

LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. UN ANÁLISIS A PARTIR DE LOS MODELOS LEGALES DE INTERVENCIÓN

*Fabián Andrés Oviedo Torres**

Resumen: En el actual debate sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, resulta interesante proponer una mirada a la luz de las lógicas de los modelos legales de imputación tradicionalmente vinculados con su tratamiento (administrativo-penal). La posibilidad de legitimar un manejo diferenciado de los principios generales de ambos ordenamientos, especialmente del principio de culpabilidad, derivaría unas garantías y exigencias totalmente relevantes a la hora de decidir el tratamiento para los entes jurídicos. En ese sentido, este trabajo pretende explorar la relación existente entre las nociones de culpabilidad, presunción de inocencia y estándar de garantía, como aspectos determinantes para analizar el modelo del que se pretende hacer destinatarios a estos sujetos sociales. En últimas, lo

* Universitat Pompeu Fabra, Barcelona. Máster Avanzado en Ciencias Jurídicas. Trabajo final de máster UPF/2020. Director: Jesús-María Silva Sánchez. Correo-e: fabianoviedot@hotmail.com. Fecha de recepción: 5 de enero de 2021. Fecha de aceptación: 12 de abril de 2021. Para citar el artículo: FABIÁN ANDRÉS OVIEDO TORRES. “La responsabilidad de las personas jurídicas. Un análisis a partir de los modelos legales de intervención”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 42, n.º 112, enero-junio de 2021, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 81-113. doi: <https://doi.org/10.18601/01210483.v42n112.03>

que se pone de presente es una tensión entre un sistema basado principalmente en la eficacia y otro totalmente garantista.

Palabras claves: persona jurídica, modelos legales, responsabilidad penal, derecho administrativo, culpabilidad, presunción de inocencia, estándar de garantía, política criminal.

THE LIABILITY OF LEGAL PERSONS. AN ANALYSIS BASED ON LEGAL INTERVENTION MODELS

Summary: In the current debate on the liability of legal persons, it is interesting to propose a look in the light of the logics of the legal models of imputation traditionally linked to their (administrative-criminal) treatment. The possibility of legitimizing a differentiated treatment of the general principles of both systems, especially the principle of guilt, would derive from guarantees and requirements that are totally relevant when deciding on the treatment for legal entities. In this sense, this work intends to explore the relationship between the notions of guilt, presumption of innocence and standard of guarantee as determining aspects to analyze the model that is intended to be addressed to these social subjects. Ultimately, what is put forward is a tension between a system based mainly on efficiency and another that is totally guarantee based.

Keywords: legal person, legal models, criminal liability, administrative law, guilt, presumption of innocence, warranty standard, criminal policy.

La asignación al derecho penal de papeles relevantes en la respuesta a los ilícitos propios de la globalización y de la integración supranacional implica una flexibilización de las categorías y relativización de principios: abona la tendencia general hacia la expansión.

Jesús-María Silva Sánchez

INTRODUCCIÓN

La evolución de la sociedad es un fenómeno empírico innegable que ha estado precedido por efectos de la globalización, la multiculturalidad y la aparición de nuevos intereses colectivos. Los mecanismos que tradicionalmente venían siendo utilizados para hacer frente a comportamientos humanos, se ven sorprendidos por nuevas realidades que los ponen en tensión y muchas veces los muestran incapaces de ser operativos. El derecho penal no ha estado exento de tal situación, no solo por la expansión que ha sufrido ante la denominada “sociedad de riesgo” (Beck

citado por Silva Sánchez¹), sino por la aparición de nuevos destinatarios de la acción punitiva ajenos a la evolución histórica de la teoría del delito. Las personas jurídicas se presentan entonces como sujetos relevantes y actuantes dentro del tráfico social cuyo tratamiento jurídico es aún objeto de debate. Sin embargo, el recurrente recurso al derecho penal para satisfacer las demandas sociales parece cuestionar, por una parte, los principios y garantías que lo inspiran y, por otra, los fundamentos democráticos del Estado de derecho.

Existe un consenso sobre la necesidad de sancionar a las personas jurídicas por la comisión de comportamientos cada vez más relevantes desde el punto de vista penal. Ahora, esto no implica que la manera de hacerlo sea igual de clara y general, toda vez que esta debe responder a unas relaciones propias de cada sociedad y de sus ordenamientos jurídicos. En consecuencia, lo que es indispensable analizar no es si las personas jurídicas deben ser sancionadas, sino cuál es el modelo legal de imputación adecuado (administrativo o penal) entre los tradicionalmente utilizados.

Las garantías propias de cada procedimiento son expresión de los principios que los fundamentan y que a su vez responden a lógicas diferentes en su implementación. El reconocimiento de tales lógicas permite una diferenciación de los instrumentos en razón a su teleología y en determinada forma permite hacer precisiones a tesis como la de unidad del derecho punitivo del Estado que llevan a una generalización de los requisitos de las sanciones impuestas en ejercicio del derecho penal y del derecho administrativo sancionador. Posiblemente, tal asimilación ha facilitado el descarte del derecho administrativo como presunto instrumento eficaz con argumentos poco sistemáticos y sí muy formalistas que aseguran una diferencia netamente cuantitativa.

En el campo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los mayores desarrollos doctrinales han puesto su énfasis en la reconfiguración de las categorías tradicionales del delito para hacerlas capaces de hacer frente a expresiones criminales que no conocían, lo que es totalmente positivo, si no fuera porque a mi juicio, se ha dejado de lado el estudio de las garantías y principios que tienen una relación sinalagmática con tales categorías. Dicho de otra manera, se ha puesto el empeño y capacidad en la restructuración de tales categorías, generalizándose su inminente intervención, sin todavía quedar clara la correspondencia de los estándares de garantías de los individuos (entiéndase personas humanas) con los entes jurídicos.

Los compromisos y recomendaciones internacionales a los que se alude, no de manera infrecuente, como promotores de la responsabilidad penal de los “entes

1 JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (Madrid: Edisofer, 2011).

morales”, no imponen directamente la obligación a los países de incorporar un determinado tipo de responsabilidad. En realidad, lo que existe es un compromiso para adoptar medidas necesarias, eficaces y proporcionadas frente a las personas jurídicas, calificativos que no necesariamente confluyen en un solo tipo de sanción. Es decir, no siempre una sanción que se considera necesaria es la más eficaz y viceversa.

El análisis del presente trabajo sería inútil si se aceptara sin más precisiones, que en las sociedades modernas el derecho penal abandonó el carácter de *ultima ratio* y en contraposición adoptó el carácter de primera razón para abordar cualquier problemática social. Bajo este baremo, una revisión de aspectos al parecer olvidados del derecho administrativo carecería de sentido porque el derecho penal resplandecía, en cualquier caso. Ahora bien, si lo que se quiere es buscar los mejores argumentos para hacer efectiva la política criminal de Estado, una revisión sistemática es ineludible.

Seguramente la necesidad o apremio que existe para que las personas jurídicas sean castigadas de manera efectiva, sumado al hecho de que en la mayoría de los ordenamientos esta es una facultad que ha estado en cabeza del derecho administrativo sancionador, hacen fijar la mirada directamente en el derecho penal. Lo que suele pasarse por alto, es que hacer a las personas jurídicas destinatarias de las normas penales, en caso de ser posible, propone una tensión permanente con la categoría del individuo y sus garantías, lo cual podría derivar en un endurecimiento de las garantías de la persona humana dificultando la sanción de las personas jurídicas. En todo caso, el presente trabajo pretende analizar los modelos legales de imputación de responsabilidad de las personas jurídicas junto con las garantías y principios que emanan de cada uno, para así verificar su aplicabilidad.

1. APROXIMACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL A LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Los entes colectivos como sujetos de derecho en el tráfico jurídico son una realidad nada nueva y que viene desarrollándose especialmente en el área del derecho civil y comercial. El alcance y límites de las prerrogativas que se le iban reconociendo en dichas áreas no generaban mayores discusiones, posiblemente por los principios que orientan estos campos de la ciencia jurídica. Sin embargo, cada vez eran mayores los escándalos en que se veían involucradas empresas por la comisión de conductas punibles principalmente vinculadas con el ámbito económico. El derecho penal en este escenario es protagonista de un espacio cada vez mayor, influenciado por diferentes factores sociales que crean nuevos intereses objeto de tutela. Tal panorama incorpora en este ámbito del derecho la discusión acerca de la responsabilidad de los “entes morales” que, a primera vista, parece chocar con los principios y garantías del derecho penal clásico para el que los delitos financieros aún representan un gran reto.

Los primeros antecedentes regulatorios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se sitúan en 1977 con la emisión en Estados Unidos de la Foreign Corrupt Practices Act. Esta ley hacía responsables a aquellas compañías estadounidenses y sus filiales por casos de soborno a funcionarios extranjeros. Pero no solo se establecía tal responsabilidad, sino que se copiaba una serie de procedimientos contables que debían tener las empresas que cotizaban en bolsa, los cuales operaban como controles de las compañías. No obstante, desde 1909 la Corte Suprema de Estados Unidos había admitido la posibilidad de imputar responsabilidad penal a personas jurídicas dentro del caso *New York Central & Hudson River vs. U. S.*²

En el mismo año (1977) se adoptó la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales del Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). En dicho documento se consignó que los Gobiernos tomarían las medidas que fueran necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de servidores públicos extranjeros. De manera específica, se señaló que en caso de no ser aplicable la responsabilidad penal a las personas jurídicas, los países deberían asegurarse de que tales entes estarían sujetos a sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter no penal.

Posteriormente, ya en los 2000, se promulgó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Ambos documentos, casi en los mismos términos, conminan a los Estados partes a adoptar medidas necesarias para establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, estas medidas podrían ser de índole penal, civil o administrativa. A partir de tales decisiones, diferentes Estados empezaron a incorporar en sus ordenamientos el tipo de responsabilidad mencionado, de conformidad con los principios que orientan su legislación. Entre estos países encontramos: Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia, Francia, Holanda, Irlanda, Reino Unido, Suecia y, recientemente, España.

