

JAVIER CIGÜELA SOLA

**LA CULPABILIDAD
COLECTIVA
EN EL DERECHO PENAL
CRÍTICA Y PROPUESTA
DE UNA RESPONSABILIDAD
ESTRUCTURAL DE LA EMPRESA**

Prólogo de
Jesús-María Silva Sánchez
Presentación de
Carlos Pérez del Valle

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2015

La colección *Derecho penal y Criminología* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico manuscritos@derechopenalycriminologia.es. Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

Puede encontrarse más información sobre la colección en la siguiente página web: www.derechopenalycriminologia.es.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Javier Cigüela Sola

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-16402-69-4

Depósito legal: M. 32.390-2015

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.

Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)

MADRID, 2015



ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	17
PRESENTACIÓN	19
NOTA PREVIA	23
ABREVIATURAS	25
INTRODUCCIÓN	27

PRIMERA PARTE

CULPABILIDAD COLECTIVA: APROXIMACIÓN CRÍTICA A LOS FUNDAMENTO

CAPÍTULO I. CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD COLECTIVA EN EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO CONTEMPORÁNEO: DE JASPERS A PETTIT	37
1. JASPERS Y LOS TIPOS DE CULPA.....	38
2. ARENDT Y LA DISTINCIÓN ENTRE CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD.....	43
2.1. La disolución del concepto de culpa en el principio de responsabilidad.....	46
2.2. La culpabilidad y responsabilidad colectiva: ¿regresión o signo de modernidad?.....	50
3. RESPONSABILIDAD E INTENCIONALIDAD DESDE UN PARADIGMA COLECTIVO: FEINBERG, FRENCH, SEARLE Y PETTIT.....	56
3.1. Feinberg y los requisitos sociales necesarios para la fundamentación de la responsabilidad colectiva.....	56
3.2. French y la empresa como sujeto intencional a través de las « <i>CID Structures</i> ».....	58

	Pág.
3.2.1. Una crítica al modelo de intencionalidad colectiva de French	59
3.2.2. Segunda crítica: la ocultación del agente en los predicados del lenguaje.....	61
3.3. Searle: la teoría de los hechos institucionales y la intencionalidad colectiva	65
3.4. Pettit y la agencia colectiva a través de la colectivización de la razón	68
4. RECAPITULACIÓN. LA CULPABILIDAD COLECTIVA COMO ERROR CATEGORIAL Y LA DISTINCIÓN ENTRE CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD.....	71
4.1. La culpabilidad colectiva como metáfora, no como concepto jurídico: el error categorial.....	71
4.2. La intencionalidad colectiva: ¿es suficiente para justificar una culpabilidad?	72
4.3. La distinción entre culpabilidad y responsabilidad: la apertura del principio de responsabilidad a los sujetos colectivos.....	74
CAPÍTULO II. APROXIMACIÓN A LA CULPABILIDAD COLECTIVA EN EL CONSTRUCTIVISMO Y LA TEORÍA DE SISTEMAS ...	77
1. LA CULPABILIDAD COLECTIVA DESDE LA TEORÍA DE SISTEMAS: LOS MODELOS DE BOTTKE, LAMPE, BACIGALUPO Y GÓMEZ-JARA	80
1.1. Conceptos fundamentales de la teoría de sistemas: una aproximación.....	80
1.2. La recepción de la teoría de sistemas en las fundamentaciones de la culpabilidad colectiva	85
1.2.1. El «supra-concepto» de sujeto penal: el modelo inclusivo de Bacigalupo, Gómez-Jara, Lampe y Bottke	85
1.2.1.1. La selección de la organización colectiva como sujeto penal.....	87
1.2.2. La teoría de las normas en el constructivismo: las normas como aseguramiento de expectativas normativas.	89
1.2.3. La fundamentación de la culpabilidad colectiva por organización.....	92
2. CRÍTICA A LA FUNDAMENTACIÓN CONSTRUCTIVISTA DE LA CULPABILIDAD COLECTIVA	96
2.1. Crítica metodológica: ¿la comunicación social como referencia normativa?.....	96
2.2. Crítica al concepto de sujeto en la teoría de sistemas	100
2.2.1. La autopoiesis como dato normativamente irrelevante.	101

