

Problemas actuales de política criminal

ANUARIO DE DERECHO PENAL 2015-2016

Capítulo 8

José Hurtado Pozo
Director

Víctor Prado Saldarriaga
Bertha Prado Manrique
Coordinadores



Universidad de Friburgo
Suiza



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ

Centro Bibliográfico Nacional

344.41 Problemas actuales de política criminal : anuario de derecho penal 2015-2016 / José Hurtado
P7 Pozo, director ; Víctor Prado Saldarriaga, Bertha Prado Manrique, coordinadores.-- 1a ed.--
Lima : Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial ; Friburgo, Suiza : Universidad
de Friburgo, 2018 (Lima : Tarea Asociación Gráfica Educativa).
287 p. ; 24 cm.

“Doctrina. Jurisprudencia. Legislación. Bibliografía”.

Bibliografía: p. 253-287.

D.L. 2018-18015

ISBN 978-612-317-430-9

1. Política criminal - Ensayos, conferencias, etc. 2. Terrorismo - Aspectos legales 3. Lavado
de dinero - Aspectos legales 4. Corrupción administrativa - Aspectos legales 5. Justicia penal,
Administración de I. Hurtado Pozo, José, 1942-, director II. Prado Saldarriaga, Víctor Roberto,
1959-, coordinador III. Prado Manrique, Bertha, 1991-, coordinadora IV. Pontificia Universidad
Católica del Perú V. Universidad de Friburgo (Suiza)

BNP: 2018-496

Problemas actuales de política criminal
Anuario de Derecho Penal 2015-2016

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2018

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

© Universidad de Friburgo, Suiza, 2018

Miséricorde, 1700 Friburgo, Suiza

Teléfono/Fax: (41 26) 436-2193

Correo electrónico: jose.hurtado@unifr.ch

Diseño, diagramación, corrección de estilo y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: noviembre de 2018

Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin
permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2018-18015

ISBN: 978-612-317-430-9

Registro del Proyecto Editorial: 31501361801198

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO PIEDRA DE TOQUE DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA¹

Laura Zúñiga Rodríguez

Sumario: 1. Introducción: marco conceptual. 2. ¿Cuáles son las finalidades político-criminales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas? 2.1. Un porcentaje altísimo de delitos socioeconómicos se comenten en el ámbito de las personas jurídicas. 2.2. Evitar la impunidad que conlleva la individualización de responsabilidades. 2.3. Prevenir futuros comportamientos corporativos que pueden dar bienes jurídicos importantes. 2.4. Quien genera un riesgo está en la obligación de controlarlo. 3. ¿Qué vinculación existe entre la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas con los derechos humanos? 4. ¿La regulación española sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas realiza una protección eficaz de los derechos humanos? 5. Conclusiones.

1 Este trabajo se realiza dentro del marco del Proyecto de Investigación DER 2016-79705-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, sobre «Criminalidad organizada, responsabilidad penal de las personas jurídicas y terrorismo: la triada de la criminalidad transnacional».

1. INTRODUCCIÓN: MARCO CONCEPTUAL

La hipótesis que sostengo es que tal como está regulada en estos momentos la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la regulación española —especialmente después de la reforma de 2015—, la legislación no está en condiciones de proteger los derechos fundamentales de las personas, como pretendo desarrollar en este trabajo. Ahora bien, esta pregunta encierra una serie de complejidades que intentaré descomponer en el análisis. Ante todo, poner como telón de fondo que una de las funciones fundamentales del Estado es proveer seguridad a sus ciudadanos, seguridad entendida como el respeto a los derechos humanos, es decir, los derechos fundamentales consagrados en la Constitución española. En efecto, el Estado moderno que surge luego de la Revolución francesa tiene como finalidad fundamental salvaguardar la seguridad de los ciudadanos que están dentro de su territorio —función de carácter monopólico— y, por tanto, tiene la obligación de establecer las reglas jurídicas para que el imperio de la ley conecte con la protección de los derechos fundamentales individuales y sociales. De ahí que considere importante recalcar que debemos alejarnos de la falsa dicotomía derechos humanos y seguridad, o libertad y seguridad², puesto que en el estado de derecho la protección de los derechos humanos se realiza con el imperio de la ley, no solo en lo que se refiere a su contenido de legitimidad, sino también en lo referente a las obligaciones de los Estados de tutelar los derechos fundamentales de los más vulnerables.

Ciertamente, en los momentos actuales de globalización, la humanidad confronta nuevas amenazas que hacen, al menos, repensar estas verdades, especialmente la cuestión de la territorialidad de la ley penal. La criminalidad organizada, la criminalidad empresarial, el terrorismo y la corrupción que invaden las noticias de los periódicos y constituyen los retos más importantes de la política criminal actual, se desarrollan con la fórmula de organizaciones, personas jurídicas, redes (sociales, empresariales, etcétera), intercambios, conexiones, que se realizan en contextos normalizados y de manera flexible, conectando territorios de diversos países y, por tanto, diversas legislaciones.

En este punto resulta determinante el informe de Naciones Unidas de seguimiento de los acuerdos de la Cumbre del Milenio, «Un concepto más amplio de libertad, desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos» (ONU, 2005, p. 27), en el que se pone de relieve en el punto 78: «Entre las amenazas a la paz y la

2 Dicotomía que se ha propagado con las políticas criminales de tolerancia cero o el punitivismo que lamentablemente domina el panorama actual de las regulaciones penales, ahondando en la falsa creencia de que a mayor pena, mayor protección.

seguridad en el siglo XXI se cuentan no solo la guerra y los conflictos internacionales, sino los disturbios civiles, la delincuencia organizada, el terrorismo y las armas de destrucción en masa. También se cuentan la pobreza, las enfermedades infecciosas mortales y la degradación del medio ambiente, puesto que también pueden tener consecuencias catastróficas. Todas estas amenazas pueden ser causa de muerte o reducir gravemente las posibilidades de vida. Todas ellas pueden socavar a los Estados como unidades básicas del sistema internacional».

El informe de Kofi Annan pone en evidencia las relaciones recíprocas entre las amenazas a la seguridad y a las libertades y el desarrollo humano, puesto que en la medida en que existan personas vulnerables a dichas amenazas no será posible garantizar su libertad, pues serán víctimas de las organizaciones criminales, la trata de personas, el tráfico de inmigrantes y las redes de explotación sexual o laboral que existen en el mundo. Efectivamente, como se señala en este documento, las personas tienen derecho a ser gobernadas por su propio consentimiento, y para ello deben estar libres de la miseria, algo que parece olvidarse cuando se legisla desde el púlpito. La pobreza, la falta de horizontes para los jóvenes es el caldo de cultivo de las organizaciones criminales, tanto de víctimas como de victimarios. La criminalidad organizada se nutre en muchas partes del mundo de jóvenes desencantados que no ven otra salida laboral que enrolarse en las filas de las organizaciones criminales. El Estado ausente, el Estado neoliberal que no provee de un bienestar mínimo a sus ciudadanos y menos a sus futuras generaciones, donde todo está «privatizado»³ al albur de las reglas del mercado, deja espacio a otros poderes como las organizaciones criminales, que sí dotan de seguridades a sus afiliados. Indudablemente, desde este enfoque la política criminal contra la criminalidad organizada no puede leerse solo desde la represión, sino también desde la prevención. Como ya decía Von Liszt, «la mejor Política Criminal es una buena Política Social», cuestión que merece la pena recordar.

