *Verantwortung. Prinzip oder Problem?*, Darmstadt: Wiss. Buchges, 1995, pp. 84 y ss.
- “**Sistemas jurídicos modernos en transición**. Sobre la comunicación jurídica en las teorías contemporáneas de las normas y de la acción”, en *Doxa* 21-1 (1998), pp. 123 y ss.

- KREINER RAMIREZ, M., “The Science Fiction of **Corporate Criminal Liability**: Containing the Machine through the Corporate Death Penalty”, en *Arz. L. Rev.*, Vol. 47:933, 2005, pp. 953 y ss.
- KREKELER, W., “Brauchen wir ein **Unternehmensstrafrecht?**”, en EBERT, U. et al (eds.), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999*, Berlin, New York: De Gruyter, 1999, pp. 639 y ss.
- LADD, J., “**Collective and individual moral responsibility** in engineering: some questions”, en *IEEE Technology and Society Magazine*, Vol. 1, 1982, pp. 3 y ss.
- LAMPE, E. -J., “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, en *ZStW* 106 (1994), pp. 683 y ss.
- “Zur **ontologischen Struktur** des strafbaren Unrechts”, en: WEIGEND, T./KÜPPER, G. (eds.); *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*. Berlín, New York: Walter de Gruyter, 1999, pp. 83 y ss.
- *Strafphilosophie. Studien zur Strafgerechtigkeit*, Köln: Carl Heymanns, 1999.
- *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Lima: Editora jurídica Grijley, 2003.
- LARENZ, K., “Hegels Dialektik des Willens und das Problem der **juristischen Persönlichkeit**”, en *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, Band XX (1931), pp. 196 y ss.
- LAUFER, W. S., “La **culpabilidad empresarial** y los límites del derecho”, en GÓMEZ-JARA (Ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Navarra: Aranzadi, 2006, pp. 69 y ss.
- *Corporate bodies and guilty minds. The failure of the corporate criminal liability*, Chicago/London: University of Chicago Press, 2006.
- LAUFER, W. S., /STRUDLER, A., “**Corporate Intentionality**, Desert, and Variations of Vicarious Liability”, en *37 Am. Crim. L. Rev.*, 2000, pp. 1285 y ss.
- LEGE, J., “Die Zurechnung neuer Risiken”, en: KAUFMANN/RENIKOWSKY (Hrsg.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004, pp. 173 y ss.
- LEIPOLD, K., “**Plädoyer** gegen die Einführung eines Unternehmensstrafrechts”, en BUB/MEHLE/SCHUMANN (Hrsg.), *Recht und Politik: Festschrift für Peter Gauweiler*, Wolters Kluwer Deutschland, 2009, pp. 375 y ss.

- LEIST, A., “**Kollektive Güter** und individuelle Verantwortung”, en *Analyse & Kritik*, vol. 11 (1989), pp. 179 y ss.
- LENK, H./MARING, M., “Wer soll **Verantwortung** tragen? Probleme der Verantwortungsverteilung in komplexen (soziotechnischen-sozioökonomischen) Systemen”, en BAYERTZ (Hrsg.), *Verantwortung. Prinzip oder Problem?*, Darmstadt: Wiss. Buchges, 1995, pp. 241 y ss.
- LESCH, H., *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1999.
- LÉVI-STRAUSS, C., *El pensamiento salvaje*, México: Fondo de Cultura Económica, 1972.
- LEWIS, H. D., “Collective responsibility (A Critique)”, en MAY, L./HOFFMAN, S., *Collective Responsibility. Five decades of debate in theoretical and applied ethics*, Maryland: Rowman & Littlefield, 1991, pp. 17 y ss.
- LEWISCH, P./PARKER, J., *Strafbarkeit der juristischen Person?: Die Unternehmensstrafe in rechtspolitischer und rechtsdogmatischer Analyse*, Wien: Manz, 2001.
- LISZT, F. V., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1908.
- LÓPEZ DE LIZAGA, J. L., *Lenguaje y sistemas sociales. La teoría sociológica de Jürgen Habermas y Niklas Luhmann*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2012.
- LOTT Jr., J. R., “Corporate Criminal Liability”, en *Encyclopedia of Law and Economics* (2000), pp. 494 y ss.
- LOTTER, M.-S., *Scham, Schuld, Verantwortung. Über der kulturellen Grundlagen der Moral*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012.
- LÜBBE, W., *Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, Freiburg/München: Verlag Karl Alber, 1998.
- LUCENA CID, I. V., “La **intencionalidad colectiva**: un modelo explicativo de la acción y aceptación social”, en *RTFD*, nº 14, 2011.
- LÜDERSSEN, K., «Strafrecht zwischen **Funktionalismus** und Prinzipiendenken», *ZStW* (1995) 4, pp. 577 y ss.
- “The **Aggregative Model**: Jenseits von Fiktionen und Surrogaten”, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (Hrsg.), *Unternehmensstrafrecht*, Berlin/Boston: De Gruyter, 2012, pp. 79 y ss.