	Pág.
2.2.2. Constructivismo y ocultación del agente: la comunicación sin sujetos.....	103
2.2.3. El error categorial: la falacia naturalista de la auto-poiesis.....	105
2.2.4. Propuesta alternativa desde el paradigma constructivista: la exclusión del sujeto colectivo de la «forma» del sujeto penal.....	108
2.3. Las críticas a la teoría de las normas en el constructivismo: ¿quién garantiza el cumplimiento de la expectativa?.....	110
3. LA CRÍTICA A LA CULPABILIDAD COLECTIVA EN EL CONSTRUCTIVISMO: RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.....	114
3.1. Crítica primera. La crítica metodológica: la teoría de sistemas frente al carácter normativo del Derecho penal.....	114
3.2. Crítica segunda. La insuficiencia de la comunicación social como fundamento de la culpabilidad colectiva.....	115
3.3. Crítica tercera. La organización empresarial: entre el «sentido» y la «naturaleza».....	117
3.4. Crítica propositiva. La apertura de la teoría de sistemas y la posibilidad de cuestionar la culpabilidad colectiva desde sus presupuestos.....	118
CONCLUSIONES PROVISIONALES DE LA PRIMERA PARTE.....	119

SEGUNDA PARTE

CULPABILIDAD PENAL E IDENTIDAD DE LA EMPRESA

CAPÍTULO III. DERECHO PENAL E IDENTIDAD PENAL. TRES CRÍTICAS METODOLÓGICAS Y EL DESAFÍO DE LA IDENTIDAD DEL SUJETO COLECTIVO.....	127
1. DOS CUESTIONES PREVIAS.....	127
1.1. La cuestión metodológica: la culpabilidad colectiva como problema conceptual.....	127
1.2. Una crítica a la pretensión de modernidad de la culpabilidad empresarial.....	132
2. IDENTIDAD Y CULPABILIDAD: ESQUEMA CONCEPTUAL PREVIO.....	134
2.1. La conexión entre el principio de culpabilidad y el de identidad.....	135
2.2. Teorías de la identidad: tipos y consecuencias para el problema de la culpabilidad colectiva.....	138

	Pág.
2.2.1. La crítica a la teoría reduccionista de la identidad y su correlato en el constructivismo	140
2.2.2. La crítica a la teoría metafísica de la identidad y su insuficiencia de cara al sujeto colectivo.....	142
2.3. La identidad colectiva en las teorías de la narratividad	143
2.4. Hipótesis provisional: la organización compleja como combinación de estructura (colectiva) y acciones (individuales)	148
CAPÍTULO IV. IDENTIDAD COMO CONTINUIDAD BIOGRÁFICA Y COMO UNIDAD DE ACCIÓN EN LA EMPRESA.....	153
1. IDENTIDAD Y TEMPORALIDAD: EL PROBLEMA DE LA CONTINUIDAD BIOGRÁFICA EN LA EMPRESA.....	154
1.1. Intentos de fundamentar la continuidad temporal en la identidad empresarial	155
1.2. Análisis crítico conjunto: ¿es posible una auténtica continuidad biográfica en la empresa?	157
1.3. Otras cuestiones relevantes en la identidad temporal de la empresa: la «muerte» y la «mayoría de edad» empresarial.....	162
2. PROBLEMAS DERIVADOS DEL ASPECTO COMPLEJO DE LA IDENTIDAD EMPRESARIAL: LA CUESTIÓN DEL TODO Y LAS PARTES.....	166
2.1. El problema del «todo y las partes» en la organización colectiva: los modelos de «culpabilidad por el hecho propio» y de «culpabilidad por transferencia»	166
2.1.1. La dependencia de la organización colectiva respecto de la decisión de sus miembros (y a la inversa: la influencia de aquella sobre éstos)	168
2.2. El argumento de Jakobs ¿culpabilidad de la empresa o culpabilidad del órgano?.....	174
2.3. El problema de la «originación» del acto empresarial: una revisión de los problemas de falta de acción y evitabilidad en el sujeto colectivo	177
2.4. Posibilidades de armonización.....	183
2.4.1. Modelo 1: culpabilidad empresarial e inimputabilidad individual	184
2.4.1.1. Crítica	184
2.4.2. Otros modelos de compatibilización de culpabilidad empresarial y culpabilidad individual.....	185

	Pág.
CAPÍTULO V. LA IDENTIDAD DE LA EMPRESA EN LA TEORÍA DE SISTEMAS: AUTOPOIESIS, MEMORIA Y CULTURA ORGANIZATIVA	189
1. PRIMERA EQUIVALENCIA FUNCIONAL: EL SUJETO EMPRESARIAL COMO SUJETO AUTÓNOMO Y COMO MÁQUINA HISTÓRICA (DE NUEVO SOBRE LA AUTOPOIESIS).....	190
1.1. Exposición.....	190
1.2. Crítica.....	195
2. SEGUNDA EQUIVALENCIA FUNCIONAL: MEMORIA CEREBRAL Y MEMORIA ORGANIZATIVA	199
2.1. Exposición.....	199
2.2. Críticas.....	202
2.2.1. Crítica primera: la memoria organizativa y su dependencia de las memorias individuales	202
2.2.2. Crítica segunda: tipo subjetivo e intelectualismo moral: ¿dónde están los elementos volitivos?	205
3. TERCERA EQUIVALENCIA FUNCIONAL: LA CULTURA/FILOSOFÍA EMPRESARIAL COMO FUNDAMENTO DE LA CULPABILIDAD (GÓMEZ-JARA, LAMPE Y HEINE)	207
3.1. Exposición.....	207
3.2. Críticas.....	209
3.2.1. Crítica primera. Cultura o filosofía empresarial como fundamento de una culpabilidad por el carácter. Una crítica al modelo de Heine y de Lampe	209
3.2.2. Culpabilidad por el hecho empresarial: la normativización del hecho en Gómez-Jara	211
CAPÍTULO VI. EMPRESA, IDENTIDAD SUBJETIVA Y LOS FINES DEL DERECHO PENAL	215
1. INTRODUCCIÓN: LA RELACIÓN ENTRE EL PROBLEMA DE LA CONCIENCIA EN EL DERECHO PENAL Y LA CULPABILIDAD EMPRESARIAL.....	215
1.1. ¿Por qué es necesaria una conciencia competente para la atribución de culpabilidad penal?	219
2. LA EMPRESA Y LOS FINES DEL DERECHO PENAL: ¿A QUIÉN SE DIRIGEN LAS NORMAS Y LA PENA?	221
2.1. Empresa y prevención: el «nexo de comunicación» entre sujeto y norma.....	222
2.1.1. Empresa y prevención general negativa.....	224

Índice

	Pág.
2.1.2. Empresa y prevención general positiva.....	225
2.2. Empresa y prevención especial	227
2.3. Empresa y retribución	228
2.3.1. La empresa como «metasujeto»: ¿es suficiente la distinción entre culpabilidad colectiva y culpabilidad organizativa?	230
2.3.2. La afectación de la sanción penal a los socios y el principio de personalidad de las penas.....	232
2.3.3. Capacidad de orientación autónoma como presupuesto de la retribución	235
2.3.4. La «realidad» de la pena: la falta de soporte receptivo en la empresa	237
CAPÍTULO VII. EMPRESA E IDENTIDAD ÉTICO-MORAL: AGENCIA MORAL Y REPROCHE EN EL SUJETO COLECTIVO	243
1. INTRODUCCIÓN: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL, LA ÉTICA Y LA CUESTIÓN DE LA CULPABILIDAD DE LA EMPRESA.....	243
2. LA EMPRESA COMO SUJETO MORAL: PROPUESTAS DE FUNDAMENTACIÓN.....	247
3. CRÍTICA A LA FUNDAMENTACIÓN DE LA AGENCIA MORAL DE LA EMPRESA	249
3.1. Cuestión previa: el «momento moral» de la comunicación penal.....	249
3.2. La empresa como sujeto orientado al beneficio económico y la pena como «precio»	253
3.3. La empresa como sujeto moral heterónomo	255
3.4. Las teorías del «buen ciudadano corporativo» y del «shaming» empresarial: la paradójica reentrada de la ética en el Derecho penal.....	257
CAPÍTULO VIII. EMPRESA E IDENTIDAD POLÍTICA: CIUDADANÍA Y CULPABILIDAD	261
1. APROXIMACIÓN A LA RELACIÓN ENTRE LA CIUDADANÍA POLÍTICA Y CULPABILIDAD PENAL	261
1.1. La ambigüedad de la posición original de Rawls y una interpretación posible	262
1.2. Teoría del discurso y ciudadanía: análisis de la culpabilidad y la libertad comunicativa en Günther	265

	Pág.
2. EL REQUISITO DE CIUDADANÍA Y LA CULPABILIDAD EMPRESARIAL: ¿QUÉ CIUDADANÍA EXIGE EL CONCEPTO DE CULPABILIDAD?	269
2.1. ¿Ciudadanía mínima <i>versus</i> ciudadanía máxima?	269
2.2. La ciudadanía corporativa: un análisis crítico	270
3. HACIA UN CONCEPTO DE CIUDADANÍA COMO EXPRESIÓN DE LA IGUALDAD EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO	272
3.1. Conclusión: el sujeto colectivo como un no-igual a las personas individuales	275
CONCLUSIONES PROVISIONALES DE LA SEGUNDA PARTE	277

TERCERA PARTE

TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD ESTRUCTURAL DE LA EMPRESA