El concepto de libertad (respeto a los derechos humanos) como «libertad para vivir sin temor», pone el acento en la vulnerabilidad de los seres más débiles para consentir, para decidir sobre su futuro, fuera de las fuerzas de las amenazas que se transforman en poderes contra las personas. Como se sostiene en el Informe en el punto 16: «Si bien no puede decirse que la pobreza y la negación de los derechos humanos sean la “causa” de las guerras civiles, el terrorismo y la delincuencia organizada, todos ellos incrementan considerablemente el peligro de la inestabilidad y la violencia». De ahí que desarrollo humano y seguridad vayan de la mano. La violencia e inestabilidad política que generan la criminalidad organizada, las

3 En muchos casos estas privatizaciones han propiciado el negocio ilícito al convertirse en empresas pertenecientes a sectores vinculados al poder público.

guerras y el terrorismo producen mayor vulnerabilidad de los grupos indefensos y esta vulnerabilidad favorece estos fenómenos criminales, en un círculo vicioso que solo se puede quebrar con la promoción de los derechos humanos y el imperio de la ley. El Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional de 2000 señala con acierto: «En la Cumbre del Milenio los dirigentes de todo el mundo proclamaron que la liberación del temor y de la miseria era uno de los valores esenciales del siglo XXI. No obstante, en todo el mundo hay millones de personas a quienes todavía se niega el derecho a vivir con dignidad y liberados del temor y de la miseria. Se niega ese derecho al niño que trabaja bajo contrato de cumplimiento forzoso, sometido a explotación, al padre que tiene que dar soborno para conseguir atención médica para su hijo o hija, a la mujer condenada a una vida de prostitución forzosa». Kofi Annan insiste: «Considero que la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, para someterlos a trabajos forzados y a la explotación, incluida la explotación sexual, es una de las violaciones más atroces de los derechos humanos a que hacen frente las Naciones Unidas en la actualidad. Se trata de un fenómeno muy difundido que se agrava cada vez más. Tiene sus raíces en las condiciones sociales y económicas de los países de origen de las víctimas y se ve facilitado por las prácticas discriminatorias contra la mujer e impulsado por la cruel indiferencia ante el sufrimiento humano de parte de los que explotan los servicios que las víctimas están obligadas a prestar. El destino de esas personas más vulnerables es una afrenta para la dignidad humana y un grave problema para todo Estado, todo pueblo y toda comunidad».

Los desequilibrios económicos y sociales de los últimos tiempos no auguran que estemos yendo por el buen camino para desactivar estas amenazas que condenan a millones de personas a vivir sin dignidad, sin libertad, dentro de una miseria esclavizante. El Informe sobre Desarrollo Humano de 2016 señala que, pese a los importantes avances de los últimos años para erradicar la pobreza, aún «una de cada nueve personas en el mundo padece hambre y una de cada tres malnutrición. Anualmente, alrededor de 15 millones de niñas se casan antes de los 18 años, es decir, casi una cada dos segundos. En todo el mundo mueren al día 18 000 personas debido a la contaminación atmosférica, y el VIH infecta a dos millones de personas al año⁴. En promedio, 24 personas por minuto se ven desplazadas forzosamente de sus hogares. Estas carencias básicas son comunes entre diversos grupos. Las mujeres y las niñas, las minorías étnicas, los pueblos

4 Precisamente en la supervivencia frente al sida se pueden apreciar claramente las diferencias sociales y económicas. Mientras en los países desarrollados esta enfermedad se convierte en crónica gracias a los fármacos, en los países con bajo desarrollo contraerla significa la muerte.

indígenas, las personas con discapacidad y los migrantes se ven privados de las dimensiones básicas del desarrollo» (PNUD, 2016, p. 5).

Otros informes de organismos internacionales también inciden en que el crecimiento mundial no está repartido, sino que cada vez se concentra más en unos pocos. El conocido dato de que el 1% más rico de la población mundial posee más riqueza que el resto del planeta, es el marco de la gran desigualdad persistente que muestra a los perdedores de la crisis sin poder salir de sus carencias para acceder a los servicios básicos. Pero también son importantes otros datos vinculados al ámbito empresarial: diez empresas en el mundo obtuvieron una facturación superior a los ingresos públicos de 180 países juntos; 10 000 trabajadores de las fábricas textiles de Bangladesh gana en un año lo mismo que el director general de cualquier empresa incluida en el índice bursátil FTSE 100; 100 000 millones de dólares pierden los países en desarrollo como consecuencia de la evasión y elusión fiscal de grandes empresas a través de paraísos fiscales; 69 de las 100 mayores entidades del mundo son empresas y no Estados⁵. Estos últimos datos redundan en el poder económico y político de las empresas en el mundo actual, principales actores en la globalización, con gran capacidad para incidir en las decisiones políticas nacionales y mundiales.

Precisamente en esta línea apuntan las propuestas más modernas que inciden en exigir responsabilidades a las empresas. La empresa como agente económico y social, que ocupa un lugar fundamental en la sociedad postindustrial, ha de tener derechos, pero también deberes, entre los cuales se incluye la responsabilidad penal (y la protección jurídica vinculada a esta). O, como apunta Vogel: «El precio que debe pagarse por el liderazgo es, claro está, la responsabilidad (*responsibility*)... un Pragmatismo cada vez más extendido puede referirse a que las sanciones penales deben ser aplicadas como mecanismo eficaz para conseguir que las normas sean también respetadas en la economía y también frente a los agentes económicos, los empresarios y las empresas» (2004, p. 130). Hay, pues, una necesidad de encauzar jurídicamente la ética del mercado (De Maglie, 2002), por medio de la demanda social de responsabilidad de la empresa, dentro de la cual, la responsabilidad penal no puede ser sustraída, toda vez que se trata de una forma de responsabilidad pública, con mensajes a todos los ciudadanos.

De otro lado, tal como estoy planteando esta cuestión existen varios presupuestos que requieren explicaciones:

5 Cfr. datos en *El Economista*, 2017. Este reportaje se ha basado en el Informe de Oxfam sobre desigualdad de 2016, «Una economía para el 99%». <http://eleconomista.com.mx/internacional/2017/01/16/10-datos-sobre-desigualdad>.

- ¿Cuáles son las finalidades político-criminales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas?
- ¿Qué vinculación existe entre la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas y los derechos humanos?
- Después de contestar esas cuestiones, voy a argumentar por qué la regulación actual (y la jurisprudencia existente) no es idónea para la protección de los derechos humanos.