- “**Interventionsrecht gegen Unternehmen?** – Skizze eines neuen Haftungstypus”, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (hsgb.), *Unternehmensstrafrecht*, Berlin/Boston: De Gruyter, 2012, pp. 387 y ss.
- LUHMANN, N., *Ilustración sociológica y otros ensayos*, Buenos Aires: Ed. Sur, 1973.
- *Soziologische Aufklärung I, Aufsätze zur Theorie Sozialer Systeme, Band I*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1974.
- “Die **Funktion des Rechts**: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?”, en ARSP n° 8, 1974, pp. 30 y ss.
- “The **Future Cannot Begin**. Temporal Structures in Modern Society”, en *Social Research* 43 (1976), pp. 130-152.
- *Legitimation durch Verfahren*, 1ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983.
- *Rechtssoziologie*, 2ª ed., Opladen, 1983,
- *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- *Fin y racionalidad en los sistemas*, 1ª ed. Madrid: Ed. Nacional, 1983.
- *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984.
- *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Barcelona: Paidós, 1990.
- *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990.
- *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.
- *Soziologische Aufklärung 6. Die Soziologie und der Mensch*. 1ª ed. Darmstadt: Westdeutscher Verlag, 1995.
- “Individuo, individualidad, individualismo”, en *ZA*, 70-71 (1995), pp. 53 y ss.
- *Introducción a la teoría de sistemas. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrete*, 3ª reimp., Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996.
- *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.
- *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Barcelona: Anthropos, 1998.
- *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*, Madrid: Trotta, 1998.
- *Organización y decisión*, México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2010.
- LÜTOLF, S., *Strafbarkeit der juristischer Person*, Zürich: Schulthess Polygraph. Verlag, 1997.

- LUZÓN PEÑA, D.-M., “Prevención general y psicoanálisis”, en MIR PUIG (ed.) *Derecho Penal y ciencias sociales*, Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, pp. 141 y ss.
- MACINTYRE, A., *Tras la virtud*, Barcelona: Crítica, 2001.
- MAIHOLD, H., *Strafe für Fremde Schuld?. Die Systematisierung des Strafbegriffs in der spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre*, Köln: Böhlau, 2005.
- MAÑALICH, J. P., “Pena y ciudadanía”, en *REJ*, nº6, 2005, pp. 63 y ss.
- “**Organización delictiva**. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”, en *RChD*, Vo. 38, nº 2, 2011, pp. 279 y ss.
- MATA, N. J. de la/ BILBAO, M./ALGORTA, M., “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: **instrumentos de prevención** en el seno corporativo”, en *La Ley Penal. Estudios Monográficos*, nº 87, 2011.
- MAURACH, R., *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, Hannover: Wolfenbütteler Verlagsanstalt KG., 1948.
- MATURANA, H./VARELA, F., *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis, La organización de lo vivo*, Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1994.
- MELLEMA, G., *Collective responsibility*, Amsterdam: Rodophi, 1997.
- MERKEL, A., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart: Enke, 1889.
- MERKEL, R., *Willensfreiheit und rechtliche Schuld. Eine strafrechtsphilosophie Untersuchung*, Baden-Baden: Nomos, 2008.
- MERTON, R. K., *Teoría y estructura sociales*, México: Fondo de Cultura Económica, 2004.
- MEUTER, N., *Narrative Identität. Das Problem der personalen Identität im Anschluß an Ernst Tugendhat, Niklas Luhmann und Paul Ricoeur*, Stuttgart: M&P, 1993.
- MILGRAM, S., *Obediencia a la autoridad. Un punto de vista experimental*, 4º ed., Bilbao: Desclée De Brouwer, 1980.
- MILLER, S./MAKELA, P., “The Collectivist Approach to **Collective Moral Responsibility**”, en *Metaphilosophy*, vol. 36, No. 5, October 2005, pp. 634 y ss.
- MIR PUIG, S., “Una **tercera vía** en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *REDPC* 06 (2004).
- “**Límites del normativismo** en derecho penal”, en *RECPC* 07-18 (2005).
- *Bases constitucionales del derecho penal*, Madrid: Iustel, 2011.
- MOELLER, H.-G., *The radical Luhmann*, New York: Columbia University Press, 2012.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Responsabilidad jurídica y libertad (Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad)*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

MONTORO BALLESTEROS, A., “Sobre la relaciones y las funciones recíprocas entre **derecho y moral**”, en *Anales de derecho*, nº 13, 1995, pp. 119 y ss.

– “**El funcionalismo en el Derecho**: Notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs”, en *Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época*, Vol. 8, 2007, pp. 365 y ss.

MORGESON, F. P./HOFMANN, D. A., “The Structure and Function of **Collective Constructs**: Implications for Multilevel Research and Theory Development”, en *Acad. Manag. Rev.*, 1999, Vol. 24, nº 2, pp. 249 y ss.

