

LO REAL Y LO FICTICIO EN LA RESPONSABILIDAD «PENAL» DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Prof. Dr. Jesús-María Silva Sánchez

ÍNDICE

I. PLANTEAMIENTO	2
II. LAS LÍNEAS RECTORAS DE LA CRÍTICA NORTEAMERICANA.....	4
1. <i>Las prestaciones preventivas de una responsabilidad nominalmente «penal» de las personas jurídicas</i>	4
1.1 El efecto reputacional.....	4
1.2 <i>El porqué del estigma</i>	5
2. <i>Los elementos neutralizadores del sistema de garantías jurídico-penales</i>	6
2.1 Generalidades	6
2.2 Derecho penal sin juicio oral.....	7
III. EL MARCO DE FILOSOFÍA JURÍDICO-PENAL DEL CASTIGO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	8
1. <i>Las tres tradiciones del castigo</i>	8
2. <i>La prevención especial de la actuación de los miembros como pretensión última</i>	9
2.1 Introducción	9
2.1.2 La estructura profunda de la responsabilidad penal de las personas jurídicas .	10
3. <i>Los medios de coacción extrínseca</i>	11
3.1 La coacción estatal centralizada	11
3.2 La coacción descentralizada privada.....	12
4. <i>El lugar de la prevención general de intimidación</i>	13
4.1 Las diversas técnicas legislativas posibles	13
4.2 La lógica preventivo-general al servicio de la prevención especial	14
4.3 Otra vía de castigar a los administradores y directivos	16
4.4 Confirmación de la seriedad de la amenaza y prevención especial coactiva.....	16
5. <i>¿Qué está mal?</i>	17
IV. LA BÚSQUEDA DE LA CULPABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA	17
V. UN DERECHO PREVENTIVO COMO ALTERNATIVA	20
1. <i>Una prevención equitativa</i>	20
2. <i>La separación de los subsistemas de responsabilidad penal de las personas físicas y de las personas jurídicas</i>	21

LO REAL Y LO FICTICIO EN LA RESPONSABILIDAD «PENAL» DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

*Prof. Dr. Jesús-María Silva Sánchez **

Lo que queremos decir cuando decimos “la empresa lo hizo” es que “las personas que dirigen ese lugar lo hicieron” y, a menudo, aunque no siempre, “lo hicieron porque esa es la forma en que la gente de ese lugar tiende a actuar” (...) Tiene sentido, pues, que la culpa de las empresas implique la culpa de los directivos y que parte de la función culpabilizadora de la responsabilidad penal de las empresas se “contagie” a los directivos. Ningún presidente de banco quiere que le pillen cometiendo un gran fraude. Pero, aparte de eso, su mayor preocupación podría ser que pillaran al banco cometiendo un gran fraude, algo que probablemente le haría perder su trabajo, reducir sus perspectivas laborales futuras, sufrir una humillación pública y (si es decente) sufrir un duro golpe en su autoestima ¹

I. PLANTEAMIENTO

Transcurrida una década desde su introducción en el Código penal, la responsabilidad «penal» de las personas jurídicas ha sido asumida en nuestro entorno, tanto académico como práctico-forense, como una institución prácticamente obvia. Es cierto que un sector relevante de la doctrina ha argumentado extensamente a favor de ella ². Sin embargo, también es cierto que otros «procesos de criminalización» cuentan con menos consenso. Pues bien, aquí se pretende sostener un punto de vista divergente de ese consenso. Sin embargo, para ello no se trata de repetir argumentos que ha reiterado la doctrina opuesta a aquella institución y que tienen que ver con la manifiesta inadecuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a las categorías

* Catedrático de Derecho Penal. Universitat Pompeu Fabra

¹ Buell, The Responsibility Gap in Corporate Crime, *Criminal Law & Philosophy* 12 (2018), pp. 471 ss., 489.

² Entre otros, S.Bacigalupo, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, 1998; Gómez-Jara Díez, La culpabilidad penal de la empresa, 2005; *el mismo*, La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU., 2006; *el mismo* (ed.), Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas, 2006; Nieto Martín, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, 2008; Feijóo Sánchez, El delito corporativo en el Código penal español, 2^a ed., 2016. La obra más influyente sobre los autores de habla hispana fue, sin duda, la de Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995.

de la teoría del delito ³. Tales argumentos me resultan, desde luego, perfectamente compartibles. En efecto, para afirmar que la persona jurídica ha cometido un «delito» es preciso asumir tal sucesión de ficciones –o, si se quiere, de «conceptos funcionales»– a propósito de las categorías del sistema, que no cabe concluir otra cosa sino que el «delito» que resulta es, igualmente, una ficción. Como en su día pudo afirmar Alschuler: «*Atribuir culpabilidad a una corporación no es más sensato que atribuírsela a una daga, una pluma estilográfica, un chevrolet o cualquier otro instrumento del crimen*». En consecuencia: «*Así como la gente primitiva odiaba y castigaba la rueda de un carro que había atropellado a alguien... algunos de nosotros realmente logramos odiar a la entidad corporativa*» ⁴.

Sin embargo, la línea argumental que se sigue aquí es distinta. Su punto de partida es una realidad bastante clara. A saber, que más de un siglo después de su introducción en los Estados Unidos ⁵, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una institución ampliamente criticada en aquel país ⁶, aunque obviamente no lo sea de modo unánime ⁷. Además, las razones que se esgrimen para esa crítica no son conceptuales, como entre nosotros, sino pragmáticas. A saber: (i) que no opera como una responsabilidad penal; y (ii)

³ Con matices distintos, entre otros, *Ciguëla Sola*, La culpabilidad colectiva en Derecho penal, 2015; *Gracia Martín*, Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica, REPC 2016, 1; *el mismo*, La serie “infracción-culpabilidad-sanción” desencadenada por individuos libres como síntesis, REPC 2016, 1; *Goena Vives*, Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica, 2017.

⁴ *Alschuler*, Two Ways to Think About the Punishment of Corporations, *American Criminal Law Review* 46 (2009), pp. 1359 ss. 1392: “Attributing blame to a corporation is no more sensible than attributing blame to a dagger, a fountain pen, a Chevrolet, or any other instrumentality of crime”. Ya antes, *el mismo*, Comment, Ancient Law and the Punishment of Corporations, *Buffalo University Law Review* 71 (1991), pp. 307 ss.: “Just as primitive people hated and punished the wheel of a cart that had run someone over . . . some of us truly manage to hate the corporate entity.”

⁵ Con el *leading case* *New York Central & Hudson River R.R.Co. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909).

⁶ *Hasnas*, The Centenary of a Mistake: One Hundred Years of Corporate Criminal Liability, *American Criminal Law Review* 46 (2009), pp. 1329 y ss.; *Alschuler*, Two Ways to Think About the Punishment of Corporations, *American Criminal Law Review* 46 (2009), pp. 1359 y ss., 1363: “The year 2009 marks the centennial of a giant step backwards”; *Baer* Organizational Liability and the Tension Between Corporate and Criminal Law, *Journal of Law and Policy* 19 (2010), pp. 1 y ss.; *Smith*, Corporate Criminal Liability, End It, Don’t Mend It, *The Journal of Corporation Law* 47 (2022), pp. 1089 ss.