CAPÍTULO IX. TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD ESTRUCTURAL DE LA EMPRESA: UN ESBOZO DEL SISTEMA DE IMPUTACIÓN COLECTIVA	291
1. INTRODUCCIÓN: NUEVA REALIDAD, ¿«VIEJOS» CONCEPTOS?	291
2. LA RESPONSABILIDAD ESTRUCTURAL RELATIVA: UN SISTEMA DE IMPUTACIÓN DIFERENCIADO PARA EL SUJETO COLECTIVO.....	293
2.1. Fundamento y definición	294
2.1.1. ¿Por qué responsabilidad?	295
2.1.2. ¿Por qué estructural?	297
2.1.3. ¿Por qué relativa?	301
2.1.3.1. Tipología de estructuras y grados de influencia	303
2.1.4. Fundamento ontológico y normativo.....	305
2.2. La responsabilidad estructural como Derecho reflexivo o control del contexto.	307
2.3. El sistema de imputación colectiva: un esbozo	309
2.3.1. La parte objetiva	311
2.3.2. La individualización de la responsabilidad estructural relativa	314
2.3.3. El injusto de la organización como injusto estructural de carácter objetivo, accesorio e incompleto.....	317

	Pág.
3. APROXIMACIÓN AL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD COLECTIVA DEL ART. 31 BIS DEL CÓDIGO PENAL TRAS LA REFORMA RECOGIDA EN LA LO 1/2015.....	319
3.1. Una breve aproximación descriptiva a la responsabilidad penal de las personas jurídicas	321
3.1.1. ¿Qué sujetos colectivos?.....	321
3.1.2. ¿Qué delitos?	322
3.1.3. ¿Qué sanciones? La controvertida interpretación de la pena de multa.....	323
3.2. El sistema de «doble vía» de la responsabilidad colectiva: ¿responsabilidad por el hecho propio o por el hecho ajeno?.....	326
3.2.1. El sistema de imputación del art. 31 bis y el « <i>compliance</i> » como causa de exclusión de la RPPJ: una descripción	326
3.2.2. ¿Responsabilidad por el hecho ajeno?	329
3.2.3. ¿Culpabilidad por el hecho propio?	331
3.2.4. Crítica conjunta a la interpretación del art. 31 bis conforme a los modelos de hetero-responsabilidad y culpabilidad por el hecho propio.....	333
3.3. El sistema de imputación del art. 31 bis desde el paradigma de la responsabilidad estructural: propuesta de interpretación ...	336
 CAPÍTULO X « COMPLIANCE » E IMPUTACIÓN COLECTIVA	 341
1. APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DEL « COMPLIANCE »: FUNCIÓN Y CARACTERÍSTICAS	341
1.1. « <i>Compliance</i> » y la idea de la autorregulación: ¿«Derecho sin Estado»?	344
2. « COMPLIANCE » E IMPUTACIÓN COLECTIVA	348
2.1. La distinta incidencia del « <i>compliance</i> » en el modelo de hetero-responsabilidad y el de culpabilidad por el hecho propio... ..	349
2.2. « <i>Compliance</i> » e imputación en el modelo de responsabilidad estructural	350
2.3. Imputación sin « <i>compliance</i> » formalizado	352
2.4. Imputación con « <i>compliance</i> » en transición.....	353
3. RECAPITULACIÓN: EL « COMPLIANCE » COMO DEBER REFORZADO DEL ADMINISTRADOR.....	354
 CAPÍTULO XI. SANCIÓN PENAL Y SUJETO COLECTIVO	 357
1. PENA Y PERSONA JURÍDICA: TRES CUESTIONES PREVIAS.	357

	Pág.
1.1. ¿Hay algo que añadir a lo que ha dispuesto el legislador?	357
1.2. La heterogeneidad del fenómeno sancionador y la diferencia entre el fenómeno administrativo y el penal.....	359
1.3. Una constatación: la pena privativa de libertad como condicionante del concepto de pena.....	360
2. SANCIÓN PENAL Y EMPRESA: SANCIONES CON CULPABILIDAD (PENAS) Y SANCIONES SIN CULPABILIDAD	362
2.1. Un sistema penal diferenciado en subsistemas: las diferentes funciones del juez penal	363
2.2. Sanción colectiva (sin culpabilidad): « <i>Strafe ohne Schuld, aber nicht ohne Grund</i> »	366
2.2.1. El fundamento de la sanción colectiva: la distribución equitativa y la legitimación frente a los socios	370
CONCLUSIONES PROVISIONALES DE LA TERCERA PARTE.....	375
CONCLUSIÓN FINAL	381
BIBLIOGRAFÍA	387