MÜSSIG, B., *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter **Rechtsgüterschutz***, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1994.

– “Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la **imputación objetiva** en derecho penal. Puntos de partida para una sistematización”, en GÓMEZ-JARA, C. (Ed.) *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada: Comares, 2005, pp. 197 y ss.

– “**Zurechnungsformen** als gesellschaftliche Praxis”, en PAWLIK/ZACZYK (Hrsg.) *Festschrift für Günther Jakobs. zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Carl Heymanns Verlag, 2007, pp. 405 y ss.

NAGEL, C., “Was ist ein **Unternehmen aus psychodynamischer Sicht** und wie sollte es haften? –Unternehmensstrafrecht aus Sicht von Behavioural Economics und Behavioural Strategy”, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (hsgb.), *Unternehmensstrafrecht*, Berlin/Boston: De Gruyter, 2012, p. 153 y ss.

NASSEHI, A., “**Wie wirklich sind Systeme**. Zum ontologischen und epistemologischen Status von Luhmanns Theorie selbstreferentieller Systeme”, en KRAWIETZ/WELKER (Hsgb.), *Kritik der Theorie sozialer Systeme*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, pp. 43 y ss.

– “La diferencia de la comunicación y la comunicación de la diferencia: sobre los fundamentos de la teoría de la comunicación en la teoría social de **Niklas Luhmann**”, en GÓMEZ-JARA, C. (Ed.) *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada: Comares, 2005, pp. 21 y ss.

NEBEL, M., *La categoría moral de pecado estructural*, Madrid: Trotta, 2011.

- NECKEL, S., “**Kollektiv und institutionelle Verantwortung** aus soziologischer und philosophischer Perspektive”, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (hsgb.), *Unternehmensstrafrecht*, Berlin/Boston: De Gruyter, 2012, pp. 73 y ss.
- NEUHÄUSER, Ch., *Unternehmen als moralische Akteure*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.
- NEUMANN, U., “Das Corpus Juris im Streit um **europäisches Strafrecht**”, en HUBER (Hrsg.), *Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts*, Freiburg: Iuscrim, 2000, pp. 67 y ss.
- “Hat die **Strafrechtsdogmatik** eine Zukunft?”, en PRITTWITZ, C./MANOLEDAKIS, I. (eds.), *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende. Deutsch-Griechisches Symposium Rostock 1999*. Baden-Baden: Nomos, 2000, pp. 119 y ss.
 - “La interpretación ontológica, funcional y ético-social del principio jurídico-penal de **culpabilidad**”, en *RDPCr*, 2.^a Época, n.º 13 (2004), pp. 135 y ss.
 - “Strafrechtliche Verantwortlichkeit von **Verbänden** –rechtstheoretische prolegomena–”, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (hsgb.), *Unternehmensstrafrecht*, Berlin/Boston: De Gruyter, 2012, pp. 13 y ss.
- NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid: Iustel, 2008.
- “**Problemas fundamentales** del cumplimiento normativo en el Derecho penal”, en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA, *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 21 y ss.
- NIETZSCHE, F., *Also Sprach Zarathustra*, München: Wilhelm Goldmann Verlag, 1958.
- *Werke. Kritische Gesamtausgabe*, Berlin: De Gruyter, 1976.
 - *La genealogía de la moral*, Madrid: Alianza, 1998.
 - *El Anticristo*, Madrid: Alianza, 2003.
- NINO, C. S., *El constructivismo ético*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- NOLLKAEMPER, A./VAN DER WILT, H., “Introduction”, en: NOLLKAEMPER/VAN DER WILT (Ed.), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, 2009, pp. 9 y ss.
- OCTAVIO TOLEDO Y UBIETO, E., “¿Responsabilidad penal para los entes sociales?”, *ADPCP*, 2009, pp. 93 y ss.

ORCE, G., “Responsabilidad penal de las **personas jurídicas**”, en: MONTEALEGRE LYNETT, E. (Coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. Tomo II*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 367 y ss.

ORTIZ DE URBINA, I., “La responsabilidad penal de las **personas jurídicas** y su impacto en el derecho penal económico”, en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (Dir.) *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Madrid: La Ley, 2013, pp. 457 y ss.

– “**Sanciones penales contra empresas** en España (hispanica societates delinquere potest)”, en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA, *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 263 y ss.

OSTERMEYER, H., “Kollektivschul im Strafrecht”, *ZRP*, Heft 4/1971, pp. 76 y ss.

OTTO, H., *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbände*. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1993.

– “**Ethik**, rechtlicher Rahmen und strafrechtlicher Sanktionen beim unternehmerischen Handeln”, en AMELUNG, K./GÜNTHER, H-L./KEINER, H-H., *Festschrift für Volker Krey Zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010*, Stuttgart: W. Kohlhammer, 2010, pp. 375 y ss.