⁷ A favor, *Friedman* In Defense of Corporate Criminal Liability, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 23 (2000), pp. 833 ss.; *Robson*, Crime and Punishment: Rehabilitating Retribution as a Justification of Organizational Criminal Liability, *American Business Law Journal* 47 (2010), pp. 109 ss.; *Sarch*, Skepticism about Corporate Punishment Revisited, en: *The Palgrave Handbook of Applied Ethics and the Criminal Law*, 2019, pp. 213 ss.

que bloquea la responsabilidad penal formal de los administradores y directivos de las empresas. Pues bien, esas críticas se reconstruyen brevemente en el apartado II. A continuación, en el apartado III., se constata qué es realmente la llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es decir, cuáles son los mecanismos a través de los que realmente opera la institución, al margen de los conceptos ficticios sobre los que se sostiene formalmente su existencia. Finalmente, en los apartados IV. y V., se reitera la razonabilidad de optar por un modelo alternativo, claramente separado de la responsabilidad penal de los seres humanos.

II. LAS LÍNEAS RECTORAS DE LA CRÍTICA NORTEAMERICANA

1. Las prestaciones preventivas de una responsabilidad nominalmente «penal» de las personas jurídicas

1.1 El efecto reputacional

La mera intuición conduce a pensar que la existencia de un sistema de responsabilidad para las personas jurídicas –por los delitos cometidos por los integrantes de las empresas de las que son titulares– complementa la eficacia preventiva del sistema de responsabilidad penal individual. En efecto, como se apuntaba al inicio, aquel constituye un incentivo para que se implanten programas de cumplimiento normativo en un número creciente de empresas. Por su parte, tales programas –si no son de papel, es decir, meramente cosméticos– tienen claros efectos preventivos, puesto que disminuyen la posibilidad de que los integrantes de la empresa incurran en la comisión de delitos. Así pues, en virtud de un razonamiento elemental, cabe concluir que la introducción de un sistema de responsabilidad para las personas jurídicas en un ordenamiento legal incrementa su eficacia preventiva de delitos empresariales.

Ahora bien, en lo anterior no se ha especificado si ese sistema de responsabilidad de las personas jurídicas tendría que ser administrativo o penal. Por lo tanto, a continuación, es preciso plantearse la pregunta fundamental acerca de por qué un sistema de responsabilidad penal tiene efectos preventivos cualificados con respecto a los que produce un modelo de responsabilidad distinto, en concreto, administrativo⁸. Ciertamente, la doctrina norteamericana no ha podido comparar un sistema de responsabilidad penal con uno de responsabilidad administrativa, debido al desconocimiento de este último en su tradición

⁸ Me refiero, básicamente, al modelo de la *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* alemana (OWiG), de 24 de mayo de 1968.

jurídica. Sin embargo, tiene bastante claro, con base en análisis empíricos, que el posible sometimiento de una persona jurídica a un proceso penal, con el riesgo de que incurra efectivamente en tal responsabilidad, produce importantes efectos reputacionales negativos para aquella ⁹.

1.2 *El porqué del estigma*

En efecto, tal situación disminuye la reputación de la persona jurídica, que a su vez constituye un relevante activo económico de esta. Ciertamente, la reputación –la fama– de un agente económico define la medida de la disposición de otros agentes económicos a entrar en relaciones mercantiles con aquél. Pues bien, en un contexto así, la pérdida de reputación disminuye las expectativas de negocio y, por tanto, genera un riesgo de lucro cesante. En definitiva, el temor a esos efectos reputacionales negativos –derivados del posible sometimiento a un proceso penal– produce un efecto preventivo de la comisión de delitos en un sujeto económico que opera según el código «beneficio/perjuicio».

Sin embargo, todavía es necesario profundizar algo más. En efecto, la pregunta siguiente es la de por qué el Derecho penal produce efectos reputacionales sobre las personas jurídicas, unos efectos que son más graves que los que genera un sistema de responsabilidad administrativa. Pues bien, desde luego, lo primero que hay que afirmar es que tales efectos no son directos, es decir, no derivan de que el contenido jurídico estricto de alguna de las penas imponibles en la sentencia condenatoria de una persona jurídica pertenezca al género de las denominadas «penas avergonzantes». Ciertamente, tales penas suelen ser idénticas a las sanciones administrativas ¹⁰. Así pues, los efectos reputacionales de un sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas derivan del contenido implícito de lo «penal».

Por su parte, este contenido implícito avergonzante procede de la asociación del sujeto responsable con otros que, a su vez, han realizado las conductas más graves en términos ético-sociales –el homicidio, la tortura, la violación– ¹¹. Es decir, tiene que ver sencillamente con el

⁹ *Buell*, The Blaming Function of Entity Criminal Liability, *Indiana L.J.* 81 (2006), pp. 473 ss.; *el mismo*, A Restatement of Corporate Criminal Liability's Theory and Research Agenda, *The Journal of Corporation Law* 47 (2022), pp. 937 ss.; *Karpoff*, Does Reputation Work to Discipline Corporate Misconduct?, en: Barnett/Pollock (eds.), *Oxford Handbook of Corporate Reputation*, 2012, pp. 361 ss.; *Diamantis*, Corporate Criminal Minds, *Notre Dame L.R.* 91 (2016), pp. 2049 ss., 2077 ss. También, *Hoven*, Schuld in Kollektiven I. Eine systemkriminologische Betrachtung, en: Fischer/Hoven (Hrsg.), *Schuld*, 2017, 329 ss., 348-349; *Montaner Fernández*, Reputación corporativa y responsabilidad penal de la empresa, en: Sánchez-Ostiz (ed.), *Comprender el Derecho penal*, 2019, 77 ss.

¹⁰ *Buell*, *J. Corporation L.* 47 (2022), pp. 942 ss.

¹¹ *Ball/Friedman*, The Use of Criminal Sanctions in the Enforcement of Economic Legislation:

valor expresivo de la adjetivación como «penal» del sistema de responsabilidad en el que se incluye al sujeto en cuestión. En efecto, ese valor expresivo resulta muy perjudicial en términos de interrelación social para todos los sujetos. Ahora bien, es especialmente demoledor en términos económicos en el caso de sujetos para los que, en virtud de la actividad que desempeñan, la fama de honradez constituye un activo patrimonial decisivo. Por lo demás, dado que el valor expresivo negativo deriva, sencillamente, del recurso al adjetivo «penal», la producción tales efectos reputacionales no se inicia con la condena. Por el contrario, empieza ya con la investigación criminal, esto es, con los albores del procedimiento, divulgado a través de los diversos medios de comunicación con todos los sesgos usuales ¹².

2. *Los elementos neutralizadores del sistema de garantías jurídico-penales*

2.1 Generalidades

Así pues, ciertamente el mero hecho de la inclusión de un sujeto en un sistema de responsabilidad penal le produce efectos reputacionales negativos muy superiores a los que le genera un sistema de responsabilidad administrativo. Ello es así, aunque el contenido fáctico de las sanciones sea en ambos casos idéntico. En efecto, se debe a una mera asociación de ideas, en cuya virtud cualquier sujeto que es integrado en un sistema de responsabilidad penal pasa a poder ser tildado públicamente de «criminal». Ahora bien, todo esto tiene una contrapartida. En efecto, tanto si la sanción administrativa se impone por un órgano administrativo, como si se impone por un órgano judicial penal en el contexto del proceso penal, su naturaleza «no penal» determina que no se les aplique las garantías sustantivas y procesales específicas de este sector del ordenamiento.