Desde el punto de vista político-criminal es evidente la existencia de fenómenos de naturaleza económica como la globalización y la integración que cada vez ponen en mayor tensión los ordenamientos jurídicos. Así lo pone de presente Silva³, quien además señala que frente a tales fenómenos el objetivo del derecho penal es eminentemente práctico. Lo que se busca es proporcionar una respuesta

-
- 2 ROCÍO SÁNCHEZ DE LAMADRID. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho comparado. Posibles mejoras al derecho español*. Martínez, Aitor (dir.) (Madrid: 2018) [disponible en <https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/7676/SANCHEZ%20DE%20LAMADRID%20RUIZ%20DE%20ALDA%2C%20ROCIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>].
 - 3 JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del derecho penal*. ob. cit., p. 92.

uniforme a la delincuencia transnacional que evite la conformación de *paraísos jurídico-penales*. Sin embargo, el “derecho penal de la globalización” no es todo el derecho penal, este se concentra en la delincuencia económica u organizada y en las modalidades delictivas conexas con estas.

La aclaración anterior no sobra si se tiene mediana claridad sobre la problemática que representa la macrocriminalidad y específicamente la criminalidad de empresa a las categorías tradicionales del derecho penal. La cuestión se centra en si realmente existen razones para considerar una necesidad político-criminal hacer responsables penalmente a las personas jurídicas y cómo, bajo el entendido de que la política criminal tiene relación directa con las categorías del delito, se articularía tal responsabilidad con unos principios y garantías desarrollados bajo otros paradigmas (la persona física, los delitos “de sangre” y las penas privativas de la libertad). En esta discusión no puede dejar de mencionarse la importancia de las valoraciones y realidades sociales frente a los objetivos y alcances del derecho penal en determinada sociedad. Esto no lleva a afirmar su ciega aplicación ante toda valoración negativa de comportamientos, pero sí a promover el análisis de las conductas para su eventual intervención. El denominado “populismo punitivo” con el que en ocasiones se suele etiquetar la promoción del castigo penal a los sujetos jurídicos tiene la obligación de observar las aludidas consideraciones.

1.1. Las razones que fundamentan la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Para alguna parte de la doctrina, la discusión (político-criminal) sobre el merecimiento de responsabilidad penal de las personas jurídicas pertenece al pasado y se considera resuelto en sentido afirmativo. Es el caso de Zugaldía⁴, quien también afirma que, en caso de no haberse obtenido una respuesta en ese sentido, debe entenderse que los legisladores han omitido la discusión académica y han llevado a cabo una ampliación del sujeto del derecho penal por razones pragmáticas. Considera el autor, que los esfuerzos actuales deben focalizarse en buscar los criterios normativos adecuados que posibiliten la imputación penal a este nuevo sujeto. En efecto, estas razones pueden erradicar la discusión con el mismo pragmatismo que se le abona utilizar al legislador. Sin embargo, esta forma de proceder no es propia de la cultura jurídica continental que busca tradicionalmente dotar de contenidos la teoría y sistema que la fundamenta para hacerlas igualmente compatibles con unos propósitos sociales y políticos determinados. Mientras tanto, otra parte de la doctrina considera que la discusión se saltó consideraciones sustantivas de valoración del comportamiento de las personas físicas y de las empresas. En esa

4 JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013).

línea, Díez Ripollés⁵ señala que la argumentación político-criminal padece de incongruencias significativas y se ha concentrado en razones pragmáticas, muchas de estas, ajenas a una fundamentación propia de este tipo de responsabilidad⁶. En lo que sigue, se pasará a revisar las razones de política criminal que con mayor frecuencia se han aludido para afirmar la responsabilidad de las empresas.

El profesor Silva⁷ relaciona tres líneas de argumentación que normalmente siguen quienes afirman la necesidad de imponer consecuencias jurídico-penales a las personas jurídicas. Una primera línea referida a la imposibilidad de sancionar a las personas físicas por delitos cometidos en el marco de la actividad empresarial conocida como “irresponsabilidad organizada”. La idea primaria de esta argumentación se basa en señalar la disociación de la información, el poder de decisión y la actuación ejecutiva como elementos para atribuir responsabilidad individual. Así, la disociación de los elementos llevaría a este tipo de irresponsabilidad. A partir de la misma consideración, Gunter Heine manifestó:

Cuanto más estructurada esté la empresa en torno a la diferenciación funcional y menos en torno a la jerarquía lineal, más podrá diluirse, desde el punto de vista jurídico penal, el potencial del autor en funciones operativas y estratégicas. Por lo tanto, la configuración organizativa de la empresa moderna puede conducir a una “irresponsabilidad individual estructurada.”⁸

Una segunda línea plantea la insuficiencia de la sanción de la persona física como respuesta a la criminalidad económica y organizada. Es decir, se trataría de una especie de insuficiencia preventiva de la responsabilidad penal individual. Ello basado en la idea de que un modelo de prevención de delitos económicos fundamentado únicamente en la persona física deja intacta y en funcionamiento la estructura que promueve su comisión, incluido su patrimonio. En términos de Schunemann citado por Silva⁹, la actitud criminal de grupo no puede ser neutralizada únicamente mediante sanciones a personas físicas individuales.

5 JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Regulación española. Barcelona, 2012. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, [disponible en <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/260787/347969>].

6 Para el autor una verdadera fundamentación llevaría al debate sobre la correspondencia sustancial valorativa entre las personas físicas y las jurídicas, la cual en caso de encontrarse afirmativa justificaría el abandono del principio de personalidad física en el derecho penal y abriría paso a que las personas jurídicas pudieran ser consideradas sujetos activos del derecho penal.

7 JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. 2 edición ampliada y actualizada (Madrid: Edisofer s.l., 2016), 286-287.

8 GÜNTER HEINE. *Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa*, en Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008).

9 JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. *ob. cit.*, p. 290.

Finalmente, una tercera línea argumentativa sostiene que los medios alternativos al derecho penal, orientados a hacer responsables a las personas jurídicas, no son adecuados para la mayor parte de la criminalidad que se genera en la empresa. Puntualmente, lo que se presenta es una insuficiencia preventiva de las formas no penales de responsabilidad colectiva. Especialmente en el ámbito de la empresa resulta innegable el significado simbólico del derecho penal, puesto que las personas jurídicas se ven expuestas a consecuencias reputacionales con incidencia en su actividad. De antaño, lo que se asocia con el derecho penal son los hechos con más fuerte reproche ético-social que consecuentemente deben ser investigados en el marco de un proceso con todas las garantías. Por otra parte, también se alude a la idea más de naturaleza criminológica, que afirma la inidoneidad del procedimiento administrativo sancionador para abordar los casos de criminalidad organizada. Ello llevaría a pensar en la incapacidad tanto del procedimiento como de la sanción administrativa para hacer frente a delitos llevados a cabo el seno de las empresas.

Teniendo en cuenta lo anterior, se reclama el reconocimiento de la persona jurídica como un ente más temible que la persona individual dañina, que tiene más poder y capacidad de daño social, situación que la sociología jurídico penal parece tener suficientemente reconocida¹⁰. La capacidad de daño social, referida a la posibilidad de afectar de manera grave intereses jurídicos, incorpora a la discusión el análisis del carácter fragmentario del derecho penal, según el cual la intervención penal se requiere y legitima de conformidad con las expresiones más graves de comportamientos objeto de reproche colectivo. Aceptar que las empresas con todo el poder de daño que tienen sigan relegadas al derecho de la administración, sería, por los menos, aceptar la crisis de este principio del derecho penal. Adicionalmente, Zugaldía¹¹ relaciona otros aspectos a valorar de cara a mantener a las personas jurídicas al margen del derecho criminal: (i) el derecho administrativo ha invadido zonas propias del derecho penal, dando lugar a una intervención desmesurada de la administración en el ámbito de la heterotutela; (ii) las mayores garantías de las personas frente al Estado no confluyen en el ámbito del derecho administrativo sancionador, el cual constituía, hasta hace poco, un derecho represivo de características prebeccarianas y (iii) se despoja a los ilícitos de los entes morales de la función simbólica que corresponde al derecho penal en el sentido de transmitir la percepción social del carácter delictivo de ciertas actividades.

Por otro lado, si la legitimidad del derecho penal subyace de la verdadera aplicación del principio de igualdad, esto es, de la aplicación con conciencia de la

10 PABLO GONZÁLEZ SIERRA. *La responsabilidad penas de las personas jurídicas*. Alonso Esteban Granada Pérez (dir.) (Universidad de Granada: 2012), 60, [disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=62378>].

11 JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR. *ob. cit.*, pp. 11-12.

diferenciación jurídica de las diferencias, se tensionaría tal legitimación con argumentos que sostuvieran su aplicación selectiva y discriminadora. Esto, bajo el entendido que debe sancionar las conductas más graves por lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos de mayor interés. No es, por tanto, el criterio personal (persona física o persona jurídica) lo que debe imperar, si se quiere disminuir, en la mayor medida de lo posible, los límites de ilegitimidad del derecho penal¹².

Tras los argumentos expuestos es posible reflexionar sobre el carácter de *ultima ratio* del derecho criminal. Si verdaderamente de lo que se trata es del abandono de esta última intervención por la opción de la *primera ratio* o de una modulación de su concepción inicial. En todo caso, la opción que se adopte en mucho dependerá de la función y objetivos que le asignemos al derecho penal contemporáneo. Con independencia del papel atribuido debe recordarse que a esta rama del derecho siempre se les ha asignado este carácter último frente a expresiones delictivas que en su momento eran las consideradas de mayor reproche (homicidios, hurtos, estafas) y que posiblemente hoy lo sigan siendo, pero no de manera exclusiva, ante el surgimiento de nuevas expresiones criminales fuertemente dañosas, que se realizan en el ámbito empresarial. La nueva delincuencia, o por lo menos parte de ella, que puede ser considerada “de los poderosos”, evoca la idea descrita por Gargarella¹³ al expresar la existencia de razones para presumir que, en situaciones de injusticia o desigualdad social, el ordenamiento vigente se puede sesgar en favor de quienes cuentan con más influencias sobre el sistema de toma de decisiones. En ese marco, la ya compleja tarea de justificación de la coerción penal se torna especialmente ardua. Pues bien, si tal situación es así, también existirían motivos para pensar que las nuevas expresiones de criminalidad no van a ser valoradas en sus verdaderos grados de lesión, ya que tras esa decisión existen fuertes influencias y poderes.