2. ¿CUÁLES SON LAS FINALIDADES POLÍTICO-CRIMINALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?

Detrás de toda decisión político-criminal, como lo es optar por exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas —irresponsabilidad que hasta finales del siglo XX resultaba un asunto incontrovertido—, siempre hay —o debe haber— unos objetivos, unas finalidades. En todo caso, la opción regulativa por sancionar penalmente a organizaciones, corporaciones, empresas, partidos políticos, sindicatos, entes colectivos en general, no resultaba a comienzos de siglo una opción pacífica. La doctrina dominante concebía que solo la persona humana individual era capaz de soportar el juicio de reproche penal suficiente para exigir la responsabilidad más dura del sistema jurídico de un Estado. Entonces, si existía un consenso general a favor del *societas non delinquere*, habrá que convenir que existían finalidades poderosas para cambiar la tradición penal. Aún hoy, pese a la corriente de reformas a favor de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas en el panorama jurídico europeo, existen voces autorizadas en la línea de no reconocer el carácter penal de estas sanciones, solo achacables a sujetos individuales.

Pero las leyes están para aplicarse y el legislador, como decía Von Kirshmann, echa por tierra bibliotecas enteras o, al menos discusiones enteras. La responsabilidad penal de las personas jurídicas está entre nosotros desde 2010 y ha venido para quedarse, por muchas razones que conviene recordar y no olvidar, pues el legislador de 2015, al limitar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, parece desconocer estas razones, que no son otra cosa que fines político-criminales que pretenden conjurar.

2.1. Un porcentaje altísimo de delitos socioeconómicos se cometen en el ámbito de las personas jurídicas

Un porcentaje altísimo de delitos socioeconómicos se cometen en el ámbito de las personas jurídicas, empresas u otros organismos estructurados, como fundaciones, partidos políticos, sindicatos, ONG. La colectivización de la sociedad ha dado

lugar a que las relaciones sociales y económicas se desarrollen mayoritariamente en contextos de personas jurídicas de derecho privado y de derecho público. La centralidad de la persona jurídica⁶ en el núcleo de las nuevas formas de criminalidad que amenazan las estructuras económicas, sociales y políticas de nuestras sociedades es palpable con datos de la realidad a los que cotidianamente asistimos a través de casos en los que el uso de sociedades legales y ficticias es el instrumento para realizar actividades ilícitas. El terrorismo, la criminalidad organizada, la criminalidad empresarial y la corrupción, tanto pública como privada, se sirven de las fórmulas del derecho mercantil para crear, fusionar, transformar, desaparecer y aparecer sociedades que actúan como máscaras para encubrir negocios ilícitos. Como señala el profesor de derecho mercantil de la Universidad de Salamanca, Fernando Carbajo: «Las instituciones del derecho privado patrimonial se utilizan para dar apariencia de legalidad a operaciones ilícitas de ocultación y desviación de activos y fondos públicos y privados... Un uso instrumental con fines ilícitos de instituciones jurídico-privadas (uso perverso) para dar apariencia de licitud, es decir, maquillar operaciones fraudulentas» (Carbajo, 2012, pp. 307-308).

2.2. Evitar la impunidad que conlleva la individualización de responsabilidades

Los estudios y la realidad social demuestran que los delitos cometidos desde estructuras complejas no consiguen ser identificados, procesados y castigados. Existe una gran cifra negra de la criminalidad en el ámbito socioeconómico, como delitos contra el medio ambiente, delitos contra los trabajadores, responsabilidad por el producto defectuoso, etcétera, dejando en la indefensión a las víctimas de los mismos. Muchos de ellos son delitos con bienes jurídicos colectivos, donde los afectados no son solo personas individuales, sino grandes grupos de personas, cuando no toda la sociedad. Piénsese en los daños sociales producidos por la corrupción, para lo cual se puede elaborar una investigación propia. Lo que sucede con la afección a bienes jurídicos de carácter colectivo es que, al no ser tangibles —como la vida o la salud— la percepción social de su dañosidad se morigera o se invisibiliza, pues parece alejada de los ciudadanos, cuando lo cierto es todo lo contrario: puede realizar daños ostensibles en la vida cotidiana de las personas, con sus consecuencias económicas y políticas de largo alcance.

6 Es muy crítico, desde hace mucho tiempo, De Castro: «¿Cómo se justifica que quienes no se exponen a ningún riesgo especial, ni buscan el general beneficio, quienes sólo persiguen enriquecerse a costa ajena, reciban gratuitamente la ventaja de que su patrimonio quede exento de riesgo?» (1991, p. 1408).

Esa impunidad se debe en gran parte a la imposibilidad de individualizar la responsabilidad personal en estructuras complejas. Al individualizar la responsabilidad penal, lo que suele suceder es que se carga todo el peso de la misma en una persona que actúa como «chivo expiatorio», o no se consigue probar la realización del delito por parte de una persona, por lo que hay impunidad. Ello porque el delito cometido en estructuras complejas suele ser producto de una serie de acciones y omisiones dolosas y culposas realizadas por varios individuos a los que no cabe atribuir el tipo objetivo y el tipo subjetivo a la vez, dada la información parcializada, la estructuración de los comportamientos en escalones y la delegación de funciones, principalmente. De ahí que la doctrina los categorice como una «actitud criminal de grupo» o una política defectuosa de la empresa, es decir, una acumulación de comportamientos corporativos. No hay que olvidar que se trata de un injusto de organización, esto es, donde se han dividido funciones, se han profesionalizado sus miembros y donde se trabaja coordinadamente para un fin determinado, que es lo que da cohesión al grupo (Zúñiga, 2009a, pp. 247-262). Además, la pertenencia a la organización otorga a sus miembros cierta opacidad, los parapeta para realizar conductas que no se atreverían a realizar en solitario, lo cual da mayores fortalezas para delinquir.

2.3. Prevenir futuros comportamientos corporativos que puedan dañar bienes jurídicos importantes

Sin entrar en el debate de si estamos ante una segunda o tercera vía, lo cierto es que las sanciones punitivas a empresas («sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias», como demandan los convenios internacionales) que son consecuencia jurídica de un supuesto de hecho grave considerado delito conforme a las leyes vigentes, ha de tener las reglas de imputación propias del sistema penal, con toda la adaptación que corresponda a su carácter corporativo.