En efecto, el Derecho administrativo se rige por criterios de eficiencia, limitados por la equidad: es más expeditivo, pues la imposición de sanciones tiene lugar con menos garantías. En cambio, el modelo de responsabilidad penal produce un mayor efecto reputacional –esto es, un mayor daño simbólico–, pero en el marco de específicas garantías sustantivas y procesales. En este momento, es indiferente que éstas se vean como límites de su fundamentación preventiva, como elementos consustanciales al juicio moral que se expresa en el castigo, o incluso

A Sociological View, Stanford L.R. 17 (1964-65), pp. 197 ss., 209 ss.; *Silva Sánchez*, El estigma como política pública, LH Lorenzo Salgado, 2021, 1365 ss., 1371-1372.

¹² *Alexander/Arlen*, Does Conviction Matter? The Reputational and Collateral Effects of Corporate Crime, en: Arlen (ed), Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing, 2018, pp. 87 ss.; *Karpoff/Lott*, The Reputational Penalty Firms Bear from Committing Criminal Fraud, Journal of Law & Economics 36 (1993), pp. 757 ss.

como exigencias políticas de ciudadanía ¹³. Ciertamente, la naturaleza «criminal» de la sanción –con el inherente elemento reputacional– intimida más. Sin embargo, las garantías constituyen un factor que dificulta la imposición del castigo y, con él, la «confirmación de la seriedad de la amenaza».

Ahora bien, toda referencia a la incidencia las garantías procesales-penales debe hacerse con un matiz. A saber, que estas operan básicamente en el juicio oral. Así pues, si no se llega a celebrar el juicio, no llegan a desempeñar su principal relevancia limitadora. Esto es lo que sucede en los sistemas, en franco ascenso, de «justicia negociada» (*plea bargaining*). En cambio, el primer efecto de confirmación se la seriedad de la amenaza se produce con la investigación criminal. El efecto reputacional de lo «penal» no se produce sólo en virtud del juicio y la sentencia condenatoria firme, sino mucho antes. En cambio, donde las garantías jurídico-procesales del Derecho penal operan con mayor intensidad es en el juicio oral. Así, un Derecho penal en el que se favorezca la finalización negociada del proceso sin celebración del juicio oral puede llegar a ser más eficiente que el Derecho administrativo. De todos modos, en este punto existen algunas incoherencias que es necesario seguir investigando. Por ejemplo, que en los acuerdos negociados norteamericanos la persona jurídica aparece como un «chivo expiatorio», en el sentido de que su sanción hace posible que, como resultado de la negociación, se prescinda, si no de todas, sí de muchas de las penas imponibles a las personas físicas ¹⁴.

2.2 Derecho penal sin juicio oral

De este modo, el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas agudiza los efectos de un rasgo característico del Derecho penal norteamericano. A saber, que se trata de un Derecho penal sin juicio y, por ello, tendencialmente desjudicializado. En efecto, en aquel país se trata de un Derecho penal absolutamente administrativizado, en manos del Ministerio público y, en particular, de los denominados *Non-Prosecution-Agreements* y *Deferred-Prosecution-Agreements* ¹⁵. Además, incluso en los casos en los que el proceso avanza algo más, el mecanismo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas determina que las personas físicas responsables de los delitos económico-empresariales,

¹³ En este último sentido *K. Günther*, *Nulla poena sine culpa and Corporate Personhood*, *KritV* 2015, pp. 360 ss.

¹⁴ *Garrett*, *Too Big to Jail, How Prosecutors Compromise with Corporations*, 2014; *el mismo*, *The Corporate Criminal as Scapegoat*, *Virginia Law Review* 101 (2015), 1789 ss.

¹⁵ Crítico, *Uhlmann*, *Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability*, *Maryland L.R.* 72 (2013), pp. 1995 y ss.

queden mayoritariamente exentas de pena ¹⁶. En efecto, ello es lo que sucede, en general, en el marco de la negociación que determina que responda la persona jurídica y algún empleado subalterno ¹⁷.

Así las cosas, algunos autores han llegado a afirmar, paradójicamente, que el sistema norteamericano de responsabilidad penal de las personas jurídicas es un «juego» ¹⁸, que ciertamente no muestra las características del Derecho penal, o que... «todavía» no existe realmente ¹⁹. La pregunta es si esto empieza a suceder también a este lado del océano.

III. EL MARCO DE FILOSOFÍA JURÍDICO-PENAL DEL CASTIGO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. *Las tres tradiciones del castigo*

Existen tres tradiciones intelectuales distintas acerca de la fundamentación del castigo. La primera es la de la retribución de la *culpa*—esto es, del hecho culpable— en que ha incurrido el sujeto en virtud de la comisión de un mal moral con trascendencia pública. Esta teoría, desarrollada a partir de la Edad Media, ha tenido continuidad ante todo en las concepciones del denominado, en el mundo angloamericano, moralismo legal. En efecto, estas últimas centran el núcleo del castigo en la expresión de reproche moral al autor por el mal público cometido por este. Por su parte, la segunda tradición trae causa de la concepción social-funcional del castigo como exigencia del restablecimiento de las condiciones de la vida en común. Su teorización tuvo lugar especialmente por parte de Hegel y de Durkheim. Sin embargo, esta línea se ha desarrollado en la segunda mitad del siglo XX en las doctrinas de la prevención general de integración —o retribución funcional—, que adoptan variantes más idealistas-simbólicas o tendencialmente empiristas. Su punto de partida es una concepción del delito como lesión del sistema de creencias compartidas o, en términos más asépticos, de las expectativas sociales de conducta. En fin, la tercera tradición procede de una concepción del Derecho como expresión del recurso a la coacción regulatoria, orientada a la salvaguarda de la libertad individual o de cualquier orden político concreto. Esta posición, que proviene

¹⁶ *Polinsky/Shavell*, Should Employees be Subject to Fines and Imprisonment Given the Existence of Corporate Liability? *International R. Law & Economics* 13 (1993), pp. 239 ss.

¹⁷ *Garrett*, Too Big to Jail, How Prosecutors Compromise with Corporations, 2014; el mismo, *The Corporate Criminal as Scapegoat*, *VA. L. REV.* 101 (2015), pp. 1790

¹⁸ *Lauffer*, The Missing Account of Progressive Corporate Criminal Law, *New York University Journal of Law & Business* 14 (2017), pp. 71 ss., 79-80.

¹⁹ *Diamantis/Thomas*, But We Haven't Got Corporate Criminal Law!, *The Journal of Corporation Law* 47 (2022), pp. 991 ss., 1008: es demasiado débil, demasiado transaccional.

del momento de la estatalización del castigo, se concretó en el marco del contractualismo del siglo XVIII. A su vez, puede manifestarse en una concepción retributiva formal, o bien en una doctrina preventiva más o menos limitada. Es en esta línea teórica en la que cabe ubicar tanto a Kant como a Feuerbach, por paradójico que esto resulte. En las últimas décadas, la acogen las corrientes políticas-secularizadoras del Derecho penal, que pretenden prescindir del contenido moral del concepto de culpabilidad.