Las líneas y razones esgrimidas posiblemente no sean para algunos suficientes en la tarea de decidir el medio para ejercer el *ius puniendi* del Estado. Si lo que en últimas justifica la intervención del derecho criminal es la prevención general del delito y esta es posible obtenerla bajo una y otra rama del derecho (“en las que aplican los mismos principios”), entonces una opción favorable a las personas jurídicas se decantaría por el sistema que más garantías represente. Es decir, se favorecería la opción del derecho penal, independientemente a que se discuta desde otros planos si las personas jurídicas son “condesciendes” de este. No obstante, con el ánimo de conseguir argumentos que se alejen de una decisión pragmática de intervención del poder más coercitivo del Estado, se agregan a la

12 PABLO GONZÁLEZ SIERRA, *ob. cit.*, p. 62

13 ROBERTO GARGARELLA. *La coerción penal en contextos de injusta desigualdad*, 2010. SELA (Seminarario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. 82, [disponible en https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/82/]

discusión elementos relacionados con las garantías y, especialmente, el manejo de los estándares en cada procedimiento. Esta valoración será principal en términos de eficacia y eficiencia.

Particularmente, considero que existen razones para justificar la necesidad político-criminal de hacer responsables a las personas jurídicas en el plano penal sin negar las dificultades que se presentan en el plano de la dogmática de la teoría del delito. En relación con esto último, se analizarán algunos aspectos menos explorados hasta el momento.

1.2. La pretensión de eficacia de las sanciones

Las normativas y obligaciones internacionales constituyen solo uno de los grupos de razones para reforzar la necesidad de imponer sanciones penales a las empresas. Como denominador común de estas normativas encontramos el reclamo a los Estados para adoptar sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias. Llama la atención el calificativo de eficacia cuando a lo que se alude, por definición, es a la capacidad de lograr el efecto que se desea o espera. En otras palabras, cuando la normativa antedicha solicita que se adopten medidas eficaces a lo que se refiere es, precisamente, a esas medidas que tengan la capacidad de lograr hacer responsable a las personas jurídicas. Así las cosas, solo en el marco de dicha operatividad se reflexionarán sobre qué modelo, entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, responde a esta lógica. Por lo demás, tanto la proporcionalidad como la disuasión pudieran predicarse, en mayor o menor grado, de ambos tipos de sanciones.

No es algo nuevo que la doctrina y la jurisprudencia reiteren la identidad de principios que fundamentan tanto al derecho penal como al derecho administrativo sancionador. Bajo Fernández¹⁴, analizando la vigencia de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ordenamiento español, señala que existe un único derecho sancionador obediente a los mismos principios. No obstante, considero necesario hacer claridad de lo siguiente: (i) esto parece cierto; sin embargo, no lo es del todo en el ámbito del derecho sancionador de personas físicas y (ii) en lo que tiene que ver con las personas jurídicas se ha aceptado, también con regularidad, la modulación o diferenciación del principio de culpabilidad. Considero que estas dos aclaraciones deberían mermar el ánimo de generalización. La decisión contraria llevaría a aceptar una diferencia netamente cuantitativa entre el derecho penal y el derecho de la administración.

14 MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ. Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español. En *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* (Pamplona: Aranzadi, 2016), 25-54.

De la premisa en que ambos sistemas sancionadores se deben regir por el mismo sistema de imputación resultaría evidente que, sea cual fuere el modelo de responsabilidad de las personas jurídicas, los problemas dogmáticos que presenta la responsabilidad de este sujeto de derecho no se pueden evitar por el hecho de mantenerlo exclusivamente en el ámbito del derecho administrativo¹⁵. Contrario a esta opinión, evidentemente muchos de los problemas dogmáticos que se presenten serán comunes a ambos modelos (administrativo-penal), pero en lo que tiene que ver con el principio de culpabilidad merece hacer algunos reparos que se analizarán *up infra*.

Por ahora, lo que se intenta plantear en términos de eficacia es lo siguiente: la pretensión de adopción de medidas eficaces puede chocar con el modelo penal porque su lógica es diferente. Es decir, la lógica del derecho penal es principalmente una lógica de la culpabilidad y si se quiere del máximo garantismo. Entonces, si la aplicación del principio de culpabilidad en su estado clásico (reproche jurídico a un sujeto dotado de conciencia y libertad) debe hacerse con “matices” en el derecho administrativo sancionador, esto podría implicar una cierta relativización del principio en esta última área que lleve a predicar una eficacia mayor. Exigir la imposición de “penas” a los entes jurídicos dentro del proceso penal lleva implícito el cumplimiento de todos sus principios y garantías en sentido estricto. En caso de que se pueda hablar de una disminución de garantías en el ámbito del derecho administrativo que facilite la persecución de las empresas, producto de su culpabilidad diferenciada, hace el modelo más eficaz. Esto no implica que se considere tal escenario como el correcto.

Por último, los estándares de garantía tanto en el administrativo como en el penal imponen límites a la eficacia de los procedimientos. La lógica del modelo penal impone el mayor estándar de garantía (más allá de toda duda razonable) para imponer la pena, toda vez que su fundamento es la culpabilidad estricta. En el escenario del derecho administrativo se sostendrá que la matización del principio de culpabilidad soportaría un menor estándar. Claramente, la eficacia favorece su lógica.

2. SOBRE LOS MODELOS LEGALES DE IMPUTACIÓN

2.1. Otra mirada al derecho administrativo sancionador de las empresas

El derecho administrativo sancionador ha estado siempre bajo la sombra del derecho penal. Las razones de cierta colonización de este último sobre el primero

15 SILVINA BACIGALUPO SAGGESE. Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos. *Reforma penal: personas jurídicas y tráfico de drogas; justicia restaurativa*, n.º 8 (2011): 15-38.

atendería, entre otras, a razones de cronología, constitucionalidad y dogmática¹⁶. La primera alude a la inicial consolidación de los principios del derecho penal; la segunda, se relaciona con lo progresista de los principios penales en cuanto suponen garantías de los derechos del individuo y, por último, la dogmática del derecho penal y sus principios era lo único que se conocía como expresión del derecho punitivo del Estado, por tanto, esta se difundía en el derecho administrativo sancionador. Con base en estos supuestos, se ha llegado a una fase en la que por gran parte de la doctrina no se discute si los principios del derecho penal se aplican al derecho administrativo sancionador, puesto que así se acepta principalmente con el argumento de la unanimidad del *ius puniendi* del Estado.

Otra razón de la subordinación que el derecho administrativo ha tenido frente al penal estaba determinada por la destinación al primero de estos, de los ilícitos de menor relevancia social. El tratamiento diferenciado que debía darse a este tipo de comportamientos de menor entidad marcó la necesidad de acudir a un procedimiento igualmente diferente al garantista penal. Lozano señala:

Se trata éste de un problema que dista mucho de ser una mera discusión doctrinal, dado que la admisión de la naturaleza independiente del ilícito administrativo conduce a la posibilidad de construir un sistema sancionador independiente del penal, sustraído a la aplicación de los principios y garantías del orden judicial-penal, y compatible con él.¹⁷

Si bien es cierto, el primer argumento alude a un análisis netamente cuantitativo de la sanción dependiente del principio de lesividad de la conducta, también lo es que desde ese momento se dejaba clara la necesidad de aplicar unos principios y garantías diferentes, hoy matizados, a los del orden penal.

Hay quienes afirman dificultades para sostener que la culpabilidad exigida por la sanción administrativa es diferente a la que reclama la pena. Se alude en ese sentido a que la construcción de una culpabilidad de la persona jurídica en el derecho administrativo sancionador ha sido uno de los argumentos más fuertes en contra del principio *societas delinquere non potest*¹⁸. Si los principios en general y especialmente el de culpabilidad funcionaran idénticamente en el derecho administrativo sancionador como en el derecho penal, la fundamentación de la culpabilidad de la empresa posiblemente no hubiese representado los problemas que se han evidenciado en la doctrina. De cualquier manera, el problema de la generalización en la unanimidad de principios entre el derecho administrativo

16 ALEJANDRO NIETO. *Derecho administrativo sancionador* (Madrid: Tecnos, 2012).

17 BLANCA LOZANO. *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas, 1990), 30.

18 PABLO GONZÁLEZ SIERRA. *ob. cit.*, p. 22

sancionador y el derecho penal es que parecieran transpolarse de manera idéntica sus contenidos. En ese orden, las garantías que se derivan de cada principio tendrían que ser idénticas y es aquí donde el problema aumenta. Este puede ser una de las razones que ha causado el regreso de la mirada a posiciones que diferenciaban tajantemente entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, cada uno con manifestaciones de principios y garantías propios que atienden a su naturaleza y al llamado social para el que están diseñados. La mirada que se propone a esta rama del derecho tiene pretensión de negar la existencia y operatividad de una culpabilidad en sentido estricto (como en el ámbito penal) en el derecho administrativo sancionador.

No son pocas las implicaciones, tanto sustantivas como adjetivas, que tiene la aceptación o negativa de una culpabilidad idéntica en los modelos legales de imputación de las personas jurídicas. En el plano sustantivo son conocidas las discusiones clásicas derivadas del principio de culpabilidad y de la finalidad de uno y otro procedimiento¹⁹. Sin embargo, las reflexiones que se intentan hacer en este trabajo están relacionadas más con el plano adjetivo, ya que estas han merecido un menor tratamiento en la discusión de la responsabilidad de las personas jurídicas.