Ciertamente, el supuesto de hecho determina la consecuencia jurídica y no al revés. Es decir, quien realiza una conducta considerada típica por el Código Penal realiza un injusto penal⁷ y la consecuencia jurídica del mismo ha de ser también de carácter penal. De lo contrario estamos enviando un mensaje contradictorio a los ciudadanos («si el hecho se realiza con la cobertura de una persona jurídica no es delito»), propiciando así una indefensión frente a los ataques a los bienes jurídicos por parte de corporaciones. Bien es cierto que la realización de un comportamiento corporativo tiene la particularidad de tenerse que realizar a través

7 Ha de tenerse en cuenta que aquí ya se han seleccionado los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes; por tanto, estamos ante delitos considerados graves.

de una serie de sujetos y, por tanto, puede disociarse quién actúa y quién responde. Pero esta es una dificultad que ha de ser solventada, no una imposibilidad que demuestre la inviabilidad del razonamiento anterior. También es cierto que las estructuras lógico-penales han sido construidas desde el prisma de una persona física con capacidad de voluntad, pero nuevamente hay que decir que ello no invalida la demanda político-criminal de imponer sanciones penales a las personas jurídicas cuando desde su seno y, en provecho propio, realicen comportamientos corporativos delictuosos. La construcción de los mecanismos de imputación de carácter penal está en marcha con las discusiones teóricas y prácticas de la doctrina y la interpretación jurisprudencial, así como con los aportes del derecho comparado, pero ello no contradice la necesidad perentoria de hacer responder a los entes colectivos —llámese empresas, partidos políticos, sindicatos, fundaciones, ONG, etcétera—, cuando realizan comportamientos criminales de manera estructurada.

Los principales argumentos por los que es posible admitir un juicio de reproche penal para la respuesta sancionatoria a los delitos que se cometen desde el ámbito de las personas jurídicas se sustentan en las dos funciones básicas del derecho penal: protección de bienes jurídicos y motivación. Los bienes jurídicos que resultan afectados son de relevancia penal, porque son los más valiosos para la convivencia social: medio ambiente, derechos de los trabajadores, Hacienda Pública, mercado, etcétera. Aunque no es posible hacer referencia en este trabajo a todos los posibles delitos que pueden realizarse desde el ámbito de las personas jurídicas, puede resultar ilustrativa la tutela del medio ambiente. Soslayar a las empresas de la comisión de delitos medioambientales constituye una muestra de debilidad de la protección social del medio ambiente. Digamos que en materia medioambiental parece claro que las personas jurídicas, concretamente las empresas, son los principales actores de riesgo de los ecosistemas, con sus posibles vertidos contaminantes en tierras y aguas, emisión de CO₂ a la atmósfera, talas indiscriminadas de bosques, producción de desechos industriales, etcétera⁸. Esta función de protección de bienes jurídicos por parte del derecho penal resulta relevante cuando se refiere a bienes jurídicos colectivos —como los que convoca normalmente el derecho penal económico— y podrían ser lesionados por empresas, cuya dificultad para determinar la lesión (incluso el grado de peligro) se presenta como una de las cuestiones más controvertidas de este campo. La vulneración del mercado, del propio medio ambiente, los daños causados por la corrupción o la

8 La producción industrial es un sector que utiliza grandes dosis de energía proveniente de combustibles fósiles, los más contaminantes del planeta, por lo que la necesidad de sujetar dicha actividad a reglas que limiten lo máximo posible la emisión de gases tóxicos a la atmósfera resulta de crucial importancia.

complejidad de los intereses comprometidos por la criminalidad organizada son cuestiones mucho más complejas que no se pueden determinar fácilmente, y en muchos de estos supuestos se trata de bienes jurídicos tan preciados que se pueden identificar con los derechos humanos (Isea Silva, 2011, p. 8)⁹.

Desde el punto de vista de la función de motivación del derecho penal, la demanda de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas es aún más nítida. En una sociedad de riesgos es deber del Estado controlar a los agentes de riesgos y garantizar sanciones por los incumplimientos (derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE). De lo contrario, se estaría dando un mensaje de impunidad, esto es, de que no existen consecuencias importantes a los comportamientos de riesgo, asumiendo la sociedad a fondo perdido las actividades productivas que generan daños sociales y económicos, en aras de sus supuestos beneficios¹⁰. La psicología social demuestra que la ejecución de conductas delictivas exitosas genera apreciación de capacidad para repetir las y convierte a la delincuencia en la construcción social de su propia identidad (autoeficacia) (Garrido, Masip & Herrero, 2009, p. 97). Por tanto, los comportamientos corporativos que carecen de respuestas contundentes producen más bien un estímulo para seguir delinquir, toda vez que la actividad de riesgo en sí ya produce un beneficio económico y, si, además, aun produciendo daños sociales no existe ninguna contención, refuerzan las conductas y fomentan la reincidencia. Como sostienen Garrido, Masip y Herrero: «El delito supone riesgo, osadía, metas difíciles, caminos abruptos. Una vez resueltos con éxito, producen una gran confianza en uno mismo. El relajo y el gozo de no haber sido pillado suben la percepción de autoeficacia, causa de acciones ilegales más dificultosas» (p. 99). Esta aseveración es aún más evidente para el ámbito de los delitos socioeconómicos, toda vez que la actividad económica es una actividad de riesgo en la que en muchos casos se roza la ilegalidad para generar beneficios, y los delincuentes de este ámbito no suelen tener conciencia moral de la ilicitud de su comportamiento. Por ello, siguiendo a estos mismos autores, «quizás la mayor

9 En cuanto a desplazamientos forzados, cabe mencionar que en Camboya, en enero de 2009, la empresa de construcción 7NG desalojó por la fuerza a 152 familias en Phnom Penh. Sobre salud y medio ambiente, en febrero de 2011, en Ecuador, un tribunal condenó a Chevron a pagar más 8000 millones de dólares por los daños ambientales cometidos entre 1964 y 1990 por la compañía Texaco (adquirida por Chevron en 2001) asociados a una alta incidencia de cáncer entre poblaciones indígenas, entre otros.

10 Beneficios que en el mayor de los casos son para los socios y más aún para los directivos, quienes actúan sin asumir ninguna clase de riesgo. Así, por ejemplo, los directivos del Banco Popular, recientemente intervenido, se asignaron 74 millones en pensiones, pese a ser responsables de la quiebra del banco (*El Mundo*, 21 de febrero de 2017, «Banco Popular asigna 74 millones a Ángel Ron y su cúpula», <http://www.elmundo.es/economia/2017/02/21/58ab58a2e2704ebc748b45bc.html>).

virtud del derecho penal resida precisamente en la claridad con la que, a través de él, la sociedad enseña lo que considera moral e inmoral» (p. 151), o legítimo e ilegítimo.