2. La prevención especial de la actuación de los miembros como pretensión última

2.1 Introducción

A la persona jurídica no se la sanciona penalmente porque se crea que tiene la *culpa* del delito que se ha cometido en el seno de una organización económica de la que es titular ²⁰. Por el contrario, la responsabilidad penal de las personas jurídicas responde a razones marcadamente utilitaristas. En efecto, su introducción en las diversas legislaciones se ha justificado con base en la –supuesta– necesidad de un refuerzo regulatorio ²¹. Así, según sus defensores, este refuerzo es necesario, en términos de política pública, para intensificar la «lucha» contra la criminalidad corporativa. En efecto, las insuficiencias del Derecho penal de las personas físicas harían necesario recurrir a un medio adicional de combate. Además, se sostiene que esta función no puede ser desempeñada ni por el Derecho civil de daños ni por el Derecho administrativo sancionador, aunque estos impongan –respectivamente– indemnizaciones o sanciones a las personas jurídicas, como consecuencia de los delitos cometidos por las personas físicas subordinadas a ellas. Sin embargo, la pregunta es: ¿Cómo se intimida a una persona jurídica? Y concretamente ¿Para qué? ¿Qué debe «hacer» la persona jurídica?

²⁰ *Kelker*, Die Strafbarkeit juristischer Personen unter europäischem Konvergenzdruck, en *Festschrift für Krey*, 2010, pp. 221 y ss., 234 y ss. Esta autora considera que, dada la trascendencia del principio de culpabilidad, si se pretendiera imponer a toda la UE un modelo de responsabilidad penal en sentido estricto para las personas jurídicas, Alemania debería hacer uso de su derecho de veto (FS f. Krey, 2010, p. 247).

²¹ Por cierto, el argumento utilizado por el legislador español -compromisos internacionales de España- es falso. En el mismo sentido, tras un examen exhaustivo de todos los instrumentos internacionales y europeos, *Kelker*, FS f. Krey, 2010, p. 233.

2.1.2 La estructura profunda de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La primera pregunta es por qué la responsabilidad penal individual, que es suficiente para hacer frente al delito individual o colectivamente cometido en entornos no corporativos, se convierte en insuficiente cuando los mismos individuos obran en el ámbito de una persona jurídica. Pues bien, la única respuesta posible a esta pregunta es que la integración de la persona física en la organización económica que denominamos empresa –de la que es titular la persona jurídica– facilita o favorece la comisión individual de delitos. En realidad, este favorecimiento es claro y puede ser debido a los sesgos cognitivos y volitivos de quien actúa en el marco de cualquier fenómeno masivo; o a la estructura organizativa jerárquica, con los deberes de obediencia y la división funcional del trabajo, y los correspondientes sesgos cognitivos y volitivos; a que, además, el criterio rector de la organización empresarial es el lucro; etc.

En todo caso, ciertamente puede calificarse a la empresa económica como un «estado de cosas peligroso». Desde luego, se trata de un supuesto peculiar de peligrosidad, que consiste en afectar al proceso deliberativo de las personas físicas integrantes de la organización, alterando la percepción de estas acerca de lo que es jurídico y antijurídico (un aspecto cognitivo), o aportando motivos –obediencia, solidaridad de grupo– para su conducta contraria a Derecho (un aspecto volitivo). Ciertamente, el favorecimiento de la comisión de delitos individuales –que produce el estado de cosas generado en la organización económica de la que es titular la persona jurídica– tiene una naturaleza psíquica/moral, más que material/instrumental.

La pretensión última del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas es el bloqueo de esos factores favorecedores. Es decir, la «neutralización de la peligrosidad de la empresa, en tanto que organización económica» como caldo de cultivo de la delincuencia individual. Esta es una finalidad que, en la teoría del Derecho penal, se conoce con el nombre de prevención especial. Ahora, su identificación suscita la nueva pregunta de cómo se intenta neutralizar un estado peligroso predelictivo, es decir, una inclinación a delinquir. Pues bien, esto sólo se puede llevar a cabo de dos maneras, a saber, de forma intrínseca o extrínseca. En efecto, lo primero tiene lugar mediante la autocontención de la conciencia moral de un sujeto moralmente sano. En cambio, lo segundo se produce mediante la coacción policial directa. Sin embargo, ni en la empresa –como organización económica– ni en la persona jurídica –en tanto que titular de dicha organización– existe el fenómeno de la conciencia moral. Ciertamente, la primera es

una agrupación de personas; por su parte, la segunda es una creación del Derecho. Así, dado que ni en la una ni en la otra existe nada intrínseco, sino sólo meros flujos interpersonales de información y acción, es necesario recurrir a un método de coacción extrínseca.

3. *Los medios de coacción extrínseca*

3.1 La coacción estatal centralizada

En la tradición continental el control extrínseco de la organización económica como factor de favorecimiento de la comisión de cualesquiera ilícitos fue asumido –de forma no diferenciada– por el Derecho administrativo. Ello tuvo lugar, por un lado, mediante la coacción física directa ejercida por una policía preventiva centralizada –los organismos estatales de autorización, supervisión y control de actividades–. Por otro lado, se manifestó en el ejercicio de la coacción psicológica derivada de la introducción de diversos incentivos y desincentivos; entre estos, singularmente, las sanciones administrativas impuestas a las personas jurídicas titulares de las empresas. Sin embargo, ello sólo tuvo lugar en determinados sectores estratégicos para el Estado. Además, en principio no contempló específicamente el riesgo empresarial de comisión de delitos por parte de sus integrantes. La excepción más relevante a esto último fue la *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (OWiG) alemana de 24 de mayo de 1968 que, a mi juicio, sigue siendo el modelo de una política jurídica razonable en esta materia.

Ahora bien, la opción por la generalización e intensificación de un modelo así, basado en el control centralizado, se opone a la tendencia de las últimas décadas hacia una disminución de la intervención directa del Estado en las actividades económicas. Este fenómeno es propio de la transición de un Estado prestacional a un Estado de garantía de las prestaciones llevadas a cabo por sujetos del sector privado²². En efecto, este último modelo de Estado se caracteriza por la descentralización parcial tanto de la producción normativa, como de la prevención y persecución de las infracciones y, en fin, de la propia noción de funcionario público. De hecho, puede advertirse la existencia creciente de una red de agentes económicos privados que actúan como colaboradores de las Administraciones públicas. Pues bien, la máxima extensión y densidad de la red descentralizada de policía económica viene representada por el hecho de que las personas jurídicas hayan asumido la función de gestor de prevención de los delitos empresariales. Esta función se manifiesta en la implantación eficaz en las empresas de

²² El denominado, en el Derecho público alemán, *Gewährleistungsstaat*.

los modelos de organización y gestión de riesgos delictivos. Es decir, de los programas de *compliance* de prevención y detección de delitos.

3.2 La coacción descentralizada privada

Los modelos de prevención y de gestión muestran varias dimensiones. Así, el *compliance* de prevención de delitos constituye en parte el ejercicio de una actividad de policía preventiva, es decir, coacción física –*physischer Zwang*– en el sentido de Feuerbach²³. En esta dimensión, contiene procedimientos de vigilancia y control, a través de los cuales se ejerce coacción directa sobre los integrantes de la empresa. Sin embargo, el favorecimiento de la comisión de delitos en el contexto empresarial tiene lugar fundamentalmente por vías psíquico-morales, más que materiales-instrumentales. Por eso, el *compliance* de prevención ha tenido que adquirir una dimensión adicional, cada vez más intensa, de naturaleza ética-conductual. En efecto, se está convirtiendo en un mecanismo de formación de la conciencia moral y de generación de hábitos de conducta virtuosa en los empleados y directivos, al menos en lo relativo a la ética de los negocios. Esto es lo que se denomina *behavioral compliance*.