Los Tribunales de justicia han representado un actor sumamente determinante en el desarrollo de la problemática. Solo para ilustrar su relevancia se citarán dos pronunciamientos del Tribunal Supremo Constitucional Español:

La recepción de los principios constitucionales del orden penal por el derecho administrativo sancionador no puede hacerse mecánicamente y sin matices, esto es, sin ponderar los aspectos que diferencian a uno y otro sector del ordenamiento jurídico.²⁰

La Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad, que rige también en materia de infracciones administrativas, ya que las personas jurídicas —aunque de forma distinta a las personas físicas— son capaces de reprochabilidad o capacidad de infringir las normas a las que están sometidas.²¹

Lo que suele dejarse a un lado en la discusión es la teleología del ordenamiento administrativo sancionador para entender el tratamiento de los fenómenos sociales. Como antecedente, debe señalarse la inicial ineficacia mostrada por el derecho penal ante la atribución del monopolio para la represión de los ilícitos y

19 Sobre la finalidad de las sanciones administrativas véase LUIS MONTANER COSCULLUELA. *Manual de derecho administrativo*, 30 edición (Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters, 2019).

20 Tribunal Supremo Constitucional, 26 de abril 1990 STC 76/1990.

21 Tribunal Supremo Constitucional, 19 de diciembre de 1991 STC.

la protección de nuevos bienes jurídicos. Desde ese momento, el derecho penal parecía mostrarse obsoleto a realidades sociales producto de la rigidez como sistema²². El derecho administrativo emerge como alternativa a este problema, ya que representaría una nueva técnica procesal, la cual recibe todas esas conductas despenalizadas y que estresaban al ordenamiento penal. Consecutivamente, De Palma²³ muestra cómo en el desarrollo de los Estados sociales, que requieren una administración interventora, la potestad sancionadora de la administración permite un ejercicio más eficaz de sus potestades de gestión. Esta última palabra es clave para interpretar la forma en que este sistema cumple su función social.

En esa medida, son razones histórico-sociales las que llevan a comprender el tratamiento de determinadas conductas en un ordenamiento específico. Silva²⁴ confirma que el derecho administrativo sancionador es esencialmente el derecho del daño cumulativo o daño derivado de la repetición, que exime de una valoración del hecho específico, requiriendo solo una valoración acerca de cuál sería la trascendencia global de un género de conductas si es que este se estimara lícito. Si las situaciones mencionadas se analizan en contexto, se verá que el derecho administrativo sancionador ha estado orientado, y a eso responde su lógica, a la gestión de sectores de actividad, dentro de los cuales se llevaban a cabo afectaciones de intereses jurídicos de una manera tan frecuente que el derecho penal no tiene la capacidad para hacerles frente. En otras palabras, este sistema tiene una característica principal de gestión-eficacia antes que garantista. Esta última particularidad se aplica condicionada a la primera.

El reconocimiento de la presunción de inocencia en el derecho penal impone un estándar de *más allá de toda duda razonable*, que funciona como garantía para obtenerse la condena e imposición de la pena, que en el caso de las personas físicas puede implicar una privación de la libertad. Esto opera de tal manera que existe una relación entre una culpabilidad estricta y la presunción mencionada. La misma lógica operaría en el derecho administrativo sancionador, en tanto en cuanto, los contenidos de la culpabilidad fueran los mismos para la persona jurídica. Pero tal como se ha visto, la matización y modulación de la culpabilidad en este último campo, que lleva a su flexibilización o menor rigidez, plantearía la opción de exigir un menor estándar para la condena de las empresas. Considero que lejos de ideales teóricos, esta situación es la que puede estar generándose en la práctica. En el modelo administrativo de imputación se sanciona a las personas jurídicas, si es que así lo hacen, verificando un estándar mucho menor que el exigido para la condena penal.

22 ÁNGELES DE PALMA. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador* (Madrid: Tecnos, 1996).

23 *Ibíd.*

24 JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del derecho penal. ob. cit.*, p. 138.

El derecho de la administración reclama en el sentido mencionado diferencias importantes con el penal. Ahora, en lo que al presente análisis respecta, la cuestión es si en el plano penal puede sostenerse una relativización de principios, con la correspondiente disminución de estándar, que le permita ser operativo y eficaz frente a las personas jurídicas, sobre esto se tratará el siguiente capítulo.

2.2. Un derecho penal para las personas jurídicas. La necesaria “segunda velocidad”

Las reflexiones sobre el derecho penal de las personas jurídicas se iniciarán con el cuestionamiento de si a esta área del derecho le corresponde exclusivamente un papel de observadora de nuevas realidades, bajo el argumento de que su rigidez no se puede ver menguada, ya que esto representaría una pérdida de garantía de los ciudadanos frente al poder punitivo del Estado. Si bien este papel puede llegar a aceptarse por quienes defienden la inmutabilidad del derecho penal clásico, no es menos cierto que tal postura relega al derecho penal a un plano secundario frente a comportamientos de la modernidad. Por el contrario, asumir una función proactiva y relevante del derecho penal condicionada por realidades espaciales y temporales exige un replanteamiento de conceptos y una mayor flexibilidad. Ahora, esto último no pretende aceptar una aplicación desmedida del derecho criminal, sino un llamado a estudiar cómo, sin que se desnaturalicen sus categorías, el derecho criminal puede ser relevante en esta época.

En el acápite anterior, se comentó cómo el derecho administrativo sancionador asumió el tratamiento de muchas conductas consideradas ilícitas y que en principio estaban monopolizadas por el sistema penal (producto de la separación de poderes, propia de un modelo de Estado). Normalmente, las conductas sancionadas por el derecho de la administración coincidían con la paralela aparición de nuevos bienes jurídicos que reclamaban tutela y frente a los que el derecho penal tenía limitaciones sustantivas y adjetivas. Un ejemplo de este tipo de situaciones se evidencia en la necesaria protección del medioambiente (que no representaba un interés de protección primitiva del derecho criminal) y la potestad de la administración para evitar la lesión de este bien jurídico. Luego, el derecho penal reclama su intervención para satisfacer lo que era una necesidad social y no por eso las conductas infractoras de los nuevos intereses dejan de ser cumulativas. Por tanto, pasa el derecho penal a ser un instrumento básico de gestión de riesgos. En otras palabras, el derecho penal está orientado a proteger contextos cada vez más genéricos del disfrute de los bienes clásicos, lo que lo lleva a entrar en relación con fenómenos de dimensiones estructurales, globales o sistemáticas. Por tal proceso, el derecho penal se ha convertido en un derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales²⁵.

25 *Ibíd.*

Una realidad incuestionable que ha puesto en tensión toda la teoría del delito es la relacionada con la participación o, más bien, la utilización de personas jurídicas para la comisión de delitos y el requerimiento de hacer a esta última sujeto del derecho penal. No solo se plantean desafíos en la manera de cómo hacer responsables a las personas individuales (ya que su destinatario natural ha sido la persona física), sino que se inserta la discusión de si puede dirigirse la acción penal en contra de personas jurídicas, con todos sus principios y garantías. En el clásico ejemplo de los delitos económicos, se presenta la necesidad de establecer criterios para hacer responsables a los miembros de las empresas y se suma la persona jurídica como sujeto relevante dentro del tráfico social que había siempre sido destinatario de otras regulaciones. En efecto, este último sujeto, sumado a la cantidad de nuevos comportamientos delictivos, tensionan de tal manera al derecho penal que lo pone en riesgo de desnaturalizarse. Ahora, no toda transformación del instrumento de control social implica una desnaturalización. Tiedemann, citado por Zugaldía²⁶, afirmó que, aunque la persona física vaya a seguir siendo el sujeto principal del derecho penal, el derecho penal de la persona física, por sí solo, no está en condiciones de asumir los retos que supone la criminalidad organizada y económica. Con todo, la clave para delimitar su función actual será respetar unos contenidos ontológicos mínimos e interpretarse en función de la persona y de unas necesidades sociales básicas.

Desde este momento se dejará claro la consideración sobre la imposibilidad de sostener una responsabilidad penal (en estricto sentido) de las personas jurídicas sin afectación de los principios fundamentales que inspiran este sistema. Esto nos llevaría, por un lado, a negar cualquier modelo de imputación penal para estos sujetos de derechos o, por otro, a pensar en una flexibilización, matización, menor rigidez o, si se quiere, debilitamiento de principios del clásico derecho penal que lo hagan operable en una sociedad cada vez más compleja. Silva²⁷ pone de presente que el derecho penal vigente en la mayoría de los países propicia la conminación con penas de prisión de gravedad media en supuestos de hecho “administrativizados”, con reglas de imputación de rigidez decreciente y en el marco de principios político criminales flexibilizados. En el plano de las personas jurídicas puede entonces optarse por seguir dirigiendo su responsabilidad al plano del derecho administrativo sancionados de manera pragmática o por el contrario se puede admitir (con todas las críticas posibles) un derecho penal específico para los entes colectivos. Al final, esto último no es más que reconocer la existencia de un derecho penal de “dos velocidades”.