2.4. Quien genera un riesgo está en la obligación de controlarlo

La empresa es uno de los principales agentes de riesgo de la sociedad actual. La producción industrial se presenta como un típico sector de la sociedad de riesgo: realiza actividades que se consideran altamente necesarias porque proveen de bienes a la sociedad de masas y de trabajo a miles de familias. Sin embargo, a la vez genera riesgos para los ecosistemas, la vida y la salud de las personas. Incluso la amenaza nuclear puede producir daños medioambientales, por tanto, nos estamos refiriendo a una serie de actividades económicas que se realizan desde el ámbito de personas jurídicas, que pueden producir daños al disfrute de los recursos naturales, derecho constitucionalmente reconocido (art. 45 CE). De ahí que la prevención de los comportamientos para que no desborden los riesgos permitidos se convierta en un tema central dentro de la protección jurídica del medio ambiente. La utilización de mecanismos penales y administrativos en dicha prevención constituye un instrumento político-criminal clave para asegurar tal protección, donde los comportamientos más graves han de referirse al ámbito penal y los menos graves al ámbito sancionador. El papel del derecho administrativo sancionador para el control de los riesgos funciona como prevención de los daños que pudiera ocasionar la actividad de riesgo; de ahí las sinergias entre derecho administrativo sancionador y derecho penal en las infracciones económicas y sociales de las empresas, donde se ha postulado una asimilación de los principios propios del derecho penal, por ser los que más se han desarrollado. Nuevamente, el tema topa con la cuestión de la responsabilidad de la persona jurídica, único asunto donde la asimilación resulta complicada, pero no imposible. Otra actividad en la cual se perciben claramente estas relaciones entre infracción administrativa de control e infracción penal es cuando fracasa el control es la prevención de riesgos laborales. Los países que, como España, han desarrollado una normativa importante de prevención para salvaguardar la salud y la vida de los trabajadores pueden observar la importancia de estas regulaciones para prevenir actividades empresariales que desborden los peligros que genera la propia actividad industrial. Toda esta normativa actúa realmente como necesidad de contemplar *compliance programs*, en la medida en que obliga a las propias empresas a desarrollar reglas de cumplimiento obligatorio, cuya inobservancia genera responsabilidad administrativa o, en su caso, responsabilidad penal. Desde el ámbito de la no discriminación de género en las relaciones laborales también se puede observar esta sinergia entre reglas de

cumplimiento de autocontrol de la propia empresa (autorregulación), derecho administrativo sancionador (en este caso de protección social) y derecho penal¹¹.

Por todas estas consideraciones, desde los convenios internacionales sobre criminalidad organizada, corrupción, protección del medio ambiente, financiación del terrorismo¹², principalmente, se introducen disposiciones conminando a los Estados a establecer «sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias» para las personas jurídicas cuando desde las mismas se realizan delitos correspondientes a estos fenómenos criminales. Aunque las disposiciones no exijan expresamente una sanción penal, lo cierto es que de manera prácticamente unánime se ha interpretado que se trata de sanciones punitivas, esto es de carácter afflictivo y con efectos preventivos generales y especiales.

3. ¿QUÉ VINCULACIÓN EXISTE ENTRE LA POSIBLE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CON LOS DERECHOS HUMANOS?

Las líneas divisorias entre las diferentes formas de criminalidad que utilizan estructuras legales se diluyen en las realidades cotidianas de los flujos sociales y económicos. Los «conductores del crimen» (*drivers of crime*) —como los denomina el último informe SOCTA 2017 (UE, 2017, p. 24)—, la tecnología, el contexto geopolítico, lugares clave para el crimen y las estructuras legales de negocios, son los nuevos lubricantes de un sistema de intercambios que nutre todas estas formas de delincuencia organizada y grave. De todos ellos, me centraré en las estructuras legales de negocios y el uso de personas jurídicas —reales y ficticias— dentro del engranaje de las redes criminales. Las fórmulas personas jurídicas o sociedades han resultado ser conceptos jurídicos funcionales para diversificar los riesgos, esconder el origen del dinero, camuflar las actividades ilícitas y transformar las ganancias

11 En Castilla y León un grupo de profesores desarrollamos una investigación interdisciplinar de estudio y propuestas sobre igualdad de género en la negociación colectiva de empresas de la Comunidad. El proyecto culminó con el libro *Propuestas para la igualdad de género en la negociación colectiva en Castilla y León* (Sanguinetti, 2011), en el que se trataron temas que implican el desarrollo de los derechos humanos de igualdad en lo referente al acoso laboral, el acoso sexual, etc.

12 Hay una serie de convenios internacionales propiciados por las Naciones Unidas que inciden en la obligación de los Estados de establecer sanciones «efectivas, proporcionadas y disuasorias» contra las personas jurídicas, como la Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad organizada transnacional (2000), la Convención contra la corrupción de Mérida (2003), la Convención de la OCDE contra la corrupción en transacciones internacionales de 1997, el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 2002. Además de una serie de acciones comunes y directivas de la UE en materia de criminalidad organizada, delitos contra el medio ambiente, fraude de subvenciones de la UE, etcétera, todos acuerdos internacionales en materia de lucha contra la criminalidad organizada, la corrupción, delitos contra el medio ambiente y terrorismo.

obtenidas de manera ilícita. Toda una serie de funcionalidades que hacen de la persona jurídica un concepto extremadamente dúctil para realizar actividades ilícitas.

En efecto, los delitos graves que se cometen de manera organizada actualmente llevan el sello de una persona jurídica, máxime cuando se trata de fenómenos transnacionales que pueden abarcar diversas legislaciones. De ahí la preocupación de la UE por atajar estos supuestos de utilización de estructuras de negocios legales, con la conciencia de que no estamos ante una criminalidad ordinaria, sino ante entramados financieros que son realizados por expertos profesionales que asesoran a los delincuentes (corruptos, mafiosos, etcétera). Por supuesto que es distinto cuando se trata de meras formas jurídicas encubridoras de actividades ilegales, en cuyo caso podemos estar claramente ante organizaciones criminales (tratamiento penal del art. 570 bis o 570 ter CP) que, cuando se trata de entidades jurídicas con actividad económica legal que por un defecto de organización y en beneficio propio realizan comportamientos delictivos, estamos ante la responsabilidad penal de la persona jurídica (tratamiento penal del art. 31 bis CP).

Ahora bien, lo preocupante es que se dan situaciones híbridas: la utilización de negocios legales y de entidades formales con prestigio económico incluso en el ámbito empresarial por parte de la criminalidad organizada y la corrupción (de la mafia y de los gobernantes y empresarios corruptos). Desenmarañar estos entramados societarios es una tarea ardua de especialistas altamente calificados que juegan a favor de la impunidad. La preparación que requieren los aparatos del Estado para investigar estas construcciones jurídicas no está al alcance de todos los países, de ahí que las transformaciones societarias, el movimiento de los negocios a nivel transnacional y las diversas formas de ingeniería financiera resulten idóneos para sortear los límites de las leyes penales. Esta dificultad se manifiesta más aún ante Estados débiles, ya sea minimizados por los recortes en materia de policías, jueces y fiscales, o porque su institucionalidad es democráticamente débil, en contraposición a los poderosos despachos de abogados que asesoran en la creación, desarrollo y luego defensa de estos entramados, en su caso, de los sujetos imputados y de las empresas implicadas.

