

Prof. Dr. Víctor Gómez Martín

Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Barcelona, Cataluña (España). Patrono de la FICP.

~Entre las incumbencias, la atipicidad y el sinsentido. Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de los modelos de prevención de delitos corporativos~

I.

Como es sabido, la LO 1/2015 incorporó al Código penal la llamada “eximente de Compliance”, por virtud de la cual la empresa que ponga en marcha un modelo de prevención de delitos eficaz podría quedar exenta de responsabilidad penal. Desde entonces se discute la naturaleza jurídica de dicha eximente¹. A juicio de un sector de la doctrina, esta cuestión debe resolverse con base en la teoría de las normas.² Frente a esta postura, es preciso recordar que las personas jurídicas ni son ni pueden ser destinatarias idóneas de normas de determinación. Entendido el delito como infracción de normas de determinación, puesto que tal clase de normas sólo pueden ser dirigidas a las personas físicas, y no a las jurídicas, sólo las primeras, y no las segundas, podrán cometer delitos. Las personas jurídicas podrán ser, a lo sumo, objeto de normas de valoración, pero nunca pueden constituir destinatarios objetivamente adecuados de normas de determinación. Es ya un lugar común en la doctrina la afirmación de que esta clase de normas presuponen la concurrencia en su destinatario de una serie de presupuestos (autoconsciencia, libertad, racionalidad, etc.) que de ninguna manera podrían llegar a concurrir en una sociedad. Partiendo de esta constatación, si se sigue afirmando que las sociedades pueden cometer delitos, entonces quienes así procedan deben ser conscientes de que los mismos ya no podrán seguir siendo definidos como infracciones de normas de determinación, sino, a lo sumo, como comportamientos desvalorados o merecedores de un juicio de desvalor. No es éste, sin embargo, la concepción del delito que aquí se considera preferible. En un Estado social en el que el Derecho penal cumpla una función de protección de la sociedad mediante la prevención de la comisión de delitos, el Estado no puede limitarse a valorar

¹ Sobre el tema vid., recientemente, RODRÍGUEZ-VÁZQUEZ, Democracia, sistemas de control y Derecho penal. Aproximación al fenómeno del *soft law* y de la externalización de los deberes estatales de control a través de los *compliance programs*, RECPC 22-11, 2020; PASTOR MUÑOZ, Programas de cumplimiento y normas de conducta jurídico-penales. Una reflexión desde la perspectiva de la responsabilidad penal de las personas físicas, La Ley compliance penal 5, 2021; BOLDOVA PASAMAR, Naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento, RGDP 37, 2022.

² PASTOR MUÑOZ, La Ley compliance penal 5, 2021.

negativamente los hechos ya cometidos lesivos o peligrosos para bienes jurídicos, sino que debe tratar de evitarlos. Para ello, habrá de dirigirse a los ciudadanos mediante normas de determinación de la conducta, que sólo podrán ser atendidas por sujetos con capacidad de autoconsciencia, racionalidad y libertad. Desde esta perspectiva, tales presupuestos sólo podrán concurrir en la persona física, nunca, en cambio, en la persona jurídica.³

II.

Una parte de la doctrina trata de salvar los inconvenientes dogmáticos que plantea la responsabilidad penal de las personas jurídicas defendiendo la posibilidad de construir una teoría del delito para sociedades. De acuerdo con la misma, la acción vendría representada, recuérdese, por la capacidad de organización de la persona jurídica; la tipicidad objetiva por el “defecto de organización”; la tipicidad subjetiva por el conocimiento organizativo del riesgo empresarial; y, por fin, la culpabilidad por una determinada cultura empresarial de infidelidad al Derecho o, más concretamente, de incumplimiento de la legalidad.⁴ En correspondencia con ello, para este sector doctrinal, los programas de cumplimiento eficaces funcionarían como causas de exclusión de la tipicidad de la persona jurídica, consistente en un defecto de organización que por definición no concurriría. Esta postura tampoco puede ser compartida, ya que presupone la asunción de una premisa altamente discutible: la responsabilidad por hecho propio de la empresa, consistente en un defecto de organización. Las mismas razones por las que no puede ser compartida la tesis que fundamenta la pena para personas jurídicas en la autorresponsabilidad por defecto de organización.

Entendido el delito como infracción de normas de determinación, puesto que tal clase de normas sólo pueden ser dirigidas a las personas físicas, y no a las jurídicas, sólo las primeras, y no las segundas, podrán cometer delitos. Las personas jurídicas podrán ser, a lo sumo, objeto de normas de valoración, pero nunca pueden constituir destinatarios objetivamente adecuados de normas de determinación. Es ya un lugar común en la doctrina la afirmación de que esta clase de normas presuponen la concurrencia en su

³ SILVA SÁNCHEZ, La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal, en: VV.AA., Derecho penal económico, Manuales de Formación Continuada CGPJ 14, 2001, p. 331.

⁴ Vid., entre otros, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: BANACLOCHE PALAO/ ZARZALEJOS NIETO / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales, 2011, p. 41; BACIGALUPO ZAPATER, La prevención..., en EL MISMO, Compliance y Derecho penal, 2011, p. 100.

destinatario de una serie de presupuestos (autoconsciencia, libertad, racionalidad, etc.) que de ninguna manera podrían llegar a concurrir en una sociedad. Partiendo de esta constatación, si se sigue afirmando que las sociedades pueden cometer delitos, entonces quienes así procedan deben ser conscientes de que los mismos ya no podrán seguir siendo definidos como infracciones de normas de determinación, sino, a lo sumo, como comportamientos desvalorados o merecedores de un juicio de desvalor. No es éste, sin embargo, la concepción del delito que aquí se considera preferible. En un Estado social en el que el Derecho penal cumpla una función de protección de la sociedad mediante la prevención de la comisión de delitos, el Estado no puede limitarse a valorar negativamente los hechos ya cometidos lesivos o peligrosos para bienes jurídicos, sino que debe tratar de evitarlos. Para ello, habrá de dirigirse a los ciudadanos mediante normas de determinación de la conducta, que sólo podrán ser atendidas por sujetos con capacidad de autoconsciencia, racionalidad y libertad. Desde esta perspectiva, tales presupuestos sólo podrán concurrir en la persona física, nunca, en cambio, en la persona jurídica.

Como es obvio, en un sistema dogmático abierto a la política criminal como el que aquí se considera preferible, los presupuestos político-criminales que acaban de ser expuestos condicionarán de forma decisiva el contenido de la teoría del delito. En cuanto a la acción, entendida la persona jurídica como una realidad compleja formada por una pluralidad de persona físicas, es posible afirmar que el comportamiento de una sociedad es, en realidad, una ficción, ya que detrás del mismo se encuentra, necesariamente, el comportamiento humano de las personas físicas que la integran. Las personas jurídicas no son nada sin las personas físicas que las integran. Tampoco la acción de una sociedad sin los concretos comportamientos concretos de los individuos que las componen.⁵

No obstante, algunas ramas del ordenamiento jurídico parten de dicha ficción para acabar concluyendo, por ejemplo, que las sociedades pueden contratar o celebrar negocios jurídicos de toda suerte, y que si pueden hacerlo lícitamente también tendrán capacidad para hacerlo de manera fraudulenta. Que ello sea posible desde una perspectiva jurídico-civil o mercantil, o, incluso, jurídico-administrativa, no significa, sin embargo, que una sociedad tenga capacidad de acción jurídico-penal. Debe recordarse, a tal efecto, que dos son los modos en que la Dogmática jurídico-penal puede afrontar el análisis de

⁵ ROBLES PLANAS, Pena y persona jurídica: crítica del art. 31 bis CP, Diario La Ley, 7705, 29-09-2011, pp. 4 s.

la estructura del delito:⁶ prescindir de la construcción de un concepto general de acción e iniciar el análisis del delito directamente por la categoría de la tipicidad; o intentar dilucidar con carácter general, y antes de discutir los propios elementos del delito, qué debe entenderse por acción en Derecho penal, por considerarse que es posible una definición general de acción previa a las categorías jurídicas del delito. En apoyo de la primera postura suelen esgrimirse dos razones: la imposibilidad de encontrar una definición general de acción previa a las categorías jurídicas, y la ausencia de todo valor sistemático, por su excesiva generalidad, de una tal definición, en el supuesto de que fuera posible encontrarla.⁷ Por contra, quienes consideran preferible la segunda opción, suelen argumentar en su favor que el concepto general de acción es un concepto útil para el Derecho penal, debido al interés que para éste tienen las distintas funciones que dicho concepto desempeña.

Desde mi punto de vista, de las dos perspectivas expuestas merece ser ampliamente compartida la *primera* de ellas. Tal y como acertadamente señala MIR PUIG, en el análisis de los casos prácticos, los tipos penales constituyen la “*puerta de entrada en el Derecho penal*”, de modo que la exigencia de un comportamiento humano no tiene naturaleza pre-jurídica, sino que es un requisito general exigido por todo tipo penal. Para MIR, resolver satisfactoriamente la cuestión relativa a si una conducta es o no constitutiva de delito requiere una doble comprobación. Por una parte, la concerniente a si se ha producido o no alguno de los resultados (entendido este término en un sentido amplio que permita abarcar tanto resultados en sentido estricto —separados de la acción— como situaciones de mera actividad) que el derecho pretende evitar. Por otra, y en caso de verificarse respuesta afirmativa en la primera comprobación, debe analizarse si concurren o no aquellas condiciones que permiten tratar de evitar dicho resultado (*ex ante*) o imputarlo a un sujeto en caso de confirmarse su concurrencia (*ex post*). La primera de estas condiciones de posibilidad de evitación o imputación del resultado es la acción, entendida como *comportamiento humano voluntario y externo*. MIR distingue, sin embargo, entre

⁶ Vid. JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, PG, I (traducción, adiciones y notas de Derecho penal español a cargo de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde), 1981, pp. 290 s.

⁷ Defienden este punto de vista, entre otros, GÓMEZ BENÍTEZ, Teoría Jurídica del delito, pp. 91 ss.; MIR PUIG, Derecho penal, PG, 9ª ed., 2004, 7/24 s.; OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA TOCILDO, Derecho Penal, PG, Teoría Jurídica del delito, 2ª ed., 1996, pp. 21 ss. En un sentido similar JAKOBS, La imputación objetiva en Derecho penal, 1996, pp. 99 s. Aunque en la concepción de JAKOBS no hay un concepto unitario de acción, lo cierto es que en algunas de sus formulaciones este autor ha llevado la idea de la inexistencia de un concepto pre-jurídico de acción jurídico-penal a sus últimas consecuencias, llegando a afirmar que sólo concurre una acción jurídico-penal cuando se trata de una acción objetivamente imputable.

la acción como elemento general de (no previo a) los tipos penales y la exigencia por parte de cada tipo en concreto de una acción determinada que reúna una serie de características específicas. El motivo de que la acción sea un elemento genérico de todo tipo y no una mera realidad ontológica de naturaleza pre-jurídica hay que verla en que, según el autor, la delimitación del concepto de acción en Derecho penal no puede realizarse partiendo únicamente de la esencia ontológica de los hechos humanos, sino de los “*condicionamientos de la función de las normas penales*”. Y ello porque “*no todos los hechos del hombre interesan al derecho penal, sino sólo aquellos que pueden ser desvalorados como penalmente antijurídicos por falta de desvalor intersubjetivo de la conducta*”. Por de pronto, la exigencia de que la acción constituya un comportamiento humano voluntario y externo ya debe derivarse necesariamente de la función del Derecho penal, el cual sólo puede y al cual sólo le es lícito prohibir dicha clase de conductas. Esto es, los comportamientos *humanos* voluntarios y externos.⁸

Negada la existencia de capacidad de acción jurídico-penalmente relevante a la persona jurídica, decaen por su propio peso el resto de elementos de la definición de delito que ahora se somete a consideración. No en vano, se encuentra comúnmente aceptada en la doctrina la idea de que la acción cumple una función de enlace de las diferentes categorías del delito: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad o imputación personal y, en su caso, la punibilidad. Según ello, la función de definición de la acción obligaría a partir de un concepto de acción con el suficiente contenido material como para que del mismo puedan predicarse las especificaciones propias de las categorías conceptuales que configuran la teoría del delito como características de la propia acción, pero sin adelantar el análisis de estas cuestiones al comportamiento humano, sino sólo enlazando o coordinando aquellas categorías.⁹

Ello no obstante, debe apuntarse, a mayor abundamiento, que tampoco el criterio del defecto de organización de la persona jurídica resulta aceptable como equivalente funcional de la creación de un riesgo típicamente relevante y su realización en el resultado, que integra la relación de riesgo entre la acción y el resultado en la teoría del

⁸ Vid. MIR PUIG, Derecho penal, PG, 9ª ed., 2004, 6/24 s.

⁹ Vid. en este sentido, por ejemplo, OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA TOCILDO, Derecho penal, PG, 2ª ed., 1996, p. 22, para quienes en virtud de esta función, un concepto general de acción debería constituirse, por su contenido material, en “punto de engarce de los demás elementos del delito para lograr una definición del mismo”.

delito de las personas físicas.¹⁰

Por una parte, del mismo modo que sucede con la acción de la persona jurídica, que requiere necesariamente de un comportamiento humano, en el caso del defecto de organización también se precisará que sea una persona física, y no una jurídica, la que incurra en dicho defecto organizativo.¹¹ Así, por ejemplo, si —como entienden algunos autores— la comprobación si un delito trae o no causa de un defecto organizativo empresarial resulta necesario analizar si en la empresa se ha implementado o no un programa de cumplimiento penal, o si el programa implementado es o no eficaz en la prevención de la comisión de delitos, ocurra lo que ocurra siempre será imputable a una o varias personas físicas que actúen en nombre o representación de la compañía. Así, la decisión de no adoptar protocolo de cumplimiento alguno, la de implementar uno completamente insuficiente como operación de maquillaje publicitario, la de implantarlo formalmente y no cumplirlo materialmente, o la falta de control suficiente del órgano encargado de velar por su efectivo cumplimiento (*Compliance Officer*) siempre será imputable a alguna persona física con capacidad de decisión en la empresa. Las sociedades no se organizan o desorganizan solas: las organizan o desorganizan algunas de las personas físicas que actúan en su nombre o representación.¹² No en vano, incluso algún autor partidario de la responsabilidad penal de la persona jurídica reconoce abiertamente que en el sistema penal español, el injusto imputado a la persona jurídica equivale, en realidad, al injusto de la persona física que actúa en su nombre o representación.¹³

Pero es que incluso aunque se creyera —como si de un dogma de fe se tratase— que son las propias personas jurídicas, y no las personas físicas que las administran o que actúan en su nombre o representación, las que incurren en defectos de organización, resulta extremadamente discutible que dichos defectos puedan equivaler, por sí mismos, a la creación de riesgos típicamente relevantes para los bienes jurídicos protegidos en los delitos para los que está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por seguir con el ejemplo de los protocolos de cumplimiento: admitiendo la existencia de un deber técnico general de cuidado consistente en que la empresa debe tener cubiertos los

¹⁰ GÓMEZ TOMILLO, Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español, 2010, p. 52.

¹¹ GÓMEZ TOMILLO, Introducción, 2010, p. 52.

¹² En un sentido parecido ROBLES PLANAS, Diario La Ley 7705, 29-09-2011, p. 6.

¹³ GÓMEZ TOMILLO, Introducción, 2010, pp. 51 ss.

riesgos penales que razonablemente puedan derivar en alguno de los delitos para los que está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿es realmente aceptable que la simple inobservancia de tal supuesto deber (por ejemplo, mediante la completa omisión de todo protocolo o la implementación de un protocolo insuficiente) constituya un riesgo típicamente relevante de estafa, insolvencias punibles, daños informáticos, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores, delito de blanqueo de capitales, delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, delitos urbanísticos, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros o delitos contra el medio ambiente? ¿Se trata de una relación de riesgo suficiente (por ejemplo, desde la perspectiva de la teoría de la adecuación)? Y en el (negado) supuesto de que así fuera: ¿será siempre posible acreditar la existencia de una relación de causalidad entre el defecto organizativo y el resultado lesivo del bien jurídico? Desde mi punto de vista, es obvio que la respuesta a estas preguntas debe ser, necesariamente, negativa.¹⁴

En cuanto a la tipicidad subjetiva, en el caso de las personas jurídicas se afirma que la misma reside en el conocimiento organizativo del riesgo empresarial. Pero, ¿en qué consiste exactamente dicho conocimiento? ¿Puede una empresa conocer algo? Nuevamente aquí debe dejarse meridianamente claro que una persona jurídica ni conoce ni quiere: sólo pueden hacerlo, a lo sumo, las personas físicas que forman parte de la misma.¹⁵ De nuevo en el tipo subjetivo, el equivalente funcional del dolo adquiere un contenido radicalmente normativizado difícilmente asumible por un Derecho penal respetuoso con el principio de culpabilidad.

Tampoco desde los modelos de responsabilidad por transferencia es posible fundamentar la responsabilidad subjetiva de la empresa. Ningún inconveniente especial representa, como es lógico, la responsabilidad subjetiva de la persona física que comete el delito en provecho de la sociedad. Sin embargo, tal y como afirma SILVA SÁNCHEZ, “no parece fácil fundamentar una “transferencia” de los elementos subjetivos de las personas físicas a la persona jurídica, que compense los déficits subjetivos de esta última”.¹⁶ No parece descabellado, por ello, concluir que, a falta de posible transferencia

¹⁴ GÓMEZ TOMILLO, Introducción, 2010, p. 52; ROBLES PLANAS, InDret, 2/2006, pp. 7 y 15 s.; EL MISMO, Diario La Ley 7705, 29-09-2011, p. 6.

¹⁵ En idéntico sentido PASTOR MUÑOZ, ¿Organizaciones culpables? Recensión a Carlos Gómez-Jara, La culpabilidad penal de la empresa, Marcial Pons, Madrid, 2005, InDret, 2/2006, p. 16.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, en CGPJ 14, 2001, p. 329.

de la responsabilidad subjetiva de la persona física a la sociedad, la responsabilidad penal de esta última es puramente objetiva.¹⁷

Precisamente en lo que a culpabilidad se refiere, la tesis de que en la teoría del delito para la persona jurídica tal elemento reside en su participación en una cultura empresarial de infidelidad al Derecho o, más concretamente, de incumplimiento de la legalidad es, en parte, heredera de un concepto constructivista de culpabilidad como el defendido por Günther JAKOBS.¹⁸ De acuerdo con el mismo, la culpabilidad se corresponde por completo con el fin de la pena como medida tendente a garantizar la fidelidad o confianza en la norma, o, mejor, la estabilización contrafáctica de las normas como expectativas normativas institucionalizadas.¹⁹ Un comportamiento es culpable para JAKOBS cuando produce una perturbación definitiva de la norma.²⁰ Desde el punto de vista de su comprensión de la sociedad como contexto comunicativo, el comportamiento de un individuo sólo puede expresar dos cosas: o bien tiene un significado comunicativamente relevante, o bien es simple naturaleza. Esto último ocurre, por ejemplo, con los comportamientos realizados por inimputables.²¹ En suma: la función de la categoría de la culpabilidad consiste para JAKOBS, en la estabilización de las normas ante contradicciones de las mismas con sentido del tipo “la norma carece de validez”, y tales contradicciones sólo están al alcance de aquellos sujetos que no sean inimputables, menores de edad, etc.²² Todo esto es coherente con el concepto de persona defendido por JAKOBS desde su perspectiva sociológico-funcionalista, de acuerdo con el cual la persona no es un sistema “psico-físico” prejurídico, sino un sistema social, un constructo social.²³

Frente a todo ello, debe afirmarse, en primer lugar, que un tal concepto de culpabilidad se encuentra completamente vacío de contenido. Puesto que JAKOBS define

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, en CGPJ 14, 2001, p. 329; ROBLES PLANAS, Diario La Ley 7705, 29-09-2011, pp. 8 y 11.

¹⁸ Acogido, entre otros, por GÓMEZ-JARA DÍEZ, La culpabilidad penal de la empresa, 2005, pp. 210 ss. Curiosamente, a pesar de que el concepto de culpabilidad que a continuación se expondrá y valorará críticamente en el texto condujo a JAKOBS a defender inicialmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con posterioridad ha alcanzado la conclusión contraria. Vid., a este respecto, JAKOBS, Strafbarkeit juristischer Personen, en LH-Lüderssen, 2002, pp. 559 ss.

¹⁹ También establece esta conexión SILVA SÁNCHEZ, en CGPJ 14, 2001, p. 335.

²⁰ JAKOBS, Culpabilidad y prevención (trad. de SUÁREZ GONZÁLEZ), en EL MISMO, Estudios de Derecho penal, 1997, p. 77. Vid, también PEÑARANDA RAMOS / SUÁREZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ, Estudio preliminar a JAKOBS, Estudios de Derecho penal, 1997, pp. 48 ss. y 56 s.

²¹ JAKOBS, Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional (trad. de M. CANCIO MELIÁ y B. FEJOO SÁNCHEZ), 1996, pp. 60 ss.

²² JAKOBS, Sociedad, norma y persona, 1996, pp. 63 ss.

²³ JAKOBS, La omisión: Estado de la cuestión, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), 2000, p. 150.

el delito mismo como quebrantamiento de la norma o infracción de un deber, su concepto de culpabilidad conduce, en definitiva, a una argumentación circular: es culpable el comportamiento que quebranta la norma, esto es, el comportamiento constitutivo de delito, y para que esto último ocurra es necesario que se trate de un comportamiento culpable.²⁴ En segundo lugar, debe destacarse que en JAKOBS, la culpabilidad pierde, como el propio autor reconoce,²⁵ su característico sentido limitador del *ius puniendi*, al quedar restringida al ámbito de lo que resulte *funcional* o *disfuncional* para el sistema penal. La culpabilidad debe ser contemplada, esencialmente, como un límite a la pena cuando los principios de dignidad humana y de igualdad real ante la Ley harían ilícita una pena que tuviera por destinatario, por ejemplo, un enfermo mental.²⁶ Por lo demás, la consideración de la persona como un constructo social, como el resultado de un proceso de comunicación, resulta sencillamente intolerable. Porque una cosa es admitir que el individuo también encuentra su identidad a través de procesos de interacción social, y otra radicalmente distinta, inadmisibles, que la sociedad defina por completo al individuo hasta el punto de que a quien carezca de capacidad para comunicarse con sentido social (como, por ejemplo, los inimputables) deba serle negado el *status* de persona.²⁷

Huelga decir, además, que una tal concepción de la culpabilidad no se compadece en absoluto con la que resulta preferible en el Derecho penal de un Estado democrático: la infracción personal de una norma de determinación por un sujeto penalmente responsable.²⁸ Para que el comportamiento del sujeto consista en la infracción personal de una norma de determinación es necesario, como señala MIR PUIG, que concurran dos requisitos: la capacidad personal de evitar el hecho y la capacidad de conocer la antijuricidad de la conducta. La primera queda excluida en los casos de imposibilidad

²⁴ Este círculo vicioso ha intentado ser explicado por algunos autores destacando la importancia central que para la definición general de delito tiene en el sistema de JAKOBS el concepto de culpabilidad como ámbito de lo penalmente relevante. En esta línea SUÁREZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ, Estudio preliminar a JAKOBS, Sociedad, norma y persona, 1996, pp. 82 s. Tampoco este intento puede fructificar, porque, de lo contrario, los planos de la tipicidad objetiva y la culpabilidad se confundirían de tal modo que prácticamente carecería de sentido seguir distinguiendo entre ambas categorías, con lo que el efecto limitador y garantista de la culpabilidad acabaría desapareciendo de todos modos.

²⁵ JAKOBS, Estudios de Derecho penal, 1997, p. 77.

²⁶ Vid. PEÑARANDA RAMOS / SUÁREZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ, Estudio preliminar a JAKOBS, Estudios de Derecho penal, 1997, p. 48; SCHÜNEMANN, La culpabilidad: estado de la cuestión, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), Sobre el estado, 2000, pp. 95 ss.

²⁷ En este sentido crítico vid. MIR PUIG, Recensión a JAKOBS, Sociedad, norma y persona..., RDPC, 2ª Época, 1998 (2), pp. 454 s.

²⁸ MIR PUIG, Derecho penal, PG, 9ª ed., 2004, 20/23 ss. En este contexto, SILVA SÁNCHEZ llega a plantearse, muy razonablemente, si “la extensión de un concepto como el de culpabilidad puede abarcar realidades tan distintas, sin perder prácticamente toda intensidad”: SILVA SÁNCHEZ, en CGPJ 14, 2001, p. 336.

absoluta de evitar materialmente el hecho. Ello ocurre, por ejemplo, en los supuestos de enfermedad mental profunda. Por lo que respecta a la capacidad de conocer la antijuricidad de la conducta, ésta deberá entenderse ausente cuando el sujeto incurra en un error de prohibición objetiva o personalmente invencible.²⁹ En segundo lugar, MIR entiende que en un Estado democrático no es lícito castigar con pena a aquellos sujetos que no puedan ser calificados como penalmente responsables. No lo serán quienes no tengan capacidad para ser motivados por la norma de determinación con normalidad. No se trata, por tanto, de quienes no puedan ser motivados por la norma en absoluto (ello puede suceder, por ejemplo, en el caso de oligofrénicos profundos), en cuyo caso faltaría ya la infracción personal de la norma; sino de sujetos que, pese a ser motivables, no lo son con normalidad, esto es, como las restantes personas. La anormalidad motivacional de un sujeto puede deberse a dos clases de causas: las relativas a la “anormalidad” del sujeto; y las relativas a la “anormalidad” de ciertas situaciones en las que no es lícito exigir al sujeto el cumplimiento de la norma de motivación. Las primeras son las causas de inimputabilidad. Las segundas, las causas de “no exigibilidad”.³⁰ Definida de este modo, es evidente que sólo puede ser culpable o no culpable una persona física, nunca una persona jurídica. Tal concepto de culpabilidad presupone la concurrencia en el sujeto de dos elementos que difícilmente concurrirán en una persona jurídica: autoconciencia y libertad.³¹ Por lo demás, una concepción de la culpabilidad como la que acaba de ser criticada, al identificar la culpabilidad con la instalación en la empresa de una cultura de la infidelidad o el incumplimiento de la legalidad, transita de forma peligrosa por la senda de la culpabilidad por la conducción de vida, una de las más (justamente) denostada formas de Derecho penal de autor que ha conocido la historia de la teoría del delito.³² Como apunta SILVA SÁNCHEZ, “*en última instancia esa culpabilidad por la conducción*

²⁹ MIR PUIG, Derecho penal, PG, 9ª ed., 2004, 20/28 ss.

³⁰ MIR PUIG, Derecho penal, PG, 9ª ed., 2004, 20/36 ss.

³¹ SILVA SÁNCHEZ, en CGPJ 14, 2001, p. 335; NIETO MARTÍN, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2008, pp. 155 ss.; PASTOR MUÑOZ, InDret, 2/2006, pp. 12 ss.; ROBLES PLANAS, InDret, 2/2006, p. 7; EL MISMO, Diario La Ley, 7705, 29-09-2011, p. 4: “*En realidad, 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 sólo de la de quienes la integran o la han integrado (...) Desde el punto de vista determinante para el Derecho penal, la persona jurídica no es libre independientemente de las personas físicas que las componen. Carece de autoconciencia y, por ello, de posibilidad de autodeterminación*”.

³² En este sentido, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, en CGPJ 14, 2001, p. 338.

*de la vida de un sujeto no autoconsciente constituye algo no muy distinto de otra forma de designar a la peligrosidad”.*³³

III.

Ciertamente, los enormes problemas dogmáticos que plantea la defensa de un concepto de delito distinto para la persona jurídica construido con apoyo en equivalentes funcionales parecen desaparecer cuando lo que se sostiene es que las personas jurídicas no responden por lo que ellas mismas hacen, sino por lo que hacen las personas físicas que actúan en su nombre o representación. Desde esta perspectiva, el hecho delictivo cometido por el representante o administrador no es ni más ni menos que una acción típica, antijurídica y culpable, tal y como tradicionalmente ha venido sosteniéndose desde la teoría del delito de la responsabilidad individual. Es opinión dominante que el art. 31 bis CP consagra un modelo de heterorresponsabilidad penal de la persona jurídica. Parece poco discutible que, en cualquiera de las dos vías de atribución de responsabilidad penal a la empresa, el precepto exige que el delito no sea cometido por la propia persona jurídica, sino por la física que la representa. De este modo, el artículo vendría a declarar, en realidad, que sólo la persona física y no la persona jurídica, puede cometer el delito. Aunque político-criminalmente ello resulta sin duda cuestionable, el precepto declara que la persona jurídica puede responder con una pena (*societas puniri potest*), pero lo hará por un *hecho ajeno*, el cometido por la persona física que la representa: *societas delinquere non potest*. El objeto de discusión se encuentra, entonces, en si el elemento que conecta el hecho de la persona física y el de la persona jurídica (poder de administración o representación de la persona jurídica, actuación en su provecho, etc.) puede constituir base suficiente para entender que el principio de personalidad de las penas (responsabilidad por el hecho propio) queda intacto. En mi opinión, esta pregunta debe ser contestada negativamente.³⁴

IV.

Un sector de la doctrina se muestra partidario de entender que, aunque formalmente el legislador español ha incorporado al catálogo de penas las imponibles a personas jurídicas, desde una perspectiva material tales penas no son, en realidad, auténticas penas

³³ SILVA SÁNCHEZ, en CGPJ 14, 2001, p. 338.

³⁴ Comparte este punto de vista, aunque defendiendo la responsabilidad penal de la persona jurídica desde el modelo de la autorresponsabilidad, GÓMEZ JARA, La culpabilidad penal de la empresa, 2005, pp. 159, 163, 166, 169 s. y 174 s.

y, por tanto, tampoco el principio *societas puniri potest* ha sido realmente derogado. De acuerdo con este planteamiento, las penas previstas para personas jurídicas en el actual Código penal pueden dividirse en pecuniarias (art. 33.7 a) CP) e interdictivas (art. 33.7 b-g CP). Las primeras tendrían por objeto el restablecimiento de una situación económica de enriquecimiento injusto de la persona jurídica como consecuencia de la comisión del delito por parte de una persona física que la representa “*en provecho propio*” (de la persona jurídica). Las segundas, las medidas interdictivas, tendrían más bien la naturaleza propia de medidas de seguridad previstas para controlar la probabilidad de reiteración delictiva inherente a sociedades peligrosas.

Desde mi punto de vista, este planteamiento es merecedor de ser ampliamente atendido. En un Derecho penal respetuoso con los límites derivados de un Estado democrático, las penas deben atender a una doble racionalidad: la instrumental, o consecuencialista, y la valorativa, o principialista. En un tal Derecho penal consecuencialista y, al mismo tiempo, principialista, la pena debe servir para algo, pero con la limitación de la observancia de determinados principios o valores.³⁵ Con otras palabras: las penas deben servir para proteger a la sociedad mediante la prevención de la comisión de delitos, pero con el sometimiento a los límites del *ius puniendi* derivados del carácter social y democrático de Derecho. En el caso de las penas a personas jurídicas, se trata, de forma evidente, de consecuencias jurídicas derivadas de una política criminal eminentemente pragmática y consecuencialista sustraída a límites tan fundamentales como el de *non bis in idem*, personalidad de las penas, responsabilidad por el hecho, imputación subjetiva, imputación personal o proporcionalidad de las penas. Además, se afirma —con toda razón— que por la especial naturaleza del hecho delictivo y la especial gravedad que entraña la pena, la imposición de ésta al autor de una infracción penal implica la realización de un juicio de reproche ético-social que difícilmente puede tener como destinatario a una persona jurídica.³⁶ Nada de ello obsta, sin embargo, la imposición a la persona jurídica de medidas de seguridad, consecuencias jurídicas interdictivas o reglas de restablecimiento de situaciones económicas de enriquecimiento injusto.³⁷ Existen razones para creer que bajo la piel de lobo de la pena, la LO 5/2010 oculta, en

³⁵ ALCÁCER GUIRAO, Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal, AP 13, 2001, pp. 184 ss.

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, en CGPJ 14, 2001, p. 331; MIR PUIG, Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, RECPC, 06-01, 2004, p. 10; PASTOR MUÑOZ, InDret, 2/2006, p. 14; ROBLES PLANAS, InDret, 2/2006, p. 7; EL MISMO, Diario La Ley 7705, 29-09-2011, p. 5.

³⁷ PASTOR MUÑOZ, InDret, 2/2006, p. 13.

realidad, en parte la oveja de una suerte de responsabilidad civil derivada de delito y, en parte, la de una especie de sistema de medidas de seguridad interdictivas para sociedades peligrosas.³⁸

V.

En este contexto, puede concluirse que las normas de Compliance se concretarían en deberes de prevención (código de conducta, protocolos sustantivos, etc.), detección (canal de denuncias, investigaciones internas, etc.) y reacción (responsabilidad disciplinaria, reparación del daño, etc.) que recaerían sobre el órgano de administración (art. 225 LSC). El incumplimiento del deber de institucionalizar y poner en marcha un modelo de prevención de delitos eficaz daría lugar, así, a un doble sistema de responsabilidad: mercantil de las personas físicas integrantes del órgano de administración por infracción de sus deberes de administración leal y diligente (art. 367,1 LSC) y multa o medida interdictiva para la empresa prevista en el CP. Con respecto a los delitos no evitados como consecuencia de la no implementación de un sistema de prevención, detección y reacción del delito, para las personas físicas legalmente obligadas a tal efecto las normas de Compliance revestirían la naturaleza de exigencias de cautela, deberes de precaución, reglas de cuidado, incumbencias (*Obliegenheiten*), normas de flanqueo o de preparación de condiciones de evitación de delitos. En el caso de que el hecho delictivo se produzca en el ámbito de dominio propio la responsabilidad penal se imputaría a título de autoría y en caso contrario, y a lo sumo, como participación.³⁹

³⁸ MIR PUIG, Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, RECPC, 06-01, 2004, pp. 16 ss.; ROBLES PLANAS, Diario La Ley 7705, 29-09-2011, pp. 8 ss. y 12 ss.

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Bases de la responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles, en EL MISMO, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, 2013, pp. 82 y 110 s.