PALAVECINO CÁCERES, C., “Culpa y castigo en la Antigua Grecia”, en *Derecho y Humanidades*, n° 16, 1, 2010, pp. 373 y ss.

PASHUKANIS, E. *Law & Marxism, A general theory*, Eastborne, UK: Pluto, 1978.

PAWLIK, M., *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Carl Heymanns Verlag, 1999.

– “Der Bürger möchte bestraft werden”, en: *Frankfurter Allgemeine Zeit.* 14.03.2005.

– “Der **wichtigste dogmatische Fortschritt** der letzten Menschenalter? - Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht”, en DANNECKER (Hrsg.) *Festschrift für Harro Otto: zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Köln/Berlin/München: Carl Heymann Verlag, 2007, pp. 133 y ss.

– “Strafrechtswissenschaftstheorie”, en PAWLIK/ZACZYK (Hrsg.) *Festschrift für Günther Jakobs. zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Carl Heymanns Verlag, 2007, pp. 469 y ss.

– *La libertad institucionalizada*, *Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2010.

– *Das Unrecht des Burgers*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

PEGLAU, J., “**Unschuldsvermutung** und Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung wegen noch nicht rechtskräftig abgeurteilter neuer Straftat”, en *JA* 2001, pp. 244 y ss.

– “**Unbeantwortete Fragen** der Strafbarkeit von Personenverbänden”, en *ZRP* 2001, Heft 9, pp. 402 y ss.

– “**Strafbarkeit von Personenverbänden** – Problematik und Entwicklungen–”, en *JA* 2001, Heft 7, pp. 606 y ss.

PEÑARANDA RAMOS, E., “Sobre la influencia del **funcionalismo** y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y la teoría del delito”, en *Doxa* 23 (2000), pp. 289 y ss.

PÉREZ DEL VALLE, C., *Estudios sobre los fundamentos del derecho penal*, Madrid: Dykinson, 2007.

– *La imprudencia en derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, Barcelona: Atelier, 2012.

– “Teoría penal en Aristóteles” (Manuscrito)

– “Filosofía versus política criminal”, en CREMADES (Dir.)/FERNÁNDEZ DE LARÁNDALA/WENEGER (Coord.), *Libro en conmemoración del Aniversario de Cremades y Calvo Sotelo Abogados* (en prensa).

– Derecho penal. Parte general. Lecciones (en prensa)

PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid. 1990.

– “La responsabilidad penal de las **personas jurídicas**”, en *AP* 1995-2, pp. 15 y ss.

– “**Fundamento y fines del Derecho penal**. Una revisión a la luz de las aportaciones de la Neurociencia”, en *InDret* 2/2011.

PETTIT, P. *Una teoría de la libertad*, Losada, 2006.

– “The reality of **group agents**”, en MANTZAVINOS (ed.), *Philosophy of the Social Sciences, Philosophical Theory and Scientific Practice*, Cambridge University Press, 2009, pp. 67 y ss.

PRITTWITZ, C., *Strafrecht und Risiko. Untersuchung zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main: Vittorio Klosterman, 1993.

– “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los **Compliance officers**”, en: KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA, *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 207 y ss.

- PRITTWITZ, C./GÜNTHER, K., “Individuelle und **Kollektive Verantwortung** im Strafrecht”, en HERZOG/NEUMANN (hrgb.) *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2010, pp. 331 y ss.
- PRÜMM, D., *Unternehmen als autopoietische Systeme – Grundlegende Überlegungen*, Marburg: Tectum, 2005.
- PUNCH, M., “**Why Corporations Kill** and Get Away With It: The Failure Of Law To Cope With Crime In Organizations”, en: NOLLKAEMPER/VAN DER WILT (Ed.), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, 2009, pp. 42 y ss.
- QUAID, J. A., “The assessment of **Corporate Criminal Liability** on the basis of Corporate Identity: An Analysis”, en *Mc. Gill L. J.* 43 (1998), pp. 67 y ss.
- QUANTE, A., *Sanktionsmöglichkeiten gegen juristische Personen und Personenvereinigungen*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005.
- QUECK, N., *Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes zugunsten von Unternehmen*, Berlin: Duncker & Humboldt, 2005.
- RANSIEK, A., *Unternehmensstrafrecht. Strafrecht – Verfassungsrecht – Regelungsalternativen*, Heidelberg: C.F. Müller, 1996.
- “Zur strafrechtlichen Verantwortung von **Unternehmen**”, en *NZWiSt* 2/2012, pp. 45 y ss.
- “Überlegungen zur strafrechtlichen Verantwortung des **Unternehmensträgers**», en KEMPF/LÜDERSEN/VOLK (Hrgb.), *Unternehmensstrafrecht*, Berlin/Boston: De Gruyter, 2012, pp. 285 y ss.
- RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, México: Fondo de Cultura Económica, 1995.
- “Justice as reciprocity” en GOROVITZ (ed.) *John Stuart Mill, Utilitarianism*, Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1971, pp. 244 y ss.
- REICH, R. B., *Supercapitalism. The transformation of Business, Democracy and everyday life*, New York: Vintage Books, 2008.
- REYES ALVARADO, Y., “Die Verbandshaftung”, en SIEBER/DANNECKER (Hrgb.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für zum Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln: Karl Heymann Verlag, 2008, pp. 413 y ss.
- RICOEUR, P., *Finitud y culpabilidad*, Madrid: Taurus, 1982.
- *Sí mismo como otro*, Madrid: Siglo XXI, 1996.
- *Lo justo*, 2ª ed. Madrid: Caparrós ed., 2003.