Lo cierto es que en todos estos supuestos de utilización de personas jurídicas, ya sea cuando se utiliza para encubrir una actividad claramente criminal como cuando se realizan delitos desde las estructuras de negocios legales, se trata de diversos actores sociales con gran capacidad de influir en la vida social y económica de las personas, por tanto, en los derechos humanos. De ahí que en los últimos años se haya desarrollado la responsabilidad social corporativa, con el fin de dotar a las empresas del siglo XXI con objetivos que vayan más allá de los fines meramente económicos, como actores sociales con responsabilidad social. Las exigencias

sociales de protección del medio ambiente, del respeto a los derechos humanos (contra la explotación laboral, respeto a la seguridad de los trabajadores) proclaman un modelo de empresa que, siguiendo el código de buen gobierno de la empresa sostenible, se caracteriza porque «crea valor económico, medioambiental y social a corto y largo plazo, contribuyendo de esta forma al aumento del bienestar de las generaciones presentes y futuras, tanto en su entorno inmediato como en el planeta en general» (Nieto & Fernández, 2004, p. 1).

El Pacto global de derechos humanos de Naciones Unidas (2000), las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sobre empresas multinacionales (1996, 2000) y los Objetivos del Milenio son iniciativas internacionales que fomentan la ciudadanía corporativa, invitando al sector empresarial a ejercer protagonismos en temas de responsabilidad social y desarrollo sostenible. El fundamento de todas estas iniciativas se encuentra en la integración de diez principios enmarcados en declaraciones universales, acuerdos y convenios de respeto a los derechos humanos y laborales, la protección al medio ambiente y la lucha contra la corrupción (D'Andreis, 2012, p. 1). Precisamente, se trata de los aspectos de la criminalidad organizada y la criminalidad de empresa que más demandas plantea para la política criminal moderna.

Coincidiendo con D'Andreis, «las empresas tienen una obligación de evitar resultados que dañen a la comunidad, al medio ambiente y deben ser garantes al igual que el Estado de la protección de los derechos humanos, lo cual puede sustentarse en la figura de la posición de garante contemplada en el Código Penal, cambiando la percepción de que ser responsables socialmente es una moda, un lujo o una acción voluntaria y por el contrario debe entenderse como una obligación que ante su incumplimiento por parte de las empresas puede generar sanciones» (2012, p. 2). En efecto, no se trata de un *soft law*, de meras recomendaciones de autocontención o autorregulación, sino de obligaciones reales y tangibles que se expresan en la frontera de los tipos del Código Penal, cuyo incumplimiento ha de desencadenar sanciones «efectivas, proporcionadas y disuasorias» que pueden ser de carácter penal en los casos más graves o de carácter administrativo en los supuestos menos graves.

Una de las labores más importantes sobre esta materia en los años recientes ha sido la del representante especial del secretario general de Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, el profesor John Ruggie, cuya misión culminó en marzo del 2011 con la publicación de los «Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar'» (ONU, 2011, p. 2). Se trata de un documento conformado en tres partes: 1) el deber del Estado de proteger los derechos humanos; 2) la responsabilidad de

las empresas de respetar los derechos humanos; y 3) el acceso a mecanismos de reparación. Esta especie de silogismo resulta sumamente interesante para explicar el fundamento de dicha responsabilidad y su finalidad, en este caso centrada en la reparación del daño.

Asimismo, estos principios rectores se basan en el reconocimiento de: «a) Las actuales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales; b) El papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos; c) La necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento» (ONU, 2011, p. 2). Se trata, precisamente, de fundamentos que expresan los argumentos anteriormente desarrollados: si el Estado tiene el deber de proteger los derechos humanos y las empresas como agentes económicos y sociales también están obligadas por ley a respetar los derechos humanos; ergo, el Estado está en el deber de establecer consecuencias jurídicas cuando las empresas incumplan y ocasionen daños a los derechos humanos. Es más, el documento va más allá, pues admite que «estos Principios Rectores deben aplicarse de manera no discriminatoria, prestando atención especial a los derechos, necesidades y problemas de las personas pertenecientes a grupos o poblaciones con mayores riesgos de vulnerabilidad o marginación» (ONU, 2011, p. 4), con lo cual hay una especial referencia a los sectores vulnerables, esto es, los más desfavorecidos que presentan mayor debilidad en las relaciones sociales.

El principio N° 1 reza: «Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia» (ONU, 2011, p. 4). Toda una declaración de principios en la que se concentran las bases para exigir responsabilidad a las personas jurídicas, tanto penal, como administrativa o civil. En primer lugar, queda claro que las empresas, de acuerdo al principio de libre competencia, no pueden sustraerse de las reglas sobre respeto a los derechos humanos vigentes en un país. Las empresas, al igual que cualquier ciudadano, están sometidas al imperio de la ley y a la vigencia de los derechos fundamentales plasmados en la Constitución del Estado. En segundo lugar, el Estado, que posee el monopolio de la tutela de los derechos ciudadanos, está en el deber de establecer regulaciones apropiadas para «prevenir, investigar, castigar y reparar» las violaciones de derechos humanos efectuadas por las empresas. El sometimiento a la justicia estatal es un imperativo que deviene del derecho fundamental a la tutela judicial

efectiva y a la necesaria protección de las víctimas que han sufrido vulneraciones a los derechos humanos por los incumplimientos legales graves de las empresas.

Merece especial atención la obligación del Estado de «prevenir, investigar, castigar y reparar» las violaciones de los derechos humanos perpetradas por las empresas. Como se ha puesto de manifiesto líneas arriba, cuando se trata de prevenir y castigar estos comportamientos, normalmente no se exige una obligación de sancionar *penalmente* a las empresas, pero si conjugamos prevención con sanciones «efectivas, proporcionadas y disuasorias», indefectiblemente iremos al ámbito penal de la consecuencia jurídica del comportamiento corporativo, toda vez que hoy en día el derecho penal es el encargado de dar el mensaje social de los límites entre lo prohibido y lo permitido, especialmente cuando se trata de comportamientos graves que se realizan en el ámbito de los negocios, como son las violaciones a derechos humanos, sin olvidar las posibles consecuencias individuales, esto es, la responsabilidad penal personal de directivos, administradores u otros, que pueda concurrir paralelamente y conlleve incluso penas de prisión, si fuera el caso.

La criminalización de las conductas lesivas a los derechos humanos por parte de los Estados resulta necesaria en los supuestos más graves (intervención mínima), en cuanto condición práctica imprescindible para una tutela jurisdiccional efectiva de los derechos fundamentales (Vigano, 2013, p. 323). El ejercicio público de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal garantiza una tutela reforzada frente a delitos graves como los que tratamos. Normalmente las víctimas en supuestos de violaciones de derechos humanos son individuos débiles frente a los abusos de otros más fuertes¹³, máxime si se trata de grandes empresas nacionales y transnacionales. Como sostiene Vigano, «precisamente por esta razón necesita un apoyo de los poderes públicos para obtener la reparación del daño causado» (p. 324). Además, desde la teoría de la pena, el carácter penal de la respuesta resulta aún más justificado. Ciertamente, el principio hace alusión a la finalidad reparadora a la víctima, con lo cual pareciera que el mensaje correspondiente es el de la reparación civil, pero realmente esta puede estar perfectamente asociada a la sanción penal y pueden ser acumulativas, porque responden a finalidades diferentes. La pregunta es si la prevención eficaz de las violaciones a los derechos humanos por parte de las empresas puede hacerse por fuera del derecho penal (huida del derecho penal).