Por su parte, el *compliance* de detección manifiesta el ejercicio de funciones de policía judicial, mediante las que se pretende reforzar la coacción psicológica dirigida a los directivos y empleados. Esta deriva de la amenaza contenida en la conminación penal abstracta asociada a los tipos de delito. Sin embargo, la ecuación de la intimidación²⁴ muestra que la medida de la esta última es el resultado de la multiplicación de la gravedad de la pena por la probabilidad de aprehensión y enjuiciamiento del delincuente, así como por el tiempo que se tarde en imponer y ejecutar la pena²⁵. Pues bien, el *compliance* de detección incrementa la certeza de la sanción penal de aquellos. De este modo, incrementa también el efecto preventivo de las penas con las que se les amenaza.

Sin embargo, los programas de *compliance* muestran una notable especificidad adicional. Ciertamente, no se trata de mecanismos de control centralizado-estatal, sino de medidas descentralizadas-privadas²⁶. Así, mediante ellas, la función policial de prevención directa de los

²³ Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, 1801, §§ 17 y 18.

²⁴ Bentham, The Rationale of Punishment, 1830, C VI, pp. 32 ss.

²⁵ En inglés: *deterrence = severity × certainty × celerity*.

²⁶ Kölbl, Criminal Compliance – ein Missverständnis des Strafrechts?, ZStW 125 (2013), pp. 499 y ss., 510. En el mismo sentido, Gruner, Preventive Fault and Corporate Criminal Liability, en: Pontell/Geis (eds.), International Handbook of White-Collar and Corporate Crime, 2007, pp. 279 ss., 290 ss.

delitos que puedan cometerse en las empresas, al igual que la función de policía judicial de los delitos cometidos en aquellas, es asumida y financiada por las personas jurídicas titulares ²⁷. Ahora bien, no se puede contar con el desiderátum de que en las personas jurídicas se implanten voluntariamente tales sistemas. Por eso, el Estado punitivo pretende coaccionarlas para que lo hagan. En la práctica, se condiciona la pervivencia de toda persona jurídica como agente económico a la asunción por su parte de esa función de agente de control de riesgos o incluso de agente de fomento (o de promoción) del respeto al Derecho.

4. *El lugar de la prevención general de intimidación*

4.1 Las diversas técnicas legislativas posibles

Para incentivar que las personas jurídicas adopten medidas de neutralización de la peligrosidad delictiva de las empresas de las que son titulares pueden adoptarse técnicas legislativas distintas. Sin embargo, todas ellas pasan por incrementar la coacción psicológica sobre los administradores de aquellas personas jurídicas. A su vez, dicho incremento puede tener lugar de forma directa o indirecta, a través de distintas técnicas legislativas. Así, por ejemplo, una forma directa sería tipificar como delito la omisión de implantar y mantener un sistema de *compliance*, por parte de los administradores de la persona jurídica. Ciertamente, la posibilidad de introducir una figura así fue considerada en el marco de la reforma del Código penal en 2015, aunque sin llegar a introducirse. Otra vía directa, sólo aparentemente distinta, podría ser la propia tipificación como delito de la existencia de una desorganización peligrosa en la empresa –su estado de *noncompliance*–. Este delito, que adoptaría una estructura paralela a las ya existentes en el ámbito de las organizaciones delictivas, tendría una naturaleza de delito de peligro. En efecto, describiría un estado de cosas imputable a los administradores de la persona jurídica, y sancionable al margen de que los integrantes de la empresa cometieran algún delito concreto.

En cambio, una tercera estrategia –esta, indirecta– es la de establecer un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. A su vez, un sistema así puede vincularse a la mera constatación en ellas de un estado de cosas peligroso ²⁸, o bien hacerse dependiente de la comisión de un hecho delictivo concreto por parte de una persona física. En este último caso, el delito individual, además de imputarse

²⁷ Wessing, *Compliance -oder wie sich der Staat aus der Kriminalpolitik stiehlt*, Festschrift für Klaus Volk, 2009, pp. 867 ss., 879 ss.

²⁸ De modo más sencillo, el estado de *non compliance* pre- o postdelictual podría definirse como estado peligroso en el sentido estricto de dar lugar a la imposición de una medida de seguridad.

a quien lo comete de forma directa podría ser imputado: (i) a otras personas concretas, por no haberlo evitado –una participación por omisión en el delito concretamente cometido por la persona física–; (ii) al estado peligroso inherente a la empresa y, en virtud de este, también a determinadas personas físicas concretas (participación a través de organización); o, en fin, (iii) al estado peligroso inherente a la empresa y éste, a su vez, a la propia persona jurídica. Esto último es precisamente lo que ha sucedido en los últimos años en nuestra cultura jurídico-penal.

4.2 La lógica preventivo-general al servicio de la prevención especial
Mediante la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se pretende introducir un incentivo para la implantación de programas de *compliance* de prevención y de detección de delitos. Es decir, se construye un sistema de prevención general con el fin de producir una prevención especial autogestionada. En efecto, esta técnica constituye una vía alternativa a la de un sistema de prevención especial heterogestionada. A saber, la implantación coactiva de tales modelos mediante una coacción física directa predelictual o postdelictual –es decir, como una medida de seguridad en sentido estricto–.

La vía elegida responde a una estructura –y a una estrategia– de coacción psicológica, de modo que la argumentación es preventivo-general. El mensaje es: «Si se produce un delito y el estado defectuoso de la empresa lo ha favorecido, la persona jurídica será sancionada». Sin embargo, en este mensaje no acaba de quedar claro quiénes son los destinatarios de la conminación penal abstracta que acompaña a la descripción de los requisitos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Desde luego, no lo son las personas jurídicas, pues estas carecen de un sistema psíquico que permita experimentar el miedo a la sanción ²⁹. Sólo pueden experimentar miedo las personas físicas.

El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas pretende producir un efecto intimidatorio sobre los administradores y socios de las personas jurídicas, que son los únicos que pueden experi-

²⁹ Lo mismo se puede afirmar a propósito de la inteligencia artificial (otra creación artificial). Así: *Abbott/Sarch*, Punishing Artificial Intelligence: Legal Fiction or Science Fiction, University of California, Davis L. R. 53 (2019), pp. 323 ss., 345: “Castigar a la IA podría proporcionar una prevención general. Presumiblemente, no producirá una prevención general relativa al delito para otras IA, ya que tales sistemas no están diseñados para ser sensibles a las prohibiciones y sanciones del Derecho penal”. No obstante, “El castigo de la IA podría producir una prevención general sin restricciones. Es decir, el castigo directo de la IA podría proporcionar una prevención general sin restricciones contra los creadores, propietarios o usuarios de la IA y proporcionar incentivos para ellos”.

mentar un efecto psicológico derivado del anuncio –la amenaza– de que recaiga una pena sobre aquellas. Asimismo, estos son los únicos que pueden tener otras razones para cumplir disposiciones jurídicas, morales o sociales ³⁰. Ahora bien, la finalidad de aquella presión intimidatoria –a diferencia de lo que sucede con la pena individual– no es que los dirigentes se abstengan personalmente de la comisión de delitos. Para eso ya están las conminaciones penales que se les dirigen como personas individuales. La pretensión del sistema de responsabilidad corporativa es que administradores y socios impulsen la adopción y mantenimiento de mecanismos que impidan que la estructura organizativa económica –la organización empresarial– favorezca la comisión de delitos individuales.

Así pues, el efecto de prevención general negativa que se ejerce sobre los administradores y socios tiene una finalidad indirecta de prevención especial positiva –resocialización– relativa a la «empresa como riesgo». Por un lado, se pretende incentivar a dichos sujetos para que intenten impedir fácticamente los hechos delictivos que desencadenan el castigo de la persona jurídica. Es decir, para que intensifiquen la introducción de mecanismos de prevención técnica –controles y mecanismos de vigilancia–. Como puede advertirse, de este modo el Estado impone a las personas jurídicas la adopción de medidas de seguridad predelictual. Ahora bien, las impone de forma descentralizada –privada– puesto que su gestión y financiación corren a cargo de las propias empresas.

Por otro lado, y de modo cumulativo a lo anterior, con la amenaza de pena para la persona jurídica se pretende incentivar a los socios y administradores para que traten de influir comunicativamente sobre las personas físicas que podrían cometer ese hecho –directivos y empleados–, de modo que se abstengan de cometerlo. Es decir, para que, además de una prevención fáctica, se proceda a la adopción de mecanismos de prevención comunicativa interna. En definitiva, se trata de que intenten desactivar fáctica o comunicativamente los estados peligrosos propios, en su caso, de la estructura organizativa de la persona jurídica que pueden redundar en la comisión de delitos por algunos de sus integrantes. Además, como se ha indicado, incentivando la introducción de programas de *compliance* de detección, se incrementa el índice de certeza del castigo para las personas físicas –los mismos administradores y, también, los directivos y empleados– que cometan delitos en la empresa. Es decir, se refuerza el efecto preventivo general de la amenaza de pena individual para todos ellos.

³⁰ Kölbl, ZStW 125 (2013), p. 530.

4.3 Otra vía de castigar a los administradores y directivos

La introducción del punto de vista de la prevención general orientada a las personas físicas permite advertir otras funciones de los sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En concreto, da lugar a observar razonablemente que cumple también una función de «sucedáneo». En efecto, actúa como un mecanismo para intimidar y sancionar indirectamente a los administradores de grandes empresas, cuya responsabilidad personal en relación con el hecho concreto no puede ser probada ³¹. Más aún, no sólo en los casos en que no puede ser probada, sino también en aquellos en los que se prueba, pero es culposa, de modo que no resulta punible en virtud del sistema de *numerus clausus* de la incriminación de la culpa o imprudencia. De este modo, el sistema produce efectos análogos a la doctrina norteamericana del *responsible corporate officer* o incluso de la *strict liability*. Por otro lado, la independencia del estigma con respecto a la condena, que se ha subrayado al inicio, se muestra también aquí. Si se condena penalmente a la persona jurídica, el estigma alcanza a sus socios, administradores y directivos, aunque estos no han sido ni acusados, ni condenados ³².

4.4 Confirmación de la seriedad de la amenaza y prevención especial coactiva

De este modo, el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas cuadra perfectamente con el modelo jurídico de Feuerbach, basado en la coacción psíquica y psicológica. Este se complementa con el modelo de von Liszt –centrado especialmente en la prevención especial–. Así, cuando se produce el delito cometido por una persona individual y en él se manifiesta además el riesgo corporativo, la pena se impone también a la persona jurídica para «confirmar la seriedad de la amenaza». En este sentido, la finalidad es que los socios o administradores de otras personas jurídicas adopten las correspondientes medidas para evitar los delitos de sus respectivos integrantes ³³. A su vez, los medios de confirmación de la seriedad de la amenaza son la intimidación individual –multa, privaciones de otras expectativas económicas–, la resocialización coactiva –intervención judicial– o la

³¹ *Sepinwall*, Guilty by Proxy: Expanding the Boundaries of Responsibility in the Face of Corporate Crime, *Hastings Law Journal* 63 (2012), pp. 411 ss., 415.

³² *Buell*, *Indiana L. J.* 81 (2006), 473 ss.; *el mismo*, The Responsibility Gap in Corporate Crime, *Criminal Law & Philosophy* 12 (2018), pp. 471 ss., 488: “Por lo tanto, la responsabilidad penal corporativa tiene una función de culpabilización, una que está conectada a una práctica social de culpar a las empresas y sus gerentes cuando ocurre un desastre.”

³³ *Henning*, Should the Perception of Corporate Punishment Matter?, *Journal of Law and Policy* 19 (2010), pp. 83 ss.

inocuidad –clausura de establecimientos, privación de la posibilidad de contratación pública, disolución–. Incluso desde hace mucho tiempo se sugiere una vía alternativa a las anteriores, que viene dada por la auto-resocialización³⁴. Por tanto, como se advierte, la ejecución de la pena posee, además del efecto de confirmación de la seriedad de la amenaza, básicamente un efecto preventivo-especial para la propia persona jurídica «condenada». En efecto, determina que se neutralice el estado de cosas peligroso constatado en ella.

5. ¿Qué está mal?

Llegados a este punto, alguien podría plantearse que, aunque la responsabilidad penal de las personas jurídicas no sea realmente lo que se dice que es, lo cierto es que previene. Por tanto, sería frívolo criticar una institución que, según todos los indicios, cumple fines de prevención especial, que es lo que a fin de cuentas interesa. Sin embargo, el problema –que no es de matiz– radica en que la responsabilidad penal de las personas jurídicas actúa como un mecanismo de prevención general de intimidación y de sanción «informal» de personas físicas. Como tal, impacta indiferenciadamente sobre la reputación de los administradores, directivos y socios. Es decir, prescindiendo por completo de si estos merecen ese impacto por sus «acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley», esto es, por sus delitos (art. 10 CP). Más aún, si la responsabilidad penal de la persona jurídica actúa como elemento de negociación en una sentencia de conformidad, cabe incluso que impacte más en quien menos lo merezca y, en cambio, permita reducir la condena de quien lo merecería en mayor medida.

IV. LA BÚSQUEDA DE LA CULPABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

La doctrina, a la que no parece preocuparle lo anterior, sí exige que las penas impuestas a las personas jurídicas se ajusten al principio de culpabilidad: a la culpabilidad de «las propias personas jurídi-

³⁴ *Fisse/Braithwaite*, The Allocation of Responsibility for Corporate Crime, *Sidney Law Review* 11 (1988), pp. 468 y ss., 511: “One possible approach would be to restructure the imposition of corporate liability so as to enforce internal accountability. Where the *actus reus* of an offence is proven to have been committed by or on behalf of a corporation, the court, if equipped with a suitable statutory injunctive power, could require the company (a) to conduct its own enquiry as to who was responsible within the organisation; (b) to take internal disciplinary measures against those responsible, and (c) to return a report detailing the action taken. If the corporate defendant returned a report demonstrating that due steps had been taken to discipline those responsible then corporate criminal liability would not be imposed”; *Henning*, Should the Perception of Corporate Punishment Matter?, *Journal of Law and Policy* 19 (2010), pp. 83 ss.

cas». Ciertamente, esto de entrada podría responder a dos líneas de argumentación distintas. Por un lado, a una concepción retributiva –funcional o moral– del fundamento de su sanción. Por otro lado, a una concepción preventiva que se considera que, en todo caso, por imperativo constitucional, debe estar limitada por el principio de culpabilidad. Ambas posiciones responden a fundamentos distintos. La primera exige sostener que la persona jurídica es un agente moral ³⁵ o, al menos, un agente comunicativo-sistémico ³⁶. Es decir, en todo caso, que posea una identidad y una agencia que puedan ser relevantes para el Derecho penal. La segunda, en cambio, puede ser menos explícita en este punto.

En ambos casos, sin embargo, el razonamiento parte (i) de que las penas imponibles a las personas jurídicas son iguales a las (auténticas) penas que se imponen a las personas físicas. A continuación, el silogismo prosigue así: (ii) la pena de la persona física presupone culpabilidad de ésta; *ergo* (iii) la pena de la persona jurídica debe presuponer culpabilidad de ésta. Este razonamiento procede de una premisa mayor falsa: que las «penas» que ha introducido el legislador para las personas jurídicas son iguales a las (auténticas) penas que se imponen a las personas físicas ³⁷. A continuación, prosigue con una premisa menor verdadera: que la pena de la persona física presupone culpabilidad de ésta. La conclusión es que la pena de la persona jurídica tiene que presuponer necesariamente la culpabilidad de ésta. Lo que empezó con una premisa mayor falsa, concluye con una falacia normativista: dado que la pena imponible a las personas jurídicas tiene que basarse en la culpabilidad, entonces en las personas jurídicas hay culpabilidad.

Esa argumentación muestra dos defectos adicionales. En primer lugar, no abunda en la naturaleza profunda del principio de culpa-

³⁵ French, The Corporation as a Moral Person, *American Philosophical Quarterly* 16 (1979), pp. 207 ss.

³⁶ Laufer, Corporate Bodies and Guilty Minds, *Emory L.J.* 43 (1994), pp. 648 ss., 655 nota 32: culpabilidad corporativa constructiva; Laufer/Strudler, Corporate Intentionality, Desert, and Variants of Vicarious Liability, *American Criminal Law Review* 37 (2000), pp. 1285 ss.; List/Pettit, Group Agency, 2011, pp. 158 ss., aludiendo a estructuras de decisión (*decision-making structures*); Thomas, The Ability and Responsibility of Corporate Law to Improve Criminal Punishment, *Ohio State Law Journal* 78 (2017), pp. 601 ss. 612 ss.. afirmando que tienen libertad de voluntad en sentido estricto; *el mismo*, How and Why Corporations Became (and Remain) Persons Under the Criminal Law, *Florida State University Law Review* 45 (2018), 479 ss., 508 ss. adoptando un concepto pragmático (convencional) de persona. En contra de todo ello, Dan-Cohen, Rights, Persons, and Organizations: A Legal Theory for Bureaucratic Society, 1^a edic., 1986; 2^a edic., 2016.

³⁷ Silva Sánchez, Fundamentos de Derecho penal de la empresa, 1^a ed., 2013, p. 282; 2^a ed., 2016, p. 357.

bilidad y en la justificación de este. Parte de que es un mero límite formal-constitucional al poder punitivo del Estado y que, por tanto, el Estado debe respetarlo allí donde impone «penas». Sin embargo, la cuestión auténticamente importante es por qué el principio de culpabilidad constituye un límite al poder punitivo del Estado. Pues bien, la respuesta a esta pregunta tiene que partir de que las personas físicas disponen de la propiedad de obrar de modo culpable. En efecto, la culpabilidad es el mayor grado de vinculación que cabe establecer entre un hecho antijurídico y una determinada persona física. Sentado esto, y dado que la pena es la sanción más grave que cabe imponer a una persona física, es justo exigir para su imposición la constatación de su culpabilidad. Esta comprende una acción, un título de imputación subjetiva y los restantes elementos de la imputación a título de culpabilidad. Incluso es razonable incluir en el marco de la vigencia de dicho principio su dimensión procesal de presunción de inocencia.

En segundo lugar, tampoco considera los embates que lleva experimentando el principio de culpabilidad del Derecho penal de las personas físicas en los últimos cincuenta años. En efecto, poco a poco va calando, de nuevo, en la doctrina la pérdida de sustrato intrínseco de la idea de culpabilidad de las personas físicas. De este modo, se suscita la paradoja de que existan defensores de una fundamentación preventiva del Derecho penal que se oponen a la sanción penal a las personas jurídicas; y partidarios de fundamentaciones retributivas de la pena que se muestran favorables a ella.

Un problema distinto es que la insistencia en la culpabilidad de las personas jurídicas conduce a debilitar la culpabilidad como propiedad de la conducta delictiva de las personas físicas. En efecto, encubre la verdadera lógica intimidatoria y, en fin, correctora del sistema de sanción penal a las corporaciones. Al tiempo, produce la impresión de que la atribución de culpabilidad constituye una mera convención, en definitiva, un constructo. Ahora bien, en las personas físicas la culpabilidad constituye un vínculo intrínseco. En cambio, está claro que el establecimiento de un vínculo de culpabilidad entre un hecho delictivo y una persona jurídica no es más que una forma de hablar. En realidad, antes que esto, ya es una mera forma de hablar la afirmación de que la persona jurídica realiza un hecho ³⁸.

La contribución de la persona jurídica al hecho típico de una persona física integrante de la empresa de la que aquella es titular no

³⁸ Desde una perspectiva criminológica, *H. Schneider*, Das Unternehmen als Projektionsfläche kollektiver Strafbedürfnisse – Über die soziale Konstruktion der Täter- und Opferrolle, en: *Jahn/Schmitt-Leonardy/ Schoop* (Hrsg.), *Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen*, 2016, pp. 25 ss., 30 ss.

es un «hecho» determinado e individualizable, ni activo, ni omisivo. En la persona jurídica tampoco hay ni elección ni culpabilidad por la conducción de la vida (no hay auto- sino hetero-conducción). Con la referencia a su vida o a su carácter –siempre en términos de forzada metáfora antropomórfica– no se alude más que a un discurrir de acontecimientos, a una multiplicidad difusa –en términos tanto sincrónicos como diacrónicos– de hechos de personas físicas que dan lugar a un estado de cosas. En otras palabras, a la interacción sincrónica y diacrónica de acciones y omisiones de las personas físicas que se han integrado a lo largo del tiempo en la organización jerárquica de la empresa y, paralelamente, en los diferentes órganos de la persona jurídica. Así pues, la persona jurídica no realiza ningún tipo de injusto, ni lo hace culpablemente. No hace nada que pueda ser retribuido mediante la pena. La «cultura corporativa» es un producto de las personas que la integran a lo largo del tiempo.

Como se advierte, el tema es, en última instancia, filosófico. Sin embargo, esto no le resta importancia, sino que subraya la que realmente tiene. Se trata de si el Derecho penal puede soportar dos conceptos de culpabilidad en su seno, uno intrínseco-metafísico y otro meramente convencional-lingüístico, esto es, nominalista. En efecto, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con pretendida base en su culpabilidad, no es más que una convención, que cumple una función mixtificadora. Es decir, encubre lo que realmente hace –intimidar a administradores y socios para que sean agentes de prevención especial– sirviéndose como velo del poder omnímodo del legislador para decidir sobre quién es sujeto de imputación. De este modo se contribuye a «convencionalizar», esto es, a nominalizar por contagio a la culpabilidad personal.