26 JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR. *ob. cit.*, p. 18

27 JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del derecho penal. ob. cit.*, p. 166

De acuerdo con el objeto del presente trabajo no se podrá profundizar en la teoría de las “dos velocidades” propuesta por el profesor Silva²⁸. Sin embargo, es menester citar una consideración del autor en este punto:

Por contra, a propósito del derecho penal económico, por ejemplo, cabría una flexibilización controlada de las reglas de imputación (así, responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliación de los criterios de autoría o de la comisión por omisión, de los requisitos de vencibilidad del error, etc.) como también de los principios político-criminales (por ejemplo, el principio de legalidad, el mandato de determinación o el principio de culpabilidad).²⁹

Evidentemente, existen unas dificultades de armonización conceptual a la hora de proponer una punición de las personas jurídicas que han derivado en su rechazo por gran parte de la doctrina. Si a todas estas circunstancias se les suma el miedo a que la introducción de la responsabilidad jurídico-penal de las empresas suponga una flexibilización de presupuesto de imputación, la negativa de la doctrina no hace sino conformarse³⁰. En lo que corresponde, solo podrá decirse que el miedo de una flexibilización tiene dos acepciones: (i) la flexibilización puede darse respetando un núcleo o contenido esencial de los principios y categorías dogmáticas y, en consecuencia, proponiendo un derecho penal racional propio de las personas jurídicas o (ii) intentando flexibilizar, sin decirlo de este modo, los principios o categorías dogmáticas en un mismo derecho penal, con riesgo de desnaturalizarlo. Seguramente uno u otro escenario producen miedo, pero frente a la exigencia de seguridad jurídica y de garantía, la primera opción parece mostrar su lado positivo.

Un aspecto central de la discusión recae sobre la posibilidad de considerar que a las personas jurídicas se les imponen verdaderas “penas” en el marco del proceso penal. Este planteamiento se encuentra lejos de ser unánimemente acogido. Robles³¹, cuestionando tal posibilidad, indica que la interpretación material de las sanciones cede ante el plano formal. Es decir, en la mayoría de los casos, de lo que se trata es de un sistema de imposición de cargas a la persona jurídica en el contexto de la comisión de delitos por parte de personas físicas, con la finalidad de incentivar que se instauren programas de cumplimiento que ayuden en la prevención de delitos. Aquí no se trata de afirmar que tal situación sea, y mucho menos, deba ser

28 *Ibíd.*, con las recensiones de Bernhard Kretschmer ... [*et al.*].

29 *Ibíd.*, p. 180.

30 CARLOS GÓMEZ-JARA. *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011), 69.

31 RICARDO ROBLES PLANAS. Comentario. El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008. Barcelona, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* (2009): 8. Disponible en <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/622.pdf>

así, pero refleja lo complejo de sostener un modelo de responsabilidad para las empresas bajo el mismo sistema que las personas físicas. Específicamente, bajo el entendido que aplica la misma culpabilidad y las consecuencias de esta. Así, si ni los principios que limitan el derecho penal, ni las reglas de atribución de responsabilidad que de ellos derivan permiten acudir a la pena como respuesta a la actividad propia de la persona jurídica diferente a la de la persona física, entonces queda la posibilidad de atribuirle responsabilidad de carácter jurídico-público sobre la base de un conjunto de reglas y principios distintos³². A esto habría que agregar que tal conjunto de reglas y principios distintos también se pueden atribuir en un tipo de derecho penal diferente al que clásicamente se ha estudiado.

Tradicionalmente una piedra angular del derecho penal lo ha representado la culpabilidad y en esta ocasión la situación no es diferente. Entre los modelos dogmáticos de imputación de responsabilidad de las personas jurídicas, lo fundamental se discute en orden de la culpabilidad y de la acción. En un primer modelo denominado “de atribución”, se produce una mera transferencia de responsabilidad a la persona jurídica originada por el hecho cometido por alguna persona física situada en la cúspide de su entramado organizativo. Por mayores problemas que este modelo evite, desemboca en una responsabilidad objetiva prohibida en la mayoría de los ordenamientos de nuestra cultura jurídica. En segundo lugar, y para lo que aquí se quiere llamar la atención, el llamado modelo del “hecho propio”, cuando intenta concretar el hecho del ente moral, acaba asociándolo a una persona física, y si se mantiene la vinculación exclusiva de esta a aquella, entonces no parece fácil concretarlo. En realidad, puede afirmarse que, en buena medida, las construcciones de la culpabilidad por defecto de organización siguen estrechamente vinculadas a la atribución como propio de un hecho ajeno³³.

Lo anterior muestra solo uno de los inconvenientes que presentan los modelos hasta ahora reconocidos por la doctrina en el tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La cuestión es si plantear un modelo mixto en el que valiéndose de contenidos mínimos de principios y garantías puede llegarse a proponerse una relación racional y admisible entre eficacia y garantía. O si por el contrario debe este modelo representarnos un temor como el de la propuesta de flexibilizar algunos criterios de imputación. Esta será una tarea pendiente para quienes creemos fuertemente en la relación entre la teoría del delito y las valoraciones sociales, en que el derecho penal debe afrontar realidades y no tener un

32 RICARDO ROBLES PLANAS. *¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos*, Barcelona: *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2 (2006): 17-18, [disponible en <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/121373/167821>].

33 JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas*, [disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/620>].

mero papel de observador y en que las reglas del derecho penal deben adaptarse con racionalidad a nuevos sujetos de la acción punitiva del Estado.

En conclusión, para afrontar los retos de nuevos tiempos y, en especial, el de la responsabilidad de las personas jurídicas, debe pensarse en un derecho penal diferente, un derecho penal de velocidades, en el que la primera de estas siempre esté en cabeza de la persona humana y, en la segunda, se pueda estudiar la responsabilidad de la persona jurídica con diferenciaciones a la primera. Establecer diferencia con conciencia y racionalidad no vulnera el principio de igualdad y, por el contrario, nos permite hacer efectivo un instrumento de control social. Como mínimo deberá aceptarse lo manifestado por Roxin³⁴ en el sentido de que la pena contra entes colectivos constituye en todo caso una sanción similar a la penal, vinculada con la realización de tipos penales, y ello es suficiente para confirmar la futura diversificación de reacciones penales.

3. LA CULPABILIDAD COMO CRITERIO DIFERENCIADOR

La *culpabilidad*, en sentido general, ha constituido un concepto tan clave como complejo en el desarrollo del derecho punitivo. Nadie duda de la importancia que tiene la culpabilidad en la configuración de todo el derecho penal, especialmente, del denominado “derecho penal moderno”. Sin embargo, la circunstancia de constituir la clave para descifrar este último derecho no implica que este principio no sea objeto de una fuerte controversia³⁵. Tal ha sido el debate que se ha generado alrededor de este principio (motivado principalmente por su naturaleza jurídica y por los retos de la sociedad moderna) que su crisis es hoy casi indudable. Adicionalmente, su generalizada y obligatoria aplicabilidad en el ámbito del derecho punitivo y su frecuente confusión con la culpabilidad en estricto sentido (como categoría del delito) han propiciado un ambiente confuso sobre la manera en que este principio es operativo en las áreas del derecho administrativo sancionador y del derecho penal.

En el presente trabajo no se pretende realizar una propuesta de fundamentación de la culpabilidad de las personas jurídicas, sino constatar unos criterios diferenciales en la forma como funciona este principio según el sistema jurídico y cómo las consecuencias de tal diferenciación tienen una relevancia determinante en la discusión de la responsabilidad de las personas jurídicas. La manera en que se reconozca y se haga aplicable el principio de culpabilidad dentro de un determinado sistema jurídico genera unas garantías que deben, en todo caso, corresponder

34 CLAUS ROXIN. *El desarrollo del derecho penal en el siguiente siglo*. Citado en La imputación objetiva. Opúsculos penales y constitucionales (Ecuador: 2017), 363.

35 CARLOS GÓMEZ-JARA. *ob. cit.*, p. 72.

con su lógica. En términos más generales, Silva³⁶ sostiene la idea que la configuración de los diversos sistemas jurídicos de imputación del hecho al sujeto, así como la de las garantías generales de cada sistema, tiene una clara dependencia de las consecuencias jurídicas de este, su configuración y teleología. En concreto, lo que se plantea es que en todo el derecho sancionatorio no tienen que existir las mismas garantías, ni siquiera dentro del propio derecho penal. Es decir, también en el ámbito penal las garantías pueden funcionar de manera diversa.

Los aspectos comentados se soportarán a la luz de dos análisis directamente vinculados con la culpabilidad. El primero tiene que ver con la trascendental diferencia entre el principio de culpabilidad y la culpabilidad en sentido estricto. El segundo, relacionado con las garantías derivadas del principio de culpabilidad tanto en el sistema del derecho administrativo sancionador como del derecho penal. En ese orden, la culpabilidad en sentido amplio o principio de culpabilidad se refiere a un principio constitucional derivado del Estado de derecho y de la dignidad de la persona. Se trata de un conjunto de presupuestos que permiten “culpar” a alguien por el evento que motiva la pena. Tales presupuestos afectan a toda la teoría del delito y no solo a la categoría de la culpabilidad en sentido estricto Goena³⁷. Así, Mir Puig³⁸ ha relacionado los siguientes contenidos del principio de culpabilidad: (i) personalidad de las penas, (ii) responsabilidad por el hecho, (iii) dolo o culpa y (iv) culpabilidad sistemática. Al margen de la discusión sobre si tal principio representa una garantía frente al poder del Estado o por su parte solo unos límites del derecho penal, aquí se considerará que su interpretación constitucional puede representar garantías al ciudadano, con independencia de que estas mismas constituyan límites al ejercicio del poder penal.

Por otra parte, la culpabilidad, en sentido estricto (que hace parte del principio de culpabilidad), se configura como un juicio complejo integrado principalmente por los siguientes elementos: (i) la conciencia de la antijuridicidad, (ii) la imputabilidad y (iii) la exigibilidad de otra conducta. Sobre dichos conceptos, Gómez Tomillo³⁹ confirma que todos han sido diseñados pensando en personas naturales y no en entes colectivos. Así, se ha sostenido que dentro de la categoría culpabilidad característica de las personas jurídicas es preciso eliminar aquellos elementos pensados para un sujeto con características físicas. De la consideración anterior se podrían intuir por lo menos dos situaciones. La primera, es que se considera

36 JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del derecho penal*, ob. cit., p.136.

37 BEATRIZ GOENA VIVES. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. Silva Sánchez, Jesús (prol.) (Madrid: Marcial Pons, 2017), 148.

38 SANTIAGO MIR PUIG. *Bases constitucionales del derecho penal* (Madrid: Iustel, 2011), en Beatriz Goena Vives, ob. cit., p. 148.

39 MANUEL GÓMEZ TOMILLO. La culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento. *Revista de Administración Pública*, 203, 57-58, 2017, [disponible en <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.203.02>].

incompatible los elementos que tradicionalmente han integrado la culpabilidad en sentido estricto para fundamentar una culpabilidad de la persona jurídica. La segunda, se propugna (con gran aceptación por parte de la doctrina) por una construcción específica de la culpabilidad de este último sujeto jurídico adaptada a las estructuras organizativas.

En la misma línea, Lozano⁴⁰ señala que la irresponsabilidad penal de los entes colectivos la fundamenta mayoritariamente la doctrina en su incapacidad de culpabilidad. Por culpabilidad, el derecho penal moderno considera la participación psíquica del sujeto en el hecho y la posibilidad de derivar de tal hecho un juicio de reproche, elementos esenciales para la afirmación de la existencia de un delito y para la consecuente atribución de responsabilidad. Debe reconocerse, sin ánimo de manifestar que esto deba seguir siendo así, el alto contenido antropocéntrico que se le reconoce a la culpabilidad y cómo sus elementos, lejos de ese faro, pueden perder sentido en el ámbito del derecho penal. Es preciso indicar que aquí se acoge la existencia de contenidos mínimos de las categorías, en este caso de la culpabilidad, sin los cuales perderían los rasgos esenciales que han motivado su desarrollo y fundamento.

Así, para los efectos perseguidos, se entiende la libertad como base fundamental de un verdadero juicio de reproche de culpabilidad en sentido estricto. Es más, se plantea que cualquier fundamentación de la culpabilidad que no tenga como base una libertad “real”, no respeta los contenidos mínimos del concepto y, por tanto, debe rechazarse. No se está en contra de que puedan construirse conceptos de culpabilidad cada vez más alejados de la visión antropocéntrica, pero en todo evento, si prescinden de la libertad, ya no se tratará de la misma culpabilidad estricta que clásicamente ha sido desarrollada. Es verdad que esto dependerá en mucho de la visión con que abordemos el estudio de las categorías del delito y de la teoría de las normas que se pretenda hacer valer. Pero, en lo que aquí conviene, se resaltaré la postura que asume como una imputación totalmente objetiva el juicio de atribución de culpabilidad basado en el solo incumplimiento de una pauta establecida por el derecho. Este hecho, suele encubrirse afirmando que la culpabilidad penal solo se “aproxima” más o menos a la “verdadera” culpabilidad y que entre ambas solo puede darse una relación de analogía. De ese modo, tan solo es posible concebir la libertad del sujeto como una ficción necesaria para el Estado⁴¹.

40 BLANCA LOZANO. La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (A propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre). *Revista de Administración Pública*, n.º 129, 1992.

41 HEIKO H. LESCH. *Injusto y culpabilidad en derecho penal*. Ragués, Ramón (trad.) (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001), 16.

Lo hasta ahora expuesto, nos conduce a negar la posibilidad de predicar una culpabilidad estricta de la persona jurídica. Las personas jurídicas no tienen libertad y los intentos desarrollados para mantenerla derivan, como se mencionó, en una ficción necesaria para el Estado. En consecuencia, estos sujetos no pueden lesionar normas jurídico-penales de determinación que darían paso al reproche propio del derecho penal. Incluso, se podría afirmar que, en esta lógica, la persona jurídica es siempre un sujeto inimputable cuya actividad no puede canalizarse jurídico-penalmente a través “acciones” (la persona jurídica no comete el delito). La persona jurídica es, pues, incapaz de imputación para el derecho penal basado en la culpabilidad⁴².

Ahora, la anterior conclusión está referida a una inaplicabilidad a los entes colectivos de la culpabilidad en sentido estricto. Pero esto no lleva a hacer analogía de la consecuencia con el principio de culpabilidad. Sobre este, se ha reiterado por parte de la doctrina y la jurisprudencia su necesaria aplicación en cuanto exista una manifestación del *ius puniendi* estatal. Evidentemente, quedaría cobijado el derecho administrativo sancionador como expresión de dicho poder punitivo. La cuestión entonces es si, dentro de tal ordenamiento, necesariamente se rechazaría la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas por las mismas razones (de culpabilidad estricta) que antes se anotaron en relación con el plano penal. Una respuesta positiva supondría aceptar que los principios operan de manera idéntica y que, por tanto, sus consecuencias deberían ser las mismas. Negando que esto sea así, por lo menos en el plano de las personas jurídicas, veremos que existen razones para diferenciar la aplicación del principio de culpabilidad en uno u otro ordenamiento, lo que llevaría a predicar unas garantías igualmente propias.

Ya desde 1991, el Tribunal español en el manejo de su doctrina sobre la culpa declaró que la Constitución consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del derecho penal, sin que ello implicara, en modo alguno, que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo⁴³⁻⁴⁴. Razonaba el Tribunal que el modo de entender, interpretar y aplicar el principio de rango constitucional dependería del ordenamiento. Aun cuando el principio sea de origen penal, la Constitución no impone una manera de hacerlo operable en los ordenamientos jurídicos. Es más, puede agregarse que tal precisión llevaría a reafirmar que ni siquiera en el mismo derecho criminal tendría porque ser única su aplicación, tratándose, por ejemplo, de las personas jurídicas como sujetos de la acción punitiva.

42 RICARDO ROBLES PLANAS. *Comentario. El “hecho propio”*. *ob. cit.*, p. 7.

43 BLANCA LOZANO. *La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo*, *ob. cit.*

44 A propósito de la sentencia (STC 150/1991).

Precisamente, lo que sucede en el derecho administrativo es que el principio de culpabilidad se emplea de manera diferente al ámbito penal. La razón fundamental derivaría de que las penas son sustancial y cualitativamente diferentes a las sanciones administrativas. La pena busca reestabilizar el orden social y la sanción administrativa tiene la finalidad de asegurar políticas públicas⁴⁵. Nada más claro para identificar las lógicas de ambos modelos de imputación (penal-administrativo). En la gestión de políticas públicas prevalece la eficiencia, lo que no niega que haya garantías. Por su parte, la estabilización del orden social (como fin de la pena) obedece a una lógica del mayor garantismo. Acertado resulta el manifestado por Robles en los siguientes términos:

En efecto, —como ocurre con frecuencia— en aquellas dos ramas del ordenamiento la responsabilidad no se identifica con la infracción de normas de conducta (que presupone la capacidad subjetiva de tomar una decisión consciente: (Verantwortung), sino, más bien, con la obligación de soportar costes (Haftung ohne Schuld), que recae sobre la persona jurídica como objeto de la intervención. Naturalmente, las menores exigencias de imputación subjetiva que rigen en el Derecho civil o en el Administrativo permiten identificar pragmáticamente a la persona jurídica como infractora de deberes. No obstante, —esa identificación no admite derivar nada más allá que la realidad económica— organizativa que constituye la persona jurídica tiene la obligación de soportar los costes que implica el hecho de que en su seno se haya quebrantado un deber —por ejemplo, tributario o laboral— que le incumbía.⁴⁶

Y es que el mismo Tribunal Constitucional Español ha expresado que en el ámbito administrativo los presupuestos de personalidad de la sanción y responsabilidad subjetiva —integradores del principio de culpabilidad— deben aplicarse de forma que permita la sanción de las personas jurídicas. De esta forma, se pone de manifiesto que se busca llegar a la responsabilidad, no a través de la culpabilidad, sino a través de la capacidad para soportar la sanción⁴⁷. Para que esto no sorprenda tanto, debe tenerse siempre presente que (i) se está haciendo referencia exclusivamente a personas jurídicas y (ii) esta podría ser una consecuencia de incorporar a las personas jurídicas como sujetos del derecho penal, bajo categorías que no se compadecen con su naturaleza. Con todo, en el derecho administrativo sancionador esto se ha aceptado de manera explícita o implícita por la lógica que de él subyace. Ahora, cuesta pensar en un panorama similar al interior del proceso penal. En otras palabras, por más formalista que sea el análisis, en el derecho administrativo sancionador a lo largo de la historia las personas jurídicas han sido

45 BEATRIZ GOENA VIVES. *ob. cit.*, p. 163.

46 RICARDO ROBLES PLANAS. *Comentario. El "hecho propio"*. *ob. cit.*, p. 8.

47 BEATRIZ GOENA VIVES. *ob. cit.*, p. 163.

objeto de una atribución de responsabilidad directa u objetiva, permitida por la matización o flexibilización de unos principios, en especial de la culpabilidad, que se acomodan a la lógica del sistema. También eso ha sido reconocido por la doctrina. Así, Robles⁴⁸ señala que el hecho de hacer responsable la empresa por daños derivados de la comisión de conductas delictivas (por parte de quienes la integran) no ofrece mayores dificultades desde el punto de vista de su eventual fundamento: ello no sería otra cosa que la expresión de una regla de distribución de costes conocida como “responsabilidad (objetiva) por el peligro” (*Gefährdungshaftung*). La jurisprudencia, con mayores o menores aciertos, ha tratado de abordar la problemática desde un juicio de reprochabilidad a la persona jurídica basado en el riguroso cumplimiento de medidas de seguridad, negando un supuesto de responsabilidad objetiva y afirmando la presencia de un elemento volitivo a partir de la cierta y reconocida negligencia de los empleados. La singularidad entonces es que la responsabilidad se traslada a la persona jurídica considerada directamente imputable⁴⁹.