Sobre la obligación del Estado de proteger de manera eficaz con la investigación y castigo proporcional por las violaciones a los derechos humanos de los agentes

13 Piénsese en las víctimas de vertidos contaminantes por parte de empresas, por ejemplo, o la explotación laboral de los seres más débiles. Las dificultades que tienen estas personas para denunciar estos hechos son palpables, por lo que la tutela de sus derechos humanos por parte del Estado resulta aún más acuciante.

del Estado y de otros terceros, se han ocupado extensamente tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Europea de Derechos Humanos. Es verdad que en la mayoría de casos las sentencias han estado referidas a los derechos humanos vulnerados por agentes del Estado, pero es posible traspasar toda esta doctrina también a los supuestos en que los agentes vulneradores sean empresas o entes colectivos, en la medida en que son terceros sobre los cuales el Estado tiene también la obligación de hacer responder. Los tribunales internacionales consideran como asunto central el asegurar que el Estado cumpla correctamente su tarea de prevenir de manera efectiva las violaciones materiales a los derechos humanos dentro de su jurisdicción. Con el fin de realizar una prevención efectiva, entienden que la sanción criminal cumple la función eminentemente pública de prevención general, al enviar un mensaje general de evitar futuras violaciones, y prevención especial, a fin de que los propios condenados no vuelvan a realizar la vulneración. Es más, en reiterada doctrina se pone el acento en la posible omisión por parte del Estado, lo cual conllevaría su propia responsabilidad, algo que puede suceder cuando se produce la impunidad de los autores de la violación, o con una pena demasiado débil (digamos que simbólica, solo para sostener que formalmente está castigando el hecho) al ser equivalente a una impunidad (Vigano, 2013, p. 325). Ergo, una tutela proporcional y efectiva de los derechos humanos obliga a la criminalización y sanción penal de las empresas que realizan graves violaciones a los derechos humanos. Por consiguiente, paralelamente a la obligación de reparar el daño causado, se presenta la obligación de sancionar penalmente por las violaciones de derechos humanos de las empresas.

Los principios rectores también hacen alusión a los riesgos para los derechos humanos que pueden desencadenar las empresas en su actividad económica y su obligación de contención. Esto es importante porque las empresas y muchos entes colectivos poseen una dinámica propia y son agentes económicos y sociales relevantes en la esfera pública. La obligación de que las propias personas jurídicas sean responsables de la contención de los riesgos que ellas mismas desencadenan es uno de los fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El principio de injerencia reza que quien desarrolla un riesgo tiene la obligación de mantenerlo dentro de la esfera de lo permitido; de lo contrario puede generar responsabilidad (principio del riesgo permitido). Este principio es más comprensible aún si el riesgo generado es para desarrollar una actividad en provecho propio, como es la actividad económica de la empresa. De ello se ha derivado la necesidad de autocontención y el desarrollo de los programas de cumplimiento preventivo de ilícitos, también llamados *compliance programs*. Desarrollar códigos éticos al interior de las empresas se ha convertido en un imperativo propio de la responsabilidad social corporativa desde hace unos años. Ahora bien, el peso que

han de tener dentro de la responsabilidad penal de las empresas es algo a discutir aún.

Los principios rectores se ocupan del tema en el Principio N° 19: «Para prevenir y mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, las empresas deben integrar las conclusiones de sus evaluaciones de impacto en el marco de las funciones y procesos internos pertinentes y tomar las medidas oportunas» (ONU, 2011, p. 25). En el comentario del propio documento queda muy clara la obligación de desarrollar medidas de prevención y control dentro de la empresa para conjurar la posibilidad de vulnerar derechos humanos: «Una empresa que provoque o pueda provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos debe tomar las medidas necesarias para ponerles fin o prevenirlos» (p. 26). Esto es muy evidente en el ámbito del medio ambiente o la seguridad de los trabajadores en su actividad laboral; de lo contrario, la empresa tendrá que reparar el daño causado. Precisamente a los efectos de que se pueda agenciar una sanción patrimonial reparatoria acorde con el daño concurrente y la capacidad económica de la empresa, es que se entiende asimismo la necesidad de una responsabilidad directa y autónoma de la sociedad¹⁴.

4. ¿LA REGULACIÓN ESPAÑOLA SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS REALIZA UNA PROTECCIÓN EFICAZ DE LOS DERECHOS HUMANOS?

Se puede decir que todas las razones u objetivos político-criminales que llevaron al cambio de paradigma en la legislación española en el año 2010, de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas (con la incorporación del art. 31 bis CP) no solo persisten, sino que se han acrecentado. Los hechos de la realidad criminal actual en España, donde se observa un protagonismo del uso de las fórmulas societarias para encubrir negocios ilícitos, especialmente en las diversas formas de corrupción pública y privada, demuestran que la persona jurídica sigue siendo el instrumento dúctil para llevar a cabo conductas de enriquecimiento ilícito. Continuamente se destapan tramas económicas de corrupción en las que se utilizan diversas estructuras legales para delinquir. Lamentablemente, en estos casos la amenaza del castigo es inversamente proporcional al aumento delictivo, en

¹⁴ Las leyes han contemplado mayormente multas, como es el caso de Bélgica o Suiza, pero también el decomiso de las ganancias obtenidas, en muchos casos encaminadas a reparar a las víctimas por los daños ocasionados con el delito. También el artículo 27 del decreto legislativo 231/2001 de responsabilidad administrativa del ente, «De la obligación por el pago de la sanción pecuniaria responde el ente con su patrimonio o con el fondo común». Ver más ampliamente De Simeone, 2012, p. 245.

clara trayectoria divergente con el punitivismo que se reclama para la criminalidad común, porque se trata de la llamada criminalidad de cuello blanco o criminalidad de los poderosos (Zúñiga, 2012, pp. 27-47)¹⁵. A partir de aquí desarrollaré los argumentos que me llevan a señalar la benignidad de la regulación actual española sobre responsabilidad penal de las personas, y como esta respuesta débil del Estado español representa un incumplimiento de los acuerdos internacionales sobre la obligación de tutelar los derechos humanos frente a las violaciones por parte de las empresas.

Sin ánimo de extenderme en el análisis de la regulación del art. 31 bis CP, porque este no es el lugar para ello, señalaré concretamente los aspectos que me llevan a señalar que se está construyendo un derecho penal del amigo para las personas jurídicas (Mantovani, 2008, pp. 240-242)¹⁶. Efectivamente, así como se ha postulado un derecho penal del enemigo para los terroristas y contra la criminalidad organizada, la política criminal contra las personas jurídicas parece ser benigna, valoración que hago sustentada en los siguientes argumentos.