- “Ética y moral”, en GÓMEZ, Carlos (Ed.) *Doce textos fundamentales de la Ética del siglo XX*, Madrid: Alianza, 2002 (3ª reimp. 2007), pp. 241 y ss.
- *El conflicto de las interpretaciones*, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- ROBLES PLANAS, R., “¿**Delitos de personas jurídicas**? A propósito de la ley Austriaca de la responsabilidad de agrupaciones por hechos delictivos”, en *InDret* 2/2006.
- “El **hecho propio** de las personas jurídicas y el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, en *InDret* 2/2009.
- “**Pena y persona jurídica**: crítica del artículo 31 bis CP (1)”, en *Diario La Ley*, nº 7705, 2011.
- “La identidad de la **dogmática jurídico-penal**”, en *ZIS* 2/2012, pp. 134 y ss.
- “**Introducción** a la edición española. Dogmática de los límites al derecho penal” en ROBLES PLANAS (ed.) *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona: Atelier, 2012, pp. 19 y ss.
- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., “Las penas aplicables a las personas jurídicas tras la **reforma legislativa de 2010**”, en *CPC*, nº 105, 2011, pp. 173 y ss.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “La responsabilidad penal de las **personas jurídicas** desde las perspectivas político-criminal y dogmática”, en *Otrosí*, nº 6, abril-junio 2011, pp. 8 y ss.
- “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los **principios básicos** del sistema”, en *Rev. Abogados*, Sept. 2010, pp. 39 y ss.
- ROJAS PARADA, P., “Significado, convenciones y comunicación según **Donald Davidson**”, en *RF*, vol. 27, nº1 (2002), pp. 43 y ss.
- ROSAL BLASCO, B del. “La delimitación típica de los llamados **hechos de conexión** en el nuevo artículo 31 bis, nº 1, del Código Penal”, en *CPC*, nº 103, 2011, p. 42 y ss.
- ROSO CAÑADILLAS, R., “Las **fuentes de imputación** de la responsabilidad penal corporativa”, en *La Ley Penal*, nº 81, 2011, pp. 4 y ss.
- ROTSCH, T., *Individuelle Haftung in Großunternehmen: Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, Baden-Baden: Nomos, 1998.
- “**Unternehmen, Umwelt und Strafrecht**- Ätiologie einer Misere (Teil 2)”, *Wistra* 9 (1999), pp. 370 y ss.
- ROUSSEAU, J.-J., *Del contrato social*, Madrid: Alianza, 1998.

– *Sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Madrid: Alianza, 1998.

ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General, Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito*. (trad. de Luzón Peña/Miguel Díaz/García Conlledo/de Vicente Remesal), Madrid: Civitas, 1997.

ROTH, A., *Kollektive Gewalt und Strafrecht. Die Geschichte der Massedelikte in Deutschland*, Berlin: Erich Schmidt Verlag, 1989.

ROTHENPIELER, F. W., *Der Gedanke einer Kollektivschuld in juristischer Sicht*, Berlin: Duncker&Humbolt, 1982.

RUBIO CARRACEDO, A., *El hombre y la ética: humanismo crítico, desarrollo moral, constructivismo ético*, Barcelona: Anthropos, 1987.

RUDDER BAKER, L., “Unity without identity”, en *Mid. S. Phil.*, XXIII (1999), pp. 144 y ss.

– “Why constitution is not identity”, en *J. Phil.*, Vol. 94, No. 12 (Dec., 1997), pp. 599 y ss.

RYLE, G., *El concepto de lo mental*, Madrid: Paidós, 2005.

SACHER, M., “**Systemtheorie und Strafrecht. Kritik der rollenbezogenen Zurechnungslehre**”, en *ZStW* 118 (2006), Heft 3, pp. 574 y ss.

SALVADOR CODERCH, P./FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Causalidad y responsabilidad (3º ed.)” en *InDret* 1/2006

SALVADOR CORDECH, P./GAROUPA, N./GÓMEZ LIGÜERRE, C., “**El círculo de responsables**. La evanescente distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva”, en *InDret* 4/2005.

SÁNCHEZ-OSTIZ, P.. “**Recensión a Klaus Günther**, Schuld un Kommunikative Freiheit”, en *InDret*, nº 3, 2006.

– *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Montevideo: BdF, 2008.

SANZ ENCINAR, A., “**Concepto jurídico de responsabilidad** en la teoría general del derecho”, en *AFDUAM* 4 (2000), pp. 27 y ss.

SARTRE, J.-P., *El existencialismo es un humanismo*, Barcelona: Edhasa, 1999.

SAVIGNY, F. K. von, *System des heutigen römischen Rechts, Bd. II*. [reimpresión de la edición de 1840]. Aalen: Scientia, 1974.

- SCOTT, W. G., *Organization theory. A behavioral Analysis for Management*, Illinois: Richard D. Irwin, 1967.
- SCHECHTMAN, M., “Personal identity and the past”, en *PPP*, Vol. 12, No. 1, March 2005, pp. 9 y ss.
- SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid: Tecnos, 1996.
- SCHMITT-LEONARDY, Ch., “Das interpretatorische Konstrukt ‘**Unternehmen**’ hinter der ‘**Unternehmenskriminalität**’”, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (Hrsg.), *Unternehmensstrafrecht*, Berlin/Boston: De Gruyter, 2012, pp. 130 y ss.
- *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, Heidelberg: C.F. Müller, 2013.
- SCHMITZ, R., “**Bestrafung von Unternehmen** –Abkehr vom Schuldstrafrecht”, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (Hrsg.), *Unternehmensstrafrecht*, Berlin/Boston: De Gruyter, 2012, pp. 311 y ss.
- SCHMÖLZER, G., “**Straftaten im Internet**: eine materiell-rechtliche Betrachtung”, en *ZStW* 123 (2011), pp. 709 y ss.
- SCHROTH, H.-J., *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte. Eine Studie zum Unternehmensstrafrecht*, Gießen: Brühlscher Verlag, 1993.
- SCHULZ, L., “Zur Beschleunigung der **Lebensverhältnisse**. Überlegungen zur angemessenen Reaktion im Strafrecht”, en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), *Von unmöglichen Zustand des Strafrecht*, Frankfurt am Main, 1995, pp. 407 y ss.
- SCHUMACHER, W., “Gruppendynamik und Straftat”, en *NJW* 1980, Heft 35, pp. 1880 y ss.
- SCHÜNEMANN, B. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit des Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln: Karl Heymanns Verlag, 1979.
- “La **punibilidad** de las personas jurídicas desde la perspectiva europea” (trad. de Peñaranda Ramos), en: VVAA., *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: BOE, 1995, pp. 565 y ss.
- “Criticising the notion of a Genuine Criminal Law Against **Legal Entities**”, en: ESER, A./HEINE, G./HUBER, B. (eds.), *Criminal Responsibility of Collective and Legal Entities*, Freiburg: Ius Crim, 1999, pp. 225 y ss.
- “**Responsabilidad penal** en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, en *ADPCP*, 2002, pp. 9 ss.

- “Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der **Strafrechtsschuld**”, en *Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Drucker&Humbolt, 2003, pp. 537 y ss.
- “Strafrechtliche Sanktionen gegen **Wirtschaftsunternehmen?**”, en SIEBER/DANNECKER (Hrsg.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für zum Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln: Karl Heymann Verlag, 2008, pp. 429 y ss.
- “Die **sogenannte Finanzkrise** – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?”, en SCHÜNEMANN (Hrsg.), *Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?*, Berliner Wissenschaft-Verlag, 2010, pp. 71 y ss.
- SEARLE, J., *La construcción de la realidad social*, Barcelona: Paidós, 1997.
- SEELMANN, K., *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, Berlin: Walter de Gruyter, 2002.
- “**Punibilidad de la empresa**: causas, paradojas y consecuencias”, en: GARCÍA CAVERO, P. (Coord.), *La responsabilidad de las personas jurídicas, órganos y representantes*. Lima: Ara editores, 2002, pp. 37 ss.
- “La **dispersión de la responsabilidad** como límite de la pena”, en ROBLES PLANAS (ed.) *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona: Atelier, 2012, pp. 213 y ss.
- SESSAR, K., “Die **Resozialisierung der strafenden Gesellschaft** – Gedanken zu einer Tagung der Stuttgarter Gemeinschaft ‘Arzt und Seelsorger’”, en *ZStW* 81 (1969), pp. 372 y ss.
- SHEPPARD, J., “The **Corporate Moral Person**: The Organization’s Personality and Its Board”, en *J. Bus. Soc.*, 7 (2) (1994), pp. 151 y ss.
- SIEBER, U., “Compliance-Programme im **Unternehmensstrafrecht**. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität” en SIEBER/DANNECKER (Hrsg.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für zum Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln: Karl Heymann Verlag, 2008, p. 449 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona: J.M.Bosch, 1992.
- “**Responsabilidad penal de las empresas** y de sus órganos en Derecho español”, en SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (ed. española), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho*

- Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: J.M. Bosch, 1995, pp. 357 ss.
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001.
 - “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las **consecuencias accesorias** del art. 129 del Código penal”, en AA.VV., *Derecho penal económico*. Madrid: Consejo General del Poder judicial, 2001, pp. 307 ss.
 - *Normas y acciones en derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2003.
 - “Del Derecho abstracto al Derecho ‘real’”, en *InDret* 4/2006.
 - “¿Quién debe responder de los **ilícitos medioambientales**? Sujetos y criterios de imputación de responsabilidad por ilícitos medioambientales”, en *Incidencia medioambiental y derecho sancionador*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 139 y ss.
 - “**Identidad** en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio «jurisdiccional» de imputación de responsabilidad entre agente y acusado”, en GARCÍA VALDÉS, C. *et al* (eds.) *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo II*, Madrid: Edisofer, 2008, pp. 661 y ss.
 - “La **actuación** en una empresa como atenuante del delito”, en *InDret* 2/2009, Editorial.
 - “La **reforma** del código penal: una aproximación desde el contexto”, en *Diario La Ley*, nº 7464, 2010.
 - “¿Responsabilidad penal y/o responsabilidad estructural?”, en *InDret* 3/2011, Editorial.
 - “La responsabilidad penal de las **personas jurídicas** en derecho español”, en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, nº 65 (Enero-Abril 2012), pp. 7 y ss.
 - “**Deberes de vigilancia** y Compliance empresarial”, en KUHLEN/ MONTIEL/ORTIZ DE URBINA, *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 79 y ss.
 - *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, Madrid: Edisofer, 2013.
- SIMMEL, G., *Sociología I. Estudios sobre las formas de socialización*, Madrid: Alianza, 1986.
- SIMPSON, G., “**Men And Abstract Entities: Individual Responsibility And Collective Guilt In International Criminal Law**”, en NOLLKAEMPER, A./VAN DER WILT, H. (eds.),

System Criminality in International Law, Cambridge University Press, 2009, pp. 69 y ss.

SKEEL, JR., D. A. “Shaming in corporate law”, en *U. Penn. L. Rev.*, vol. 149 (2001), pp. 1811 y ss.

STRATENWERTH, G., “Strafrechtliche Unternehmenshaftung?”, en GEPPERT, K. *et al* (eds.), *Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag*. Tübingen: Mohr, 1992, pp. 295 y ss.

STRAWSON, P. F., *Libertad y resentimiento*, Barcelona, Paidós, 1995.

TAYLOR, C., *Philosophical papers vol. 1: Human agency and language*, Cambridge University Press, 1985.

– *Las fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, Barcelona: Paidós, 2006.

TEUBNER, G., “Substantive & Reflexive Elements in Modern Law”, en *L.&Soc.Rev.* 17 (1983), pp. 239 y ss.

– “Enterprise Corporatism. New Industrial Policy and the “Essence” of the Legal Person”, en *Am.J.Comp.L.* 36 (1988), pp. 130 y ss.

– *Recht als autopoietische System*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989.

– *Law as an autopoietic system*, Oxford: Blackwell, 1993.

– “The **Invisible Cupola**: From Casual to Collective Attribution in Ecological Liability”, en *Card.L.Rev.* 15 (1994), pp. 429 y ss.

– “Die unsichtbare “Cupola”: Kausalitätskrise und **kollektive Zurechnung**”, en LÜBBE (ed.) *Kausalität und Zurechnung. Über Verantwortung in komplexen Kulturellen Prozessen*, Berlin/New York: De Gruyter, 1994, pp. 91 y ss.

– “**De Collisione Discursuum**. Communicative Rationalities in Law, Morality and Politics”, en ROSENFELD/ARATO (ed.) *Habermas on Law and Democracy*, University of California Press, 1998, pp. 173 y ss.

– “El **derecho como sujeto epistémico**: hacia una epistemología constructivista del Derecho”, *Doxa* 25 (2002), pp. 533 y ss.

– “Codes of Conduct **multinationaler Unternehmen**: Unternehmensverfassung jenseits von Corporate Governance und gesetzlicher Mitbestimmung”, en GOSEWINKEL/MERKEL/SIMON (Hrsg.), *Unternehmen, Staat, Globalisierung. Festschrift für für Kocka zum 65. Geburtstag*, WZB – Vorlesungen, 2007, pp. 36 y ss.

TEUBNER, G./HUTTER, M., “**Homo Oeconomicus** and Homo Juridicus: Communicative

Fictions”, en BAUMS/HOPT/HORN (eds.), *Corporation, Capital Markets and Business in the Law*, England: Klüwer Law International, 2000, pp. 569 y ss.

TEUBNER, G./WILLKE, H., “**Kontext und Autonomie**: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht”, en *ZfRSoz* 5 (1984), pp. 4 y ss.

TIEDEMANN, K., “Die “Bewußung von **Unternehmen** nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, en: *NJW* 1988, pp. 1169 y ss.

TORIO LÓPEZ, A., “El concepto individual de culpabilidad”, en *ADPCP*, 1985, pp. 285 y ss.

TUGENDHAT, E., *Autoconciencia y autodeterminación. Una interpretación lingüístico-analítica*, Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1993.

– “**Identidad personal**, nacional y universal”, en *Ideas y valores*, n°. 100, Abril 1996, pp. 3 y ss.

UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, *United States Sentencing Guidelines*.
Online:[http://www.ussc.gov/Guidelines/2013_Guidelines/Manual_PDF/Chapter_8.pdf]
(Visitado: 1 de Julio de 2014)

UÑA JUAREZ, O., *Comunicación y libertad: la comunicación en el pensamiento de Karl Jaspers*, San Lorenzo del Escorial, 1984.

VELASQUEZ, M.G., “Why **Corporations** Are Not Morally Responsible For Anything They Do?” en MAY, L./HOFFMAN, S. (eds.), *Collective Responsibility. Five decades of debate in theoretical and applied ethics*, Maryland: Rowman & Littlefield, 1991, pp. 111 y ss.

– “**Debunking** Corporate Moral Responsibility”, en *Bus. Eth. Q.*, vol. 13, Issue 4, 2003, pp. 531 y ss.

VIDAL MARÍN, T., “Derecho al honor, personas jurídicas y Tribunal Constitucional”, en *InDret* 1/2007.

VILLA, V., “Constructivismo y teoría del derecho”, *Doxa* 22 (1999), pp. 285 y ss.

VOEGELIN, E., *Collected Works Vol. 31. Hitler and the Germans*, University of Missouri Press, 1999.

VOLK, K., “Zur Bestrafung von Unternehmen”, en *JZ* 1993, pp. 429 y ss.

VORMBAUM, T., “**Fragmentarisches Strafrecht** in Geschichte und Dokmatik”, en *ZStW* 123 (2011), pp. 661 y ss.

WALDRON, J., “The Dignity Of Groups”, en *Public Law & Legal Theory Research papers Series*, Working Paper n°. 08-53, November 2008.

- WALSH, J. P./UNGSON, G. R., “Organizational Memory”, en *Acad. Manag. Rev.*, vol. 16, No. 1, 1991, pp. 57 y ss.
- WEBER, M., *Economía y sociedad*, 2ª reimp. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- VAN WEEZEL, A., “Contra la responsabilidad penal de las **personas jurídicas**”, en *Política criminal*, Vol. 5, nº 9 (Julio 2010), pp. 114 y ss.
- WELLS, C., *Corporations and criminal responsibility*, Oxford: Clarendon Press, 1993.
- WEICK, K. E./ROBERTS, K. H., “**Collective Mind** In Organizations: Heedful Interrelating On Flight Decks“, en *Adm.Sc.Q.*, vol. 38, nº 3 (Sep. 1993), pp. 357 y ss.
- WEISSMAN, A./NEWMAN, D., “Rethinking **Criminal Corporate Liability**”, en *Ind. L. J.*, Vol. 82:41, 2007, pp. 411 y ss.
- WELZEL, H., “Studien zum System des Strafrechts”, *ZStW* 58 (1939), pp. 491 y ss.
- *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin: Walter de Gruyter, 1969.
 - “Strafrecht und Philosophie”, en *Abhandlungen zum System des Strafrechts und zur Rechtsphilosophie*, Berlin/New York, 1975.
 - *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2006.
- WILLKE, H., “Staatliche Intervention als Kontextsteuerung. Am Beispiel Eureka” *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 15, 1988, pp. 214 y ss.
- WOHLERS, W., “Die Strafbarkeit des Unternehmens”, *SJZ* 96 (2000), Nr. 16/17, pp. 381 y ss.
- “Strafzwecke und Sanktionsarten in einem **Unternehmensstrafrecht**” en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (hsgb.), *Unternehmensstrafrecht*, Berlin/Boston: De Gruyter, 2012, pp. 231 y ss.
- WOLF, J.-C., *Utilitarismus, Pragmatismus und kollektive Verantwortung*, Universitätsverlag Freiburg: Herder, 1993.
- WONG, K. C., “Retribution and Corporate Crime”, en *Criminal Law Bulletin*, 32.4 (2006), pp. 397 y ss.
- VON WRIGHT, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid: Tecnos, 1970.
- ZACZYK, R., “Die Notwendigkeit **systematischen Strafrechts** – Zugleich zum Begriff “fragmentarisches Strafrecht” en *ZStW* 123 (2011), pp. 691 y ss.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “**Societas delinquere potest** (análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO5/2010, de 22 de Junio)”, en *La Ley Penal* (edición electrónica), nº 76, 2010.

– *La **responsabilidad** criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2013.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, L., ***Bases para un modelo de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas***. 2ª ed. Navarra: Aranzadi/Thomson, 2003.