En mi opinión, de la manera cómo opera el principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador se puede concluir su aproximación a un modelo de responsabilidad por atribución. No quiere decir que se comparta esta forma de proceder, pero sí debe dejarse claro que se corresponde con la lógica del sistema (gestión-eficacia). Una constatación de dicho supuesto dejaría observar que, si no en todas, en la mayoría de las infracciones cometidas por empresas, estas resultan sancionadas por la comisión de hechos delictivos cometidos por parte de una persona física que la integra. Aun cuando en este ámbito el modelo resulte cuestionable, lo cierto es que en plano penal (tradicional) su inaplicabilidad sería casi indudable. En últimas, esta es una forma de proceder propia del derecho civil, administrativo etc., pero no del derecho penal.

Por fin, tanto el principio de culpabilidad como la culpabilidad en sentido estricto presentan grandes diferencias entre los modelos legales de imputación (penal-administrativo). En consecuencia, las garantías y exigencias que se derivan de cada uno tienen una relación sinalagmática con aquellos y con la forma como opera la culpabilidad. A continuación, se revisará lo que sería una consecuencia básica a tener en cuenta, especialmente, en el análisis de política pública.

3.1. La barrera de la presunción de inocencia

La presunción de inocencia es concebida en su definición más general como un derecho fundamental y como principio constitucional. En ambos eventos, esta

48 RICARDO ROBLES PLANAS. *Comentario. El “hecho propio”*. *ob. cit.*, p. 8.

49 BLANCA LOZANO. *La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo*. *ob. cit.*

presunción impone una barrera o límite a la hora de regular y aplicar el ejercicio del poder punitivo del Estado con importantes consecuencias procesales. En la comunidad académica se han identificado dos facetas de la presunción de inocencia. La primera es una regla aplicable al proceso sintetizada en que la carga de la prueba recae sobre la acusación para demostrar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable. La segunda, constituye un principio más general relacionado con el trato que recibe la parte demandada durante todo el proceso penal y su debida coherencia, en la medida de lo posible, con su inocencia⁵⁰. Se destaca la faceta inicial con el propósito de plantear un primer interrogante que delimitará los temas a tratar ¿si se acepta la aplicación diferenciada de la culpabilidad en el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, debe exigirse el mismo estándar para imponer la sanción y la penal? La respuesta negativa que es la que aquí se comparte (por las razones que se han indicado a lo largo del trabajo) deriva en una conclusión inevitable: el derecho administrativo sancionador es un modelo más eficaz que el penal para lograr sancionar a las personas jurídicas. Seguramente esto tendrá mucho que ver con la estrecha vinculación que ha tenido el origen y desarrollo de la presunción de inocencia con un derecho penal basado en la persona humana.

En esa línea, Pérez⁵¹ advierte que las garantías propias del proceso penal no podrían ser orilladas o preteridas cuando la causa se dirija frente a personas jurídicas, sino que únicamente deberán ser matizadas en la medida de lo estrictamente necesario. A su vez, resalta que las consecuencias de la imputación, particularmente en atención a los derechos que nacen desde el proceso penal fueron diseñadas para sujetos tangibles de carne y hueso. Y dado que las garantías procesales penales están construidas histórica y conceptualmente en atención exclusiva a personas físicas, su traslación automática a personas jurídicas no puede ser contemplada sin problemas. Si la presunción de inocencia termina siendo una garantía del proceso penal, entonces no está exenta de matizaciones en cuanto se trate de personas jurídicas.

Si bien es cierto, hoy se discute la aplicación de la presunción de inocencia en muchos aspectos tanto sustanciales como procesales, también lo es que históricamente este principio ha estado estrechamente conectado con la necesidad de pruebas incriminatorias en los procesos penales⁵². Por consiguiente, la correlación

50 ANDREW STUMER. *La presunción de inocencia. Perspectiva desde el derecho probatorio y los derechos humanos* (Madrid: Marcial Pons, 2018), 16-17.

51 JULIO PÉREZ GIL. *El proceso penal contra personas jurídicas: entre lo vigente, lo proyectado y lo imaginado*. Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios. Una perspectiva multidisciplinar. Pérez, Julio (coord.). p. 338.

52 Una buena muestra en Andrew Stumer. *ob. cit.*

entre la mencionada presunción y la culpabilidad es notoria. Nieva Fenoll⁵³ ha llegado a la conclusión que la razón de ser de la presunción de inocencia es la lucha contra el prejuicio social de culpabilidad. El autor alcanza esta conclusión mostrando muchos problemas que emanan de lo abstracto y confuso que es el término *presunción de inocencia* y su constante asimilación con los estándares de prueba, concretamente con la expresión “más allá de toda duda razonable”. En realidad, no es sino un principio general del proceso penal que le sirve de guía al juez para orientar su labor.

Reconociendo los diferentes alcances que pueda tener la presunción de inocencia, lo que no puede dejarse de lado, es la consecuencia que produce el hecho de imponer al juez la necesidad de desvirtuar la presunción “más allá de toda duda razonable”. Tal carga significa que se debe demostrar la responsabilidad a través de pruebas permitidas por el ordenamiento jurídico y que su no superación debe resolverse a favor del imputado⁵⁴. Es decir, si se presenta alguna duda “razonable” (resaltando lo complejo de esta calificación) debe llevar a la absolución del procesado. En ese orden, el estándar mencionado puede llevar a una drástica reducción de condenas, ya que representa una concesión a la dificultad de suprimir toda duda, con lo difícil que esto puede resultar en sistemas donde los recursos son altamente limitados y donde difícilmente la acusación colme tal exigencia⁵⁵.

Ahora bien, seguros de que la presunción de inocencia debe operar en el plano de las infracciones administrativas, el punto es más bajo que estándar. Como ya ha declarado en ocasiones anteriores el Tribunal Constitucional Español, el derecho a ser presumido inocente supone que toda resolución sancionadora sea penal o administrativa requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos⁵⁶. La garantía de este derecho comprende, por tanto, no solo el derecho a que sea demostrada la autoría de los hechos constitutivos del ilícito, sino también a que sea posible imputarlo al sujeto infractor, para lo cual se exige el elemento de la voluntariedad, es decir, el dolo o culpa en la acción punitiva⁵⁷. El contenido básico del principio de presunción de inocencia exige prueba de la culpabilidad y no exige una culpabilidad en sentido estricto (como reproche penal). Si esto fuera así, la persona jurídica no podría ser condenada en el sistema penal bajo una

53 JORDI NIEVA FENOLL. La razón de ser de la presunción de inocencia. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* (Barcelona: enero 2016). [www.indret.com].

54 JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ. *La nueva estructura probatoria del proceso penal. Hacia una propuesta de fundamentación del sistema acusatorio* (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2014).

55 ANDREW STUMER. *ob. cit.*, p. 41.

56 Tribunal Constitucional 26 de abril de 1990, STC 76/90.

57 BLANCA LOZANO. *La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo, ob. cit.*

culpabilidad que le es inaplicable por razones previamente esbozadas. Desvirtuar la presunción de inocencia de las personas jurídicas en un estándar alto, como el “más allá de toda duda razonable”, corrobora la ineficiencia del ordenamiento penal para enfrentar esta problemática.

Totalmente acertada resulta (desde un único y clásico derecho penal) la tesis de Castillo Val⁵⁸ en la que sostiene que en los países del *civil law*, donde existe un fuerte apego a la presunción de inocencia y el estándar *bard* (referido al más allá de toda duda razonable), la imputación penal de las personas jurídicas se trata de una solución simple, rápida y en especial simbólica, pero con el agregado que en este caso ello genera una enorme dificultad político-criminal y debilita la protección de los bienes objeto de tutela. Esto es así, porque el estándar dificulta —por no decir elimina— la imposición de pena a los entes jurídicos por razones de orden normativo o práctico.

Otra reflexión que no puede dejar de mencionarse tiene su génesis en la propuesta de equiparación de *status* procesales entre la persona física y jurídica en el ámbito de la presunción de inocencia⁵⁹. En efecto, la propuesta parece viable frente al reconocimiento de la presunción como pilar del edificio de garantías de quien es destinatario del proceso penal, pero implícitamente propone una confrontación permanente entre la persona humana y la persona jurídica que puede resultar en un debilitamiento de las garantías de aquella. Concretamente, la adaptación de la presunción de inocencia a la persona jurídica puede llevar a menguar la protección que esta brinda a la persona física. Un ejemplo claro ya se nota en la inversión de la carga de la prueba.

Finalmente, mecanismos sancionatorios diferentes al penal pueden resultar mayormente eficaces a la hora de sancionar a las personas jurídicas, ya que en ellos no resulta aplicable, como se puede corroborar en la práctica, la verificación del estándar de más allá de toda duda razonable. Solamente “otro derecho penal” del que se deriven garantías también diferentes pudiera resultar eficiente desde el punto de vista legislativo para lograr la punición de la empresa.

3.2. Los estándares como límites

Al final de la discusión sobre la naturaleza de los estándares, lo que estos constituyen es una reforzada protección de los derechos del procesado. Sobre los diferentes

58 IGNACIO JAVIER CASTILLO Val. Il criterio del beyond any reasonable doubt nella responsabilità delle persone giuridiche. Studio politico criminale e sulla finalità della pena. Tesis doctoral. Universidad Degli Studi Milano. 2012

59 Se entiende de lo expuesto por MIGUEL BAJO, BERNARDO FEIJOO y CARLOS GÓMEZ-JARA. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 3.ª edición, Pamplona: Arazandi, 2016, p. 337.

tipos de estándares, el derecho inglés reconoce dos: (i) el “equilibrio de probabilidades” o “preponderancia de la prueba” y (ii) la prueba “más allá de toda duda razonable”⁶⁰. Por su parte, Ferrer⁶¹ indica que en las tradiciones jurídicas de *civil* y *common law* se hace uso recurrentemente de dos pretendidos estándares para el proceso penal: la íntima convicción y el “más allá de toda duda razonable”. Para este último autor ambas formulaciones son extremadamente vagas y altamente recurrentes a componentes subjetivos que lograrían poner en duda su propio carácter de estándar. Pero parece claro, al menos en las posiciones menos radicales sobre el tema, que el estándar de más allá de toda duda razonable es el más fuerte reconocido y, por tanto, el que mayor garantía instituye para el procesado.

Ahora, para la imposición de sanciones en el derecho administrativo sancionador no se exige un estándar tan alto como el mencionado antes. La interpretación no puede quedarse en un análisis ideal de lo que debiera ser, sino más bien de lo que sucede. Al momento de sancionarse a una persona jurídica lo que se presenta es un grado de argumentación probatoria que si acaso se acerca a los primeros estándares señalados en las clasificaciones previamente realizadas (preponderancia de la prueba–convicción íntima). Es decir, en la sanción de las empresas por parte de la administración lo que se tiene en cuenta es una preponderancia de la prueba que lejos se encuentra de satisfacer la prueba más allá de toda duda razonable propia de la imposición de la pena en el proceso penal. Eso hace al derecho administrativo sancionador más eficaz porque lo que se verifica para garantizar la presunción de inocencia es que exista un mínimo de elementos, debidamente incorporados conforme a las reglas del procedimiento, para adoptar una decisión razonable.

En fin, el modelo del derecho administrativo sancionador, por más reticencia que haya a aceptarlo, está compuesto de un sistema de garantías menos rígidas (en tratándose de entes jurídicos) dentro de las que quedan incluidos los estándares de prueba. Eso puede darse en esta área sin violar garantías mínimas y bajo un proceso racional, pero no puede decirse lo mismo si el análisis se hace con referencia al derecho penal.

En suma, la relación del principio de culpabilidad, la presunción de inocencia y los estándares de prueba han sido poco consideradas en la discusión sobre el modelo legal de imputación dirigido a las personas jurídicas. Este debe incorporarse en el proceso legislativo para entender que, desde el punto de vista de la eficacia, el modelo adecuado es el configurado por el derecho administrativo sancionador y que solamente si se piensa en “otro derecho penal” este puede llegar a ser relevante en la lucha contra esta nueva realidad.

60 ANDREW STUMER. *ob. cit.*, pp. 40-41.

61 JORDI FERRER BELTRÁN. *Los estándares de prueba en el proceso penal español*, [disponible en <https://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>], p. 2.

CONCLUSIONES

1. Existen razones político-criminales para considerar la necesidad de hacer responsables penalmente a las personas jurídicas. Pero dicha necesidad conlleva ineludiblemente a pensar en un derecho penal diferente, propio o especializado para este desconocido sujeto que lo haga eficiente en la modernidad. Ello supone admitir un derecho penal de “dos velocidades” que a través de una flexibilización racional de principios le posibilite al derecho penal abandonar un papel de observador de nuevos fenómenos y asumir la función que le corresponde frente a nuevas necesidades y llamados sociales.

2. Los modelos legales de imputación (administrativo-penal) responden a principios y teleologías propias que permiten establecer entre ellos diferencias cualitativas. Por consiguiente, las garantías que se generan en uno u otro modelo son distintas. Puntualmente, el principio de culpabilidad no opera igual en el derecho administrativo sancionador que en el derecho penal. De manera más radical tiene que negarse la posibilidad de exigir una culpabilidad en sentido estricto para los entes jurídicos, ya que la reprochabilidad que le es propia no se puede predicar de estos sujetos de derecho. Así, el derecho administrativo reclama independencia del derecho penal.

3. La aplicación diferenciada del principio de culpabilidad está estrechamente vinculada con el principio de presunción de inocencia y con los estándares de garantía requeridos para imponer la pena o la sanción administrativa. La exigencia del estándar de “más allá de toda duda razonable” propio de la condena penal tiene su apoyo en el reconocimiento de la dignidad humana como fundamento de la reprochabilidad (culpabilidad estricta) a personas físicas-humanas (libres). Las personas jurídicas no tienen por qué ser destinatarias de tan fuerte garantía debido a que su culpabilidad se basa en un análisis adaptado a sus características. Así sucede en el derecho de la administración donde las empresas son sancionadas con un estándar menor al exigido para la condena penal.

Son esencialmente razones histórico-sociales las que llevan a entender la lógica de los modelos legales de imputación. El derecho administrativo ha estado siempre relacionado con el daño acumulativo y la gestión de sectores. Por su parte, el derecho penal se ha encargado de los comportamientos mayormente desvalorados en un determinado tiempo y sociedad. Esta última rama, bajo el entendido que es el conducto para imponer verdaderas penas, ha estado revestida de las mayores garantías.

4. Como modelos dogmáticos para hacer responsables a la persona jurídica se han estudiado mayormente los modelos de “atribución” y el del “hecho propio”. Los problemas que evita el primero frente a la teoría del delito coinciden en su mayoría con aquellos problemas que se evitan al hacer responsables a los entes jurídicos a

través del derecho de la administración. Ello es así porque lo que se presenta en este último ámbito es una transferencia de responsabilidad de la persona física (integrante del ente) a la persona jurídica. La sanción, por tanto, es consecuente con la lógica del sistema (gestión-eficacia). Los problemas sustanciales que se presentan con el modelo del “hecho propio”, iniciando por su nombre, parecen poner tanta tensión sobre algunas categorías (en especial la culpabilidad) que se corre el peligro de que se trate de un “fraude de etiquetas”.

Finalmente, la construcción y desarrollo de un modelo mixto puede resultar favorable a la hora de estudiar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En cierta medida, este modelo dogmático puede hacer una aplicación racional de garantías que permita al derecho penal ser eficaz ante el fenómeno de la responsabilidad de un nuevo sujeto social.

5. No debe olvidarse que exigir e insistir en la imposición de “penas” (si es que pueden ser consideradas como tal) a las personas jurídicas dentro del proceso penal lleva implícito el reconocimiento de todos los principios y garantías de este modelo, incluido el reconocimiento de la presunción de inocencia y la garantía del estándar de “más allá de toda duda razonable”. Una exigencia tan alta, puede llevar a una drástica reducción de condenas (como ha sucedido históricamente) a la persona jurídica y confirmaría la ineficacia del derecho penal clásico para hacer responsable a este nuevo sujeto.

6. En últimas, desde el punto de vista legislativo debe considerarse la inconveniencia de hacer destinatarias de un mismo derecho penal a las personas físicas y jurídicas. Es útil plantearse un derecho específico para estas, con una relativización de criterios de imputación y de principios. No se trataría de todo el derecho penal, sino del ya mencionado derecho penal de “segunda velocidad”.

En caso contrario, como política legislativa y con atención de la normativa internacional, resultaría eficaz dejar la responsabilidad de las personas jurídicas en el campo del derecho administrativo sancionador, tal y como sucede hoy en la mayoría de los ordenamientos de tradición continental.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA. *Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos*. Reforma penal: personas jurídicas y tráfico de drogas; justicia restaurativa, n.º 8, 2011.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español. En *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2016.

BAJO, MIGUEL, BERNARDO FEIJOO y CARLOS GÓMEZ-JARA. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 3.^a edición. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2016.

CASTILLO VAL, IGNACIO JAVIER. *Il criterio del beyond any reasonable doubt nella responsabilità delle persone giuridiche. Studio politico criminale e sulla finalità della pena*. Tesis doctoral. Universidad Degli Studi Milano. 2012.

DE PALMA, ÁNGELES. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 1996.

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. Barcelona, 2012. InDret. *Revista para el Análisis del Derecho*. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/260787/347969>.

FERRER BELTRÁN, JORDI. *Los estándares de prueba en el proceso penal español*. <https://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>

GARGARELLA, ROBERTO. *La coerción penal en contextos de injusta desigualdad*, 2010. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. 82. https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/82/

GOENA VIVES, BEATRIZ. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2017.

GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. La culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento. *Revista de Administración Pública*, vol. 203, (2017), pp. 57-58. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.203.02>

GÓMEZ-JARA, CARLOS. *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

GÓMEZ-JARA, CARLOS. *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Carlos Gómez (ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

GONZÁLEZ SIERRA, PABLO. *La responsabilidad penas de las personas jurídicas*. Alonso Esteban Granada Pérez (dir.). Universidad de Granada, 2012. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=62378>

HEINE, GÜNTER. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. En *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

LESCH, HEIKO H. *Injusto y culpabilidad en derecho penal*. Ramón Ragués (trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

LOZANO, BLANCA. *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas, 1990.

LOZANO, BLANCA. La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (a propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre). *Revista de Administración Pública*, n.º 129, 1992.

Mir Puig, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madrid: Iustel, 2011.

MONTANER COSCULLUELA, LUIS. *Manual de derecho administrativo*. 30 edición. Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters, 2019.

NIETO, ALEJANDRO. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2012.

NIEVA FENOLL, JORDI. La razón de ser de la presunción de inocencia. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2016.

PÉREZ GIL, JULIO. *El proceso penal contra personas jurídicas: entre lo vigente, lo proyectado y lo imaginado*. Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios. Una perspectiva multidisciplinar.

ROBLES PLANAS, RICARDO. *¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos*. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2006. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/121373/167821>

ROBLES PLANAS, RICARDO. Comentario. El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2009. <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/622.pdf>

ROXIN, CLAUS. El desarrollo del derecho penal en el siguiente siglo. En *La imputación objetiva. Opúsculos penales y constitucionales*. 2017.

SÁNCHEZ DE LAMADRID, ROCÍO. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho comparado. Posibles mejoras al derecho español*. Martínez, Aitor (dir. tes.) Madrid, 2018. <https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/7676/>

SANCHEZ%20DE%20LAMADRID%20RUIZ%20DE%20ALDA%2C%20ROCIO.
pdf?sequence=1&isAllowed=y

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas*. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/620>

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Edisofer, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. 2 edición ampliada y actualizada. Madrid: Edisofer, 2016.

STUMER, ANDREW. *La presunción de inocencia. Perspectiva desde el derecho probatorio y los derechos humanos*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN. *La nueva estructura probatoria del proceso penal. Hacia una propuesta de fundamentación del sistema acusatorio*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2014.

ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.