

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

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

	<u>Pág.</u>
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

	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

PRÓLOGO

Conocí a Javier Cigüela en el Máster en Ciencias Jurídicas de la Universitat Pompeu Fabra, que habilita para acceder al doctorado en esta Universidad. Javier procedía de la Universitat Abat Oliba-CEU y, en concreto, tenía el marchamo que mi querido amigo y colega Carlos Pérez del Valle imprime a quienes colaboran con él: sólida formación filosófico-jurídica; gusto por la abstracción como método de abordaje de los problemas jurídico-penales; curiosidad intelectual y valentía al afrontar los retos de lo nuevo.

El proyecto de Javier Cigüela —una tesis sobre los fundamentos de la responsabilidad penal de la empresa, codirigida por Pérez del Valle y por mí mismo— me sedujo rápidamente. Era obvio que sobre el tema no se había dicho la última, ni siquiera la penúltima palabra. Por lo demás, tanto las referencias filosóficas del doctorando como su talante personal auguraban no sólo una posición crítica frente a las aproximaciones preexistentes, sino también una huida del maniqueísmo instalado en la doctrina. Expresado de otro modo: había razones para pensar que tertium datur y que podía accederse a él. Como ello, además, respondía a mis intuiciones, no tuve gran dificultad en subir al barco.

Durante estos años Javier ha participado en nuestros seminarios, ha discutido con profesores de nuestra área y, por mi parte, he tenido el privilegio de acompañarle más de cerca en su aventura intelectual. Una aventura compartida, un win-win game según podría decirse, en el que ciertamente he sido yo el más beneficiado.

La premisa mayor del trabajo parte de una constatación incontestable para un Derecho penal que ya no es el del sujeto aislado. De modo no infrecuente el sujeto actúa en el seno de estructuras, de organizaciones más o menos complejas, que pueden favorecer o entorpecer el hecho delictivo individual. Así las cosas, parece que incumbe al Derecho combatir las estructuras favorecedoras del delito a la par que alentar las que lo dificultan. Ello no obstante, la cuestión concreta —y decisiva— es si el Derecho penal puede atribuir responsabilidad a las estructuras. Y la respuesta (tertium datur) es un «sí, pero». Sí, siempre que no se trate del Derecho penal de la culpabilidad, porque —por mucha αὐτοποίησις que se quiera— la máscara del πρόσωπον no hace de la estructura un ἄνθρωπος. Sí, siempre que se admita que la responsabilidad (penal) estructural ha de constituir un subsistema de imputación diferenciado,

adecuado a la identidad narrativa débil del «sujeto» colectivo, a su desigualdad, en suma. Una Strafe ohne Schuld, aber nicht ohne Grund dirá el Dr. Cigüela, siguiendo la estela de la canonística y del Aquinate. Y con razón, siempre que Strafe no sea igual a Kriminalstrafe, ya me entienden, sino que responda ante todo a una distribución equitativa de responsabilidad por el conflicto.

El libro de Javier Cigüela es una preciosa obra literaria. En tiempos de rigores analíticos, demuestra que se puede hacer Derecho (es eso lo que hacemos) sin maltratar el lenguaje a fuer de ¿psico?-analizarlo. Y un gran libro jurídico. Avanza en armonía —first things first— de la filosofía a la dogmática y de ésta al texto, para volver desde éste a lo anterior y suma y sigue. Precomprensión, sin duda, pero al servicio de una aplicación razonable del texto de la ley. Scire leges non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem: el lector podrá comprobarlo de inmediato.

Decir que la discusión del Tribunal honró la tesis, como parece que es uso decir ahora, no es decir mucho: pues también la pena honra al delincuente, según sabemos desde Hegel. Honrado de verdad, Javier ha retornado a su alma mater: mas sabe que aquí tiene su otra casa.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ

A finales de abril de 2015,
cerca del mar Mediterráneo

PRESENTACIÓN

No creo que sea superficial expresar un sentimiento particular, entre el reconocimiento y el orgullo, al presentar el prólogo de la publicación de esta tesis de Javier Cigüela, con quien me unen largos años de relación personal y académica. Fui su profesor de Derecho penal en la licenciatura de Derecho, que cursó de forma simultánea a la de Ciencias Políticas en la Universitat Abat Oliba CEU de Barcelona. En esta Universidad ha colaborado en el Departamento de Derecho y es actualmente, además de profesor, coordinador del Master de Investigación en Ciencias Jurídicas. Desde muy pronto, Javier Cigüela mostró tres características que afloran en este trabajo: su excelente formación filosófica; su notable capacidad para dilucidar el pensamiento dogmático; y su innata facilidad para vincular de modo constante el razonamiento de la filosofía y de la dogmática con el entorno social.

Por otro lado, quiero dedicar algunas líneas a mi amigo Jesús María Silva, porque hemos sido dos los directores y yo —como siempre y en cualquiera de las empresas que he emprendido en su compañía— infringiría un deber básico si no reconociese mi deuda de gratitud y afecto. También Javier Cigüela, que en el periodo del Máster de Derecho penal y de desarrollo de la tesis doctoral ha acentuado estos rasgos a los que antes me refería en el magnífico ambiente que supone el Seminario de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra —del que yo, por amabilidad de sus componentes, también participo— y que sólo es posible gracias a la rúbrica de Jesús Silva y a la constancia, esfuerzo e inteligencia de todos sus componentes.

Esta obra de Javier Cigüela constituye, además de una obra impecable desde el punto de vista literario, un avance firme en la dogmática sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que no se resigna a un asentimiento sin condiciones ni se resguarda en la censura de sus ineludibles deficiencias. No debe olvidarse que el investigador se propone aquí dirigir su enfoque crítico a una institución establecida, pero reciente, que genera un cierto entusiasmo, y que no puede desatender la dimensión práctica de la ciencia del derecho —desde que es ciencia, como decía Engisch—. Y el resultado es tan sugerente que, si en el prólogo abordase una glosa, necesariamente sería incompleta. Por eso me limitaré a una breve reflexión sobre el estado de la cuestión y sobre algunos de los pasos de la investigación de Javier Cigüela.

El estudio del pensamiento filosófico contemporáneo sobre la responsabilidad colectiva y la crítica a la fundamentación constructivista de la responsabilidad penal de las personas jurídicas son una aportación que, según creo, era necesaria en este momento. El fundamento aristotélico de la responsabilidad en el comportamiento voluntario del sujeto no sólo es un límite a la causalidad supersticiosa; es el fundamento moral de la imputación. Incluso las palabras que Shakespeare pone en boca de Casio («*Men at some time are masters of their fates; the fault, dear Brutus, is not in our stars, but in ourselves, that we are underlings*», *Julio Cesar*, Acto 1, Escena 2), se transforman, por el contexto, en lo que del acontecer depende de la libertad, o de un modelo análogo a la libertad. Las diferentes explicaciones constructivistas se han conformado —en palabras de Giambattista Vico en su *Scienza Nuova*— con «*il certo*», sin querer avanzar hacia «*il vero*». Puede ser cierta la personalidad colectiva en el Derecho, pero la verdad es que son los hombres, como dice Casio, los dueños de su destino.

Pero Javier Cigüela no se limita a constatar la evidencia, sino que busca, y encuentra con acierto, una explicación que va más allá de lo cierto y quiere llegar a la verdad: la comprensión del sujeto moral como identidad y, en particular, como identidad biográfica. De este modo presenta una vertiente que podría enmarcarse en la peculiaridad del concepto de persona de Ricardo de San Víctor, no refutada por Tomás de Aquino: la *incomunicabilis existentia* de la persona es, en nuestras categorías, su identidad biográfica. Esto no sucede —por tanto, que haya propiedades incomunicables— en una persona jurídica, como se demuestra en la tesis; y que esto explique la subsistencia de un sujeto receptivo a la pena es, por tanto, inaceptable, también en la perspectiva de la ciudadanía política, y Javier Cigüela lo muestra aquí con sensatez. Su explicación de sujetos no-iguales excluye además que un dualismo contractualista de los sujetos, frágil como el de Rousseau —*homme, citoyen*— o sólido como el de Kant —*homo phaenomenon, homo noumenon*—, atribuya arbitrariamente la ciudadanía. De ese modo muestra, en su enfoque, hasta qué punto la determinación del sujeto del Derecho penal implica, en el sentido del Derecho de la subjetividad de Hegel, culpabilidad ética; y hasta qué punto este concepto implica una realidad y, por ello, un centro de voluntad real y efectivo. Por eso creo que el planteamiento del autor permitiría mantener que es falso, por tanto, el principio cartesiano —regreso a Vico— que quiere crear una categoría donde la realidad es compleja y la analogía es imposible, porque es contraria al sentido común.

No obstante, la dirección marcada por Javier Cigüela sigue la discusión contemporánea sobre la responsabilidad colectiva a partir de Karl Jaspers y Hannah Arendt. La decisión del autor es fundamental y fundada: es evidente, tras la lectura de Jaspers, que Descartes crea, en realidad, una nueva dogmática; y lo es también, tras la lectura de Arendt, que la universalidad del principio cartesiano de la duda afecta a todo el desarrollo de la moral

moderna. No anticipo más sobre el desarrollo de la tesis: que el lector compruebe por sí mismo el valor de la contribución del autor. Es cierto que, en palabras de Virgilio, *spes sibi quisque*, lo que no significa poco en este caso; pero trabajos como el de Javier Cigüela son, también, esperanza en el futuro de la Universidad.

Carlos PÉREZ DEL VALLE
Barcelona, 30 de abril de 2015

NOTA PREVIA

La presente obra es una versión abreviada de la tesis doctoral que presenté, con idéntico título, el 17 de noviembre de 2014 en la Universitat Pompeu Fabra. El tribunal, compuesto por los profesores Dres. Cornelius Prittwitz, Ricardo Robles Planas y Bernardo Feijoo Sánchez, calificó el trabajo de Sobresaliente Cum Laude por unanimidad. A ellos querría agradecer las observaciones y sugerencias que realizaron a lo largo del acto de defensa. Muchas de ellas han servido para mejorar el texto que resulta finalmente de la publicación, el cual incorpora también otras mejoras y modificaciones —principalmente su actualización a la reforma del Código Penal recogida en la Ley 1/2015, de 30 de marzo—, y una abreviación que afecta especialmente al capítulo segundo de la primera parte, es decir, a la parte descriptiva y metodológica sobre la teoría de sistemas.

Aprovecho el lugar para agradecer de forma especial a mis directores de tesis: al Dr. Carlos Pérez del Valle, por despertar mi vocación por la ciencia penal, animarme a emprender esta investigación y apoyarme en cada uno de sus pasos, y al Dr. Jesús-María Silva Sánchez, por la confianza y dedicación que ha mostrado a lo largo de todo el proyecto, y por las provechosas reflexiones que han salido de nuestras discusiones. El impulso intelectual necesario para realizar una investigación como ésta, yo lo he tenido por partida doble.

Extiendo el agradecimiento a los miembros del departamento de Derecho de la Universitat Abat Oliba-CEU, donde comencé mi andadura en el Derecho y donde ahora tengo la fortuna de colaborar como profesor; y también a los del seminario de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra, con quienes he tenido la suerte de discutir el contenido de esta obra. Agradezco también a quienes a lo largo de este tiempo han enriquecido la investigación con sugerencias y aportaciones, como Teresa Manso, Pablo Sánchez-Ostiz, José Luis López de Lizaga, Arturo González de León, Héctor García, Iván Masip e Ivo Coca; a Jorge Martínez y Javier Barraycoa, por impulsarme a pensar más allá del Derecho penal; a los profesores que me han recibido en Alemania, Michael Pawlik, Wolfgang Frisch y Rainer Zaczyk, por su amable recibimiento y sus orientaciones a lo largo de mis estancias en Friburgo y Bonn; a Íñigo Ortiz de Urbina, por su apoyo y sus consejos durante el proce-

Nota previa

so editorial; a la Fundación Universitaria Oriol Urquijo, por haber confiado y posibilitado este proyecto, como también al DAAD, por haber facilitado la incursión en el universo alemán.

Quisiera, por último pero sobre todo, dar las gracias a mi familia, a mis padres, a Pablo y a Yasmina por haberme apoyado y por estar a mi lado a lo largo de estos años y de tantos otros: sin ellos esta obra no hubiera sido posible.

Javier CIGÜELA SOLA
Barcelona, 24 de abril de 2015

INTRODUCCIÓN

«La grandeza de los procedimientos de justicia estriba en que incluso el mero eslabón vuelve en ellos a ser una persona».

Hannah ARENDT, *Responsabilidad colectiva*

«La especie humana no puede ser entendida sin más como el nuevo sujeto al que referir la responsabilidad, como si la escala fundacional, la de los agentes particulares, hubiera quedado obsoleta, hubiera estallado en mil pedazos, pulverizándose».

Manuel CRUZ, *Las malas pasadas del pasado*

«*Alles könnte anders sein - und fast nichts kann ich ändern*».

Niklas LUHMANN, *Komplexität und Demokratie*

La cuestión sobre la culpabilidad colectiva ha vuelto con fuerza como objeto de discusión para el mundo contemporáneo. La explicación de este renovado interés se puede situar temporalmente en dos momentos concretos del siglo XX: el primero lo constituye el fin de la segunda guerra mundial y la caída del nacionalsocialismo, momento en el que se percibió que todo lo sucedido no era explicable desde la mera perspectiva de la «maldad de los individuos», sino que debía de haber «algo más»¹; el segundo se sitúa en la última década del siglo XX, especialmente con el posterior advenimiento de la crisis financiera, donde determinados ámbitos delictivos —como la corrupción, la criminalidad económica o la contaminación— son entendidos no sólo como el producto de una mala motivación individual, sino además como «males estructurales o sistémicos» que hay que combatir². En ambos acontecimientos históricos se ha percibido que los delitos tienen una co-explicación en el carácter criminógeno de las organizaciones a las que los individuos pertenecen —sean aparatos burocráticos, partidos políticos u organizaciones empresariales—, desde las cuales muy a menudo se ha pro-

¹ De momento, ARENDT, *Eichmann*, pp. 402 y s.

² En ese sentido, BARATTA, *Laboratorio del Derecho*, pp. 291 y s.

movido y/u ocultado la criminalidad. Todo ello, de algún modo, ha devuelto al horizonte de posibilidades la opción de resolver la responsabilidad por lo que acontece no sólo en un nivel individual, sino también en la esfera de lo colectivo.

En ese sentido, el presente trabajo se enmarca en un contexto de profunda transformación social, descrita en lugares comunes como sociedad del riesgo o la más reciente revolución tecnológica³. De ella se dice, en ocasiones con manifestaciones un tanto grandilocuentes, que sus procesos han adquirido tal complejidad que los individuos son algo así como «niños en la sociedad del riesgo»⁴. Esa complejidad se ha manifestado muy especialmente a raíz de la crisis financiera internacional, la cual ha despertado un intenso debate acerca de quiénes son sus responsables, así como manifestado la necesidad de adaptar el Derecho al carácter complejo y global de los conflictos. De algún modo, la pregunta de quién debe responder por lo que acontece se hace hoy más urgente que nunca, y por ello es necesario actualizar los discursos normativos para dar respuestas diferenciadas a problemas que aparecen a nuestros ojos como novedosos⁵.

A este impulso teórico no ha escapado una dogmática jurídico-penal que, si bien se ha planteado la cuestión de la responsabilidad colectiva desde sus albores, en las últimas décadas ha visto intensificada la discusión. La discusión jurídico-penal acerca de la viabilidad de una responsabilidad penal colectiva habría entrado, sin embargo, en una suerte de «punto muerto», donde dos posiciones claramente contrarias utilizan argumentos muy parecidos a los de hace ya un siglo, situados a su vez en niveles argumentativos tan diferentes que apenas es posible una auténtica comunicación entre ellos. Por un lado, están quienes, admitiendo el problema político-criminal que suponen ciertas organizaciones criminógenas, sostienen que desde un punto de vista conceptual y dogmático no es posible la integración de sujetos colectivos en el Derecho penal, pues al fin y al cabo «las personas jurídicas no delinquen»; por otro lado, se encuentran quienes, reconociendo los problemas dogmáticos que ello supone, sostienen la necesidad político-criminal de introducir a las personas jurídicas en el Derecho penal, hasta tal punto que proponen transformar la teoría del delito misma para poder afirmar que, de hecho, las «personas jurídicas delinquen».

En el presente trabajo se tratará de replantear los términos de la discusión, con el objetivo de proponer una solución a la problemática que se plantea cuando la comisión del delito se produce en el seno de un sujeto

³ BECK, *Risikogesellschaft*, 1986.

⁴ ROTSCH, *Großunternehmen*, p. 40; sobre las consecuencias de la complejidad social y la idea de riesgo en el Derecho: LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, pp. 141 y ss., 225 y ss.; en relación al Derecho penal, PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, pp. 199 y ss.

⁵ Así, DELEUZE/GUATTARI, *Filosofía*, p. 33: «Los conceptos nuevos tienen que estar relacionados con problemas que sean los nuestros, con nuestra historia y sobre todo con nuestros devenires».

colectivo que ha tenido, tanto en un sentido fáctico como normativo, influencia en el mismo. Para ello, la cuestión de la culpabilidad colectiva no sólo se va a tratar desde los argumentos propios de la ciencia penal, sino que ha de analizarse también desde una óptica multidisciplinar. En la medida en que la discusión penal continental sobre la responsabilidad empresarial se ha producido un poco «de espaldas» a la filosofía y muy «de cara» a la sociología contemporánea, se tratará de recuperar un ámbito —concretamente la discusión filosófica de segunda mitad del siglo XX— en mi opinión injustamente olvidado, donde la discusión podría encontrar un nuevo impulso. En todo caso, y por decirlo en un lenguaje conocido entre los penalistas, se parte de que el Derecho penal está lejos de ser plenamente autorreferencial en cuanto a la definición de sus conceptos se refiere; más aún si se trata del concepto de culpabilidad, cuyo carácter multidisciplinar y polisémico exige un tratamiento desde perspectivas diversas⁶.

Por otra parte, el hecho de que el ámbito principal de la investigación sea el Derecho penal introduce una serie de exigencias añadidas. El concepto de culpabilidad que baraja el penalista, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos, no se reduce al campo teórico, sino que está también referido a una serie de prácticas penitenciarias aplicadas diariamente a personas concretas, que tienen su origen precisamente en una declaración de culpabilidad de un juez penal. Usando la terminología de Foucault, la ciencia penal constituye un «saber» que sobrepasa las fronteras de lo descriptivo o lo abstracto, pues está íntimamente ligado a un «poder» configurador de la realidad social. Dicho de otro modo, las palabras que se barajan en el Derecho penal, palabras como culpabilidad, pena o imputabilidad, son «palabras que hacen cosas»⁷.

En ese sentido, para compensar el carácter indeterminado del objeto de estudio —el «monstruo de la culpabilidad», según dijo Arthur Kaufmann⁸— es necesario compensarlo con cierta dosis de «historicidad»⁹. Es necesario preguntarse cómo se puede hacer operativo el análisis de cara al presente, y si habría algún modelo de responsabilidad, aplicable a determinados colectivos y respetuoso con los principios básicos del discurso jurídico-penal,

⁶ LÜBBE, *Verantwortung*, p. 20; WESTENDORP BOERMA, *Collective Guilt*, pp. 20 y s.

⁷ FOUCAULT (*La verdad y las formas jurídicas*, pp. 37 y ss.) identifica la ciencia penal, como el resto de saberes jurídicos, como un «saber-poder». Es decir, un conjunto sistemático de enunciados que, a diferencia de lo que se cree, van más allá del saber descriptivo, de modo que, en realidad, tienen consecuencias prácticas sobre la sociedad y las personas. En ese sentido, palabras como «culpabilidad», «imputabilidad», «pena» o «peligrosidad» —tal como descubrió ya AUSTIN en su obra *How to do things with words*— constituyen enunciados performativos; es decir, son palabras «que hacen cosas».

⁸ KAUFMANN, *Schuldprinzip*, p. 7, quien a su vez parafrasea a RADBRUCH, que había empleado el calificativo en referencia al concepto de acción.

⁹ Tomo la expresión de TEUBNER (*Collisio Discursuum*, p. 189), para quien el antídoto contra el riesgo de construir super-discursos se encuentra precisamente en la «historicidad» de los mismos, esto es, con su capacidad de enfrentarse a los conflictos.

que pueda ayudar a resolver los conflictos sociales a los que se enfrenta el Derecho. Siendo ese el objeto de estudio, la perspectiva irá evolucionando desde el análisis de la culpabilidad colectiva en sentido filosófico y sociológico (Primera Parte), pasando por un análisis dogmático de la compatibilidad de la culpabilidad con la identidad de la organización empresarial (Segunda Parte), para concluir con una propuesta original de modelo de responsabilidad y de sistema de imputación para los sujetos colectivos, armonizable con el discurso penal continental, y concretado en la empresa (Tercera Parte).

PRIMERA PARTE
**CULPABILIDAD COLECTIVA.
APROXIMACIÓN CRÍTICA
A LOS FUNDAMENTOS**

Si bien el problema de la culpabilidad colectiva tiene un claro reflejo en la discusión actual sobre de la responsabilidad penal de la empresa¹, también es cierto que abarca fenómenos que van más allá de ella y de lo que conocemos como criminalidad económica. En ese sentido, la presente parte se pretende analizar la culpabilidad o responsabilidad colectiva en sentido amplio². La complejidad del tema justifica que el análisis se extienda a ámbitos muy variados —además del Derecho, la filosofía o la sociología—, cada uno de ellos influido por lo que se ha venido llamando en el pensamiento contemporáneo como acoplamiento discursivo³; es decir, el hecho de que el fenómeno de la culpabilidad, entre otros muchos, no se puede observar desde una sola perspectiva, sino más bien desde el conflicto entre muchas de ellas.

El problema de la culpabilidad colectiva se encuentra actualmente tensionado, también en la discusión penal, por dos discursos claramente diferenciados: por un lado, el «discurso antropocéntrico», centrado en la acción individual y conectado a un principio de culpabilidad individual; y, por otro lado, el «discurso sistémico o comunicativo», donde lo relevante no es tanto el individuo como el propio sistema social, y donde la culpabilidad penal aparece como una herramienta funcional⁴. El primero adquiere su máxima

¹ Si bien el análisis de la culpabilidad de la empresa se realizará en la segunda y tercera parte —en la primera se mantendrá en el nivel del sujeto colectivo como concepto genérico—, es necesario advertir ya que sólo serán consideradas aquellas organizaciones con un mínimo de estructuración y organización material, al menos el suficiente para «añadir» algo a los miembros individuales que la componen. Sobre ello, véase Segunda Parte, cap. III, 2.4. No obstante, a efectos explicativos, se utilizará principalmente el término «empresa», si bien los análisis serán igualmente aplicables a otras personas jurídicas como fundaciones, partidos políticos y otras formas de organización colectiva.

² Dentro de las cuestiones relativas a la responsabilidad colectiva se suele distinguir, como mínimo, entre responsabilidad de colectivos organizados y responsabilidad grupal («*random collectives responsibility*»). Véase al respecto LÜBBE, *Verantwortung*, pp. 23 y s. El análisis se centrará, en ese sentido, en la responsabilidad de colectivos organizados.

³ El acoplamiento discursivo significa que la aproximación a los conflictos sociales no tiene lugar ya desde una perspectiva teórica única, como la sociología o la filosofía, sino más bien en el conflicto entre discursos diversos. Así, TEUBNER, *Sujeto epistémico*, p. 538: «Dado que la sociedad moderna viene caracterizada, de un lado por fragmentarse en diferentes epístemes y, de otro, por la interferencia entre los mismos, el discurso se ve atrapado en una trampa epistémica». *Id.*, *Collisions Discursuum*, pp. 174 y ss. También KOHLHOFF, *Kollektivstrafe*, p. 22.

⁴ Como se verá en la Primera Parte, cap. II, si bien el paradigma sistémico incide más en el sistema que en el sujeto mismo, parecería que podría haber vías de conciliación con la responsabilidad penal individual. Sobre las diferentes perspectivas epistemológicas en conflicto, TEUBNER, *Sujeto epistémico*, pp. 533 y ss. Curiosamente, este conflicto podría interpretarse como una reflexión contemporánea del que existió en su día entre la visión liberal y la romántica del fenómeno de la culpabilidad, y particularmente de la culpabilidad colectiva. Cfr. FLETCHER, *Collective Guilt*, pp. 1499 y ss.

expresión en Kant⁵, principalmente en su idea —ya presente con anterioridad⁶— de que la persona sólo puede responder por su propia culpabilidad como sujeto libre, sin que se le pueda castigar por la culpabilidad de otro⁷. Dicho discurso ha sido dominante, al menos en lo que a la discusión de la responsabilidad colectiva respecta, hasta la aparición y el éxito del funcionalismo como método de aproximación a los conflictos jurídico-penales⁸. En esta última perspectiva, la culpabilidad no se entendería tanto como una forma de indagar en el origen subjetivo del hecho delictivo, sino como una herramienta para reducir la complejidad social, de justificar funcionalmente la pena y de estabilizar la sociedad⁹.

Así, el problema del delito en general, y de aquellos que tienen lugar en contextos complejos en concreto, se ve de diverso modo si se considera al sujeto individual como centro de lo jurídico, o si se otorga ese privilegio al sistema social o colectivo en que aquél se inserta¹⁰. Para ir desgranando la relación entre el discurso antropocéntrico y el discurso funcional-sistémico en la discusión sobre de la culpabilidad colectiva, la primera parte constituye una aproximación desde diversas perspectivas. En el capítulo I se tratará la perspectiva filosófica, tomando la discusión en su punto de partida genérico o político, a raíz de la aportación de Jaspers tras la experiencia histórica del nacionalsocialismo. Se abordarán también las posteriores distinciones conceptuales internas a la perspectiva filosófica, con el objetivo de clarificar la relación entre las formas de responsabilidad individual y colectiva¹¹. En el capítulo II se abordará la perspectiva sociológica a partir del constructi-

⁵ Una descripción muy temprana del carácter individualista de la teoría kantiana (extensible a HEGEL y FICHTE): BINDER, *Juristischen Persönlichkeit*, pp. 11 y ss.; cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, pp. 387 y ss. No obstante, una interpretación de KANT en el sentido de aceptar a las personas colectivas como sujetos de imputación, AICHELE, *Persona moralis*, p. 10.

⁶ KANT no hace sino dar forma a una tradición filosófica personalista que va desde ARISTÓTELES hasta PUFENDORF, en la que la doctrina de la imputación tiene arraigo en el sujeto individual, cfr. al respecto, MAIHOLD, *Strafe*, pp. 4 y ss.

⁷ De momento, sobre la influencia de dicho paradigma, como también de su crisis presente, MAIHOLD, *Strafe*, pp. 3 y ss.

⁸ Sobre la crítica sociológica al concepto de culpabilidad, de momento, MAIHOLD, *Strafe*, pp. 5 y s.; BARATTA (*Integración-prevención*, pp. 537 y s.), por su parte, señala el concepto de culpabilidad, y la idea del individuo como centro del análisis social y jurídico, como los principales afectados por la irrupción de la teoría de sistemas en la dogmática jurídica penal en las últimas tres décadas.

⁹ Sobre ello, extensamente: Primera Parte, cap. II.

¹⁰ En un sentido similar, BACIGALUPO ZAPATER (*Compliance y Derecho penal*, pp. 93 y ss.) coloca la discusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la tensión existente entre el discurso de la racionalidad racional-instrumental (basada en el individuo) y la racionalidad comunicativa de LUHMANN y HABERMAS. Se ve también claramente en la afirmación de BACIGALUPO SAGESSE (*Criterios de imputación*, p. 4), que es ya un lugar común: «En la medida en que se pretenda seguir vinculando la responsabilidad penal de las personas jurídicas a categorías dogmáticas elaboradas a partir y para el ser humano, será imposible ofrecer un modelo de imputación adecuado a aquél».

¹¹ Se acotará la cuestión específicamente a las aportaciones de la filosofía contemporánea en la medida en que el objeto de estudio del presente trabajo (los delitos en estructuras complejas)

vismo y la teoría de sistemas, de cara a dilucidar en qué medida dichos presupuestos pueden tomarse como fundamento de una culpabilidad empresarial. Analizando estos campos del conocimiento se pretende clarificar en qué momento del acoplamiento discursivo nos encontramos y, sobre todo, qué fundamentos permitirán sostener una solución óptima al problema de la atribución de responsabilidad por lo que ocurre en contextos colectivos.

constituye un problema específico de la sociedad contemporánea. No obstante, habrá referencias históricas en el cap. I, 2.2.

CAPÍTULO I

CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD COLECTIVA EN EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO CONTEMPORÁNEO: DE JASPERS A PETTIT

El problema de la culpabilidad colectiva tuvo que ver mucho antes con una cuestión teológica y filosófica que con una de responsabilidad empresarial¹. En ese sentido, la culpa² colectiva se ha descrito habitualmente como la carga que lleva consigo el individuo por su pertenencia a una especie (pecado original o culpa existencial) o a un pueblo (culpa histórica)³. Por otra parte, cualquier análisis histórico de los conceptos de responsabilidad y de culpabilidad manifestará cierta tensión dialéctica entre la tendencia a atribuir ambos al colectivo y a los individuos que lo integran.

Varias son las causas del resurgimiento de la responsabilidad colectiva como cuestión problemática para el mundo contemporáneo: la primera es de carácter político, relacionada con acontecimientos como el nacionalsocialismo o los fascismos, a partir de los cuales se percibió como obligado repensar la noción de culpabilidad colectiva de cara a una mejor explicación de lo acontecido en el siglo XX⁴; la segunda, más reciente y con tintes sociológicos,

¹ En sentido parecido, NEUMANN, *Verbänden*, p. 14; HIRSCH, *Asociaciones*, p. 1103; HILGENDORF, *Naturalismus im (Straf-) Recht*, p. 97. En relación a la culpabilidad en general, RICOEUR, *Finitud y culpabilidad*, p. 259: «La culpabilidad, considerada aisladamente, estalla en varias direcciones: en la dirección de una reflexión ético-jurídica sobre la relación entre penalidad y responsabilidad; en la dirección de una reflexión ético-religiosa sobre la conciencia delicada y escrupulosa, y, finalmente, en la dirección de una reflexión psíquico-teológica sobre el infierno de una conciencia acusada y condenada».

² Como aclaración semántica, conviene advertir que en la filosofía los términos «culpa» y «culpabilidad» son a menudo utilizados indistintamente. Por ello, especialmente en el presente capítulo, se tomarán ambos conceptos como equivalentes, de modo que cuando se diga «culpa» no se estará haciendo referencia, como sucede en la ciencia penal, a la «imprudencia».

³ Un amplio análisis sobre la culpabilidad colectiva en los distintos planos, FLETCHER, *Collective guilt*, pp. 1499-1573. Sobre la culpa en la teología, HARSCH, *Schuldproblem*, pp. 19 y ss. Sobre la culpa desde una perspectiva histórica, ROTHENPIELER, *Kollektivschuld*, pp. 17 y ss. Sobre la evolución del concepto mismo de culpabilidad colectiva, QUANTE, *Sanktionsmöglichkeiten*, pp. 104 y ss.

⁴ En ese sentido, ROTHENPIELER, *Kollektivschuld*, p. 7. Sobre el carácter «sistémico» de los fenómenos ocurridos en el siglo XX, como también de la responsabilidad por los mismos, NOLLKAEMPER/VAN DER WILT, *System Criminality in International Law*.

se corresponde con lo que Jonas describió como «el carácter modificado de la acción»⁵, esto es, los cambios producidos por la era tecnológica y su consecuente difuminación de las esferas de organización individuales, todo lo cual está reavivando la crisis de la responsabilidad individual y un nuevo auge de lo colectivo o sistémico⁶.

El presente capítulo tiene dos objetivos simultáneos: situar las bases conceptuales de la discusión, para lo cual se definirán, a partir de las contribuciones de Jaspers, Arendt, French o Pettit, conceptos básicos como el de culpabilidad, responsabilidad o intencionalidad; en segundo lugar, intentar explicar cómo la discusión más reciente viene marcada por un tránsito desde el discurso moderno de culpabilidad individual hacia un discurso post-moderno de responsabilidad⁷.

1. JASPERS Y LOS TIPOS DE CULPA

La aportación de Jaspers tiene lugar en el contexto de la interpretación de los hechos del nacionalsocialismo, de modo que se mueve en el campo conceptual de la relación entre la culpabilidad individual y la de la sociedad entera, el Estado⁸. En ella trata de ordenar el universo semántico de la culpa, todo ello sin entrar en profundidad en los tipos de participación de cada cual en los crímenes cometidos.

Jaspers distingue entre cuatro tipos de culpa: la «culpa moral», que interpela a la conciencia a responder por los propios actos; la «culpa criminal», coincidente con la clásica culpabilidad penal, predicada de quien infringe una norma social inequívoca; la «culpa metafísica», que constituye una es-

⁵ JONAS, *Responsabilidad*, pp. 36 y ss.

⁶ De momento, sobre la relación entre estas cuestiones y el fenómeno penal, LÜBBE, *Verantwortung*, pp. 121 y ss.; SEELMANN, *Kollektive Verantwortung*, pp. 1 y ss.

⁷ Sobre este cambio, de momento, véase MAIHOLD, *Strafe*, p. 13.

⁸ Se presenta, de hecho, como una recopilación de «lecciones sobre la situación espiritual de Alemania» (JASPERS, *Culpa*, p. 43), realizadas sólo un año después de la conclusión de la segunda guerra mundial, al tiempo que la mayor parte de consideraciones analíticas tienen lugar en referencia a Alemania como Estado y a «los alemanes» como comunidad política (pp. 50 y ss.). Aunque en los análisis más recientes de la responsabilidad colectivo-empresarial no se hace excesiva referencia a la responsabilidad del Estado, se pueden encontrar análisis interesantes en LAMPE (*Systemunrecht*, pp. 700 y ss.; 709 y ss.; *Strafphilosophie*, p. 119), quien interpreta los sistemas estatales pervertidos (como Alemania a partir de 1933) como «sistemas de injusto»; y en SEELMANN, *Dispersión de la responsabilidad*, p. 222; *Id.*, *Kollektive Verantwortung*, p. 15. Asimismo, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, § 23, VI. Sobre la culpabilidad en relación al concepto de «pueblo» («Volk»), ROTHENPIELER, *Kollektivschuld*, p. 18 (en relación al nacionalsocialismo en concreto: pp. 66 y ss.). Sobre la relación de la responsabilidad empresarial con las precedentes teorías de la responsabilidad penal del propio Estado entre los siglos XVI y XIX, BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, pp. 80 y ss. También, sobre el Derecho internacional y el caso de Serbia en concreto, SIMPSON, *Men and abstract entities*, pp. 69 y ss.; KOHLHOFF (*Kollektivstrafe*, p. 321), por su parte, niega la posibilidad de una culpabilidad colectiva en el Estado, por ser su identidad demasiado difusa.

pecie de solidaridad universal por la que cada hombre es responsable por las injusticias del mundo; y la «culpa política», que corresponde al individuo en tanto perteneciente a una comunidad política, y que surge por los actos que quien la gobierna realiza en su nombre⁹. Esta sistematización es muy significativa, pues contribuyó decisivamente al debate sobre la culpabilidad en dos sentidos: en tanto ordenó tipológicamente el mapa conceptual de la culpabilidad, sentando las bases del debate posterior¹⁰; y, por otro lado, porque reivindicó el papel del individuo, y por tanto, de la responsabilidad individual, en los procesos históricos¹¹.

La «culpa penal» y la «culpa moral» son, en principio, delimitables y correlativas a acciones u omisiones concretas, por las que el individuo debe responder ante un tribunal en el primer caso, o ante su propia conciencia en el segundo. La «culpa política» y la «culpa metafísica» son conceptualmente más complejas, pues siendo también individuales¹² —no operan «en el aire», sino en una conciencia—, son atribuidas por la relación o pertenencia del individuo al colectivo sociedad y humanidad respectivamente¹³. Por un lado —aclara Jaspers—, la «culpa metafísica» tiene una naturaleza muy distinta de la moral y la criminal: supone una especie de «carga» inevitable propia del ser humano¹⁴ («si nosotros hombres nos pudiéramos liberar de aquella culpa metafísica seríamos ángeles»)¹⁵. Este tipo de culpa está muy

⁹ JASPERS, *Culpa*, pp. 53 y ss. En relación al nacionalsocialismo, esta idea estaba muy presente en los análisis posteriores de los Aliados: «Los Nazis son el producto del Reino Alemán» o «Hitler no es un accidente», cfr. ROTHENPIELER, *Kollektivschuld*, p. 70. Sobre la culpa política, entendida como una culpabilidad ético-social cuyo carácter propiamente penal es discutible por su carácter indefinido e indeterminado, véase LAMPE, *Systemunrecht*, p. 735.

¹⁰ Afirmando que la contribución del autor fue «decisiva» para la posterior discusión acerca de las diferentes formas que la culpabilidad puede adoptar, GATTINI, *A historical perspective*, p. 107.

¹¹ Años más tarde, esa misma opción por la culpabilidad individual se tomaría en Nuremberg al juzgar los crímenes de genocidio. A pesar de que el Estatuto del Tribunal Internacional dirigía la acusación no sólo a individuos sino también a las organizaciones consideradas criminales (el consejo de ministros del Reich, el cuerpo de dirigentes políticos del Partido Nacionalista de los Trabajadores de Alemania, la Gestapo, la SA, la SS, entre otros), el Tribunal redujo las acusaciones a los individuos, obviando la opción de las organizaciones, véase JASPERS, *Culpa*, p. 72; ROTHENPIELER, *Kollektivschuld*, pp. 127 y ss.; DRUMBL, *Collective responsibility*, p. 23; PUNCH, *Why Corporations Kill*, p. 45. Lo mismo sucedió recientemente con el juicio a Slobodan Milosevic, en cuya acusación se dijo lo siguiente: «El acusado en este caso, y en el resto de casos anteriores de este tribunal, está acusado como individuo [...]. Ningún Estado u organización está siendo juzgado hoy», *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, Prosecution Opening Statement, 8 IT-02-54-T (12 February 2002). Véase críticamente, NOLLKAEMPER, *Introduction*, p. 3; SIMPSON, *Men and abstract entities*, pp. 72 y ss.

¹² Respecto al carácter de la «culpa metafísica» en JASPERS hay no pocas controversias, en tanto con ella JASPERS se «acerca peligrosamente» a una especie de responsabilidad por el hecho ajeno. Cfr. MELLEMA, *Collective responsibility*, pp. 74 y s. Crítico con JASPERS, también, ROTHENPIELER, *Kollektivschuld*, pp. 260 y ss.

¹³ Véase MELLEMA, *Collective Responsibility*, p. 74.

¹⁴ JASPERS, *Culpa*, p. 60; de la misma opinión, ARENDT, *Responsabilidad colectiva*, pp. 8 y ss.; WOLF, *Kollektive Verantwortung*, p. 173; ISAACS, *Collective contexts*, pp. 77 y s.

¹⁵ JASPERS, *Culpa*, p. 55. Esta idea está desarrollada en profundidad en la literatura de DOSTOIEVSKY (*Los hermanos Karamazov*, p. 288), en la idea de que cada uno «es culpable por todos y

presente también en el existencialismo, principalmente en Heidegger, quien afirma que el mero hecho de vivir y tener que elegir en el transcurso de la existencia genera un «ser culpable», independiente de hechos, que forma parte constitutiva del «*Dasein*» del hombre¹⁶. En cualquier caso, la culpa metafísica no puede suponer sino una responsabilidad *sui generis*, sin consecuencias jurídicas, que constituye más bien una invitación a la no indiferencia, a la solidaridad universal respecto al curso del mundo en el que uno vive «arrojado»¹⁷. En el fondo, todo «tipo de responsabilidad colectiva es siempre política»¹⁸, pues se predica del individuo no por sus actos concretos sino por su pertenencia a una comunidad que no puede abandonar unilateralmente: en el caso de la culpa metafísica, la «comunidad» es la humanidad misma; en el de la culpa política, la comunidad es la *polis*, el Estado¹⁹. Como

por todo ante todas las personas, por todos los pecados del hombre, colectivos y personales [...] cada uno de nosotros es culpable por todos y por todo en la tierra, sin duda alguna, no sólo de la culpa general de la humanidad, sino por todos y por cada uno de los hombres en particular». Sobre el tratamiento de la culpa en DOSTOIEVSKY, en un contexto jurídico-penal, véase GÜNTHER, *Schuld*, p. 165 (nota 115).

¹⁶ HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, § 58: «El ente cuyo ser es el cuidado no sólo puede cargar con una culpa de hecho, sino que es culpable, en el fondo de su ser y este ser-culpable constituye la condición ontológica para que el *Dasein* pueda llegar a ser culpable en su existir fáctico. Este modo esencial de ser culpable es co-originariamente la condición existencial de posibilidad de lo “moralmente” bueno y malo, es decir, de la moralidad en general y de la manera cómo ella se expresa fácticamente». Sobre la «culpa existencial» en dicho autor, en el sentido aquí expuesto, HARSCH, *Schuldproblem*, pp. 143 y ss. También encontramos esta idea en el existencialismo de SARTRE (*El existencialismo es un humanismo*, pp. 33 y s.): «Cuando decimos que el hombre es responsable de sí mismo, no queremos decir que el hombre es responsable de su estricta individualidad, sino que es responsable de todos los hombres. [...] Nuestra responsabilidad es mucho mayor de lo que podríamos suponer, porque compromete a toda la humanidad». El mismo JASPERS (citado en GARZÓN VALDÉS, *Introducción*, p. 35) reconoció una idea similar, de culpa sin hecho injusto, a la luz de determinadas situaciones límites provocadas por el nacionalsocialismo: «Cuando nuestros amigos judíos fueron deportados, no salimos a la calle, no hemos gritado hasta que nos mataran. Preferimos seguir viviendo con el débil aunque también correcto argumento de que nuestra muerte no hubiera servido de nada. Que vivimos es nuestra culpa».

¹⁷ Tal como señala GARZÓN VALDÉS (*Deberes positivos generales*, pp. 17 y ss.) la culpa metafísica parece corresponderse con una «obligación inextinguible», pues el individuo encontrará siempre males que evitar y personas que socorrer en el mundo, pero a cambio de sacrificar su vida entera, y además sin visos de éxito. Por ello debería entenderse como «invitación genérica» y sin consecuencias a la solidaridad y no tanto como una obligación en sentido estricto. De la misma opinión, MELLEMA, *Collective Responsibility*, p. 77. También, ARENDT, *Responsabilidad Colectiva*, p. 8: «El lamento “todos somos culpables” es en realidad una declaración de solidaridad con los malhechores».

¹⁸ ARENDT, *Eichmann*, pp. 432 y s. Aquí debemos evitar la confusión a la que puede inducirnos la discusión: ARENDT no quiere decir que la culpa metafísica sea igual que la política, sino que toda responsabilidad colectiva señala una pertenencia y, por tanto, comunidad (*polis*), motivo por el cual es siempre «política».

¹⁹ En realidad, ya JASPERS (*Culpa*, pp. 80 y s.) consideraba la culpa política como una carga inevitable al afirmar que «no hay ningún afuera en los Estados modernos», por lo que el abandono de la comunidad es en realidad una opción impracticable. Así, «en el Estado Moderno todo el mundo actúa políticamente, al menos emitiendo un voto en las elecciones o absteniéndose. El sentido de la responsabilidad política no permite a nadie sustraerse a ella».