V. UN DERECHO PREVENTIVO COMO ALTERNATIVA

1. *Una prevención equitativa*

Las personas jurídicas no son agentes morales, ni tampoco ciudadanos de la *polis*. Pues bien, esa doble circunstancia impide imponerles reacciones retributivas de culpabilidad. Sin embargo, es razonable que su responsabilidad se asocie, además de a puras razones preventivas, a criterios políticos limitadores. Así, un modelo preventivo-general indirecto –dirigido sobre todo a socios y administradores, pero también a los directivos y al resto de los integrantes de la empresa– de fundamentación de la sanción, orientado a la prevención especial de todos los miembros de la empresa, puede implantarse con más o menos límites externos. Así, un ejemplo de modelo con pocos límites

es el vigente en Estados Unidos desde 1909. Sin embargo, más allá de esto, es razonable exigir límites adicionales vinculados con el estado de cosas existente en la persona jurídica y basados en criterios de justicia distributiva ³⁹. Estos no son de retribución de una inexistente culpabilidad, sino de proporcionalidad en su contenido y, asimismo, de equidad en el sistema de atribución de responsabilidad. De este modo, se evita culpabilizar a quien no lo merece –la persona jurídica y los administradores, directivos y socios inocentes– y se consiguen los efectos preventivos pertinentes. Quien sostenga lo contrario debe probar, entre otros extremos, que la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en Alemania es un fracaso, de modo que debe abandonar ese sistema y sumarse a la opción acogida por el legislador español

Así las cosas, está claro que el recurso a la responsabilidad penal y a la pena a propósito de las personas jurídicas constituye un error conceptual, si es que la pena debe seguir siendo lo que es. Por eso, las sanciones a las personas jurídicas deberían quedar preferiblemente fuera del sistema del Derecho penal. Ahora bien, una vez que un legislador –como el español– ha tomado una decisión así, sería importante comprender el subsistema «penal» de responsabilidad de las personas jurídicas como algo radicalmente separado del subsistema propio de las personas físicas. Es decir, no pretender una asimilación imposible de uno y otro, que sólo erosiona el modelo de responsabilidad de las personas físicas.

2. La separación de los subsistemas de responsabilidad penal de las personas físicas y de las personas jurídicas

En 1999 ya sostuve la configuración de un subsistema de responsabilidad «penal» de las personas jurídicas, separado del Derecho penal de las penas privativas de libertad para las personas físicas. Ciertamente, la sostuve como *second best* –la mejor opción siempre será el Derecho administrativo sancionador–, en el marco de la propuesta de un modelo de dos velocidades del Derecho penal –que se concebía igualmente como un mal menor, de modo general– ⁴⁰.

³⁹ En este sentido, *Cigüela Sola*, La culpabilidad colectiva en Derecho penal, 2015, pp. 305 ss., 370 ss., 370-371: “La sanción que genera la responsabilidad estructural es legítima sólo si, aparte de razones preventivas, obedece a razones de justicia distributiva. 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 influencia”. Asimismo, *Artaza Varela*, La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal, 2013, p. 77.

⁴⁰ *Silva Sánchez*, La expansión del Derecho penal, 1^a ed., 1999; 2^a, 2001; 3^a ed., 2011, pp. 178 y ss., 180.

Pues bien, un modelo análogo fue propuesto asimismo en 2010 por Meir Dan-Cohen. A su juicio, es preciso adentrarse en la búsqueda de posibles regulaciones jurídicas que se adapten a las personas jurídicas, diferenciándolas del tratamiento debido a las personas físicas. Añadiendo: «La exploración de estas posibilidades podría conducir eventualmente a un sistema de dos vías, con carriles diferentes a lo largo de las dimensiones sustantiva, procesal y probatoria. Sin embargo, estas vías no tienen por qué terminar en el límite del Derecho penal. Las consideraciones que les dan forma también se refieren a otras áreas del Derecho, lo que sugiere un sistema legal de dos vías en todo momento»⁴¹.

En 2014 algo muy parecido era sostenido por parte de Jeremy Horder, indicando que puede afirmarse, en efecto, la legitimidad de «dos culturas» en el Derecho penal. Así, «por un lado, existe la responsabilidad penal impuesta a las personas, donde tanto los límites como la naturaleza de la responsabilidad deben estar conformados por valores como la dignidad, la autonomía personal, la preocupación y el respeto. Por otro lado, existe la responsabilidad penal impuesta a las personas jurídicas, donde estos valores tienen poca o ninguna aplicación, y donde las consideraciones instrumentales de eficiencia desempeñan un papel legítimo en las decisiones de penalización, aunque valores como la equidad y la proporcionalidad también desempeñan un papel importante»⁴².

De modo casi simultáneo, una propuesta similar podía hallarse en los trabajos de esta última década de la penalista alemana Charlotte Schmitt-Leonardy. En efecto, esta afirma que ciertamente la persona jurídica es un actor económico corporativo y no una mera agregación. Como tal, actúa a través de las acciones de los miembros de su organización económica que, en tanto que lo son, reflejan la identidad jurídico-social de la entidad. Sin embargo, también subraya que su código de actuación no es moral (bien/mal) sino puramente económico (beneficio/pérdida)⁴³. Desde luego, esto no obsta a su autoorganización y a una responsabilidad por esa autoorganización. Sin embargo, hace imposible la culpabilidad y obliga a buscar otras alternativas para sostener su responsabilidad⁴⁴. En concreto, una opción recomendada

⁴¹ *Dan-Cohen*, Sanctioning Corporations, *Journal of Law and Policy* 19 (2010), pp. 15 ss., 42.

⁴² *Horder*, Bureaucratic 'Criminal' Law, *London School of Economics. Law, Society and Economy Working Papers* 1/2014, pp. 1 ss., 33.

⁴³ Ya, *von Freier*, Kritik der Verbandsstrafe, 1998, pp. 118 ss.; *von Freier*, Zurück hinter die Aufklärung? Zur Wiedereinführung von Verbandsstrafen, *GA* 2009, pp. 98 ss., 102 ss.

⁴⁴ *Schmitt-Leonardy*, Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht, 2013; *la misma*, Eine Alternative zum Unternehmensstrafrecht: der Folgenverantwortungsdialog, en: *Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop* (Hrsg.), *Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen*, 2016, pp. 251

por esta autora es el Derecho de intervención, propuesto por Hassemer y Lüderssen en Alemania ⁴⁵. Este, por su parte, fue también el referente próximo del «Derecho penal de segunda velocidad», que propuse en 1999.

En efecto, separar a las personas jurídicas de las físicas, aun dentro del Derecho penal, es un mal menor. Ciertamente, nada más que un mal menor. La mejor opción sigue siendo que el legislador dé al Derecho administrativo sancionador lo que es de este -las personas jurídicas- y deje al Derecho penal con lo suyo, que no es poco: el merecimiento de pena de las personas humanas: administradores, directivos y socios.

ss., 278 ss.; *la misma*, Kollektive Schuld? – Zur „Schuld“ von Unternehmen, en: Fischer/Hoven (Hrsg.), *Schuld*, 2017, pp. 311 ss.

⁴⁵ Para las personas jurídicas, *Kempff/Lüderssen/Volk* (Hrsg.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, pp. 387 ss.