En primer lugar, una cuestión que ha llamado la atención es la ausencia de agravantes. Mientras existe un catálogo de atenuantes, en ningún momento la legislación planteó la posibilidad de agravantes. Es sabido que para determinar las penas los códigos suelen contemplar una serie de agravantes y atenuantes con el fin de adecuar las sanciones a la responsabilidad individualizada del autor. En el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el legislador solo ha contemplado la posibilidad de morigerar la pena, nunca de agravarla, algo que dice del rigor penal —no tan exacerbado— para estos casos. No se ha contemplado ni siquiera el agravante de reincidencia. El nuevo art. 31 bis 2. CP se extiende más bien en un catálogo de causas de exención de la responsabilidad de la persona jurídica cuando esta deriva de la actuación de los directivos, siendo esta forma de responsabilidad derivada la que debería concentrar el mayor reproche penal, dado que se trata de las personas que tienen el poder de control y decisión dentro de la organización.

Lo que ha levantado la voz de alerta sobre buena parte de la doctrina es la reforma de 2015 del art. 31 bis, que cambia la incidencia de los *compliance programs*

15 No puedo analizar en este trabajo las razones de ello, importantes pero complejas, aunque son las propias del concepto desarrollado por Sutherland de la asociación diferencial en el «delito de cuello blanco» o la delincuencia de los poderosos; esto es, mayor prestigio si consiguen vulnerar las normas, una situación social que les garantiza mayor impunidad, poco remordimiento de sus acciones, persistencia en la vulneración de las leyes, desconfianza en las instituciones, etcétera. Todas ellas divergen socialmente de la categoría de la criminalidad común.

16 Sobre el *derecho penal del amigo*, ver también Vidales, 2013, para quien existe un derecho penal privilegiado en relación a determinadas manifestaciones de la delincuencia.

en la responsabilidad penal de la persona jurídica, pasándolo de ser un atenuante a considerarlo una eximente de responsabilidad. Como sostiene Quintero Olivares, «el objetivo de la nueva modificación parece destinado a hacer casi imposible la imputación de personas jurídicas, así como a favorecer el consumo de catálogos de normas de conducta o programas de prevención, cuya sola existencia puede actuar como cortafuegos» (Quintero Olivares, 2016, p. 47). Los programas de cumplimiento han tenido un peso específico en las legislaciones del derecho comparado —como en la ley italiana o la ley suiza (responsabilidad por defecto de organización)— para modular la sanción, en la medida en que una empresa que se preocupa de establecerlos y llevarlos a cabo demuestra una real disponibilidad para prevenir delitos. Sin embargo, tampoco pueden considerarse para una exención de responsabilidad, puesto que ello constituiría una puerta abierta a la impunidad. De hecho, muchas de las empresas que han delinquido tenían programas de cumplimiento, lo que no fue óbice para delinquir. Por tanto, del hecho que sea recomendable, necesario y aconsejable que las empresas implementen medidas de autocontrol, compliance programs, incluso que su incumplimiento genere responsabilidades administrativas, a que por el solo hecho de que se implementen, aunque sea con «eficacia», y exonere de responsabilidad penal a las personas jurídicas es dar un gran paso hacia la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas.

Asimismo, llama la atención que la primera sentencia condenatoria de responsabilidad penal de la persona jurídica sea por un caso de tráfico de drogas (STS 154/2016, 29 de febrero), para lo cual no era necesario esta nueva regulación, pues ya existían las reglas de las consecuencias accesorias del art. 129 CP desde 1995, aplicadas parcamente para los supuestos de criminalidad empresarial «en provecho de la persona jurídica», para la cual ha sido pensada la normativa del art. 31 bis CP.

Como sostiene Carbajo, la delincuencia de la corrupción pública y privada que encontramos en la realidad actual demuestra la ineficacia de los códigos de buen gobierno y demuestra que se precisan medidas del Poder Legislativo para establecer obligaciones que favorezcan la gestión diligente y comprometida con el interés de la empresa y la sociedad (Carbajo, 2012, p. 289). A falta del cumplimiento de protección de los Estados nacionales, se requieren nuevos mecanismos de responsabilidad civil, administrativa y penal para los casos de incumplimiento que configuren un nuevo movimiento de neo-regulación o re-regulación impulsado desde los organismos internacionales.

Ciertamente, el desiderátum de algunos sectores empresariales es el de la nula injerencia de los poderes públicos en el ámbito empresarial, pero esto solo favorece a las empresas fuertes y, como la experiencia enseña, no ayuda a prevenir comportamientos que afectan los derechos humanos, como la explotación laboral,

sexual, daños al medio ambiente, entre otros. Establecer sanciones penales para las personas jurídicas supone un fortalecimiento y no un debilitamiento del derecho penal económico y financiero (Ontiveros, 2017, p. 145), en la medida en que el llamado de la norma penal como garante del respeto a las reglas económicas genera confianza en el mercado y finalmente garantiza una libre competencia entre las empresas. Esto es evidente, especialmente en el ámbito de la corrupción pública y privada, en la medida en que las empresas favorecidas por los poderes corruptos concurren con ventajas ostensibles frente a las que no entran en el juego sucio de la corrupción, que se encuentran claramente perjudicadas.

5. CONCLUSIONES

1. Las razones político-criminales que impulsaron al legislador español a introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el año 2010 —esto es, que un porcentaje altísimo de delitos socioeconómicos se cometen en el ámbito de las personas jurídicas, que es necesario evitar la impunidad que conlleva la individualización de responsabilidades, que se debe prevenir futuros comportamientos corporativos que puedan dañar bienes jurídicos importantes y que quien genera un riesgo está en la obligación de controlarlo— permanecen vigentes y obligan a los Estados a la tutela de los bienes jurídicos.
2. Desde el prisma de los derechos humanos, la Organización de las Naciones Unidas y otros organismos internacionales como la OCDE se encuentran comprometidos en establecer una serie de obligaciones a los Estados para «prevenir, investigar, castigar y reparar» estas vulneraciones cuando las realizan las empresas. La seguridad, el desarrollo humano y los derechos humanos van de la mano y, por tanto, existe un especial interés en evitar la impunidad de los comportamientos contrarios a la ética del mercado que se despliegan desde las empresas y vulneran los derechos humanos de los más débiles.
3. De acuerdo a una serie de convenios internacionales, los Estados están en la obligación de contemplar sanciones «efectivas, proporcionadas y disuasorias» contra las empresas que realicen comportamientos que se puedan encuadrar en la corrupción privada y pública, delitos contra el medio ambiente, explotación laboral, discriminación, financiación del terrorismo, criminalidad organizada, entre otros. Ello significa la criminalización de los hechos más graves, dejando la sanción administrativa para los supuestos de control de riesgos e infracciones menos graves.

4. El legislador español introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el año 2010, pero en 2015 realizó una reforma que limita notablemente la punición de las personas jurídicas, al establecer una serie de exenciones cuando los hechos provienen de conductas imputables a los directivos y, lo más criticable, cambiar la valoración de atenuante a eximente el hecho de que la empresa contemple *compliance programs*, dejando una puerta abierta hacia la impunidad, con lo cual el Estado español incumple sus obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos.